



ANEKA HUKUM BISNIS **MODERN**

EDITOR :

DR. H. ABD THALIB, SM. HK., S. H., M. C. L.

Ir. MUKHLISIN, S. H., M. H.

ANEKA HUKUM BISNIS
MODERN

ANEKA HUKUM BISNIS MODERN

EDITOR :

DR. H. ABD THALIB, SM. HK., S. H., M. C. L.

Ir. MUKHLISIN, S. H., M. H.



Divisi Buku Perguruan Tinggi
PT RajaGrafindo Persada
DEPOK

Thalib, Abd Haji

Aneka hukum bisnis modern / H. Abd Thalib, Mukhsin. --

-- Ed. 1. --Cet. 1-- Depok: Rajawali Pers, 2017.

xii, 294 hlm., 23 cm

Bibliografi: hlm. 290

ISBN 978-602-425-266-3

1. Hukum dagang, I. Judul II. Mukhlisin

346.07

Hak cipta 2017, pada penulis

Dilarang mengutip sebagian atau seluruh isi buku ini dengan cara apa pun,
termasuk dengan cara penggunaan mesin fotokopi, tanpa izin sah dari penerbit

2017.1790 RP

DR. H. ABD THALIB, SM. HK., S. H., M. C. L.

Ir. MUKHLISIN, S. H., M. H.

ANEKA HUKUM BISNIS MODERN

Cetakan ke-1, September 2017

Hak penerbitan pada PT RajaGrafindo Persada, Depok

Desain cover oleh octiviena@gmail.com

Dicetak di Rajawali Printing

PT RAJAGRAFINDO PERSADA

Kantor Pusat:

Jl. Raya Leuwinanggung No. 112, Kel. Leuwinanggung, Kec. Tapos, Kota Depok 16956

Tel/Fax : (021) 84311162 – (021) 84311163

E-mail : rajapers@rajagrafindo.co.id Http: //www.rajagrafindo.co.id

Perwakilan:

Jakarta-14240 Jl. Raya Leuwinanggung No. 112 Kel. Leuwinanggung. Kec. Tapos, Kota Depok 16956 Tlp. (021) 84311162, Fax (021) 84311163. **Bandung**-40243 Jl. H. Kurdi Timur No. 8 Komplek Kurdi Telp. (022) 5206202. **Yogyakarta**-Pondok Sorangan Indah Blok A-1, Jl. Sorangan, Ngestiharjo, Kasihan Bantul, Telp. (0274) 625093. **Surabaya**-60118, Jl. Rungkut Harapan Blok. A No. 9, Telp. (031) 8700819. **Palembang**-30137, Jl. Macan Kumbang III No. 10/4459 Rt. 78, Kel. Demang Lebar Daun Telp. (0711) 445062. -28294, Perum. De'Diandra Land Blok. C1/01 Jl. Kartama, Marpoyan Damai, Telp. (0761) 65807. **Medan**-20144, Jl. Eka Rasmi Gg. Eka Rossa No. 3A Blok A Komplek Johor Residence Kec. Medan Johor, Telp. (061) 7871546. **Makassar**-90221, Jl. ST. Alauddin Blok A 14/3, Komp. Perum. Bumi Permata Hijau, Telp. (0411) 861618. **Banjarmasin**-70114, Jl. Bali No. 31 Rt. 05, Telp. (0511) 3352060. **Bali**, Jl. Imam Bonjol g. 100/V No. 5B, Denpasar, Bali, Telp. (0361) 8607995, **Bandar Lampung**-35115, Jl. P Kemerdekaan Nomor 94 LK I Rt 005 Desa Tanjung Raya Kec. Tanjung Karang Timur. Telp. 082181950029

KATA PENGANTAR

Pertama-tama editor ingin mengucapkan rasa syukur kepada Allah SWT serta tak lupa pula kita kirimkan shawat dan salam buat junjungan alam Nabi Muhammad SAW yang telah mengubah dari Zaman Kegelapan dengan Zaman Modern berpengetahuan seperti saat ini.

Dalam Masyarakat majemuk terdapat beragam perilaku dengan berbagai kepentingannya. Hukum menjadi penting guna memberi perlindungan serta menjaga ketertiban masyarakat. Hal ini senada dengan pernyataan Roscou Pound yang menyatakan bahwa hukum bertujuan untuk melindungi kepentingan manusia.

Permasalahan Hukum yang berkembang di tengah masyarakat seperti mesin waktu yang terus menerus berjalan, selalu terjadi perubahan seiring dengan peradaban manusia. Seperti halnya dengan Hukum Bisnis baik itu dari Hak Kekayaan Intelektual, Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Permasalahan Asuransi Kendaraan, Perlindungan Konsumen hingga Prospek Bisnis Pertambangan. Semua hal tersebut memerlukan suatu Payung Hukum untuk melindungi hak-hak dan kewajiban semua subjek hukum.

Tulisan buku yang bertajuk ANEKA HUKUM BISNIS MODERN membahas permasalahan-permasalahan dengan berbagai aspek, tidak hanya Hukum saja melainkan juga dengan aspek sosial, ekonomi maupun budaya. Sehingga kesimpulan yang didapat tidak bersifat parsial, hal tersebut juga yang menjadi spesifikasi dari buku ini. Tulisan ini diharapkan dapat membantu para Mahasiswa maupun Para Praktisi Hukum dalam memahami serta mempelajari Hukum Bisnis Modern.

Akhirnya editor mengucapkan terima kasih kepada para pihak yang telah membantu dalam penerbitan buku ini seperti kepada para penulis: Ir. Mukhlisin, S. H., M. H. Desi Apriani, S. H., M. H. Selvi Harvia Santri, S. H., M. H., Sri Arlina, S. H., M. H., dan DR. Surizki Febrianto, S. H., M. H. yang telah bersedia menyumbangkan tulisan/artikel untuk buku ini. Tidak lupa pula Kepada Penerbit PT. RajaGrafindo Persada. Teristimewa juga penulis sampaikan terima kasih kepada Ir. Mukhlisin, S. H., M. H., dan Ade Rizki Sukmawati, S. H. yang telah membantu editor dalam penyelesaian tulisan ini.

Editor menyadari masih terdapat kekurangan dalam pengeditan buku ini, maka dari itu kritik maupun saran yang membangun sangat diharapkan sebagai penyempurnaan tulisan ini. Semoga buku ini dapat bermanfaat bagi para Pembaca.

Pekanbaru, Agustus 2017

Editor,

Abd Thalib

SANKSI PIDANA

Dilarang memperbanyak ciptaan ini tanpa izin tertulis dari pencipta. Pasal 113 ayat (3) UU No.28 Tahun 2014 Tetang Hak Cipta :

“ Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin pencipta atau pemegang hak cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi pencipta sebagaimana dimaksud pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf c, dan/ atau huruf g untuk penggunaan secara komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat tahun) dan/atau pidana denda paling banyak Rp.1.000.000.000,- (satu miliar rupiah) “

Diperuntukkan Khusus
Untuk Isteriku Tercinta & Anak-anakku Tersayang:

Erlida Hanum, S. H.,

&

Nur Aisyah Thalib,

Iqbal Salim Thalib,

Farhan Thalib

Semoga tulisan ini memberi motivasi
bagi anak-anakku semua amien

DAFTAR ISI

Cover Dalam	i
Kata Pengantar	v-vi
Lembaran-Lembaran Khusus	vii-x
Daftar Isi	xi-xii
I. HKI Dalam Pembangunan Nasional	
Oleh : DR. H. Abd Thalib, Sm. Hk., S. H., M. C. L.	1-38
II. Kebijakan Pemerintah dalam Perlindungan HKI	
Oleh : Ir. Mukhlisin, S. H., M. H.	39-52
III. Larangan Praktek Monopoli Dan	
Persaingan Usaha Tidak Sehat Dalam Hubungannya	
Dengan Perlindungan Terhadap Konsumen	
Oleh : Desi Apriani, S. H., M. H.	53-78
IV. Penerapan Prinsip Subrogasi	
Pada Asuransi Kendaraan Bermotor	
Oleh : Selvi Harvia Santri, S. H., M. H.	79-110

V. Perlindungan Konsumen Terhadap Penggunaan Kosmetik (Pemutih Wajah) Yang Mengandung Zat Berbahaya Berdasarkan Pada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Oleh : Sri Arlina, S. H., M. H.	111-136
VI. Prospek Bisnis Pertambangan Mineral dan Batubara Sejak Keluarnya Kebijakan Pelarangan Ekspor Berdasarkan Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara Oleh : DR. Surizki Febrianto, S. H., M. H.	137-158
VII. <i>Terminology Law Term–Glosary Of Legal Term And Meaning</i> Oleh : DR. H. Abd Thalib, Sm. Hk., S. H., M. C. L.	159-220
VIII. Hukum Perikatan Oleh: DR. H. Abd Thalib, Sm. Hk., S. H., M. C. L.	221-290
Biodata Singkat Penulis	291-294

1 HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL DALAM PEMBANGUNAN NASIONAL

Abd Thalib

I. Pendahuluan

Hak Kekayaan Intelektual (HKI) telah menjadi bagian penting yang tidak terpisahkan dalam perkembangan perekonomian Nasional maupun International. Berbagai jenis informasi tentang kebijakan, peraturan, perkembangan terkini praktek penerapan dan perlindungan HKI, telah menjadi materi yang sangat diperlukan oleh masyarakat. Pertumbuhan ekonomi Indonesia dan dunia sangat ditopang oleh investasi inovasi kekayaan intelektual yang selalu tumbuh dan berkembang seiring komersialisasi HKI tersebut. Oleh karenanya, diharapkan karya intelektual bangsa selalu dapat tumbuh dan berkembang serta dapat berharmonisasi dengan karya intelektual bangsa lain.

Hak kekayaan intelektual (*Intellectual Property Rights*) kini dan ke depan adalah suatu fenomena menarik untuk dibahas, karena perannya sangat menentukan terhadap laju percepatan pembangunan nasional, terutama dalam era globalisasi. Di sini era globalisasi dapat dianalisis dari dua karakteristik dominan. Pertama, era globalisasi ditandai dengan terbukanya secara luas hubungan antar bangsa dan antar negara yang didukung dengan transparansi dalam informasi. Dalam kondisi transparansi informasi yang sedemikian itu, maka kejadian atau penemuan di suatu belahan dunia akan dengan mudah diketahui dan segera tersebar ke belahan dunia lainnya. Hal ini membawa implikasi, bahwa pada saatnya segala bentuk upaya penjiplakan, pembajakan, dan sejenisnya tidak lagi mendapatkan tempat dan tergusur dari fenomena kehidupan bangsa-bangsa. Kedua, era globalisasi

membuka peluang semua bangsa dapat mengetahui potensi, kemampuan, dan kebutuhan masing-masing, sekaligus kekurangan yang mereka miliki.

Kendatipun tendensi yang mungkin terjadi dalam hubungan antar negara didasarkan pada upaya pemenuhan kepentingan secara timbal balik, namun justru negara yang memiliki kemampuan lebih akan mendapatkan keuntungan yang lebih besar. Salah satu kemampuan penting suatu negara adalah kemampuan dalam penguasaan teknologi. Mengacu pada dua hal tersebut, upaya perlindungan terhadap hak atas kekayaan intelektual di satu sisi sudah saatnya menjadi perhatian, dan kepedulian semua pihak pada sisi lain, agar tercipta kondisi yang kondusif bagi tumbuh berkembangnya kegiatan inovatif dan kreatif yang menjadi syarat batas dalam menumbuhkan kemampuan penerapan, pengembangan, dan penguasaan teknologi.

Tidak dipungkiri, bahwa tanpa penerapan, pengembangan, dan penguasaan teknologi, pembangunan nasional tidak akan berjalan dengan baik untuk dapat menempatkan diri sejajar dengan bangsa-bangsa maju lainnya. Disadari bahwa dalam sistematis penerapan, pengembangan, dan penguasaan teknologi selalu diawali dan dibarengi dengan upaya alih teknologi (*transfer of technology*). Pada tahap lanjut dari upaya alih teknologi, untuk mengejar ketinggalan dalam tingkat penguasaan dan pengembangan teknologi diperlukan kegiatan yang bersifat kreatif dan inovatif agar memiliki kemampuan untuk menciptakan teknologi-teknologi baru.

A. Pengertian Hak Kekayaan Intelektual

Hak Kekayaan Intelektual¹, disingkat “HKI” atau akronim “HaKI”, adalah padanan kata yang biasa digunakan untuk *Intellectual Property Rights* (IPR), yakni hak yang timbul bagi hasil olah pikir yang menghasilkan suatu produk atau proses yang berguna untuk manusia pada intinya HKI adalah hak untuk menikmati secara ekonomis hasil dari suatu kreativitas

* Dosen Pasca Sarjana Prodi Ilmu Hukum Universitas Islam Riau, (Sm. Hk., dan S. H., F-H Universitas Islam Riau, Indonesia), M. C. L., (Faculty of Law, University of Delhi, New Delhi, India), Ph. D., (Faculty of Law, University of Malaya, Kuala Lumpur, Malaysia). E-mail: thalib_abd7164@yahoo.com).

¹Menurut TRIPs (*Trade-related aspects of Intellectual Property Rights*) – in the WTO disebutkan: *Intellectual property rights are the rights given to persons over the creations of their minds. They usually give the creator an exclusive right over the use of his/her creation for a certain period of time.*

intelektual. Objek yang diatur dalam HKI adalah karya-karya yang timbul atau lahir karena kemampuan intelektual manusia.

Selanjutnya organisasi hak kekayaan intelektual dunia (WIPO) memberikan definisi HKI adalah sebagai berikut:

“Intellectual property rights (IPRs) are the legal rights given to creators of intellectual property. IPRs usually give the creator of intellectual property the right to exclude others from exploiting the creation for a defined period of time. Intellectual property laws provide the incentives that foster innovation and creativity, and strive to ensure that the competitive struggle is fought within certain bounds of fairness. The protection of IPRs contributes significantly to technological progress, competitiveness of businesses and our country’s well-being”.

Organisasi Hak Kekayaan Intelektual memberikan definisi tentang Hak kekayaan intelektual itu, adalah suatu hak hukum yang diberikan kepada penemu-penemu kekayaan intelektual. HKI umumnya memberi si penemu hak kekayaan intelektual melarang yang lainnya dari melaksanakan temuan tersebut selama waktu tertentu. Hukum kekayaan intelektual memberikan insentif-insentif yang berhasil menemukan dan daya cipta, dan berusaha menjamin yang sungguh-sungguh bersaing bertarung dalam batas-batas kewajaran tertentu. Perlindungan terhadap HKI memberi secara nyata terhadap kemajuan teknologi, daya saing bisnis dan kebaikan buat negara kita.

Dari uraian tersebut di atas, dapat ditegaskan bahwa HKI adalah hak kepemilikan atas ide atau informasi – yang bersifat *immateriele* (takbenda) – yang berasal dari kreativitas intelektual manusia dan memiliki nilai komersial. Hak yang diberikan adalah untuk memiliki, menggunakan dan melarang penggunaan ide atau informasi dimaksud. Substansi yang dilindungi HKI sangat luas, sepanjang muncul dari aktivitas intelektual di dalam dunia industri, ilmu pengetahuan, karya tulis atau seni. Pada tataran praktis, ada berbagai jenis HKI, di antaranya yang utama adalah : Hak Cipta, Paten, Merek, Indikasi Geografis, Desain Industri, Rahasia Dagang dan Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu.

Pada intinya HaKI adalah hak untuk menikmati secara ekonomis hasil dari suatu kreativitas intelektual. Objek yang diatur dalam HaKI adalah karya-karya yang timbul atau lahir karena kemampuan intelektual manusia. Jadi, hak kekayaan intelektual adalah hak yang timbul dari kemampuan berpikir atau olah pikir yang menghasilkan suatu produk atau proses yang

berguna untuk manusia. Secara singkat pengertian masing-masing jenis HKI tersebut adalah sebagai berikut:

1. Hak Cipta

Hak Cipta adalah hak eksklusif pencipta yang timbul secara otomatis berdasarkan prinsip deklaratif setelah suatu ciptaan diwujudkan dalam bentuk nyata tanpa mengurangi pembatasan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. (Pasal 58 ayat [1] dan [2] UU No. 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta). Perlindungan diberikan kepada nilai yang terdapat dalam: buku, Program Komputer, pamflet, perwajahan (*lay out*) karya tulis yang diterbitkan, dan semua hasil karya tulis lain; ceramah, kuliah, pidato, dan Ciptaan lain yang sejenis dengan itu; alat peraga yang dibuat untuk kepentingan pendidikan dan ilmu pengetahuan; lagu atau musik dengan atau tanpa teks; drama atau drama musikal, tari, koreografi, pewayangan, dan pantomim; seni rupa dalam segala bentuk seperti seni lukis, gambar, seni ukir, seni kaligrafi, seni pahat, seni patung, kolase, dan seni terapan; arsitektur; peta; seni batik; fotografi; sinematografi; terjemahan, tafsir, saduran, bunga rampai, database, dan karya lain dari hasil pengalihwujudan [ilmu pengetahuan, seni dan sastra], berlaku selama hidup Pencipta dan terus berlangsung selama 70 (tujuh puluh) tahun setelah Pencipta meninggal dunia, terhitung mulai tanggal 1 Januari tahun berikutnya.

2. Hak Paten

Paten adalah hak eksklusif yang diberikan oleh negara kepada inventor atas hasil invensinya di bidang teknologi, yang untuk selama waktu tertentu melaksanakan sendiri invensinya tersebut atau memberikan persetujuannya kepada pihak lain untuk melaksanakannya (Pasal 1 Angka 1 UU No. 13 Tahun 20016 tentang Paten). Istilah “invensi” sendiri diartikan sebagai ide inventor yang dituangkan ke dalam suatu kegiatan pemecahan masalah yang spesifik di bidang teknologi dan dapat berupa produk atau proses, atau penyempurnaan dan pengembangan produk atau proses (Pasal 1 Angka 2). Pada umumnya perlindungan Paten diberikan selama 10-20 tahun (Pasal 22 [1] dan Pasal 23 [1]).

3. Hak atas Merek Dan Indikasi Geografis

Merek adalah tanda yang dapat ditampilkan secara grafis berupa gambar, logo, nama, kata, huruf, angka, susunan warna, dalam bentuk 2 (dua) dimensi dan/atau 3 (tiga) dimensi, suara, hologram, atau kombinasi dari 2 (dua) atau lebih unsur tersebut untuk membedakan barang dan/atau jasa yang diproduksi oleh orang atau badan hukum dalam kegiatan perdagangan barang dan/atau jasa (Pasal 1 angka 1 UU No. 20 Tahun 2016 tentang Merek Dan Indikasi Geografis). Tujuan pemberian Hak atas Merek adalah membangun reputasi atau nama baik (*good will*) perusahaan terhadap konsumen. Jangka waktu perlindungan Merek adalah 10 tahun dan dapat terus menerus diperpanjang.

Dalam rangka menunjang dan meningkatkan iklim usaha di Indonesia, Pemerintah dan DPR RI telah mengesahkan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis yang diberlakukan pada tanggal 25 November 2016. Di dalam Undang-Undang Merek dan Indikasi Geografis tersebut terdapat poin-poin penting khususnya yang membedakan dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 tentang Merek, diantaranya adalah:

1. **Perubahan judul**, pada UU Merek menjadi UU Merek dan Indikasi Geografis;
2. **Perluasan tipe merek**, yang semula pada UU Merek yang lama hanya mengatur merek konvensional dan pada UU Merek dan Indikasi Geografis yang baru dibedakan menjadi merek konvensional dan merek non tradisional yang terdiri dari: merek tiga dimensi, merek suara, dan merek hologram;
3. **Perubahan alur dalam proses pendaftaran merek**, yang semula pada UU Merek lama yaitu permohonan → pemeriksaan formal → pemeriksaan substantif → pengumuman → sertifikasi, maka pada UU Merek dan Indikasi Geografis yang baru yaitu permohonan → pemeriksaan formal → publikasi/pengumuman → pemeriksaan substantif → sertifikasi;
4. **Jangka waktu proses pendaftaran merek sampai diberikan sertifikat**, yang semula pada UU Merek lama selama 14 bulan 10 hari dan pada UU Merek dan Indikasi Geografis yang baru selama 9 bulan;
5. **Perpanjangan pendaftaran merek**, yang semula pada UU Merek lama

selama 12 bulan sebelum berakhirnya jangka waktu pendaftaran merek dan pada UU Merek dan Indikasi Geografis yang baru selama 6 bulan sebelum dan 6 bulan setelah berakhirnya jangka waktu pendaftaran merek;

6. **Pendaftaran merek internasional**, yang semula pada UU Merek lama tidak terdapat pengaturan tentang pendaftaran merek internasional dan pada UU Merek dan Indikasi Geografis yang baru untuk pendaftaran merek internasional berdasarkan Madrid Protokol.
7. **Pengaturan tentang Indikasi Geografis**, yang semula pada UU Merek lama ketentuan lebih lanjut diatur dengan Peraturan Pemerintah (PP) dan pada UU Merek dan Indikasi Geografis yang baru diatur secara lebih rinci (Terdiri dari 4 Bab, Pasal 53 s/d Pasal 71);
8. **Ketentuan Pidana**, yang semula pada UU Merek lama tidak memuat ketentuan pemberatan sanksi pidana dan pada UU Merek dan Indikasi Geografis yang baru memuat ketentuan pemberatan sanksi pidana (mengganggu kesehatan dan mengancam keselamatan jiwa manusia).

Sesuai pengertian merek yang diatur pada Pasal 1 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis pada dasarnya terdapat 3 (tiga) elemen merek yaitu: Tanda, Memiliki Daya Pembeda dan Digunakan untuk perdagangan barang dan/atau jasa. Daya pembeda (*distinctiveness*) dibedakan menjadi 2 (dua) yaitu:

1. Alasan absolut (*absolut grounds*) → Pasal 20 yaitu jenis merek yang tidak dapat didaftar;
2. Alasan relatif (*relative grounds*) → Pasal 21 yaitu jenis merek yang ditolak.

Namun menurut penulis, adanya unsur itikad tidak baik (Pasal 21 ayat 3) seharusnya tidak diklasifikasikan dalam alasan relatif dan seharusnya diklasifikasikan dalam alasan absolut dalam Pasal 20.

Dengan diberlakukannya UU Merek dan Indikasi Geografis ini terdapat beberapa hal positif, yaitu diantaranya:

1. Biaya pendaftaran relatif murah karena tidak membatasi jumlah jenis barang/jasa dalam satu kelas (Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 2016 tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 2014 Tentang Jenis dan Tarif Atas Jenis Penerimaan Negara Bukan

- Pajak yang Berlaku pada Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia);
2. Jangka waktu proses permohonan relatif lebih singkat;
 3. Memperluas objek jenis barang dan/atau jasa yang akan didaftar karena dapat mendaftarkan merek-merek non konvensional.

Selanjutnya, pengaturan untuk merek terkenal di dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis pada dasarnya tidak mengatur secara rinci, namun pengaturan tentang merek terkenal dapat dilihat dalam penjelasan Pasal 21 ayat 1 huruf b, yaitu:

Penolakan permohonan yang mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhan dengan merek terkenal milik pihak lain untuk barang dan/atau jasa yang sejenis dilakukan dengan memperhatikan pengetahuan umum masyarakat mengenai merek tersebut di bidang usaha yang bersangkutan. Di samping itu, diperhatikan pula reputasi merek tersebut yang diperoleh karena promosi yang gencar dan besar-besaran, investasi di beberapa negara di dunia yang dilakukan oleh pemiliknya, dan disertai bukti pendaftaran Merek dimaksud di beberapa negara. Jika hal tersebut belum dianggap cukup, Pengadilan Niaga dapat memerintahkan lembaga yang bersifat mandiri untuk melakukan survei guna memperoleh kesimpulan mengenai terkenal atau tidaknya Merek yang menjadi dasar penolakan.

Terdapat konsep dari Amerika tahun 1920 yang dikenal dengan doktrin *Dilution*, yaitu merek bukan murni kreasi intelektual, namun perlindungan reputasi (*well known mark and famous mark*). Doktrin *Dilution* terdiri dari *blurring*, *tarnishment*, dan *cybersquatting*.²

Doktrin *dilution blurring* (pengaburan) yaitu pemudaran atas kekuatan merek melalui identifikasinya untuk produk yang tidak sejenis, meskipun kesamaan merek tersebut tidak menyebabkan kebingungan diantara konsumen kedua produk tersebut, namun masing-masing mengurangi kualitas pembeda dari merek yang bersangkutan. Contoh: Tiffany (merek perhiasan yang sudah terkenal) → Tiffany (rumah makan).³

Doktrin *dilution tarnishment*(pemudaran) merupakan akibat dari penggunaan untuk mengencarkan, menodai, menurunkan karakter atau

²Rahmi Jened, Seminar Perlindungan Merek Menurut Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis, Universitas Surabaya, 23 Maret 2017).

³*Ibid.*

kualitas pembeda dari merek terkenal, terutama penggunaan produk yang lebih rendah atau produk yang tidak pantas. Contoh: Starbucks Coffee (merek kedai kopi yang sudah terkenal) → Pecel Lele Lela.⁴

Doktrin *dilutioncybersquatting* yaitu mendaftarkan nama domain yang mirip atau sama dengan sesuatu merek terkenal dengan tujuan untuk mendapatkan keuntungan melalui lalu-lintas pengunjung yang mengunjungi alamat bersangkutan. Contoh: www.celinedion.com → seperti diketahui Celine Dion adalah merupakan penyanyi internasional yang sudah terkenal.⁵

4. Hak Desain Industri.

Desain industri adalah suatu kreasi tentang bentuk, konfigurasi, atau komposisi garis atau warna atau garis dan warna, atau gabungan daripadanya yang berbentuk tiga dimensi atau dua dimensi yang memberikan kesan estetis dan dapat diwujudkan dalam pola tiga dimensi atau dua dimensi serta dapat dipakai untuk menghasilkan suatu produk, barang, komoditas industri, atau kerajinan tangan (Pasal 1 Angka 1 UU No. 31 Tahun 2000 tentang Desain Industri). Desain industri lebih mengedepankan aspek keindahan suatu produk, yang tidak ada hubungannya dengan fungsi produk tersebut. Jangka waktu perlindungan Desain Industri adalah selama 10 tahun.

5. Rahasia Dagang.

Rahasia Dagang adalah informasi yang tidak diketahui oleh umum di bidang teknologi dan/atau bisnis, mempunyai nilai ekonomi karena berguna dalam kegiatan usaha, dan dijaga kerahasiaannya oleh pemilik Rahasia Dagang (Pasal 1 Angka 1 UU No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang). Perlindungan diberikan selama Rahasia Dagang tidak diketahui oleh publik.

6. Hak Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu.

Sirkuit Terpadu adalah suatu produk dalam bentuk jadi atau setengah jadi, yang di dalamnya terdapat berbagai elemen dan sekurang - kurangnya satu dari elemen tersebut adalah elemen aktif, yang sebagian atau seluruhnya saling berkaitan serta dibentuk secara terpadu di dalam sebuah

⁴*Ibid.*

⁵*Ibid.*

semikonduktor yang dimaksudkan untuk menghasilkan fungsi elektronik (Pasal 1 Angka 1 UU No. 32 Tahun 2000 tentang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu). Sementara itu, Desain Tata Letak adalah kreasi berupa rancangan peletakan tiga dimensi dari berbagai elemen, sekurang-kurangnya satu dari elemen tersebut adalah elemen aktif, serta sebagian atau semua interkoneksi dalam suatu Sirkuit Terpadu dan peletakan tiga dimensi tersebut dimaksudkan untuk persiapan pemuatan Sirkuit Terpadu (Pasal 1 Angka 2).

7. Hak Varitas Tanaman

Perlindungan Varietas Tanaman (PVT) atau hak pemulia tanaman adalah hakkekayaan intelektual yang diberikan kepada pihak pemulia tanaman atau pemegang PVT untuk memegang kendali secara eksklusif terhadap bahan perbanyakan (mencakup benih, stek, anakan, atau jaringan biakan) dan material yang dipanen (bunga potong, buah, potongan daun) dari suatu varietas tanaman baru untuk digunakan dalam jangka waktu yang telah ditentukan. Suatu kultivar yang didaftarkan untuk mendapatkan PVT harus memiliki karakteristik berikut ini : baru, unik, seragam, stabil, dan telah diberi nama. Hak ini merupakan imbalan atas upaya yang dilakukan pemulia dalam merakit kultivar yang dimuliakannya, sekaligus untuk melindungi konsumen (penanam bahan tanam atau pengguna produk) dari pemalsuan atas produk yang dihasilkan dari kultivar tersebut. Sedangkan Pengertian Perlindungan Varietas Tanaman menurut UU PVT UU NO 29 Tahun 2000 Pasal 1(1) adalah : *Perlindungan khusus yang diberikan negara, yang dalam hal ini diwakili oleh pemerintah dan pelaksanaannya dilakukan oleh Kantor Perlindungan Varietas Tanaman, terhadap varietas tanaman yang dihasilkan oleh pemulia tanaman melalui kegiatan pemuliaan tanaman.*

Perlindungan HKI diberikan hanya kepada ide atau informasi yang telah memiliki bentuk fisik, baik yang bersifat takbenda (*intangible*) maupun takbenda (*tangible*), tidak semata-mata kepada ide atau informasinya sendiri. Contoh paling sederhana bentuk fisik yang pertama misalnya adalah lagu, dan contoh yang kedua adalah buku. Perlindungan itu sendiri dibatasi dalam beberapa hal. Pertama, suatu karya cipta tidak dilindungi jika digunakan oleh seseorang hanya dalam rangka “fair use” atau pemanfaatan untuk kepentingan pribadi dan bukan untuk memperoleh keuntungan komersial secara langsung. Kedua, perlindungan juga tidak diberikan kepada manifestasi ide yang terlalu “biasa”, misalnya mengajak anjing berjalan-

jalan, atau ide yang terlalu “luar biasa”, seperti pembuatan kolom beton sebagai penopang bangunan. Argumentasi mengenai alasan kedua dimaksud akan diuraikan pada bagian berikutnya dari tulisan ini.⁶ Ketiga, sesuatu yang menjadi hak milik dimaksud harus memenuhi syarat “novelty” atau relatif merupakan sesuatu yang belum pernah ada atau dikenal sebelumnya.⁷

B. Landasan Filosofis Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual

Ditinjau dari aspek sejarah, perlindungan HKI sebenarnya telah berlangsung sangat lama. Salah satu temuan paling tua mengenai perlindungan HKI adalah monopoli yang diberikan oleh raja kepada para tukang masak di Sybaris (sebuah koloni masyarakat Yunani di sebelah selatan Italia yang terkenal karena pola hidupnya yang mewah) selama 1 (satu) tahun untuk mempersiapkan suatu jenis resep masakan hasil penemuannya yang dianggap memiliki cita rasa luar biasa, sekitar 500 tahun Sebelum Masehi. Sebuah temuan lainnya yang jauh lebih tua, yaitu sekitar 3200 tahun Sebelum Masehi, adalah pemberian tanda pada keramik yang dilakukan oleh masyarakat Yunani dan negara Eropa lainnya yang berdekatan, seperti Turki dan Italia, dan wilayah Timur Tengah yang juga dekat dengan benua Eropa, untuk menunjukkan identitas pembuatnya.⁸

Namun demikian, ditinjau dari aspek filosofi, perdebatan mengenai konsep dan rezim HKI baru dimulai pada Abad ke - 18. Terinspirasi oleh pandangan John Locke (1632-1704) dan Jean Jacques Rousseau (1712-1778), lahir pemikiran mengenai perlindungan HKI yang dinamakan aliran Hukum Alam. Menurut Locke, setiap orang secara alamiah memiliki hak atas dirinya sendiri dan – oleh karena itu – hasil pekerjaannya (*labour*) karena telah melakukan pengorbanan dalam bentuk menemukan, mengolah, dan menambahkan “kepribadian” ke dalam sesuatu, sebagaimana diungkapkan sebagai berikut:

“... yet every man has a “property” in his own ‘person’. This nobody has any right to but himself. The ‘labour’ of his body and the ‘work’ of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever, then, he

⁶Hughes, J. 1988. *The Philosophy of Intellectual Property*. *Georgetown Law Journal*, 77(287): 5-6.

⁷*Ibid*, 4.

⁸Granstrand, O. (1999), *The Economics and Management of Intellectual Property: Towards Intellectual Capitalism*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham (UK): 28.

removes out of the state that Nature hath provided and left it in, he hath mixed his labour with it, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property.”⁹

Diungkapkan bahwa segala sesuatu yang ada di muka bumi pada awalnya adalah milik seluruh umat manusia. Meskipun demikian, “segala sesuatu” dimaksud tidak dapat dimanfaatkan secara langsung tanpa diperoleh dan diolah terlebih dahulu. Untuk dapat diolah, maka sesuatu yang ada di alam harus diambil terlebih dahulu, misalnya hewan yang akan dimakan harus terlebih dahulu ditangkap, dan diolah oleh seseorang (yang juga berarti dimiliki orang tersebut). Oleh karena itu, Locke menekankan pentingnya pemberian penghargaan kepada orang yang telah melakukan “pengorbanan” untuk menemukan dan mengolah sesuatu yang berasal dari alam, dalam bentuk hak milik. Justin Hughes menghubungkan pandangan Locke tersebut dengan masalah perlindungan HKI melalui pernyataan bahwa HKI diperoleh melalui proses belajar/memahami (kognitif). Dengan demikian, walaupun “masukan” yang mendorong proses penciptaan tersebut berasal dari lingkungan luar si pencipta, proses “perakitan” ciptaan itu sendiri terjadi di dalam pikirannya sehingga tidak lagi murni seperti bentuk awalnya.¹⁰ Di dalam pembahasan mengenai HKI, konsep yang dikembangkan oleh Locke ini kemudian dikenal sebagai *Labour Theory*.¹¹

Jika diamati secara lebih mendalam, Locke sendiri sebenarnya tidak melihat pengorbanan seseorang melalui tenaganya secara harfiah, sebagai justifikasi perlindungan hak milik. Sesuatu yang dihasilkan melalui aktivitas seseorang seringkali memberikan nilai sosial yang tinggi bagi masyarakat. Dengan demikian, nilai sosial itulah yang menjadi dasar pemberian penghargaan. Locke mengungkapkan hal tersebut sebagai berikut:

“...*labor often creates social value, and it is this production of social value that ‘deserves’ reward, not the labor that produced it.*”¹²

Locke juga menyarankan agar insentif ekonomi diberikan dalam perlindungan hak milik. Dikaitkan dengan HKI, hal ini diterjemahkan sebagai

⁹*Ibid*, 23.

¹⁰Hughes, J. (1988), see note. 6, p. 5.

¹¹Fisher, W. (2001), *Theories of Intellectual Property*. Dalam Munzer, S. (Ed.). *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*: 170, 172. Cambridge: Cambridge University Press.

¹²Hughes, J, note. 6, hal.12, 14-17, 42.

dorongan agar pencipta bersedia untuk mempublikasikan karya ciptanya, karena hal tersebut tidak mungkin sepenuhnya diserahkan kepada sifat “murah hati” si pencipta. Publikasi karya cipta ini sangat penting untuk menambah jumlah *intellectual capital* (sumber daya intelektual) yang ada di masyarakat, karena dengan demikian meningkatkan jumlah ide untuk menciptakan sesuatu yang baru. Melalui insentif ekonomi, maka seseorang dapat didorong untuk menciptakan sesuatu dan untuk menjual hasil ciptaannya (*finished product*) yang bermanfaat bagi masyarakat. Jika seseorang tidak terdorong untuk menciptakan sesuatu dan menjualnya kepada publik, maka tingkat produksi akan menurun sehingga kegiatan ekonomi tidak berjalan dengan baik.¹³

Meskipun demikian, Locke tidak setuju dengan kepemilikan yang berlebihan atas sesuatu karena hal tersebut akan merugikan kepentingan orang lain, yang artinya bertentangan dengan Hukum Alam. Oleh karena itu, menurutnya sesuatu dapat dijadikan sebagai hak milik sepanjang dipenuhi syarat “*enough and as good left in common for others*”.¹⁴ Syarat yang diungkapkan oleh Locke ini dianggap memiliki relevansi yang kuat dengan perlindungan HKI dan argumentasi ilmiahnya akan diuraikan di bagian selanjutnya dari tulisan ini.

Didasarkan kepada prinsip “*enough and as good left in common for others*” tersebut, menurut Hughes, ketika suatu ide menghasilkan sesuatu yang sifatnya luar biasa atau sangat dibutuhkan oleh masyarakat luas, maka terhadap ide tersebut tidak dapat diberikan perlindungan HKI. Jika perlindungan HKI diberikan maka justru akan “mengurangi” kesejahteraan masyarakat. Sebagai contoh, pilar penyangga bangunan yang digunakan di dalam bidang arsitektur tidak diberikan perlindungan HKI karena perannya yang demikian penting bagi pembuatan bangunan. Perlindungan juga tidak diberikan kepada ide yang sifatnya sangat umum, seperti ide untuk menceritakan sebuah cerita hantu kepada seorang teman, karena menjadikan suatu ide tidak memperkaya *intellectual capital* yang beredar di masyarakat. Oleh karena itu, karya cipta yang dapat dilindungi HKI adalah yang memiliki karakteristik di antara kedua karakteristik ekstrim tersebut.¹⁵

¹³*Ibid*, hal. 8.

¹⁴*Ibid*, hal. 24.

¹⁵Hughes, *ibid*, hal.. 21-22.

Dikaitkan dengan konteks kehidupan sosial pada masanya, pandangan Locke nampaknya berkaitan erat dengan keinginan untuk menantang kerajaan-kerajaan (yang memiliki kekuasaan absolut) dan dianggap “tidak bertanggung jawab”, yang mendominasi hak milik atas berbagai hal bukan dari kemampuan/bakat individual anggota kerajaan sendiri, melainkan hanya karena kekuasaan yang dimilikinya.¹⁶ Hal ini didasarkan kepada pemikirannya mengenai bahaya keberadaan monarki absolut terhadap 2 (dua) hal, yaitu kemampuannya untuk melakukan “*the capricious incarceration or the arbitrary seizure of property*” dan bahwa “*an absolut monarchy could claim authority to enforce a particular set of beliefs*”¹⁷ Keyakinan bahwa kekuasaan absolut tersebut dianugerahkan oleh Tuhan kepada para raja juga telah dianggap menjadi penyebab perang agama yang dikenal dengan nama Perang Tiga Puluh Tahun (*The Thirty Years War*) di Eropa yang mengakibatkan kurang lebih 8 juta orang tewas.¹⁸

“Kepribadian” sebagaimana yang dijelaskan oleh Locke tersebut di atas, kemudian dikembangkan menjadi sebuah teori yang disebut *Personality Theory*, yang didasarkan kepada pandangan George Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831). Menurut Hegel, “*the individual’s will is the core of the individual’s existence ...constantly seeking actuality...and effectiveness in the world.*” Teori ini dianggap sebagai refleksi paham kebebasan yang menurut Hegel harus diwujudkan dalam bentuk suatu karya cipta agar menjadi terlihat jelas. Dalam kehidupannya, manusia pada tahap awal “mengambil” segala sesuatu yang ada di luar dirinya. Namun, kemudian, manusia memiliki keinginan (*will*) untuk menyikapi apa yang telah diperolehnya tersebut berdasarkan kehendak pribadinya. Penyikapan tersebut dalam bentuk suatu karya cipta, kemudian menjadi milik manusia yang bersangkutan, karena merupakan ekspresi keinginan dimaksud. Jika kemudian hal tersebut diakui oleh masyarakat, maka teori bahwa suatu karya cipta merupakan ekspresi jati diri penciptanya menjadi sah secara hukum sebagai hak milik.¹⁹ Di samping itu, walaupun bukan merupakan hasil karya secara fisik, citra personal seseorang –termasuk bentuk

¹⁶*Ibid*, hal. 6.

¹⁷Casson, D.J. (2011), *Liberating Judgement: Fanatics, Skeptics, and John Locke’s Politics of Probability*. New Jersey: Princeton University Press: 210.

¹⁸(www.historylearningsite.co.uk; Wilson, 2009; Helfferich, 2009; Pant, 2011).27.

¹⁹Hughes, hal. 28-30.

fisik, cara berbicara dan bergerak, dan sejarah kehidupannya –merupakan “pembangkit personalitas”. Oleh karena itu, citra personal harus dilindungi secara hukum karena merupakan hak milik seseorang.²⁰

Hegel melihat kekayaan intelektual sebagai “*ongoing expression of its creator, not as a free, abandonable cultural object*”. Berkaitan dengan hal tersebut, saat ini diterjemahkan bahwa pembayaran yang dilakukan oleh seseorang untuk membeli hasil karya pencipta dianggap sebagai tindakan pengakuan terhadap si pencipta sebagai manusia yang mempunyai harkat dan martabat. Hal yang sama berlaku pula dalam hal HKI si pencipta dibeli oleh pihak lain. Konsep inilah yang kemudian di dalam hukum HKI dikenal sebagai Hak Moral, yaitu hak pencipta untuk melarang ciptaannya diubah tanpa persetujuan yang bersangkutan.²¹ Di samping itu, dikatakan pula bahwa hukum HKI dapat menciptakan suasana yang kondusif dari segi ekonomi dan sosial bagi penciptaan karya-karya intelektual, yang pada akhirnya sangat penting bagi perkembangan diri manusia.²²

Sementara itu, di dalam bukunya yang berjudul *Du Contrat Social*, Rousseau menyatakan bahwa: “*Every man has naturally a right to everything he needs...*” Analogi yang digunakannya adalah kepemilikan atas tanah. Berkaitan dengan hal tersebut, Rousseau menyebutkan syarat-syarat untuk kepemilikan dimaksud, yaitu: bahwa tanah yang dikuasai belum ada pemiliknya; manusia hanya boleh menguasai tanah seluas yang dibutuhkannya; dan, kepemilikan tersebut harus disertai dengan pengelolaan secara berkelanjutan.²³ Di samping itu, disebutkan pula bahwa setiap individu secara sukarela menyerahkan diri untuk diatur hak dan kewajibannya oleh negara.²⁴ Hal ini berarti bahwa sebenarnya hak yang dimiliki seseorang adalah bersifat alamiah, hanya kemudian kekuasaan untuk melindungi hak milik tersebut “diserahkan”

²⁰Fisher, W. (2001), *Theories of Intellectual Property*. Dalam Munzer, S. (Ed.). *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*: 170, 172. Cambridge: Cambridge University Press.

²¹Hughes, hal. 40-42.

²²Fisher, loc. cit.

²³Rousseau, J.J. (2003), *On the Social Contract*. New York: Dover Publications, Inc.: 13.32, dan lihat pula, Mitchell, H.C. (2005). *The Intellectual Commons: Toward an Ecology of Intellectual Property*. Oxford: Lexington Books: 79-80.

²⁴Keller, B. (2010), *Liquefied Sanctity: Grotius and the Promise of Global Law*. Dalam Asbach, O. and Schröder, P. (Ed.). *War, the State and International Law in Seventeenth-Century Europe*: 137. Surrey: Ashgate Publishing Limited.

kepada negara karena dihubungkan dengan kekuasaan yang dimiliki oleh negara untuk melindungi hak tersebut jika dilanggar oleh pihak lain.²⁵

Di lingkungan Gereja, dukungan terhadap perlindungan HKI juga dikembangkan dengan dasar pemikiran yang serupa seperti yang dijadikan sebagai justifikasi oleh John Locke, yaitu Hukum Alam, namun dengan pendekatan yang berbeda dari Labour Theory. St. Thomas Aquinas (1225-1274) berpandangan bahwa hak milik pribadi atas sesuatu diperlukan karena: *“...people tend to take better care of what they own. Also, if everyone were responsible for everything, confusion and inefficiency would quickly ensue. Private ownership, on the other hand, encourages personal responsibility and accountability”*. Dengan demikian, Aquinas tidak mendasarkan masalah hak milik tersebut kepada prinsip bahwa seseorang telah mengeluarkan tenaganya untuk menciptakan atau mengolah sesuatu, melainkan bahwa seseorang dianggap akan lebih bertanggung jawab memelihara sesuatu yang menjadi miliknya. Selain itu, hak milik pribadi sangat penting untuk mewujudkan kemandirian. Hak milik bersama atas sesuatu dianggap justru menyebabkan: *“...a lack of freedom with a constant need for bureaucratic intervention”*.

Sementara itu, Paus Pius XI (1922-1939) menyatakan bahwa hak milik atas segala sesuatu yang ada di dunia diperoleh melalui 2 (dua) hal, yaitu karya cipta atau melalui penguasaan untuk pertama kali (*first occupation*). Argumentasi tersebut didasarkan kepada pemikiran bahwa pada awalnya umat manusia tidak “dimiliki” oleh siapapun dan bebas untuk memanfaatkan sumber daya yang ada di muka bumi. Namun demikian, senada dengan pemikiran Locke, Pius berpendapat bahwa hak milik memiliki karakter sosial dan bahwa diperlukan suatu pemerataan dalam kepemilikan. Kemudian, Paus Yohannes Paulus II berpendapat bahwa manusia memiliki hak inisiatif di bidang ekonomi. Hak tersebut sangat penting untuk menghindarkan manusia dari sifat ketergantungan, pasif, dan menyerah kepada birokrasi. Namun, hak ini akan menjadi tidak berarti jika tidak disertai dengan perlindungan terhadap hak milik, karena kondisi tersebut akan mengurangi semangat berinisiatif.²⁶

Dalam perkembangannya kemudian, aliran Hukum Alam ini kehilangan pengaruhnya karena munculnya paham baru yang dinamakan Utilitarian

²⁵Rousseau, J.J. (2004), *The Social Contract or Principles of Political Right*: 2-13. (<http://books.google.co.id/>, diakses 21 Desember 2015).

²⁶Spinello, R.A. and Bottis, M. (2009), *A Defense of Intellectual Property Rights*. Glos (UK): Edward Elgar Publishing Limited: 188-190, 193.

Theory. Pengertian paham tersebut dapat diketahui dari pandangan salah satu tokoh aliran Utilitarian, Jeremy Bentham (1748-1832), dalam hubungannya dengan tujuan penegakan hukum, yaitu bahwa:

“The general object which all laws have, or ought to have, in common, is to augment the total happiness of the community; and therefore, in the first place, to exclude, as far as may be, every thing that tends to substract from that happiness: in other words, to exclude mischief. But all punishment is mischief: all punishment in itself is evil. Upon the principle of utility, if it ought to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it promises to exclude some greater evil”.²⁷

Oleh karena itu, pendukung aliran Utilitarian berpendapat bahwa: *“...IPR was created by society for the purpose of serving the economic interests of its members at large”*. Artinya, HKI bukanlah merupakan hak alamiah seseorang, melainkan diberikan oleh Pemerintah untuk menjamin kepentingan ekonomi masyarakat yang lebih luas. Menurut aliran ini pula, perlindungan HKI bukanlah tujuan utama, melainkan *“...only tools to another greater end: progress”*. Itulah sebabnya suatu karya pada suatu saat akan menjadi public domain untuk mendorong setiap orang menciptakan karya baru.²⁸ Aliran kedua inilah –yang mengalami perkembangan pesat di AS –yang kemudian hingga saat ini lebih mewarnai konsep dan rezim HKI, karena lebih cocok dengan kebutuhan perkembangan industrialisasi.²⁹ Dikaitkan dengan konsep tersebut, William Landes dan Richard Posner mengemukakan argumennya bahwa bilamana HKI tidak diciptakan, maka setiap orang tidak akan termotivasi untuk membuat produk berbasis kreativitas intelektual yang memiliki nilai sosial tinggi.

Dihubungkan dengansalah satu jenis HKI, yaitu Hak atas Merek, keduanya berpandangan bahwa perlindungan tersebut memberikan keuntungan bagi konsumen karena mengurangi “ongkos melakukan pencarian/seleksi” suatu produk Sebagai contoh, konsumen akan lebih mudah dan cepat memilih suatu produk di sebuah toko hanya dengan melihat merek “Chitato” atau “Silverqueen” dibandingkan bila harus memilih

²⁷Bentham, J. (1823). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London: 1. (<http://books.google.co.id/>, diakses 21 Desember 2015).

²⁸Granstrand, O., op. cit, hal. 23-24. Lihat juga, Derclaye, E. (2008), *Intellectual Property Rights and Human Rights: Coinciding and Cooperating*. Dalam Torremans, P. (Ed.). *Intellectual Property and Human Rights*: 136. The Netherlands: Kluwer Law International.

²⁹Granstrand, op. cit., hal. 24.

produk-produk yang tidak bernama karena mereka harus meluangkan waktu untuk melihat kandungan produk dimaksud. Di samping itu, Hak atas Merek juga memberikan insentif kepada produsen untuk memproduksi sesuatu yang berkualitas tinggi secara konsisten. Bahkan, lebih menarik lagi adalah bahwa hal tersebut juga “menyempurnakan bahasa” yang digunakan antar anggota masyarakat karena pola komunikasi menjadi lebih “efisien dan menarik”. Sebagai contoh, tentunya orang akan lebih efisien dalam berkomunikasi ketika menyebut merek suatu produk daripada harus mendefinisikannya secara panjang lebar.³⁰

Argumentasi yang diajukan pendukung aliran Utilitarian itu sendiri kemudian menjadi sumber perdebatan berkaitan dengan justifikasinya dari aspek logika dan hukum. Konsep hak milik (*property*) pada umumnya merujuk kepada hak milik atas benda, yang memiliki sifat langka (karena jumlahnya terbatas, seperti tanah) dan dapat dikuasai secara fisik. Oleh karena itu, kemampuan untuk melarang orang lain memiliki sesuatu yang telah menjadi hak milik adalah sangat esensial di dalam konsep hak milik tersebut. Sehubungan dengan hal ini, analogi hak milik atas benda yang diterapkan pada HKI menimbulkan pertanyaan dari aspek relevansinya, karena perbedaan sifat kekayaan dalam bentuk benda dengan kekayaan intelektual yang bersifat takbenda. Sebagai contoh, kepemilikan seseorang atas suatu benda dapat terjadi karena penguasaan untuk pertama kali (*first possession*) atau karena hak milik atas benda tersebut diserahkan kepadanya, dan hal tersebut berarti orang lain tidak lagi dapat memiliki benda dimaksud. Kondisi ini tidak dapat diberlakukan terhadap kekayaan intelektual, disebabkan oleh apa yang disebut dengan *dispossession impossibility*. Istilah ini menjelaskan bahwa suatu kekayaan intelektual yang telah diketahui/dimiliki orang lain tidak dapat dengan mudah direbut kembali oleh pemiliknya. Kekayaan intelektual yang telah dimiliki orang lain sebenarnya pada saat yang bersamaan juga dimiliki oleh pemiliknya, sehingga dapat dikatakan tidak ada sesuatu yang hilang.³¹

³⁰Fisher, op. cit., 169., Lihat pula, Peritz, R.J.R. (2007), *Competition Policy and Its Implications for Intellectual Property Rights in the United States*. Dalam Anderman, S.D. (Ed.). *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*: 128. Cambridge: Cambridge University Press).

³¹Granstrand, op. cit., hal. 24-25.

Di samping itu, kekayaan intelektual tidak memenuhi syarat kelangkaan (*scarcity*) jika didistribusikan kepada siapapun. Artinya, kekayaan intelektual yang didistribusikan tersebut tidak menjadi berkurang jumlahnya atau menjadi langka. Kelangkaan secara virtual mungkin saja dapat dilakukan dengan cara merahasiakan informasi tentang kekayaan intelektual tersebut. Namun demikian, tidak ada jaminan bahwa orang lain tidak akan dapat menciptakan kekayaan intelektual yang sama. Lebih dari itu, seseorang tidak dapat mengklaim bahwa dirinya memiliki suatu kekayaan intelektual jika tidak ada bukti yang dapat ditunjukkan.³²

Perdebatan yang bersifat pro dan kontra juga terjadi terhadap keberadaan konsep dan hukum HKI secara umum. Sebagai insentif bagi seseorang untuk menciptakan sesuatu yang memiliki nilai sosial tinggi, HKI diragukan perannya karena berbagai jenis insentif lainnya, baik yang bersifat finansial maupun non-finansial, dapat juga memberikan dorongan untuk melakukan hal yang sama. Insentif-insentif tersebut antara lain adalah: keuntungan karena menjadi pionir, peluang yang dapat diraih pencipta dengan melakukan spekulasi distribusi produknya di pasar, prestise, prestasi akademik (*academic tenure*), dan kecintaan terhadap seni. Di samping itu, Steven Shavell dan Tanguy van Ypersele berpandangan bahwa insentif dapat diberikan dalam bentuk pembelian oleh Pemerintah. Justifikasi yang diberikan oleh keduanya adalah bahwa pencipta telah menciptakan sesuatu yang memiliki nilai sosial tinggi, sehingga layak apabila dibayar oleh anggaran Pemerintah yang berasal dari pajak yang dibayar oleh masyarakat.³³

Sebagian pihak juga meragukan argumentasi bahwa HKI diciptakan untuk mendorong motivasi seseorang untuk menciptakan sesuatu yang berguna bagi masyarakat, atau dengan kata lain mendorong manusia untuk menjadi produktif. Hingga saat ini sulit untuk dibuktikan apakah jika suatu ciptaan tidak dipublikasikan lebih dikarenakan pencipta beranggapan hal tersebut tidak menguntungkan masyarakat atau “biaya transaksi : yang terlalu tinggi sebagai akibat kebijakan lisensi wajib.³⁴ Sekedar informasi, menurut Carlos M. Correa, lisensi wajib adalah: “*An authorization given by a national authority to a person, without or against the consent of the tittle-holder for the exploitation of a subject matter protected by a patent or other intellectual property*

³²Ibid, hal. 25-26.

³³Fisher, op. Cit., hal. 179-180.

³⁴Ibid, hal. 180.

rights".³⁵ Lisensi wajib adalah mekanisme dalam bentuk kebijakan Pemerintah yang ditujukan untuk menciptakan keseimbangan antara kepentingan pemilik HKI dengan kepentingan publik.³⁶ Contoh lisensi wajib adalah di bidang Hak Paten dalam bentuk tindakan Pemerintah yang mengizinkan seseorang memproduksi suatu produk tanpa seizin pemilik Hak Paten.³⁷

Sebagaimana telah diuraikan, perhatian utama Locke adalah pengorbanan yang telah dilakukan oleh seseorang untuk menciptakan sesuatu, dan pengorbanan tersebut harus diberikan penghargaan. Argumen tersebut didasarkan kepada anggapan bahwa menghasilkan ide merupakan suatu aktivitas yang relatif tidak menyenangkan, karena seseorang harus bekerja keras untuk itu. Oleh karena itu, sifat kekayaan intelektual yang tidak memenuhi syarat kelangkaan, tidak menjadi faktor penghalang justifikasi perlindungan HKI. Konsep justifikasi perlindungan HKI berdasarkan "pengorbanan" tersebut kemudian dikritik karena mungkin saja suatu ide dihasilkan melalui sebuah aktivitas yang bersifat menyenangkan.³⁸

Di samping itu, sebagaimana juga telah diuraikan sebelumnya, Locke berpendapat bahwa: "...*labor often creates social value, and it is this production of social value that 'deserves' reward, not the labor that produced it*". Namun demikian, dalam kenyataannya, suatu ide tidak selalu memberikan nilai tambah kepada kehidupan masyarakat secara langsung, tetapi tetap dilindungi oleh hukum HKI. Sebagai contoh, sebuah film yang gagal mencapai sukses di pasar tetap saja mendapatkan perlindungan Hak Cipta. Dalam sebuah kasus di AS, diputuskan bahwa "nilai tambah" merupakan persyaratan yang terlalu tinggi untuk menunjukkan jati diri pencipta, dan akan ada begitu banyak karya –termasuk yang bersifat komersial –yang tidak dapat dilindungi HKI jika prinsip tersebut diterapkan.³⁹

HKI dianggap tidak hanya memberikan insentif kepada setiap orang untuk membuat produk barang dan jasa yang berkualitas tinggi, tetapi juga

³⁵Lisensi Paksa/Wajib dan Alasan Pemberian Lisensi Paksa. (2011). (<http://id.shvoong.com/law-and-politics/2133260-lisensi-paksa-wajib-dan-alasan/>, diakses 21Desember 2015).

³⁶Lamoureux, E.L., Baron, S.L. and Stewart, C. (2009), New York: Peter Lang Publishing, Inc.: 52. *Intellectual Property Law & Interactive Media: Free for a Fee*.

³⁷*Compulsory Licensing of Pharmaceuticals and TRIPS*. (2006). (http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/public_health_fa_q_e.htm, diakses 21 Desember 2015).

³⁸ Hughes, op. Cit., hal. 10-11.

³⁹*Ibid*, hal. 12, 14-17, 42.

hak untuk menjualnya dengan harga yang mahal sehingga tidak semua orang dapat membelinya.⁴⁰ Namun demikian, kritik tersebut dibantah dengan pandangan bahwa sebenarnya kehidupan seseorang tidak akan berada dalam bahaya ketika tidak dapat mengakses suatu karya yang dilindungi HKI. Sebagai contoh, seseorang tidak akan mati hanya karena tidak menonton film Mickey Mouse, sebagaimana dikatakan oleh Richard A. Spinello dan Maria Bottis: *“Is anyone really injured in a serious way by lacking unfettered access to a novel, a cartoon character, or a piece of music that is protected by a copyright?”*⁴¹

Kritik juga diajukan terhadap *Personality Theory*. Pertanyaan yang diajukan adalah karena setiap orang melekatkan jati dirinya dengan kualitas yang berbeda-beda pada berbagai objek yang berbeda, maka apakah ada perbedaan derajat ekspresi jati diri untuk setiap benda yang berbeda?⁴² Selain itu, pengertian citra personal tidak sama pada setiap kebudayaan dan waktu.⁴³ Dengan demikian, dari segi kerangka konseptual, teori ini tidak memiliki pengertian yang baku dalam implementasinya.

Terhadap berbagai kritik yang disampaikan mengenai perlindungan HKI, sejumlah penulis juga memberikan pembelaan mengenai pentingnya perlindungan dimaksud. Berkaitan dengan kritik bahwa perlindungan HKI akan mengurangi hak publik akan akses terhadap Ilmu Pengetahuan dan Teknologi (IPTEK), pakar teori politik Robert Ostergard menyatakan bahwa sebenarnya sistem hukum HKI telah menciptakan keseimbangan antara kepentingan individu dan umum melalui justifikasi berdasarkan *Labor Theory* yang lebih menekankan kepada kepentingan yang pertama dan *Utilitarian Theory* yang lebih menekankan kepada kepentingan yang kedua.⁴⁴ Sementara itu, Justin Hughes memandang bahwa *Labor Theory* dan *Personality Theory* memiliki kelebihan dan kelemahan, namun justru saling melengkapi satu sama lain: *“The labor justification cannot account for the idea whose inception does not seem to have involved labor; the personality theory is inapplicable to valuable innovations that do not contain elements of what society might recognize as personal*

⁴⁰Fisher, op. Cit, hal. 177.

⁴¹Lihat Spinello dan Bottis, op. Cit, hal. 187.

⁴²Hughes, op. cit., hal. 34.

⁴³Fisher, op. Cit., hal. 192.

⁴⁴Beresford, A. Desilets, C. Haantz, S. Kane, J. and Wall, A. (2007). *Intellectual Property and White-collar Crime: Report of Issues, Trends, and Problems for Future Research*. Dalam Albanese, J.S. (Ed.). *Combating Piracy: Intellectual Property Theft and Fraud*: 76-77. New Jersey: Transaction Publishers.

*expression” dan pada saat yang bersamaan: “The Lockean labor theory applies more easily because the common of ideas seems inexhaustible. The Hegelian personality theory applies more easily because intellectual products, even the most technical, seem to result from the individual’s mental processes”.*⁴⁵

Bagi para pendukungnya, perlindungan HKI –ditinjau dari aspek demokrasi –dianggap sebagai suatu ideologi yang mendorong terwujudnya persamaan hak. Argumentasi yang dikemukakan adalah bahwa HKI dapat diperoleh siapapun –bukan hanya dari kelas tertentu, misalnya bangsawan –dan jangka waktu perlindungan yang diberikan terbatas. Di samping itu, HKI juga dikatakan sebagai media pemberdayaan masyarakat, khususnya bagi orang-orang yang memiliki bakat atau kemampuan istimewa. Selain itu, HKI bersifat lebih netral dibandingkan dengan hak kepemilikan lainnya, karena sifatnya yang sementara dan ruang lingkupnya yang terbatas, sehingga mencegah terjadinya akumulasi kekayaan di tangan seseorang. Selain itu, HKI diyakini memiliki keterkaitan dengan paham liberalisme. Dasar pemikirannya adalah bahwa pada umumnya HKI diciptakan oleh orang-orang yang memiliki pendidikan tinggi. Kemudian, HKI menjadi media kekuatan ekonomi bagi setiap individu untuk melakukan perubahan di dalam dan meningkatkan kesejahteraan masyarakat.⁴⁶

Mengingat sulitnya menjadikan hak kepemilikan atas benda sebagai justifikasi HKI, maka landasan filosofis dan teori HKI kemudian didasarkan kepada etika Deontologis (*deontological*) dan Konsekuensialis (*consequentialism*).⁴⁷ Hal ini sesuai dengan praktek di dalam yurisprudensi di AS sendiri yang tetap mempertahankan pandangan bahwa HKI tidak dapat semata-mata didasarkan kepada landasan konstitusional dan hukum, sehingga landasan perlindungannya harus dicari di dalam suatu “aturan yang berlaku” dan pemahaman yang berasal dari sumber independen.⁴⁸

Kata Deontologis berasal dari bahasa Yunani *deon*, yang artinya adalah “tugas” (ilmu yang mempelajari tentang kewajiban seseorang kepada orang lain disebut Deontologi).⁴⁹ Etika Deontologis akan selalu menanyakan apa yang

⁴⁵Hughes, op. cit., hal. 51.

⁴⁶Ibid, hal. 3-4.

⁴⁷Granstrand, op.cit, hal. 26.

⁴⁸Hughes, op.cit, hal. 1.

⁴⁹Ahronheim, J. Moreno, J.D. and Zuckerman, C. 2005. *Ethics in Clinical Practice*. London: Jones and Bartlett Publishers International: hal. 17.

seharusnya dilakukan oleh seseorang terhadap orang dalam suatu masalah tertentu? Pertanyaan tersebut diajukan tanpa memperhatikan konsekuensi yang akan muncul. Para pendukung etika Deontologis mendasarkan tindakan mereka pada prinsip-prinsip etika yang bersifat universal, seperti kejujuran, keadilan, penghormatan kepada harkat dan martabat manusia, komitmen terhadap janji, dan sebagainya.⁵⁰ Untuk menentukan bahwa suatu tindakan adalah sesuai dengan prinsip etika yang bersifat universal, ada sejumlah pedoman yang diajukan oleh beberapa pakar di bidang filsafat seperti Immanuel Kant dan John Rawls. Kant menjelaskan konsepnya yaitu *categorical imperative*, yang mendasarkan tindakan seseorang kepada suatu pertanyaan apakah tindakan tersebut dapat menjadi suatu aturan yang bersifat universal, yang akan diikuti oleh setiap orang.⁵¹ Sementara itu, Rawls menjelaskan bahwa pada dasarnya setiap manusia secara hipotetis berada di balik *veil of ignorance*. “Penutup” ini menyebabkan manusia yang rasional tidak “mengetahui” apapun tentang dirinya, status dan identitasnya –atau singkatnya bersifat netral –sehingga cenderung tidak akan melakukan sesuatu yang merugikan manusia lain. Namun demikian, ada satu persoalan yang menjadi kelemahan etika Deontologis, yaitu berkaitan dengan pilihan tindakan apa yang harus dilakukan. Hal ini disebabkan suatu tindakan yang didasarkan kepada etika yang bersifat universal dapat bertentangan dengan tindakan lainnya yang juga memiliki dasar etika yang bersifat universal, misalnya sifat setia kepada pimpinan atau organisasi dapat bertentangan dengan sifat adil atau empati kepada orang lain.⁵²

Etika Konsekuensialis didasarkan kepada prinsip bahwa tindakan terbaik yang harus dilakukan oleh seseorang adalah yang memberikan dampak paling baik. Salah satu bentuk etika Konsekuensialis diwujudkan dalam paham Utilitarian yang menekankan bahwa target utama tindakan setiap manusia adalah kebahagiaan manusia seoptimal mungkin.⁵³ Para pendukung etika Konsekuensialis berpendapat bahwa perlindungan HKI sangat diperlukan karena merupakan: “...*the valuable and correct consequences it brings about in a society such as providing incentives or encouraging learning*”.⁵⁴

⁵⁰Treviño, L.K., Nelson, K.A. 2010. *Managing Business Ethics: Straight Talk About How To Do It Right*. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc: hal. 42-43.

⁵¹Mulgan, T. 2005. *The Demands of Consequentialism*. Oxford: Oxford University Press: hal. 5.

⁵²Treviño and Nelson, op. cit., hal. 43-45.

⁵³Mulgan, op.cit., hal. 3.

⁵⁴Dutfield, G. Suthersanen, U. 2008. *Global Intellectual Property Law*.

Perlindungan HKI dianggap akan memberikan dua buah keuntungan. Pertama, hal tersebut akan mendorong orang untuk menciptakan sesuatu. Kedua, dengan semakin banyaknya jumlah hasil karya berbasis intelektual yang dipublikasikan, maka akan semakin besar keuntungan bagi publik ditinjau dari aspek ekonomi dan kebudayaan, atau bahkan dari aspek kesehatan, akan semakin tinggi kualitas kesehatan manusia.⁵⁵

II. Sejarah Singkat Perkembangan Perlindungan HKI

Sebagaimana telah diuraikan secara sepintas pada bagian sebelumnya, fenomena HKI sebenarnya telah berlangsung sangat lama. Fenomena ini telah dimulai sejak awal sejarah kehidupan manusia, yang diawali dengan perlindungan terhadap rahasia (*secret*) dan simbol penunjuk identitas (*identity-related symbol*). Pada masa itu, tujuan yang ingin dicapai pada umumnya lebih kepada perolehan kekuasaan (di bidang politik, militer dan agama) daripada keuntungan di bidang perdagangan. Baru di Abad Pertengahan, ketika kegiatan perdagangan dan kemajuan teknologi mengalami peningkatan, konsep HKI mulai berkembang. Sistem perlindungan mirip Hak Paten –yaitu perlindungan yang diberikan dengan syarat pembukaan rahasia pembuatan suatu produk –mulai diberikan dengan tujuan untuk mengurangi ketergantungan penguasa terhadap “monopoli alamiah” para spesialis di berbagai bidang, seperti pembuat senjata. Di samping itu, sistem perlindungan tersebut menyebabkan munculnya sistem insentif di mana yang paling disukai adalah dari segi finansial. Pola perlindungan lainnya adalah yang diberikan dalam kerangka pertambangan logam-logam berharga, yaitu dengan mekanisme “*first to invent*” atau mirip dengan istilah “*discovery*” di dalam sistem HKI modern.⁵⁶

Pada umumnya, konsep HKI belum berkembang sepenuhnya sebelum ditemukannya teknologi yang memudahkan proses duplikasi suatu produk. Sebagai contoh, menulis ulang sebuah buku adalah suatu pekerjaan yang sangat melelahkan sehingga tidak efisien jika dijadikan sebagai media

Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc.: hal. 52, 54.

⁵⁵Dutfield, G. 2000. Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity. London: Earthscan Publication Ltd. Hal. 18.

⁵⁶Granstrand, op. cit., 27, 31-32.

untuk melakukan pembajakan produk ciptaan orang lain.⁵⁷ Selain itu, dalam bentuknya yang dikenal seperti sekarang, setiap jenis HKI juga memiliki latar belakang sejarah perkembangan yang berbeda satu sama lain. Di dalam tulisan ini akan diuraikan sejarah perkembangan perlindungan hukum beberapa jenis HKI sekedar untuk meningkatkan pemahaman mengenai masalah ini.

Dalam bidang Hak Paten, perkembangan pengaturannya telah dimulai pada tahun 1421. Saat itu, Pemerintah Kota Florensia (Italia) memberikan Hak Paten terhadap pembuatan sebuah kapal dengan desain baru yang khusus digunakan untuk mengangkut marmer.⁵⁸ Namun demikian, perlindungan Hak Paten dalam bentuk peraturan perundang-undangan baru mulai dibentuk pada tahun 1474 oleh Pemerintah Kota Venesia (Italia) dengan tujuan menarik para ahli dari luar kota tersebut untuk mengembangkan teknologi di kota tersebut. Di dalam bagian Pembukaan, diungkapkan dasar pemikiran mengapa undang-undang tersebut disusun:

*“We have among us men of great genius, apt to invent and discover ingenious devices...Now, if provisions were made for the works and devices discovered by such persons, so that others who may see them could not build them and take the inventor’s honour away, more men would then apply their genius, would discover, and would build devices of great utility to our commonwealth”.*⁵⁹

Perlindungan Paten juga mulai diberikan oleh Inggris dan Perancis pada Abad ke-16 sebagai bagian dari kebijakan merkantilis. Pada tahun 1623, *Statute of Monopolies* dikeluarkan oleh Parlemen Inggris. Sebagaimana yang dilakukan di Kota Venesia, peraturan perundang-undangan tersebut juga ditetapkan dalam rangka menarik para ahli dan perusahaan dari luar negeri untuk mengembangkan teknologi di Inggris. Perlindungan diberikan selama 14 (empat belas) tahun, yaitu dua kali jangka waktu yang dibutuhkan oleh seorang ahli untuk mewariskan keahliannya kepada seseorang. *Statute of Monopolies* juga menjadi tonggak dominasi ideologi Utilitarian yang berpandangan bahwa sumber Hak Paten adalah keputusan pemerintah, bukan pemberian raja/ratu atau merupakan hak natural seseorang. Hal yang menarik adalah bahwa walaupun disebut *Statute of Monopolies*, dalam kenyataannya peraturan perundang-undangan ini justru dimaksudkan

⁵⁷Schwabach, A. (2007), *Intellectual Property*. California: ABC-CLIO, Inc.: 1.

⁵⁸*Ibid*, hal. 12.

⁵⁹Granstrand, op.cit., hal. 32.

untuk membatasi terjadinya monopoli.⁶⁰ Ideologi tersebut juga kemudian menjadi dasar Hukum Paten Perancis pada tahun 1791. Di AS, Hukum Paten dibentuk pertama kalinya pada tahun 1790 dan memiliki landasan hukum yang sangat kuat karena didasarkan kepada Undang-Undang Dasar yang memberikan hak kepada Kongres: *“to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writing and discoveries”*.⁶¹

Pada Abad ke-18 dan ke-19, perkembangan Hukum Paten di Eropa sempat mengalami tantangan. Pergerakan anti Hukum Paten berkembang di Jerman, Belanda dan Swiss. Bahkan, Pemerintah Inggris dan Perancis saat itu mempertimbangkan dibentuknya Hukum Paten yang lebih “lemah” dari aspek perlindungan terhadap penemu/pencipta. Pergerakan tersebut merupakan refleksi ideologi perdagangan bebas dan anti-monopoli, yang menganggap Hukum Paten sebagai bagian dari kebijakan merkantilis dan monopoli. Meskipun demikian, pengaruh kelompok kepentingan (*interest groups*) di “Negara Industri Baru” dan sejumlah negara dengan tradisi Hukum Paten yang kuat mampu mendominasi pembuatan kebijakan. Oleh karena itu, pada dekade 1870-an, era anti Hukum Paten berakhir setelah terjadinya depresi ekonomi dunia yang mengarah kepada kembalinya kebijakan negara-negara yang bersifat protektif.⁶²

Pada awalnya, Hukum Paten hanya berlaku di tingkat nasional. Ketika setiap negara saling memperlakukan warga negara asing secara diskriminatif (dalam rangka mendorong perkembangan industri dalam negeri) dan karena mudahnya melakukan duplikasi produk yang dilindungi paten, maka mulai dirasakan perlunya kerjasama internasional. Maka, pada tahun 1883, untuk pertama kalinya dibentuk perjanjian internasional di bidang perlindungan HKI, yaitu *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*.⁶³ Konvensi ini juga memberikan perlindungan terhadap Desain Industri yang muncul sebagai akibat perkembangan industri, untuk mencegah terjadinya peniruan terhadap suatu desain.⁶⁴

⁶⁰*Ibid*, hal. 32-34.

⁶¹Dutfield, G. 2003. *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries: A 20th Century History*. Hampshire: Ashgate Publishing Limited: 3.

⁶²Granstrand, op.cit., hal. 35.

⁶³Loc.cit.

⁶⁴Usman, R. 2003. *Hukum Hak atas Kekayaan Intelektual: Perlindungan dan Dimensi Hukumnya di Indonesia*. Bandung: Alumni: 413.

Di bidang Hak Cipta, perlindungan mulai diberikan di Inggris pada tahun 1557 kepada perusahaan alat tulis dalam hal penerbitan buku. Namun demikian, baru pada tahun 1710, peraturan perundang-undangan pertama mengenai Hak Cipta dibentuk, yaitu *Statute of Anne*. Tujuan undang-undang tersebut adalah untuk mendorong “*learned men to compose and write useful work*”.⁶⁵ Seperti juga Hak Paten, kerjasama internasional mulai dirasakan perlu ketika pembajakan karya-karya yang dilindungi Hak Cipta dilakukan di luar batas-batas wilayah teritorial suatu negara. Oleh karena itu, pada tahun 1886 disepakati *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*.⁶⁶

Di bidang Hak atas Merek, proses perkembangannya juga telah dimulai sejak dimulainya kegiatan perdagangan. Sebagai contoh, perusahaan penginapan di Jepang, Hoshi Ryokan, telah beroperasi dengan menggunakan merek dagang keluarga Hoshi sejak 1.300 tahun yang lalu. Demikian pula dengan sebuah perusahaan konstruksi Jepang, Kongo Gumi, telah menggunakan merek dagangnya sejak 1.400 tahun yang lalu. Di era modern, Hak atas Merek mulai diberikan di Inggris pada tahun 1266 dalam bidang perdagangan roti. Tujuan perlindungan tersebut tidak hanya untuk melindungi pembuat roti, melainkan juga dalam kaitannya dengan pertanggungjawaban mereka jika terjadi persoalan dengan kualitas roti yang dibuat.⁶⁷

Hak atas Rahasia Dagang mulai berkembang pada Abad ke-19. Salah satu kasus hukum yang sangat penting adalah sengketa antara Ratu Victoria dan Pangeran Albert (Inggris) dengan pihak lain yang membuat tiruan lukisan pada logam, yang biasa dibuat oleh kedua orang tersebut hanya untuk kesenangan pribadi. Persoalan hukum terjadi karena lukisan tersebut diserahkan kepada seorang ahli cetak untuk digraver melalui suatu kontrak yang mengharuskannya merahasiakan hal tersebut. Ahli cetak tersebut ternyata membuat tiruan lukisan-lukisan dimaksud dan menyerahkannya kepada pihak yang ingin memamerkannya secara komersial. Pengadilan kemudian melarang penyelenggaraan pameran karena dilakukan berdasarkan pelanggaran atas kepercayaan yang telah diberikan dan kerahasiaan yang telah ditetapkan di dalam kontrak.⁶⁸

⁶⁵Schwabach, op. cit., hal. 3-4.

⁶⁶*Ibid*, hal. 5.

⁶⁷*Ibid*, hal. 8-9.

⁶⁸Usman, op. cit., 381.

Sejak Abad ke-20, perkembangan aktivitas penelitian dan pengembangan di dunia industri dan kemiliteran telah mengubah pola perlindungan HKI. Inventor/penemu/pencipta bukan lagi merupakan sumber utama perkembangan teknologi, melainkan perusahaan dan kesatuan dalam organisasi ke militeran. Hal ini disebabkan banyak penemuan yang dihasilkan memerlukan ketersediaan sumber daya (finansial) yang sangat besar. Di samping itu, seni dan budaya juga menjadi aktivitas bisnis yang sangat besar.⁶⁹ Hal tersebut disebabkan aktivitas seni dan budaya dan informasi yang dikandungnya dapat menjadi sumber perolehan keuntungan finansial yang luar biasa. Sebagai contoh, pada tahun 2000, Sekretariat *Convention on Biological Diversity* melaporkan bahwa perdagangan global obat-obatan yang berasal dari tanaman—dan informasi mengenai tanaman tersebut diperoleh melalui Pengetahuan Tradisional – mencapai nilai US\$60 milyar⁷⁰.

III. Perlindungan HKI dan Relevansinya Bagi Indonesia

Perdebatan dari aspek akademis mengenai justifikasi perlindungan HKI masih terus berlangsung hingga saat ini, apalagi dengan semakin berkembangnya teknologi informasi sebagai media yang semakin mempermudah duplikasi dan publikasi suatu hasil karya intelektual. Namun demikian, satu hal yang menarik adalah bahwa sekalipun perdebatan tersebut terjadi di negara maju yang sejatinya adalah pencipta konsep HKI, pada saat yang bersamaan kualitas perlindungan HKI di sana juga sangat kuat. Fenomena tersebut pada suatu tingkat tertentu akan menimbulkan pertanyaan mengapa mereka memperdebatkan sesuatu yang telah mereka sendiri aplikasikan selama ratusan tahun secara konsisten dan telah menjadi bagian dari kebudayaannya?

Sebuah fakta yang dapat dilihat secara jelas adalah bahwa negara yang menerapkan sistem perlindungan HKI dengan baik pada umumnya adalah negara maju. Dengan demikian, sebuah kesimpulan sementara dari fakta dan

⁶⁹Gransrtand, loc.cit.

⁷⁰Doc. WIPO/GRTKF/IC/1/3, *Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore—An Overview*, paragraf 8.79. Selanjutnya lihat pula, Zhang, X. (2004), *Traditional Medicine: Its Importance and Protection*. Dalam Twarog, S. and Kapoor, P.(Ed.). *Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions*: 3. New York and Geneva: United Nations Conference on Trade and Development.

analisis terhadap perdebatan mengenai justifikasi perlindungan HKI adalah bahwa konsep tersebut mampu memberikan insentif terhadap seseorang untuk menciptakan sesuatu yang baru dan/atau bermanfaat bagi masyarakat luas. Hal tersebut tidak dapat berkembang secara optimal di negara yang masih kurang memahami dan menghargai perlindungan terhadap hasil karya intelektual seseorang.

Dari uraian mengenai aspek filosofis perlindungan HKI pada bagian sebelumnya, dapat diketahui bahwa masyarakat Barat pada dasarnya menempatkan kepentingan individu sebagai landasan perlindungan dimaksud. Perdebatan yang kemudian terjadi sebenarnya adalah lebih kepada pilihan media yang tepat untuk mewujudkannya. Sehubungan dengan hal tersebut, penerapannya di Indonesia secara harfiah kemungkinan besar akan—dan dalam berbagai kasus telah terbukti—menimbulkan persoalan yang signifikan karena pandangan hidup masyarakatnya yang lebih mengedepankan aspek kolektivisme.⁷¹ Sebagai informasi, Ekspresi ideologi kolektivisme dapat dilihat di dalam Pasal 33 ayat (1) Amandemen ke-4 UUD 1945: “Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan”. Hal tersebut juga terungkap di dalam berbagai pepatah seperti yang berkembang di dalam kebudayaan Jawa, yaitu “*tepa selira*” (tenggang rasa) dan “*tuna satak bathi sanak*” (rugi materi tidak apa-apa, tetapi tetap untung memperoleh saudara).⁷² Sebagai tambahan, sejumlah penulis⁷³ berpendapat bahwa:

“Individu yang tumbuh dan dibesarkan di kalangan masyarakat Asia lebih cenderung berperilaku sesuai dengan harapan lingkungan masyarakatnya dan sebagai anggota dari suatu kelompok tertentu... mereka lebih waspada terhadap penilaian sosial, sehingga cenderung berperilaku atas dasar kecemasan atau ketakutan terhadap rasa malu (*shame*) dan lebih cenderung memilih sasaran *performance-avoidance*”.⁷⁴

⁷¹Hartanto, F.M. 2009. Paradigma Manajemen Indonesia: Menciptakan Nilai dengan Bertumpu pada Kebajikan dan Potensi Insani. Bandung: Penerbit MIZAN: 227.8

⁷²Mu'tasim, R. 2008. Kearifan Lokal dan Keberagaman yang Damai. Dalam Hidayat K. dan Widjanarko, P. (Ed.). Reinventing Indonesia: Menemukan Kembali Masa Depan Bangsa: 513. Bandung: Penerbit MIZAN.

⁷³Markus & Kitayama, 1991; McInerney, Roche, McInerney & Marsh, 1997; Urdan, 1997; Urdan & Giancarlo, 2001.

⁷⁴Satiadarma, M.P. (2005). Self-Handicapping dan Prokrastinasi dalam Proses Pendidikan. Jurnal Provita, 2(11): 39.

Lebih dari itu, kepercayaan masyarakat terhadap suatu agama di Indonesia dapat pula “menghambat” perlindungan hukum HKI. Sebagai contoh, di Bali, diyakini bahwa suatu karya yang dihasilkan seseorang akan memberinya amal ibadah yang besar di hadapan Yang Maha Kuasa jika karya tersebut ditiru oleh orang lain.

Oleh karena itu, ditinjau dari aspek kebudayaan, perlu dibangun terlebih dahulu sebuah “jembatan” jika akan dikehendaki adanya keseimbangan antara kepentingan kelompok masyarakat yang didasarkan kepada paham kolektivisme dengan perlindungan hukum HKI yang didasarkan kepada paham individualisme. Secara teoritis, hal tersebut dimungkinkan berdasarkan beberapa alasan. *Pertama*, sistem hukum HKI memungkinkan perlindungan terhadap karya cipta yang dimiliki oleh suatu kelompok masyarakat. Salah satu jenis HKI adalah Indikasi Geografis (IG). IG dilindungi sebagai suatu tanda yang menunjukkan daerah asal suatu barang, yang karena faktor lingkungan geografis termasuk faktor alam, faktor manusia, atau kombinasi dari kedua faktor tersebut, memberikan reputasi, kualitas dan karakteristik tertentu pada barang dan/atau produk yang dihasilkan (Pasal 1 butir (6) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis). Rezim hukum IG dapat memberikan perlindungan untuk suatu ciptaan atau produk yang dihasilkan oleh komunitas di suatu wilayah geografis tertentu, seperti minuman anggur *Champagne*, yang dibuat oleh komunitas di wilayah dengan nama yang sama di Perancis sejak Abad ke-17.⁷⁵

Kedua, para pendukung konsep HKI menunjukkan bahwa perlindungan terhadap individu yang telah menghasilkan suatu karya berbasis kemampuan intelektual ditujukan demi mengakomodasi hak setiap orang untuk memperoleh kehidupan yang layak, meningkatkan harkat dan martabat sebagai manusia, dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi. Konsep-konsep tersebut sebenarnya juga telah tersirat di dalam Amandemen ke -4 UUD 1945, khususnya di dalam Pasal 28C, 28D, 28G, dan 28H. Di samping itu, perlindungan HKI juga dijamin oleh Pasal 27 ayat (2) *Universal Declaration of Human Rights* di mana Indonesia merupakan salah satu negara yang terikat kepadanya: “*Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author*”.

⁷⁵Champagne (Wine). (http://en.wikipedia.org/wiki/Champagne_%28wine%29, diakses 21 Desember 2015).

Ketiga, bangsa Indonesia sendiri mengakui secara tidak langsung, bahwa setiap orang berhak atas dirinya sendiri. Jika tidak, berarti bangsa Indonesia mengakui perbudakan. Hal tersebut dapat dilihat pada Pembukaan UUD 1945 Alinea Pertama. Dengan demikian, seharusnya hasil karya seseorang juga diakui sebagai miliknya sesuai dengan *Labour Theory*.

Namun demikian, persoalan yang lebih besar dan lebih sulit diselesaikan adalah dalam kaitannya dengan pandangan yang disampaikan oleh dua tokoh antropologi dan budaya Indonesia tentang karakter masyarakat di tanah air. Ditinjau dari aspek antropologi, Koentjaraningrat menyebutkan bahwa manusia Indonesia memiliki peradaban dalam bentuk “mental menerabas”. Sikap mental seperti ini menyebabkan sifat menolak kerja keras, hidup hemat, kejujuran, dan lebih mengutamakan hubungan kekerabatan daripada hubungan fungsional. Sementara itu, budayawan Muchtar Lubis berpendapat bahwa manusia Indonesia memiliki karakteristik sebagai berikut: (1) munafik atau hipokrit; (2) enggan bertanggung jawab; (3) bersikap dan berperilaku feodal; (4) percaya takhayul; (5) berbakat seni; dan, (6) lemah watak atau karakter.⁷⁶ Jika pandangan kedua tokoh tersebut sangat akurat dan dapat diterapkan di seluruh wilayah Indonesia, maka berarti sebenarnya persoalan perlindungan HKI tidak ada hubungannya dengan perbedaan karakteristik antara paham individualisme dan paham kolektivisme.

Hipotesis mengenai masalah relevansi perlindungan HKI di Indonesia masih harus diteliti secara lebih mendalam. Pertanyaan yang harus dapat dijawab adalah apakah di dalam kebudayaan asli Indonesia terdapat konsep pemberian penghargaan terhadap ciptaan seseorang atau suatu kelompok masyarakat dan apakah dikenal konsep yang serupa dengan pemberian Royalty kepada pencipta suatu karya atau produk? Di samping itu, perlu diteliti pula hubungan antara kualitas perlindungan HKI dengan tingkat kemiskinan sebuah bangsa. Sebagai contoh, menurut data Bank Dunia, pada tahun 2010 jumlah penduduk yang berpendapatan kurang dari

⁷⁶Antariksa, B. 2010. Pengaruh Liberalisasi Perdagangan Jasa Terhadap Daya Saing Kepariwisata Indonesia: 8 –Makalah yang disampaikan pada kegiatan Pendidikan dan Pelatihan Pariwisata Tingkat lanjutan Tahun 2010 dengan tema “Profesionalisme Aparatur Kebudayaan dan Pariwisata Menuju Daya Saing Pariwisata Indonesia”, yang diselenggarakan oleh Pusat Pendidikan dan Pelatihan Pegawai Kementerian Kebudayaan dan Pariwisata, tanggal 19 Juli–5 Agustus 2010 (presentasi dilaksanakan pada tanggal 29 Juli 2010).

US\$2 per hari mencapai 46,1%.⁷⁷ Jumlah ini belum termasuk penduduk yang berpendapatan di atas US\$2 per hari tetapi belum dapat mencukupi kebutuhan dasar yang layak bagi diri sendiri dan keluarganya. Sebagai alternatif, walaupun kita mempercayai perhitungan pendapatan per kapita penduduk Indonesia (yang sebenarnya tidak dapat dijadikan parameter karena merupakan “pendapatan rata-rata” dan bukan pendapatan sebenarnya) sebesar US\$3.004,9 atau kurang lebih setara dengan Rp. 27 juta per tahun ⁷⁸, dapat dikatakan seluruh penduduk Indonesia tidak akan mampu membeli barang yang dilindungi HKI, karena pada umumnya harganya sangat mahal. Ketidakmampuan tersebut dan tidak adanya solusi alternatif akan mendorong setiap penduduk di Indonesia untuk membeli produk hasil bajakan karena lebih sesuai dengan tingkat pendapatan mereka.

IV. Penutup

Walaupun konsep HKI yang dikenal saat ini “baru” berkembang selama beberapa ratus tahun, sebenarnya kebudayaan masyarakat Eropa telah menanam benihnya sejak lebih dari 5.000 tahun yang lalu. Dengan demikian, bagi mereka, konsep dan sistem hukum HKI bukanlah sesuatu yang tiba-tiba muncul dan kemudian diterapkan dalam kehidupan keseharian. Teori Hukum Alam yang diungkapkan oleh John Locke dan J.J. Rousseau – dan kemudian dikenal sebagai *Labor Theory* – dapat dikatakan lebih merupakan penegasan kembali pentingnya konsep HKI dan menemukan momentum yang tepat untuk berkembang sepenuhnya karena kondisi politik Eropa yang terjadi pada saat itu. Kebencian masyarakat Eropa terhadap sistem pemerintahan yang menyatukan kekuasaan berbasis agama dan duniawi dan menyebabkan terjadinya Perang Tiga Puluh Tahun dan menewaskan jutaan manusia, menjadi pemicu lahirnya paham individualisme. Paham individualisme inilah yang kemudian menjadi media bagi tumbuh dan berkembangnya konsep HKI modern dengan pesat.

Berkembangnya *Utilitarian Theory* dan *Personality Theory* sebagai justifikasi perlindungan HKI sebenarnya lebih merupakan variasi dari

⁷⁷Poverty Headcount Ratio at \$2 a Day (PPP) (% of Population). (<http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.2DAY>, diakses 21 Desember 2015).

⁷⁸Pendapatan per Kapita Indonesia Rp27Juta.2011. (<http://metrotvnews.com/metromain/news/2011/02/07/41882/Pendapatan-per-Kapita-Indonesia-Rp27-Juta>, diakses 21 Desember 2015).

Labor Theory, karena pada intinya seluruh teori tersebut ditujukan untuk memberikan perlindungan atas karya yang telah dihasilkan oleh seseorang. Dengan demikian, meskipun terlihat saling bertentangan, jika diperhatikan secara cermat sebenarnya ketiga teori tersebut saling melengkapi dalam memberikan justifikasi mengenai pentingnya perlindungan HKI. Artinya, tidak ada satupun di antara ketiga teori tersebut yang ditinggalkan ketika orang berbicara tentang landasan filosofi mengenai perlindungan HKI.

Berbagai kritik yang kemudian muncul hingga saat ini belum cukup kuat untuk dapat menghentikan diterapkannya kebijakan, baik pada tingkat nasional maupun internasional, mengenai perlindungan HKI. Di samping itu, dalam kenyataan, kreativitas lebih berkembang dan kemakmuran lebih tinggi dan terdistribusi di negara-negara yang memberikan perlindungan memadai terhadap HKI. Kasus yang sering terjadi di negara sedang berkembang adalah individu atau maestro yang memiliki kemampuan menciptakan sesuatu tidak mendapatkan penghargaan dan kemudian “dicuri” oleh negara maju (dijadikan warga negara) sehingga terjadilah proses yang disebut “*brain drain*” atau berkurangnya SDM yang berkualitas. Penulis berpendapat persoalan tersebut muncul karena sebenarnya perlindungan HKI dapat dikatakan merupakan bagian dari kebutuhan fitrah manusia sebagaimana telah diuraikan pada bagian sebelumnya, yaitu kebutuhan untuk mendapatkan penghargaan atas sesuatu yang dimiliki atau telah dihasilkannya, dan kemandirian di bidang ekonomi. Jika dikatakan bahwa perlindungan HKI akan merugikan masyarakat luas, sebenarnya sudah dibentuk mekanisme yang membatasinya, yaitu batas waktu perlindungan HKI dan aturan mengenai lisensi wajib. Di samping itu, dapat saja dikembangkan kebijakan yang mewajibkan pencipta untuk menjual karya ciptanya dengan harga yang terjangkau oleh masyarakat namun disertai penegakan hukum yang memadai. Dengan demikian, akan tercipta situasi yang saling menguntungkan di antara pencipta dan publik, yaitu pencipta tidak dirugikan karena penegakan hukum HKI dilaksanakan secara memadai, dan publik tidak merasa diperlakukan kurang adil karena mereka dapat membeli suatu karya cipta yang dilindungi HKI.

Persoalan yang dihadapi Indonesia saat ini nampaknya adalah ketidakjelasan paham yang dianut dalam menyikapi konsep HKI. Jika dianggap bahwa konsep HKI adalah bagian dari paham individualisme dan tidak sesuai dengan kebudayaan asli Indonesia, maka harus ditetapkan

apakah akan dianut paham yang sama sekali tidak mengenal konsep HKI? Jika ya, maka akan muncul pertanyaan-pertanyaan penting yang harus dijawab. Sebagai contoh, apakah dengan demikian secara hukum di Indonesia dibenarkan adanya aktivitas plagiarisme? Apakah suatu bangsa atau negara lain berhak untuk mengakui karya cipta yang dibuat oleh bangsa Indonesia? Apakah bangsa Indonesia akan menerima jika di tingkat internasional dikatakan bahwa manusia Indonesia bukanlah pencipta?

Jika paham kolektivisme dihubungkan budaya gotong royong, maka sebenarnya budaya dimaksud hanya dapat berjalan dengan baik jika masing-masing individu tidak memiliki sifat egois. Sifat egois itu sendiri hanya dapat dikurangi jika setiap individu mendapatkan penghargaan yang tinggi ketika mengedepankan kepentingan umum dibandingkan kepentingan pribadi. Persoalannya, penghargaan seperti ini lebih sering diterapkan di lingkungan masyarakat Barat yang sejatinya adalah penganut paham individualisme, di mana setiap individu berusaha mendapatkan penghargaan publik ketika melakukan sesuatu yang baik bagi kepentingan umum dan sebaliknya publik sangat menghargai sikap seperti itu. Oleh karena itu, kolektivisme tidak akan dapat berjalan dengan baik jika tidak diimbangi dengan individualisme yang menganggap bahwa sikap menolong orang lain adalah sebuah kehormatan bagi diri pribadi.

Berdasarkan analisis tersebut, penulis berpendapat bahwa sampai dengan saat ini, sama sekali menolak konsep HKI adalah tindakan yang tidak rasional, karena akan menyebabkan tatanan kehidupan masyarakat menjadi lebih tidak berjalan dengan baik. Oleh karena itu, sangat penting untuk mulai dikembangkan kebijakan yang bertujuan memberikan perlindungan HKI di Indonesia secara efektif dan efisien, namun disertai berbagai penyesuaian dikaitkan dengan kondisi ekonomi, sosial dan budaya lokal yang tumbuh dan berkembang.

DAFTAR PUSTAKA

1. Peraturan Perundang-undangan

Undang-undang Dasar 1945 (amandemen ke – 4).

Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883).

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886).

Doc. WIPO/GRTKF/IC/1/3, Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore–An Overview, paragraf 8.79.

UU No. 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta

UU No. 14 Tahun 2001 tentang Paten

UU No. 15 Tahun 2001 tentang Merek

UU No. 31 Tahun 2000 tentang Desain Industri

UU No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang

UU No. 32 Tahun 2000 tentang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu

UU PVT UU NO 29 Tahun 2000

2. Buku-buku

Abd Thalib (2012), “Alih Teknologi di Indonesia: Kajian Perundangan”, (Ph. D., Thesis, non-publikasi), Fakultas Undang-undang, Universiti Malaya, Kuala Lumpur, Malaysia.

Ahronheim, J. Moreno, J.D. and Zuckerman, C. (2005). Ethics in Clinical Practice. London: Jones and Bartlett Publishers International: 17.

Albanese, J.S. (Ed.). Combating Piracy: Intellectual Property Theft and Fraud: 76-77. New Jersey: Transaction Publishers.

Antariksa, B. (2010). Pengaruh Liberalisasi Perdagangan Jasa Terhadap Daya Saing Kepariwisata Indonesia: 8 –Makalah yang disampaikan pada kegiatan Pendidikan dan Pelatihan Pariwisata Tingkat lanjutan Tahun

2010 dengan tema “Profesionalisme Aparatur Kebudayaan dan Pariwisata Menuju Daya Saing Pariwisata Indonesia”, yang diselenggarakan oleh Pusat Pendidikan dan Pelatihan Pegawai Kementerian Kebudayaan dan Pariwisata, tanggal 19 Juli–5 Agustus 2010 (presentasi dilaksanakan pada tanggal 29 Juli 2010)

Beresford, A. Desilets, C. Haantz, S. Kane, J. and Wall, A. (2007). *Intellectual Property and White -collar Crime: Report of Issues, Trends, and Problems for Future Research*.

Casson, D.J. (2011), *Liberating Judgement: Fanatics, Skeptics, and John Locke’s Politics of Probability*. New Jersey: Princeton University Press.

Derclaye, E. (2008). *Intellectual Property Rights and Human Rights: Coinciding and Cooperating*. Dalam Torremans, P. (Ed.). *Intellectual Property and Human Rights: 136*. The Netherlands: Kluwer Law International.

Dutfield, G. Suthersanen, U. (2008). *Global Intellectual Property Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc.

Dutfield, G. (2003). *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries: A 20th Century History*. Hampshire: Ashgate Publishing Limited.

----- (2000). *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*. London: Earthscan Publication Ltd.

Fisher, W. (2001). *Theories of Intellectual Property*. Dalam Munzer, S. (Ed.). *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*: Cambridge: Cambridge University Press.

Granstrand, O. (1999), *The Economics and Management of Intellectual Property: Towards Intellectual Capitalism*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham (UK).

Hartanto, F.M. (2009). *Paradigma Manajemen Indonesia: Menciptakan Nilai dengan Bertumpu pada Kebajikan dan Potensi Insani*. Bandung: Penerbit MIZAN: 227. 8

- Lamoureux, E.L., Baron, S.L. and Stewart, C. (2009). *Intellectual Property Law & Interactive Media: Free for a Fee*. New York: Peter Lang Publishing, Inc.
- Mitchell, H.C. (2005). *The Intellectual Commons: Toward an Ecology of Intellectual Property*. Oxford: Lexington Books.
- Peritz, R.J.R. (2007). *Competition Policy and Its Implications for Intellectual Property Rights in the United States*. Dalam Anderman, S.D. (Ed.). *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*: 128. Cambridge: Cambridge University Press).
- Rahmi Jened, Seminar Perlindungan Merek Menurut Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis, Universitas Surabaya, 23 Maret 2017.
- Rousseau, J.J. (2003). *On the Social Contract*. New York: Dover Publications, Inc.
- TRIPs (*Trade-related aspects of Intellectual Property Rights*) *Agreement*.
- Twarog, S. and Kapoor, P.(Ed.). *Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions*: 3. New York and Geneva: United Nations Conference on Trade and Development.
- Usman, R. (2003). *Hukum Hak atas Kekayaan Intelektual: Perlindungan dan Dimensi Hukumnya di Indonesia*. Bandung: Alumni: 413.
- Zhang, X. (2004). *Traditional Medicine: Its Importance and Protection*.

3. Jurnal/Artikel

- Antariksa, B. (2012). *Filosofi dan Sejarah Perkembangan Liberalisasi Perdagangan Jasa Pariwisata: Peluang dan Tantangan Bagi Indonesia*. *Jurnal Kepariwisata Indonesia*, 7(1).
- Hughes, J. 1988. *The Philosophy of Intellectual Property*. **Georgetown Law Journal**, 7(287)
- Satiadarma, M.P. (2005). *Self-Handicapping dan Prokrastinasi dalam Proses Pendidikan*. *Jurnal Provita*, 2(11)

4. website

Champagne (Wine). (http://en.wikipedia.org/wiki/Champagne_%28wine%29, diakses 21 Desember 2015).

Compulsory Licensing of Pharmaceuticals and TRIPS. (2006). (http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/public_health_faq_e.htm, diakses 21 Desember 2015).

Lisensi Paksa/Wajib dan Alasan Pemberian Lisensi Paksa. 2011. (<http://id.shvoong.com/law-and-politics/2133260-lisensi-paksa-wajib-dan-alasan/>, diakses 21-12-2015)

Rousseau, J.J. (2004). The Social Contract or Principles of Political Right. (<http://books.google.co.id/>, diakses 21 Desember 2015).

Pendapatan per Kapita Indonesia Rp27Juta.2011. (<http://metrotvnews.com/metromain/news/2011/02/07/41882/Pendapatan-per-Kapita-Indonesia-Rp27-Juta>, diakses 21 Desember 2015).

Sularto, (2009) –www.maarifinstitute.org

Poverty Headcount Ratio at \$2 a Day (PPP) (% of Population). (<http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.2DAY>, diakses 21 Desember 2015).

2 KEBIJAKAN PEMERINTAH DALAM PERLINDUNGAN HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL

Mukhlisin

I. Pendahuluan

Dalam dasawarsa terakhir ini, telah semakin nyata bahwa pembangunan harus bersandarkan pada industri yang menghasilkan nilai tambah yang tinggi. Kesepakatan Indonesia untuk merealisasikan gagasan mengenai *ASEAN Free Trade Area* (AFTA) serta keikutsertaan Indonesia sebagai anggota *World Trade Organization* (WTO) dan *Asia Pacific Economic Cooperation* (APEC), telah menunjukkan keseriusan Pemerintah dalam mendukung sistem perekonomian yang bebas/terbuka, dan secara tidak langsung memacu perusahaan-perusahaan di Indonesia untuk lebih meningkatkan daya saingnya¹.

Semakin derasnyanya arus perdagangan bebas, yang menuntut makin tingginya kualitas produk yang dihasilkan terbukti semakin memacu perkembangan teknologi yang mendukung kebutuhan tersebut. Seiring dengan hal tersebut, pentingnya peranan hak kekayaan intelektual dalam mendukung perkembangan teknologi kiranya telah semakin disadari. Hal ini tercermin dari tingginya jumlah permohonan hak cipta, paten, dan merek, serta cukup banyaknya permohonan desain industri yang diajukan kepada Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual, Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia².

Pemerintah sangat menyadari bahwa implementasi sistem hak kekayaan intelektual merupakan suatu tugas besar. Terlebih lagi dengan keikutsertaan

¹Abd Thalib (2016), *Perkembangan Hukum Kontrak Modern*, Pekanbaru, UIR Press, hal. 235.

²*Ibid*, hal. 235.

Indonesia sebagai anggota WTO dengan konsekuensi melaksanakan ketentuan *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Persetujuan TRIPS), sesuai dengan Undang-undang Nomor 7 tahun 1994 tentang Pengesahan *Agreement Establishing the World Trade Organization* (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia). Berdasarkan pengalaman selama ini, peran serta berbagai instansi dan lembaga, baik dari bidang pemerintahan maupun dari bidang swasta, serta koordinasi yang baik di antara semua pihak merupakan hal yang mutlak diperlukan guna mencapai hasil pelaksanaan sistem hak kekayaan intelektual yang efektif³.

Pertanyaan yang timbul adakah Indonesia telah memiliki aturan-aturan kekayaan intelektual yang baik atau memadai untuk mengakomodir kepentingan dari para kreator pada satu sisi, dan kepentingan negara Indonesia pada sisi lainnya?

A. Ketentuan-ketentuan Hukum

Indonesia saat ini boleh berbesar hati karena telah memiliki seperangkat ketentuan-ketentuan hukum yang mengatur soal hak kekayaan intelektual, yaitu menyandingkannya dengan ketentuan-ketentuan yang bersifat internasional. Adapun aturan-aturan dimaksud adalah sebagai berikut:

1. Undang-undang No. 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta;
2. Undang-undang No. 29 Tahun 2000 tentang Perlindungan Varietas Tanaman;
3. Undang-undang No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang;
4. Undang-undang No. 31 Tahun 2000 tentang Desain Industri;
5. Undang-undang No. 32 Tahun 2000 tentang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu;
6. Undang-undang No. 13 Tahun 2016 tentang Paten; dan
7. Undang-undang No. 20 Tahun 2016 tentang Merek Dan Indikasi Geografis.

Sistem perlindungan merek pertama sekali di Indonesia telah dimulai sejak tahun 1961, hak cipta dimulai sejak tahun 1982, paten baru dimulai sejak tahun 1991. Sebelum disempurnakan melalui peraturan perundang-

³*Ibid*, hal. 235-236.

undangan yang ditetapkan pada tahun 2016, beberapa waktu yang lalu (tahun 1997, dan 2001) terhadap ketiga peraturan perundang-undangan tersebut telah dilakukan perubahan untuk menyesuaikan dengan kebutuhan dan Persetujuan TRIPS. Sebagaimana dimaklumi, Persetujuan TRIPS merupakan kesepakatan internasional yang paling lengkap (komprehensif), dan merupakan suatu perpaduan yang unik dari prinsip-prinsip dasar GATT – *General Agreement on Tariff and Trade* (khususnya tentang *national treatment* dan *most-favoured nation*) dengan ketentuan-ketentuan substantif dari kesepakatan-kesepakatan internasional bidang hak kekayaan intelektual, antara lain *Paris Convention for the protection of industrial Property* dan *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*.

Sejalan dengan perubahan berbagai undang-undang tersebut di atas, Indonesia juga telah meratifikasi 5 konvensi internasional di bidang hak kekayaan intelektual, yaitu sebagai berikut :

- (i). *Paris Convention for the Protection of Industrial Property* dan *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization* (Keputusan Presiden No. 15 tahun 1997 tentang Perubahan atas Keputusan Presiden No. 24 Tahun 1979);
- (ii). *Patent Cooperation Treaty (PCT) and Regulation under the PCT* (Keputusan Presiden No. 16 Tahun 1997);
- (iii). *Trademark Law Treaty* (Keputusan Preiden No. 17 Tahun 1997);
- (iv). *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (Keputusan Presiden No. 18 Tahun 1997);
- (v). *WIPO Copyright Treaty* (Keputusan Presiden No. 19 Tahun 1997);

II. Administrasi Hak Kekayaan Intelektual

Secara institusional, pada saat ini telah ada Direktorat Jendral Kekayaan Intelektual yang tugas dan fungsi utamanya adalah menyelenggarakan administrasi hak cipta paten, merek, desain industri, dan desain tata letak sirkuit terpadu. Direktorat Jenderal Kekayaan Intelektual (semula disebut Direktorat Jenderal Hak Cipta, Paten dan Merek) dibentuk pada tahun 1998. Direktorat Jendral Kekayaan Intelektual yang baik sebagaimana yang diharapkan oleh masyarakat, baik yang berasal dari dunia industri dan perdagangan, maupun dari institusi yang bergerak di bidang penelitian dan pengembangan.

Sehubungan dengan hal ini Direktur Paten, Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu dan Rahasia Dagang menegaskan⁴:

Membangun strategi Kekayaan Intelektual yang sejalan dengan strategi bisnis/Litbang:

- (i) Menentukan apakah akan mengajukan permohonan hak paten atau menyimpannya sebagai rahasia dagang;
- (ii) Beralih dari manajemen 'berorientasi terhadap kuantitas' ke 'berorientasi terhadap kualitas' dengan memilih dan memfokuskan pada hak-hak paten yang ingin didapatkan;
- (iii) Melakukan pencarian invensi terdahulu sembari mengerjakan aktifitas litbang, mendaftarkan permohonan paten, dan mengajukan permohonan pemeriksaan;
- (iv) Mensurvei 'pergerakan' perusahaan lainnya dengan menciptakan peta paten;
- (v) Menggunakan KI secara efektif (kepemilikan hak eksklusif, lisensi, penanggulangan terhadap barang-barang bajakan.

Perlu pula kiranya dikemukakan bahwa dalam rangka lebih meningkatkan pelayanan dan kemudahan bagi masyarakat, sejak Januari 2000, pengajuan permohonan hak kekayaan intelektual dapat dilakukan di Kantor-kantor Wilayah Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia. Selanjutnya, Kantor-kantor Wilayah akan menyampaikan permohonan tersebut kepada Direktorat Jenderal HaKI untuk diproses lebih lanjut. Di samping itu, pada saat ini, dengan bantuan World Bank sedang dilaksanakan penyempurnaan sistem otomasi di Direktorat Jenderal HaKI yang diharapkan dapat lebih menunjang proses administrasi dimaksud. Kemudian dari itu, untuk saat ini Ditjen KI telah maju selangkah lagi bahwa pendaftaran secara on line telah pula diterapkan terhadap hasil-hasil KI⁵⁻⁶.

⁴Direktur Paten, Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu dan Rahasia Dagang Ditjen KI Kementerian Hukum Dan HAM RI, "Pemanfaatan Dan Perlindungan Paten", disampaikan pada Rakor Sentra KI seluruh Indonesia, 11-13 April 2017 bertempat di Harris Hotel & Convention Malang.

⁵Direktur Teknologi Informasi Ditjen KI Kementerian Hukum Dan HAM RI, disampaikan pada Rakor Sentra KI seluruh Indonesia, 11-13 April 2017 bertempat di Harris Hotel & Convention Malang.

⁶Lihat Pasal 24 ayat (4) Undang-undang Nomor 13 Tahun 2016 Tentang Paten menyatakan: "Pengajuan permohonan paten selain menggunakan mekanisme non-

Berkaitan dengan hal di atas Direktorat Paten, Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu dan Rahasia Dagang mengemukakan sebagai berikut⁷:

- (i) Jumlah permohonan paten dalam negeri hanya lebih kurang 7 %.
- (ii) Statistik di atas mengindikasikan bahwa pasar domestik Indonesia saat ini, khususnya terkait produk-produk teknologi, telah “dijajah” pihak asing.
- (iii) Padahal Indonesia adalah negara berpenduduk terbesar ke-4 di dunia (255 juta jiwa) namun hanya mampu menghasilkan sedikit sekali paten.

Tidak sebagaimana bidang kekayaan intelektual lain yang administrasinya dikelola oleh Direktorat Jenderal KI, bidang varietas tanaman ditangani oleh Departemen Pertanian.

III. Penegakan Hukum Hak Kekayaan Intelektual

Sebagaimana telah dikemukakan diatas, keterlibatan berbagai pihak secara terkoordinasi dan intensif sangat diperlukan untuk menjamin terlaksananya sistem hak kekayaan intelektual yang diharapkan. Sesuai dengan Keputusan Presiden Nomor 189 Tahun 1998, Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia cq. Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual telah ditugasi melakukan koordinasi dengan semua instansi Pemerintah yang berkompeten mengenai segala kegiatan dan permasalahan di bidang hak kekayaan intelektual.

IV. Peningkatan Kesadaran Masyarakat

Secara bertahap dan berkesinambungan telah diupayakan sosialisasi mengenai peran hak kekayaan intelektual di berbagai aspek dalam kehidupan sehari-hari seperti : kegiatan perindustrian dan perdagangan, investasi, kegiatan penelitian dan pengembangan, dan sebagainya. Berbagai lapisan masyarakat pun telah dilibatkan dalam kegiatan ini.

Tumbuhnya berbagai sentra hak kekayaan intelektual, klinik hak kekayaan intelektual, dan pusat hak kekayaan intelektual lain, baik yang dimotori oleh Kementerian Perindustrian dan Perdagangan, Kementerian Pendidikan

elektronik juga dapat dilakukan secara elektronik (E-Filing).

⁷Direktur Paten, Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu dan Rahasia Dagang Ditjen KI Kementerian Hukum Dan HAM RI, lihat *note*. 4 di atas.

Nasional, Kantor Kementerian Riset, Teknologi dan Pendidikan Tinggi, Perguruan-perguruan Tinggi dan cukup banyaknya permintaan dari masyarakat yang diajukan kepada Direktorat Jenderal Kekayaan Intelektual menunjukkan relatif telah tumbuhnya kesadaran masyarakat di bidang hak kekayaan intelektual. Di samping itu, apresiasi yang positif dari anggota masyarakat juga terlihat dalam wujud pendaftaran karya-karya intelektual mereka, seperti terekam dalam jumlah pendaftaran yang sudah disinggung di atas.

V. Kebijakan Pemerintah Dalam Melaksanakan Beberapa Ketentuan Dalam Persetujuan TRIPS

Pada intinya semua peraturan perundang-undangan di bidang hak kekayaan intelektual telah disusun dengan memperhatikan kepentingan masyarakat dan selaras dengan ketentuan minimum sebagaimana yang dipersyaratkan oleh Persetujuan TRIPS. Walaupun demikian, berikut ini dikemukakan beberapa di antara ketentuan dalam Persetujuan TRIPS yang kiranya memerlukan penelaahan lebih lanjut. Hal itu pada saatnya akan disampaikan oleh pejabat yang akan kami tugasi untuk itu.

VI. Perlindungan hak kekayaan intelektual di bidang bioteknologi.

Kita maklumi bersama bahwa dalam beberapa dasawarsa terakhir peranan bidang ilmu yang baru ini (bioteknologi) dalam kehidupan sehari-hari sangatlah besar. Sebagai penerapan proses biologi untuk membuat produk yang berguna bagi masyarakat (seperti : makanan dan minuman, obat-obatan dan komposisi/bahan kimia), pemanfaatan bioteknologi secara tepat terbukti dapat meningkatkan : kesehatan masyarakat, mencegah penyebarluasan penyakit dan hama, efisiensi dan kualitas produk hasil pertanian, mutu hasil industri, dan kualitas lingkungan hidup melalui produksi gas dan limbah industri yang diinginkan.

Walaupun demikian, tidak sedikit pula pendapat dan hasil pengamatan yang menyangsikan atau bahkan kurang mendukung upaya pengembangan lebih lanjut dari teknologi baru tersebut yang di banyak negara justru berkembang secara pesat. Topik Utama yang selalu dan masih terus dipertanyakan (dipertentangkan) di antaranya adalah :

- (i) Jaminan keamanan produk hasil rekayasa genetik (penerapan bioteknologi) terhadap lingkungan dan terhadap mereka yang

mengkonsumsi/menggunakannya. (ii) Kepatutannya terhadap moralitas agama, etika, dan kesusilaan; dan (iii) Manfaat dan risiko penggunaannya.

Berbagai forum baik di tingkat nasional maupun internasional telah menelaah mengenai hal-hal tersebut. Dalam kaitan dengan hak kekayaan intelektual, dengan pertimbangan tidak sedikitnya invensi yang dapat dihasilkan oleh bidang ilmu baru ini, sewajarnya bila sistem hak kekayaan intelektual memberi perlindungan yang memadai. Article 27.3. Persetujuan TRIPS menyatakan bahwa :

Members may also exclude from patentability :

- (a) Diagnostic, therapeutic and surgical methods for treatment of human or animal;*
- (b) Plants and animal other than micro organism, and essentially biological processes for the production of plants or animal other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective sui generis system or by any combination thereof. The provisions of this paragraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement.*

Sementara itu, Pasal 4 huruf f UU Nomor 13 tahun 2016 tentang invensi tidak mencakup: f. Temuan (*discovery*) berupa :

- (1) Penggunaan baru untuk produk yang sudah ada dan/atau dikenal dan/atau
- (2) Bentuk baru dan senyawa yang sudah ada yang tidak menghasilkan peningkatan khasiat bermakna dan terdapat perbedaan struktur kimia terkait yang sudah diketahui dari senyawa.

Di samping itu, sebagaimana yang telah diuraikan di atas, berdasarkan UU Nomor 29 Tahun 2000 Indonesia juga melindungi invensi mengenai varietas (baru) tanaman. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas jelaslah bahwa bentuk perlindungan hak kekayaan intelektual sebagaimana yang dipersyaratkan dalam Persetujuan TRIPS telah tersedia di Indonesia. Walaupun demikian, dapat dikemukakan mengenai adanya masukan dari sebagian negara anggota WTO agar ketentuan tersebut dapat lebih disempurnakan guna mendukung Ketentuan yang ditetapkan dalam *Convention on Biological Diversity* (CBD), yang oleh Indonesia telah diratifikasi melalui Undang-undang No. 5 Tahun 1994 tentang Ratifikasi Konvensi Keanekaragaman Hayati. Usulan yang diajukan adalah agar mencakup juga beberapa aspek penting sehubungan

dengan akses sumber daya genetika (*access to genetic resources*) dalam ketentuan pemberian paten misalnya : dengan menyebutkan asal-usul bahan/materi yang digunakan (*source of origin*), melampirkan bukti bahwa para peneliti sebelumnya telah memberitahukan secara memadai kepada pihak/otoritas yang berkompeten di tempat yang bersangkutan (*prior informed consent*), serta melengkapinya dengan kesepakatan pembagian hasil yang sepadan (*benefit sharing agreement*).

Pendapat lain yang juga telah dimunculkan adalah untuk mengupayakan sistem perlindungan bagi *traditional knowledge* yang lebih memadai di luar sistem Hak kekayaan intelektual yang telah ada sekarang ini. *World Intellectual Property Organization* (WIPO) telah membentuk suatu *Inter Governmental Committee on Intellectual Property and Genetic resources, Traditional Knowledge and Folklore* dengan tugas pokok berupaya untuk memperoleh solusi yang bijaksana mengenai permasalahan tersebut. Dalam sidangnya yang pertama pada bulan Mei 2001, *Committee* tersebut membahas 3 tema pokok yaitu :

- (i) *Access to genetic resources and benefit sharing;*
- (ii) *Protection of traditional knowledge, innovation and creativity; dan*
- (iii) *Protection of expression of folklore including handicrafts.*

Dalam hal ini Pemerintah berpandangan untuk mendukung upaya yang telah dirintis oleh WIPO. Sebagai salah satu realisasi dukungan Pemerintah dalam hal ini, perlu kiranya disampaikan bahwa pada tanggal 17-19 Oktober 2001 dengan bekerjasama dengan WIPO, Pemerintah telah menyelenggarakan *WIPO-Asia Pacific Symposium on the Protection of Intellectual Property Rights, Traditional Knowledge and Related Issues*, di Yogyakarta. Kegiatan tersebut diikuti oleh wakil-wakil dari 26 negara di kawasan Asia Pasifik dan mengikutsertakan semua pihak yang berkompeten di dalam negeri. Diharapkan dalam forum ini dapat disiapkan/disusun posisi negara-negara Asia Pasifik dalam menangani permasalahan tersebut. Di samping itu mengingat bidang ilmu (bioteknologi) yang relatif baru ini erat kaitannya dengan kemungkinan dihasilkannya jasad renik (*micro-organisme*) yang baru, perlu pula kiranya dikemukakan adanya isu yang berkembang pada akhir-akhir ini di dalam negeri yang pada intinya menolak pematenan atas segala bentuk makhluk hidup.

Sehubungan hal itu Pasal 9 Undang-undang No. 13 Tahun 2016 tentang Paten menegaskan:

Invensi yang tidak dapat diberi Paten meliputi:

- a. Proses atau produk yang pengumuman, penggunaan, atau pelaksanaannya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, agama, ketertiban umum, atau kesusilaan;
- b. Metode pemeriksaan, perawatan, pengobatan dan/ atau pembedahan yang diterapkan terhadap manusia dan/atau hewan;
- c. Teori dan metode di bidang ilmu pengetahuan dan matematika;
- d. Makhluk hidup, kecuali jasad renik; atau
- e. Proses biologis yang esensial untuk memproduksi tanaman atau hewan, kecuali proses nonbiologis atau proses mikrobiologis.

Padahal, sebagaimana dimaklumi, UU paten sebelumnya (UU No. 14 Tahun 2001 (pada Pasal 7 huruf d) telah mengakomodasi usulan tersebut kecuali untuk invensi mengenai jasad renik. Sehubungan dengan hal ini beberapa pertimbangan yang telah dikaji dan diuraikan berikut ini dapat ditelaah lebih lanjut.

- a) Sistem paten bertujuan untuk merangsang perkembangan teknologi dan munculnya ide dan gagasan baru, yang sudah tentu hanya dapat terjadi karena adanya ridha dan perkenan Tuhan Yang Maha Kuasa. Kurang bijaksanalah bila hal yang berguna bagi kesejahteraan manusia, justru dihambat kemungkinan pemberian penghargaan terhadapnya.
- b) Makhluk hidup, pada dasarnya memang merupakan ciptaan-Nya. Walaupun demikian, atas kreativitas seseorang, maka khusus bagi jasad renik yang memenuhi kriteria paton (terutama persyaratan mengenai kebaruan, lankah inventif, dan dapat diterapkan dalam industri) selayaknya dapat diberi paten. Perlu kiranya diinformasikan bahwa ketiga persyaratan utama tersebut tidak mudah dipenuhi, dan bahwa pemberian paten tersebut merupakan penghargaan yang diberikan oleh negara atas kreativitas inventor yang bersangkutan. Kreativitas tersebut tidak sekadar memilah (*screen*) jasad renik tertentu dari sekumpulan jasad renik, melainkan memanipulasi dan menintervensi karakteristik tertentu yang diperoleh melalui proses/kegiatan pemilahan dianggap merupakan suatu *discovery* dan karena itu bukan merupakan invensi

yang dapat diberi paten. Beberapa manfaat yang sangat dirasakan oleh masyarakat luas dengan pendayagunaan jasad renik atau dengan berhasil dibentuknya jasad renik baru diantaranya adalah :

- Jasad renik yang dapat mengkonsumsi minyak, yang bisa digunakan untuk mengatasi masalah tumpahan minyak di laut;
- Jasad renik yang dapat digunakan untuk menghasilkan berbagai vaksin baru;
- Ragi yang digunakan untuk menghasilkan tempe pada temperatur rendah; dan sebagainya.

Sejak diberlakukannya UU Paten lama (UU No. 6 tahun 1989 tentang Paten) pada tahun 1991, permohonan paten dari masyarakat Indonesia mengenai jasad renik memang masih rendah. Namun, beberapa institusi seperti Departemen Pertanian cq. Badan Litbang, Institut Pertanian Bogor, Fakultas Pertanian – Universitas Pajajaran, dan Institut Teknologi Bandung memandang tetap perlu adanya perlindungan paten bagi invensi mengenai (atau yang berkaitan dengan) jasad renik. Hal ini diperlukan untuk mengantisipasi dihasilkannya invensi mengenai (atau yang berkaitan dengan) jasad renik mengingat bahwa kegiatan penelitian dan pengembangan di bidang tersebut telah gencar dilakukan.

- c) Adanya kekhawatiran bahwa sistem paten dapat menyebabkan harga produk menjadi mahal. Yang jelas, melalui mekanisme pasar (termasuk kemungkinan memboikot pembeliannya, bila perlu), pengendalian mengenai masalah ini kiranya akan dapat dilakukan dengan efektif. Di samping itu, dalam UU Paten di samping adanya ketentuan tentang lisensi wajib, telah pula dicakup ketentuan mengenai dimungkinkannya ketentuan tentang lisensi wajib, telah pula dicakup ketentuan mengenai dimungkinkannya paralel impor, serta diakomodasikannya ketentuan Bolar. Melalui ketentuan-ketentuan itu, kekhawatiran tersebut akan dapat diatasi.
- d) Demikian pula, adanya kekhawatiran bahwa sistem paten dapat menyebabkan beredarnya produk yang membahayakan lingkungan merupakan argumentasi yang tidak benar. Tanpa adanya sistem paten pun, harus diakui cukup banyak peredaran produk yang membahayakan lingkungan. Oleh karena itu, menurut hormat kami, pengaturan mengenai masalah lingkungan perlu diatur secara tersendiri. Kurang

tepat jika hal ini harus dimuat sekaligus dalam Undang-undang Paten. Disamping itu, UU Paten telah pula mengatur ketentuan yang memungkinkan diajukannya gugatan pembatalan terhadap paten yang dipandang tidak memenuhi persyaratan tertentu.

- e) Sifat monopolistik sistem paten Sebagai bagian dari sistem hak kekayaan intelektual, dengan paten dimungkinkan adanya monopoli atas invensi yang merupakan miliknya. Walaupun demikian, Undang-undang Paten telah mengatur bahwa sifat ini tidak bersifat tak terbatas. Hal ini ercermin dengan adanya pengaturan mengenai jangka waktu perlindungan paten (selama 20 tahun dan tidak dapat diperpanjang), lisensi wajib, pelaksanaan paten oleh Pemerintah, atau pembatalannya karena tidak dipenuhinya kewajiban tertentu.
- f) Adanya pandangan bahwa sistem paten tidak pro publik dan anti petani Melalui sistem paten, kreativitas seseorang diakui dan dihargai, dan karena itu, sepantasnya apabila kepada inventor yang bersangkutan diberikan imbalan (berupa royalti) yang sepadan atas segala jerih payah, waktu, dan biaya yang telah dikeluarkannya untuk menghasilkan suatu invensi. Demikian pula, siapa pun yang akan memanfaatkan/ menggunakan invensi itu sewajarnya untuk membayar sedikit lebih mahal dibandingkan dengan produk yang telah ada sebelumnya mengingat adanya kelebihan-kelebihan tertentu pada invensi tersebut. Tidak ada ketentuan yang mengharuskan pihak ketiga atau siapa pun untuk menggunakan atau memanfaatkan invensi itu. Bagi pihak lain, tetap terbuka kemungkinan untuk menggunakan produk sejenis yang telah ada (sehingga perlu membayar lebih mahal). Justru sebaliknya, sistem paten membuka kemungkinan bagi siapa pun untuk meningkatkan lebih lanjut invensi tersebut, sehingga invensi yang semula perlu diproduksi dengan biaya yang cukup mahal dapat dibuat dengan cara lain yang menekan ongkos produksinya. Lebih dari itu, adanya kemungkinan diajukannya lisensi wajib atau pelaksanaan paten oleh Pemerintah dalam sistem paten, menyebabkan argumentasi itu tidak tepat, bersifat tendensius, dan menyiratkan kurang dipahaminya sistem paten secara menyeluruh.
- g) Akses terhadap sumber daya genetika dan pembagian keuntungan yang adil. Ketentuan mengenai akses terhadap sumber daya genetika dan kemungkinan pembagian keuntungan yang adil bagi masyarakat

yang berlokasi di sekitar sumber itu, sebagaimana digariskan dalam CBD memang tidak diatur dalam Undang-undang Paten. Pertimbangan utamanya adalah karena ketentuan mengenai hal tersebut seyogyanya tidak hanya mengatur invensi terhadap sumber daya genetika yang dipatenkan, melainkan juga mengenai akses terhadap sumber daya genetika itu sendiri, penelitian dan pengembangan, serta eksplorasinya, yang dapat saja tidak terkait dengan masalah paten. Pengaturan mengenai hal ini, sapat dan perlu segera diwujudkan sebagai ketentuan lebih lanjut dari Undang-undang No. 5 Tahun 1994 tentang Ratifikasi Konvensi Keanekaragaman Hayati seperti telah disinggung di atas.

h) *Electronic commerce*

Di samping bioteknologi, bidang ilmu pengetahuan lain yang berkembang secara pesat dalam beberapa tahun terakhir ini adalah teknologi digital dan teknologi di bidang telekomunikasi berbasis digital. Hal yang perlu dikaji lebih lanjut adalah sejauh mana Persetujuan TRIPS menjamin adanya perlakuan yang seimbang/sepadan (*equal treatment*) antara aktifitas perdagangan yang menggunakan fasilitas internet bila dibandingkan dengan dilakukan secara konvensional. Dengan ungkapan lain, apa saja yang perlu diatur untuk menjamin bahwa electronic commerce berjalan secara wajar/baik.

i) *Alih teknologi*

Beberapa ketentuan dalam peraturan perundang-undangan di bidang hak kekayaan intelektual telah mengakomodasikan ketentuan yang baik secara langsung ataupun tidak langsung mensyaratkan dilaksanakannya paten. Perlu disadari bahwa, betapapun idealnya pengaturan mengenai alih teknologi, pada akhirnya segalanya tergantung kepada kemampuan kita sendiri untuk menyempurnakan dan mengembangkan teknologi yang bersangkutan. Oleh karena itu, peran serta berbagai instansi yang terkait untuk lebih meningkatkan efektifitas alih teknologi perlu diintensifkan.

J.) *Penanggulangan terhadap pembajakan optical disc*

Tingginya tingkat pembajakan optical disc tidak hanya mengkhawatirkan pihak pemegang hak cipta, melainkan juga Pemerintah. Walaupun peraturan perundang-undangan mengenai hak cipta yang tersedia pada saat ini relatif sudah cukup memadai mengatur mengenai hal

yang berkaitan dengan pendayagunaan optical disc, koordinasi dengan semua pihak yang berkompeten perlu lebih diintensifkan guna menekan tingginya produk hasil bajakan yang pada saat ini beredar di masyarakat luas. Kegiatan sosialisasi dan penyuluhan yang terprogram dengan baik bagi berbagai pihak masih perlu terus ditingkatkan. Di samping itu, langkah-langkah yang bersifat lebih konkrit perlu segera dipersiapkan dan ditindaklanjuti secara sistematis.

DAFTAR PUSTAKA

Abd Thalib (2016), Perkembangan Hukum Kontrak Modern, Pekanbaru, UIR Press.

Direktur Paten, Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu dan Rahasia Dagang Ditjen KI Kementerian Hukum Dan HAM RI, “Pemanfaatan Dan Perlindungan Paten”, disampaikan pada Rakor Sentra KI seluruh Indonesia, 11-13 April 2017 bertempat di Harris Hotel & Convention Malang.

Direktur Teknologi Informasi Ditjen KI Kementerian Hukum Dan HAM RI, disampaikan pada Rakor Sentra KI seluruh Indonesia, 11-13 April 2017 bertempat di Harris Hotel & Convention Malang.

Undang-undang Nomor 13 Tahun 2016 Tentang Paten.

Undang - undang No. 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta.

Undang-undang No. 29 Tahun 2000 tentang Perlindungan Varietas Tanaman

Undang-undang No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang

Undang-undang No. 31 Tahun 2000 tentang Desain Industri

Undang-undang No. 32 Tahun 2000 tentang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu

Undang-undang No. 20 Tahun 2016 tentang Merek Dan Indikasi Geografis.

3 LARANGAN PRAKTEK MONOPOLI DAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT DALAM HUBUNGANNYA DENGAN PERLINDUNGAN TERHADAP KONSUMEN

Desi Apriani

I. Pendahuluan

Berbicara pasar sebagai tempat atau wadah aktifitas para pelaku usaha dan konsumen, tentu tidak bisa lepas dari apa yang diistilahkan dengan persaingan usaha. Persaingan antar pelaku usaha merupakan suatu konsekuensi yang harus dihadapi ketika berhubungan dengan konsumen. Idealnya, setiap pelaku usaha pasti menginginkan produknya yang dipilih dan dibeli oleh konsumen. Hal ini sejalan dengan prinsip ekonomi bahwa melakukan kegiatan usaha itu “*dengan modal sekecil-kecilnya untuk mendapatkan keuntungan sebesar-besarnya*”.

Persaingan dalam kegiatan usaha adalah senafas dengan kegiatan usaha itu sendiri.¹Artinya persaingan antar pelaku usaha dalam dunia bisnis dan ekonomi adalah suatu keharusan.²Pada kegiatan ekonomi yang kompetitif dewasa ini, para pelaku usaha akan berupaya untuk tetap mampu memproduksi dan selalu eksis dalam menghadapi setiap masalah perdagangan. Ada pelaku usaha yang berperilaku baik dan banyak pula yang berperilaku buruk. Pelaku usaha yang buruk ini selalu berusaha mematikan kegiatan bisnis para pesaingnya melalui kegiatan monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Namun persaingan usaha sebenarnya merupakan hal yang wajar dalam

¹Mustafa Kamal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha (Teori dan Prakteknya di Indonesia)*, PT Raja Grafindo, Jakarta, 2012, Hlm.1

²Sukarmi, *Peran Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Dalam Meningkatkan Persaingan Usaha Di Era AFTA*, Jurnal Persaingan Usaha (Komisi Pengawas Persaingan Usaha), Edisi 4 Tahun 2010, Hlm.2

kegiatan bisnis, sejauh pelaku usaha dapat mematuhi rambu-rambu dalam hukum persaingan usaha yang sehat.³

Pasar sebagai tempat untuk Bergeraknya roda ekonomi dipengaruhi oleh berbagai faktor. Pelaku usaha baik sebagai produsen, distributor, maupun konsumen merupakan pihak yang memiliki peran terbesar dalam menentukan sehat atau tidaknya suatu pasar. Pasar yang terdistorsi mengakibatkan harga yang terbentuk di pasar tidak lagi merefleksikan hukum permintaan dan penawaran yang riil, dimana proses pembentukan harga dilakukan secara sepihak oleh pengusaha atau produsen. Ini merupakan perwujudan dari persaingan usaha yang tidak sehat, akibatnya fatal, yaitu dapat melumpuhkan perekonomian salah satu pelaku usaha, masyarakat luas, bahkan yang terbesar dapat melumpuhkan suatu negara.⁴

Berkaitan dengan hal tersebut, maka dunia usaha merupakan suatu dunia yang tidak dapat berdiri sendiri, sehingga harus tunduk dan mengikuti rambu-rambu yang ada.⁵ Dalam doktrin *Countervailing powersnya*, John Kenneth Galbright mengatakan begitu banyak ketidakadilan dalam struktur ekonomi. Karena itu peranan pemerintah yang lebih besar ke dalam bisnis sangat dibutuhkan untuk mengkonter ketidakadilan tersebut.⁶ Apalagi globalisasi ekonomi yang ditandai dengan liberalisasi ekonomi telah mendorong aktivitas bisnis yang bersifat multilateral, sehingga persaingan bisnis semakin terbuka.⁷ Atas dasar hal tersebut maka kehadiran hukum sebagai bentuk intervensi Negara sangat diperlukan dalam mengatur pasar.⁸

³Teguh Sulistia, *Aspek Hukum Usaha Kecil Dalam Ekonomi Kerakyatan*, Andalas University Press, Padang, 2006, Hlm. 1

⁴Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2014, Hlm. 122-123

⁵Ahmad Yani & Gunawan Wijaja, *Seri Hukum Bisnis (Anti Monopoli)*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1999, Hlm. 1

⁶Munir Fuady, *Hukum Anti Monopoli Menyongsong Era Persaingan Sehat*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, Hlm.28

⁷Rio F. Wilantara & Susilawati, *Strategi & Kebijakan Pengembangan UMKM (Upaya Meningkatkan Daya Saing UMKM Nasional di Era MEA)*, Refika Aditama, Bandung, 2016, Hlm. 1

⁸Sebenarnya, disepanjang sejarah perkembangan perekonomian dunia, terdapat tolak tarik atau perbedaan pendapat dari kalangan ekonomi dan kalangan hukum antara pasar yang harus diatur (oleh pemerintah), dengan pendapat yang mengatakan bahwa pasar harus bebas dari campur tangan pemerintah (*free market*). Bermula dari teori pasar bebas tanpa perlu intervensi dari pemerintah datang dari ekonom Adam Smith lewat teorinya yang terkenal yaitu *Leiszez Faire*. Menurut teori ini pasar semestinya bebas dari intervensi

Indonesia sebagai Negara hukum⁹ dengan system demokrasi¹⁰ telah melandaskan perekonomiannya berdasarkan asas kekeluargaan dengan prinsip demokrasi ekonomi,¹¹ sebagaimana yang tertuang di dalam konstitusi Negara pada Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945. Berkaitan dengan itu Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999¹² tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat,¹³ lahir sebagai salah satu alat untuk menciptakan iklim usaha yang kondusif, sehingga terdapat jaminan akan adanya kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, menengah dan pelaku usaha kecil berdasarkan prinsip demokrasi ekonomi.¹⁴ Secara lengkap tujuan diundangkannya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

pemerintah. Apabila terjadi hal-hal yang tidak diinginkan dengan persaingan bebas, secara otomatis pasar akan mengoreksi lewat apa yang disebut dengan *Invisible Hand*. Aliran ini sejajar dengan teori evolusi alam Charles Darwin, yang artinya jika ada pihak yang tidak sanggup berkompetisi mereka harus mundur teratur dan alam akan menyeleksi. Tetapi dalam kenyataannya teori *free market* ini tidak bisa diikuti dalam praktek Negara manapun. Bahkan teori *Invisible Hand* digantikan dengan *The Visible Hand* yakni berupa ikut campurnya pemerintah lewat perundang-undangan tertentu untuk memastikan bahwa kompetisi pasar berjalan sesuai dengan yang diharapkan. Pada ujung ekstrim yang lain adalah ajaran yang menghendaki bahwa ekonomi dan pasar harus diatur penuh oleh pemerintah, sampai-sampai hak milikpun tidak dapat diberikan kepada warga negaranya. Tujuannya adalah agar terciptanya kehidupan antar warga Negara yang sama rata. Ajaran ini berasal dari ideology komunis yang dipelopori oleh Karl Marx. Akan tetapi juga ajaran ini tidak dapat menjawab perkembangan zaman sehingga satu demi satu ajaran komunis ditinggalkan. Peranan Negara yang maksimal ini dapat mematikan kreatifitas masyarakat, menjadikan masyarakat pasif dan menggantungkan segala sesuatu kepada Negara. Dalam perkembangannya yang paling banyak dipraktekkan karna lebih realistis adalah jalan tengah, yaitu konsep-konsep persaingan bisnis yang bersifat tidak terlalu bebas tetapi juga tidak terlalu dikekang oleh pemerintah. Lihat Munir Fuady *Op. Cit.* hlm. 23-25, Lihat Pula Hermansyah, *Pokok-pokok Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008, Hlm. 5

⁹Lihat Pasal 1 Ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945

¹⁰Hampir semua Negara di dunia ini telah menjadikan demokrasi sebagai dasarnya yang fundamental. Moh. Mahfud MD, *Demokrasi dan Konstitusi Di Indonesia (Studi Tentang Interaksi Politik Dan Kehidupan Ketatanegaraan)*, Rineka Cipta, Jakarta, 2003, Hlm. 18

¹¹Lihat selengkapnya Pasal 33 Ayat (1) dan (4) Undang-Undang Dasar 1945

¹²Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat lahir pada tanggal 5 Maret 1999

¹³Definisi Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dapat dilihat dalam Pasal 1 angka 2 (untuk praktek monopoli) dan Pasal 1 angka 6 (untuk persaingan usaha tidak sehat) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

¹⁴Selengkapnya lihat asas dan tujuan diundangkannya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Pasal 2 dan Pasal 3 undang-undang tersebut.

tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dapat dilihat dalam rumusan Pasal 3 Undang-undang tersebut yang berbunyi :

“Tujuan pembentukan undang-undang ini adalah untuk :

- a. menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;
- b. mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil;
- c. mencegah praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan
- d. terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan Usaha”

Beranjak dari uraian Pasal 3 undang- undang yang melarang praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat di Indonesia, maka dapat disederhanakan tujuan dari hukum persaingan usaha di Indonesia yaitu : *pertama* adalah memberi kesempatan yang sama bagi setiap pelaku usaha, *kedua* adalah menciptakan iklim usaha yang sehat, kondusif, dan kompetitif, dan *ketiga* adalah meningkatkan kesejahteraan rakyat (kepentingan umum).¹⁵ Melihat kepada tujuan diberlakukannya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tersebut, maka kaitan yang begitu erat dengan usaha pemerintah untuk melindungi rakyat sebagai konsumen sangat terlihat secara nyata.

Secara umum, hukum persaingan usaha bertujuan untuk menjaga iklim persaingan antar pelaku usaha serta menjadikan persaingan antar pelaku usaha menjadi sehat. Selain itu hukum persaingan usaha bertujuan untuk menghindari terjadinya eksploitasi terhadap konsumen oleh pelaku usaha tertentu serta mendukung sietem ekonomi pasar yang dianut oleh suatu negara.

Berdasarkan uraian tersebut maka penulis tertarik untuk mengkaji bagaimana hubungan pengaturan larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat khususnya menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun

¹⁵Lihat Hermanyah, *Pokok-Pokok Persaingan Usaha Di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 20008, Hlm. 15

1999 dengan upaya memberikan perlindungan terhadap konsumen Indonesia dalam rangka menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat.

II. Alasan pentingnya larangan praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Sesungguhnya banyak istilah yang digunakan untuk bidang hukum bisnis ini selain istilah hukum persaingan (*Competition Law*), yaitu hukum antimonopoly (*antimonopoly law*), dan hukum *antitrust* (*antitrust law*). Secara umum dapat dikatakan bahwa hukum persaingan usaha adalah hukum yang mengatur segala sesuatu yang berkaitan dengan persaingan usaha. Untuk memperoleh pengertian yang lebih mendalam tentu pengertian hukum pengertian usaha yang demikian itu tidaklah mencukupi. Oleh karenanya, perlu dikemukakan beberapa pengertian hukum persaingan dari para ahli hukum persaingan usaha.¹⁶

Menurut Arie Siswanto dalam bukunya yang berjudul “*Hukum Persaingan Usaha*” yang dimaksud dengan hukum persaingan usaha (*competition law*) adalah instrument hukum yang menentukan tentang bagaimana persaingan itu harus dilakukan. Meskipun secara khusus menekankan pada aspek “persaingan”, hukum persaingan juga menjadi perhatian dari hukum persaingan adalah mengatur persaingan sedemikian rupa, sehingga ia tidak menjadi sarana untuk mendapatkan monopoli.¹⁷ Sedangkan dalam *Kamus Lengkap Ekonomiyang* ditulis oleh Christopher Pass dan Bryan Lowes, yang dimaksud dengan *Competition Laws* (hukum persaingan) adalah bagian dari perundang-undangan yang mengatur tentang monopoli, penggabungan dan pengambilalihan, perjanjian perdagangan yang membatasi dan praktik anti persaingan.

Selain pengertian hukum persaingan usaha, maka pengertian kebijakan persaingan (*competition policy*) perlu juga dikemukakan karena berkaitan erat dengan hukum persaingan usaha. Dalam *Kamus Lengkap Ekonomiyang* ditulis oleh Christopher Pass dan Bryan Lowes, yang dimaksud dengan peningkatan efisiensi pemakaian sumber daya dan perlindungan kepentingan konsumen.

¹⁶Hermansyah, *ibid*, Hlm. 1

¹⁷Arie Siswanto sebagaimana dikutip oleh Hermansyah, *Ibid*, Hlm. 2

Tujuan kebijakan persaingan adalah untuk menjamin terlaksananya pasar yang optimal, khususnya biaya produksi terendah, harga dan tingkat keuntungan yang wajar, kemajua teknologi, dan pengembangan produk.¹⁸

Berdasarkan pengertian yang diuraikan diatas , maka dapatlah dikatakan bahwa yang dimaksud dengan kebijakan persaingan usaha adalah kebijakan yang berkaitan dengan masalah-masalah di bidang persaingan usaha yang harus di pedomani oleh pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya dan melindungi kepentingan konsumen.¹⁹

Menurut Munir Fuady, adapun yang menjadi alasan utama kenapa persaingan usaha harus diatur secara yuridis adalah :²⁰

1. Alasan Moral

Menurut alasan ini prinsip-prinsip moral bagaimanapun harus dipertimbangkan termasuk dalam berbisnis.

2. Alasan yang dikembangkan oleh John Maynerd Keynes

Alasan ini adalah alasan yang paling klasik dan berpengaruh untuk memberikan justifikasi terhadap intervensi pemerintah, termasuk dengan menyediakan aturan terhadap persaingan pasar. Keynes memberikan reaksi terhadap aliran persaingan bebas atau kapitalisme Adam Smith dan menentang prinsip siapa yang kuat siapa yang menang dari Charles Darwin. Menurut Keynes, dalam dunia bisnis mereka yang gagal dalam bersaing mesti diberi perlindungan tertentu. Sebab prinsip persaingan yang sangat bebas sama sekali tidak memperhitungkan nilai-nilai sentiment kemanusiaan dan tidak sensitive terhadap mereka yang gagal dalam persaingan pasar.

3. Alasan dari mazhab Utilitarian

Mazhab utilitarian lebih menekankan kepada akibat dari tindakan tersebut. Yakni akibat dari perbuatan tersebut terhadap kemaslahatan manusia. Jika akibat dari tindakan tersebut bermanfaat bagi manusia, maka tindakan tersebut dianggap baik dan benar. Jika pemerintah mengatur bisnis, yang dilihat adalah apakah yang dilakukan pemerintah

¹⁸Dalam Hermansyah, *Loc. Cit*

¹⁹*Loc. Cit*

²⁰Munir Fuady, *Hukum Anti Monopoli Menyongsong Era Persaingan Sehat*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000. Hlm. 28-30

tersebut memang membawa akibat nyata yang baik atau tidak bagi bisnis tersebut. Lebih lanjut lagi aliran utilitarianisme mengungkapkan bahwa kemanfaatan dan kecenderungan dari luhurnya keadilan kalau begitu lahir demi memperoleh kebahagiaan dan rasa aman dengan cara memelihara keteraturan di dalam masyarakat. Kalau begitu aturan keadilan apapun bergantung sepenuhnya pada keadaan atau kondisi khusus dimana masyarakat menemukan diri mereka sendiri. Dan semua aturan semacam ini berasal dari asas kemanfaatan, karena melalui pengamatan yang tetap dan teratur, asas ini terbukti bisa menjawab kebutuhan publik.²¹

4. Alasan berdasarkan hak dan kebebasan

Yaitu alasan yang memberikan justifikasi terhadap intervensi pemerintah terhadap pasar termasuk dalam mengeluarkan aturan yang melarang praktek monopoli dan persaingan Usaha Tidak Sehat, untuk menjamin hak dan kebebasan setiap orang untuk bisa masuk pasar.

5. Alasan secara yuridis-konstitusional

Yaitu alasan yang tertuang sebagai dasar intervensi pemerintah dalam mengatur pasar di dalam Konstitusi Negara.

Sebagaimana hukum persaingan usaha yang berlaku di negara Inggris, maka tujuan diberlakukannya hukum persaingan usaha tersebut adalah :²²

- a. Mempertahankan dan mendorong terjadinya suatu persaingan yang sehat dan efektif;
- b. Mempromosikan minat konsumen, pembeli, pengguna lain dari barang dan jasa dalam hubungannya dengan ketentuan harga, mutu dan variasi produk yang tersedia;
- c. Mempromosikan melalui persaingan yang dapat mengurangi biaya tinggi, mengembangkan dan menggunakan teknik baru serta memudahkan masuknya pesaing baru ke dalam pasar yang ada.
- d. Mempertahankan dan mendorong keseimbangan penyaluran industri dan ketenagakerjaan;
- e. Mempertahankan dan mendorong kegiatan persaingan di luar negeri;

²¹Karen Leback, *Teori-teori keadilan (Six Theori of Justice)*, Nusa Media. Bandung. 2012. Hlm. 18-19

²²Teguh Sulistya, *Op. Cit*, Hlm. 211

Praktek Monopoli dan persaingan usaha tidak sehat adalah aktifitas dalam kegiatan usaha yang memiliki dampak negatif, sehingga harus dilarang dalam suatu bentuk peraturan perundang-undangan. Adapun dampak negatif yang ditimbulkan atas terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat adalah :

1. Matinya atau berkurangnya persaingan antar pelaku usaha
2. Timbulnya praktik monopoli, dimana pasar hanya dikuasai oleh pelaku usaha tersebut
3. Adanya kecenderungan pelaku usaha untuk mengeksploitasi konsumen dengan cara menjual barang yang mahal tanpa kualitas yang memadai.²³

Dengan demikian undang-undang yang melarang praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat merupakan kelengkapan hukum yang diperlukan dalam suatu perekonomian yang menganut mekanisme pasar. Undang-undang tersebut diperlukan untuk menjamin kebebasan bersaing dalam perekonomian sehingga dapat berlangsung tanpa hambatan, dan dilain pihak undang-undang tersebut dapat menjadi rambu-rambu dan memagari agar tidak terjadi praktik-praktik yang tidak sehat dan tidak wajar.²⁴

Bentuk persaingan curang tidak dapat ditolerir dan perlu dicegah dan dikurangi di dalam kegiatan bisnis, baik melalui peraturan perundang-undangan maupun dalam bentuk putusan hakim dan kebijakan ekonomi pejabat eksekutif. Klausula kontrak bisnis yang curang secara nyata melahirkan keuntungan tidak wajar atau tidak sebanding besarnya pada satu pihak. Sebaliknya pihak-pihak lain karena kelemahan atau karena ketidaktahuan akan semakin terdesak kedudukan ekonominya dalam rangka persaingan pasar. Biasanya yang dirugikan adalah pengusaha kecil yang lemah.²⁵

Dengan dilarangnya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, maka hal tersebut dapat menyebabkan terciptanya pasar yang tidak terdistorsi, sehingga menciptakan peluang usaha yang semakin besar bagi para pelaku usaha . keadaan ini akan memaksa pelaku usaha untuk lebih inovatif dalam memproduksi dan atau memasarkan produk barang dan atau jasa mereka. Ini berarti bahwa secara tidak langsung larangan praktek

²³Hikmahanto Juwana sebagaimana dikutip oleh Susanti Adi Nugroho, *Op. Cit*, Hlm. 4

²⁴Susanti Adi Nugroho, *Op. Cit*, Hlm. 2

²⁵Teguh Sulistya, *Op. Cit*, Hlm. 127

monopoli dan persaingan usaha tidak sehat akan memberikan keuntungan bagi konsumen dalam bentuk produk yang lebih berkualitas, harga yang lebih bersaing dan pelayanan yang lebih baik.²⁶

III. Perlindungan Hukum Terhadap Konsumen Di Indonesia

Permasalahan yang dihadapi konsumen Indonesia saat ini tidak hanya pada soal memilih barang dan atau jasa saja, tetapi jauh lebih kompleks, yaitu mengenai kesadaran semua pihak, baik pengusaha, pemerintah, meupun konsumen sendiri tentang pentingnya perlindungan konsumen. Pelaku usaha harus menyadari bahwa mereka harus menghargai hak-hak konsumen dengan memproduksi barang dan atau jasa yang berkualitas, aman digunakan, mengikuti standar yang berlaku serta harga yang sesuai (*reasonable*).²⁷

Setelah penjuangan yang cukup lama terkait dengan keinginan hadirnya undang-undang yang memberi perlindungan terhadap Konsumen,²⁸ pada tanggal 20 April 1999 akhirnya Presiden BJ. Habibie mengesahkan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.²⁹ Undang-undang ini memerlukan waktu untuk berlaku efektif selama satu tahun sehingga Undang-undang perlindungan konsumen di Indonesia berlaku efektif 20 April Tahun 2000.

Menurut Sudaryatmo, masalah konsumen merupakan masalah yang sangat pelik karena konsumen tidak hanya dihadapkan pada keadaan untuk memilih apa yang diinginkan (apa yang terbaik), melainkan juga pada keadaan ketika ia tidak dapat menentukan pilihannya sendiri karena pelaku usaha memonopoli segala macam kebutuhan konsumen dalam menjalani kehidupan

²⁶Ayudha D. Prayoga, sebagaimana dikutip oleh Rachmadi Usman, *Op. Cit*, Hlm. 9

²⁷Happy Susanto, *Panduan Praktis Hak-Hak Konsumen Jika Dirugikan*, Visimedia, Jakarta, 2008, hlm. 1

²⁸Dilihat dari sejarahnya, Gerakan Perlindungan Konsumen di Indonesia baru benar-benar dipopulerkan oleh suatu lembaga swadaya masyarakat bernama YLKI sejak Tahun 1973. Berawal dari gerakan YLKI yang bertujuan untuk mempromosikan produk-produk dalam negeri, menyediakan kolom-kolom khusus untuk menampung keluhan konsumen hingga memprakarsai naskah akademik Undang-undang Perlindungan Konsumen (UUPK) yang berhasil di bawa ke DPR, yang kemudian menjadi rancangan dan disahkan menjadi undang-undang. Lihat Shidarta, *Hukum Perlindungan Konsumen Indonesia*, PT Gramedia Widayarsana Indonesia, Jakarta, 2006, hlm. 48-52

²⁹Lihat ketentuan penutup Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen

sehari-hari.³⁰

Berkaitan dengan hal tersebut, maka Undang-undang Perlindungan Konsumen telah mengatur hal-hal yang menjadi hak konsumen dan harus dilindungi yaitu :³¹

- a. Hak atas kenyamanan, keamanan, dan keselamatan dalam mengkonsumsi barang dan/atau jasa;
- b. Hak untuk memilih barang dan/atau jasa serta mendapatkan barang dan/atau jasa serta mendapatkan barang dan/atau jasa tersebut sesuai dengan nilai tukar dan kondisi serta jaminan yang dijanjikan;
- c. Hak atas informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa;
- d. Hak untuk didengar pendapat dan keluhannya atas barang dan/atau jasa yang digunakan;
- e. Hak untuk mendapatkan advokasi, perlindungan dan upaya penyelesaian sengketa perlindungan konsumen secara patut;
- f. Hak untuk mendapatkan pembinaan dan pendidikan konsumen;
- g. Hak untuk diperlakukan atau dilayani secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif;
- h. Hak untuk mendapatkan kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian, apabila barang dan/atau jasa yang diterima tidak sesuai dengan perjanjian atau tidak sebagaimana mestinya;
- i. Hak-hak yang diatur dalam ketentuan perundang-undangan lainnya.

Berkaitan dengan hak konsumen diatas, maka hal itu terpaut dengan hal-hal yang menjadi kewajiban pelaku usaha sebagaimana yang diatur dalam Pasal 7 Undang-Undang Perlindungan Konsumen yaitu :

- a. Beritikad baik dalam melakukan kegiatan usahanya;
- b. Memberikan informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa serta memberi penjelasan penggunaan, perbaikan dan pemeliharaan;
- c. Memperlakukan dan melayani konsumen secara benar dan jujur serta

³⁰Sudaryatmo, 1996 sebagaimana dikutip Happy Santoso, *Op. Cit.*, Hlm. 4

³¹Lihat Pasal 4 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen

tidak diskriminatif;

- d. Menjamin mutu barang dan/atau jasa yang diproduksi dan/atau diperdagangkan berdasarkan ketentuan standar mutu barang dan/atau jasa yang berlaku;
- e. Memberi kesempatan kepada konsumen untuk menguji, dan/atau mencoba barang dan/atau jasa tertentu serta memberi jaminan dan/atau garansi atas barang yang dibuat dan/atau yang diperdagangkan;
- f. Memberi kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian atas kerugian akibat penggunaan, pemakaian, dan pemanfaatan barang dan/atau jasa yang diperdagangkan;
- g. Memberi kompensasi, ganti rugi dan /atau penggantian apabila barang dan/atau jasa yang diterima atau dimanfaatkan tidak sesuai dengan perjanjian.

IV. Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Dalam Hubungannya Dengan Perlindungan terhadap Konsumen

Berbicara Undang-undang yang melarang praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat dalam kerangka hukum nasional Indonesia, maka tentunya mengacu kepada Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang disahkan Pada Tanggal 5 Maret 1999 dan dinyatakan berlaku efektif satu tahun kemudian yaitu pada tanggal 5 Maret Tahun 2000.³²

Menurut Ahmad Yani dan Gunawan Wijaja, dampak negatif dari kondisi pasar yang dimonopoli oleh pelaku usaha tertentu adalah diantaranya masyarakat selaku konsumen tidak pernah diberi kesempatan untuk menentukan pilihan, baik mengenai harga, mutu dan jumlah barang atau jasa yang ditawarkan oleh pelaku usaha. Kalau konsumen menginginkan produk yang dimaksud silakan, dan kalau tidak menginginkan maka tidak ada pilihan lain.³³

³²Lihat ketentuan Penutup Pasal 53 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

³³Lihat Ahmad Yani & Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Bisnis Anti Monopoli*, PT Radja Grafindo Persada, Jkarta, 2006, Hlm. 2

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, melarang segala bentuk perbuatan yang mengindikasikan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Larangan tersebut dicantumkan dalam BAB III – BAB IV (Pasal 4-Pasal 28) sebagaimana dapat dijabarkan berikut ini:

BAB III : Perjanjian Yang Dilarang, yang terdiri dari :

1. Oligopoli (Pasal 4)
2. Perjanjian Penetapan Harga (Pasal 5)
3. Perjanjian Diskriminasi harga (Pasal 6)
4. Perjanjian Penetapan Harga di Bawah Harga Pasar (Pasal 7)
5. Perjanjian Penetapan Harga Jual Kembali (Pasal 8)
6. Perjanjian Pembagian Wilayah (Pasal 9)
7. Pemboikotan (Pasal 10)
8. Kartel (Pasal 11)
9. Trust (Pasal 12)
10. Oligopsoni (Pasal 13)
11. Integrasi Vertical (Pasal 14)
12. Perjanjian Tertutup (Pasal 15)
13. Perjanjian Dengan Pihak Luar Negeri (Pasal 16)

BAB IV : Kegiatan Yang Dilarang, yang terdiri dari :

1. Monopoli (Pasal 17)
2. Monopsoni (Pasal 18)
3. Penguasaan Pasar (Pasal 19)
4. Jual Rugi (Pasal 20)
5. Kecurangan Dalam Penetapan Biaya Produksi (Pasal 21)
6. Persekongkolan Dalam Menentukan Pemenang Tender (Pasal 22)
7. Persekongkolan Dalam Mendapatkan rahasia Perusahaan Pesaing (Pasal 23)

8. Persekongkolan Dalam Menghambat Produksi dan Distribusi Produk Pesaing (Pasal 24)

BAB V : Posisi Dominan, yang terdiri dari:

1. Penyalahgunaan Posisi Dominan (Pasal 25)
2. Jabatan Rangkap (Pasal 26)
3. Kepemilikan Saham Mayoritas (Pasal 27)
4. Merger, Konsolidasi dan Akuisisi (Pasal 28-Pasal 29)

Berkaitan dengan hal itu, apabila ditelaah lebih dalam ketentuan-ketentuan larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, maka meskipun Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat lebih kental mengungkap isu persaingan antara pelaku usaha, namun di balik itu kehadiran undang-undang tersebut juga dapat memberi perlindungan terhadap konsumen dan melindungi kepentingan umum.

Perlindungan terhadap kepentingan konsumen di dalam undang-undang yang melarang praktek monopoli tersebut terdapat dalam beberapa ketentuan larangan terhadap perbuatan-perbuatan pelaku usaha yang mengindikasikan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, diantaranya dapat penulis sajikan melalui beberapa bentuk larangan berikut ini :

1. Perjanjian Penetapan Harga

Mengenai perjanjian penetapan harga ini, diatur pada Pasal 5 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 yang berbunyi :

- (1) *Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama.*
- (2) *Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak berlaku bagi :*
 - a. *Suatu perjanjian yang dibuat dalam usaha petungan; atau*
 - b. *Suatu perjanjian yang didasarkan undang-undang yang berlaku.*

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 melarang perjanjian antar produsen, dimana produsen menetapkan harga yang harus dibayar pembeli untuk barang dan/atau jasa yang diperdagangkan di pasar bersangkutan yang sama dari segi *factual* dan geografis. Perjanjian penetapan harga akan

menjadikan harga menjadi tinggi, bukan harga pasar. Karenanya, penetapan harga merupakan tindakan yang menciderai persaingan. Tindakan tersebut akan merugikan konsumen dengan bentuk harga yang lebih tinggi dan jumlah barang yang sedikit tersedia. Larangan melakukan perjanjian penetapan harga menyebabkan tidak dapat berlakunya hukum pasar tentang harga yang terbentuk dari penawaran dan permintaan (*supply and demand*).³⁴

Kaitannya dengan perlindungan konsumen, dilarangnya pelaku usaha yang bersaing melakukan perjanjian penetapan harga yang sama atas produk barang atau jasa mereka yang sejenis, adalah supaya harga yang diterima konsumen merupakan harga yang sebenarnya dan harga yang bersaing. Hal ini karena, apabila perjanjian penetapan harga antara pelaku usaha tidak dilarang, maka hal itu akan sangat merugikan konsumen. Harga atas suatu produk akan sama-sama tinggi akibat para pelaku usaha yang seharusnya bersaing, meniadakan persaingan antara mereka dan meraup keuntungan yang sangat tinggi dengan kesepakatan penetapan harga tersebut.

Dalam literatur ilmu ekonomi, perilaku penetapan harga (*price fixing*) antara pelaku usaha yang bersaing di pasar merupakan salah satu dari bentuk kolusi. Kolusi merujuk pada situasi di mana perusahaan-perusahaan yang ada di pasar melakukan koordinasi atas tindakan-tindakan mereka yang bertujuan untuk memperoleh keuntungan yang lebih tinggi.³⁵ Kolusi dalam bentuk koordinasi tersebut digunakan untuk menyepakati beberapa hal, di antaranya :³⁶

1. Kesepakatan penetapan harga tertentu yang lebih tinggi dari harga yang diperoleh melalui mekanisme persaingan;
2. Kesepakatan penetapan kuantitas tertentu yang lebih rendah dari pada kuantitas dalam situasi persaingan;
3. Kesepakatan pembagian pasar.

Perjanjian penetapan harga (*Price Fixing Agreement*) merupakan salah satu strategi yang dilakukan di antara pelaku usaha yang tujuannya adalah untuk menghasilkan laba yang setinggi-tingginya. Dimana dengan adanya penetapan harga yang dilakukan diantara pelaku usaha telah meniadakan

³⁴Mustafa Kamal Rokan, *Op. Cit*, Hlm. 96

³⁵Susanti Adi Nugroho, *Op.Cit*, Hlm. 135-136

³⁶Lihat Peraturan Pengawas Persaingan Usaha Nomor 4 Tahun 2014 tentang Pedoman Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 (Penetapan Harga)

persaingan dari segi harga terhadap produk yang mereka jual atau mereka pasarkan, yang kemudian dapat berdampak pada *consumers surplus* yang dimiliki oleh konsumen dipaksa beralih ke produsen atau penjual.³⁷

Perjanjian penetapan harga sebagaimana telah diuraikan di atas, merupakan pelanggaran terhadap hak-hak yang harusnya diterima oleh konsumen. Menurut ketentuan Pasal 4 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, salah satu hak konsumen adalah “hak untuk mendapatkan produk barang dan/atau jasa sesuai dengan nilai tukar yang diberikan”. Dengan hak ini berarti konsumen harus dilindungi dari permainan harga yang tidak wajar. Dengan kata lain kuantitas dan kualitas barang dan/atau jasa yang dikonsumsi harus sesuai dengan nilai uang yang dibayar sebagai penggantinya.³⁸ Hak untuk mendapatkan produk barang dan/atau jasa sesuai dengan nilai tukar yang diberikan oleh konsumen inilah yang dilanggar apabila pelaku usaha melakukan perjanjian penetapan harga yang bertujuan untuk mendapatkan keuntungan yang berlipat-lipat.

Kasus perjanjian penetapan harga tarif SMS (*Short Massage Service*) oleh 7 operator seluler (tahun 2007) merupakan salah satu contoh nyata dari pelanggaran Pasal 5 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang membawa kerugian terhadap konsumen. Perjanjian Penetapan harga tarif SMS oleh operator seluler tersebut pada akhirnya membawa keberuntungan bagi konsumen setelah Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) memutuskan perkara tersebut dan menyatakan 7 operator seluler sebagai terlapor secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 5 yang kemudian dijatuhi hukuman untuk membayar sanksi denda.³⁹ Setelah putusan KPPU tersebut, tarif SMS

³⁷Susanti Adi Nugroho, *Op.Cit*, Hlm. 136

³⁸Shidarta, *Op.Cit*, Hlm. 28

³⁹Pada tahun 2007, KPPU melakukan pemeriksaan terhadap sembilan (9) operator seluler di Indonesia yang diduga melakukan penetapan harga SMS pada periode 2004 sampai dengan 1 April 2008. Operator seluler yang diduga melakukan dugaan pelanggaran tersebut adalah PT Excelcomindo Pratama Tbk, PT Telekomunikasi Seluler, PT Indosat, PT Telkom Tbk, PT Hutchison CP Telecommunication, PT Bakrie Telkom, PT Mobile-8 Telecom, PT Smart Telecom dan PT Natrindo Telepon Selluler. Pada Tahun 2004-2007 harga tarif SMS yang berlaku berkisar pada Rp. 250,00-350,00. KPPU menemukan beberapa klausula kesepakatan penetapan harga SMS yang tidak boleh rendah dari Rp. 250,00 yang tertuang dalam perjanjian kerjasama interkoneksi antara operator seluler. Fakta yang ditemukan KPPU bahwa konsumen mengalami kerugian yang dihitung berdasarkan selisih penerimaan harga kartel dengan harga kompetitif setidaknya sebesar Rp. 2.827.700.000,00. Lihat selengkapnya Putusan KPPU Nomor 26/KPPU-L/2007, bandingkan dengan Mustafa Kamal Rokan, *Op. Cit*, Hlm. 123-124

operator seluler menjadi jauh lebih rendah karena pelaku usaha operator bersaing secara sehat dengan menawarkan keunggulan masing-masing dan harga yang bersaing.

Masih terkait dengan perjanjian penetapan harga tersebut, baru-baru ini KPPU juga memutuskan 2 produsen motor *skuter matic* secara sah dan terbukti melanggar ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Perjanjian penetapan harga antara 2 produsen motor jenis *skuter matic* tersebut menimbulkan kerugian konsumen akibat harga yang harus dibayar jauh lebih tinggi dari harga seharusnya, dibanding apabila diukur dari ongkos produksi motor jenis *skuter matic* tersebut.⁴⁰ Keadaan yang merugikan konsumen tersebut seharusnya tidak terjadi jika produsen *skuter matic* bersaing secara sehat dengan cara menawarkan keunggulan kualitas produk dan harga yang bersaing.

2. Perjanjian Pembagian Wilayah

Pembagian wilayah adalah perjanjian yang bertujuan untuk membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar tertentu terhadap barang dan/atau jasa. Sebagaimana ditentukan dalam Pasal 9 Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Ketentuan Pasal 9 ini berbunyi sebagai berikut:

“pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya yang bertujuan untuk membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar terhadap barang dan/atau jasa sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan/atau persaingan tidak sehat”.

Perjanjian pembagian wilayah dapat bersifat *vertical* maupun *horizontal*. Perjanjian ini dilarang karena pelaku usaha meniadakan atau mengurangi persaingan dengan cara membagi wilayah pasar atau alokasi pasar. Wilayah

⁴⁰Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) memutuskan bahwa produsen motor skutik yaitu PT Yamaha Indonesia Motor Manufacturing (YIMM) dan PT Astra Honda Motor (AHM) bersalah dan terbukti melakukan kerjasama dalam penentuan harga jual skuter matic 110 cc-125 cc Dalam sidang putusannya. Dari semua keterangan saksi, bukti mengarah bahwa keduanya terbukti melakukan pelanggaran Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Dalam memutus perkara ini KPPU menjatuhkan sanksi administratif berupa denda masing-masing 25 Milyar untuk Produsen Yamaha dan 22,5 Milyar untuk Produsen Honda. Lihat Selengkapnya Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 4/ KPPU-I/2016.

pemasaran dapat berarti wilayah negara Republik Indonesia atau bagian wilayah negara republik Indonesia misalnya kabupaten, provinsi, atau wilayah regional lainnya. Membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar berarti membagi wilayah untuk memperoleh atau memasok barang, jasa, atau barang dan jasa, menetapkan dari siapa saja dapat memperoleh atau memasok barang, jasa, atau barang dan jasa.⁴¹

Dari sisi hak dan kepentingan konsumen, perjanjian pembagian wilayah pemasaran juga sangat merugikan konsumen. Menurut Stephen E. Rhose, perjanjian pembagian wilayah pemasaran atau alokasi pasar antara pelaku usaha merupakan salah satu strategi yang dilakukan untuk menghindari persaingan diantara mereka, sehingga pelaku usaha dapat menguasai wilayah pemasaran atau alokasi pasar yang menjadi bagiannya tanpa harus melalui persaingan. Selain dapat menghilangkan persaingan antara pelaku usaha, perjanjian pembagian wilayah juga bisa membuat pelaku usaha melakukan pengurangan produksi ke tingkat yang tidak efisien, kemudian mereka juga dapat melakukan eksploitasi terhadap konsumen dengan menaikkan harga produk, dan menggunakan kekuatan yang dimiliki untuk bertindak sewenang-wenang terhadap konsumen yang sudah teralokasi sebelumnya.⁴²

Berbagai kasus perjanjian penetapan harga yang membawa persaingan usaha tidak sehat dan merugikan kepentingan masyarakat sebagai konsumen mewarnai perkara yang ditangani oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), diantaranya adalah kasus perjanjian pembagaian wilayah yang dilakukan oleh perusahaan jasa layanan taksi di Pulau batam, yang berdampak pada tidak terjadinya persaingan (hilangnya persaingan), konsumen tidak mempunyai pilihan lain dalam menggunakan jasa layanan taksi, dan konsumen harus membayar jasa layanan taksi lebih mahal.⁴³

⁴¹Hermansyah, *Op.Cit.*, Hlm. 30-31.

⁴²Stephen E. Rhose, *Principles Of Antitrust Law*, sebagaimana dikutip Susanti Adi Nugroho, *Op. Cit*, Hlm. 161-162

⁴³Perkara tersebut berawal dari diterimanya laporan oleh KPPU terkait dugaan pelanggaran terhadap Pasal 9 UU Nomor 5 Tahun 1999. Terlapor adalah Koperasi Karyawan Batam, Koperasi Pandu Wisata Batam, Koperasi Pengusaha Taxi Domestik Sekupang, Koptiba, Koperasi Primkopon, Koperasi Citra Wahana, Kopti, Koperasi Bina Marga, dll. Fakta menunjukkan adanya perjanjian pembagian wilayah secara tidak tertulis di tujuh pelabuhan dan satu bandara. KPPU menilai terdapat kesepakatan pembagian wilayah dengan cara pelaku usaha taksi yang tidak memiliki izin operasi di wilayah tertentu tidak dapat mengangkut, tetapi hanya dapat mengantarkan penumpang ke wilayah tersebut. Tim pemeriksa menemukan fakta bahwa sampai dengan tahun

Dari sisi hukum perlindungan konsumen, maka dalam mengkonsumsi suatu produk, konsumen berhak menentukan pilihannya. Konsumen tidak boleh mendapat tekanan dari pihak luar sehingga ia tidak bebas untuk membeli atau tidak membeli. Seandainya ia jadi membeli, ia juga bebas menentukan produk mana yang akan dibeli.⁴⁴ Artinya, dengan disepakatinya pembagian wilayah pemasaran oleh pelaku usaha, maka pelaku usaha yang menguasai wilayah tertentu tidak memiliki pesaing di wilayah yang dikuasainya, sehingga berakibat pada tidak tersedianya pilihan akan produk barang maupun jasa bagi konsumen. atas dasar hal itulah maka Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 melarang Perjanjian Pembagian Wilayah yang selain tujuannya untuk menghambat persaingan curang dan juga menjamin hak untuk memilih produk barang dan/atau jasa bagi konsumen.

3. Kartel

Perjanjian kartel merupakan salah satu perjanjian yang kerap kali terjadi dalam tindak monopoli. Secara sederhana, kartel adalah perjanjian satu pelaku usaha dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menghilangkan persaingan diantara keduanya. Dengan kata lain kartel (*Cartel*) adalah kerjasama dari produsen-produsen produk tertentu yang bertujuan untuk mengawasi produksi, penjualan, dan harga serta untuk melakukan monopoli terhadap komoditas atau industry tertentu.⁴⁵

Sebagaimana diatur dalam Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, maka kartel merupakan salah satu perjanjian yang dilarang bagi pelaku usaha. Selengkapnya Pasal 11 tersebut berbunyi :

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya, yang bermaksud untuk mempengaruhi harga dengan mengatur produksi dan atau pemasaran suatu barang adan atau jasa, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat”

2007 terdapat 22 pelaku usaha taxi yang dibagi ke dalam 8 wilayah operasional yaitu bandara Hangnadim, Pelabuhan Harbour Bay, Pelabuhan Internasional Sekupang, Pelabuhan Domestik Sekupang, Pelabuhan Batam Center, Pelabuhan Telaga Punggur, Pelabuhan Marina City dan Pelabuhan Nongsa Pura. Selengkapnya lihat Putusan Perkara Nomor 28/KPPU-L/2007 tentang Jasa Pelayanan Taksi Batam

⁴⁴Shidarta, *Op.Cit*, Hlm. 27

⁴⁵Mustafa kamal Rokan, *Op. Cit*, Hlm. 117, bandingkan dengan Susanti Adi Nugroho, *Op.Cit*, Hlm 176, Lihat pula Ahmad Yani dan Gunawan Widjaya, *Op.Cit*, Hlm. 26

Biasanya, kartel dipraktekan oleh asosiasi dagang bersama dengan anggotanya. Dengan asosiasi kumpulan pelaku usaha dengan mudah menyusun standarisasi sesama mereka dalam memudahkan kegiatan usaha mereka. Namun, bahaya akan muncul jika asosiasi tersebut melakukan pengaturan harga yang menghambat persaingan usaha yang sehat. Karena, dalam kartel unsur harga dan *output* menjadi penting, para pihak dalam kartel seharusnya mempunyai kebijakan independen terutama tentang kedua hal tersebut, bersepakat untuk menyatukan kebijakannya sehingga tidak ada lagi kompetensi.⁴⁶

Secara klasik, kartel dapat dilakukan melalui tiga hal, yakni dalam hal “harga”, “produksi”, dan “wilayah pemasaran”. Terdapat dua kerugian yang terjadi pada kartel yakni, *Pertama*, terjadinya praktek monopoli oleh para pelaku kartel sehingga secara makro mengakibatkan inefisiensi alokasi sumber daya yang dicerminkan dengan timbulnya *deadweight loss*. *Kedua*, dari segi konsumen akan kehilangan harga, kualitas yang bersaing, dan layanan purna jual yang baik.⁴⁷

Praktek kartel merupakan salah satu strategi yang diterapkan diantara pelaku usaha untuk dapat mempengaruhi harga dengan mengatur jumlah produksi mereka. Mereka berasumsi jika produksi mereka di dalam pasar dikurangi, sedangkan permintaan terhadap produk mereka tetap, akan berakibat kepada tertariknya harga ke tingkat yang lebih tinggi. Dan sebaliknya jika di dalam pasar produk mereka melimpah, sudah barang tentu akan berdampak pada penurunan harga produk dan membuat harga produk tersebut di pasar menjadi lebih murah. Kondisi ini akan menguntungkan bagi konsumen, tetapi sebaliknya akan merugikan pelaku usaha.⁴⁸ Hukum pasar seperti inilah yang dipergunakan oleh pelaku usaha dengan cara mengatur produksi supaya harga jual produk mereka tidak turun, bahkan dengan diaturnya produksi dan pemasaran, pelaku usaha melalui perjanjian bisa meraup keuntungan yang berlipat dengan merangkakna harga pada tingkatan yang semakin tinggi. Kondisi seperti inilah yang kemudian merugikan konsumen dimana konsumen menjadi pihak yang dieksploitasi oleh pelaku usaha dan menjadikan posisi tawar konsumen semakin rendah.

⁴⁶Mustafa Kamal Rokan, *Op.Cit.*, Hlm. 117-118.

⁴⁷Farid Nasution dan Retno Wiranti, *Kartel dan Problematikanya*, Majalah Kompetisi, Jakarta, 2008, Hlm. 4.

⁴⁸Susanti Adi Nugroho, *Op.Cit.*, Hlm. 179

Kasus Kartel yang belum lama ini menyita perhatian publik adalah Dugaan Pelanggaran Pasal 11 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 terkait pengaturan produksi bibit ayam pedaging (*broiller*) di Indonesia.⁴⁹ Praktek Kartel juga sangat berpotensi terjadi pada kegiatan impor produk bahan pokok dari luar negeri seperti dugaan kartel oleh pelaku usaha pengimpor bawang pada akhir tahun 2013 yang lalu.

4. Monopoli

Monopolisasi adalah upaya perusahaan atau kelompok perusahaan yang relative besar dan memiliki posisi dominan untuk mengatur dan meningkatkan control terhadap pasar dengan cara berbagai praktik anti kompetitif seperti penetapan harga yang mematikan (*Predatory Pricing*), *Pre-emptive of facilities*, dan persaingan yang tertutup.⁵⁰

Jika merujuk pada undang-undang, pengertian monopoli adalah suatu penguasaan atas produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau suatu kelompok pelaku usaha⁵¹. Dengan demikian, jenis pasar yang bersifat monopoli ini hanya terdapat satu penjual, sehingga penjual tersebut bisa menentukan sendiri berapa jumlah barang atau jasa yang akan dijual, atau berapa jumlah barang yang akan dijual tergantung kepada keuntungan yang ingin diraih sehingga penjual akan menerapkan harga yang akan memberikan keuntungan tertinggi.

Salah satu contoh kasus pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 17 tentang Monopoli menurut Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah

⁴⁹Sebelumnya KPPU memeriksa 12 Perusahaan terlapor yang diduga melakukan kartel atau pengaturan ketersediaan ayam di pasar. Adapun 12 terlapor tersebut diantaranya PT Charoen Pokphand Jaya Farm Tbk, PT Japfa Comfeed Indonesia Tbk, PT Malindo Fedmiil Indonesia, dan terlapor lainnya. Dugaan kartel mencuat saat direktorat Jenderal Peternakan dan Kesehatan Hewan Kementerian Pertanian menginstruksikan pemusnahan 6 juta ekor bibit ayam pada tanggal 14 September 2015 untuk menstabilkan harga ayam di tingkat peternak yang anjlok sebesar 40 persen di bawah harga pokok produksi. Namun hal itu kemudian oleh KPPU dipandang sebagai tindakan Kartel atau pengaturan harga ayam di pasar. Lihat perkara tersebut selengkapnyanya dalam Putusan KPPU Perkara Nomor 02/KPPU-I/2016

⁵⁰R.S. Khemani dan D.W.Shapiro, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, sebagai dikutip oleh, Mustafa Kamal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2012, Hlm. 149.

⁵¹Lihat Pasal 17 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

kasus monopoli oleh salah satu perusahaan operator seluler pada tahun 2007 yang dinyatakan oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha Secara sah dan meyakinkan terbukti melanggar Pasal 17 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.⁵²

Dengan terjadinya penguasaan terhadap pasar oleh satu atau lebih kelompok pelaku usaha tertentu, maka hal tersebut akan menimbulkan atau mengakibatkan kondisi dimana konsumen tidak memiliki pilihan akan ketersediaan produk barang dan atau jasa. Idealnya apabila dilihat dari sisi perlindungan konsumen, konsumen harusnya bebas memilih produk barang dan atau jasa yang diinginkannya, namun dengan pasar yang dimonopoli, maka hak konsumen untuk memilih menjadi terabaikan.

Pada prinsipnya segala ketentuan yang dilarang oleh Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, berhubungan dengan upaya memberikan perlindungan terhadap konsumen. Hal ini karena segala perbuatan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat (Pasal 4-Pasal 28) dilarang oleh undang-undang tersebut.

Apabila dicermati ketentuan Pasal 1 butir 2 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, praktik monopoli adalah pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan/atau pemasaran atas barang dan/atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum. Sementara itu, persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan yang dilakukan dengan cara tidak jujur, melawan hukum atau menghambat persaingan usaha. Pemusatan kekuatan ekonomi tentunya menimbulkan berbagai dampak negatif bagi persaingan usaha, perekonomian negara dan merugikan kepentingan konsumen.

⁵²Pelanggaran terhadap Psal 17 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 dapat dilihat dari pemeriksaan lanjutan yang menyatakan bahwa penggunaan market power oleh Telkomsel mengakibatkan turunnya derajat kompetisi dan excessing pricing pada layanan telekomunikasi seluler. Perhitungan besarnya kerugian konsumen ditentukan oleh perbedaan harga yang dibayarkan oleh konsumen dengan penilaian produsen (biaya ditambah keuntungan) yang diterima oleh konsumen. Majelis komisi berpendapat nilai kerugian konsumen Telkomsel adalah sebesar Rp. 9.859.000.000.000,00 sampai dengan Rp. 24.078.000.000.000,00 dalam kurun waktu empat tahun (2003-2006). Lihat selengkapnya Putusan KPPU, Perkara Nomor 07/KPPU-L/2007

Terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, akan menimbulkan pasar dengan karakteristik pasar monopoli yang memiliki dampak buruk bagi banyak pihak. Adapun ciri- ciri pasar monopoli, yaitu :⁵³

1. Pasar monopoli adalah industri satu perusahaan
Dengan demikian barang atau jasa yang dihasilkan tidak dapat dibeli di tempat lain. Para pembeli tidak mempunyai pilihan lain. Syarat-syarat penjualan sepenuhnya ditentukan oleh monopoli itu, dan para pembeli tidak dapat membuat dan menentukan syarat jual beli.
2. Tidak mempunyai barang pengganti yang mirip
Barang yang dihasilkan oleh perusahaan monopoli tidak dapat digantikan oleh barang lain yang ada dalam pasar. Barang tersebut merupakan jenis satu-satunya dan tidak terdapat barang yang mirip yang dapat menggantikan barang tersebut.
3. Tidak dapat kemungkinan untuk masuk ke dalam industri
Sifat ini merupakan sebab utama yang menimbulkan perusahaan yang mempunyai kekuasaan monopoli. Tanpa sifat ini pasar monopoli tidak akan terwujud karena tanpa adanya halangan tersebut pada akhirnya akan terdapat beberapa perusahaan di dalam industri.
4. Dapat mempengaruhi penentuan harga
Oleh karena perusahaan monopoli merupakan satu-satunya penjual di dalam pasar, maka penentuan harga dapat dikuasainya. Dengan mengadakan pengendalian ke atas produksi dan jumlah barang yang ditawarkan perusahaan monopoli dapat menentukan harga pada tingkat yang dikehendakinya.
5. Promosi Iklan kurang diperlukan
Oleh karena perusahaan monopoli adalah satu-satunya perusahaan di dalam industri, ia tidak perlu mempromosikan barangnya dengan menggunakan iklan.

⁵³Sadono Sukirno, *Mikro Ekonomi Teori Pengantar*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1994, Hlm. 267-268, bandingkan pula dengan Budi Untung, *Hukum Dan Etika Bisnis (Dilengkapi Studi Kasus dan UU)*, ANDI, Yogyakarta, 2012, Hlm. 80-82

Situasi pasar dengan ciri-ciri ataupun kategori pasar monopoli sebagaimana telah dijelaskan tersebut tentunya tidak diinginkan oleh banyak pihak terutama konsumen sebagai rakyat dalam suatu negara. Oleh sebab itu segala upaya harus dilakukan oleh negara (dalam hal ini pemerintah) untuk mewujudkan situasi persaingan yang sehat dan melindungi kepentingan konsumen. Pasar dengan kondisi persaingan yang sehat dikenal juga dengan istilah pasar persaingan sempurna. Pasar persaingan sempurna adalah pasar di mana tidak ada pembeli atau penjual yang memiliki kekuatan cukup signifikan untuk mampu mempengaruhi harga barang-barang yang dipertukarkan sehingga konsumen dapat dilindungi. Pasar bebas dengan persaingan sempurna memiliki tujuh karakteristik yaitu :⁵⁴

1. Jumlah pembeli dan penjual relatif banyak serta tidak ada seorangpun yang memiliki pangsa yang relatif substansial.
2. Semua pembeli dan penjual bebas masuk atau meninggalkan pasar.
3. Setiap pembeli dan penjual mengetahui sepenuhnya apa yang dilakukan oleh pembeli dan penjual lainnya, termasuk informasi tentang harga, jumlah dan kualitas semua barang yang diperjualbelikan.
4. Barang-barang yang dijual di pasar sangat mirip satu sama lain sehingga tidak ada seorang pun yang peduli dari mana mereka membeli atau menjualnya.
5. Biaya dan keuntungan memproduksi atau menggunakan barang-barang yang dipertukarkan sepenuhnya ditanggung pihak-pihak yang membeli dan menjual barang-barang tersebut, bukan oleh pihak lain.
6. Semua pembeli dan penjual adalah 'pemaksimal' utilitas : semuanya berusaha untuk memperoleh sebanyak mungkin dengan membayar sedikit mungkin.
7. Tidak ada pihak luar (misalnya pemerintah) yang mengatur harga, kuantitas, atau kualitas barang-barang yang diperjualbelikan dalam pasar.

Dalam pasar bebas persaingan sempurna, harga yang bersedia dibayar pembeli akan naik jika barang yang dibutuhkan jumlahnya sedikit, dan kenaikan harga mendorong penjual untuk menyediakan tambahan barang

⁵⁴Manuel. G Velasques, sebagaimana dikutip oleh Budi Untung, *Op. Cit.*, Hlm. 78-86, bandingkan pula dengan Sadono Sukirno, *Op. Cit.*, Hlm. 231-232

yang sama. Jika jumlah barang lebih banyak, harga akan turun dan kenaikan harga mendorong penjual untuk mengurangi jumlah barang yang mereka sediakan.⁵⁵ Persaingan sempurna merupakan struktur pasar yang paling ideal, karena dianggap sistem pasar ini adalah struktur pasar yang akan menjamin terwujudnya kegiatan memproduksi barang atau jasa yang optimal efisiensinya, walaupun dalam praktek persaingan sempurna yang murni tidak terwujud.⁵⁶

V. Penutup

Dilarangnya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat oleh Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 pada dasarnya tidak hanya bertujuan untuk menumbuhkan iklim usaha yang kondusif dalam rangka memberikan kepastian dan perlindungan terhadap pelaku usaha semata. Akan tetapi lebih dari itu, larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat juga memiliki tujuan untuk melindungi kepentingan umum dalam hal ini masyarakat sebagai konsumen. Harapan akan efektifnya penegakan hukum persaingan usaha di Indonesia (dalam hal ini Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999) tentunya merupakan hal yang sangat urgen untuk disuarakan, dalam rangka memberi jaminan kesempatan usaha yang sama, memberikan perlindungan terhadap konsumen dan menyelamatkan perekonomian negara.

⁵⁵Budi Untung, *ibid*, Hlm. 79

⁵⁶Sadono Sukirno, *Op.Cit*, Hlm. 231. Bandingkan dengan Pirathama Rahardja & Mandala Manurung, *Pengantar Ilmu Ekonomi (Mikro Ekonomi dan Makro Ekonomi Edisi Ketiga)*, Lemabaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta, 2008, Hlm. 145-151

DAFTAR PUSTAKA

- Ahmad Yani dan Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Bisnis Anti Monopoli*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1999
- Ade Komarudin, *Politik Hukum Integratif UMKM (Kebijakan Negara Membuat UMKM Maju Dan Berdaya Saing)*, PT Wahana Intermedia, Jakarta, 2014
- Ari Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2002
- Budi Untung, *Hukum Dan Etika Bisnis (Dilengkapi Studi Kasus dan UU)*, ANDI, Yogyakarta, 2012
- Farid Nasution dan Retno Wiranti, *Kartel dan Problematikanya*, Majalah Kompetisi, Jakarta, 2008
- Happy Susanto, *Panduan Praktis Hak-Hak Konsumen Jika Dirugikan*, VISIMEDIA, Jkaarta, 2008
- Hermansyah, *Pokok-pokok Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta : 2008
- Lina Anatan dan Lena Ellitan, *Strategi Bersaing (Konsep, Riset dan Instrumen)*, Alfabetha, Bandung, 2009
- Mahfud MD, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, Jakarta, Gramedia, 1999
- Majlis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Panduan Pemasyarakatan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Sekretariat Jenderal MPR RI. 2010
- Munir Fuady, *Pengantar Hukum Bisnis (Menata Bisnis Modern Di Era Global)*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung:2005
- , *Hukum Anti Monopoli Menyongsong Era Persaingan Sehat*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung:2000
- , *Hukum Bisnis Dalam Teori dan Praktek (Buku ke satu)*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002
- Mustafa Kamal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha Teori dan Prakteknya di Indonesia*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010

Pirathama Raharja dan Mandala Manurung, *Teori Ekonomi Mikro Suatu Pengantar*, Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta, 1999

-----, *Pengantar Ilmu Ekonomi (Mikro Ekonomi dan Makro Ekonomi Edisi Ketiga)*, Lemabaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta, 2008

Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia*, PT.Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2004

Sadono Sukirno, *Mikro Ekonomi Teori Pengantar*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1994

Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia Dalam Teori dan Praktik Serta Penerapan Hukumnya*, Kencana Prenada Media Group, 2012, Jakarta

Shidarta, *Hukum Perlindungan Konsumen Indonesia*, PT Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta, 2006

Suyud Margono, *Hukum Anti Monopoli*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009

Teguh Sulistia, *Aspek Hukum Usaha Kecil Dalam Ekonomi Kerakyatan*, Andalas University Press, Padang, 2006

Yusuf Sofie, *Perlindungan Konsumen Dan Instrumen-Instrumen Hukum Lainnya*, PT Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2004

Perundang-Undangan

Undang-Undang Dasar 1945

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen

Putusan KPPU, Perkara Nomor 26/KPPU-L/2007

Putusan KPPU, Perkara Nomor 04/KPPU-I/2016

Putusan KPPU, Perkara Nomor 28/KPPU-L/2007

Putusan KPPU, Perkara Nomor 02/KPPU-I/2016

4 PENERAPAN PRINSIP SUBROGASI PADA ASURANSI KENDARAAN BERMOTOR

Selvi Harvia Santri

I. Pendahuluan

Perkembangan asuransi di Indonesia menunjukkan angka kemajuan yang cukup baik. Perusahaan asuransi menunjukkan geliat pertumbuhan di dalam usaha yang mereka jalankan, yang mana semakin hari semakin banyak nasabah yang menggunakan layanan asuransi di dalam kehidupan mereka. Kesadaran masyarakat akan pentingnya sebuah perlindungan atas berbagai macam risiko yang bisa terjadi dan menimpa diri mereka sewaktu-waktu adalah salah satu penyebab tingginya jumlah pengguna asuransi belakangan ini.

Risiko dapat terjadi karena faktor kegiatan manusia sendiri, dapat pula terjadi karena peristiwa alam, seperti banjir gempa bumi badai. Ada beberapa cara yang dapat dilakukan oleh manusia untuk mengatasi kemungkinan terjadi risiko yang merugikan, antara lain, menghindari risiko, mencegah terjadinya risiko, mengalihkan risiko tersebut kepada perusahaan asuransi¹. Mengalihkan risiko melalui asuransi dianggap sebagai cara yang paling baik dalam pengelolaan risiko².

Pengalihan risiko kepada perusahaan asuransi tidak terjadi begitu saja, tanpa adanya kewajiban apa - apa kepada pihak yang mengalihkan risiko. Hal tersebut harus diperjanjikan terlebih dahulu. Oleh karena itu diperlukan

¹M. Suparman sastrawidjaja, 2003, Aspek aspek Hukum Asuransi dan Surat Berharga, PT. Alumni, Bandung, hlm. 9.

²Editorial." *Menanti UU Asuransi yang Inspiratif*". Jurnal Hukum Bisnis. Volume 22 Tahun 2003

adanya sebuah perjanjian, dalam perjanjian tersebut diwajibkan pihak yang bersangkutan memenuhi kewajibannya masing - masing. Pihak yang tersangkut adalah pihak asuransi dan pihak penanggung.

Risiko yang timbul diakibatkan oleh suatu peristiwa secara kebetulan dan adanya unsur ketidaksengajaan, bisa saja terjadi tidak hanya ditimbulkan dari pihak tertanggung saja melainkan pula dapat timbul diakibatkan oleh pihak ketiga. Undang-undang No. 40 Tahun 2014 Pasal 1 menyebutkan bahwa dasar dari timbulnya penyelenggaraan asuransi terhadap pihak ketiga timbul dari suatu peristiwa yang tidak pasti (*evenement.*). Peristiwa tidak pasti tersebut haruslah memenuhi kriterianya yaitu peristiwa itu menimbulkan kerugian, kejadiannya tidak dapat diprediksi lebih dahulu, berasal dari faktor ekonomi, alam, manusia dan menimbulkan kerugian terhadap diri, kekayaan, dan tanggung jawab seseorang³.

Tertanggung yang mengasuransikan kendaraannya kepada asuransi apabila terjadi kerugian namun diakibatkan oleh pihak ketiga maka tertanggung akan mendapatkan ganti rugi dari asuransi dan asuransi menggunakan hak subrogasi yakni hak tertanggung yang beralih kepada asuransi untuk menuntut ganti kerugian terhadap pihak ketiga, adanya hak subrogasi untuk mencegah penggantian kerugian ganda yang akan diperoleh tertanggung. Selain itu tertanggung bisa juga langsung menuntut kerugian terhadap pihak ketiga dan namun tidak lagi menuntut klaim terhadap pihak asuransi. Tertanggung yang menuntut kepada kedua belah pihak yaitu kepada pihak ketiga yang bersalah dan kepada pihak asuransi atau memperoleh penggantian kerugian ganda termasuk perbuatan yang tidak dibenarkan karena hal tersebut dapat menjadi sebuah keuntungan terhadap pihak tertanggung dalam hal ini bertentangan dengan asas keseimbangan atau prinsip indemnity yang dipegang teguh dalam perjanjian asuransi.

Namun dalam praktek keseharian, tertanggung tetap saja meminta ganti kerugian dari pihak ketiga dan sekaligus menuntut klaim asuransi hal ini akan menjadi sarana keuntungan bagi tertanggung dan banyak juga perusahaan asuransi yang mengetahui hal ini dan tidak mempergunakan hak subrogasi, hal ini akan menjadi sarana keuntungan bagi tertanggung. Oleh karena itu, perlu diadakannya suatu penelitian tentang tertanggung yang mengajukan

³Abdulkadir Muhammad, 2006, *Hukum Asuransi Indonesia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung

gugatan terhadap pihak ketiga yang bersalah dan sekaligus menuntut klaim terhadap pihak asuransi.

II. Pembahasan

1. Pengertian Asuransi

Di Indonesia selain istilah asuransi digunakan juga istilah pertanggungan. Pemakaian kedua istilah itu tampaknya mengikuti istilah dalam bahasa Belanda yaitu *assurantie* yang berartiasuransi dan *verzekering* yang berarti pertanggungan, karena asuransi di Indonesia berasal dari negeri Belanda⁴. Pada perkembangan selanjutnya kata *insurance*, *asutrantie*, atau asuransi lebih tepat digunakan yang secara harfiahnya kata ini dalam bahasa Indonesia berarti Pertanggungan. Berdasarkan Pasal 246 KUHD yang berbunyi sebagai berikut :

“Asuransi pertanggungan adalah suatu perjanjian dengan mana seorang penanggung mengikatkan diri kepada seorang tertanggung dengan menerima suatu premi, untuk memberikan suatu penggantian kepadanya atau karena suatu kerugian, kerusakan atau kehilangan keuntungan yang diharapkan yang mungkin akan dideritanya karena suatu peristiwa yang tak tentu”

Apabila ditelaah secara redaksional, rumusan yang terdapat dalam Pasal 246 KUHD lebih mengutamakan kepada asuransi kerugian⁵. Disebut asuransi kerugian karena dalam batas pengertian kerugian, penanggung hanya membayar ganti kerugian kepada tertanggung sesuai dengan kerugian yang diderita oleh tertanggung⁶. Seharusnya definisi atau pengertian asuransi yang diberikan KUHD berlaku umum untuk semua golongan dan jenis asuransi. Hal itu mengingat sifat dan fungsi definisi itu sendiri. Demikian pula, rumusan tersebut terletak dalam Bab atau Title IX dari buku I KUHD tentang asuransi atau pertanggungan seumumnya (*van assurantie of verzekering in het algemene*). Definisi asuransi dalam UU No. 40 Tahun 2014 tentang Usaha Perasuransian :

⁴Radiks Purba, *Memahami Asuransi di Indonesia*. Cet 1, (Jakarta:PT.Pustaka Binaman Pressindo, 1992)

⁵Man Suparman Sastrawidjaja, *Op. Cit*, hal 14

⁶Radiks Purba, *Op.Cit*, hal 14

Asuransi atau pertanggungan adalah perjanjian antara dua pihak atau lebih, dengan mana pihak penanggung mengikatkan diri kepada tertanggung dengan menerima premi asuransi, untuk memberikan penggantian kepada tertanggung, karena kerugian, kerusakan, atau kehilangan keuntungan yang diharapkan atau tanggung jawab hukum kepada pihak ketiga yang mungkin akan diderita tertanggung, yang timbul dari suatu peristiwa yang tidak pasti, atau untuk memberikan suatu pembayaran yang didasarkan atas meninggal atau hidupnya seseorang yang dipertanggungan

Defenisi atau pengertian asuransi dalam Pasal 1 angka (1) UU No. 40 Tahun 2014 diatas lebih luas dari pada yang terdapat dalam Pasal 246 KUHD karena tidak hanya mencakup asuransi kerugian tetapi mencakup pula asuransi sejumlah uang atau asuransi jiwa atau tanggung jawab hukum kepada pihak ketiga. Defenisi asuransi tanggung jawab hukum adalah suatu pertanggungan dimana perusahaan asuransi berjanji atas nama tertanggung membayar sejumlah nilai dimana tertanggung secara hukum wajib membayar kerugian keuangan yang diderita oleh seseorang karena meninggal, sakit, luka-luka ataupun menderita sampingan serta kerugian atau kerusakan harta benda termasuk kerugian karena tidak dapat dipakai lagi akibat tindakan seseorang atau karena kecelakaan setiap waktu selama jangka waktu pertanggungan tertentu.⁷

2. Pengertian Risiko dan *Evenement*

a. Pengertian Risiko

Dalam kehidupan sehari-hari kita sering mendengar tentang risiko dan sebagai manusia kita akan selalu dihadapkan pada risiko. Pengertian risiko luas sekali, biasa diartikan sebagai ketidakpastian dari pada kerugian (uncertainty of loss) dan bencana /bahaya (perils) Dalam praktek asuransi, defenisi yang lebih banyak digunakan adalah Risk is uncertainty of Loss, risiko didefenisikan sebagai ketidakpastian timbulnya suatu kerugian. Menurut Prof. Subekti, kata risiko berarti kewajiban untuk memikul kerugian jikalau di luar kesalahan salah satu pihak yang menimpa benda

⁷Sonni Dwi Harsono, *Prinsip-prinsip Dasar dan Praktek Asuransi*, (Jakarta:Yayasan Pengembangan Ilmu Asuransi, 1994), hal 152

yang dimaksudkan dalam perjanjian⁸. Sedangkan dalam asuransi kriteria atau ciri-ciri risiko sebagai berikut :

- a. Bahaya yang mengancam benda atau objek asuransi;
- b. Berasal dari faktor ekonomi, alam, atau manusia;
- c. Diklarifikasi menjadi risiko pribadi, kekayaan, dan tanggung jawab;
- d. Hanya berpeluang menimbulkan kerugian.

b. Pengertian *Evenement*

Evenement dalam Asuransi adalah istilah yang diadopsi dari bahasa belanda *evenement* yang berarti peristiwa tidak pasti. Evenemen atau peristiwa tidak pasti adalah peristiwa terhadap mana asuransi diadakan tidak dipastikan terjadi dan tidak diharapkan terjadi. Adapun pengertian evenemen jika dirumuskan adalah⁹ :

Evenement menurut pengalaman manusia normal, tidak dapat dipastikan terjadi, atau walaupun sudah pasti terjadi, saat terjadinya tidak dapat ditentukan dan juga tidak dapat diharapkan akan terjadi, jika terjadi juga akan menyebabkan kerugian Dalam hukum asuransi evenemen yang menjadi beban penanggung merupakan peristiwa penyebab timbulnya kerugian atas obyekasuransi. selama belum terjadi penyebab timbulnya kerugian, selama itu pula bahaya yang mengancam obyek asuransi disebut risiko¹⁰. Apabila risiko itu sungguh - sungguh menjadi kenyataan, maka risiko berubah menjadi evenemen, yaitu peristiwa yang menimbulkan kerugian. Dalam hal ini risiko menjadi beban ancaman penanggung. Oleh karena itu dapat kita pahami ciri-ciri evenemen adalah sebagai berikut:

- a. Peristiwa yang terjadi itu menimbulkan kerugian
- b. Terjadinya itu tidak diketahui, tidak dapat diprediksi terlebih dahulu
- c. Berasal dari faktor ekonomi, alam dan manusia
- d. Kerugian terhadap diri, kekayaan dan tanggung jawab seseorang.

⁸P.N.H Simanjuntak, *Pokok-pokok Hukum Perdata Indonesia*. Cet.3, (Jakarta:Djambatan, 2007) hal 345

⁹Abdulkadir, 1999, *Hukum Asuransi Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Jakarta, hlm. 120

¹⁰Joko Waskito Dewantoro, *Klaim Asuransi Jiwa atas Evenemen yang sengaja dilakukan oleh tertanggung*, Sekripsi, ilmu Hukum Fakultas Hukum, Universitas Hasanuddin,

Kerugian Dalam Asuransi Evenemen erat sekali persoalannya dengan ganti kerugian. Akan tetapi tidak setiap kerugian (loss) akibat evenemen harus mendapat ganti kerugian. Antara evenemen yang terjadi dan kerugian yang timbul ada hubungan kausal. Evenemen adalah sebab dan kerugian adalah akibat. Jika sudah dipastikan evenemen yang terjadi itu dijamin oleh polis dan karenanya menimbulkan kerugian, penanggung terikat untuk membayar ganti kerugian.

3. Pengaturan Asuransi

Pengaturan asuransi dapat ditemui dalam kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata) dan Kitab Undang-undang Hukum Dagang (KUHD) untuk lebih rincinya pengaturan tentang asuransi terdapat dalam :

1) KUHPerdata

KUHPerdata dalam buku III Bab XV tentang persetujuan untung-untungan (konsonvereenkomst) Pasal 1774 yang berbunyi :

Suatu perjanjian untung-untungan adalah suatu perbuatan yang hasilnya mengenai untung ruginya, baik bagi semua pihak maupun bagi sementara pihak, bergantung pada suatu kejadian yang belum tentu demikian adalah persetujuan pertanggungan bunga cegak hidup, perjudian dan pertarungan¹¹

2) KUHD

Kitab Undang-undang Hukum Dagang mengandung dua bagian pengaturan tentang asuransi, yaitu pengaturan yang bersifat umum terdapat dalam buku I Bab IX dan pengaturan yang bersifat khusus terdapat pada buku I Bab X Buku II Bab IX dan Bab X

Adapun perincian dari Bab-bab itu adalah :

- a. Buku I Bab IX : Tentang Asuransi pada umumnya (Pasal 246-286 KUHD)
- b. Buku I Bab X : Meliputi Pasal 287-308 KUHD yang mengatur pertanggungan
- c. terhadap bahaya kebakaran, terhadap bahaya yang mengancam

¹¹Djoko Prakoso dan I ketut Murtika, 2004, *Hukum Asuransi Indonesia*, PT. Rineka Cipta, Bandung.

- d. hasil pertanian dan tentang pertanggungan jiwa.
 - e. Buku II Bab IX: Mengatur pertanggungan terhadap bahaya laut dan perbudakan
 - f. Buku II Bab X: Mengatur tentang pertanggungan terhadap bahaya dalam pengangkutan didarat, disungai dan perairan darat.
- 3). Pengaturan di luar KUHPerdara dan KUHD

Jenis-jenis pertanggungan khusus yang diatur diluar KUHPerdara dan KUHD diatur secara tersendiri, seperti dalam Undang-undang, Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden atau dalam bentuk Peraturan Perundang-undang lainnya.

III. Prinsip-prinsip Asuransi

Suatu perjanjian asuransi harus dibuat berdasarkan pada prinsip-prinsip atau asas-asas Asuransi agar pada akhirnya mencakup segala kepentingan yang hendak dilindungi. Dalam setiap perjanjian asuransi, ada beberapa prinsip asuransi yang berlaku yaitu :

1) Prinsip kepentingan yang dapat diasuransikan (*principle of Insurable Interest*)

Insurable Interest memberikan kepada seseorang hak untuk mengasuransikan karena adanya hubungan keuangan yang diakui oleh hukum antara orang tersebut dengan objek pertanggungan atau objek yang diasuransikan. *Defenisi Insurable Interest* : “*The legal right to insure out of a financial relationship recognized at law, between the insured and the subject matter of insurance*” artinya bahwa hak seseorang untuk mengasuransikan timbul karena adanya hubungan keuangan yang diakui oleh hukum antara orang tersebut dengan objek pertanggungan¹².

Selanjutnya dalam KUHD terdapat ketentuan yang mengatur tentang menyatakan kepentingan yang dapat diasuransikan adalah : “Bila seseorang yang mempertanggungkan untuk dirinya sendiri, atau seseorang yang atas bebannya dipertanggungkan oleh pihak ketiga, pada waktu yang

¹²DJ. Ransom, *Legal Aspect of Insurance*, Cet 3 (Kuala Lumpur. *The Malaysia Insurance Institute*, 1996) hal 7/2

dipertanggungkan tidak mempunyai kepentingan dalam benda yang dipertanggungkan itu, maka penanggung tidak wajib mengganti kerugian¹³

Dengan demikian, maka pihak yang diasuransikan (tertanggung) harus dapat membuktikan bahwa ia mempunyai kepentingan yang dapat diasuransikan karena kalau tidak mempunyai kepentingan atas objek yang diasuransikan, tidak akan ada ganti rugi. Tertanggung harus mempunyai hubungan keuangan manakala terjadi suatu peristiwa atau kejadian atas objek yang diasuransikan menimbulkan kerugian keuangan/financial, namun manakala tidak terdapat kerugian keuangan/financial bagi tertanggung berarti tidak ada kepentingan tertanggung atas objek yang diasuransikan.

Dari definisi tersebut diatas mengenai kepentingan yang dapat diasuransikan dapat kita simpulkan 4 (empat) hal yang esensial dari prinsip tersebut sebagai berikut:

1. Harus ada benda, hak, kepentingan, jiwa dan tanggung jawab yang dapat diasuransikan.
2. Benda, hak, kepentingan, jiwa dan tanggung jawab tersebut itu harus merupakan objek yang diasuransikan/dipertanggungkan.
3. Tertanggung harus mempunyai hubungan keuangan dengan objek yang diasuransikan/dipertanggungkan.
4. Hubungan antara tertanggung dengan objek yang diasuransikan/dipertanggungkan harus diakui/sah menurut hukum¹⁴

Adanya prinsip *Insurable Interest* adalah dimaksudkan untuk mencegah agar asuransi tidak menjadikan moral hazard tinggi dan mencegah perjudian¹⁵. Hal itu disebabkan, apabila tidak terdapat ketentuan demikian, seseorang yang tidak mempunyai kepentingan terhadap suatu objek asuransi, akan dapat menutup asuransi atas objek tersebut. Akibatnya, tanpa menderita kerugian orang tersebut akan mendapat ganti kerugian apabila terjadi peristiwa yang menimpa objek dimaksud, atau dengan kata lain dasar

¹³KUHD. *Op. Cit.* Pasal 250

¹⁴Soejoedi. *Diktat Hukum dan Dasar-dasar Asuransi*, (Jakarta: Lembaga Pendidikan Asuransi Indonesia) hal 33

¹⁵Insurance Law (new.ed.2004) Hal 6/10 : *why does the law require insurable interest, to reduce moral hazard and to discourage wagering*

pemikiran diperlukan prinsip *Insurable Interest* adalah untuk menghindarkan lembaga asuransi dijadikan alat sebagai permainan perjudian¹⁶.

Insurable interest atau kepentingan yang dapat diasuransikan dapat bersumber pada :

1. Kepentingan sebagai pemilik
2. Kepentingan sebagai wakil pemilik, penyewa, kreditor
3. Kepentingan timbul karena suatu persetujuan/kontrak.
4. Kepentingan yang timbul karena tanggung jawab hukum¹⁷

Walaupun seseorang memiliki uang atau mampu membayar sejumlah premi asuransi, namun apabila yang bersangkutan tidak mempunyai kepentingan atas objek yang diasuransikan maka apabila terjadi kerugian akibat peristiwa yang dijamin dalam polis asuransi dia tidak berhak menerima ganti rugi.

2) Prinsip itikad yang terbaik dan jujur (*principle of utmost good faith*)

Prinsip itikad terbaik dan jujur, para pihak baik tertanggung maupun penanggung harus memberitahukan semua hal dan keterangan yang sebenarnya, sejujur-jujurnya dan selengkap-lengkapnyanya mengenai seluruh informasi pada saat negosiasi pembuatan perjanjian asuransi. Kewajiban tertanggung tersebut harus dilakukan sejak awal mengajukan permohonan penutupan maupun selama masa pertanggungan. Apabila pihak tertanggung baik sengaja maupun tidak sengaja menyembunyikan keterangan-keterangan yang relevan dengan objek yang diasuransikan maka pihak penanggung dapat menyembunyikan hak untuk menghentikan perjanjian asuransi.

Itikad yang terbaik dan jujur tersebut juga harus ada dipihak penanggung (*reciprocal duty*), yaitu ketika asuransi ditutup, maka penanggung harus memberitahukan dan menjelaskan luas jaminan dan hak-hak pihak tertanggung karena yang mengetahui luas jaminan dan hak-hak tertanggung adalah penanggung. Defenisi itikad yang terbaik dan jujur (*utmost good faith*) yang terdapat dalam Pasal 251 KUHD adalah sebagai berikut :

¹⁶Man Suparman Sastrawijidajaja. *Aspek aspek Hukum Asuransi dan Surat Berharga*, hal 69

¹⁷Sonni Dwi Harsono, *Prinsip-prinsip Dan Praktek Asuransi*, (Jakarta:Yayasan Pengembangan Ilmu Asuransi, 1994)

Setiap keterangan yang keliru atau tidak benar, ataupun setiap tidak memberitahukan hal-hal yang diketahui oleh sitertanggung, betapapun itikad baik padanya, yang demikian sifatnya, sehingga seandainya sipenanggung telah mengetahui keadaan yang sebenarnya, perjanjian itu tidak akan ditutup dengan syarat-syarat yang sama, mengakibatkan batalnya pertanggungan.

Berdasarkan ketentuan Pasal 251 KUHD tersebut diatas, penanggung dapat membatalkan polis sekalipun premi telah dibayar bahkan sekalipun objek yang diasuransikan telah menderita kerugian, jika pihak penanggung mengetahui kemudian bahwa data dan keterangan yang diberitahukan oleh pihak tertanggung berbeda dari data dan keadaan yang sebenarnya dari objek yang diasuransikan itu¹⁸ Dalam perjanjian asuransi unsur saling percaya antara penanggung dan tertanggung itu sangat penting. Penanggung percaya bahwa tertanggung akan memberikan segala keterangan dengan benar. Dilain pihak tertanggung juga percaya bahwa kalau terjadi peristiwa, penanggung akan membayar ganti rugi. Saling percaya ini dasarnya adalah itikad baik. Prinsip itikad baik harus dilaksanakan dalam setiap perjanjian.¹⁹

Dalam hukum perjanjian asuransi ada beberapa pasal yang dapat disimpulkan mengandung unsur prinsip itikad baik selain Pasal 251 yaitu Pasal 252 KUHD, Pasal 276 KUHD, Pasal 277 KUHD. Dalam asuransi tanggung jawab hukum kendaraan bermotor, prinsip kepentingan yang dapat diasuransikan (*insurable interest*) itikad yang terbaik dan jujur (*Utmost Good Faith*) sangat penting karena pihak penanggung tidak mengetahui secara rinci jenis atau tipe kendaraan, nomor polisi yang dimiliki oleh tertanggung, walaupun penanggung dapat melakukan pengecekan langsung maka penanggung akan mempercayai data dan keterangan yang diberikan oleh tertanggung.

3) Prinsip Ganti Kerugian (*Principle of Indemnity*)

Fungsi asuransi adalah mengalihkan atau membagi risiko yang kemungkinan diderita atau dihadapi oleh tertanggung karena terjadi suatu peristiwa yang tidak pasti. Oleh karena itu, besarnya ganti kerugian yang

¹⁸Radik Purba, *Mengenal Asuransi Angkutan Darat dan Udara*, Jakarta:Penerbit Djambatan, 1997) hal 8-9.

¹⁹KUHP Perdata.Op.Cit Pasal 1338 dan KUHD Pasal 251.

diterima oleh tertanggung harus seimbang dengan kerugian yang dideritanya, hal ini yang merupakan inti dari prinsip ganti kerugian (*Indemnity*)²⁰

Dari definisi Pasal 246 KUHD, perjanjian asuransi (kerugian) merupakan suatu perjanjian ganti rugi atau perjanjian indemnitas. Asuransi dalam hal ini adalah asuransi kerugian yang hanya mengganti kerugian yang benar-benar diderita oleh tertanggung, prinsip ganti kerugian (*indemnity*) adalah suatu mekanisme tentang pembayaran ganti rugi dengan uang, dimana dalam pengertiannya tercakup beberapa hal :

1. Penggantian keuangan
2. Menempatkan posisi keuangan tertanggung sama seperti posisi keuangannya sesaat sebelum terjadinya kerugian.

Prinsip ini dimaksudkan agar asuransi tidak disalahgunakan untuk mencari keuntungan, dan penggantian yang diberikan oleh penanggung harus seimbang dengan kerugian yang diderita oleh tertanggung. Untuk dapat mengadakan keseimbangan antara kerugian yang diderita oleh penanggung maka harus diketahui berapa nilai atau harga dari objek yang diasuransikan. Pasal 252 KUHD yang menyatakan bahwa :

Kecuali yang disebutkan dalam ketentuan-ketentuan undang-undang, maka tak bolehlah diadakan suatu pertanggungan kedua, untuk jangka waktu yang sudah dipertanggungkan untuk harganya penuh dan demikian itu atas ancaman batalnya pertanggungan kedua tersebut.

Dari ketentuan diatas bahwa asuransi batal apabila diadakan asuransi kedua atas suatu pertanggungan yang telah diasuransikan dengan nilai penuh pada saat perjanjian asuransi yang kedua diadakan. Dalam Pasal 252 KUHD menyebutkan pengecualian menurut undang-undang untuk diadakan asuransi berganda. Dengan demikian Pasal 252 KUHD bertujuan untuk mencegah adanya penggantian kerugian yang melebihi dari kerugian yang diderita dan mengharuskan adanya keseimbangan antara pengganti kerugian dengan nilai benda yang diasuransikan. Sehubungan dengan hal tersebut, prinsip ganti kerugian atau *indemnitas* hanya berlaku bagi asuransi yang kepentingannya dapat dinilai dengan uang, yaitu asuransi kerugian (*schade verzekering*). Sedangkan kepentingan didalam asuransi jumlah (*sommen verzekering*) tidak dapat dinilai dengan uang (ideal belang), sehingga

²⁰Sastrawidjaja, *Aspek-aspek Hukum Asuransi dan Surat Berharga*, Op.Cit, hal 70.

perjanjian asuransi diadakan tidak dengan tujuan mengganti suatu kerugian yang diderita oleh tertanggung. Dengan perkataan lain. Prinsip ganti kerugian (*indemnity*) tidak berlaku untuk asuransi jumlah²¹

4) Prinsip Subrogasi (*Principle of Subrogation*)

Pasal 1365 KUHPerdata menyatakan sebagai berikut : “Tiap-tiap perbuatan melanggar hukum, yang mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut”. Didalam pelaksanaan perjanjian asuransi, kemungkinan peristiwa kerugian terjadi dapat disebabkan oleh pihak ketiga. Secara harfiah berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdata tersebut diatas, maka apabila tertanggung yang telah mendapat ganti kerugian dari penanggung, juga diperkenankan menuntut ganti kerugian kepada pihak yang menimbulkan kerugian tersebut, berarti tertanggung dapat menerima ganti kerugian yang melebihi kerugian yang dideritanya.

Namun persoalannya menjadi lain dalam perjanjian asuransi karena harus diingat bahwa perjanjian asuransi bukan seperti perjanjian biasa atau umum, dan untuk menghindarkan hal tersebut dalam perjanjian asuransi berlaku prinsip subrogasi dimana prinsip ini merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari prinsip ganti kerugian (*indemnity*) yang pada intinya adalah bahwa tertanggung tidak dapat memperoleh ganti kerugian melebihi kerugian yang dideritanya. Pasal 284 KUHD mengatur mengenai subrogasi sebagai berikut :

Seorang penanggung yang telah membayar kerugian sesuatu barang yang diasuransikan, menggantikan tertanggung dalam segala hak yang diperolehnya terhadap orang-orang ketiga berhubungan dengan penerbitan kerugian tersebut , dan tertanggung itu adalah bertanggung jawab untuk setiap perbuatan yang dapat memberikan hak penanggung terhadap orang-orang ketiga.”

Dari pasal tersebut, dapat diketahui bahwa subrogasi adalah penggantian kedudukan tertanggung oleh penanggung yang telah membayar ganti kerugian, dalam melaksanakan hak-hak tertanggung kepada pihak ketiga yang menyebabkan terjadinya kerugian. Disisi lain, dengan adanya prinsip subrogasi, maka pihak ketiga yang menimbulkan kerugian tidak akan bebas dari tanggung jawabnya, sebab karna dituntut oleh penanggung. Seperti

²¹Sastrawidjaja, *Aspek-aspek Hukum Asuransi dan Surat Berharga*. Op. cit, hal 71.

halnya dalam prinsip ganti kerugian, prinsip subrogasi ini hanya berlaku dalam asuransi kerugian (*scheverzekering*) dan tidak berlaku dalam asuransi jumlah (*sommenverzekering*)

5) Prinsip Kontribusi (*Principle of Contribution*)

Prinsip ini sebenarnya mendukung prinsip subrogasi, prinsip kontribusi ini timbul apabila atas suatu objek diasuransikan lebih pada dari suatu perusahaan asuransi, maka apabila terjadi kerugian yang dijamin dan salah satu perusahaan asuransi telah membayar penuh kerugian tersebut maka hak menuntut ganti rugi pada perusahaan lain beralih kepada perusahaan asuransi yang telah membayar penuh penggantian kerugian tersebut. Prinsip kontribusi ini juga hanya berlaku dalam asuransi kerugian (*scadeverzekering*) dan tidak berlaku dalam asuransi jumlah (*sommenverzekering*)²² Prinsip kontribusi ini berlaku atau timbul apabila dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

1. Ada 2 (dua) atau lebih polis *indemnity*
2. Polis-polis tersebut menjamin perihal yang sama.
3. Polis-polis tersebut menutup kepentingan (*interest*) yang sama.
4. Polis-polis tersebut menutup objek yang sama
5. Polis-polis tersebut berlaku sah pada waktu yang sama, yakni pada saat kerugian terjadi.²³

Prinsip ini berlaku untuk mencegah tertanggung mengambil keuntungan dari asuransi atau dengan kata lain agar tertanggung tidak menerima ganti kerugian lebih dari kerugian yang diderita.

6) Prinsip Sebab Akibat (*Principle of Proxima Cause*)

Asuransi memberikan jaminan terhadap kerugian yang disebabkan oleh risiko-risiko tertentu yang dipertanggungkan atau dengan kata lain dengan adanya perjanjian asuransi menimbulkan kewajiban kepada penanggung untuk memberikan ganti kerugian apabila tertanggung mengalami kerugian. Namun demikian dalam kenyataan sering kita temui kesulitan dalam menentukan sebab-sebab yang menimbulkan kerugian tersebut, karena

²²Harsono, *Op.Cit*, hal 61

²³*Ibid*, hal 12/13

sering kita jumpai penyebab kerugiannya lebih dari satu, yang mungkin merupakan sederetan peristiwa yang terjadi bersamaan.

Prinsip ini berkaitan dengan hubungan sebab akibat, untuk menentukan penyebab apa yang menimbulkan kerugian tersebut dan apakah penyebab itu dijamin oleh polis asuransi. Maksud dari adanya prinsip sebab akibat dalam perjanjian asuransi adalah bahwa penanggung akan bertanggungjawab terhadap kerugian yang diderita oleh tertanggung apabila kerugian tersebut memang menjadi tanggung jawab penanggung. Apabila tidak, maka penanggung dapat dibebaskan dari kewajibannya membayar ganti kerugian yang sebenarnya bukan menjadi tanggung jawab penanggung. Dengan demikian berdasarkan sebab itulah timbul kerugian yang menjadi tanggungan penanggung, akan tetapi tidak semua sebab menjadi tanggungan penanggung. Meskipun polis dengan klausul All Risk yaitu polis menanggung semua risiko, bukan berarti semua risiko dijamin karena tetap selalu ada pengecualian.

IV. Syarat Syah Asuransi

Suatu perjanjian pertanggungan haruslah memenuhi semua syarat-syarat yang disebut dalam suatu perjanjian agar menjadi sah. Pasal 1320 KUHPerdata, juga berlaku terhadap perjanjian asuransi. Ada empat syarat untuk sahnya perjanjian menurut Pasal 1320 KUHPerdata :

1) Sepakat mereka yang mengikatkan diri

Kesepakatan merupakan persetujuan kedua belah pihak harus diberikan secara bebas, maksudnya bahwa kesepakatan itu timbul dari kemauan kedua belah pihak secara sukarela tanpa ada paksaan (*dwang*) dan kekeliruan (*dwaling*) serta adanya unsur penipuan (*bedron*)

2) Kecakapan para pihak untuk mengikatkan diri

Maksudnya penanggung dan tertanggung yang mengadakan perjanjian asuransi, haruslah wenang atau cakap melakukan perbuatan hukum artinya penanggung dan tertanggung yang mengadakan perjanjian tersebut telah dewasa, tidak dibawah pengampunan (*curatele*), tidak dalam keadaan sakit ingatan, tidak dalam keadaan pailit. Sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1329 dan Pasal 1330 KUHPerdata.

3) Adanya benda pertanggungan (hal tertentu)

Dalam perjanjian asuransi harus ada benda pertanggungan yang merupakan objek dari perjanjian asuransi. Pihak tertanggung yang mempertanggungkan benda itu haruslah betul-betul memiliki atau mempunyai kepentingan atas benda yang dipertanggungkan itu, harus dapat membuktikan itu, jika tidak dapat membuktikan, maka ia dianggap tidak mempunyai kepentingan terhadap benda pertanggungan tersebut dan mengakibatkan pertanggungan menjadi batal.

4) Sesuatu sebab yang halal

Sebab yang halal adalah isi perjanjian asuransi tidak dilarang oleh Undang-undang, tidak bertentangan dengan norma kesusilaan yang berlaku.

5) Pembayaran premi

Asuransi merupakan suatu perjanjian timbal balik, maka penanggung dan tertanggung harus berprestasi, penanggung menerima peralihan risiko atas benda objek pertanggungan sedangkan tertanggung harus membayar sejumlah premi sebagai imbalan. jika premi dibayar oleh tertanggung maka risiko beralih kepada penanggung dan jika premi tidak dibayar maka risiko tidak beralih.

6) Kewajiban pemberitahuan

Yang dimaksud dengan pemberitahuan dari tertanggung adalah²⁴:

“setiap keterangan yang keliru atau ketidakbenaran ataupun setiap tidak diberitahukan hal-hal yang diketahui oleh tertanggung, betapapun tekad baik ada padanya yang demikian sifatnya, sehingga seandainya sipenanggung telah mengetahui yang sebenarnya perjanjian tidak akan ditutup atau tidak ditutup dengan syarat-syarat yang sama, mengakibatkan batalnya pertanggungan.

Setelah syarat sah dari perjanjian asuransi tersebut terpenuhi maka sipenanggung atau pihak perusahaan asuransi akan menganalisa data dan kemudian menerbitkan polis

²⁴Emmy Pangaribuan Simajuntak, *Hukum pertanggungan*, seksi hukum dagang FH-UGM, 1980 Yogyakarta, hal 8

V. Tujuan Asuransi

1) Peralihan risiko

Tujuan pertama dari perjanjian asuransi mengalihkan risiko yang ditimbulkan oleh peristiwa-peristiwa yang tidak diharapkan terjadinya kepada orang lain yang mengambil risiko untuk mengganti kerugian. Dengan kata lain mengambil risiko dari tertanggung kepada penanggung dengan imbalan bahwa penanggung menerima sejumlah uang sebagai premi dari tertanggung hal ini berarti apabila dalam jangka waktu diadakan pertanggungan, betul-betul terjadi peristiwa yang mengancam dan menimbulkan kerugian, maka penanggung akan mengganti kerugian atau member sejumlah uang kepada tertanggung sesuai dengan isi pertanggungan. Dengan pertanggungan ini tertanggung sebagai pihak yang berkepentingan akan merasa aman.

2) Ganti kerugian

Bahaya yang mengancam dalam prakteknya dapat sungguh terjadi, maka kesempatan bagi penanggung mengumpulkan uang premi yang dibayarkan oleh tertanggung yang mengikatkan diri kepadanya. Apabila suatu ketika sungguh sungguh terjadi peristiwa yang menimbulkan kerugian, maka kepada tertanggung yang bersangkutan akan diberikan ganti rugi yang jumlahnya lebih besar dari premi yang telah diterimanya dari tertanggung yang bersangkutan.

3) Motif ekonomi Sebagai perjanjian khusus pertanggungan berdasarkan motif ekonomi. Artinya tertanggung menyadari betul bahwa adanya ancaman bahaya terhadap harta benda milik dan jiwa raganya. Apabila bahaya itu menimpa harta benda atau jiwanya maka ia akan menderita kerugian, secara ekonomis menderita kerugian materil dan menderita kerugian jiwa akan mempengaruhi jalan hidupnya, orang lain atau ahli warisnya

VI. Manfaat Asuransi

Asuransi selaku lembaga keuangan bukan bank mempunyai peranan yang cukup besar bagi masyarakat maupun bagi pembangunan. Adapun manfaat asuransi antara lain sebagai berikut²⁵ :

- 1) Asuransi dapat memberikan rasa terjamin atau rasa aman dalam menjalankan usaha. Hal ini karena seorang akan lepas dari kekhawatiran akan tertimpa kerugian akibat suatu peristiwa yang tidak diharapkan, sebab walaupun tertimpa kerugian akan mendapatkan ganti rugi dari perusahaan asuransi.
- 2) Asuransi dapat menaikkan efesiensi dari kegiatan perusahaan, sebab dengan peralihan risiko yang lebih besar kepada perusahaan asuransi, perusahaan itu akan mencurahkan perhatian dan pikirannya pada peningkatan usahanya.
- 3) Asuransi cendrung kearah perkiraan dan penilaian biaya yang layak. Dengan adanya perkiraan akan suatu risiko yang jumlahnya dapat dikira-kira sebelumnya, maka suatu perusahaan akan memperhitungkan adanya ganti rugi dari asuransi didalam ia menilai biaya yang harus dikeluarkan oleh perusahaan.
- 4) Asuransi merupakan dasar pertimbangan dari pemberian suatu kredit, apabila seseorang menjamin kredit bank, maka bank biasanya meminta kepada debitur untuk menutup asuransi benda jaminan.
- 5) Asuransi dapat mengurangi timbulnya kerugian. Dengan ditutupnya perjanjian asuransi, maka risiko yang mungkin dialami seseorang dapat ditutup oleh perusahaan asuransi.
- 6) Asuransi merupakan alat untuk membentuk modal pendapatan atau untuk harapan masa depan. Dalam hal ini fungsi menabung dari asuransi terutama dalam asuransi jiwa.
- 7) Asuransi merupakan alat pembangun. Dalam hal ini premi yang terkumpul oleh perusahaan asuransi dapat dipakai sebagai dana investasi dalam pembangunan, bantuan kredit jangka pendek, menengah maupun panjang, bagi usaha-usaha pembangunan

25 Man Suparman Sastrawidjaja dan Endang, *Hukum Asuransi Perlindungan Tentang Asuransi Deposito Usaha Perasuransian*, cet 1 (Bandung : Alumni, 1993) hal. 70

- 8) Asuransi memberikan kesempatan dan lapangan pekerjaan bagi masyarakat banyak.

VII. Pengaturan Tanggung Jawab Hukum Pihak Ketiga

Terminologi Perbuatan Melawan Hukum merupakan terjemahan dari kata *onrechmatigedaad*, yang diatur dalam KUHPerdara Buku III tentang perikatan, Pasal 1365 sampai dengan Pasal 1380, beberapa sarjana ada yang menggunakan istilah "melanggar" dan ada yang mempergunakan istilah "melawan" Wirjono Projodikoro dan Subekti adalah ahli hukum yang menggunakan istilah "Perbuatan melanggar hukum". Terminologi Perbuatan melawan hukum juga digunakan oleh Mariam Badruzaman dimana perbuatan melawan hukum ini mencakup substansi yang lebih luas yaitu baik perbuatan yang didasarkan pada kesengajaan maupun kelalaian²⁶ sesuai dengan Pasal 1365 KUHPerdara dikatakan bahwa setiap perbuatan yang melawan hukum yang membawa kerugian kepada seorang lain mewajibkan orang karena salahnya menerbitkan kerugian ini mengganti kerugian tersebut.

Istilah Perbuatan melawan hukum dalam bahasa Inggris disebut dengan "*Tort*"²⁷. Kata *Tort* sendiri sebenarnya hanya berarti "salah (*wrong*)". Akan tetapi khususnya dalam bidang hukum, kata *tort* itu berkembang sedemikian rupa sehingga berarti kesalahan perdata dimana seseorang melakukan suatu perbuatan tertentu yang mengakibatkan kerugian pada orang lain dengan melanggar hak dan kewajiban yang telah ditentukan oleh hukum yang akan timbul dari *kontrak* atau *trust*, yang dapat dimintakan ganti rugi kerugian yang diakibatkan olehnya. Menurut Rosa Agustina²⁸ dalam mengajukan gugatan berdasarkan *tort* harus ada perbuatan aktif dan pasif yang mengakibatkan kerugian terhadap kepentingan orang lain yang dilindungi oleh hukum. Kerugian tersebut disebabkan oleh kesalahan yang harus dipertanggungjawabkan secara hukum.

²⁶Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, (Jakarta: Universitas Indonesia Fakultas Hukum Pasca sarjana, 2004), hal 6

²⁷Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum Pendekatan Kontemporer*, (Bandung: PT.CitraAditya Bakti, 2002), hal 2

²⁸Rosa Agustina, *Loc.cit.* hal 9

Aspek kerugian dari suatu perbuatan melawan hukum juga mempunyai dasar-dasar teoritis sendiri. Dasar-dasar teori ini dapat dilihat dari berbagai macam pemikiran²⁹. *Teori Corective Justice* mengajarkan bahwa setiap orang harus dilindungi hak-haknya dan dipulihkan keadaanya agar ada keseimbangan antara keadilan dan kepastian hukum, yang merupakan tujuan hukum.

Dengan alasan moralitas, orang melakukan kesalahan harus dipaksa melalui hukum, untuk memulihkan keadaan sikorban³⁰. *Teori Schutznorm* atau disebut juga dengan ajaran "*relativitas*" ini berasal dari hukum Jerman, yang dibawa kenegeri Belanda oleh Geleijn Vitinga. Kata "*schutz*" secara harfiah berarti "perlindungan". *Teori Schutznorm* ini mengajarkan bahwa seseorang dapat dimintakan tanggung jawabnya karena telah melakukan perbuatan melawan hukum sesuai pasal 1365 KUHPerdata, maka tidak cukup hanya menunjukkan adanya hubungan klausula antara perbuatan bahwa norma atau peraturan yang dilanggar tersebut dibuat memang untuk melindungi (*schutz*) terhadap kepentingan korban yang dilanggar³¹.

Teori ini menimbulkan pro dan kontra, namun demikian, penerapan teori *schutznorm* ini sebenarnya dalam kasus-kasus tertentu sangat bermanfaat karena alasan-alasan sebagai berikut :

- a) Agar tanggung gugat berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdata tidak diperluas secara tidak wajar.
- b) Untuk menghindari pemberian ganti rugi terhadap kasus dimana hubungan antara perbuatan dengan ganti rugi hanya bersifat normatif dan kebetulan saja.
- c) Untuk memperkuat berlakunya unsur "dapat dibayangkan" (*forseeability*) terhadap hubungan sebab akibat yang bersifat kira-kira (*proxima causation*)³².

Teori *aanprekelijkheid* atau disebut teori "Tanggung-gugat" adalah teori untuk menentukan siapa yang harus menerima gugatan (siapa yang harus digugat) karena adanya suatu perbuatan melawan hukum. Pada umumnya, tetapi tidak selamanya, yang harus digugat adalah pihak pelaku perbuatan melawan hukum itu sendiri, tetapi bisa terjadi atas perbuatan yang dilakukan

²⁹*Ibid*, hal 18

³⁰*Ibid*, hal 18

³¹Munir Fuadi, *Op.cit.* hal 14

³²Munir Fuadi, *Ibid*, hal 15

oleh orang lain, dikenal dengan teori tanggungjawab pengganti (*vicarious liability*). Teori tanggung gugat ini atas perbuatan yang dilakukan oleh orang lain ini, dapat dibagi menjadi 3 kategori sebagai berikut :

1. Teori tanggung jawab atasan;
2. Teori tanggung jawab pengganti yang bukan atasan atas orang-orang dalam tanggungangannya;
3. Teori tanggung jawab pengganti dari barang-barang yang berada dibawah tanggungannya³³

KUHPerdata mengatur beberapa pihak yang harus menerima tanggung gugat dari perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pihak lain dalam Pasal 1367, 1368, 1369 KUHPerdata. *Teori Res Ipsa Loquitur* merupakan suatu doktrin dalam bidang pembuktian perdata yang menentukan bahwa korban dari suatu perbuatan melawan hukum dalam bentuk kelalaian dalam kasus-kasus tertentu tidak perlu membuktikan adanya unsur kelalaian dari pihak ketiga, tetapi cukup dengan pelaku kemungkinan besar melakukan perbuatan melawan hukum tersebut, bahkan tanpa perlu memberitahukan bagaimana pihak pelakunya berbuat sehingga menimbulkan perbuatan tersebut³⁴

Dengan demikian *doktrin res ipsa loquitur* sebenarnya merupakan semacam bukti sirkumstansial, yakni suatu bukti tentang suatu fakta atau sejumlah fakta dari fakta-fakta mana suatu kesimpulan yang masuk akal dapat ditarik, misalnya dari letak tabrakan dapat ditarik kesimpulan bahwa mobil berlari sangat kencang. Akan tetapi, ilmu hukum memberikan beberapa persyaratan agar dapat diterapkan doktrin *res ipsa loquitur*, sehingga kesimpulan dapat ditarik dari suatu fakta yang sebenarnya merupakan presumsi bersalah terhadap pihak pelakunya, sebagai berikut :

- a) Harus ditunjukkan bahwa kejadian tersebut biasanya tidak terjadi tanpa adanya kelalaian dari pihak pelakunya.
- b) Harus ditunjukkan pula bahwa kerugian tidak ikut disebabkan oleh tindakan korban atau pihak ketiga.
- c) Dalam kasus-kasus tertentu, pada saat kejadian, instrument yang menyebabkan kerugian dalam control yang eksklusif dari pihak yang dituduh pelakunya.

³³*Ibid*, hal 17

³⁴*Ibid*, hal 100

- d) Penyebab kelalaian tersebut haruslah dalam lingkup kewajiban yang ada oleh pelaku kepada korban.
- e) Bukan kesalahan dari korban (tidak ada kelalaian kontributif)³⁵

Dari kesemua teori diatas teori *res ispa loquitur* adalah teori yang paling membantu dalam hal sikorban yang mengalami perbuatan melawan hukum karna korban tidak perlu untuk melakukan pembuktian adanya unsur kesalahan dari pihak ketiga sendiri cukup dengan fakta-fakta yang masuk akal seperti letak lokasi kejadian, kronologis kejadian, karna pembuktian tidaklah hal gampang dilakukan seperti mendatangkan saksi-saksi atau alat-alat lain untuk membuktikan adanya perbuatan melawan hukum.

Pengaturan lebih lanjut tentang dasar timbulnya Tanggung Jawab Hukum Pihak Ketiga yaitu adanya perbuatan melawan hukum diatur dalam ketentuan sebagai berikut :

Pasal 1366 KUHPerdata :

“setiap orang bertanggung jawab tidak saja untuk kerugian yang disebabkan perbuatannya tetapi juga kerugian yang disebabkan kelalaian atau kurang hati-hatinya”

Pasal 1367 KUHPerdata:

“Seorang tidak saja bertanggung jawab untuk kerugian yang disebabkan perbuatannya sendiri tetapi juga kerugian yang disebabkan perbuatan orang-orang yang menjadi tanggungannya atau disebabkan oleh barang-barang yang berada dibawah pengawasan.

Orang tua dan wali bertanggung jawab tentang kerugian, yang disebabkan oleh anak-anak belum dewasa, yang tinggal pada mereka dan terhadap siapa mereka melakukan kekuasaan orang tua atau wali.

Majikan-majikan dan mereka yang mengangkat orang-orang lain untuk mewakili urusan-urusan mereka, adalah bertanggung jawab tentang kerugian yang diterbitkan oleh pelayan-pelayan atau bawahan-bawahan mereka didalam melakukan pekerjaan untuk mana orang-orang ini dipakai.

Guru-guru sekolah dan kepala-kepala tukang bertanggung jawab tentang kerugian yang diterbitkan oleh murid-murid dan tukang-tukang mereka selama waktu orang-orang ini berada dibawah pengawasan mereka.

³⁵*Ibid*,hal 103

Tanggung jawab yang disebutkan diatas berakhir jika orang tua-tua, wali-wali guru-guru sekolah dan kepala-kepala tukang itu membuktikan bahwa mereka tidak dapat mencegah perbuatan untuk mana mereka seharusnya bertanggung jawab itu.

Selanjutnya KUHPerdata mengatur, suatu kerugian yang disebabkan oleh benda atau barang sebagai berikut :

- (1) Tanggung jawab terhadap barang yang berada dalam pengawasan secara umum³⁶
- (2) Tanggung jawab pemilik gedung atau pemakai binatang terhadap kerugian yang ditimbulkan binatangnya³⁷
- (3) Tanggung jawab pemilik gedung terhadap ambruknya gedung yang dimilikinya³⁸

Sedangkan model tanggung jawab hukum yang diatur dalam KUHPerdata adalah sebagai berikut³⁹ :

- (1) Tanggung jawab dengan unsur kesalahan (kesengajaan dan kelalaian), sebagaimana terdapat dalam Pasal 1365 KUHPerdata.
- (2) Tanggung jawab dengan unsur kesalahan, khususnya unsur kelalaian, sebagaimana terdapat dalam Pasal 1366 KUHPerdata.
- (3) Tanggung jawab mutlak (tanpa kesalahan) dalam arti yang sangat terbatas ditemukan dalam Pasal 1367 KUHPerdata.

Selain KUHPerdata pengaturan tanggung jawab hukum terhadap pihak ketiga selanjutnya dapat dimasukan ke dalam lingkup asuransi kendaraan bermotor yang mana dalam Kitab Undang-undang Hukum Dagang (KUHD) mengatur tentang asuransi tidak terdapat pengaturan khusus, seperti halnya asuransi kebakaran. Sehingga untuk asuransi kendaraan bermotor mengacu pada ketentuan umum asuransi kerugian. Berdasarkan ketentuan Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2014 tentang Usaha Perasuransian Pasal 1 angka 1 memberikan pengertian asuransi sebagai berikut :

Asuransi atau pertanggungan adalah perjanjian antara dua pihak atau lebih, dengan mana pihak penanggung mengikatkan diri kepada

³⁶KUHPerdata. *Op.Cit.* Pasal 1367

³⁷*Ibid* Pasal 1368

³⁸*Ibid* Pasal 1369.

³⁹Munir Fuadi: *Perbuatan melawan Hukum pendekatan Kontemporer. Op.Cit* hal 3

tertanggung, dengan menerima premi, asuransi untuk memberikan penggantian kepada tertanggung karena kerugian, kerusakan atau kehilangan keuntungan yang diharapkan, atau tanggungjawab hukum kepada pihak ketiga yang mungkin akan diderita tertanggung, yang timbul dari suatu peristiwa yang tidak pasti, atau untuk memberikan suatu pembayaran yang didasarkan atas meninggal atau hidupnya seseorang yang dipertanggungjawabkan

Menurut UU No 40 Tahun 2014 Pasal 1 angka (1) hanya menyatakan bahwa tanggung jawab hukum terhadap pihak ketiga dapat menjadi objek yang dipertanggungjawabkan, seperti halnya Asuransi Kendaraan Bermotor. Pengaturan asuransi tanggung jawab hukum terhadap pihak ketiga tidak secara khusus diatur dalam KUHD dan UU No. 40 Tahun 2014, tetapi berkembang dalam praktik perasuransian. Dari definisi asuransi dalam pasal 1 angka 1 UU No. 40 Tahun 2014, tanggung jawab hukum kepada pihak ketiga merupakan salah satu dari kepentingan yang dapat diasuransikan. Dalam ketentuan dimaksud terdapat suatu syarat yaitu :

- Harus timbul dari peristiwa yang tidak pasti
- Menimbulkan kerugian pada tertanggung karena tuntutan dari pihak ketiga akibat dari kesalahan atau kelalaian tertanggung.

Dasar dari penyelenggaraan asuransi tanggung jawab hukum terhadap pihak ketiga berdasarkan UU No 40 Tahun 2014 Pasal 1 angka 1 selain harus timbul dari peristiwa yang tidak pasti dan menimbulkan kerugian bagi tertanggung harus dapat memenuhi asas/prinsip dari asuransi. Mengenai asas dan prinsip asuransi sebagaimana dikemukakan di muka mengacu pada ketentuan dalam KUHPdata dan KUHD

VIII. Pengaturannya Prinsip Subrosi di Indonesia

Subrogasi diatur dalam 1400-1403 KUHPer dan 284 KUHD. Namun, pengaturan di dalam KUHPer berlaku untuk perjanjian pada umumnya, sedangkan pengaturan untuk asuransi mengacu kepada pengaturan di KUHD. Karena pengaturan subrogasi pada pasal 284 KUHD lah, penanggung dapat melakukan subrogasi, meskipun hal tersebut tidak diperjanjikan dalam perjanjian asuransi dan dicantumkan dalam polis.

IX. Pengertian Hak subrogasi

Hak Subrogasi adalah legitimasi bagi perusahaan asuransi berdasarkan Pasal 284 KUHD seperti yang telah disebutkan dalam salah satu prinsip asuransi dan juga polis asuransi. Agar kajian dan penelitian ini benar-benar didasarkan pada keilmuan, maka mendefinisikan “ Hak Subrogasi “ diawali dari mengetahui masing-masing makna yang membentuk istilah tersebut. Terdapat 2 kata berbeda yang menyatu dari hak subrogasi, yaitu hak dan subrogasi . Berikut pengertian masing-masing kata tersebut.

a) Hak

Di dalam kamus Bahasa Indonesia, hak memiliki pengertian tentang sesuatu hal yang benar, milik, kepunyaan, kewenangan, kekuasaan untuk berbuat sesuatu (karena telah ditentukan oleh undang-undang aturan)⁴⁰ Menurut K. Bertens dalam bukunya yang berjudul Etika memaparkan bahwa dalam pemikiran Romawi Kuno, kata *ius-iurus* (hak) hanya menunjukkan hukum dalam arti objektif. Artinya adalah hak dilihat sebagai keseluruhan undang-undang, aturan-aturan dan lembaga-lembaga yang mengatur kehidupan masyarakat demi kepentingan umum (hukum dalam arti Law bukan right).

Pada akhir Abad Pertengahan *ius* dalam arti subjektif, bukan benda yang dimiliki seseorang, yaitu kesanggupan seseorang untuk sesuka hati menguasai sesuatu atau melakukan sesuatu (right, bukan law). Akhirnya hak pada saat itu merupakan hak yang subjektif merupakan pantulan dari hukum dalam arti objektif. Hak dan kewajiban mempunyai yaitu kewajiban sempurna yang selalu berkaitan dengan hak orang lain dan kewajiban tidak sempurna yang tidak terkait dengan hak orang lain. Kewajiban sempurna mempunyai dasar keadilan, sedangkan kewajiban tidak sempurna berdasarkan moral⁴¹.

b) Subrogasi

Pembicaraan Mengenai hak subrogasi tidak dapat dipisahkan dari pembayaran. Karena subrogasi memang timbul sebagai akibat pembayaran. Subrogasi terjadi karena pembayaran yang dilakukan oleh pihak ketiga

⁴⁰Wikipedia, Januari 2011

⁴¹K. Bertens, 1994, Etika, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 176,178

kepada kreditor (si berpiutang) baik secara langsung maupun secara tidak langsung yaitu melalui debitor (si berutang) yang meminjam uang dari pihak ketiga. Pembayaran adalah setiap pemenuhan prestasi secara sukarela dan mengakibatkan hapusnya perikatan antara kreditor dan debitor. Selanjutnya pihak ketiga ini menggantikan kedudukan kreditor lama, sebagai kreditor yang baru terhadap debitor⁴²

Sedangkan menurut KUHD Pasal 284, bila penanggung telah membayar ganti rugi kepada tertanggung, maka penanggung akan menggantikan kedudukan tertanggung akan segala hak yang diperoleh dari pihak ketiga yang telah menimbulkan kerugian tersebut, dan tertanggung bertanggung jawab atas perbuatan yang dapat menghilangkan setiap hak penanggung atas pihak ketiga tersebut. Penggantian semacam ini disebut subrogasi.

Subrogasi tersebut diatur dalam Pasal 1400 KUH perdata, disebutkan bahwa subrogasi adalah penggantian hak -hak si berpiutang oleh seorang pihak ketiga, yang membayar kepada si berpiutang itu, terjadi baik dengan persetujuan maupun demi undang -undang. Menurut Kitab Undang –Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) Pasal 1365 dinyatakan, seseorang bertanggung jawab atas setiap perbuatannya yang melawan hukum yang dapat menimbulkan kerugian pada pihak lain. Oleh karena itu, sejalan dengan maksud dari prinsip indemnity (asas keseimbangan) yang mengandung pengertian bahwa asuransi bukan untuk mencari untung, dan tertanggung tidak diperkenankan menerima ganti rugi melebihi jumlah kerugian yang dideritanya, maka prinsip subrogasi diperlukan untuk mengatasi hal tersebut. Atas dasar ini, prinsip subrogasi disebut sebagai pendamping dari prinsip indemnity⁴³

X. Tanggung Jawab Perusahaan Asuransi Atas Hak Subrogasi

Kerugian yang disebabkan oleh orang lain disebut sebagai pihak ketiga. Apabila terjadi kerugian yang disebabkan oleh pihak ketiga tersebut timbulah hak subrogasi. Hak subrogasi adalah salah satu prinsip asuransi yang diatur dalam Pasal 284 kitab Undang-Undang Hukum Dagang, yang berbunyi: Apabila seorang penanggung telah membayar ganti rugi sepenuhnya kepada tertanggung, maka penanggung akan menggantikan kedudukan tertanggung dalam segala hal untuk menuntut pihak ketiga yang telah menimbulkan kerugian pada tertanggung.

⁴²Suharnoko, Endah Hartati, Op. Cit. Hlm. 1

⁴³Panduan keagenan PT. Asuransi Jasa Indonesia, 2007, Jakarta, hlm.12

Dengan kata lain, apabila Tertanggung mengalami kerugian akibat kelalaian atau kesalahan pihak ketiga maka Penanggung setelah memberikan ganti rugi kepada Tertanggung, akan menggantikan kedudukan Tertanggung dalam mengajukan tuntutan kepada pihak ketiga tersebut. Tertanggung berhak mendapat penggantian tidak lebih dari kerugian yang dialaminya; jika setelah penggantian oleh Penanggung ada hak keuangan lain maka menjadi hak Penanggung. Dalam hal ini Penanggung bertindak mewakili Tertanggung dalam penarikan subrogasi. Tetapi bila kerugian juga melibatkan hal yang tidak tercantum dalam polis asuransi (uninsured perils) maka hak Subrogasi tidak berlaku untuk uninsured peril tersebut.

Hak Subrogasi hanya timbul untuk perjanjian asuransi kebakaran, motor, dan lainnya; hak ini tidak berlaku untuk seperti perjanjian asuransi jiwa. Proses yang dilalui untuk proses klaim Kerugian yang disebabkan dari pihak ketiga, Yang pertama adalah pihak Asuransi meminta klarifikasi dari tertanggung, kedua pihak tertanggung harus membuat surat pernyataan bahwa tertanggung benar-benar ditabrak oleh pihak ketiga, ketiga tertanggung harus menyertakan surat keterangan dari kepolisian. Hak subrogasi akan diberikan kepada Asuransi apabila Asuransi telah mengganti kerugian yang telah diderita oleh tertanggung. Asuransi berhak menuntut penggantian kepada pihak ketiga atas sejumlah uang atau biaya yang dikeluarkan untuk mengganti kerugian yang diderita tertanggung dengan menyertakan surat subrogasi.

Meskipun sudah ada undang-undang yang mengatur tentang hak subrogasi, ternyata proses penyelesaiannya tak begitu mudah bagi pihak asuransi mengaplikasikan hak tersebut, maka upaya tanggung jawab sebagai pihak asuransi akan tetap mengcover atau mengganti kerugian yang dialami oleh tertanggung. Hal ini bersangkutan dengan salah satu prinsip asuransi yaitu prinsip itikad baik (*utmost good faith*) selain pada prinsip subrogasi.

XI. Bentuk Perlindungan Terhadap Pihak Asuransi Atas Pihak Tertanggung yang Melanggar Hak Subrogasi

Apabila pihak tertanggung mengajukan gugatan terhadap pihak ketiga dan sekaligus menuntut klaim terhadap pihak asuransi tentu telah melanggar prinsip indemnity atau prinsip keseimbangan dikarenakan apabila tertanggung menuntut kedua belah pihak yaitu pihak ketiga dan pihak

asuransi dan kedua belah pihak tersebut sama-sama mengganti kerugian tertanggung maka dalam hal ini pihak asuransi akan dirugikan, yang seharusnya pihak asuransi tidak perlu mengganti kerugian tertanggung yang sudah kewajiban dari pihak ketiga.

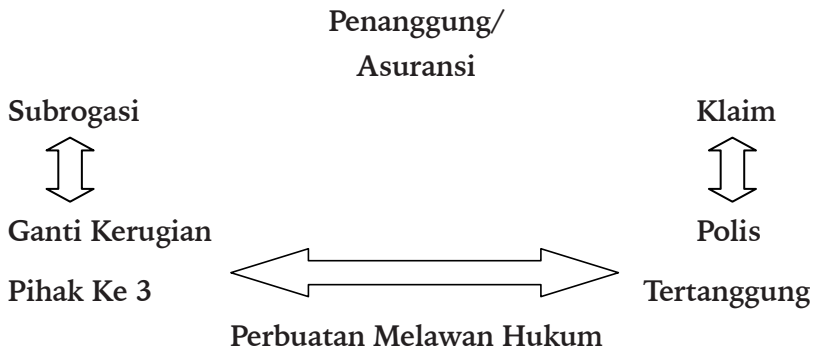
Ditinjau dari prinsip dasar subrogasi itu sendiri yaitu penanggung baru dapat menuntut pihak ketiga bila penanggung sudah melakukan pembayaran atau penggantian terhadap klaim kerugian yang diajukan. Penanggung berhak menuntut tertanggung untuk mengembalikan biaya yang telah dibayar bila pihak ketiga telah membayar biaya terhadap masalah yang sama. Penanggung hanya berhak atas uang ganti rugi dari pihak ketiga sejumlah yang ia bayarkan kepada tertanggung.

Dalam proses pengajuan klaim hak subrogasi, tertanggung tidak boleh mengajukan klaim kepada penanggung dan sekaligus menuntut ganti rugi untuk kerugian yang sama dari pihak ketiga. Pada saat tertanggung mengajukan klaim, maka ia dianggap telah mengalihkan hak menuntut pihak ketiga kepada penanggung. Meskipun begitu, pihak asuransi sebelum memberikan persetujuan pertanggungan terhadap tertanggung, asuransi tersebut dapat mengetahui tertanggung sudah mendapatkan ganti kerugian dari pihak ketiga atau belum dapat dilihat dari underwriting penilaian moral hazard (kejujuran) dari tertanggung mengenai apakah tertanggung sudah mendapatkan ganti rugi atau belum dan Asuransi akan melakukan konfirmasi kepada pihak ketiga perihal apakah tertanggung sudah menerima ganti rugi atau belum menerima ganti rugi dari pihak ketiga tersebut. Akibat hukum pihak tertanggung melanggar hak subrogasi terhadap asuransi, yaitu pihak asuransi yang dirugikan oleh pihak tertanggung, karena asuransi harus melakukan survey kembali dan melakukan investigasi untuk melihat kronologis kejadian.

Sebagai konsekuensi logis perbuatan tertanggung yang melanggar hak subrogasi, pihak asuransi dapat melakukan penuntutan kembali terhadap tertanggung untuk mengembalikan klaim yang telah diberikan kepada tertanggung, hal ini untuk mencegah penggantian ganda yang diterima tertanggung dan tertanggung dianggap telah melanggar Pasal 78 polis ganti kerugian klaim perbuatan melawan hukum pasal 1365 KUHPerdata.

skema subrogasi dalam perusahaan asuransi sebagai berikut

:



XII. Penutup

Prinsip Subrogasi dalam Asuransi diatur dalam Pasal 1400-1403 KUHPerdafa dan Pasal 284 KUHD. Namun, pengaturan di dalam KUHPerdafa berlaku untuk perjanjian pada umumnya, sedangkan pengaturan untuk asuransi mengacu kepada pengaturan di KUHD. Karena pengaturan subrogasi pada pasal 284 KUHD lah, penanggung dapat melakukan subrogasi, meskipun hal tersebut tidak diperjanjikan dalam perjanjian asuransi dan dicantumkan dalam polis.

Prinsip Subrogasi adalah Suatu prinsip yang mengatur dalam hal seorang Penanggung telah menyelesaikan pembayaran ganti-rugi yang diderita oleh Tertanggung, maka secara otomatis hak yang dimiliki Tertanggung untuk menuntut pihak ketiga yang menimbulkan kerugian dan atau kerusakan tersebut beralih ke Penanggung. Pasal 284 Kitab Undang-undang Hukum Dagang, menyebutkan “Seorang Penanggung yang telah membayar kerugian sesuai barang yang diper-tanggungkan, menggantikan si Tertanggung dalam segala hak yang diperolehnya terhadap orang-orang ketiga berhubung dengan menerbitkan kerugian tersebut; dan si tertanggung itu adalah bertanggung jawab untuk setiap perbuatan yang dapat merugikan hak si Penanggung terhadap orang-orang ketiga itu.”

Jadi dengan adanya prinsip Subrogasi, Tertanggung hanya berhak atas ganti rugi (indemnitas), tetapi tidak lebih dari itu, dan pihak Penanggung berhak mengambil alih setiap keuntungan (profit) yang diperoleh Tertanggung dari suatu kerugian yang dijamin polis, dan prinsip ini memperbolehkan pihak

penanggung melakukan tuntutan kepada pihak ketiga yang bertanggung jawab atas kerugian yang dijamin polis dalam usaha Penanggung untuk meminimize atau memperkecil kerugian yang terjadi, dengan catatan bahwa tuntutan itu dilakukan Penanggung atas nama Tertanggung.

Tertanggung yang mengasuransikan kendaraannya kepada asuransi apabila terjadi kerugian namun diakibatkan oleh pihak ketiga maka tertanggung akan mendapatkan ganti rugi dari asuransi dan asuransi menggunakan hak subrogasi yakni hak tertanggung yang beralih kepada asuransi untuk menuntut ganti kerugian terhadap pihak ketiga, adanya hak subrogasi untuk mencegah penggantian kerugian ganda yang akan diperoleh tertanggung. Selain itu tertanggung bisa juga langsung menuntut kerugian terhadap pihak ketiga dan namun tidak lagi menuntut klaim terhadap pihak asuransi. Tertanggung yang menuntut kepada kedua belah pihak yaitu kepada pihak ketiga yang bersalah dan kepada pihak asuransi atau memperoleh penggantian kerugian ganda termasuk perbuatan yang tidak dibenarkan karena hal tersebut dapat menjadi sebuah keuntungan terhadap pihak tertanggung dalam hal ini bertentangan dengan asas keseimbangan atau prinsip indemnity yang dipegang teguh dalam perjanjian asuransi.

Meskipun begitu pihak asuransi tetap bertanggung jawab mengganti kerugian tertanggung berdasarkan *prinsip utmost good faith*, sesuai perjanjian asuransi kendaraan bermotor selama pihak asuransi tidak memperoleh informasi bahwa kerugian yang dialami tertanggung semata-mata bukan dari kesalahan pihak ketiga.

Bentuk perlindungan terhadap pihak asuransi atas pihak tertanggung yang melanggar haksubrogasi yaitu dengan menuntut ganti kerugian terhadap pihak asuransi dan pihak ketiga yakni penanggung atau pihak asuransi dapat menuntut kembali kepada tertanggung kapan saja selama benar terbukti bahwa pihak tertanggung telah menuntut ganti kerugian terhadap pihak ketiga dan sekaligus menuntut klaim terhadap pihak asuransidan tertanggung berkewajiban mengembalikan sejumlah ganti kerugian yang telah didapatkan dari klaim asuransi kendaraan yang asuransi berikan, sesuai dengan keterkaitan prinsip keseimbangan atau indemnity.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdulkadir Muhammad (2006), *Hukum Asuransi Indonesia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung
- Djoko Prakoso dan I ketut Murtika (2004), *Hukum Asuransi Indonesia*, PT. Rineka Cipta, Bandung.
- DJ. Ransom (1996), *Legal Aspect of Insurance*, Cet 3 (Kuala Lumpur. *The Malaysia Insurance Institute*)
- Deposito Usaha Perasuransian* (1993), cet 1 (Bandung : Alumni)
- Editorial. (2003)" *Menanti UU Asuransi yang Inspiratif*". Jurnal Hukum Bisnis. Volume 22
- Emmy Pangaribuan Simajuntak (1980), *Hukum pertanggungan*, seksi hukum dagang FH-UGM, Yogyakarta
- Insurance Law (new.ed.2004) Hal 6/10 : *why does the law require insurable interest, to reduce moral hazard and to discourage wagering*
- K. Bertens (1994), *Etika*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta
- Joko Waskito Dewantoro, Klaim Asuransi Jiwa atas Evenemenyang sengaja dilakukan oleh tertanggung, (Sekripsi non-publikasi), ilmu Hukum Fakultas Hukum, Universitas Hasanuddin
- Munir Fuady, *PerbuatanMelawan Hukum Pendekatan Kontemporer*, (Bandung: PT. CitraAditya Bakti
- Man. Suparman Sastrawidjaja (2003), *Aspek aspek Hukum Asuransi dan Surat Berharga*, PT. Alumni, Bandung.
- P.N.H Simanjuntak (2007), *Pokok-pokok Hukum Perdata Indonesia*. Cet.3, (Jakarta: Djambatan.
- Radiks Purba (1992), *Memahami Asuransi di Indonesia*. Cet 1, (Jakarta: PT.Pustaka Binaman Pressindo)

Rosa Agustina (2004), *Perbuatan Melawan Hukum*, (Jakarta:Universitas Indonesia Fakultas Hukum Pasca sarjana)

Soejoedi, *Diktat Hukum dan Dasar-dasar Asuransi*, (Jakarta: Lembaga Pendidikan Asuransi Indonesia)

Sonni Dwi Harsono (1994), *Prinsip-prinsip Dan Praktek Asuransi*, (Jakarta:Yayasan Pengembangan Ilmu Asuransi)Sastrawidjaja, *Aspek-aspek Hukum Asuransi dan Surat Berharga*.

Suharnoko (2002), Endah Hartati.

Undang-undang

Kitab Undang-undang Hukum Perdata

Kitab Undang-undang Hukum Dagang

Undang-undang No 40 Tahun 2014. LN No. 13 Tahun 1992, TLN. No 3467
Tentang Usaha Perasuransian

Undang-undang No 22 Thn 2009 Tentang Undang-undang Lalu Lintas
Dan Angkutan Jalan.

Undang- undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif
Penyelesaian Sengketa

Undang-undang No. 8 Tahun 1999, Tentang Perlindungan Konsumen.

5 PERLINDUNGAN KONSUMEN TERHADAP PENGGUNAAN KOSMETIK (PEMUTIH WAJAH) YANG MENGANDUNG ZAT BERBAHAYA BERDASARKAN PADA UNDANG-UNDANG NOMOR 8 TAHUN 1999

Sri Arlina

I. Pendahuluan

Perkembangan perekonomian yang pesat telah menghasilkan berbagai jenis dan variasi dari masing-masing jenis barang dan/atau jasa yang dapat di konsumsi. Barang dan/ atau jasa tersebut pada umumnya merupakan barang dan/atau jasa yang sejenis maupun yang bersifat komplementer satu terhadap yang lainnya.

Berdasarkan perkembangan perekonomian yang berpedoman kepada sistem perencanaan pembangunan nasional ini pula yang menjadi salah satu pendorong lajunya konsumsi masyarakat terhadap produk-produk yang dihasilkan oleh pelaku usaha, tidak terkecuali produk-produk yang membawa dampak positif dan dampak negatif bagi konsumen yang perlu dilindungi oleh hukum. Tidak terkecuali produk-produk kosmetik yang semakin banyak beredar dipasaran, mulai dari produk kecantikan pemutih wajah, lipstick, shampo, dan jenis produk kosmetik lainnya yang berkaitan dengan wanita.

Kosmetik sendiri adalah bahan atau sediaan yang dimaksudkan untuk digunakan pada bahagian luar tubuh manusia (epidermis, rambut, kuku, bibir dan organ genital bagian luar) atau gigi atau mukosa mulut terutama untuk membersihkan, mewangikan, mengubah penampilan dan atau memperbaiki bau badan atau melindungi atau memelihara tubuh pada kondisi baik.¹ Sedangkan pengertian lainnya pada pasal 1 ayat 1 Peraturan Menteri Kesehatan

¹Keputusan Kepala Badan Pengawas Obat Dan Makanan Republik Indonesia Nomor : HK.00.05.41745 Tahun 2003 Tentang *Kosmetik*, BPOM RI, Jakarta, 2003, Hal 2

Republik Indonesia Nomor 1175/MENKES/PER/VIII/2010 tentang izin produksi kosmetika, yang dimaksud dengan kosmetik ialah :²

“bahan atau sediaan yang dimaksudkan untuk digunakan pada bagian luar tubuh manusia (epidermis, rambut, kuku, bibir dan organ genital bagian luar) atau gigi dan membran mukosa mulut terutama untuk membersihkan, mewangikan, mengubah penampilan dan atau memperbaiki bau badan atau melindungi atau memelihara tubuh pada kondisi baik”.

Dari pengertian tersebut maka dapat disimpulkan bahwa kosmetik merupakan sesuatu yang dapat dikonsumsi atau dipakai bagi banyak manusia. Dari pengertian ini jelas bahwa kosmetik merupakan kebutuhan sehari-hari yang tidak lepas dari dunia wanita dengan berbagai jenis produk khususnya dalam hal ini krim pemutih wajah yang banyak diminati oleh kaum perempuan.

Produk-produk kosmetik saat ini beraneka ragam jenis dan merek, dan rata-rata setiap hari dikonsumsi oleh wanita, mulai dari anak-anak, remaja dan wanita biasa. Banyak pilihan kosmetik pemutih wajah yang dapat dibeli dan dikonsumsi oleh mayoritas wanita ini, dari harga yang paling murah sampai yang paling mahal. Tingkat konsumerisme yang tinggi terhadap kosmetik ini tidak disia-siakan begitu saja oleh pelaku usaha, hal ini merupakan peluang bisnis yang banyak mendatangkan keuntungan yang besar. Pelaku usaha tidak hanya dalam negeri tapi juga dari luar negeri seperti produk-produk kosmetik Negara tetangga seperti Taiwan, Cina, Singapura, Malaysia, Thailand, Philipina dan lain sebagainya. Namun apakah semua produk kosmetik pemutih wajah yang di produksi oleh pelaku usaha aman untuk di konsumsi oleh wanita. Mengingat bahan-bahan yang digunakan dalam produk kosmetik pemutih wajah tidak semuanya aman untuk dikonsumsi oleh konsumen terutama wanita, bukannya malah akan menambah cantik dan putih tapi malah sebaliknya akan terserang kanker kulit atau penyakit lainnya.

Banyak kerugian yang ditimbulkan dengan beredarnya produk-produk kosmetik pemutih wajah tapi bahaya ini tidak disadari oleh kaum wanita. Demi mendapatkan kulit wajah yang putih, para wanita menggunakan cara-cara instan yaitu dengan menggunakan produk pemutih berupa cream

²Pasal 1 ayat 1 Peraturan Menteri Kesehatan Republik Indonesia Nomor 1175/MENKES/PER/VIII/2010

pemutih wajah. Banyak cream pemutih wajah yang tidak aman dikonsumsi beredar dipasaran, produk cream pemutih ini rata-rata tidak memiliki izin dari Balai Pengawasan Obat Dan Makanan (BPOM) dan Dinas Kesehatan.

Sementara Kosmetik yang beredar di pasaran haruslah memenuhi standar yang ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan dan pemerintah. Agar produk kosmetik tersebut tidak menimbulkan kerugian dan ancaman kepada konsumen. Kosmetik yang diproduksi dan diedarkan oleh pelaku usaha harus memenuhi persyaratan mulai dari menggunakan bahan yang memenuhi standar kesehatan, diproduksi dengan menggunakan cara pembuatan kosmetik yang baik, dan tak kalah pentingnya produk kosmetik tersebut terdaftar dan mendapatkan izin edar dari Badan Pengawas Obat dan Makanan (BPOM). Sesuai dengan ketentuan pasal 8 ayat 1 huruf a Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 bahwa “pelaku usaha dilarang memproduksi dan/atau memperdagangkan barang dan/atau jasa yang tidak memenuhi standar yang dipersyaratkan dan ketentuan peraturan perundang-undangan”.³ Untuk itu konsumen khususnya konsumen kosmetik krim pemutih wajah perlu diberikan perlindungan hukum terhadap produk-produk kosmetik pemutih wajah yang mengandung bahan-bahan berbahaya.

Kerugian jiwa dan atau materi yang dialami konsumen dalam aktivitas perdagangan bukan saja dapat digolongkan sebagai perbuatan melawan hukum, akan tetapi juga bertentangan dengan nilai moral agama dan moral kemanusiaan. Bagaimanapun, hak atas kecukupan bahan makanan dan hak atas kesehatan bahan makanan adalah hak-hak konsumen yang berhubungan dengan ukuran kelayakan hidup seseorang.

Hal ini berkaitan pula dengan kepentingan fisik konsumen kosmetik di Indonesia. Kepentingan fisik yang dimaksud disini adalah kepentingan badani konsumen yang berhubungan dengan keamanan dan keselamatan tubuh dan atau jiwa mereka dalam penggunaan barang atau jasa konsumen.⁴ Kepentingan fisik konsumen dapat terganggu kalau suatu perolehan barang atau jasa malah menimbulkan kerugian berupa gangguan kesehatan badan atau ancaman pada keselamatan jiwanya.

³Baca pasal 8 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang *Perlindungan Konsumen*

⁴A.Z Nasution, *Konsumen dan Hukum*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1995, Hal 78

Perlindungan konsumen merupakan bahagian dari pelaksanaan penegakan dan perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia, karena berkaitan dengan hak manusia sebagai konsumen agar terlindungi dari produk barang atau jasa yang dihasilkan oleh pelaku usaha.

Hak-hak di bidang konsumsi berhubungan dengan Pasal 25 Deklarasi Universal HAM dan Pasal 11 Perjanjian Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya.⁵ Kedua pasal ini pada dasarnya berisi norma tentang hak atas standar kehidupan yang memadai untuk kesehatan dan kesejahteraan pada diri setiap orang beserta keluarganya, termasuk hak-hak yang berkenaan dengan makanan, pakaian, dan rumah yang memadai. Begitu juga dalam Undang-undang Dasar 1945 yang diamandemen telah diamanatkan mengenai hak asasi manusia pasal 28 A sampai 28 K. Sedangkan dalam pasal 4 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 bahwa “konsumen berhak atas kenyamanan, keamanan dan keselamatan dalam mengkonsumsi barang dan/ atau jasa”. Hak atas keselamatan dan kenyamanan yang dimaksudkan oleh undang-undang ini maksudnya dalam penggunaan barang atau jasa khususnya produk kosmetik pemutih wajah terjamin dan terhindar dari kerugian fisik maupun psikis apabila mengkonsumsi produk kosmetik tersebut.

Hasil penertiban sepanjang tahun 2016, Badan Pengawasan Obat Dan Makanan berhasil menemukan 9.071 *jenis* (1.424.413 kemasan) kosmetika impor ilegal dengan nilai keekonomian mencapai lebih dari 77,9 miliar rupiah. Temuan produk ilegal tersebut terdiri dari kosmetika impor mengandung bahan berbahaya, kosmetika impor tanpa izin edar/nomor notifikasi, dan kosmetika impor yang dimasukkan ke dalam wilayah Indonesia secara ilegal⁶.

Bahan berbahaya yang teridentifikasi terkandung dalam temuan tersebut antara lain *merkuri, hidrokinon, asam retinoat*, serta *bahan pewarna merah K3, merah K10 dan Sudan IV*. Selain itu, ditemukan pula kosmetika mengandung bahan kimia obat yang seharusnya tidak diperbolehkan terkandung dalam kosmetika yaitu *Klindamisin dan Teofilin*. Temuan tersebut berasal dari sarana industri, importir, dan badan usaha yang melakukan kontrak produksi, serta sarana distribusi, termasuk klinik kecantikan. Badan POM juga menjangar

⁵*Ibid*, Hal 50

⁶<http://www.pom.go.id/new/index.php/view/pers/339/PENERTIBAN-KOSMETIKA-IMPOR-ILEGAL-DAN--KOSMETIKA-MENGANDUNG-BAHAN-BERBAHAYA----Berantas-Produk-Ilegal-dan-Berbahaya-untuk-Keadilan-dalam-Berusaha>, diakses pada tanggal 9 Mei 2017

produk kosmetika berbahaya yang diedarkan/dipromosikan melalui media elektronik serta situs penjualan *online*⁷.

Bahan-bahan seperti Merkuri (Hg), Hidroquinon > 2 %, zat warna Rhodamin B dan Merah K.3 telah dilarang penggunaannya sejak tahun 1998 melalui Peraturan Menteri Kesehatan RI No.445/MENKES/ PER/V/1998.⁸ Merkuri *inorganik* dalam krim pemutih (yang mungkin tak mencantumkan pada labelnya) bisa menimbulkan keracunan bila digunakan untuk waktu lama. Walau tidak seburuk efek merkuri gugusan yang tertelan (yang dari makan ikan tercemar), tetap menimbulkan efek buruk pada tubuh.⁹ Kendati cuma dioleskan ke permukaan kulit, merkuri mudah diserap masuk kedalam darah, lalu memasuki sistem saraf tubuh.

Manifestasi gejala keracunan merkuri akibat pemakaian krim kulit muncul sebagai gangguan sistem saraf, seperti *tremor*, *insomnia*, kepilek, gangguan penglihatan, gerakan tangan abnormal (*ataxia*), gangguan emosi, selain depresi. Oleh karena umumnya tak terduga kalau itu penyakitnya, kasus keracunan merkuri, sering salah didiagnosis sebagai kasus Alzheimer, Parkinson, atau penyakit gangguan otak.

Selain merkuri, Hidroquinon yang kandungannya diatas 2 % juga dikategorikan sebagai bahan yang berbahaya bagi kesehatan. Saat ini *hidroquinon* masih digunakan sebagian produsen pemutih karena hidroquinon mampu mengelupas kulit bagian luar dan menghambat pembentukan melanin yang membuat kulit tampak hitam. Namun, penggunaan *hidroquinon* dalam kosmetika bebas tak boleh lebih dari 2 persen.

Hidroquinon tidak boleh digunakan dalam waktu yang lama, dan jika pemakaiannya lebih dari 2 persen, harus di bawah kontrol dokter. Penggunaan hidroquinon yang berlebihan bisa menyebabkan *oochronosis* terhadap orang berkulit gelap. Dengan demikian *Hidroquinon* ini dapat digolongkan obat keras yang hanya dapat digunakan berdasarkan resep dokter.

Bahaya pemakaian obat keras ini tanpa pengawasan dokter dapat menyebabkan iritasi kulit, kulit menjadi merah dan rasa terbakar juga dapat menyebabkan kelainan pada ginjal (*nephropathy*), kanker darah (*leukemia*)

⁷*Ibid*

⁸Peraturan Menteri Kesehatan RI No.445/MENKES/ PER/V/1998 Tentang *Bahan-Bahan Yang Dilarang Digunakan Dalam Produk Kosmetik*.

⁹Peraturan Menteri Kesehatan RI No.445/MENKES/ PER/V/1998 Tentang *Bahan Zat Warna , Substratum, Zat Pengawet dan Tata Surya Pada Kosmetika*

dan kanker sel hati (*hepatocellular adenoma*). Sedangkan bahan pewarna Merah K.10 (*Rhodamin B*) dan Merah K.3 (*CI Pigment Red 53 : D&C Red No. 8 : 15585*) merupakan zat warna sintetis yang pada umumnya digunakan sebagai zat warna kertas, tekstil atau tinta. Zat warna ini dapat menyebabkan iritasi pada saluran pernapasan dan merupakan zat karsinogenik (dapat menyebabkan kanker) serta *Rhodamin* berdampak pada kanker hati.

Kalangan produsen dan pelaku usaha perlu menyadari bahwa kelangsungan hidup usahanya sangat bergantung kepada konsumen. Untuk itu mereka mempunyai kewajiban untuk memproduksi barang dan jasa sebaik dan seaman mungkin dan berusaha untuk memberikan kepuasan kepada konsumen. Kewajiban pelaku usaha dalam pasal 7 huruf a Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 dinyatakan bahwa kewajiban pelaku usaha adalah “beritikad baik dalam melakukan kegiatan usahanya.”¹⁰ Beritikad baik dalam hal ini adalah dimana pelaku usaha dalam melakukan kegiatan usaha beritikad baik mulai sejak produk kosmetik pemutih wajah tersebut dirancang, diproduksi sampai pada tahap penjualan sehingga tidak menimbulkan kerugian bagi konsumennya.

Oleh karena itu tanggung jawab pelaku usaha dalam hal ini sangatlah besar dalam memberikan kenyamanan dan keamanan atas produk yang dihasilkan dan dipasarkan khususnya produksi kosmetik pemutih wajah.

Produk kosmetik pemutih wajah ini memiliki berbagai kelemahan dan sangat merugikan konsumen. Kelemahan dari produk kosmetik pemutih wajah ini adalah bahwa produk pemutih wajah tersebut tidak dilengkapi dengan legalitas dan uji laboratorium di Departemen Kesehatan dan BPOM (Badan Pengawas Obat dan Makanan), rata-rata produk ini tidak menggunakan bahasa Indonesia tapi menggunakan bahasa asing Cina, Taiwan, Thailand, Philipina dan bahasa Inggris, tidak tercantum bahan-bahan apa yang terkandung, aturan pakai atau petunjuk penggunaan, dan efek samping penggunaan. Hal tersebut tidak sesuai dengan ketentuan pasal 8 huruf j Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen yang menyatakan bahwa “Pelaku usaha dilarang memproduksi dan/atau memperdagangkan barang dan/atau jasa dengan tidak mencantumkan informasi dan/atau petunjuk penggunaan barang dalam bahasa Indonesia sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku”

¹⁰Pasal 7 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen

Pelaku usaha yang memproduksi barang atau jasa dalam hal ini kosmetik pemutih wajah berbahaya maka akan dikenakan sanksi pidana berdasarkan pada peraturan perundang-undangan. Dalam pasal 197 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 mengenai Kesehatan menyatakan bahwa Setiap orang yang dengan sengaja memproduksi atau mengedarkan sediaan farmasi dan/atau alat kesehatan yang tidak memiliki izin edar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 106 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 15 (lima belas) tahun dan denda paling banyak Rp1.500.000.000,00 (satu miliar lima ratus juta rupiah)¹¹.

Sedangkan dalam pasal 62 ayat 1 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen¹² dapat dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 Tahun atau pidana denda paling banyak Rp. 2.000.000.000 (dua milyar rupiah).

Seperti yang diterangkan dalam latar belakang Keputusan Kepala Badan Pengawas Obat Dan Makanan Republik Indonesia Nomor : HK.00.05.4.3870 Tahun 2003 Tentang Pedoman Cara Pembuatan Kosmetik Yang Baik : ¹³

Bahwa Cara Pembuatan Kosmetika yang Baik (CPKB) merupakan salah satu faktor penting untuk dapat menghasilkan produk kosmetik yang memenuhi standar mutu dan keamanan. Mengingat pentingnya penerapan CPKB (cara pedoman maka pemerintah secara terus menerus memfasilitasi industri kosmetik baik skala besar maupun kecil untuk dapat menerapkan CPKB melalui langkah-langkah dan pentahapan yang terprogram. Penerapan CPKB merupakan persyaratan kelayakan dasar untuk menerapkan sistem jaminan mutu dan keamanan yang diakui dunia internasional. Terlebih lagi untuk mengantisipasi pasar bebas di era globalisasi maka penerapan CPKB merupakan nilai tambah bagi produk kosmetik Indonesia untuk bersaing dengan produk sejenis dari negara lain baik di pasar dalam negeri maupun internasional”.

Dalam pembuatan kosmetik, pengawasan yang menyeluruh disertai pemantauan sangat penting untuk menjamin agar konsumen memperoleh

¹¹Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan

¹²Baca pasal 62 ayat 1 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang *Perlindungan Konsumen*.

¹³Keputusan Kepala Badan Pengawas Obat Dan Makanan Republik Indonesia Nomor : HK.00.05.4.3870 Tahun 2003 Tentang Pedoman Cara Pembuatan Kosmetik Yang Baik

produk yang memenuhi persyaratan mutu yang ditetapkan. Mutu produk tergantung dari bahan awal, proses produksi dan pengawasan mutu, bangunan, peralatan dan personalia yang menangani. Hal ini berkaitan dengan seluruh aspek produksi dan pemeriksaan mutu.

Sehingga jelas bahwa hak-hak konsumen untuk mendapatkan informasi yang jelas dan benar terhadap produk kosmetik pemutih wajah yang digunakannya. Padahal Undang-undang memberikan larangan terhadap produk kosmetik yang tidak mencantumkan informasi yang jelas terhadap konsumennya. Hal ini jelas-jelas telah melanggar hak konsumen yang diatur oleh undang-undang yaitu pasal 4 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen yang menyatakan bahwa “konsumen berhak atas informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa”.¹⁴

Berdasarkan uraian diatas inilah penulis mengangkat judul mengenai *“Perlindungan Konsumen Terhadap Penggunaan Kosmetik (Pemutih Wajah) Yang Mengandung Zat Berbahaya Berdasarkan Pada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen”*

II. Rumusan Masalah

Berdasarkan pada uraian latar belakang diatas maka rumusan masalah yang akan diuraikan pada tulisan ini adalah : Bagaimana bentuk perlindungan yang diberikan kepada konsumen terhadap penggunaan kosmetik (pemutih wajah) yang mengandung zat berbahaya berdasarkan pada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen?

¹⁴Pasal 4 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999

III. Pembahasan

Bentuk Perlindungan Yang Diberikan Kepada Konsumen Terhadap Penggunaan Kosmetik (Pemutih Wajah) Yang Mengandung Zat Berbahaya Berdasarkan Pada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999

Tentang Perlindungan Konsumen

a) Konsep Perlindungan Konsumen

Perlindungan hukum merupakan salah satu hal terpenting dari unsur suatu negara hukum karena dalam pembentukan suatu negara akan dibentuk pula hukum yang mengatur tiap - tiap warga negaranya. Di sisi lain dapat dirasakan juga bahwa perlindungan hukum merupakan kewajiban bagi negara itu sendiri, oleh karena itu negara wajib memberikan perlindungan hukum kepada warga negaranya. Setelah kita mengetahui pentingnya perlindungan hukum.

Pengertian Konsumen menurut Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen diatur dalam pasal 1 ayat 2, yang menyebutkan bahwa Konsumen adalah setiap orang pemakai barang dan/ atau jasa yang tersedia dalam masyarakat, baik bagi kepentingan sendiri maupun makhluk lain, dan atau untuk diperdagangkan .¹⁵

Komponen konsumen disini dapat diuraikan sebagai berikut :¹⁶

1) Setiap orang

Setiap orang disini berkaitan dengan subyek yang disebut sebagai konsumen berarti setiap orang yang berstatus sebagai pemakai barang dan/atau jasa.¹⁷

2) Pemakai

Pemakai dalam hal ini tepat digunakan dalam rumusan ketentuan tersebut, sekaligus menunjukan barang dan/atau jasa yang dipakai tidak serta merta hasil dari transaksi jual beli.¹⁸

¹⁵Baca Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen, pasal 1 ayat 2

¹⁶Shidarta, *Hukum Perlindungan Konsumen Indonesia*, PT. Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta, 2004, Hal 5-10

¹⁷Istilah orang sebetulnya menimbulkan keraguan, apakah hanya orang individual yang lazim disebut *natuurlijke person* atau termasuk juga badan hukum (*recht persoon*), Ibid, hal 5

¹⁸Maksudnya yang diartikan sebagai konsumen tidak selalu harus memberikan

- 3) Barang dan/atau jasa
- 4) Yang tersedia dalam Masyarakat
- 5) Bagi kepentingan diri sendiri, keluarga, orang lain makhluk hidup lain
- 6) Barang dan/atau jasa itu tidak untuk diperdagangkan.

Penjelasan pada pasal ini¹⁹ dinyatakan dalam kepustakaan ekonomi dikenal istilah konsumen akhir dan konsumen antara. Konsumen akhir adalah pengguna atau pemanfaat akhir dari suatu produk, sedangkan konsumen antara adalah konsumen yang menggunakan suatu produk sebagai bagian dari proses produksi suatu produk lainnya. Pengertian konsumen dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan konsumen adalah konsumen akhir.

Konsep hukum perlindungan konsumen tidak hanya berisi rumus-rumus tentang hak-hak dan kepentingan konsumen tetapi juga hak-hak dan kepentingan-kepentingan produsen yang berimbang, proposional, adil dan tidak diskriminatif.²⁰ Proposional, adil dan tidak diskriminatif yang dimaksud disini adalah bahwa antara hak dan kewajiban konsumen harus seimbang dan adil, seperti yang diungkapkan Jhon Rawls dalam teori keadilan, yaitu *Justice is Fairness*. Keadilan harus diformalisasikan melalui konstitusi dan hukum sebagai basis pelaksanaan hak dan kewajiban individu dalam interaksi sosial, dan akan terjamin dengan baik jika struktur masyarakat sudah adil.²¹

Pengertian pelaku usaha menurut Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen diatur dalam pasal 1 ayat 3 yang menyatakan bahwa pelaku usaha adalah setiap perseorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum maupun bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian penyelenggaraan kegiatan usaha dalam berbagai bidang ekonomi.²²

prestasinya dengan cara membayar uang untuk memperoleh barang dan/atau jasa itu, *ibid*, Hal 6

¹⁹Baca Penjelasan Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen, pasal 1 ayat 2

²⁰Jhon Rawls, *A Theory Of Justice (revised edition)*, The Belknap Press Of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, Hal 2214, di alih bahasa oleh Bambang Iriana, Jakarta : Sinar Grafika, Jakarta, 1991, Hal 78

²¹N.H.T Siahaan, *Hukum Konsumen Perlindungan Konsumen Dan Tanggung Jawab Produk*, Panta Rei, Jakarta, 2005, Hal 13

²²Baca Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen, pasal 1 ayat 3

Hak dan kewajiban Konsumen diatur dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, yang terdapat dalam pasal 4 dan pasal 5. Dalam pasal 4 dijelaskan mengenai hak konsumen adalah sebagai berikut:²³

- a). Hak atas kenyamanan, keamanan dan keselamatan dalam mengkonsumsi barang dan atau jasa;
- b). Hak untuk memilih barang dan/atau jasa serta mendapatkan barang dan/ atau jasa;
- c). Hak atas informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan atau/ jasa;
- d). Hak untuk didengar pendapat dan keluhannya ata barang dan/jasa yang di digunakan;
- e). Hak untuk mendapatkan advokasi, perlindungan dan upaya penyelesaian sengketa perlindungan konsumen secara patut;
- f). Hak untuk mendapat pembinaan dan pendidikan konsumen;
- g). Hak untuk diperlakukan atau dilayani secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif;
- h). Hak untuk mendapatkan kompensasi, ganti rugi dan atau/penggantian, apabila barang dan atau/ jasa yang diterima tidak sesuai dengan perjanjian atau tidak sebagaimana mestinya.
- i). Hak-hak untuk diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan lainnya;

Berdasarkan pasal 4 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 ini hak konsumen kosmetik yang benar-benar dilanggar oleh produsen kosmetik pemutih wajah yaitu :

1. Hak konsumen atas kenyamanan, keamanan dan keselamatan dalam mengkonsumsi barang dan atau jasa. Hak ini merupakan hak yang paling urgen yang harus dihormati oleh produsen kosmetik pemutih wajah karena kosmetik yang dipakai jika ternyata berbahaya bagi kesehatan maka akan sangat merugikan bagi konsumen pemakai kosmetik tersebut

²³pasal 4 dan pasal 5 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen,

2. Hak atas informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan atau/ jasa. Hak atas Informasi ini juga sangat penting, karena jika informasi yang diberikan kepada konsumen tidak memadai hal ini merupakan salah satu bentuk cacat produk, yaitu yang biasa dikenal dengan istilah cacat instruksi atau cacat karena informasi yang tidak memadai.²⁴ Informasi yang salah terhadap suatu produk yang dikonsumsi oleh konsumen sehingga konsumen pemakai tertipu dan mengalami kerugian atas informasi tersebut.

Pasal 5 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen mengatur tentang kewajiban konsumen adalah sebagai berikut :

- a) Membaca atau mengikuti petunjuk informasi dan prosedur pemakaian atau pemanfaatan barang dan atau/jasa, demi keamanan dan keselamatan;
- b) Beritikad baik dalam melakukan transaksi pembelian barang dan atau/ jasa
- c) Membayar sesuai dengan nilai tukar yang disepakati;
- d) Mengikuti upaya penyelesaian hukum sengketa perlindungan konsumen secara patut.;

Pelaku usaha memiliki hak dan kewajiban yang diatur dalam pasal 6 dan pasal 7 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Hak pelaku usaha dapat dilihat dalam pasal 6 tersebut yaitu :

- 1) Hak menerima pembayaran yang sesuai dengan kesepakatan mengenai kondisi dan nilai tukar barang dan/atau jasa yang diperdagangkan;
- 2) Hak untuk mendapatkan perlindungan hukum dari tindakan konsumen yang beritikad tidak baik.;
- 3) Hak untuk melakukan pembelaan diri sepatutnya didalam penyelesaian hukum sengketa konsumen;
- 4) Hak untuk rehabilitasi nama baik apabila tidak terbukti secara hukum bahwa kerugian konsumen tidak diakibatkan oleh barang dan atau/jasa yang diperdagangkan;
- 5) Hak-hak yang diatur dalam ketentuan peraturan perundang-perundangan lainnya.;

²⁴Ahmadi Miru, Loc Cit, Hal 41

Pasal 7 berisi kewajiban Pelaku Usaha adalah sebagai berikut :

1. Beritikad baik dalam melakukan kegiatan usahanya;
2. Memberikan informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan atau/jasa serta memberikan penjelasan penggunaan, perbaikan, dan pemeliharaan;
3. Memperlakukan atau melayani konsumen secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif;
4. Menjamin mutu barang dan / atau jasa yang diproduksi dan atau diperdagangkan berdasarkan ketentuan standar mutu barang dan atau/jasa yang berlaku ;
5. Memberi kesempatan kepada konsumen untuk menguji, dan atau mencoba barang dan atau/jasa tertentu serta memberi jaminan dan / atau garansi atas barang yang dibuat dan/atau diperdagangkan;
6. Memberi kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian atas kerugian akibat penggunaan, pemakaian dan pemanfaatan barang dan/atau jasa yang diperdagangkan;
7. Memberi kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian apabila barang dan /atau jasa yang diterima atau dimanfaatkan tidak sesuai dengan perjanjian;

Akibat dari proses industrialisasi dalam memproses produk tersebut timbul permasalahan hukum sehubungan dengan adanya barang-barang atau produk yang cacat yang merugikan pihak konsumen, baik arti finansial, dan non finansial bahkan kerugian jiwa. Permasalahannya adalah dalam rangka tuntutan pihak korban akibat produk atau barang yang cacat (*defective product*) tersebut.²⁵

State of The Art serupa dengan *unavoidably unsafe defence*, dimana ketiadaan pengetahuan atau kemampuan untuk menghilangkan bahaya yang diduga digunakan untuk menentukan apakah sebuah produk benar-benar aman. Ahmad Miru berpendapat oleh karena pengertian harapan yang wajar dari

²⁵Erman Raja Guk Guk, Nurmadjito, Sri Rejeki Hartono, dkk, *Hukum Perlindungan Konsumen* Mandar Maju, Bandung, 2000, Hal 52

konsumen sangat abstrak, maka ada beberapa hal yang perlu dipertimbangkan dalam menentukan harapan yang wajar dari konsumen, yaitu :²⁶

- a. Pengetahuan/ pengalaman konsumen terhadap produk yang sama
- b. Kepercayaan konsumen terhadap produsen/ pengetahuan produsen tentang kekurangan bahaya produk
- c. Harga produk
- d. Informasi yang disampaikan produsen tentang produk tersebut.

Berdasarkan bahan dan penggunaannya serta untuk maksud evaluasi produk kosmetik dibagi 2 dua golongan : ²⁷

1. Kosmetik Golongan I (satu) adalah :
 - a. Kosmetik yang digunakan untuk bayi
 - b. Kosmetik yang digunakan disekitar mata, rongga mulut dan mukosa lainnya
 - c. Kosmetik yang mengandung bahan dengan persyaratan kadar dan penandaan
 - d. Kosmetik yang mengandung bahan dan fungsinya belum lazim serta belum diketahui keamanan dan kemanfaatannya
2. Kosmetik Golongan II (kedua) adalah kosmetik yang tidak termasuk kedalam golongan I seperti kosmetik-kosmetik yang berbahaya atau tidak terdaftar.

Dalam Keputusan Kepala Badan Pengawas Obat Dan Makanan Republik Indonesia Nomor HK.00.05.41745 Tahun 2003 Tentang *Kosmetik* pasal 23 ayat I yang berkaitan dengan informasi yang dicantumkan di wadah dinyatakan bahwa :

“Pada etiket wadah dan atau pembungkus harus dicantumkan informasi atau keterangan mengenai :

- a) Nama produk;
- b) Nama dan alamat produsen atau importir/ penyalur;
- c) Ukuran, isi atau berat bersih ;

²⁶Ahmadi Miru, Sutarnan Yodo, *Hukum Perlindungan Konsumen*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, Hal 164

²⁷Keputusan Kepala Badan Pengawas Obat Dan Makanan Republik Indonesia Nomor HK.00.05.41745 Tahun 2003 Tentang *Kosmetik*, pasal 3

- d) Komposisi dengan nama bahan sesuai dengan kodeks kosmetik Indonesia atau nomenklatur lainnya yang berlaku;
- e) Nomor izin edar;
- f) Nomor batch/kode produksi;
- g) Kegunaan dan cara penggunaan kecuali untuk produk yang sudah jelas penggunaannya;
- h) Bulan dan tahun kadaluarsa bagi produk yang stabilitasnya kurang dari 30 bulan;
- i) Penandaan lain yang berkaitan dengan keamanan dan atau mutu;

b) Perlindungan konsumen Terhadap Penggunaan Kosmetik (Pemutih Wajah) Yang Mengandung Zat Berbahaya Berdasarkan Pada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen

Memberikan perlindungan terhadap konsumen pengguna kosmetik (pemutih wajah) dari penggunaan zat-zat berbahaya yang terkandung didalamnya adalah merupakan suatu keharusan yang harus dilakukan baik oleh pemerintah pada umumnya dan khususnya oleh Badan Pengawasan Obat Dan Makanan (BPOM) sebagai lembaga yang berwenang untuk hal ini.

Pengawasan dari Badan Pengawas Obat dan Makanan (BPOM) Republik Indonesia sebagai suatu lembaga yang ditunjuk oleh Pemerintah dalam melakukan pengawasan terhadap peredaran kosmetik di Indonesia.

BPOM dalam tugasnya melakukan pembimbingan, pengawasan dan pemeriksaan terhadap kegiatan mulai dari proses produksi, impor, peredaran, penggunaan, dan promosi kosmetik. Seperti yang diatur didalam Bab VIII tentang Pemberian bimbingan pada pasal 32 Keputusan Kepala Badan Pengawas Obat dan Makanan Republik Indonesia Nomor HK.005.4.1745 Tentang Kosmetik dinyatakan bahwa²⁸ “pemberian bimbingan terhadap penyelenggaraan kegiatan produksi, impor, peredaran dan penggunaan kosmetik dilakukan oleh kepala Badan”. Kepala BPOM dalam tugas terhadap bimbingan dan pengawasan serta pemeriksaan juga mengikutsertakan organisasi profesi dan asosiasi terkait.

²⁸Pasal 32 Keputusan Kepala Badan Pengawas Obat dan Makanan Republik Indonesia Nomor HK.005.4.1745 Tentang *Kosmetik*

Dalam pasal 4 ayat 1 dan 2 Peraturan Kepala Badan Pengawas Obat Dan Makanan Republik Indonesia Nomor HK.03.1.23.12.11.10052 Tahun 2011 Tentang Pengawasan Produksi Dan Peredaran Kosmetika dinyatakan bahwa : ²⁹

Ayat 1 Pengawasan sarana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 huruf a dilakukan terhadap:

- a. Industri kosmetika;
- b. Importir kosmetika;
- c. Usaha perorangan/badan usaha yang melakukan kontrak produksi dengan industri kosmetika yang telah memiliki izin produksi;
- d. Distribusi ; dan
- e. Penjualan kosmetika melalui media elektronik.

Ayat 2 Pengawasan sarana distribusi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf d dilakukan namun tidak terbatas pada :

- a. Distributor ;
- b. Agen ;
- c. Klinik kecantikan, salon, spa;
- d. Swalayan , apotik, toko obat, toko kosmetika;
- e. Stokis Multi Level Marketing (MLM); dan
- f. Pengecer.

Pemberian bimbingan terhadap penyelenggaraan kegiatan produksi, impor, peredaran dan penggunaan kosmetik diarahkan untuk hal-hal sebagai berikut :³⁰

- a. Menjamin mutu dan keamanan kosmetik yang beredar;
- b. Meningkatkan kemampuan teknik dan penerapan Cara Pembuatan Kosmetik Yang Baik;
- c. Mengembangkan usaha dibidang kosmetik;

²⁹pasal 4 ayat 1 dan 2 Peraturan Kepala Badan Pengawas Obat Dan Makanan Republik Indonesia Nomor HK.03.1.23.12.11.10052 Tahun 2011 Tentang Pengawasan Produksi Dan Peredaran Kosmetika

³⁰Ibid., Pasal 34

Selain pemberian bimbingan oleh BPOM, juga dilakukan tindakan pengawasan yang dilakukan oleh kepala Badan guna mengontrol produksi, impor, peredaran, penggunaan dan promosi kosmetik khususnya kosmetik pemutih wajah.

Tindakan pengawasan yang dilakukan oleh Kepala Badan mencakup pelaksanaan fungsi sekurang-kurangnya sebagai berikut :

- a) Melakukan standarisasi terhadap produk kosmetik yang akan diproduksi, di impor, diedarkan, digunakan dan promosi kosmetik
- b) Melakukan penilaian terhadap produksi diproduksi, di impor, diedarkan, digunakan dan promosi kosmetik
- c) Melakukan tindakan pemantauan
- d) Melakukan pengujian terhadap produk kosmetik telah diproduksi, di impor dan digunakan oleh pihak konsumen
- e) Melakukan pemeriksaan, pemeriksaan dilakukan terhadap kegiatan produksi, impor, peredaran, penggunaan dan promosi kosmetik. Dalam melakukan pemeriksaan terhadap segala kegiatan yang diatas maka Kepala Badan dapat mengangkat pemeriksa.

Pemeriksaan terhadap kegiatan produksi, impor, peredaran, penggunaan dan promosi kosmetik meliputi kewenangan untuk :

1. Memasuki setiap tempat yang digunakan atau diduga digunakan dalam kegiatan produksi, impor distribusi, penyimpanan, pengangkutan, dan penyerahan kosmetik untuk memeriksa, meneliti dan mengambil contoh segala sesuatu yang digunakan dalam kegiatan produksi, impor, distribusi, penyimpanan, pengangkutan dan penyerahan kosmetik.
2. Melakukan pemeriksaan dokumen atau catatan lain yang memuat atau diduga memuat keterangan mengenai kegiatan produksi, impor, distribusi, penyimpanan, pengangkutan, dan penyerahan kosmetik termasuk mengandakan atau mengutip keterangan tersebut
3. Memerintahkan untuk memperlihatkan izin usaha atau dokumen lain.

f) Melakukan penyidikan

Penyidikan yang dilakukan oleh pihak BPOM meliputi juga tindakan pemeriksaan menunjukkan adanya dugaan atau patut diduga adanya tindak pidana dibidang kosmetik segera dilakukan penyidikan oleh penyidik BPOM.

Pelanggaran terhadap ketentuan dalam keputusan ini dapat diberikan sanksi administrasi berupa :

- a. Peringatan tertulis
- b. Penarikan kosmetik dari peredaran termasuk penarikan iklan
- c. Pemusnahan kosmetik
- d. Penghentian sementara kegiatan produksi, impor, distribusi penyimpanan pengangkutan dan penyerah kosmetik
- e. Pencabutan sertifikat dan atau izin edar

Konsep perlindungan yang seharusnya dilakukan BPOM (Badan Pengawas Obat dan Makanan) terhadap konsumen pengguna kosmetik (pemutih wajah) mengandung zat-zat yang berbahaya dilakukan dengan memperhatikan asas-asas perlindungan sesuai dengan ketentuan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen diantaranya asas keamanan dan keselamatan konsumen, memberikan jaminan keamanan dan keselamatan konsumen atas barang atau jasa yang di gunakan

Dalam pelaksanaan dilapangan BPOM harus mampu pula memberikan kontrol terhadap keamanan dan keselamatan konsumen atas produk yang dikonsumsi. Jangan sampai konsumen selalu merasa was-was atas penggunaan produk kosmetik (pemutih) yang paling banyak dikonsumsi wanita, dan khawatir akan menimbulkan penyakit pada kulit serta membuat kulit rusak.

Menurut BPOM ada 43 produk kosmetik yang mengandung zat berbahaya diantaranya sebagai berikut :³¹

1. Aichun Beauty Night Cream (produk impor dari Taiwan oleh CV Crystal Beauty – Jakarta) dan Anima40 Day Cream (produk impor dari Taiwan oleh CV Crystal Beauty Jakarta) serta Anima40 Night Cream (produk impor dari Taiwan oleh CV Crystal Beauty Jakarta)

³¹<http://femaledaily.com/blog/2016/07/05/inilah-43-produk-kosmetik-berbahaya-menurut-bpom-2016/> dikutip pada tanggal 12 Mei 2017

2. Beauty Girls Pearl Cream (produk impor dari Taiwan oleh CV Crystal Beauty – Jakarta), Bioclinic Night Cream (produk impor dari Taiwan oleh CV Crystal Beauty Jakarta, DR Herbal Night Cream (produk impor dari Taiwan oleh CV Crystal Beauty – Jakarta)
3. La Bella Esther Night Cream (produk impor dari Taiwan oleh CV Crystal Beauty – Jakarta), La Bella Day Cream (produk impor dari Taiwan oleh CV Crystal Beauty – Jakarta), La Bella Night Cream (produk impor dari Taiwan oleh CV Crystal Beauty – Jakarta)
4. La Widya Curcumin Night Cream (produk impor dari Taiwan oleh PT Sinar Dios Abadi – Jakarta) Biogold Day Cream (produksi oleh Pasifik Ocean – Jakarta), Biogold Night Cream (produksi oleh Pasifik Ocean – Jakarta) Clariderm Day Cream (nomor izin edar telah dicabut NA 18140102011)
5. Clariderm Night Cream (nomor izin edar telah dicabut NA 18140102010)

Untuk melindungi konsumen terhadap kosmetik yang mengandung zat berbahaya, maka pemerintah melakukan berbagai cara, diantaranya :

1. Melakukan pengawasan terhadap pedagang yang menjual kosmetik yang mengandung zat berbahaya yang ada di supermarket, pasar dan khususnya media online. Sesuai dengan Undang-Undang Perlindungan Konsumen tentang Penyidikan yang terdapat pada Pasal 59 yang menyebutkan bahwa:
 - (1) Selain pejabat polisi Negara Republik Indonesia, Pejabat Pegawai Negeri Sipil tertentu di lingkungan instansi pemerintah yang lingkup tugas dan tanggung jawab di bidang perlindungan konsumen juga diberi wewenang khusus sebagai penyidik sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Hukum Acara Pidana yang berlaku.
 - (2) Penyidik Pegawai Negeri Sipil sebagaimana yang dimaksud pada pasal (1) berwenang :
 - a. Melakukan pemeriksaan atas kebenaran laporan atau keterangan berkenaan dengan tindak pidana di bidang perlindungan konsumen.
 - b. Melakukan pemeriksaan terhadap pihak atau badan hukum yang diduga melakukan tindak pidana di bidang perlindungan konsumen.

- c. Meminta keterangan dari pihak atau badan hukum berhubungan dengan tindak pidana di bidang perlindungan konsumen.
- d. Melakukan pemeriksaan atas pembukuan, pencatatan, dan dokumen lain dengan tindak pidana di bidang perlindungan konsumen.
- e. Melakukan pemeriksaan di tempat tertentu yang diduga terdapat barang bukti pembukuan, pencatatan dan dokumen lain.
- f. Meminta bantuan ahli dalam rangka pelaksanaan tugas penyidikan tindak pidana di bidang perlindungan konsumen.

Pada pasal 30 Undang-Undang Perlindungan Konsumen tentang Pengawasan menyatakan bahwa :

- (1) Pengawasan terhadap penyelenggaraan perlindungan konsumen serta
- (2) Penerapan ketentuan peraturan perundang-undangan diselenggarakan oleh pemerintah dan masyarakat, dan lembaga perlindungan konsumen swadaya masyarakat.
- (3) Pengawasan oleh pemerintah sebagaimana yang dimaksud pada pasal (1) dilaksanakan oleh menteri dan / atau menteri teknis yang terkait.

Dalam hal ini BPOM telah mengambil beberapa tindakan diantaranya melakukan Sidak atau Inspeksi Mendadak dan mengeluarkan Public Warning/Peringatan seperti yang dilakukan pada Juni 2016 melalui Lampiran Public Warning NO.IN.05.03.1.43.06.16.2848 tanggal 30 Juni 2016 tentang kosmetika mengandung bahan berbahaya didalamnya terdapat lebih kurang 43 produk kosmetik yang berbahaya.

Pelaku usaha kosmetik cream pemutih wajah termasuk pula para pedagang yang memperjualbelikannya harus bertanggung jawab secara penuh sesuai dengan pengaturan pasal 19 sampai pasal 28 Undang-Undang No 8 tahun 1999, dikatakan bahwa pelaku usaha bertanggung jawab memberikan ganti rugi atas kerusakan, pencemaran, kerusakan dan kerugian konsumen, pencemaran dan kerugian, dan kerugian konsumen .

Prinsip tanggung jawab atau yang dikenal sebagai tanggung gugat (*liability*) merupakan suatu hal yang penting dalam memberikan

perlindungan terhadap konsumen. Secara umum prinsip tanggung jawab³² ini terbagi atas beberapa bagian diantaranya adalah sebagai berikut :

- 1) Prinsip tanggung jawab yang didasarkan atas unsur kesalahan
Prinsip tanggung jawab berdasarkan unsur kesalahan (*fault liability atau liability on fault*) adalah merupakan prinsip yang cukup umum berlaku dalam hukum pidana dan perdata, khususnya pasal 1365 dan pasal 1366 serta 1367, prinsip ini dipegang secara teguh. Prinsip ini menyatakan, seseorang baru dapat dimintakan pertanggungjawabannya secara hukum jika ada unsur kesalahan yang dilakukannya.
- 2) Prinsip praduga untuk selalu bertanggung jawab
Prinsip ini menuntut untuk selalu dianggap bertanggung jawab, sampai pihak yang bersalah dapat membuktikan tidak bersalah.
- 3) Prinsip tidak selalu bertanggung jawab
Prinsip ini kebalikan dari prinsip kedua, prinsip ini hanya dikenal dalam lingkup transaksi konsumen yang sangat terbatas.
- 4) Prinsip tanggung jawab secara mutlak
Prinsip tanggung jawab secara mutlak, mengandung pengertian kesalahan tidak sebagai faktor yang menentukan, dalam hukum perlindungan konsumen secara umum digunakan untuk menjerat pelaku usaha, khususnya produsen barang, yang memasarkan produknya merugikan konsumen.
- 5) Prinsip tanggung jawab dengan pembatasan
Pengaturan mengenai pengawasan juga diatur didalam Pasal 8 ayat 1 dan pasal 9 pengawasan oleh masyarakat Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2001 Pembinaan Dan Pengawasan Penyelenggaraan Perlindungan Konsumen bahwa: ³³
Pasal 8 ayat 1 “Pengawasan oleh pemerintah dilakukan terhadap pelaku usaha dalam memenuhi standar mutu produksi barang dan/atau jasa, penantunan label dan klausa baku, serta pelayanan purna jual barang dan/atau jasa. Pelayanan purna jual yang pelayanan yang dilakukan oleh pelaku usaha terhadap konsumen, misalnya tersedianya suku cadang dan jaminan atau garansi”.

³²Shidarta, Op Cit, Hal 72-79

³³Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2001 Pembinaan Dan Pengawasan Penyelenggaraan Perlindungan Konsumen

Pasal 9 Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2001 tentang Pembinaan dan Pengawasan Penyelenggaraan Perlindungan Konsumen, ditentukan bahwa:

1. Pengawasan oleh masyarakat dilakukan terhadap barang dan/atau jasa yang beredar di pasar.
2. Pengawasan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan dengan cara penelitian, pengujian, dan atau survei.
3. Aspek pengawasan meliputi pemuatan informasi tentang risiko penggunaan barang jika diharuskan, pemasangan label, pengiklanan, dan lain-lain yang disyaratkan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dan kebiasaan dalam praktik dunia usaha.
4. Hasil pengawasan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2), dapat disebarluaskan kepada masyarakat dan dapat disampaikan kepada Menteri dan menteri teknis

Perlindungan yang diberikan kepada konsumen khususnya konsumen krim pemutih wajah oleh Undang-Undang No.8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen sangatlah jelas bahwa konsumen dilindungi hak-haknya.

Saat ini tinggal bagaimana konsumen khususnya para wanita sebagai pemakai produk krim pemutih harus lebih berhati-hati dan waspada serta teliti dalam menggunakan krim pemutih wajah. Jangan mudah tergiur oleh iklan, rayuan dan serta tawaran -tawaran instan untuk memiliki wajah yang putih dan bersih secara instan dari produk krim pemutih wajah yang mengandung bahan berbahaya. Saatnya kita sebagai wanita menjadi konsumen yang cerdas, lebih pandai dan teliti untuk memilih dan menggunakan kosmeti krim pemutih wajah, jangan mudah terayu dan mudah percaya terhadap produk kecantikan .

Sebelum memutuskan menggunakan produk pemutih, sebaiknya Anda perlu mengenali jenis kulit wajah Anda. Jenis kulit juga menentukan tingkat efektivitas pemakaian produk pemutih dan efek yang ditimbulkannya. Bagi Anda yang memiliki jenis kulit kering, sebaiknya menggunakan produk pemutih berbentuk krim, sedangkan untuk kulit berminyak pilihlah produk pemutih yang berbentuk lotion. Selain jenis kulit, sebaiknya pilihlah produk pemutih yang menggunakan kandungan alami yang pastinya akan lebih aman bagi kulit, seperti pemutih yang menggunakan kandungan vitamin C. Dalam

memilih produk pemutih, kita perlu menerapkan langkah-langkah aman sebagai yaitu lihat kandungan dan dosis zat kimia dalam produk tersebut, apakah cukup aman untuk kulit atau tidak, perhatikan jenis produknya, Sebelum menggunakannya di wajah, tes dulu di belakang telinga. Karena daerah inilah yang memiliki indikasi jenis kulit yang sama dengan kulit wajah. Jangan mencobanya di punggung tangan seperti yang selama ini banyak diinformasikan. Karena jenis kulit tangan berbeda dengan jenis kulit wajah. Pilihlah pemutih yang tidak menggunakan parfum atau pengharum, bagi yang alergi akan sesuatu. Jangan pernah menggunakan produk pemutih yang berbahan dasar zat kimia lebih dari tiga bulan. Karena setelah melewati tahap tersebut, proses regenerasi atau perbaikan kulit akan lebih sulit

IV. PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan pada uraian diatas mengenai “ Perlindungan konsumen Terhadap Penggunaan Kosmetik (Pemutih Wajah) Yang Mengandung Zat Berbahaya Berdasarkan Pada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen” dapat disimpulkan bahwa perlindungan kepada konsumen pengguna kosmetik khususnya kosmetik pemutih wajah dapat dilakukan lebih optimal tidak hanya dilakukan oleh pemerintah melalui BPOM tetapi juga masyarakat khususnya konsumen pengguna kosmetik krim pemutih wajah.

B. Saran

Sebelum memutuskan menggunakan produk pemutih, sebaiknya konsumen perlu mengenali jenis kulit wajah. Jenis kulit juga menentukan tingkat efektivitas pemakaian produk pemutih dan efek yang ditimbulkannya. Bagi Anda yang memiliki jenis kulit kering, sebaiknya menggunakan produk pemutih berbentuk krim, sedangkan untuk kulit berminyak pilihlah produk pemutih yang berbentuk lotion. Selain jenis kulit, sebaiknya pilihlah produk pemutih yang menggunakan kandungan alami yang pastinya akan lebih aman bagi kulit, seperti pemutih yang menggunakan kandungan vitamin C. Dalam memilih produk pemutih, kita perlu menerapkan langkah-langkah aman sebagai yaitu lihat kandungan dan dosis zat kimia dalam produk tersebut,

apakah cukup aman untuk kulit atau tidak, perhatikan jenis produknya, Sebelum menggunakannya di wajah, tes dulu di belakang telinga Anda. Karena daerah inilah yang memiliki indikasi jenis kulit yang sama dengan kulit wajah. Jangan mencobanya di punggung tangan seperti yang selama ini banyak diinformasikan. Karena jenis kulit tangan berbeda dengan jenis kulit wajah. Pilihlah pemutih yang tidak menggunakan parfum atau pengharum, bagi Anda yang alergi akan sesuatu. Jangan pernah menggunakan produk pemutih yang berbahan dasar zat kimia lebih dari tiga bulan. Karena setelah melewati tahap tersebut, proses regenerasi atau perbaikan kulit akan lebih sulit.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Ahmadi Miru, Sutarman Yodo (2004), *Hukum Perlindungan Konsumen*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- A. Z Nasution (1995), *Konsumen dan Hukum*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta.
- Erman Raja Guk Guk, Nurmadjito, Sri Rejeki Hartono, dkk (2000), *Hukum Perlindungan Konsumen* Mandar Maju, Bandung.
- Jhon Rawls, *A Theory Of Justice (revised edition)*, The Belknap Press Of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, dialih bahasa oleh Bambang Iriana (1991), Jakarta : Sinar Grafika, Jakarta.
- N.H.T Siahaan (2005), *Hukum Konsumen Perlindungan Konsumen Dan Tanggung Jawab Produk*, Panta Rei , Jakarta.
- Shidarta (2004), *Hukum Perlindungan Konsumen Indonesia*, PT. Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta.

B. Peraturan perundang-undangan

- Undang-Undang nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen
- Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 Tentang Kesehatan
- Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2001 Pembinaan Dan Pengawasan Penyelenggaraan Perlindungan Konsumen
- Peraturan Menteri Kesehatan RI No.445/MENKES/ PER/V/1998 Tentang *Bahan Zat Warna , Substratum,Zat Pengawet dan Tata Surya Pada Kosmetika*
- Peraturan Menteri Kesehatan Republik Indonesia Nomor 1175/MENKES/ PER/VIII/2010 Tentang Izin Produksi Kosmetik
- Keputusan Kepala Badan Pengawas Obat Dan Makanan Republik Indonesia Nomor : HK.00.05.4.3870 Tahun 2003 Tentang Pedoman Cara Pembuatan Kosmetik Yang Baik
- Peraturan Kepala Badan Pengawas Obat Dan Makanan Republik Indonesia

Nomor HK.03.1.23.12.11.10052 Tahun 2011 Tentang Pengawasan
Produksi Dan Peredaran Kosmetika

C. Internet

[http://www.pom.go.id/new/index.php/view/pers/339/PENERTIBAN
KOSMETIKA-IMPOR-ILEGAL-DAN--KOSMETIKA-MENGANDUNG
BAHAN-BERBAHAYA---Berantas-Produk-Ilegal-dan-Berbahaya-untuk
Keadilan-dalam-Berusaha](http://www.pom.go.id/new/index.php/view/pers/339/PENERTIBAN_KOSMETIKA-IMPOR-ILEGAL-DAN--KOSMETIKA-MENGANDUNG_BAHAN-BERBAHAYA---Berantas-Produk-Ilegal-dan-Berbahaya-untuk_Keadilan-dalam-Berusaha), diakses pada tanggal 9 Mei 2017

[http://femaledaily.com/blog/2016/07/05/inilah-43-produk-kosmetik-
berbahaya-menurut-bpom-2016/](http://femaledaily.com/blog/2016/07/05/inilah-43-produk-kosmetik-berbahaya-menurut-bpom-2016/) diakses pada tanggal 12 Mei 2017

6 PROSPEK BISNIS PERTAMBANGAN MINERAL DAN BATUBARA SEJAK KELUARNYA KEBIJAKAN PELARANGAN EKSPOR BERDASARKAN UNDANG-UNDANG NO. 4 TAHUN 2009 TENTANG PERTAMBANGAN MINERAL DAN BATUBARA

Surizki Febrianto

I. Pendahuluan

Mineral dan batubara yang terkandung dalam wilayah hukum pertambangan Indonesia merupakan kekayaan alam tak terbarukan sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa yang mempunyai peranan penting dalam memenuhi hajat hidup orang banyak, karena itu pengelolaannya harus dikuasai oleh Negara untuk memberinilai tambah secara nyata. Oleh karena itu, pengelolaan tambang dan mineral harus memberi nilai tambah bagi perekonomian nasional. Untuk mencapai hal dimaksud, pengelolaan pertambangan mineral harus berazaskan kepada manfaat, keadilan dan keseimbangan serta keberpihakan kepada kepentingan bangsa dan negara.

Kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara yang merupakan kegiatan usaha pertambangan di luar panas bumi, minyak dan gas bumi serta air tanah mempunyai peranan penting dalam memberikan nilai tambah secara nyata kepada pertumbuhan ekonomi nasional dan pembangunan daerah secara berkelanjutan.

Sejalan dengan hal tersebut, pemerintah senantiasa terus melakukan upaya-upaya untuk mendorong para pelaku usaha agar terus berbenah diri dan melakukan terobosan-terobosan sehingga dapat mendongkrak nilai tambah tambang dan mineral Indonesia ke posisi yang dapat mensejahterakan rakyat dan menentukan bagi perdagangan tambang dan mineral dunia. Niat baik pemerintah dalam mendorong para pelaku usaha untuk peningkatan nilai tambah tambang dan mineral dimaksud, sebagaimana tertuang didalam Undang-undang No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (Minerba), dimana didalam UU tersebut telah mengatur

tentang kewajiban pengolahan dan pemurnian tambang dan mineral yang diberlakukan selambat-lambatnya 5 (lima) tahun sejak UU dimaksud diundangkan pada tanggal 12 Januari 2009 sehingga pemberlakuan pengolahan dan pemurnian tambang dan mineral jatuh pada bulan Januari 2014. Sebagai akibat dari diundangkan UU No 4 Tahun 2009 tersebut, secara nasional telah terjadi peningkatan ekspor bijih mineral secara besar-besaran dalam periode 3 tahun terakhir.

Dalam rangka pengendalian ekspor bijih mial dan mendorong industri hilir, pemerintah telah mengeluarkan Peraturan Pemerintah (PP) No 23 tahun 2010 yang telah diubah dengan PP No 24 tahun 2012 tentang pelaksanaan kegiatan usaha pertambangan Mineral dan Batubara. Selanjutnya dikeluarkan beberapa peraturan terkait seperti Peraturan Menteri ESDM No. 7 Tahun 2012 yang kemudian disempurnakan dengan 2 Permen ESDM No 11 tahun 2012 tentang Peningkatan Nilai Tambah Mineral melalui kegiatan Pengelolaan dan Pemurnian Mineral (*smelter*), dimana materi pokok yang terkandung didalamnya menyebutkan bahwa perusahaan pertambangan dapat melakukan ekspor bijih (*ores*) mineral ke luar negeri sebelum tahun 2004 apabila telah mendapatkan rekomendasi dari Menteri ESDM. Peraturan terkait lainnya yang telah diterbitkan dalam rangka menunjang pelaksanaan UU Minerba tersebut, adalah Permendag No 29 tahun 2012 tentang ketentuan ekspor produk pertambangan dan Permenkeu No. 75 Tahun 2012 tentang Penetapan Barang yang dikenakan Bea Keluar dan Tarif Bea Keluar.

Berkaitan dengan berbagai permasalahan tersebut, dan berdasarkan Surat Permintaan Kerjasama kajian tambang dan mineral dari Direktorat Eskpor Industri dan Pertambangan (Ditjen Daglu) Nomor: 1022/DAGLU.3.4/ND/8/2013 tertanggal 13 Agustus 2013, maka Pusat Kebijakan Perdagangan Luar Negeri akan melakukan evaluasi terhadap dampak kebijakan dimaksud, terutama yang berkaitan dengan pelarangan ekspor dalam bentuk bijih (*raw material* atau *ores*) atas komoditi Tambang dan Mineral yang akan diberlakukan pada bulan Januari 2014.

Hal ini sesuai dengan paparan Charles Himawan yang mengatakan :

“peraturan-peraturan itu kadang-kadang demikian banyaknya sehingga menimbulkan kekaburan akan hukum yang berlaku. Untuk memanfaatkan modal multinasional secara maksimal butuh kejernihan hukum. Selanjutnya dikemukakan, apabila hukum yang berwibawa berarti hukum yang ditaati orang, baik orang yang

membuat hukum itu maupun orang terhadap siapa hukum itu ditujukan, akan terlihat disini kaitan antara manusia dan hukum”.¹

Ada faktor kekuatan, kelemahan, tantangan dan peluang yang menunggu industri pertambangan ini kedepannya yaitu :²

1. Faktor Kekuatan

Sektor pertambangan merupakan salah satu pilar pembangunan ekonomi nasional dan menjadi salah satu industri strategis yang punya peranan penting bagi Indonesia. Harga komoditas SDA yang kuat dan kembalinya minat investor atas industri pertambangan telah memacu nilai pasar perusahaan pertambangan. Walaupun tingkat keuntungan perusahaan tambang Indonesia lebih rendah dibandingkan dengan rata-rata global karena kenaikan yang tinggi yang dinikmati pemain global. Namun tingkat pengembalian atas investasi tambang, Indonesia masih kuat.

2. Faktor Kelemahan

Salah satu kelemahan industri pertambangan Indonesia yaitu rumitnya regulasi-regulasi pertambangan dalam mengontrol perusahaan-perusahaan tambang. regulasi pemerintah pusat dan pemerintah daerah yang seringkali dibuat tidak komprehensif dengan mempertimbangan kepentingan semua pihak. Banyak peraturan daerah juga kerap tumpang tindih dengan regulasi yang ada sebelumnya, dan tidak sedikit pula yang bertolak belakang satu sama lain.

3. Faktor Tantangan

Tantangan terbesar bagi kalangan pertambangan ialah menghadapi iklim perubahan paradigma di Indonesia seperti perubahan politik dan peraturan; perlunya renegotiasi kontrak; larangan ekspor hasil tambang yang masih berbentuk bahan baku; pengurangan lahan usaha untuk eksplorasi maupun untuk eksploitasi dsb. Serta suasana dan pandangan politik yang tidak bersahabat pada pertambangan pada umumnya. Selain itu keterlambatan dalam mengubah persepsi investor mengenai iklim investasi dapat menyebabkan Indonesia kehilangan keuntungan ekonomi yang signifikan dari kemajuan industri pertambangan.

1 Charles Himawan, *Hukum Sebagai Panglima*, Cet 1, Penerbit Kompas, Jakarta, 2003, Hal. 113-115.

2http://www.kompasiana.com/heriyanto_rantelino/mengintip-prospek-industri-pertambangan-indonesia_552a462ef17e614670d6246d

Selain itu, banyaknya perusahaan pertambangan yang saat ini tidak memperhatikan Analisis Dampak Lingkungan (AMDAL) membuat masyarakat menyamaratakan semua perusahaan pertambangan sebagai biang kehancuran dan pencemaran lingkungan sehingga terkadang masyarakat melakukan demonstrasi penutupan lahan pertambangan. Oleh karena itu, suatu kerja keras bagi perusahaan pertambangan yang mendukung gerakan hijau untuk meyakinkan masyarakat mengenai langkah dan kontribusi mereka pada lingkungan

4. Faktor Peluang

Melalui program Corporate Social Responsibility (CSR), sektor pertambangan memiliki peran aktif dalam pengembangan komunitas masyarakat di daerah sekitar pertambangan baik itu di bidang pendidikan, kesehatan, ekonomi, dan pemberdayaan generasi muda. Selain itu, dengan berlanjutnya lonjakan pertambangan global dan adanya proyek ekspansi baru yang potensial di masa depan, lapangan pekerjaan yang ditawarkan industri pertambangan sangat menjanjikan.

Bagi industri pertambangan, masyarakat menginginkan agar perusahaan pertambangan mampu mengadopsi sistem usaha “good governance” dan “sustainable development” terutama di daerah-daerah pertambangan dan juga mampu menyelesaikan daya saing sistem perpajakan dan royaltinya terhadap negara. Bagi pemerintah, masyarakat berharap agar melaksanakan segala kebijakan yang telah ditetapkan, menjamin keadilan dalam divestasi kepemilikan asing dan penutupan tambang, dan mampu merancang / menyelesaikan Undang-Undang Pertambangan yang baru dan dimasukkannya sistem kontrak sistem kontrak tambang dalam Undang-Undang Pertambangan yang baru yang mirip dengan sistem kontrak karya. Sektor pertambangan seperti buah simalakama, yang membawa keuntungan dan kerugian bagi suatu negara. Pada awalnya, setiap orang akan merasa gembira ketika suatu lahan pertambangan dibuka di daerahnya. Mereka akan berharap bahwa mereka akan mendapat pekerjaan yang layak, terjadi peningkatan anggaran daerah dan peningkatan ekonomi masyarakat. Namun pada akhirnya industri pertambangan yang dipromosikan menunjukan awal suatu keburaman masa depan generasi yang akan datang daerah. Satu persatu kasus pertambangan batubara menunjukan petaka bagi warganya, mulai dari polusi udara, polusi suara, polusi air, polusi tanah, banjir dan longsor. Semoga industri pertambangan Indonesia terus melakukan inovasi dalam

menciptakan perubahan yang lebih baik lagi kedepannya. Salam lestari untuk pertambangan Indonesia.

II. Peraturan serta Kebijakan Keberadaan Tambang dan Mineral di Indonesia

Pasal 33 Undang-Undang Dasar (UUD) 1945 mengamanatkan bahwa bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan sebesar-besar untuk kemakmuran rakyat. Amanat UUD 1945 ini merupakan landasan pembangunan pertambangan dan energi untuk memanfaatkan potensi kekayaan sumberdaya alam mineral dan energi yang dimiliki secara optimal dalam mendukung pembangunan nasional yang berkelanjutan. Tambang, mineral dan batubara yang terkandung dalam wilayah hukupertambangan Indonesia merupakan kekayaan alam tak terbarukan sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa yang mempunyai peranan penting dalam memenuhi hajat hidup orang banyak. Oleh karena itu, pengelolaannya harus dikuasai oleh Negara untuk memberi nilai tambah secara nyata bagi perekonomian nasional dalam usaha mencapai kemakmuran dan kesejahteraan rakyat secara berkeadilan.

Pertambangan adalah suatu kegiatan pengambilan endapan bahan galian berharga dan bernilai ekonomis dari dalam kulit bumi, baik secara mekanis dan manual pada permukaan bumi, dibawah permukaan bumi air. Pemerintah Republik Indonesia melalui Peraturan Pemerintahan No 27 tahun 1980 membagi bahan galian menjadi 3 golongan yaitu :

1. Bahan galian strategis disebut bahan galian golongan A terdiri dari : minyak bumi, bitumen cair, lilin beku, gas alam, bitumen padat, aspal, antrasit, batu bara muda, uranium radium, thorium bahan galian radioaktif lainnya, nikel, kobalt, timah.
2. Bahan galian vital disebut pula sebagai bahan galian golongan B terdiri dari besi, molibden, khrom, wolfram, vanadium, titan, bauksit, tembaga, timbal, seng, emas, platina, perak, air raksa, arsen, antimon, bismut, ytrium, rhutenium, cerium, dan logamlogam langka lainnya, berillium, korundum, zirkon, kristal kuasa, kriolit, fluorspar, barit, yodium, brom, klor, belerang.
3. Bahan galian non strategis dan non vital, disebut pula sebagai bahan galian golongan C. Terdiri dari : nitrat, nitrit, fosfat, garam batu (halit),

asbes, talk, mika, grafit, magnesit, yarosit, leusit, tawas (alum), oker, batu permata, batu setengah permata, pasir kuarsa, kaolin, feldspar, gipsum, bentonit, tanah diatomea, tanah serap (fuller earth), batuapung, trass, obsidian, marmer, batu tulis, batu kapur, dolomit, kalsit, granit, andesit, basalt, trakhit, tanah liat, pasir, sepanjang tidak mengandung unsur-unsur mineral golongan A maupun golongan B dalam skala yang berarti dari segi ekonomipertambangan.

Penggolongan bahan galian di atas tidak terlepas dari Undang-Undang Pokok Pertambangan 1967 yang menegaskan bahwa penggolongan bahan galian didasarkan pada peranannya yang berbeda terhadap bangsa dan negara. Golongan A adalah mineral yang sangat penting bagi perekonomian negara karena mendatangkan devisa yang relatif besar. Golongan B adalah mineral yang menyangkut hajat hidup orang banyak, sedangkan golongan C adalah mineral yang diperlukan untuk bahan industri atau bangunan.

Sementara itu, berdasarkan kriteria komoditas tambang mineral yang dapat ditingkatkan nilai tambahnya dapat diklasifikasikan ke dalam 3 (tiga) golongan, yaitu mineral logam, mineral bukan logam dan batuan. Uraian masing-masing jenis komoditas tambang mineral tersebut adalah sebagai berikut:

1. Kelompok mineral logam merupakan jenis komoditas tambang mineral logam antaralain berupa bijih: tembaga, emas, perak, timah, timbal dan seng, kromium, molibdenum, platinum group metal, bauksit, bijih besi, pasir besi, nikel, kobalt, mangan dan antimon.
2. Kelompok mineral bukan logam terdiri dari berbagai jenis komoditi tambang mineral bukan logam yang meliputi: kalsit (batu kapur/gamping), feldspar, kaolin, bentonit, zeolit, silica, zircon dan Intan.
3. Adapun kelompok batuan merupakan jenis komoditas tambang batuan, antara lain: Toseki, Marmer, Onik, Perlit, Slate (batu sabak), Granit, Granodiorit, Gabro, Peridotit, Basalt, Opal, Kalsedon, Chert (rijang), Jasper, Krisoprase, Garnet, Giok, Agat dan Topas.
4. Dalam menyongsong kebijakan pelarangan ekspor barang mentah (*raw material*) tambang dan mineral pada bulan Januari tahun 2014, terdapat 15 (limabelas) perusahaan yang menyatakan kesiapan dengan fasilitas pengolahan dan pemurnian yang akan beroperasi pada tahun 2014. Dari ke 15 perusahaan tersebut, terdapat diantaranya 6 perusahaan yang

sudah mempersiapkan diri dengan progres fasilitas pengolahan dan pemurnian tambang dan mineral mencapai 100% untuk beroperasi pada tahun 2014. Dari ke 6 (enam) perusahaan tambang tersebut, antara lain PT. Delta Prima Steel dan PT. Meratur Jaya Iron Steel dengan hasil produksinya berupa Sponge Iron, PT. Indo Ferro dengan hasil produksi berupa Pig Iron, PT. Batutua Tembaga Raya dengan hasil pengolahannya berupa Copper Chatode, PT. Indotama Ferro Allays dan PT. Century Metalindo dengan hasil pengolahan berupa Silica Manganese. Sementara itu, ke 9 perusahaan lainnya progress fasilitas kesiapan pengolahan dan pemurnian untuk beroperasi pada tahun 2014 masih dibawah 75%.³

Dalam tiga tahun terakhir setelah UU No. 4 Tahun 2009 diterbitkan, secara nasional ada beberapa jenis bijih tambang dan mineral yang realisasinya mengalami peningkatan secara besar-besaran, diantaranya ekspor bijih nikel meningkat sebesar 800%, bijih besi meningkat 700%, dan bijih bauksit meningkat 500%. Dalam rangka pengendalian ekspor bijih mineral dan mendorong industri hilir, maka pemerintah mengeluarkan beberapa peraturan terkait diantaranya, Peraturan Menteri ESDM No 7 Tahun 2012 sebagaimana diubah dengan PerMen No. 11 tahun 2012, Peraturan Menteri Perdagangan No 29 tahun 2012 tentang Ketentuan Ekspor Produk Pertambangan dan Peraturan Menteri Keuangan No. 75 tahun 2012 mengenai Penetapan Harga Ekspor Untuk Penghitungan Bea Keluar. Pemerintah mengharuskan bea keluar bagi 14 mineral tambang diantaranya tembaga, emas, perak, timah, timbel, kromium, molibdenum, platinum, bauksit, bijih besi, pasir besi, nikel, mangan, dan antimon dengan range bea keluar yang akan dipungut bervariasi mulai dari 20% hingga 50% bergantung pada jenis mineral.

Peraturan Menteri ESDM No 7 Tahun 2012 diterbitkan dalam rangka untuk mengamankan terlaksananya amanat Undang-undang No 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, khususnya terkait dengan kewajiban pengolahan dan pemurnian mineral di dalam negeri paling lambat tanggal 12 Januari 2014. Kemudian Permen 07 Tahun 2012 tersebut diubah berdasarkan Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral RI No. 11 Tahun 2012 tertanggal 16 Mei 2012 yang menyebutkan bahwa perusahaan

³Sumber: Badan Geologi, Kementerian ESDM

pertambangan dapat melakukan ekspor bijih atau ore mineral dalam hal ini nikel ke luar negeri sebelum tahun 2014 apabila telah mendapatkan rekomendasi dari Menteri ESDM c.q Direktur Jenderal.

Rekomendasi tersebut akan diberikan dengan persyaratan sebagai berikut:

1. Status IUP Operasi Produksi dan IPR clear and clean dalam arti bahwa setiap perusahaan pertambangan wajib memiliki IUP Operasi Produksi yang telah disetujui.
2. Perusahaan pertambangan harus melunasi kewajiban pembayaran keuangan kepadanegara.
3. Perusahaan pertambangan wajib menyampaikan rencana kerja dan atau kerja samadalam pengelolaan dan atau pemurnian mineral di dalam negeri.
4. Perusahaan pertambangan wajib menandatangani pakta integritas.

III. Perkembangan Industri Pertambangan Indonesia

Ada dua hal yang memungkinkan Indonesia dapat berkembang menjadi Negara industri maju. Pertama; Indonesia merupakan negara yang memiliki kekayaan mineral terlengkap di dunia, walaupun bukan aktor utama dunia dalam keseluruhan raw material, namun Indonesia memiliki hampir sebagian besar sumber mineral penting. Kedua, Indonesia memiliki sumber energi yang relatif besar dan beragam jenisnya, mulai dari minyak bumi, gas, batubara dan sumber-sumber energi terbarukan lainnya.

Namun demikian, hingga saat ini Indonesia belum dapat mengembangkan industrinya dengan baik, dikarenakan hasil tambang mineral yang dieksploitasi di perut bumi Indonesia masih di ekspor dalam bentuk raw material dengan nilai tambah yang sangat rendah. Di satu sisi memang dalam hal raw material dan perdagangan komoditas, Indonesia memegang posisi kunci. Tapi sebagian besar perusahaan tambang telah mengikat kontrak penjualan hasil tambang dengan negara-negara maju, sehingga Indonesia tidak dapat mengendalikan harga komoditas tambangnya.

Dalam aturan turunan UU No/2009 tentang Mineral dan Batubara yakni revisi Peraturan Pemerintah No. 23/2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan terdapat poin yang menyatakan bahwa penjualan hasil pengolahan ke luar negeri dalam jumlah dan jangka waktu tertentu

tidak berlaku bagi komoditas mineral logam nikel, bauksit, timah, emas, perak, dan kromium. Sementara komoditas tembaga masih diperkenankan mengeksport produk olahan.

Kebijakan ini justru keluar dari semangat hilirisasi dan hanya menguntungkan perusahaan asing di Indonesia. Padahal sejauh ini perusahaan tambang tembaga seperti Freeport Indonesia dan Amman Mineral Nusa Tenggara (dulu Newmont Nusa Tenggara) belum menunjukkan komitmen membangun smelter tembaga, kebijakan tersebut hanya menguntungkan pihak tertentu sehingga menciptakan ketidakadilan dalam menerapkan kebijakan. kebijakan ini hanya mengakomodir kepentingan pihak tertentu dalam hal ini perusahaan tambang asing, dalam hal ini pemerintah harus memberikan perlakuan yang sama terhadap semua komoditas ekspor. Pihaknya berharap tidak ada perbedaan dalam mengimplementasikan kebijakan relaksasi ekspor mineral. Jangan ada perlakuan yang berbeda antara pemegang izin usaha pertambangan dengan pemegang kontrak karya. Pemerintah harus adil jangan sampai seolah-olah hanya untuk pihak tertentu.

IV. Kebijakan Terkait Dengan Tambang dan Mineral

Bertitik tolak dari dikeluarkannya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 pada tanggal 12 Januari 2013 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara, dimana materi pokok yang terkandung didalam UU ini mengatur penghiliran hasil tambang mineral dan batubara dan melarang ekspor bahan mentah hingga tahun 2014. Oleh karena itu, UU ini mengamanahkan pembangunan *smelter* sehingga produksi tambang dalam negeri dapat diproses sebelum diekspor. Adapun tujuan daripada UU Minerba dimaksud, agar Indonesia bisa merasakan nilai tambah dari produk - produk tambang dan mineral sehingga dapat mendorong produk domestik bruto dan menyerap tenaga kerja. Berdasarkan amanat UU No. 4 Tahun 2009 dimaksud, maka akan berlaku efektif pada Januari 2014 untuk komoditas tambang mineral logam, mineral bukan logam dan batuan dalam bentuk bahan mentah (*raw material/ores*).

Dalam rangka pelaksanaan berbagai pasal didalam UU Minerba tersebut, kemudian pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah (PP) No.23 Tahun 2010 tertanggal 1 Februari 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara, dimana didalam peraturan ini mengisyaratkan bahwa pemegang Izin Usaha Pertambangan (IUP) operasi produksi dan Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK) Operasi

produksi harus mengutamakan kebutuhan mineral dan/atau batubara untuk kepentingan dalam negeri. Untuk itu, dalam menunjang pembangunan industri dalam negeri perlu penataan kembali pemberian izin usaha pertambangan untuk mineral bukan logam dan batuan. Selanjutnya dalam rangka memberi kesempatan lebih besar kepada peserta Indonesia untuk lebih berpartisipasi dalam kegiatan usaha pertambangan mineral dan batubara serta dalam rangka memberikan kepastian hukum bagi pemegang Kontrak Karya dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara yang bermaksud melakukan perpanjangan dalam bentuk Izin Usaha Pertambangan, maka kemudian diterbitkan PP No. 24 tahun 2012 tertanggal 21 Februari 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara.

Disamping itu, dalam rangka meningkatkan efektivitas pelaksanaan pengendalian ekspor bijih mineral dan mendorong industri hilir, maka pemerintah telah mengeluarkan berbagai peraturan seperti halnya Peraturan Menteri (Perman) ESDM No 7 Tahun 2012 yang kemudian diubah dengan Permen ESDM No 11 Tahun 2012 tentang Peningkatan Nilai Tambah Mineral melalui Kegiatan Pengolahan dan Pemurnian Mineral. Peningkatan Nilai Tambah dan kewajiban pengolahan dengan batasan minimum pengolahan, hal ini dilakukan dengan Kegiatan Pengolahan dan Pemurnian Mineral antara lain meliputi kegiatan pengolahan dan pemurnian mineral logam, pengolahan mineral bukan logam dan pengolahan batuan, serta pengolahan dan pemurnian mineral logam tertentu, pengolahan mineral bukan logam tertentu, dan pengolahan batuan tertentu wajib memenuhi batasan minimum pengolahan.

Sementara itu, dalam rangka meningkatkan efektivitas pelaksanaan pengaturan ekspor beberapa jenis produk pertambangan, maka pemerintah melalui Kementerian Perdagangan juga telah menerbitkan Permendag No 29/M-AG/PER/5/2012 sebagaimana telah disempurnakan dengan Permendag No. 52/M-AG/PER/8/2012 tentang Ketentuan Ekspor Produk Pertambangan, dimana peraturan ini mengatur hal-hal yang berkaitan dengan tata cara dan perizinan pelaksanaan kegiatan ekspor berbagai jenis produk pertambangan dengan mempertimbangkan adanya keharusan memenuhi batasan minimum pengolahan.

Selain hal tersebut, berdasarkan pertimbangan/usulan Menteri ESDM sebagaimana disampaikan melalui Surat Nomor 3038/30/MEM.B/2012 perihal Kebijakan Pengendalian Penjualan Bijih (*Raw Material atau Ore*)

Mineral ke luar negeri serta dalam rangka meningkatkan nilai tambah dan ketersediaan sumber daya mineral di dalam negeri, maka perlu mengatur mengenai pengenaan Bea Keluar terhadap barang ekspor berupa bijih (*raw material atau ore*) mineral. Berkaitan dengan hal itu, pada tanggal 16 Mei 2012 pemerintah melalui Kementerian Keuangan telah menerbitkan Permenkeu No.75/PMK.011/2012 yang kemudian disempurnakan dengan Permenkeu No 128/PMK.011/2013 tentang perubahan atas peraturan menteri keuangan nomor 75/pmk.011/2012 tentang penetapan barang ekspor yang dikenakan bea keluar dan tariff bea keluar, dimana materi pokok didalam perubahan tersebut terkait dengan penjualan berbagai jenis bijih (*raw material atau ore*) mineral ke luar negeri dikenakan tariff bea keluar ekspor sebesar 20%, terkecuali untuk produk Marmer dan Travertine dalam bentuk balok dengan ketebalan >4 cm dan produk Granit balok dengan ketebalan > 4 cm dikenakan tarif bea keluar sebesar 10%.

Adapun tujuan dari kebijakan pengenaan bea keluar ekspor komoditas tambang dimaksud, antara lain adalah untuk menjamin terpenuhinya kebutuhan didalam negeri, melindungi kelestarian sumber daya alam, mengantisipasi kenaikan harga yang cukup drastis dari komoditi ekspor tertentu di pasaran internasional dan atau menjaga kestabilan harga komoditi tertentu di dalam negeri.

Dari uraian diatas dapat diambil kesimpulan bahwa meningkatkan produk bahangalian industri diperlukan proses pengolahan dengan kecermatan tinggi yang pada akhirnya dapat meningkatkan multiguna dari bahan galian tersebut sehingga pemasarannyapun menjadi lebih luas. Kecermatan kerja diperlukan dalam semua tahap kegiatan sehingga diperoleh banyak bahan galian yang berguna dan sedikit endapan pengotornya sehingga hasil yang didapatkan lebih maksimal yang sesuai dengan hasil pesanan konsumen.

Dengan adanya UU Minerba, semua jenis bijih/barang tambang dan mineral harus diolah dan dimurnikan terlebih dahulu untuk mendapatkan nilai tambah baru kemudian boleh di ekspor. Pada Pasal 102 UU minerba, Pemegang IUP dan IUPK wajib meningkatkan nilai tambah sumber daya mineral dan/atau batubara dalam pelaksanaan penambangan, pengolahan dan pemurnian, serta pemanfaatan mineral dan batubara. Kewajiban ini baru direncanakan berlaku pada 2014. Melihat kebijakan pelarangan tersebut, baru akan diberlakukan pada tahun 2014, sebagian para pelaku usaha telah menaikkan produksi dan ekspor secara besar-besaran. Hal ini dilakukan, karena pada umumnya para

pelaku usaha berpendapat bahwa untuk mendirikan pabrik pengolahan dan pemurnian dibidang tambang dan mineral diperlukan biaya cukup tinggi, sehingga kesempatan pada masa transisi ini tampak dimanfaatkan oleh para pelaku usaha untuk memproduksi dan mengekpor secara besar-besaran karena dirasa biaya produksi masih relative murah. Sebagaimana telah diketahui bersama, bahwa pasar raw material tambang dan mineral sebagian besar adalah untuk ekspor, akan tetapi ada juga yang dipasarkan di dalam negeri bahkan untuk memenuhi kebutuhan akan bahan baku lebih lanjut sebagai industri didalam negeri juga melakukan impor meskipun sebenarnya *raw material* awal berasal dari dalam negeri juga.

Bahwa dalam hal ini penulis juga melakukan wawancara dengan Direktur PT. Citra Properasri Mandiri adalah pemilik sah terhadap tanah/ lahan berdasarkan Sertifikat Hak Guna Usaha (HGU) No.02 Mantang Besar, Surat Ukur No.0003 Mantang Besar/2001, tanggal 13-11-2001, Luas 171,9034 Hayang terletak dikenal umum di Pulau Siolong, Desa Mantang Besar, Kecamatan Mantang, Kabupaten Bintan, Kepulauan Riau,⁴serta Kepala Dinas Pertambangan Dan Energi Kabupaten Bintan Kepulauan Riau,⁵dan juga Legal Consultan PT. Gunung Sion berkedudukan di Kabupaten Bintan Kepulauan Riau,⁶ dari ketiga narasumber tersebut pada intinya dimana terkait aturan serta kebijakan tersebut banyak hal yang harus dikaji terlebih dahulu sebelum menerapkan aturan serta undang-undang tersebut.

V. Dampak Kebijakan Pelarangan Ekspor Tambang Dan Mineral

Di Indonesia, industri pertambangan mineral logam dikuasai oleh investor asing dan BUMN, serta perusahaan swasta. Perusahaan-perusahaan tersebut didirikan berdasarkan peraturan perundang-undangan Indonesia dalam bentuk badan hukum Indonesia. Dalam dokumen kontrak karya pertambangan, perusahaan pertambangan asing juga diwajibkan melepaskan saham kepemilikan.

Hak penguasaan Negara sebagai konsep sampai saat ini belum mempunyai pengertian serta makna yang jelas dan tegas yang dapat diterima oleh semua

⁴Wawancara dengan Direktur PT. Citra Properasri Mandiri pada Januari 2016.

⁵Wawancara dengan Kepala Dinas Pertambangan Dan Energi Kabupaten Bintan Kepulauan Riau pada Tanggal 23 Januari 2013.

⁶Wawancara dengan Legal Consultan PT. Gunung Sion pada tanggal 21 Agustus 2014.

pihak dalam hubungannya dengan pengelolaan dan pemanfaatan sumber daya alam nasional sehingga mengundang banyak penafsiran yang berimplikasi kepada implementasinya.⁷

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara adalah bom waktu untuk Indonesia. UU ini mengatur penghiliran hasil tambang mineral dan batubara dan melarang ekspor bahan mentah tahun 2014. UU ini mengamankan pembangunan *smelter* sehingga produksi tambang dalam negeri dapat diproses sebelum diekspor. Tujuan UU Minerba sangatlah mulia: agar Indonesia bisa merasakan nilai tambah dari produk-produk tambang, mendorong produk domestik bruto, dan menyerap tenaga kerja.

Berbeda dengan harapan awal, pasca-penetapan UU ini eksploitasi pertambangan justru melonjak tajam. Pemilik tambang berlomba menambang sebanyak-banyaknya sebelum dilarang. Akibatnya, produksi sejumlah komoditas tambang melonjak. Contohnya produksi bauksit tahun 2009 sebanyak 783.000 mt, tahun 2011 menjadi 17.634.000 mt, atau melonjak 2.150 persen. Hal serupa terjadi pada komoditas ore nikel, di mana produksi pada 2009 hanya 5.802.000 wmt, tapi tahun 2011 sudah 15.973.000, atau meningkat 175 persen.⁸

Pelaksanaan kebijakan pelarangan ekspor bahan mentah sudah di depan mata, tetapi Indonesia masih belum memiliki *smelter* memadai untuk mengimbangi produksi tambang. Tercatat setidaknya ada tiga komoditas yang akan defisit *smelter* pada tahun 2014, yaitu tembaga, bauksit, dan nikel. Produksi bauksit nasional pada 2011 mencapai 17,6 juta ton.⁹ Saat ini, Indonesia belum memiliki *smelter* bauksit. Rencana pembangunan sejumlah *smelter* bauksit, hingga 2014, hanya mampu menampung 7,1 juta ton. Gap antara produksi tambang dan kapasitas *smelter* 10,5 juta ton, dengan asumsi semua pembangunan *smelter* lancar.

Komoditas nikel mengalami hal serupa. Pertambangan nikel Indonesia menghasilkan 15,9 juta ton nikel tahun 2011. *Smelter* nikel eksisting Indonesia memiliki kapasitas 9,03 juta ton. Sampai dengan tahun 2014, diperkirakan akan ada tambahan sejumlah *smelter* baru, dengan kapasitas

⁷Abrar Saleng, Hukum Pertambangan, UII Press, Jakarta, 2004, Hal 2.

⁸Data Kementerian ESDM Tahun 2012.

⁹*Ibid.*

total 4,15 juta ton. Gap antara produksi tambang dan *smelter* pada tahun 2014 mencapai 2,72 juta ton.

Untuk komoditas tembaga, produksi tembaga nasional tahun 2011 mencapai 20,2 juta ton, sedangkan *smelter* tembaga yang eksisting hanya mampu menampung 1 juta ton.¹⁰ Adapun rencana pembangunan sejumlah *smelter* tembaga hingga 2014 hanya menambah kapasitas *smelter* menjadi 1,2 juta ton. Setidaknya akan ada 18 juta ton tembaga yang tidak dapat diolah.

VI. Dampak Kebijakan Pelarangan Eksportambang dan Mineral Dikaji Berdasarkan Hukum Laut Indonesia.

Berdasarkan sejarah awal adanya klaim-klaim negara terhadap laut lepas, maka peraturan yang membahas mengenai wilayah laut semakin masif setelahnya. Konferensi hukum laut PBB yang pertama diselenggarakan di Jenewa tanggal 24 Februari 1958 sampai dengan 27 April 1958, dan tugas yang berhasil diselesaikan dimuat dalam empat buah konvensi yaitu, konvensi tentang laut teritorial dan jalur tambahan, konvensi tentang laut lepas, konvensi tentang perikanan dan konservasi sumber-sumber daya hayati di laut lepas, serta konvensi mengenai landasan kontinen.

Konvensi PBB tentang hukum laut (UNCLOS 1982) melahirkan beberapa pokok pengaturan (rezim) hukum laut, yaitu perairan pedalaman, perairan kepulauan, laut teritorial, zona tambahan, zona ekonomi eksklusif (ZEE), landas kontinen, laut lepas, dan selat yang digunakan untuk pelayaran internasional. Wilayah laut pedalaman adalah wilayah laut di sisi daratan dari garis pangkal. Garis pangkal ini ialah garis yang digunakan sebagai pangkal pengukuran lebar wilayah laut teritorial.¹¹ Pada Pasal 46 dalam konvensi PBB tentang hukum laut, menyatakan bahwa istilah ‘kepulauan’ berarti suatu gugusan pulau, termasuk bagian pulau, perairan diantara pulau-pulau tersebut, dan wujud-wujud alamiah lainnya yang satu sama lain bereratan sehingga membentuk satu kesatuan geografis, ekonomi, dan politik yang hakiki. Negara kepulauan didefinisikan untuk memberi arti, ‘suatu negara yang seluruhnya terdiri dari satu atau lebih kepulauan yang dapat mencakup pulau-pulau lain’. Metode garis pangkal lurus dipakai sebagai solusi untuk

¹⁰*Ibid.*

¹¹Sefriani, Hukum Internasional Suatu Pengantar, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2011, Hal. 52.

masalah perairan kepulauan.¹² Ketentuan mengenai laut teritorial dan zona tambahan diatur dalam Pasal 3 dan Pasal 33. Dalam ketentuan ini, batas laut teritorial tidak melebihi batas 12 mil laut diukur dari garis pangkal sepanjang pantai negara tersebut. Akan tetapi, kedaulatan negara pantai dibatasi oleh hukum internasional dengan ditetapkannya Hak Lintas Damai yakni hak bagi kapal asing di wilayah tersebut dan kewajiban negara pantai untuk memberitahu kepada kapal asing yang lewat tentang bahaya navigasi yang diketahui.¹³ Mengenai zona tambahan, menentukan bahwa negara pantai dalam zona tersebut bisa melaksanakan pengawasan yang diperlukan guna mencegah pelanggaran undang-undang menyangkut bea cukai, fiskal, imigrasi, dan saniter dalam wilayahnya, namun tidak boleh lebih dari 24 mil.¹⁴ Zona ekonomi eksklusif (ZEE) adalah suatu zona selebar tidak lebih dari 200 mil laut dari garis pangkal. Dalam zona ini negara pantai memiliki hak-hak berdaulat yang eksklusif untuk keperluan eksplorasi dan eksploitasi kekayaan alam serta yurisdiksi tertentu terhadap pertama, pembuatan dan pemakaian pulau buatan, instalasi, dan bangunan; kedua, riset ilmiah kelautan; dan ketiga, perlindungan dan pelestarian lingkungan laut.¹⁵

Ketentuan tentang landas kontinen diatur dalam Pasal 76 UNCLOS 1982. Dalam ketentuan ini telah ditentukan bahwa landas kontinen suatu negara pantai tidak boleh melebihi batas 200 mil laut dari garis pangkal dari mana lebar laut teritorial diukur. Landasan kontinen suatu negara adalah tanah wilayah laut yang menjulur ke luar wilayah laut teritorial sebagai kelanjutan alami dari wilayah daratan negara tersebut.¹⁶ Berdasarkan ketentuan UNCLOS Pasal 86,¹⁷ apa yang dianggap sebagai laut lepas hanya berlaku terhadap semua bagian laut yang tidak termasuk dalam zona ekonomi eksklusif (ZEE), laut teritorial atau perairan pedalaman negara-negara atau ke dalam perairan negara-negara kepulauan. Serta pada Pasal 87 menyatakan bahwa, laut lepas sepenuhnya terbuka bagi semua negara baik yang berpantai maupun tidak; yaitu kebebasan pelayaran, penerbangan diatasnya,

¹²Starke, J.G Pengantar Hukum Internasional (terj. Bambang Iriana Djajaatmadja, *Introduction to International Law*). Jakarta: Sinar Grafika, 2014, Hal. 353.

¹³Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2010, Hal. 54.

¹⁴Manuputy, et al., *Hukum Internasional*. Depok: Rech-ta, 2008, Hal. 94.

¹⁵Sefriani, *Op. Cit*, Hal. 215-216.

¹⁶Sugeng Istanto, *Op. Cit*, Hal. 55-56.

¹⁷Starke, J.G, *Op. Cit*, Hal. 360.

pemasangan kabel-kabel dan pipa-pipa bawah laut, pembangunan pulau buatan dan instalasi lainnya, penangkapan ikan, serta riset ilmiah. Semua kebebasan tersebut harus dilaksanakan dengan memperhatikan kepentingan negara lain yang melaksanakan kebebasan-kebebasan yang sama. Penjelasan pokok UNCLOS selanjutnya yakni mengenai selat yang digunakan untuk pelayaran internasional, ketentuan ini diatur dalam Pasal 41. Rezim lalu lintas melalui selat-selat yang digunakan untuk pelayaran internasional tak mempengaruhi status hukum perairannya atau pelaksanaan kedaulatan oleh negara yang berbatasan dengan selat-selat tersebut terhadap perairan, dasar laut, tanah dibawahnya, serta ruang udara diatasnya.¹⁸

Sebagai negara kepulauan, Indonesia termasuk negara yang paling diuntungkan dengan keberadaan UNCLOS. Dalam hubungannya dengan yurisdiksi negara atas wilayah lautnya, Indonesia telah menetapkan Alur Laut Kepulauan Indonesia (ALKI) yang dijadikan sebagai patokan rute pelayaran internasional yang akan melintasi laut wilayah Indonesia. Konvensi PBB tentang hukum laut 1982 (UNCLOS) Pasal 53 menyatakan bahwa sebagai negara kepulauan, Indonesia dapat menentukan alur laut untuk lintas kapal dan pesawat udara asing yang terus menerus dan langsung serta secepat mungkin melalui atau diatas perairan kepulauan dan teritorial yang berdampingan dengannya.¹⁹ Indonesia memperoleh tambahan wilayah yang signifikan dengan diakuinya hak negara kepulauan untuk menarik garis dasar lurus kepulauan menghubungkan titik-titik terluar dari pulau-pulau terluar. Perairan yang semula laut bebas menjadi perairan kepulauan. Perairan laut Indonesia bertambah sekitar 2.7 juta km², dan sebagai konsekuensi diperolehnya perairan kepulauan ini negara kepulauan harus menetapkan dan mengumumkan alur laut kepulauannya bagi kapal asing. Indonesia melalui Pasal 2 PP Nomor 37 Tahun 2002 telah menetapkan bahwa kapal dan pesawat udara asing dapat melaksanakan Hak Lintas melalui Alur laut Kepulauan (ALK) untuk pelayaran atau penerbangan dari satu bagian laut lepas atau zona ekonomi eksklusif ke bagian lain laut bebas atau zona ekonomi eksklusif melintasi laut teritorial dan perairan kepulauan Indonesia.²⁰

Alur Laut Kepulauan Indonesia yang telah ditetapkan melalui PP No. 37 Tahun 2002 tersebut, terdiri dari tiga alur yaitu ALKI I, ALKI II, dan

¹⁸Manuputy, et al., *Op. Cit*, Hal. 94.

¹⁹*Ibid*, Hal. 95.

²⁰Sefriani, *Op. Cit*, Hal. 217.

ALKI III. ALKI I yaitu alur kepulauan yang dapat dipergunakan untuk melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan untuk pelayaran dari Laut Cina Selatan ke Samudera Hindia atau sebaliknya, melintasi Laut Natuna, Selat Karimata, Laut Jawa, dan Selat Sunda. ALKI II, yaitu alur laut kepulauan yang dipergunakan untuk melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan untuk pelayaran dari Laut Sulawesi ke Samudera Hindia atau sebaliknya, melintasi Selat Makassar, Laut Flores, dan Selat Lombok. ALKI III tidak seperti ALKI sebelumnya, ALKI ini terbagi menjadi ALKI A-ALKI E. ALKI A adalah alur laut kepulauan yang dapat dipergunakan untuk melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan untuk pelayaran dari Samudera Pasifik ke Samudera Hindia atau sebaliknya, melintasi Laut Maluku, Laut Seram, Laut Bandam Selat Ombai, dan Laut Sawu. ALKI B adalah rute untuk pelayaran dari Samudera Pasifik melintasi Laut Maluku, Laut Seram, Laut Banda, dan Selat Leti ke Laut Timor atau sebaliknya. ALKI C menyatakan rute untuk pelayaran dari samudera Pasifik melintasi Laut Maluku, Laut Seram, dan laut Banda ke Laut Arafura atau sebaliknya. ALKI D merupakan rute untuk pelayaran dari Samudera Pasifik melintasi Laut Maluku, Laut Seram, Laut Banda, Selat Ombai, dan Laut Sawu sebelah Timur Pulau Sawu ke Samudera Hindia atau sebaliknya. Terakhir ALKI E menjelaskan rute untuk pelayaran dari Sulawesi melintasi Laut Maluku, Laut Seram, Laut Banda, Selat Ombai, dan Laut Sawu sebelah Barat Pulau Sawu atau Laut Sawu sebelah Timur Pulau Sawu ke Samudera Hindia atau sebaliknya.²¹

Dari paparan diatas, hukum laut internasional memang telah mengalami perkembangan yang sangat revolusioner yang ditandai dengan banyaknya konferensi dalam mengatur ketentuan laut internasional. Penandatanganan akhir pada tanggal 10 Desember 1982 di Montego Bay-Jamaika dalam konferensi PBB ketiga tentang hukum laut 1973-1982 (UNCLOS) berhasil menyusun suatu ketentuan hukum internasional yang komprehensif berkaitan dengan hukum laut di bawah judul Konvensi PBB mengenai Hukum Laut. Menurut Starke,²² UNCLOS 1982 merupakan perkembangan paling penting dalam keseluruhan sejarah ketentuan hukum internasional berkenaan dengan lautan bebas. Indonesia adalah negara kepulauan dengan kekayaan sumber daya kelautan yang besar. Negara Kesatuan Republik Indonesia juga merupakan negara kepulauan terbesar di dunia dengan memiliki kurang lebih

²¹*Ibid*, 218.

²²Starke, J.G, *Op. Cit*, Hal. 322.

17 ribu pulau dengan luas lautnya mencapai 5.8 juta km² dan garis pantai sepanjang 95.181 km². Sebagaimana diatur dalam UNCLOS 1982, Indonesia sebagai negara kepulauan merupakan satu kesatuan wilayah yurisdiksi yang berdaulat serta mempunyai hak dan wewenang penuh yang diakui dunia internasional, untuk mengatur, mengelola dan memanfaatkan kekayaan laut yang dimilikinya bagi kepentingan seluruh rakyat Indonesia. Kehidupan di negara kepulauan memiliki karakteristik maritim, yaitu perkehidupan yang memanfaatkan laut sebagai sumber hidupnya. Sumber daya laut dari sudut ekonomi mempunyai keunggulan komparatif, sedangkan posisinya dapat menjadi keunggulan positif. Secara geografis posisi Indonesia sangat penting artinya bagi lalu lintas pelayaran internasional.²³

Pengusaha nasional memperkirakan kondisi bisnis pertambangan dan penggalian masih bakal stagnan pada kuartal I 2017. Hal itu terlihat dari Indeks Tendensi Bisnis (ITB) yang disurvei Badan Pusat Statistik (BPS) bekerjasama dengan Bank Indonesia pada kuartal IV 2016 lalu. Survei ini diikuti oleh 5.105 responden yang berasal dari pimpinan perusahaan berukuran sedang dan besar. Kepala BPS Suhariyanto mengungkapkan, nilai ITB sektor pertambangan hanya sebesar 100,94 atau tipis di atas basis angka 100. Proyeksi tersebut juga sedikit naik dari realisasi kuartal sebelumnya 100,61. Artinya, pengusaha melihat sektor tersebut tidak akan memburuk namun kondisinya tak bakal membaik dibandingkan kuartal sebelumnya. “Mungkin pengusaha masih melihat apa yang akan terjadi dengan sektor pertambangan dan penggalian meskipun ada relaksasi,” kata pria yang akrab disapa Ketjuk ini dikantornya, Senin(6/2). Selain pertambangan dan penggalian, optimisme pelaku usaha juga relatif rendah untuk sektor konstruksi dengan nilai ITB sebesar 103,39. Sementara, pelaku usaha optimistis sektor real estat bakal tumbuh lebih tinggi dibandingkan sektor lain selama Januari-Maret. Pasalnya, ITB sektor tersebut merupakan yang tertinggi dengan capaian Rp111,2 triliun. Secara keseluruhan, perkiraan nilai ITB pada kuartal I 2016 tercatat sebesar 105,81, di mana seluruh responden menganggap kondisi bisnis akan terus membaik secara umum. Namun, keyakinan pelaku usaha ini menurun dibanding kuartal IV 2015 terlihat dari angka ITB periode tersebut sebesar 106,7. Optimisme pengusaha ditopang oleh keyakinan peningkatan *order* di dalam negeri dengan indeks sebesar

²³dalam http://berkas.dpr.go.id/pengkajian/files/buku_lintas_tim/buku-lintas-tim-3.pdf [diakses 12 Juni 2017]

108,51 dan harga jual produk 108,52. Sementara, indeks keyakinan pada naiknya order dari luar negeri hanya 101,95 seiring dengan belum pastinya kondisi perekonomian global. Sedangkan keyakinan *order* barang *input* juga hanya sebesar 103,86. Shinta Widjaja Kamdani, Wakil Ketua Umum Asosiasi Pengusaha Indonesia (Apindo), mengungkapkan pelaku usaha secara umum optimistis terhadap kondisi bisnis kuartal I 2017. Namun, pebisnis lebih berhati-hati mengingat kondisi perekonomian global masih diliputi ketidakpastian. Hal itu dipicu oleh pertumbuhan ekonomi China yang masih mengalami tren menurun. Padahal, China merupakan salah satu mitra dagang terbesar dan investor terbesar bagi Indonesia.²⁴

Selain itu, pelaku usaha juga memperhatikan dinamika ekonomi Amerika Serikat (AS) saat dipimpin Donald J. Trump serta perkembangan di Uni Eropa pasca keputusan keluarnya Inggris dari kerja sama di kawasan tersebut. "Saya rasa, sebagai pengusaha juga harus berhati-hati melihat keadaan global juga mempengaruhi posisi Indonesia," jelasnya. "Dari pengusaha, sepertinya banyak yang masih *wait and see* dalam mengembangkan bisnis yang ada," ujarnya. Khusus untuk sektor pertambangan dan penggalian, Shinta berharap ke depan trennya mulai naik. Hal itu seiring dengan tren perbaikan harga komoditas khususnya batu bara dan harga minyak dunia.

VII. Kesimpulan

Implikasi dari minimnya *smelter* yang Pertama, pendapatan pemerintah dari sektor pertambangan dapat berupa penerimaan pajak (PPH), penerimaan bukan pajak (royalti tambang), dan deadrent (sewa lahan). Penerimaan ini berpotensi anjlok jika produksi tambang minerba menurun. Kedua, berkurangnya produksi tambang akan berimplikasi terhadap pengurangan tenaga kerja. Dengan adanya larangan ekspor bahan mentah, para pekerja harus bersiap kehilangan pekerjaan. Pengurangan tenaga kerja juga akan terjadi pada perusahaan pendukung kegiatan tambang, seperti perkapalan dan alat berat. Ketiga, Apabila ekspor bahan mentah menurun akibat larangan ekspor, neraca perdagangan akan kian defisit. Hal ini akan berdampak terhadap kian lemahnya nilai tukar rupiah yang mendongkrak biaya impor. Tingginya biaya impor akan berpengaruh terhadap sejumlah produk yang

²⁴Dalam <http://www.cnnindonesia.com/ekonomi/20170206174134-85-191652/survei-bps-bisnis-tambang-bakal-stagnan-di-kuartal-i-2017/> [diakses 12 Juni 2017]

masih mengandalkan komponen impor. Undang-Undang Minerba sudah ditetapkan sejak 2009, tetapi hingga kini program penghiliran seperti jalan di tempat. Pemerintah belum berhasil menciptakan iklim usaha yang membuat investor tertarik membangun industri *smelter* di Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku.

Abrar Saleng (2004), *Hukum Pertambangan*, UII Press, Jakarta.

Adrian Sutedi (2011), *Hukum Pertambangan*, Sinar Grafika, Jakarta.

Charles Himawan (2003), *Hukum Sebagai Panglima*, Cet 1, Penerbit Kompas, Jakarta.

Manuputy, et al. (2008), *Hukum Internasional*. Depok: Rech-ta.

Salim, H.S. (2006), *Hukum Pertambangan Di Indonesia*, Raja Grafindo, Jakarta.

Sefriani (2011), *Hukum Internasional Suatu Pengantar*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta.

Starke, J.G (2014), *Pengantar Hukum Internasional* (terj. Bambang Iriana Djajaatmadja, *Intrroduction to International Law*). Jakarta: Sinar Grafika.

Sugeng Istanto (2010), *Hukum Internasional*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta.

Sutadi Pudjo Utomo (2005), *Prinsip-prinsip Dalam Perjanjian Kerja Sama*, BPMIGAS, Jakarta.

B. Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Dasar (UUD) 1945.

Undang-Undang No. 11 Tahun 1967 sebagaimana telah diubah berdasarkan Undang-undang No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (Minerba).

Peraturan Pemerintah (PP) No 23 tahun 2010 yang telah diubah dengan PP No 24 tahun 2012 tentang pelaksanaan kegiatan usaha pertambangan Mineral dan Batubara.

Peraturan Menteri ESDM No. 7 Tahun 2012 yang kemudian disempurnakan dengan 2 Permen ESDM No 11 tahun 2012 tentang Peningkatan Nilai Tambah Mineral melalui kegiatan Pengelolaan dan Pemurnian Mineral (*smelter*).

Permendag Nomor 29 tahun 2012 tentang ketentuan ekspor produk pertambangan dan Peraturan Menteri Keuangan No. 75 Tahun 2012 tentang Penetapan Barang yang dikenakan Bea Keluar dan Tarif Bea Keluar.

Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 2002 Tentang Hak Dan Kewajiban Kapal Dan Pesawat Udara Asing Dalam Melaksanakan Hak Lintas Alur Laut Kepulauan Melalui Alur Laut Kepulauan Yang Ditetapkan

7 TERMINOLOGY LAW TERM – GLOSARY OF LEGAL TERM AND MEANING

A. Law Term

Legal jargon can be confusing and incomprehensible for many. Nevertheless, most of us have to encounter these complex terminology at some points in life. Here is a compilation of legal terms and meanings which can help you in understanding legal terminology.

Have you ever heard about *Ignorantia juris non excusat* or *Ignorantia legis neminem excusat*? These are Latin phrases which encode the legal principle that ignorance of law is no excuse. In short, no one can escape the liability for violating a law by claiming that he was unaware or ignorant of the law. Even though this legal principle has many exceptions, normally, it is deemed that the people of a certain territory are aware of the laws applicable to that jurisdiction (at least the ones which may affect their day-to-day activities). However, many people are still ignorant of the relevant laws and land in trouble. Forget about the laws, even legal terms are confusing and unnerving for many, except those with substantial legal training. But don't panic; a little bit of effort can help you in understanding the law terms, meanings and definitions.

The following is a legal terminology list, which is a compilation of some common legal terms and meanings which may be of your help in understanding law terms, and will make your confrontation with laws a lot easier. This legal terms list is given in an alphabetical order, from A to Z. You may either scroll down to find the law term or click on the list of alphabets given right below. Each alphabet has a list of legal terms, starting with that letter.

B. Law Terms and Meanings - Glossary of Legal Terms and Definitions

A

A fortiori: Latin term used to denote a reason, which is similar to the existing one, but more stronger in nature. This term is often used to explain a situation in which one fact is already proven and ascertained, then it can be inferred that the related second fact is more true. For example, it is already proved that 'A' can carry a weight of 120 kilograms. Then, *a fortiori*, 'A' can also carry this object, which is only 60 kilograms in weight'.

Ab Initio: Latin term, commonly used in association with contracts, marriages, etc. It means 'from the very beginning'. The marriage is void *ab initio*, means that the marriage was not valid from the beginning itself.

A Priori: Latin term, which means that 'from the cause to the effect'. It is based on the assumption that if the cause is a generally accepted truth, then a particular effect must follow. So, *a priori* judgment is considered to be true, but based on presumption and not on factual evidence.

Abandonment: The voluntary relinquishment of a right by express words or by action. This term can be used in the context of rights or obligations under a contract, over property, person (spouse or children) or voluntary withdrawal from the commission of a crime.

Abandoned Property: Such property, which has been abandoned by the owner.

Abatement: This term refers to the plea to squash and end a suit. It may also denote reducing or lessening of something. For example, in case of an eviction case, where the landlord is seeking unpaid rent, the tenant may make a plea for rent abatement, citing the poor living conditions of his premises.

Abduction: Refers to the crime of taking away a person by fraud, persuasion or force. It is different from kidnapping, which is done by force or threat only.

Abet: To aid or assist someone in committing a crime or inducing another to commit a crime. The person who gives assistance is called the abettor.

Abeyance: The condition of being suspended temporarily. If the ownership of a property is yet to be ascertained, it is said to be in abeyance.

Abscond: Fleeing the jurisdiction or hiding in order to escape legal proceedings or criminal prosecution. A person is said to have absconded, when he deliberately leaves the jurisdiction to avoid arrest or other such legal proceedings.

Absolute: A right is said to be absolute, when it is free from any condition or qualification. Absolute liability makes a person held liable for his action and no defense is available.

Abuse: Improper or excessive use of any legal right or process. It is abuse of discretion, when a court does not use appropriate laws or if the decision is based on erroneous facts. It is abuse of process, when civil or criminal legal procedure is initiated against any one for a malicious reason.

Acceleration Clause: A contractual provision, which hastens the due date of payment or obligation, as a penalty for default in the payment/obligation.

Access: A term used in family law and refers to the right of a spouse, which allows to spend time with children on a regular basis.

Accessory: A person is said to be an accessory, if he/she helps or encourages the commitment of a crime. He is an accessory before the fact, if he knows about the commission of the crime beforehand. He is an accessory after the fact, if he conceals the facts about the crime or aids in the escape of the perpetrator. An accessory may or may not be present at the scene of the crime.

Accident: An unforeseen incident caused by carelessness, ignorance or unawareness. The affected party can claim compensation if the accident results in injury.

Accomplice: A person who knowingly and voluntarily participates in the planning or commissioning of a crime. Such a person is differentiated from an accessory by being present or directly assisting the crime, and is liable for the same charge and punishment as the principal criminal.

Accord and Satisfaction: When disputing parties agree for a settlement and end the dispute regarding their reciprocal rights and obligations, an

agreement is reached, which, when carried out will be capable of satisfying both parties. This method of discharging a particular claim is referred to as accord and satisfaction.

Accused: The term used to denote a person who is charged with the commission of an offense.

Acknowledgment: The term used for the certification given by an authorized official, that the person who has executed the document has appeared before him and declared under oath that the document and the signature in it are genuine.

Acquittal: The verdict of a jury, declaring that a criminal defendant is not guilty.

Action: A litigation or a legal proceeding which results in a judgment on completion. If the action is against a person, it is an *action in personum*, and if it against a thing (usually property), then it is an *action in rem*.

Act of God: A natural calamity (like, earthquake, tornado, flood, etc.), which cannot be prevented by anyone. It is a natural process which happens without any human interference.

Actus Reus: The Latin term for a guilty act, which can be an action done or failure to do an action.

Ad Damnum: The specific clause of a legal complaint that deals with the damages suffered and claimed by the plaintiff.

Ad hoc: For a specific purpose. This term is commonly used as 'Ad hoc' committees, which are created for specific purposes.

Ademption: The revocation of a gift in a will by destructing or disposing of the gift before death, so that at the time of his/her death, the property no longer belongs to the person who has made the will.

Adjourn: To postpone the session of a court or any other similar tribunal to another date.

Admissible: Those evidence which can be legally used in a court.

Admission: A statement of a party involved in a claim, admitting all or some part of the other party's claims is called admission.

Admiralty Law: Otherwise known as maritime law, and deals with the law regarding shipping, navigation, transportation by sea, etc.

Adoption: The legal process which makes a person (usually a child) a legal member of another family. On finalization of the proceedings of adoption, the rights and obligations of the biological parents get terminated, and the same is vested with the new parents of the adopted child.

Adultery: The term which denotes voluntary sexual intercourse of a married person with a man/women, other than the spouse. Adultery is often used as a ground for divorce.

Adverse Possession: Acquisition of rights to a particular property belonging to another, by possessing it for a statutory period (usually 12 years). The continued use of a land or property by a person (other than the owner), for a statutory period without any complaint from the owner, makes him entitled to the 'title to the land', which is known as 'possessory title'.

Advocate: A lawyer, who represents a party to a case in a court of law.

Affidavit: A sworn statement in writing, confirmed on oath by the party who makes it, before someone who is officially entitled to administer oaths.

Affirmation in Law: A solemn statement by a person that the evidence he or she is giving is true. An affirmation is equivalent to oath, as the witness may have no religious belief or he cannot take an oath, as per his religious beliefs.

Affray: A fight that takes place in some public place between two or more persons, to the terror of other people.

Agent: A person who is authorized by another to act for the latter (known as principal). The relationship between the principal and the agent is termed as an agency.

Aggrieved Party: A person whose pecuniary status has been affected by a decree or judgment, statute or any other legal proceeding. Such aggrieved parties can challenge the legality of the judgment or statute.

Agreement: A term that denotes the mutual consent between two or more parties regarding their rights and obligations in relation to a particular issue or thing. An agreement can be in a written form or verbal.

Alibi: Is a claim made by the defense counsel that the accused was somewhere else at the time the crime was committed.

Alienate: Alienation is the transfer of title to property (lands and tenements) and possession by one person to another.

Alimony: A periodical payment made by one spouse to the other in case of divorce, separation or while a matrimonial action is pending. Otherwise known as maintenance or spousal support, this amount is decided by the judge and a court order is passed to this effect.

Allegation: A statement made by a party in a pleading, which he/she is prepared to prove.

Amendment: A term used to denote any changes made in a bill, law or other court documents. As per the law of procedure, amendments must be authorized by the court and the amended document supersedes the original one.

Amicus Curiae: The literal meaning of this Latin term is 'friend of the court'. It can be a person who is not a party to the case, but is allowed by the court to provide information about the case.

Amnesty: A legislative or executive proclamation granting pardon for committing some specific crime. Amnesty is usually granted to a whole group of criminals or supposed criminals, especially political criminals.

American Law Reports: A publication series which reports all court cases from all United States jurisdictions, legal doctrines and principles.

Annulment: Annul means to invalidate something, and the term annulment refers to the judgment that declares a marriage as void. As per such a judgment, the persons are to be considered as never having been married at all.

Appeal: A request or an application made by the defeated party (to a lawsuit) to a higher court for reviewing the decision of the lower court. The party who is making the application for appeal is called an appellant, and the party who opposes the appeal is called appellee. The court which has the jurisdiction to hear the appeal and review the decision of a trial court is known as appellate court. Appeal bond is a guaranty by the party who files the appeal to the

effect that the court costs will be paid and the appeal will be filed within the statutory time limit (appeal period).

Appearance: Being present before a court of law as a party to a suit, either in person or through an attorney. An appearance notice is a document which demands the appearance of people before the court on the specified dates.

Application: Filing of the requisite court form to initiate a legal proceeding or a request made to a court.

Approver: A criminal who confesses the crime and accuses his accomplice for the same. An approver is granted permission to give evidence against the accomplice.

Appurtenances: Things incidental to the principal thing, which is commonly referred to as dominant. In case of land, appurtenances include easement, right to way, etc.

Arbitration: The alternative process of solving disputes, in which the disputing parties agree to abide by the decision of an arbitrator (a private and impartial person, who is chosen by the parties for solving the dispute. In most places, the provisions for arbitration are governed by statutes.

Argument: A reason advanced to prove a point or to rebut it.

Arraignment: A legal proceeding in which the accused is brought before the court to formally read the complaint against him. An arraignment is meant to inform the accused of the charges against him/her, and the person is required to enter a plea whether he/she is guilty or not.

Arrest: To detain a person with lawful authority, especially those who are suspected to have committed a crime. The term is also used to denote a seizure of personal property by legal authority.

Arrest of Judgment: The court withholds the pronouncement of the judgment, upon the application of a party to the dispute who claims to prove a material error in the records or trial, which can make the entire proceeding invalid.

Arson: The willful burning of the house or other structures belonging to others without any legal authority is called arson. Burning of wild land areas without any lawful authority also comes under arson.

Articles: Agreements are usually divided into separate paragraphs and each paragraph is referred to as an article. The same term applies to the separate sections of the Constitution.

Articles of Confederation: The first constitution made the original thirteen states of the United States of America, and came into force on March 1, 1781. It was the supreme law of the land till March, 1789.

Artificial Person: Unlike a natural human being, an artificial person is a legal entity, created by law, who may be attached with legal rights and duties.

Assault: Any willful attempt or threat to inflict injury on some person, with an ability to carry out the threat. It also includes a display of force to frighten the victim and make him believe that the former is capable of causing bodily harm.

Assets: Property of any kind, which is owned and possessed by any person, corporation, estate, or other entity. Assets include real and personal property, like cash, real estate, securities, vehicles, etc., and should be of some economic value to its owner.

Assignment: The transfer of property rights (real or personal) to another person through a written agreement. The person, who is the recipient of the rights is called an assignee, and the one who had transferred the rights is called an assignor.

Attachment: The process of legally seizing a property in order to force the person to appear before the court or to ensure that the owner of the said property complies with the decision of the court in a pending suit.

Attempt: The intentional and overt act, which if succeeds, would have been considered as a crime. The attempt to commit a crime in itself is a criminal offense.

Attestation: The act of signing a document as a witness, affirming that the information given in the legal document (will, deed, etc.) is true.

Attorneys: An attorney, who is otherwise called a lawyer, barrister or solicitor, is a person authorized by the state to practice law. The term 'attorney' is mainly used in the United States to denote a practitioner in a court of law. The main responsibilities of attorneys include providing legal

counsel, representing and defending their clients before courts, drafting legal documents, etc.

Award: The term used to denote the final decision of a court in some lawsuits. Mainly used in case of judgments granting money or other damages to the party in whose favor the judgment is delivered. It is also used to denote the final decision of an arbitrator.

B

Bachelor of Laws: A degree granted to a person who has successfully completed graduation from a law school. This degree is abbreviated as L.L.B, and nowadays some law schools grant a Juris Doctor (J.D.) degree instead of the former.

Bad Faith: A concept which refers to the malicious intention of a person who enters into any transaction, like a contract or a legal procedure. The action of such a person involves an intention to deceive or mislead another, so that the former gains some advantage.

Bail: The amount deposited or the property pledged to a court in order to secure the release of a person who is in custody as a crime suspect. The money deposited or the property pledged acts as a guarantee to ensure the appearance of the person released as required by the court.

Bailment: A transfer of possession of property by one person called the bailor to another called bailee, for a specific purpose and for a fixed period is called bailment. The bailor retains the right to recover the possession of the said property once the purpose of the transfer is fulfilled

Bait and Switch: A type of fraud associated with retail sales, wherein the store lures customers by advertising that some products are offered at very low prices, but induces them to buy other expensive products, citing the excuse that the advertised product is no longer available or is not of good quality. Bait and switch can be a cause for a personal lawsuit for false advertising, if damages are proved.

Bankruptcy: The inability of an individual or an organization to pay off the debts to the creditors. The condition of bankruptcy is legally declared by the bankruptcy courts, which hear and decide petitions filed by individuals

and organizations for being declared as bankrupt, and to eliminate or repay the debts as per the bankruptcy laws.

Bar: A collective term used to denote all attorneys or lawyers who are permitted to practice in a particular jurisdiction. A bar association is an organization or body of lawyers. A bar examination is a state test covering a wide range of legal topics, and those who want a license to practice law or become lawyers must pass this test.

Battery: Causing bodily harm to another person willfully and intentionally is called battery, which is a crime, as well as a ground for a lawsuit as a civil wrong if there is any damage.

Bearer: As per the law of negotiable instruments, a bearer is a person who is in actual possession of a negotiable instrument, like a check, bank draft, promissory note, etc.

Bench: A term used to denote the seat of the judge in a court room or the judge himself. It is also used as a collective term for all judges in a court.

Beneficiary: An individual or an organization entitled to some assets or profits, through some legal device like a will, trust, insurance policy, etc.

Bequests: Gifts of personal property left by a last will or testament.

Bifurcation: The process of dividing the trial into two parts - a liability phase and a penalty phase. While both phases are tried separately, in some cases, different judges may be empaneled for the different phases.

Bigamy: The condition of being married to two persons at the same time. Having two spouses at the same time is a criminal offense.

Bill: A draft of a proposed law which has been presented before a legislative body for approval. An approved bill is enacted as law. The term is also used to denote a statement, whereby one person acknowledges himself to owe unto another, a certain amount or some particular thing. Learn more about how does a bill become a law.

Bill of Exchange: A bill of exchange is an unconditional written order from one person (drawer) to another (payor), asking the latter to pay a fixed amount to a third person (payee) at a fixed date. A check is like a bill of exchange drawn on a bank account.

Bill of Lading: A receipt received by the shipper of goods from the carrier, describing the type and quantity of goods being shipped, the carrying vessel, the shipper, the consignee and the port of loading and discharge.

Bill of Rights: The first ten amendments of the U.S. Constitution that deals with the fundamental rights and privileges guaranteed to the people, like freedom of speech, religion, due process, speedy trial to accused, etc.

Black Letter Law: Well-known principles of law that are not doubted or disputed.

Blackmail: A form of extortion, where the victim is threatened to act against his/her will or to cause injury to another person. The most common threat associated with blackmail is to release any information (usually true), which can be embarrassing, damaging or disgraceful to the victim. It is not the revelation of the information which comprises the crime, but demanding money or threatening to withhold the same.

Blasphemy: The act of speaking or writing any derogatory words about the God or the official religion of a state.

Bona fide: The Latin word for 'good faith'. A bona fide purchaser of a property, means a person who is genuine, without any knowledge of defect in title.

Bond: A written instrument which is executed by a person, wherein a definite promise is given regarding the fulfillment of a legal obligation.

Breach: The act of violating a legal obligation or a failure to do a duty. It is breach of contract, when a party to a contract fails to perform the terms or violates the terms of the contract. A failure on the part of a trustee to perform his duties is called a breach of trust.

Bribery: The receiving or offering money or some valuable item to any public official, with the objective of influencing his official decisions contrary to his duty.

Brief: A document stating the facts of a case and the legal arguments which is supported by relevant statutes and precedents. Such documents are prepared by lawyers who represent the disputing parties, and are submitted to the court.

Burden of Proof: The responsibility of proving a fact regarding issues raised by disputing parties in a court case. Generally, the plaintiff has to prove that the allegations in the complaint are true. The defendant is given sufficient opportunity to rebut the same, but if the defendant raises some factual issue while defending the claims of the plaintiff, the former has the responsibility to prove the same.

Burglary: Breaking into a building or illegal entry into the building with the intention of committing a crime. Whether the crime is committed or not is not relevant as far as burglary is concerned.

By-law: The set of laws adopted and enforced by a local authority. Generally used to denote those rules, which are passed for the governance of a corporation or other entity.

C

Canon Law: The laws of the church, which are based on religious beliefs and customs. These laws are not binding, as far as the judicial system is concerned. Canon law deals with the matters related to church, like, funerals, baptism, church property, etc.

Capital Punishment: The sentence of death, awarded to those who commit very serious crimes. It is otherwise known as the death penalty.

Case Law: As opposed to the statutes and treaties, case laws are legal principles developed by the courts through the years while deciding cases. A case law is a collection of reported judicial decisions related to specific topics, and is an important part of the modern legal rules.

Causa Mortis: A Latin term which means, “in expectation of the approaching death”. This term is mainly used to denote gifts, which are given by a person who is expecting death. Such gifts are called deathbed gifts or gifts causa mortis, which are deemed to be effective only if the death of the person is imminent due to a known condition, and he/she dies as a result of this condition. In case of recovery of the donor, such gifts can be revoked.

Cause of Action: A set of facts, which may entitle a person with a right to sue another person. If such facts are proved, it would result in a judgment in favor of the plaintiff.

Caveat: A Latin term for a formal warning. This term refers to a notice sent to a judge or court official with a request to suspend the proceedings in a particular lawsuit, until the merits of the notice are determined or until the notifier is given an opportunity to be heard.

Caveat Emptor: A common law rule, which is a Latin term meaning, “let the buyer beware”. This rule applies to the sale of all goods, especially those relating to real estate. As per this rule, the buyer has the full responsibility to check and verify the quality of the goods for sale or the title to the land, in case of real estate.

Cease and Desist Order: It is an order issued by any authority or judge to halt any activity, or else face legal action. It can be sent to any person or organization. This order or request can be sent by any person asking the recipient to stop some activity to avoid legal action.

Certificate: The term ‘certificate’ has different meanings as per the context. It can be a document which certifies the truth of some facts, like marriage, birth, death, etc. It can be a document which certifies the ownership of a property, like a stock certificate. While some certificates are issued to people who complete some course, there are certificates which authorize persons to practice certain profession. Some certificates are issued by courts, certifying the facts or decisions of the concerned cases, like the certificate of divorce, certificate of appointment of estate trustee with a will, etc.

Certified Copy: A copy of a document, which is attested by the concerned authority to be the true copy of its original.

Certiorari: The Latin term, which means ‘to be informed of’. This legal term refers to the order issued by a higher court to an inferior court, tribunal or public authority, directing the latter to certify certain records in a particular case and return to the former. Certiorari, which is otherwise called cert, is a type of writ seeking judicial review. The mechanism, which was adopted by the Supreme Court of the United States, in order to manage the rising number of petitions of certiorari is called the ‘cert pool’.

Chain of Title: The legal term used to denote the history of transfers of title to property from the present owner to the original owner. Such records regarding properties are maintained by a registry office or civil law notary.

Change of Venue: A legal term used to denote a change in the location of the trial. A venue should be a place which is deemed to be proper and convenient for filing/handling a particular case. Though the venue is decided as per the rules of every state, the parties can also ask for a change in the venue. However, a change of venue is usually granted to avoid prejudice against any party to the case.

Champerty: A practice of sharing the benefits of a lawsuit, by a person who is not a party to that lawsuit. A person who has no interests in a lawsuit, offers assistance to one of the litigants to conduct the legal proceedings, on condition that the former receives a portion of the judicial award.

Charge: This legal term is used to denote a formal accusation of an offense against a person, and is considered as the first step to prosecution. This term can also refer to the instructions given to the jury by the judge before the verdict and is known as charge to the jury.

Charity: As per legal terminology, the term charity refers to organizations, which are created and operated exclusively for the benefit of the society, rather than pecuniary benefits. These organizations, which are exempted from federal taxation, hold their assets in trust to serve the purpose for which they are created. The purpose can be religious, scientific, educational or anything which benefits the society.

Chattel: All movable items of property, which do not include land or those permanently attached to land. While buildings and trees are not considered as chattels, furniture or growing crops (like corn) are deemed to be chattels.

Check or Cheque: A check/cheque is a negotiable instrument, like a bill of exchange drawn on a bank by one of its depositors. The bank has to pay the specified amount to the bearer of the instrument (check/cheque) or the person named therein.

Circumstantial Evidence: As compared to direct evidence, like the testimony of the eyewitness, circumstantial evidence can be considered as indirect evidence or facts which are inferred from the proven facts. Circumstantial evidence can be best explained with fingerprints, which can prove the presence of a particular person at the crime scene or his/her contact with an object used in the commission of a crime.

Citation: An order issued by a court to a person to appear before it to answer the charges or to do a certain thing. This legal term also denotes the reference to previously decided cases.

Civil Action: Legal proceedings are mainly divided into two categories- civil and criminal. A criminal action is prosecuted by the state against a person, who is charged with a public offense. Civil actions are generally classified as those which are not criminal in nature. Such cases involve disputes between private parties, organizations or the government, whereas criminal cases deal with those actions which are harmful to the society.

Claim: An assertion of a fact which establishes a legally enforceable right to some form of compensation or remedy.

Codicil (Will): A document that amends or adds to an existing will is called a codicil. A codicil does not replace the original will, but only amends it. As in the case of a will, a codicil should also be dated, signed and witnessed as per the relevant rules.

Coercion: Coercion refers to the crime of forcing a person to commit an act against his will, by using threats, physical violence or trickery.

Collusion: A secret understanding or agreement between two or more parties to deceive a third party or to mislead a court.

Commitment: The warrant or order issued by a court to send a person to the prison. A commitment can be final, after the sentence is pronounced or till further hearing.

Common Law: A legal system developed in Britain through the centuries. Contrary to statutory laws, common laws are based on the traditional customs, but are enforced through judgments. These rules, which are embodied in case laws developed into a body of laws, and are still followed in Britain and some of its erstwhile colonies. Most countries have modified these laws and enacted them into statutes.

Commutation: The reduction or lessening of a sentence of a convicted person by officials authorized by law. Usually, the executive head of the government is vested with this power.

Compensation: Damages recovered for an injury suffered or in case of violation of a contract. This term also refers to the rewards received by an employee for his work.

Complaint: The first document filed in a court to initiate a lawsuit. A complaint states the brief facts of the case, on the basis of which, a legal remedy is sought. The person who files the complaint is called the plaintiff and the party against whom the complaint is filed is called the defendant.

Confession: A voluntary admission by the accused person that he has committed the acts, which constitute the crime.

Conspiracy: An agreement between two or more persons to commit an illegal or unlawful act, and the act if committed would amount to an offense. Conspiring to commit such acts is also an offense.

Constitution: This legal term refers to the fundamental law of a state or a nation. It is as per the provisions in the constitution that the government is founded and the divisions of sovereign powers are regulated.

Contempt of Court: A misconduct inside the court or any willful disobedience to a court order.

Contract: A voluntary agreement between two or more legally competent parties, in which the parties are obliged to do or refrain from doing certain things.

Conviction: A decision taken by a judge after a criminal trial, which finds the defendant guilty of the crime.

Copyright: A type of intellectual property, which gives the owner the exclusive right to control the publication, distribution and adaptation of creative works, for a certain period of time.

Cybersquatting: Registering of an Internet domain name with the intent of making huge profits by selling it to someone else.

D

Damages: Damages are the pecuniary compensation given by the process of law, to a person for the actionable wrong that another has done him.

Dangerous Offender: A person who has committed a serious personal injury offense, and the law believes that it is highly probable that he can commit the crime again, and is considered high risk for the community. Such prisoners are sentenced to federal prisons for an indefinite period of time.

Date Rape: Forcible sexual intercourse, while on a voluntary social outing where the women resisted the sexual advances of the man.

Deceit: It is a false and fraudulent representation as to a matter of fact, made in order to induce a person to act thereon.

Decision: An act of deciding a dispute. Or a conclusion, determination; giving a judgment or order.

Decree: A judgment that resolves the rights of the parties with regard to all or any of the issues in a particular suit. Such judgment issued by a judge has the force of law, but could be either preliminary or final.

Death: Death is defined as the cessation of beating of the heart and the act of breathing. The tax which is payable or levied on transmission of property on the death of the owner thereof is called death duties.

Death Penalty: Death Penalty is usually awarded by courts for heinous crimes such as murder, rape, and in serious crimes against the state. The methods of meting out death penalty are several like hanging, the electric chair, and also the lethal injection.

Debenture: Various forms of instruments are called debentures. A debenture is a document which either creates or acknowledges a debt. The term debenture is usually associated with a company of some kind, and are securities given by a company, but they are often granted by clubs and occasionally by individuals.

Debt: A sum of money due from one person to another. Debt means any pecuniary liability, whether payable presently or in the future, or under a decree of the civil court or revenue court. A person who owes a sum of money to another person is called a debtor.

Decapitation: Decapitation is where a part of human body above the neck is severed from the trunk. Such kind of a punishment is mainly in the middle east countries.

Decedent: A person, who is no longer alive.

Deed: A deed is a instrument in written form, executed in the manner specified by some person or corporation named in the instrument, wherein it expresses that the person or corporation so named makes, concurs, confirms or consents to some assurance of some interest in property, or of some legal or equitable title, right or claim or undertakes some obligation, duty or agreement enforceable at law, or in equity, or does or concurs in some other act affecting the legal relationship or position of a party to the instruments, or of some other person or corporation.

Deem: The word 'deemed' is used a great deal in modern legislation. Sometimes, it is used to impose for the purposes of a statute an artificial construction of a word or phrase that would not otherwise prevail. Or sometimes, it is used to give a comprehensive description that includes what is obvious, what is uncertain and what is in the ordinary sense impossible.

De Facto: In simple terms, it means 'in fact'. Even when it is not a legal or formal authority or right, some rights are recognized as de facto rights. For example: A de facto guardian is not a legal guardian, i.e. he is not a natural guardian nor is he appointed by law. If a person, even though he is a stranger, who is interested in the child and takes charge of the minor and his property, he is called a de facto guardian.

Defamation: A false statement either spoken or written, or is published or intended to be read by others, which can cause harm to a person's reputation is called defamation. If a statement is published it is libel and if the statement is spoken, it is slander.

Defamatory Libel: When a false statement is made (either written or printed), which harms the reputation or status of a person, and is without legal justification.

Defeasance: Rendering something null and void. The termination or annulment of interest in accordance with the stipulated conditions (as in if a deed completely or partially negates something on the happening of some condition.)

Defendant: A person against whom a lawsuit is filed is called a defendant.

Defense: A term used to describe the act of an attorney representing a defendant, to show why the plaintiff or the prosecutor does not have a valid case. Defense Attorney or Defense Counsel is a person who represents a defendant in a civil or criminal case.

Delegatus Non Potest Delegare: This Latin maxim means that a person to whom, an office or duty is delegated, cannot lawfully delegate the duty to another, unless he is expressly authorized to do so.

Delict: Delicts are small offenses, where a person by fraud or deceit causes damage or tort to someone. Delicts can be public or private. Public delicts are those offenses which affect the entire community, and private delicts are directly injurious to a particular individual.

Delinquent: This is a person who has disobeyed the law, or is guilty of some crime or failure of duty. It also refers to failure of a payment that is due.

Demand Letter: It is a document served by one party to another, stating their version of the facts, and making a legal claim for compensation to resolve the dispute.

De Minimis Non Curat Lex: This Latin maxim literally means that the law does not concern itself with trifles. This common law principle basically means that even if technically there is a violation of law, the judges will not sit in a case of minor transgressions of law or where the effect is very minor.

Democracy: It is a form of government wherein the supreme power is with the people, wherein the executive or administrative head are chosen by the people through periodical elections.

Demurrage: It is the agreed damages to be paid for delay of the ship in loading or unloading beyond an agreed period.

De Novo: This Latin term means 'new'. It is usually used in case of a new or fresh trial. (as if previous partial or complete decision had not been made).

Deportation: Deportation implies a legal procedure of permanent exclusion of person from a country to another. In the United States, If you have been deported, you are not allowed to enter the US again for at least 5 years. The main reasons for deportation is usually when a person overstays with an expired visa or commits some serious crime.

Deponent: A deponent is a person who gives his testimony in a court of justice or one who makes an affidavit. Deposition is an act of giving public testimony, especially the evidence put down in writing by way of answers to questions by a witness.

Descendant: A person who is in direct line to an ancestor, such as a child, grandchild, great grandchild etc. Descendants include natural born children and legally adopted descendants.

Detention: The act of retaining a person or property in temporary custody while awaiting trial.

Deterrence: Any law or legislation enacted has to be coupled with a penalty or punishment for non conformity thereto, which will act as a deterrent for breach thereof.

Detinue: It is a form of action which lies in conversion for loss or destruction of goods, which a bailee (not the owner) has allowed to happen in breach of his duty.

Devastavit: When a personal representative in accepting the office accepts the duties of the office, and becomes a trustee in the sense that he is personally liable for all the breaches of the ordinary trust, which in courts of equity are considered to arise from his office. The violation of his duties of administration and mismanagement of the estate, which results in an avoidable loss is termed as devastavit.

Dicta or Dictum: A statement of law made by a judge in the course of a decision of the case, but not necessary to the decision of the case itself, is called dictum, and often as *obiter dictum*. These are not binding on the parties and often go beyond the occasion, and lay down a decision which is unnecessary for the purpose at hand.

Digital Millennium Copyright Act: This is a federal act which addresses a number of copyright issues created by the Internet that protect Internet Service Providers.

Diplomatic Immunity: Where a representative of a country is stationed in another country, he is offered immunity for any offense he may commit in the country where he is stationed and is immune from the jurisdiction thereof.

Dismissal: A dismissal in a court setting has a definite connotation implying a final disposal by the tribunal rejecting the case of the suitor. A defendant may also be dismissed from a lawsuit, i.e. the suit is dropped from against that party.

Dispose: The act of ending a legal case or termination of a judicial proceeding.

Dissolution of Marriage: A dissolution of marriage is a legal termination of the marriage bond.

Directed Verdict: A directed verdict is a verdict in the defendant's favor, after the plaintiff presents his case, but without listening to the defendant's evidence. It is generally given by a judge, if he feels that the plaintiff has failed to offer the minimum amount of evidence necessary to prove his case.

Direct Evidence: Evidence presented in a case must always be direct evidence, which means that it cannot be hearsay or circumstantial evidence, but has to be clear evidence of a fact or happening.

Direct Tax: A tax which is levied on a taxpayer who is intended to suffer the final burden of paying tax.

Disability Insurance: A disability is a physical impairment that substantially limits one or more major life activities. An insurance policy that pays benefits in such a case is called disability insurance.

Discharge: A discharge is to perform one's legal duty and complete the obligation. In a criminal context, if an offender is discharged, the wrongdoer has no criminal record. In an absolute discharge, a conviction is not entered against the accused, and in a conditional discharge, a conviction is not entered against the accused if certain conditions are met.

Discrimination: Discrimination indicates an unjust, unfair or unreasonable bias in favor of one and against another on the basis of a protected characteristic, such as race, gender, caste or disability.

Dishonor: To refuse or neglect to accept or pay when duly presented for payment of a bill of exchange or promissory note or draft.

Distress: It is a seizure of a personal possession, without legal process, of a wrongdoer, into the hands of an aggrieved party, in order to obtain payment for money owed or performance of a duty.

Divorce: Divorce is a termination of a marriage otherwise than by death or annulment. It is derived from the Latin word 'divortium', which means to separate from. Read more on pro bono divorce lawyers.

Doctrine: A legal doctrine is a rule or principle of law, framework, set of rules, when established by a precedent through which judgments can be determined in a given legal case.

Domicile: A state in which a person has permanent residence, and intends to keep living there even if he leaves that place for a while, or a state where the business headquarters are located.

Domestic Violence: Use of physical force by someone in the household to hurt or dominate on the other. Domestic violence can include physical violence, sexual assault and emotional abuse.

Double Jeopardy: Double jeopardy is based on the principle that no person can be punished more than once for the same offense.

Double Taxation: Double taxation is taxation of the same property for the same purpose twice in a year, or taxation of corporate dividends twice.

Drunk Driving: When a person operates a vehicle while he is under the influence of alcohol, he commits the crime of drunk driving. State laws have specified the level of alcohol present in the blood which can be termed as drunk driving.

Due Process: A principle wherein it is a fundamental right to have a legal process, like a hearing conducted for each individual so that no unjust or unequal treatment is given to any person

Duress: Any intimidation or restraint on action or anything tending to restrain free and voluntary action. Generally speaking, duress may be said to exist whenever one, by the unlawful act of another, is induced to make a contract or to perform some other act under circumstances which deprive him of the exercise of free will.

Dying Declaration: A dying declaration is the evidence provided by a person who is on his death bed, and are given the same weightage as regular evidence. The reason behind this is that a person who is dying and knows it, generally will not tell a lie.

Dynasty Trust: A trust wherein it is designed in a way to pass down for many generations in order to avoid tax.

E

Earnest Payment: This is a kind of deposit made in real estate transactions, where the money signifies the commitment to the contract and the project. The remaining money has to be paid on a particular date or after certain conditions are fulfilled.

Ear Witness: A ear witness is similar to an eyewitness, but as the name suggests, an ear witness testifies in court that he has heard something, instead of actually seeing it.

Easement: An easement is a right annexed to land. It is the right held by a person to use the land belonging to another person for a special purpose.

Ecclesiastical Law: The part of law which regulates the administration and rights and obligations of the Church of England.

E-commerce: E-commerce means electronic selling of goods or service over the Internet.

Eighth Amendment: The Eighth Amendment to the constitution of the United States prohibits the Federal Government from imposing excessive bail, fines or cruel punishments. The Eighth Amendment was adopted in 1791 as part of the Bill of Rights.

Ejusdem or Ejusdem Generis: The rule of ejusdem generis means that when particular words forming part of the same class or same category are followed by general words, then the general words must be construed in the context of particular words.

Emancipation: When a minor has achieved independence from his parents either by attaining the age of majority, getting married or fully self-supporting. It is also possible for a minor to get emancipated by getting a order from the court.

Embezzle: Fraudulent misappropriation of money or assets by an agent or employee, who is entrusted to manage those assets.

Eminent Domain: Government's power of compulsory acquisition of private property for public use is called an eminent domain.

Emolument: The advantage or benefit which the employee is entitled to by virtue of his office or employment in addition to his salary.

Emphyteusis: A right subject to assignment and descent, charged on productive real estate. The person who has this right can enjoy the property on the condition of taking care of the estate or paying taxes or rent annually.

Enactment: The act of passing of a bill by a legislative approval and sanction, after which it is established as a law.

Encumbrance: It is a burden (claim, lien or liability) attached to the land or interest in land by the owner of the land. Examples are charge, mortgage, etc.

Endorsement: Endorsement is to inscribe or sign one's name on the back of a check in order to obtain cash or credit represented on the face of it.

Endowment: Endowment is an act or process of providing money or property for a particular reason or purpose. It is usually given gratuitously to any institution whose income is derived from donations.

Equity: Equity is a body of rules that are present besides the common law. It is usually used by judges in case they feel that the common law is not suitable for that particular case to achieve a just result.

Escheat: The process by which a person forfeits his property to the state if he dies without any heirs or descendants.

Escrow: Prior to closing a sale, occasionally a deed or some funds are delivered to a neutral third person to be delivered to the other party or parties, upon the performance of a condition like payment of money, etc. It is then said to be delivered as an escrow.

Estate: An estate denotes all the property which a person owns, including personal property, real property, stocks, bonds, bank accounts, etc., at the time of his death.

Estate Law: It is the part of law which governs the rights of an owner with respect to his property when he dies, i.e. wills, probates, etc.

Estoppel: Estoppel is a rule of law that prevents a person from denying or asserting certain facts on account of his own actions which resulted in proving those facts earlier. The court does not allow a contradiction of something that you have already accepted as true.

Euthanasia: Commonly known as mercy killing, euthanasia is the act of bringing about the death or deliberately ending the life of a person who is terminally ill.

Evasion (tax): A deliberate attempt of avoiding to pay tax by fraudulent means is called evasion of tax.

Eviction: Any wrongful act of a permanent nature done by the landlord with the intention of depriving the tenant of enjoyment of the premises.

Evidence: It is the usual means of proving or disproving a fact or matter in issue. This information is presented to a judge to convince the court of the facts. Evidence can be oral, documentary, circumstantial, direct or hearsay.

Examination in Chief: The examination of a witness by the counsel that calls him to testify is called examination in chief.

Excise: A tax levied by the Federal or State Government on the manufacture of goods within the country, sale of goods or services of a particular occupation.

Execution: This legal term in a wider sense, refers to the enforcement of or giving effect to the judgments or orders of the courts. It can also mean carrying out of a death sentence.

Executor: An executor is a person to whom the last will of a deceased person is, by the testators appointment, confided.

Executory Contract: A contract in which something is to be done after the contract is concluded.

Ex Parte: The Latin expression means 'for one party', where the court allows only one party to be present to pass an order for the benefit of that party itself. This is an exception to the general rule where both the parties have to be present for the judge to pass an order.

Ex Post Facto: This means ‘after the fact’. These laws make an act which was legal when committed, illegal after committing it. These laws are specifically prohibited by the US Constitution, Article I, Section 9.

Expropriation: Confiscation of private property or rights by a government authority, with the purpose of public interest or maintaining social equality.

Express Trust: An express trust is a trust expressly declared by a will, deed or any written instrument or can be created orally too. For constituting an express trust, three matters have to be designed - the property subject to the trust, the persons to be benefited and the interests which have to be taken.

Expunge: The official and intentional destruction or erasure of records or information. When an offender who is a minor reaches majority, his records are expunged.

Extortion: An act of obtaining property or valuable security by intentionally putting a person in fear of injury or even dishonestly inducing a person.

Extradition: Extradition is a process whereby under treaty or upon basis of reciprocity one state surrenders to another state at its request, a person accused or convicted of a criminal offense committed against the laws of the requesting state.

Ex Turpi Causa Non Oritur Actio: This Latin doctrine means “an action does not arise from a base cause,” i.e. a claimant will not be able to take action on an act which arises out of his own illegal act.

Extrinsic Evidence: Evidence regarding a contract that is not included in the written version of the contract like the circumstances that surround the contract or statements made by the parties. The court can use extrinsic evidence, if it feels that the contract is ambiguous in nature.

Eyewitness: A person who was actually present at an event and saw the event, usually a crime and testifies in court is called an eyewitness.

E

Face Amount: The original amount stated on the face of the insurance policy as stated in the document without calculating interest.

Fact: Any information, event, or anything that occurred which can be proved in a court of law.

Fair Comment: Fair comment is usually a defense used for a criminal prosecution of libel. It proves that the statement made was based on facts and was not made with dishonorable motives. If he proves that, then he can say that his comment was a fair comment. The US Supreme Court has ruled that even if a statement that is not true is made on a public figure, it will not be libel unless it is proved that the intention was malicious.

False Arrest: Restraining personal liberty without lawful authority is called false arrest. It involves illegal arrest, actual detention, and complete loss of freedom.

False Impersonation of a Citizen: Assuming the identity of a citizen to gain benefit, avoid an expense, or cause harm to a person is called a false impersonation.

Family: Family includes a group of persons related by blood, marriage or adoption, who live together under common household authority.

Family Allowance: Family allowance is an amount determined by law, given to the deceased person's family members to support the spouse and children during the time it takes to probate the estate.

Family Court: A court that has jurisdiction over family related or domestic matters which include divorce, alimony, adoption, maintenance, child custody etc.

Family and Medical Leave Act (FMLA): A law that allows an employee to take unpaid leave during a family member's serious illness, to take care of a newborn or recover from a serious illness. After the leave, the employer is bound to allow him or her to return to the same job post or equivalent position. Read more on maternity laws.

Fault: In the legal sense, fault mostly is synonymous to negligence. It can also mean responsibility for an act or intentional omission that causes damage to another.

Federal Court: Federal courts are courts having jurisdiction over matters of the US Constitution, labor law, federal taxes, federal crimes, etc. These courts derive their power directly from the constitution.

Fee: The general meaning of the term fee is money charged for professional services rendered. It can also mean an inherited or heritable estate in land.

Felony: A crime of grave nature, unlike a misdemeanor, which has a serious punishment of imprisonment of more than a year and sometimes even death.

Filing: The process of submitting a document to the court's clerk for the court's consideration or proving of evidence, etc.

Final Beneficiary: An individual or institution entitled to receive trust property upon the death of a beneficiary. In a family, if the wife is receiving income from the trust left by her husband, the daughter being the final beneficiary receives the principal amount of the trust.

Final Decree: A decree is final when the adjudication in the suit completely disposes off the suit, i.e makes a final judgment in a court case where there is no scope for an appeal.

Final Judgment: When the final decision of the case is put in writing, and where there is no further need or scope of perfecting an order or decision, it is referred to as a final judgment.

Final Settlement: The mutual understanding reached by the parties to resolve a dispute, usually recorded in writing, which they arrive at by compromising and negotiating terms or demands.

Finding: This term covers material questions which arise in a particular case for decision by authority having the case, or the appeal which, being necessary for passing the final order or giving the final decision in the appeal, has been the subject of controversy between the parties.

Finding of Fact: It is the decision which the judge takes on the factual question submitted to it for decision.

First Degree Murder: A murder that was committed by premeditation, or during the course of a serious felony, or by heinous and cruel methods is termed as a first degree murder.

Fixture: An article that has been so annexed or attached to the real estate, that if it is removed it would get damaged, and is regarded as part of the property is called a fixture.

Floating Easement: A floating easement is a right to use another person's property as an access to use a property connected to the former, but without specifying the manner or limiting the right in any manner.

Forbearance: Refraining to do something that he has a legal right to, voluntary.

Foreclosure: The legal proceedings initiated by a creditor to regain the collateral for loan, when the loan is in default.

Foreign Divorce: A divorce obtained in the court of a foreign country. The divorce jurisdiction of a foreign court depends solely upon the domicile of the parties.

Foreign Laws: The system of laws prevailing in a geographical area outside the country.

Forensics: When scientific principles and methods are utilized in investigation of crimes for presenting evidence in a court of law.

Foreseeable Risk: It is the anticipated danger that a reasonable person should be able to expect in a given set of circumstances.

Forfeiture: A loss or deprivation of goods or property in consequence of a crime, offense, breach of contract, or by way of penalty of the transgressions or punishment for an offense.

Forgery: Whoever marks any false document or part of a document, with the intent to cause damage or injury to any other person, or to deceive someone into believing something is real, commits forgery.

Fraud: Deceit, trickery or intentional perversion of truth in order to induce another to part with something of value, or to surrender a legal right.

Fraudulent Transfer: Every transfer of the immovable property made with the intent to defeat or delay the creditors of the transferors is called a fraudulent transfer.

Free Speech Right: The First Amendment of the United States Constitution, which gives the people the right to express their thoughts without censorship or restraint by the government.

Friendly Witness: A witness who is called by you for helping your case and who you do not need to testify is called a friendly witness.

Full Disclosure: Mostly in cases of real estate, it is the act of providing all material information about the property intended to be sold, transferred or leased, which can influence the decision of the buyer.

Full Faith and Credit: A doctrine contained in the US Constitution that requires all states to respect the records, judicial proceedings, and public acts of all other states.

Fundamental Right: Fundamental rights are certain rights conferred by the constitution and are guaranteed to all the citizens. They are binding as directly valid law, and no legislation or government who is in violation of them can have legal force or validity.

G

Gag Order: When a judge issues an order prohibiting the attorneys and parties to go to the media or public with the information about the case, as he thinks it will influence the decision, it is called a gag order.

Gambling: To play a game for money or other stakes, or taking a risk for gaining an advantage.

Garnish: It is a court order usually issued not against a debtor but a third party that holds funds for the debtor to set aside funds for the benefit of the creditor.

Garnishment: A court order seizing a person's property, credit or salary through a third person known as a garnishee, for paying the debt of the creditor.

General Damages: Pecuniary loss for injuries suffered, or breach of contract which cannot be calculated exactly, or cannot be given a value for the injuries are known as general damages. They include pain and suffering, harassment etc.

Generation Skipping Transfer Tax: A tax levied by the Federal Government on the money given or left to grandchildren or great grandchildren. The purpose of this is to prevent families from avoiding tax on property left by the grandparents.

Generation Skipping Trust: If a trust is designed for the principal beneficiary to be the grandchildren of the maker of the trust, with his children receiving only fixed income from it, it is called generation skipping trust. The main purpose is to avoid paying tax on the trust by the middle generation.

Genericide: A process by which a brand name or trademark has become a generic description for a product or service, rather than referring to the specific meaning intended by the brand or trademark holder. Some examples are Band-aid, Coke, Escalator, Q-tip, Beer, etc.

Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA): An act passed by the Federal Government on 21st May, 2008, which prohibits discrimination by insurers and employers on the basis of genetic information.

Gift: Gift means the transfer by one person to another of any existing movable or immovable property, voluntarily and without any consideration in money or money's worth. Any person who acquires any property or money under a gift is called a donee and a donor is the person who makes the gift to another.

Gift Tax: In the United States, if the value of a gift or combination of gifts from one person to another exceeds \$13,000 a year, then a Federal tax called gift tax is levied on the gifts.

Golden Rule Argument: The golden rule argument is when the lawyers try and persuade the jury to make a decision on the case by trying to put themselves in the plaintiff's shoes, and then deliver the verdict. This form of argument is not always preferred by all judges.

Good Cause: A legally substantial reason presented before a judge for a ruling, that is not arbitrary, irrational or unreasonable, is said to be a good cause.

Good Faith: A thing shall be deemed to be done in good faith, if it is in fact done sincerely and honestly, without any intention to defraud another person.

Good Title: A title to a property that is free from any reasonable doubt, valid in law and does not hold a considerable chance of litigation.

Goods: Goods include all materials, articles, commodities and all other kinds of immovable property, but does not include newspapers, actionable claims, stocks, shares and securities.

Goods and Chattels: Personal property of any kind, but sometimes limited to tangible property.

Goodwill: The advantage or benefit which is acquired by a business, beyond the mere value of the capital, stocks, funds or property employed therein, in consequence of the general patronage and encouragement which it receives from consent or habitual customers.

Governing Law: A provision stipulated in the contract which determines which state laws should be followed in the event of a dispute.

Governmental Immunity: A personal favor granted by the government to its employees against any crime without the consent of the government.

Grace Period: The period of time beyond a particular date, during which a debtor not paying his debt will not be charged a fee. Usually most credit card companies give a grace period of 20 days before interest is charged.

Grand Jury: A body of persons chosen randomly and sworn to inquire into a matter of fact, and to declare the truth upon such evidence as is presented before them by a prosecutor. There are different types of juries, and grand juries do not decide whether a person is guilty or not, they only decide whether a person should stand trial.

Grand Jury Witness: A witness who testifies before a grand jury.

Grand Larceny: The unlawful taking and carrying away of personal property over a certain value set by state law, with the intent to deprive the rightful owner of it permanently.

Grand Theft: The theft of property or services whose value exceeds a specified amount and considered as a felony is called a grand theft.

Grandfather Clause: A provision or clause created by a new law, that exempts the persons who were already in the system and is applicable only to the persons that are new to the system is called a grandfather clause.

Grant: A grant may be defined as a transfer of property by an instrument in writing without the delivery of the possession of any subject matter thereof.

Grant deed: A deed to a property containing an implied or express promise that the transferor has a good title of the property, and that there are no encumbrances of any kind, or if there are, then they should be expressly mentioned in the deed.

Gratuitous: Something given voluntarily or not involving a return benefit, compensation or consideration.

Gross Estate: The total estate that a person owns at the time of his death, including his real and personal property, that may be passed by will or by intestate succession. While calculating the estate tax, the gross estate is taken into consideration.

Gross Income: The entire income of an individual or business from all sources, before subtracting pensions, exemptions or adjustments is called gross income.

Gross Lease: A lease in which the tenant pays a fixed amount of lease for the property, per month or year, irrespective of the maintenance, taxes and other costs that the landlord pays.

Gross Negligence: The intentional failure to perform a manifest duty in reckless disregard of the consequences as affecting the life or property of another is considered as gross negligence.

Grounds for Divorce: The legal reasons or facts and materials to be taken into consideration by the adjudicating authority while giving a divorce.

Group Insurance: A single or blanket insurance policy under which individuals in a group are covered as long as they remain a part of it.

Guarantee: Guarantee includes any obligation undertaken usually to agree to pay another's debt or the document in which this assurance is made.

Guardian: A person who in the opinion of the competent authority is legally appointed to take charge of a minor or his property is called a guardian.

Guardian ad Litem: Where the defendant is a minor, the court shall appoint a proper person to be his/her guardian, who protects the interests of the child during the course of legal proceedings.

Guardianship: When the court appoints a guardian for a minor, the relationship that is created by law is called guardianship.

Guilty: A defendant is said to be guilty either if he admits that he has committed a crime or the finding by a judge or jury that the defendant has committed the crime.

H

Habeas Corpus: A writ of habeas corpus is a prerogative writ of the highest constitutional importance. It is designed to afford immediate relief from illegal confinement or restraint. Such a court order directs the authorities to bring the detained person before the judge for a hearing to determine the legality of the detention.

Habitual Offender: A person, who has been convicted of multiple felonies, and who by force or habit has grown accustomed to a life in crime. Such offenders are usually, in case of further criminal convictions, given a severe punishment.

Halliday Order: A special court order which is specially designed for reasons of privilege, privacy, confidentiality or the potential personal embarrassment of the party, wherein the plaintiff first obtains the records sought by the defendants to determine what in his or her view is private and confidential, and what is relevant, before the documents reach the defendants.

Harassment: Employment discrimination consisting of unwelcome verbal or physical conduct that is so severe or pervasive, that it affects the terms and conditions of the victims employment. It can be in the form of words, actions gestures, demands, etc.

Hatch Act: The Hatch Act is a Federal law whose aim is to “prohibit Federal employees from engaging in partisan political groups or any political organization which advocates the overthrow of our constitutional form of government.”

Hazard Insurance: An insurance policy that protects against physical damage to the property caused by unexpected and sudden events such as fire or storms.

Healthcare Power of Attorney: A document giving another person the right to take medical or health care decisions on behalf of the maker if he is unable to do so.

Hearing: The entire process of the trial before a tribunal, judge or jury, beginning with the examination of witnesses, presenting evidence and argument until the final decision or order of the court is termed as a hearing.

Hearsay: When a witness testifies in the court providing evidence, that he or she does not know personally, but what he has heard someone else say.

Heir: Any person who is entitled under state law to succeed to the property of a deceased person is called an heir. Though usually it includes the family members of the deceased, it may also include any person who is to inherit his property.

Hidden Asset: Something of value that is not declared as an asset in the books of business, mostly for escaping from taxes.

High Seas: High seas denotes all parts of the sea not included in the territorial sea, and international waters of any state.

Himalaya Clause: A provision included in the contract to protect the third party who is not a part of the contract. It is mostly applicable to marine waters and stevedores.

Holding Over: A tenant who continues in possession after the efflux of time with the consent, express or implied, of the landlord, is said to be holding over tenant.

Holograph Will: A will that is written by the testator with his own hand is called a holograph will.

Home Invasion: Home invasion is an unauthorized and forceful entry into a residential premises with forced confinement, assault or battery of the occupants.

Homicide: The killing of a human being by another human being is known as a homicide. Homicide may be culpable (criminal), justifiable or excusable.

Hostile Possession: Occupation or possession of real property, in contravention of the owner's rights, with the intention, whether express or implied, to possess the land exclusively.

Hostile Witness: A witness who testifies against the party, who called the witness to testify is called a hostile witness.

Hotchpot: In a partition suit, all the properties are mixed together in order to facilitate a proportional division between all the parties. This blending of properties is called hotchpot.

Human Rights: Human rights are basic rights or freedom to which all human beings are entitled to, without the government interference. Some examples of human rights are liberty, freedom of expression, equality, etc.

Hung Jury: If a jury cannot reach a final decision in a particular case, it is called a hung jury. In such a case it results in a mistrial.

Husband-wife Privilege: A right wherein the married couple is not obligated to divulge their private conversations even to the court.

Hypothecation: The act of pledging a thing as a security for a debt or demand without parting with the possession.

I

Identity Theft: It is a crime in which a person obtains key pieces of personal information in order to impersonate someone else for their personal benefit.

Illicit: Unlawful/forbidden by law or contrary to accepted morality.

Illusory Promise: A statement that seems like a promise, but in reality is very ambiguous and does not bind the person by any liability.

Immunity: A personal favor granted by law contrary to the general rule. There are different types of immunities, such as diplomatic immunity, sovereign immunity, etc.

Impanel: Act of the clerks of the court to select a list of possible jurors for the trial of a particular case.

In Camera: When a legal trial is held before the judge in private chambers, where the public is not permitted to witness it, then it is called an in camera hearing. These are common in cases regarding family matters.

Indemnify: The act of securing against damage, loss, injury or penalty.

Inadmissible Evidence: Any testimony, documentary or tangible evidence that fails to meet the state rules, because it is considered unreliable to be taken into consideration as evidence.

Intellectual Property: Property that is intangible and created by the human mind like books, inventions, trademarks, etc. is called intellectual property.

Insolvency: A person is said to be insolvent when he/she is unable to pay the debts as they come due, or when the value of the debts exceed the value of his/her assets.

Interim Orders: A temporary order made by a judge during the trial, until a final order is passed.

International Law: International law comprises the rules of conduct, which the states feel themselves bound to observe in their relations with each other.

Intestate: A person is deemed to die intestate when he dies without making a valid will.

Ipsa Facto: Latin term, which means, “by the act itself”. It is used by lawyers when the point is so clear that there is no need for any elaboration.

Irrevocable Trust: A trust that once made, cannot be revoked or changed. They are permanent in nature.

J

Jeopardy: A person is said to be in jeopardy when he or she is placed on trial and is at the risk of conviction and punishment. Jeopardy attaches after a jury is sworn to try the case.

Joint and Several: Usually used in a judgment of negligence or recovery of debt, when there are two or more defendants, each of the defendants are responsible for the entire debt or damages regardless of the individuals share.

Joinder: When various lawsuits or various parties are joined together in one lawsuit, because the factual conditions or issues are the same for all the parties it is called a joinder.

Judgment: A judgment is the final court decree or order given by the judge based on all the facts and evidence presented by the parties.

Judicial Review: It is a process wherein the courts have the power to examine the decisions of the lower courts or executive and legislative actions to determine whether it is against the constitution. It has the power to revoke the act if it is against the principles of the constitution.

Judicial Proceeding: The entire process in the court by which a legal judgment is reached upon by the judge or jury is called a judicial proceeding.

Jump Bail: When a person fails to attend court after he is released on depositing bail, he is said to jump bail.

Juris Doctor: A juris doctor is the degree awarded to a student who has completed his or her graduation in law in the United States.

Jurisdiction: A valid legal authority to hear and give a judgment on a case. If a court does not have a valid jurisdiction, the judgment passed will not hold any value.

Jurisprudence: The word jurisprudence comes from the Latin word ‘juris prudentia’, which means the study of knowledge or science of law. It covers the study of the entire legal system and legal philosophies.

Jus Naturale: Latin term for ‘natural law’. It is the set of principles that are not derived from the constitution or any legal authority, but from the universe and are applicable to all human beings.

Just Cause: Also known as good cause or lawful cause, it means a legally valid or sufficient cause to prove your claim. The plaintiff has to prove to the court that there is a just cause for his claim to be granted.

Justice: The fair and undiscriminated treatment of all individuals while deciding on a judgment or a public officer authorized to decide cases in a court of justice.

Juvenile Court: A special court designed for hearing cases involving the rights, welfare and health of children under the age of 18. Children charged with a crime have their cases heard in juvenile courts.

Juvenile Delinquent: A minor charged with a crime is called a juvenile delinquent. They usually have different punishments that do not apply to adults, and are tried in juvenile courts.

K

Kangaroo Court: A term, which refers to a bogus court or sham legal proceedings that deny the basic rights of a party to a case. This term may denote an unauthorized court or an authorized one, which conducts its proceedings without taking into account the principles of law and justice.

Kidnap: Forceful and unlawful abduction, and detention of a person against his/her will, with the intent to demand ransom, to make him hostage, to threaten a third person, to cause physical harm to the person or to abuse sexually, or for any such reason.

Kin: The closest relatives of a person, especially by blood, but includes those who are related by marriage and adoption too. This term is mostly used to denote those relatives, who are entitled by law to inherit the property of a person who dies without leaving a will.

Kick-out Clause: A provision incorporated in sales contracts, which allows the seller to void the agreement in case of receiving a better offer before the closure of the sale. This clause is mostly used in real estate contracts.

Knowledge: An awareness of the actual facts. A person can be guilty of an unlawful act, if he is doing it with actual knowledge of the facts. For example, a person buying stolen goods, with the knowledge of the real facts that the goods are stolen, makes his act a crime. But some people may buy the goods without any knowledge of the facts. So, knowledge plays a vital role in proving such crimes.

L

Laches: The legal doctrine, which takes away the right to seek remedy from those people who cause unreasonable delay in asserting or claiming a legal right, thereby causing disadvantage to the opposing party.

Laissez-faire: A French doctrine, which is mainly used in the context of economic policies. The phrase, which literally means, “leave things alone”, is a doctrine that opposes governmental intervention in economic policies.

Larceny: Earlier, the crime of theft was referred to as larceny. This legal term denotes unlawful taking away of another’s property, without the consent of the latter. This term is still in usage in some common law jurisdiction.

Law: A set of rules established and enforced by a governing authority of a state, and is applicable to the people of that state. These laws are enforced by threat of punishment, in case of violation.

Lease: A form of contract, whereby the owner of a property allows another to possess and use the same for a limited period of time, subject to certain conditions, in exchange of rent or some value. The owner retains the ownership and has the right to take back the possession after the stipulated period. A person who grants a lease is called the lessor, and to whom it is granted is called a lessee.

Legacy: The term legacy refers to a gift of money or personal property by will. Usually, it does not cover the gifts of real property by will, which is termed as 'devise'. A person to whom a legacy is given is called a legatee.

Legal Terrorism: This term refers to the misuse of legal provisions in order to gain some advantage. It is using or threatening to use some legal proceedings against a person or a group of people, by the perpetrator, in order to satisfy his motives. Such misuse of laws are termed as legal terrorism.

Legal Transplant: In almost all countries, some laws are enacted on the same lines of the existing legal provisions in some other country. Such borrowing of laws or enactment of new laws, after getting inspired by some foreign examples is called legal transplant, which is otherwise known as legal diffusion too.

Lemon Laws: These laws make it mandatory for the manufacturers to repair defective cars. If they fail to do so within a reasonable time, they have to make a refund of the purchase price after deducting some amount for the use of the car.

Letter Rogatory: A formal request made a court in one country to a foreign court for judicial assistance, is called letter rogatory. This mechanism is mainly used for the service of process, and for taking evidence. If 'A', staying in the US, wants to sue 'B', a resident of Brazil, the former has to approach the US court, which issues a summons against 'B', and requests the Brazilian court through a letter rogatory, to serve the process on 'B'. The same applies in case of examining a witness staying in another country.

Liability: An obligation, duty or responsibility to do something or to refrain from doing something is called a liability. This can be created by a contract, or by status, or by conditions of social living. An obligation to pay money on breach of contract or for committing a tort is also a liability.

License: A permission given by the concerned authority to do some act, that would be illegal, without that special permission or authorization.

Lien: A right over a property, granted by the owner to another person, as a security for the performance of some obligation, on the part of the former to the latter. The person who grants a lien is called a lienor, and the one who receives it is termed as the lienee.

Life Estate: A right to use and occupy a property, by a life estate holder, only for the duration of his lifetime. This right terminates on the death of the holder, who is called a life tenant. Once terminated, the estate reverts back to the title holder or his/her heirs.

Limited Divorce: Otherwise known as legal separation, limited divorce is granted by to those couples who do not have any grounds for absolute divorce, but are not able to solve their differences. In such cases, the court issues an order, declaring that the couple is no longer living together, but the marriage bond is not dissolved. Read more on legal separation and divorce.

Lineal Descendant: This legal term is applied to ancestry and descent. A lineal descendant is a direct descendant or a blood relative in the direct line of descent. For example, the relation of natural parent and the child or the relation between child, father and grandfather.

Liquidated Damages: A clause commonly found to be incorporated in contracts, wherein the parties agree to pay a fixed sum, in case of violation of the provisions of the contract.

Living Trust: Otherwise known as *trust inter vivos* (between the living), a living trust is created during the lifetime of the trustor. Read more on living trust and will.

Living Will: A document executed by a person regarding the life support and other medical treatment, that he/she prefers, in case of sudden debilitation due to some fatal illness that leads ultimately to death.

Locus Standi: A right to bring an action or a right to address a court on a matter before it. For example, a person whose right is violated, has the right to approach a court. There must be sufficient reason to bring an action, and the plaintiff must prove this reason.

M

Magna Carta: A document signed by King John on June 15, 1215, which established the rights of English barons, landowners and common people, and limited the powers of the King. Magna Carta is a Latin term, which means the great charter.

Maintenance: The support provided by one person to another with a means of livelihood, especially in cases where the former is legally bound to do so. In family law, this term (also known as alimony or spousal support) is used to denote the financial assistance given by one spouse to another, in case of separation or divorce. Likewise, a father is legally bound to maintain the children, a son/daughter is bound to support the parents, who have no means to live, provided, the former has the ability to maintain the latter.

Mala Fides: An action done in bad faith. A person who buys stolen goods with the knowledge that they are stolen is said to be a mala fide buyer. It is opposed to a bona fide purchaser, who buys the goods without knowing that they are stolen.

Malfeasance: Doing an act, which is illegal and wrongful. If a person omits to do something which he ought to do, then it is non-feasance, whereas doing a lawful act in an unlawful and improper way, so as to cause harm to another is misfeasance. Misfeasance happens due to carelessness or negligence, but malfeasance is done with the intention to cause harm.

Malice: A legal term, which refers to a person's intention to commit a wrongful act, which will result in injury or harm to another.

Mandamus: The name of a writ in Latin, which means 'we command'. This writ is issued to order a governmental agency, individual or administrative tribunal to perform an action, required by law, in case of failure to do that act, or to correct a prior illegal action, or if the official has earlier refused to do that act.

Marriage: A contract made under law, between a man and a woman to become a husband and wife. This legal relationship creates rights and obligations as per the relevant laws of that state.

Material Witness: A witness, whose testimony is considered to be vital for the outcome of the case, as he is presumed to have knowledge about the subject matter of the case.

Medical Malpractice: A professional negligence on the part of a health care provider by an act or omission, in which he/she deviates from the accepted standards of practice of the medical profession and thereby causes harm, injury or death of a patient is termed as medical malpractice.

Mens Rea: This Latin term, which literally means ‘guilty mind’, refers to the intent required to commit a crime. Mens Rea is one of the two factors that are necessary to constitute a crime. The other factor is *actus reus*, which denotes the guilty act.

Mesne Profits: The profits made from a land, by an illegal tenant, who is in wrongful possession of the land, which belongs to another. This amount is calculated when a claim is made by the true owner of the property to recover the profits made by the illegal tenant.

Miranda Rights: The rights of a person, who is taken into police custody. It is mandatory for the law enforcement officers to inform the suspects in custody about the Miranda rights. Such action from the side of the police is called Miranda warnings, which informs the detained person about the Miranda rights: right to remain silent and right to an attorney.

Misappropriation: Illegal use of another’s property or funds intentionally. In law, misappropriation is mainly used to denote such action by a public official, trustee, executor or any agent, who is entrusted with the responsibility to take care and protect another’s assets.

Modus Operandi: This Latin term means the method of committing a crime. It is also referred to as M.O., which can be used to identify the person who has committed a crime, in case of repeated criminal acts, which have a particular pattern of performance.

Moratorium: In simple terms, moratorium means any temporary suspension of an activity. It can be a suspension of legal action against a person or a

group of persons. It can be a voluntary suspension of the collection of debts by banks or by the government or under court order.

Mortgage: Pledging a real property as a security for the repayment of the debt involving that property is called a mortgage. The person who receives the mortgage and lends money is called a mortgagee, and the person who concede a mortgage is called a mortgagor.

Motion: A proposal or application to the court by a litigant or his counsel, seeking some order or ruling. Motions can be made orally or written, either on notice or ex-parte. The applicant is known as the movant or the moving party.

Motive: A very important factor as far as criminal law is concerned, motive is the reason for a person to commit a crime. It is the inner drive, which induces the person to act in such a way, so as to commit a crime. It is not necessary that there will be a motive behind every crime, but proving the motive makes it easier to understand the case.

Murder: One of the most serious crimes, murder can be defined as the intentional and unlawful killing of one person by another, without any legal justification or provocation.

N

Naked: In a legal context, this word is used to denote something, which is devoid of any power or effectiveness, or something that is not complete. A 'naked title' is a title which does not give the holder any rights over the property. A naked contract (*nudum pactum*) means a contract which lacks consideration, so that it is not a proper contract.

Named Plaintiff: In a class action (a lawsuit, in which large number of people collectively bring a claim to court), a small group of plaintiffs are identified by their name, and they represent the interests of the larger group. This is done with the approval of the court.

Negligence: The failure to exercise reasonable care to avoid causing harm to another person or other's property is called negligence. The factors which constitute negligence varies with the facts of individual cases. It can be an action or an inaction.

Negotiable Instrument: A written instrument signed by the maker for the purpose of unconditional payment of a fixed amount of money, at a specified future date or on demand, to the payee or to his order or to the bearer. E.g.: check, bill of exchange, etc.

Next Friend: A term used to denote a person, who appears for another in litigation without any official appointment. The next friend may or may not be a close relative, but the person for whom he appears must be unable to maintain a suit, or does not have an appointed legal guardian or must be an infant.

Next of Kin: A legal term used to denote the nearest blood relatives of a person, who dies intestate.

No-fault Divorce: A no-fault divorce is granted in such cases, where there is no prospects of reconciliation and the incompatibility between the spouses is considered as a ground for divorce. This type of divorce does not require the finding of any fault-based grounds for dissolution of the marriage.

Notary or Notary Public: Notary public is an official appointed by the state, and has the power to administer oaths, certify documents, take acknowledgments, and to take depositions (if he/she is also a court reporter). In case of attestation of affidavits by a notary, the signature and seal of that official is necessary. Read more on certified notary signing agent and becoming a notary public.

Notice: Information or knowledge, communicated through various means. It is said to be an actual notice, if the information can be shown to have reached the other party. It is constructive notice, when it is presumed by law that the information has been communicated, when certain acts are done.

Novation: Displacing an existing valid contract with a new one, which happens with the mutual agreement of all the concerned parties. This gives rise to new rights and obligations, which is accomplished by substituting any of the parties to the contract or the performance to be made under the contract.

Nuisance: Any activity (intentional, negligent or ultra hazardous), which causes substantial interference with the occupation and enjoyment of property. Nuisance violates the right of another person to use and enjoy his/her property and may lead to a lawsuit for damages or injunction.

O

Obiter Dictum: An opinion, remark or comment made by a judge which does not form an important part of the court's decision. The term 'obiter dictum' is derived from a Latin word meaning 'things said by the way'. It is basically a side opinion which is not an integral part of the judgment.

Obligation: A legal requirement to do what is imposed by law, contract, or as a result of unlawful harm caused to the person or property of another. In a more technical meaning, it is a duty to do something agreeably to the laws and customs of the country in which the obligation is made.

Occupational Crime: A crime committed by a person during the course of legal employment like misuse of an employer's property, theft of employer's property, or misuse of sensitive information for personal gains.

Of Counsel: It is a reference to an attorney, who assists in the preparation or management of the case, or its presentation on appeal, but is not the principal attorney for the party. This attorney is not actively involved in the day-to-day work of a law firm, but can be available for specific matters or consultation. Read for more on tips for selecting a law firm.

Offense: A violation of law or an act which contravenes the criminal law of the state in which it occurs. Crime, offense and criminal offense are often used interchangeably.

Offer: An offer is an explicit proposal to an agreement, which, if accepted, completes the agreement and ties both the person who made the offer and the person accepting the offer to the terms of the agreement.

Oligarchy: The term 'oligarchy' means "rule by a few". It is a form of government in which a few persons (usually the rich) rule and govern for their own advantage, rather than the public good by assuming all legislative and administrative authority.

Ombudsman: It is an official appointed by the government or parliament to safeguard rights of citizens by receiving, investigating or addressing complaints against the government services or policies.

Omission: A failure to carry out or perform an act. According to the criminal law, if a person breaches his/her duty or does not take adequate action to

prevent a foreseeable injury or harm, then such an act or failure constitutes an omission.

Omnibus Bill: A draft law before a legislature which comprises more than one substantive matter, or several minor matters which have been put together into one bill, apparently for the sake of convenience.

Omnibus Hearing: A criminal pretrial hearing soon after a defendant's arraignment (the accused is brought before the court to formally read the complaint against him). The main objective of the hearing is to determine the admissibility of evidence which includes testimony and evidences seized at the time of arrest. These hearings are governed by the state laws and the local court rules, that vary by area.

Onus Probandi: A general rule in which the party who alleges the affirmative of any proposition has to produce proof for it, i.e. the party has to support their case by a particular fact of which they should be cognizant.

Open Verdict: It is an option open to a Coroner's jury at an Inquest in the legal system of England and Wales. The verdict implies that the jury confirms that the death is suspicious, but is unable to trace any of the other verdicts open to them, i.e. the jury affirms that a crime has been committed without stating by whom. Most cases of open verdict is related to suicides, where the intention of the dead person is difficult to prove.

Order of Filiation: An official document declaring a man to be the father of a child. Once the order is made, the father has an obligation to support the child and may have rights regarding the child's custody or visitation.

Outcry Witness: The outcry witness is the person who first witnesses the child's outcry regarding the child's abuse, and is obligated to report the abuse to the concerned authorities.

Outlaw, Outlawry: Outlaw is an act of being put out of the protection of the law, by a process regularly sued out against a person who is in contempt in denying to become amenable to the court having jurisdiction. These proceedings are also known as the outlawry.

Overrule: It refers to a judge's dissent with an attorney's objection to a question to a witness or admission of evidence. Overrule may also refer to

the appeals court overthrowing a previous ruling on a legal issue, so that the prior decision is no longer a valid precedent on that legal question.

Overt Act: It's an action which might be innocent in itself, but if part of the preparation and active furtherance of a crime, can be considered as an evidence of a defendant's involvement in a crime. However, the contemplation or intention to commit a crime is inadequate to convict the person of a criminal attempt, conspiracy or treason, a manifestation of such an intent by an overt act is sufficient.

Ownership: It's the state or fact of exclusive legal rights or possession over property, which can be an object, land/real estate or intellectual property.

P

Palimony: The term palimony has meaning similar to 'alimony', except that award, settlement or agreement arises out of non-marital relationship of couples who lived together for a long period of time, and then terminated their relationship. The deciding factor in such a support is whether there was an agreement that one partner would support the other in return for the second making a home and doing other domestic duties.

Paralegal: A paralegal is a person who performs substantive and procedural legal work as authorized by law, without a law license, which would have been performed by an attorney in the absence of the para legal.

Parens Patriae: The term Parens Patriae is derived from a Latin word meaning 'parent of his country'. It's an inherent jurisdiction of the courts to make decisions regarding people who are unable to look after themselves, like children or incompetent persons.

Parental Consent: Also known as parental involvement or parental notification laws, parental consent is referred to the parent's right to give consent before their minor child gets engaged in certain activities like body modifications, marrying, education, field trips, etc.

Parricide: It's an act of killing one's father, a family member or close relative.

Partial Verdict: According to criminal law, a partial verdict occurs when the jury finds the defendant guilty of one or more, but not all the counts against him. The verdicts may or may not be announced instantly.

Partnership: It's an affiliation of two or more people who agree to share in the profits and losses of a business venture. There are different types of partnerships: general partnerships, limited partnerships, and limited liability partnerships.

Patent: An exclusive right granted to an inventor to make, use or sale an invention for a fixed period of time, approximately 17 years from the date the patent was published.

Peace Bond: A commitment by an individual to a court of law, that sets out specific conditions in which he commits himself to keep the peace, good behavior and protect the safety of others or property.

Pedastroy: It's a sexual abuse crime wherein an adult sexually assaults an adolescent. The convict is harshly punished under general child sexual abuse offenses, as it is not treated as a separate crime.

Pendente Lite: The legal term pendente lite means 'pending the litigation'. It's a court's order that lasts until the date of the trial or until the parties to a lawsuit work out a settlement.

Perjury: Also known as forswearing, it's an intentional act of lying or stating a false oath or affirmation to tell the truth, whether verbally or in writing, pertaining matters material to a judicial proceeding.

Perpetuating Testimony: It's the recording of evidence, when there's a fear that the person may soon die or disappear, and the evidence if recorded, could be used to prevent any kind of injustice or to support a future claim of property.

Pillory: A medieval punishment and constraining device made of mobile and adjustable boards through which a prisoner's head or limbs were pinned.

Plea Bargaining: Negotiations during a criminal trial, between an accused person and a prosecutor in which the accused accords to admit to a crime (quite often a lesser crime than the one set out in the original charge), avoiding the expense of a public trial, in return for which the prosecutor agrees to ask for a more lenient sentence than would have been advocated if the case had of proceeded to full trial.

Pleadings: Written statements of the parties to litigation in which they formally set out the facts and law which support that party's position. The principal pleadings are the complaint, answer, reply or petition.

Power of Attorney: A power of attorney is an instrument containing an authorization for one to act as the agent on someone else's behalf in legal or business matters. Also called the letters of attorney, it terminates at some point in the future either by its terms and conditions, or by operation of law like death of the person or agent.

Preamble: The term is particularly applied to an introductory statement, a preliminary explanation of a statute or contract, which summarizes the intention of the legislature in passing the measure.

Precedent: It refers to a prior reported opinion of an appeals court which forms the basis in the future on the same legal questions and facts decided in the prior judgment.

Prima Facie: The term prima facie is derived from a Latin word meaning 'at first look' or 'on its face'. It's an evidence before trial, which is enough to prove the case unless there's significant contradictory evidence shown at the trial. A prima facie case has to be presented to the Grand Jury by the prosecution in order to get an indictment.

Privileged Will: It's a will valid despite the defect of form, made by mariners or soldiers.

Privity of Contract: A doctrine of contract law that forbids any person from seeking the enforcement of a contract, or suing on its terms, unless they are a party to that contract.

Q

Qualified Immunity: A legal doctrine that is used to protect state and federal officials from liability of civil damages, in case of violation of an individual's federal constitutional rights, of which a reasonable person would have known. The defense of qualified immunity is developed by the US Supreme Court, in order to shield and protect state and federal officials from the fear of litigation while performing discretionary functions, entrusted to them by law. So, even if a violation of a constitutional right has occurred, the official

will be protected, if the said right was not clearly established or the official could have reasonably believed that his conduct was lawful.

Qualified Privilege: This legal term is used to denote a defense in defamation actions, according to the specific occasions, which give rise to the defamatory statement from the defendant. A qualified privilege is available, only when the defamatory statement comes under these specific occasions, like a statement made in good faith without malice, or the defendant has an interest or duty to make such a statement and the plaintiff has a corresponding interest or duty to receive that statement.

Quantum Meruit: A Latin term, which means, “as much as he deserved”. This is a legal principle that determines the actual value of goods exchanged or services rendered. When a person hires another to do some work and the contract is not completed or rendered non-performable, the employee can sue the employer for the services rendered. The law implies a promise from the employer to the employee that he will pay him for the services rendered as he may deserve or merit. If there is an express contract, the employee cannot sue the employer for a quantum meruit, but in case of failure of consideration, this principle can be used.

Quasi-contract: An obligation created by an order of the court and not by an agreement between the parties. A quasi-contract is created by a court, in a dispute regarding payment or service, when one party is getting some unjust enrichment.

Quid Pro Quo: A Latin term which literally means, “something for something”. This concept of getting something of value in return of giving something of value is similar to the contractual concept of consideration.

Quit Claim Deed: The deed through which a person relinquishes his right or a right he may have in the future, over a property and transferring the right to some other person is called a quit claim deed. A quit claim deed does not guarantee that the title of the grantor (person granting the right) is clear. Read more on how to file a quit claim deed.

Quo Warranto: A type of writ, which literally means, “by what warrant or authority”? This writ is used to challenge the authority of a public official or a corporation to exercise a particular power.

R

Ratio Decidendi: The Latin term, which refers to the reason behind a decision of a court or the principle upon which the decision rests. Ratio decidendi of the higher courts are binding on the lower courts, while deciding similar cases. So this can be considered as an important tool for a lawyer.

Real Property: Land and the permanent fixtures attached to the land constitute a real property. Hence, a building attached to land is real property, but the furniture in the building are not.

Reasonable Doubt: A legal term used in the law of criminal procedure. An accused person can be acquitted, if the prosecution fails to prove the guilt of the accused beyond 'reasonable doubt' and the jury is not convinced of his/her guilt. In order to pronounce an accused person to be guilty, there should not be any doubt regarding the guilt of the accused, and it should be proved with ample evidence.

Rebuttable Presumption: A presumption of fact, which is accepted by a court of law, until it is proved to the contrary.

Record Sealing: In some cases, the court records are sealed or destroyed, so as not to make it accessible to public as a public record. If anyone wants to review such records, court permission is required, and otherwise such records will be kept sealed.

Recusation: A legal term, which denotes the process by which a judge or prosecutor voluntarily excuses himself from a legal case, or is removed from a case due to various reasons, like conflict of interest, bias or relation to a party to the case, etc.

Rectification: A correction or an amendment done to a written document through a court order.

Redemption: A seller buying back the property, which has been sold, by returning the purchase price to the buyer.

Redirect Examination: Examination of a witness, after the cross examination, in order to question him about the matters, which were brought up during the cross examination.

Remainder: A legal term, which refers to a future interest, held by a person in a real property of another person. Such future interest becomes effective on the expiration of other interests over the property created at the same time as that of the future interest. This can happen when the owner of a property gives the present interest of the property to one or more persons for a stipulated period or for life, and at the same time gives a future interest to another. Such future interest is called a remainder.

Remand: The literal meaning of the word is ‘to send back’. In the legal context, a case is said to be remanded when an appellate court sends back an appeal case to the trial court for further action. In criminal cases, an accused person, presented before a judge for preliminary hearing may be remanded into custody, if the judge feels that there is sufficient reason to keep the accused in detention, before trial.

Remittitur: A legal term, which has different meanings as per the context. In case of a verdict, a remittitur means an order by a judge, reducing the award or damages granted by a jury in a civil case, as it exceeds the amount claimed by the plaintiff. Such an order is granted when a motion is moved in the court to that effect. This legal term is also used in place of ‘remand’, to denote the sending back of an appeal case from the appellate court to the trial court.

Res Ipsa Loquitur: A Latin phrase, which means, “the thing speaks for itself”. This is a legal doctrine, which presumes negligence on the part of a person who causes injury to another, when the former was in exclusive control of whatever caused the injury, and it is almost impossible for such an accident to occur without the negligence of such person.

Rotating Custody: A custody agreement, wherein there is no primary custodial parent, as the parents alternate custody of the child. Otherwise known as split custody, rotating custody is granted by the court after taking into account many factors, like the preferences of the child, so as to avoid any disruptive effect on him/her.

S

Safe Harbor: Legally speaking, a safe harbor refers to that provision or clause in a statute that eliminates or lessens the liability of a party to the case under the law, considering the fact that the actions of the party were in good faith.

Sanction: Generally, the word sanction means to approve or ratify, but in law, sanction can denote the penalty or punishment awarded to a person for breach of law.

Scienter: A Latin term which means, 'guilty knowledge'. If a person does an act voluntarily and intentionally, fully knowing the consequences, he is said to have the guilty knowledge, which has to be proved in some crimes.

Scrivener: A scrivener is a person who drafts legal and other documents for others, usually for a fee. It can be a lawyer, if he does not give any legal advice, but simply drafts the document. It can be a non-lawyer too, who may land in trouble for practicing law without a license.

Scrivener's Error: A term used to denote an error done by a clerical staff in a legal document. This term is mainly used to save higher officials from the blame of committing a mistake in a document, and putting the blame on the clerical staff.

Second Degree Murder: A murder, which is not pre-planned, but results from an assault, which is likely to cause death. Unlike a first degree murder which is pre-meditated and intentional or results from a crime, like arson, rape, robbery, etc., a second degree murder lacks premeditation, and is done with malice afterthought.

Sedition: The crime of revolting or supporting an uprising against the government. This crime involves speeches or publications, which may trigger public unrest and disrupts the operations of the government.

Self Defense: The right to protect one's person, family members and property (in some cases) from injury, from the attacks of an aggressor is called self defense. It is a defense in some cases, where the person is not held responsible for an act which is carried out in self defense.

Sentence: A punishment given to an accused person, who has been convicted of a crime.

Sequester: The process of separating the jury from outside influences by isolating them from any external contact, like the media, general public and even families. This is done to avoid anyone from influencing the verdict.

Sequestration: The act of taking away the property of a person from his possession under the process of law, for the benefits of a creditor or the state. A sequestration can be voluntary, if the person deposits the property by his own will, or it can be involuntary, if the authorities seize the property. Such an act is done when the ownership of the property is under dispute and a verdict is being awaited.

Servient Estate: A legal term used to denote a piece of real property, which is subject to any use that benefits another property is called a servient estate. For example, a property with a right of way imposed upon it, in order to benefit an adjoining property is called a servient estate, and the other one which uses the said property (for right of way) is called a dominant estate.

Severability: A legal term, which refers to a contract clause, which states that if some parts of a contract are held to be illegal and hence unenforceable, it does not mean that the rest of the contract is also unenforceable. In short, even if some parts are held unenforceable, the rest of the contract is still valid and binding.

Sobriety Test: A test to find out whether a person is in an intoxicated state or not. This test may involve the use of devices to check the level of blood alcohol or a breath test, or some test to check the motor skills which may be affected by intoxication.

Solatium: A compensation for emotional harm or for hurting feelings. This type of compensation, which is different from that which is awarded for financial or physical harm, is used in Scots law.

Sovereign Immunity: A legal doctrine, which shields the sovereign or the government from civil suits and criminal prosecution, and states that the sovereign cannot commit a legal wrong. This doctrine is used to protect the government servants too, if they were acting on behalf of the government.

Solvency: Unlike insolvency, wherein a person or entity is unable to pay off the debts, solvency describes the status of a person or entity, who has enough assets to pay off the debts or liabilities.

Space Law: The body of law, which governs the space-related activities and includes international treaties, conventions, etc.

Specific Performance: Specific performance can be considered as an equitable remedy in case of breach of contracts, where monetary damages are deemed to be inadequate and compels the party to comply with the contractual obligation.

Station House Bail: It is a type of bail, which is granted to those who are accused of misdemeanors (lesser criminal acts), and are permitted to pay at the police station itself, facilitating their release prior to appearing before a judge.

Stare Decisis: A Latin term, which means, “to stand by things decided”. It is a legal doctrine, which states that the decision made by a court, in a particular case, on a certain set of facts, has to be followed and applied by lower courts or courts of same rank, in future cases with a similar set of facts. In simple terms, decided cases or precedents are binding on lower courts, while deciding cases with similar facts.

Status Quo: A legal term, which refers to the present state of affairs and a status quo order is issued by a judge, in order to prevent the actions of the parties to the case, until the case is resolved.

Statutory Rape: A legal term, which denotes a sexual intercourse by an adult person with a minor, who is below the age of consent or who is below the statutorily designated age.

Sweetheart Contract: A contract made as a result of collusion between the management and the labor representatives, at the expense of the rights of the union workers. Such contracts are made exclusively for the benefit of the management and not the workers.

I

Tangible Asset: Tangible asset refers to any asset that has a physical existence. Such assets can be perceived through the sense of touch and can have a price or value attached to it.

Tenancy: Tenancy refers to a state or contract by which the owner of a property, who is known as the landlord, gives sole possession of his property to another person known as the tenant. In exchange of this transfer of possession of property, the tenant makes a periodic payment of a particular amount to the landlord that both the parties have mutually agreed upon.

Testamentary Capacity: It refers to the lawful ability of a person to sign a will.

Testimony: Testimony is a law term that refers to the statement made by a witness under oath in a legal proceeding. This testimony is treated as an evidence.

Title (property): It is the legal term for ownership. The term also encompasses the right and duty to protect a property and the power to dispose it.

Tort: Tort refers to a civil wrong that does not consist of a breach of contract. An injured person can sue the wrongdoer for the tort and claim damages as well.

Trademark: Any slogan, mark, picture or logo used by a person or company to identify and distinguish goods or services that he provides from those of others in the same field.

Transfer: The act by which the owner of a thing delivers the thing and all his rights on it to another person.

Treason: Treason refers to betrayal, treachery or breach of allegiance against the head of a state (the government or the monarch). The Constitution of United States defines this law term as any act that imposes war on the state or aid or comfort given to its enemies.

Trespass: As per law terms, trespass refers to unlawful interference, violation or entry into another person's property or rights. It also includes illegal violence against a person that may cause harm to the victim.

Trust: Trust is the property given by a donor to a trustee who looks after the property for the benefit of a third person called the beneficiary. This beneficiary gets interests and dividends from the assets in the trust for a specific number of years. Read more on setting up a trust fund, how does a trust fund work and real estate investment trust.

Turbary: In common parlance, turbary refers to an area of peat land from which mat of grass and grass roots (turf) or any other material can be extracted to be used as fuel. As a legal term, turbary refers to the right of an individual to cut turf from a turbary that is jointly owned by him and another person or from a turbary that is exclusively owned by someone else.

U

Unalienable: A thing or a right, which cannot be transferred to another. While some rights like the right to life cannot be transferred, the transfer of some things are prohibited by law (for example, pension granted by the government cannot be sold or transferred).

Under Color of Law: An act done by a state official, during the course of his official duties (whether or not within his power), is said to be an act under color of law. An action under color of law, which deprives the federal civil rights of an individual is in itself a crime.

Ultra Vires: A Latin term, which means, “beyond powers”. Mostly used as a doctrine in the law of corporations, ultra vires denotes an action by a corporation or the officials of the corporation, which is outside the powers granted to them by law. Such actions are considered to be illegal. In short, any action done by any individual or entity beyond their powers is considered as ultra vires.

Undue Influence: Any act by a person, which influences the free will of another or persuades another to do something, which he would not have done otherwise, amounts to undue influence. But such an act does not involve any force or threat, and is often used as a defense in will contests to refer to outside influences that affected the free will of the testator or the maker of the will.

Unjust Enrichment: Availing benefits from the action or property of other person without any legal justification is called unjust enrichment. It is an equitable doctrine which can be applied when there is no contract between the parties, and is used to prevent unjust enrichment. The person who is getting unfair benefits must return the same.

Unlawful Assembly: A gathering of three or more persons, with an intention to commit a crime, to disturb the peace or that creates a fear in the mind of the observers that some unlawful action, which involves violence will result.

Unnatural Will: Otherwise known as undutiful wills, unnatural wills are made to bestow the estates of the testator to complete strangers, rather than close relatives. Unlike an unnatural wills, an officious will is made to distribute the testator’s estates to his natural heirs.

Usufruct: The right to use and enjoy the property of another for a stipulated time period or for life. A person with this right can use the property, enjoy the benefits or income arising from it, can rent it out and collect the rents for himself. He need not share anything with the real owner of the property, but cannot alter or destroy anything in it and should not dispose it.

Usury: Charging a person with interest rates more than what is allowed by the law is called usury. If it is proved before a court that the interest rates on a loan is higher than the legally allowed one, the court may order the person to pay the principal amount only and makes the interest due void.

V

Vacate: A term with various meanings, vacate refers to overruling of court orders or decisions or making it void. Usually, a decision is vacated for any error, if it is substantial enough to affect the verdict.

Vagrancy: Legally speaking, vagrancy is an offense, which refers to a condition of being intentionally unemployed by refusing to work and living idly without any settled home. It may also include loitering, drunkenness, association with criminals and prostitutes, etc.

Venue: The legally proper and convenient place to file a particular case and to conduct its hearing. The laws regarding venue can be different for different states.

Vicarious Liability: The liability of a person for the negligent and criminal action of another person, even though the former is not responsible for the act. This happens when the person liable is responsible for the acts of the person, who does the act. For example, an employer can be held vicariously liable for the actions of an employee.

Void: Something which is not legally binding and is worthless. A statute, which is declared void no longer exists and the same applies to void contracts, legal proceedings, documents, etc. Something which can be made void at the instance of a party or at the happening of some conditions is said to be voidable (which may become void).

Volenti Non Fit Injuria: A Latin term, which literally means, “to one who is willing, no harm is done”. This explains a legal doctrine that a person, who

willingly undertakes a dangerous task or puts himself in risky situations, cannot sue for the resulting damages at a later stage.

W

Waiver: A voluntary and intentional relinquishment of something, especially some known rights. It can be done by express statement or by conduct.

War Crimes: Brutal crimes committed by a country's armed forces during a war. Such acts are done in violation of international laws, treaties and practices regarding military conflict between countries.

Ward: A person who is under the care of a guardian appointed or confirmed by a court of law. Usually, a ward can be a minor or an incompetent person who is incapable of taking care of himself.

Warranty: A promise made by the seller of a product to the buyer regarding the performance of the product or for doing something.

Warrant of Committal: The power of a judge or magistrate in some countries to enforce a judgment against a person or corporation. This action is initiated when the person or corporation refuses or neglects to comply with the judgment within a known fixed time period.

Will: A legal term with different meanings as per the context. It can be thoughts of a person, which leads to actions. Mainly this term is used to denote a document which is executed by a person to distribute his estates on the event of his death.

Writ: A court order signed by the issuing judge, making a command to the person to whom it is addressed, to perform a specific act.

Wrong: A violation of another's right or injury caused to the person or property of another. While a wrongful arrest refers to the detention of a person without any legal excuse, a discharge of an employee from service, without any lawful reason and in violation of the contract of employment is called a wrongful discharge.

Y

Year and a Day Rule: A legal principle, which has its roots in common law. Year and a day rule states that in order to constitute a murder, the death

must happen within one year and one day of the act or omission, which is alleged to be the cause of the death.

Yellow Dog Contract: An unlawful contract, which compels the employees to make a decision that they will not join any union or participate in the activities of any union, as a precondition for employment. Such contracts are legally prohibited.

Yellow stone Injunction: A legal proceeding, which can be initiated by a tenant to prevent the landlord from terminating the lease prematurely, in case of any claimed default by the tenant.

Young Offender: A minor, who commits a crime is called a young offender, who are treated differently as compared to adult criminals. Young offenders are generally between the age of eight to eighteen, and are tried in special youth courts.

Z

Zipper Clause: A clause, which can be found in employment agreements, which makes both parties waive the rights to bargain on any matter, which is not in the employment contract when it was negotiated and signed.

Zoning: A law regarding the use of land, which is enforced by the local governments. It is used to demarcate various geographic areas in order to protect any specified area, for developing a township, channel traffic, etc.

Most people find it difficult to understand legal terminology because law terms sound like Greek or Latin to them (As a matter of fact, there are many Latin terms and phrases in the legal jargon). I hope this glossary of legal terms and meanings may help you in understanding the definitions and meanings of law terms and phrases, and enrich your legal knowledge.

HUKUM PERIKATAN

BAB I

PENDAHULUAN

A. Terminologi Perikatan.

Apakah perikatan itu? Wirjono Prodjodikoro berpendapat:

“Suatu perikatan adalah suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu”.¹

Apakah sama antara perikatan dengan perjanjian? Wirjono Prodjodikoro lebih lanjut menjelaskan:

“Suatu perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Dari peristiwa ini, timbullah suatu hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan ‘perikatan’. Perjanjian itu menerbitkan suatu perikatan antara dua orang yang membuatnya. Dalam bentuknya, perjanjian itu berupa suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji-janji atau kesanggupan yang diucapkan atau ditulis”.²

Berbagai kepastasaan hukum Indonesia menggunakan beragam istilah untuk menterjemahkan “*Verbinten*” dan “*Overeenkomst*”, yaitu:

1. Kitab Undangundang Hukum Perdata, Subekti dan Tjiptosudibio menggunakan istilah Perikatan untuk “*Verbinten*” dan Persetujuan untuk “*Overeenkomst*”;³

¹Lihat Subekti (1987), Hukum Perjanjian, Penerbit PT. Intermasa, Jakarta, hal. 1.

²*Ibid.*

³Lihat Subekti dan Tjiptosudibio (1974), Kitab Undang-undang Hukum Perdata,

2. Utrecht, dalam bukunya Pengantar Dalam Hukum Indonesia memakai istilah. Perutangan untuk "*Verbintenis*" dan Perjanjian untuk "*Overeenkomst*";⁴
3. Achmad Ichsan dalam bukunya Hukum Perdata IB menterjemahkan "*Verbintenis*" dengan Perjanjian dan "*Overeenkomst*" dengan Persetujuan;⁵
4. Sri Soedewi Maschun Sofwan dalam bukunya 'Hukum Perutangan', menterjemahkan "*Verbintenis*" dengan perutangan-perutangan dan Perjanjian untuk "*Overeenkomst*";⁶
5. R. Wirjono Prodjodikoro dalam bukunya "Azas-azas Hukum Perjanjian", menterjemahkan "*Verbintenis*" dengan artian suatu perjanjian dalam artian lebih luas dari yang sekedar terdapat dalam BW dan lebih fokus kepada "*Overeenkomst*" atau Persetujuan yang dibuat oleh para pihak. yang mengadakannya.⁷

Dari uraian di atas ternyata bahwa untuk "*Verbintenis*" dikenal tiga istilah Indonesia yaitu: Perikatan, Perutangan dan Perjanjian. Sedangkan untuk "*Overeenkomst*" dipakai dua istilah.: Perjanjian dan Persetujuan. Dalam menggunakan sesuatu istilah harus diketahui untuk apa dan bagaimana isi atau makna dari istilah tersebut. Jadi kalau kita berhadapan dengan istilah "*Verbintenis*" dan "*Overeenkomst*", kita harus berusaha menjawab pengertian apakah yang tersimpul dalam istilah tersebut. Untuk itu perlu kiranya kita menelaah dengan seksama makna daripada "*Verbintenis*" dan *Overeenkomst*.

Verbintenis berasal dari kata kerja *Verbinden* yang artinya mengikat. Jadi *Verbintenis* menunjuk kepada adanya "ikatan atau "hubungan". Hal ini memang sesuai dengan definisi *Verbintenis* sebagai suatu hubungan hukum. Atas pertimbangan tersebut penulis cenderung untuk memakai istilah Perikatan. "*Overeenkomst*" berasal dari kata kerja "*Overeenkomen*" yang artinya "setuju atau "sepakat". Jadi "*overeenkomst*" mengandung kata sepakat sesuai

PT. Paramita Jakarta, hal. 291, 304.

⁴Lihat Utrecht (1959), Pengantar Dalam Hukum Indonesia, PT. Penerbit Balai Buku Ikhtiar, Cetakan V, hal. 320, 621.

⁵Lihat A. Ichsan (tanpa tahun), Hukum Perdata I B, PT. Pembimbing Masa, Jakarta, hal. 7, 14.

⁶Lihat Sri Soedewi Masjchoen Sofwan (1980), Hukum Perutangan Bagian A, Seksi Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, hal. 1-3.

⁷Lihat Wirjono Prodjodikoro (1986), Azas-azas Hukum Perjanjian, Penerbit PT. Bale Bandung, hal. 7-11.

dengan azas konsensualisme yang dianut oleh BW. Oleh karena itu, istilah terjemahannya pun harus dapat mencerminkan azas kata sepakat tersebut. Berlandaskan alasan tersebut penulis lebih menyetujui penggunaan istilah Persetujuan.

B. Pengertian Perikatan.

Sekalipun Buku III BW mempergunakan judul tentang Perikatan”, namun tidak satu pasalpun yang menguraikan apa sebenarnya yang dimaksud dengan perikatan. Baik Code Civil Perancis maupun BW Belanda yang merupakan *concordantie* BW kita tidak pula menjelaskan hal tersebut.

Menurut sejarahnya “*verbinten*” berasal dari perkataan Perancis “*obligation*” yang terdapat dalam code civil Perancis, yang selanjutnya merupakan pula terjemahan dari perkataan “*obligatio*” yang terdapat dalam hukum Romawi *Corpus Iuris Civilis*, di mana penjelasannya terdapat dalam *Institutiones Iustinus*.

“Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitas iura”.

Definisi ini mengandung beberapa kekurangan antara lain tidak menyebutkan tentang hak dari pada kreditur atas sesuatu prestasi, bahkan hanya menonjolkan aspek pasif daripada perikatan atau kewajiban debitur untuk melakukan prestasi.

Dalam perkembangannya pengertian perikatan tersebut, telah mengalami perubahan dan dapat dilihat dari definisi Hofmann:⁸

“Perikatan adalah suatu hubungan hukum antara sejumlah terbatas subjek-subjek hukum sehubungan dengan itu seorang atau beberapa orang dari padanya (debitur atau para debitur) mengikatkan dirinya untuk bersikap menurut caranya tertentu terhadap pihak yang lain, yang berhak atas sikap yang demikian itu dan Pitlo: “Perikatan adalah suatu hubungan hukum yang bersifat harta kekayaan antara dua orang atau lebih, atas dasar mana pihak yang satu berhak (kreditur) dan pihak lain berkewajiban (debitur) atas sesuatu prestasi”.

⁸Lihat Hofmann (1968), *Het Nederlands Verbintenissenrecht, eerste gedeelte Wolters-Noordhoff*, NV. Groningen, hal. 3.

Pengertian perjanjian ini mirip dengan *contract* pada konsep *Anglo-American* yang selalu berkaitan dengan bisnis. Di dalam pola pikir *Anglo-American*, perjanjian yang bahasa Belanda-nya *overeenkomst*, dalam Bahasa Inggris disebut *agreement* yang mempunyai pengertian lebih luas dari *contract*, karena mencakup hal-hal yang berkaitan dengan bisnis atau bukan bisnis. Untuk *agreement* yang berkaitan dengan bisnis disebut *contract*, sedangkan untuk yang tidak terkait dengan bisnis hanya disebut *agreement*.⁹

Dari definisi definisi tersebut dapatlah ditegaskan, bahwa dalam satu perikatan paling sedikit, terdapat satu hak dan satu kewajiban. Suatu *persetujuan* dapat menimbulkan satu atau beberapa perikatan, tergantung daripada jenis persetujuannya. Untuk jelasnya dapat dikemukakan contoh sebagai berikut:

1. X menitipkan mobilya dengan cumacuma kepada A, maka terjadilah perikatan antara X dengan A yang menimbulkan hak pada X untuk menerima kembali mobil tersebut dan kewajiban pada A untuk menyerahkan mobil tersebut.
2. A menjual motor kepada B, maka timbul perikatan antara A dengan B yang menimbulkan:
 - a. kewajiban pada A untuk menyerahkan motornya dari hak pada B atas penyerahan motor tersebut.
 - b. hak pada A untuk menerima pembayaran dan kewajiban pada B untuk membayar kepada A.

Perikatan adalah suatu hubungan hukum, yang artinya hubungan yang diatur dan diakui oleh Hukum. Hubungan hukum ini perlu dibedakan dengan hubungan hubungan yang terjadi dalam pergaulan hidup berdasarkan kesopanan, kepatutan dan kesusilaan. Pengingkaran terhadap hubungan hubungan semacam itu, tidak akan menimbulkan akibat hukum misalnya, janji untuk ke bioskop bersama. Jadi hubungan yang berada di luar lingkungan hukum bukan merupakan perikatan.

Untuk memastikan suatu hubungan itu merupakan perikatan, semula kalangan sarjana menggunakan, ukuran dapat “dinilai dengan uang”. Suatu hubungan dianggap dapat dinilai dengan uang, jika kerugian yang diderita

⁹Lihat Abd Thalib (2016), *Perkembangan Hukum Kontrak Modern*, UIR Press Pekanbaru, hal. 24-25).

seseorang dapat dinilai dengan uang. Akan tetapi nyatanya ukuran tersebut tidak dapat memberikan pembatasan, karena dalam kehidupan masyarakat. acapkali terdapat hubunganhubungan yang sukar bahkan mustahil untuk dinilai dengan uang misalnya, cacat tubuh sebagai akibat perbuatan seseorang.

Andaikan hubunganhubungan semacam ini tidak diindahkan oleh hukum, sudah pasti menimbulkan ketidakadilan, berdampak terganggunya kehidupan masyarakat. Sehingga dengan demikian “dapat dinilai dengan uang tidak lagi dipergunakan sebagai suatu syarat untuk menentukan adanya suatu perikatan. Walaupun ukuran tersebut sudah ditinggalkan, akan tetapi ini tidak berarti bahwa “dapat dinilai dengan uang” adalah tidak relevan, karena setiap perbuatan hukum yang dapat dinilai dengan uang selalu merupakan perikatan.

C. Objek Perikatan

Obyek perikatan atau prestasi berupa memberikan, menyampaikan, menyerahkan sesuatu, berbuat dan tidak berbuat sesuatu. Pada perikatan untuk memberikan sesuatu, prestasinya berupa menyerahkan sesuatu barang atau memberikan kenikmatan, atas sesuatu barang misalnya, pihak Ekspediteur berkewajiban menyerahkan sesuatu barang milik si Pengirim kepada si Penerima, atau orang yang menyewakan berkewajiban memberikan kenikmatan atas barang yang disewakan, berbuat sesuatu adalah setiap prestasi untuk melakukan sesuatu, yang bukan berupa memberikan sesuatu, melukis, dan tidak berbuat sesuatu, adalah jika debitur berjanji untuk tidak melakukan perbuatan tertentu misalnya, tidak akan membangun sebuah rumah.

Objek perikatan harus memenuhi beberapa syarat tertentu, yaitu:

1. Harus jelas/tertentu atau dapat ditentukan. Dalam Pasal 1320 sub 3 Undangundang menyebutkan sebagai unsur terjadinya persetujuan suatu obyek tertentu, tetapi hendaknya ditafsirkan sebagai dapat ditentukan. Karena perikatan dengan obyek yang dapat ditentukan diakui sah. Suatu contoh yang diberikan oleh Undang-undang adalah Pasal 1465 BW yang menentukan bahwa pada jual beli harganya dapat ditentukan oleh pihak ketiga. Perikatan adalah tidak sah, jika objeknya tidak tertentu atau dapat ditentukan misalnya, seseorang menerima tugas untuk “membangun Sebuah bangunan hotel” tanpa disebutkan bagaimana bentuknya dan berapa luasnya;

2. Objeknya dibolehkan/diperkenankan menurut Pasal 1335 dan 1337 BW, persetujuan tidak akan menimbulkan perikatan jika objeknya bertentangan dengan ketertiban umum atau kesusilaan atau jika dilarang oleh Undang-undang. Pasal 23 AB menentukan bahwa semua perbuatan-perbuatan dan persetujuan-persetujuan adalah batal, jika bertentangan dengan Undang-undang yang menyangkut ketertiban umum atau kesusilaan. Di satu pihak Pasal 23 AB lebih luas daripada Pasal-pasal 1335 dan 1337 BW, karena selain perbuatan-perbuatan mencakup juga persetujuan akan tetapi di lain pihak lebih sempit, karena kebatalannya hanya jika bertentangan dengan Undang-undang saja;
3. Prestasinya dimungkinkan. Dahulu untuk berlakunya perikatan disyaratkan juga: prestasinya harus mungkin untuk dilaksanakan. Sehubungan dengan itu dibedakan antara ketidakmungkinan objektif dan subjektif. Pada ketidakmungkinan objektif tidak akan timbul perikatan sedangkan pada ketidakmungkinan subjektif tidak menghalangi terjadinya perikatan. Prestasi pada ketidakmungkinan objektif tidak dapat dilaksanakan oleh siapapun, misalnya prestasinya berupa membuat sebuah rumah sakit yang mesti rampung dalam sebulan. Pada ketidakmungkinan subjektif hanya debitur yang bersangkutan saja yang tidak dapat melaksanakan prestasinya, misalnya seorang gagu harus menyanyi. Perbedaan antara ketidakmungkinan objektif dan subjektif terletak pada pemikiran, bahwa dalam hal yang pertama setiap orang mengetahui bahwa prestasi tidak mungkin dilaksanakan dan karenanya kreditur tidak dapat mengharapkan pemenuhan prestasi tersebut. Sedangkan dalam hal yang kedua ketidakmungkinan itu hanya diketahui oleh debitur yang bersangkutan saja. Sehingga debitur yang dengan janjinya menimbulkan kepercayaan kepada kreditur, bahwa mampu melaksanakan prestasi, harus bertanggungjawab atas pemenuhan prestasi itu.

Dalam perkembangan selanjutnya baik Pitlo¹⁰ maupun Asser¹¹ berpendapat bahwa adalah tidak relevan untuk mempersoalkan ketidakmungkinan subjektif dan objektif. Dikemukakan bahwa ketidakmungkinan untuk melakukan

¹⁰Lihat Pitlo (1952), *Het Verbintenissenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, H. D. Tjeenk & Zoon, NV. Harlem, hal. 5.

¹¹Lihat C. Asser (1967), *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht derde deel*, NV Uitgevers Maatschappij W. E. J. Tjeenk Willink Zwolle, hal. 13.

prestasi dari debitur itu hendaknya dilihat dari sudut kreditur, yaitu apakah kreditur mengetahui atau seharusnya mengetahui tentang ketidakmungkinan tersebut. Jika kreditur mengetahui, maka perikatan menjadi batal dan sebaliknya, jika kreditur tidak mengetahui debitur tetap berkewajiban untuk melaksanakan prestasi.

D. Subjeksubjek Perikatan.

Para pihak pada suatu perikatan disebut subjeksubjek perikatan, yaitu kreditur yang berhak dan debitur yang berkewajiban atas prestasi. Mungkin saja terdapat beberapa kreditur dan atau debitur. Debitur harus selalu dikenal atau diketahui, karena ini penting untuk menuntut pemenuhan prestasi. Berbeda dengan kedudukan kreditur yang tidak saja dapat diganti secara sepihak misalnya, *cessie*. Akan tetapi juga dalam berbagai hal, teristimewa dalam lalu lintas perdagangan kreditur apriori dapat diganti dengan menggunakan klausula atas tunjuk dan atas bawa. Penggantian debitur secara sepihak pada umumnya tidak pernah terjadi karena bagi kreditur bonafiditas daripada debitur adalah penting, maka pengantiannya pun harus disetujui oleh kreditur.

E. Hak Relatif dan Absolut.

Hak perorangan atau relatif tidak dapat dipisahkan secara tegas daripada hak mutlak, karena pada hak mutlak terdapat unsur relatif dan pada hak relatif terdapat unsur absolut. Hak relatif yang bersifat mutlak misalnya, sewamenyewa. Hak perorangan adalah hak relatif, yang artinya suatu hak yang hanya dapat berlaku terhadap orang tertentu. Suatu hak untuk menuntut sesuatu dari orang tertentu.

Sesuatu ini, dapat berupa benda seperti rumah atau sejumlah uang, tetapi dapat juga suatu prestasi kerja, dan dapat juga berupa hak yang melarang seseorang berbuat sesuatu misalnya, dilarang mendirikan tembok. Jadi hak perorangan dapat menyangkut suatu benda tertentu, buku, atau rumah, akan tetapi selalu ditujukan kepada seorang tertentu. Sebaliknya hak absolut adalah suatu hak yang dinyatakan berlaku bagi setiap orang.

Pitlo¹² menganggap hak absolut sebagai sinonim dari hak kebendaan. Ada pula pendapat lain, yang umumnya banyak dianut oleh para sarjana, bahwa hakhak kebendaan merupakan bagian daripada hakhak absolut. Menurut mereka yang dimaksud dengan hak kebendaan adalah hak absolut yang memberikan kewenangan atas sebagian atau keseluruhan daripada sesuatu benda. Hak absolut yang bukan hakhak kebendaan antara lain, adalah hak paten/oktroi, hak cipta pengarang, hak atas merek dagang dan lain-lainnya seperti yang diatur dalam ketentuan Kekayaan Intelektual.

Dengan terjadinya jualbeli timbul hak perorangan atas penyerahan barang tersebut, dan dengan diserahkannya barang timbullah hak milik sebagai hak kebendaan. Hak kebendaan mempunyai sifat "*droit de suite*" (suatu hak yang selalu mengikuti si pemiliknya berada) sedangkan hak perorang tidak.

¹²Lihat Pitlo, *op cit.*, hal. 9.

BAB II

SUMBER HUKUM PERIKATAN

1. Perikatan Yang Terjadi Karena Undang-Undang

Perikatan yang timbul dari undang-undang terdapat dalam berbagai peraturan perundang-undangan, baik dalam BW. maupun dalam perundang-undangan lainnya. Ketentuan-ketentuan tersebut dalam Pasal 1352 dan 1353 BW bukan merupakan ketentuan umum dari perikatan yang terjadi karena undang-undang. Akan tetapi hanya merupakan pendahuluan daripada ketentuan-ketentuan berikutnya dan bertujuan untuk menggolongkan tiga macam sumber perikatan.

Pasal 1352 BW menentukan bahwa perikatan-perikatan yang dilahirkan demi undang-undang timbul dari undang-undang sebagai akibat dari perbuatan orang. Sehubungan dengan hal ini hendaknya diperhatikan bahwa dari undang-undang saja tidak akan timbul perikatan. Untuk terjadinya perikatan berdasarkan undang-undang harus selalu dikaitkan dengan suatu kenyataan atau peristiwa tertentu.

Dengan kata lain untuk timbulnya perikatan selalu disyaratkan terdapatnya kenyataan hukum (*rechtfeit*). Perbedaan yang dilakukan oleh Pasal 1352 hanya dimaksudkan untuk menjelaskan bahwa berdasarkan undang-undang dapat timbul perikatan sebagai akibat perbuatan-perbuatan manusia dan peristiwa hukum. Misalnya, kematian dan kelahiran. Selanjutnya Pasal 1353, membedakan perikatan-perikatan yang timbul dari undang-undang karena perbuatan manusia yang menurut hukum dan melawan hukum.

Dari perkataan pasal tersebut seolah-olah termasuk ke dalam perikatan yang timbul dari perbuatan manusia yang menurut hukum juga persetujuan. Akan tetapi melihat kepada pasal 1233 yang secara tegas memisahkan

persetujuan dari pada undangundang maka tentunya yang dimaksud oleh pembentuk undangundang adalah perbuatan-perbuatan yang menurut hukum yang bukan persetujuan.

Pembentuk undangundang mengemukakan beberapa figur dari perikatanperikatan yang lahir dari undang-undang, karena perbuatan manusia, yang halal yaitu:

1. Mewakili urusan orang lain (*zaakwaarneming*).
2. Pembayaran hutang yang tidak diwajibkan (Pasal 1359 KUH Perdata).
3. Perikatan wajar (*natuurlijke verbintenis* Pasal 1359 (2) KUH Perdata).
4. Perbuatan melawan hukum (*onrechmatige daad* Pasal 1365 KUH Perdata).

Bahwa untuk terjadinya perikatan tersebut diatas undangundang tidak mewajibkan dipenuhinya syarat, syarat sebagaimana yang ditentukan untuk terjadinya perjanjian. (Pasal 1320 KUH Perdata), oleh karena perikatan ini bersumber dari undangundang, sehingga terlepas dari kemauan para pihak. Apabila ada suatu perbuatan hukum yang memenuhi beberapa unsur tertentu, undangundang lalu menetapkan perbuatan hukum itu adalah suatu perikatan.

a. Mewakili Urusan Orang Lain.

Pasal 1354 KUH Perdata mengatakan jika seseorang dengan sukarela, dengan tidak mendapat perintah untuk itu mewakili urusan orang lain dengan atau tanpa pengetahuan orang ini maka ia secara diam-diam mengikat dirinya untuk meneruskan serta menyelesaikan urusan tersebut, hingga orang yang diwakili kepentingannya dapat mengerjakan sendiri urusan itu. Ia diwajibkan pula mengerjakan segala sesuatu yang termasuk urusan tersebut. Ia memikul segala kewajiban yang harus dipikulnya, seandainya ia dikuasakan dengan suatu pemberian kuasa yang dinyatakan dengan tegas. Orang yang mewakili urusan orang lain itu disebut gestop dan orang yang urusannya dikerjakan tersebut disebut dominus.

Dari ketentuan ini kita dapat melihat bahwa figur ini mempunyai persamaan dan perbedaan dengan pemberian kuasa, yaitu perjanjian dengan mana seorang memberikan kuasa kepada orang lain, yang menerimanya untuk dan atas nama pemberi kuasa menyelenggarakan suatu urusan (Pasal 1792 KUH Perdata). Unsur yang membedakan mewakili urusan orang lain itu

dengan pemberian kuasa ialah bahwa untuk adanya mewakili urusan orang lain diharuskan seseorang itu berbuat dengan “sukarela tanpa mendapat perintah untuk itu”.

Dengan istilah “sukarela” di dalam pikiran kita ada gambaran bahwa seorang yang berbuat mewakili urusan orang lain tersebut adalah karena kesediaannya menolong, suatu perbuatan jasa yang tidak didasarkan pada suatu perhitungan uang. Lain halnya dengan pemberian kuasa, maka untuk adanya disyaratkan suatu perintah (last). Oleh karena itu sebagai akibatnya maka didalam mewakili urusan orang lain, wakil itu tidak mendapat upah, dan didalam. pemberian kuasa dapat diperjanjikan upah (honorarium).

Apabila seseorang berbuat dalam kedudukannya sebagai wakil atau kurator, perbuatannya itu tidak termasuk didalam mewakili urusan orang lain, tetapi wakil yang bertindak berdasarkan kewajiban yang ditentukan oleh undangundang. Persamaan antara mewakili urusan orang lain dengan pemberian kuasa ialah dalam akibatakibat hukum yang dilekatkan oleh undangundang kepada figurfigur tersebut.

Sekali orang itu secara sukarela mengurus kepentingan orang lain, maka ia memikul segala kewajiban yang harus dipikulnya, seandainya ia dikuasakan dengan suatu pemberian kuasa, Misalnya seorang gestor wajib menyelesaikan urusan yang diwakilinya itu, wajib memberikan laporan, pertanggungjawaban dan sebagainya sebagaimana seorang wakil berdasarkan perjanjian harus berbuat.

Dengan berbuat mewakili urusan orang lain itu undang-undang menciptakan suatu perikatan, yaitu bagi gestor ialah kewajiban untuk meneruskan urusan orang lain itu dan bagi dominus ialah kewajiban untuk memberikan ganti rugi dan memenuhi perikatanperikatan yang telah dibuat oleh gestio atas namanya. Kewajiban itu dibebaskan oleh undangundang kepada doominus, apabila gestio itu telah berbuat sebagai seorang bapak rumah tangga yang baik dalam mewakili urusan tersebut.

b. Pembayaran yang Tidak Diwajibkan.

Tiaptiap pembayaran memperkirakan adanya suatu hutang apa yang telah dibayarkan dengan tidak dapat diwajibkan dapat dituntut kembali (Pasal 1359 KUH Perdata ayat 1.) Dari padanya disimpulkan bahwa seorang yang membayar sesuatu yang tidak diwajibkan kepadanya, dapat menuntut

kembali pembayaran tersebut. Yang ditafsirkan dengan pembayaran didalam ketentuan ini ialah setiap pemenuhan prestasi, baik berupa pembayaran hutang uang yang tidak diwajibkan, maupun penyerahan benda yang tidak diwajibkan.

Untuk dapat menuntut kembali pembayaran yang tidak diwajibkan itu, di samping ketentuan yang bersifat umum sebagaimana tercantum didalam Pasal 1359 ayat 1 KUH Perdata. maka harus pula dibaca syarat yang dicantumkan dalam Pasal 1361 KUH Perdata. Ketentuan itu mengharuskan adanya faktor “kesilapan” di dalam perbuatan itu. Jika seseorang yang secara silaf mengira bahwa ia berhutang, membayar suatu hutang, maka ia berhak menuntut kembali dari pihak kepada siapa debitur menganggap dirinya berhutang, mengenai apa yang telah dibayarkannya. Namun demikian hak tersebut hilang jika si kreditur akibat pembayaran itu telah memusnahkan surat pengakuan hutang dan orang yang telah membayar itu berhak menuntut kembali dari orang-orang yang sungguhsungguh berhutang.

Hal yang khusus dari pembayaran yang tidak diwajibkan itu ialah bahwa dalam keadaan ini ada perikatan tetapi berkemungkinan orang yang tidak tepat menyangka dirinya berhutang ataupun orang yang tepat melakukan pembayaran kepada orang yang tidak tepat. Dalam hal orang yang tepat melakukan pembayaran kepada orang yang tidak tepat, undangundang membedakan antara orang yang menerima pembayaran karena kesilapan, atau dengan iktikad baik dan orang yang menerima pembayaran dengan iktikad jahat.

1. Orang yang tidak tepat menerima pembayaran karena kesilapan, Pasal 1360 KUH Perdata “Barang siapa secara silaf atau dengan mengetahuinya, telah menerima sesuatu yang tidak harus dibayarkan kepadanya, diwajibkan mengembalikan barang yang tidak harus dibayarkan itu kepada orang dari siapa ia telah menerimanya.
2. Orang yang tidak tepat menerima pembayaran dengan iktikad baik, Pasal 1362 KUH Perdata : “Siapa yang telah menjual barang sesuatu, yang diterimanya dengan iktikad baik sebagai pembayaran yang tidak diwajibkan, cukup mengembalikan harganya. Jika ia dengan iktikad baik telah memberikan barangnya dengan cumacuma kepada orang lain, maka ia tak usahlah mengembalikan sesuatu apa.”
3. Orang yang tidak tepat menerima pembayaran dengan iktikad jahat, Pasal 1362 KUH Perdata : “Siapa yang dengan iktikad jahat telah

menerima sesuatu yang tidak harus dibayarkan kepadanya, diwajibkan mengembalikannya dengan bunga dan hasil, terhitung dari hari pembayaran.....dst”.

c. Perikatan Wajar (*Natuurlijke verbintenis*).

Satusatunya ketentuan undangundang yang mengatur tentang perikatan wajar adalah Pasal 1359 KUH Perdata yang mengatakan bahwa terhadap perikatanperikatan wajar yang secara sukarela telah dipenuhi tidak dapat dilakukan penuntutan kembali. Seterusnya tidak ada lagi pasalpasal yang memberikan keterangan yang berguna dari segi pengetahuan hukum maupun bagi hukum sendiri mengenai halhal yang berhubungan dengan perikatan wajar ini, hanya di dalam beberapa pasalpasal yang bersebaran di dalam KUH Perdata ada ditemukan beberapa contoh dari perikatan-perikatan wajar. (Pasal 1788 KUH Perdata).

Dari unsurunsur perikatan wajar untuk sekedar memberikan batasan, maka dapat kita rumuskan bahwa perikatan wajar adalah perikatan dimana kreditur tidak mempunyai hak untuk menuntut pelaksanaan prestasi walaupun dengan bantuan hakim. Dalam perikatan ini kita temukan adanya debitur, kreditur, prestasi, tetapi kreditur tidak dapat menuntut agar debitur melaksanakan prestasi tersebut.

Dari unsurunsur yang terkandung di dalam perikatan wajar tersebut jelas bahwa bedanya dengan perikatan biasa (*civiele verbintenis*) ialah adanya hak menuntut (*actie*) dari kreditur. Pada perikatan wajar kita melihat adanya “*Schuld*” tanpa “*Haftung*”. Di atas telah diterangkan bahwa menurut undang-undang : “perikatan wajar yang secara sukarela telah dipenuhi tidak dapat dilakukan penuntutan kembali”. Apakah sebabnya demikian ?

Istilah “sukarela” menunjukkan bahwa pemenuhan prestasi yang dilakukan debitur adalah karena “kewajiban moral” dan bukan karena ada kewajiban hukum. Terhadap pemenuhan prestasi yang dilakukan karena kewajiban moral tersebut undangundang lalu memberikan suatu akibat bahwa pemenuhan itu tidak dapat dituntut kembali berdasarkan pembayaran yang tidak diwajibkan”.

Perikatan wajar itu telah dipindahkan kedalam bidang hukum, karena dengan pembayaran tersebut atau pemenuhan prestasi kewajiban moral itu berubah menjadi kewajiban hukum. Pembentuk undangundang melihat

bahwa perikatan wajar tersebut memang sudah mengandung unsur hukum yang bersifat latent yang menjadi hidup dengan adanya aktivitas dari debitur. Sekali kepadanya diberikan sifat hukum, maka ia tidak dapat ditarik kembali ke dalam bidang moral. Dikatakan dalam hal ini perikatan wajar itu telah berubah menjadi perikatan sipil pada saat pemenuhan prestasi dilakukan.

Di dalam bukunya "*Verbintenissen Recht*", Pitlo mengatakan bahwa perikatan wajar itu bersifat "*hibrydis*" artinya ialah bahwa salah satu unsur perikatan itu berada dalam bidang hukum dan yang lain berada dalam bidang moral. Debiturlah yang menentukan apakah ia menempatkan perikatan itu dalam bidang moral atau hukum. Apabila ia menempatkan perikatan itu dalam bidang moral, maka hukum tidak akan mencampurinya, tetapi sekali telah diletakkan di bidang hukum, maka ia tidak dapat ditarik kembali ke bidang moral.

Sehubungan dengan ini dikenal suatu keputusan Mahkamah Agung Negara Belanda (H.R. 12 Maret 1926, N.Y. 1926 777) yaitu "*Gouda Arrest*", sebagai berikut :

"Kepala urusanurusan bangunanbangunan dari sebuah kotapraja menerima uang untuk izin mendirikan sebuah kompleks rumah buruh. Sedangkan menurut instruksi yang berlaku, ia dilarang menerima keuntungankeuntungan pribadi dalam menjalankan kewajibannya. Ketika perbuatan itu diketahui, pegawai itu buruburu menyetorkan uang yang diterimanya ke dalam kas kotapraja, dengan pengharapan agar ia dapat diberhentikan dengan hormat dan ia segera minta berhenti dengan hormat.

Dewan kota praja sebaliknya memberhentikan dengan tidak hormat. Pegawai kota praja yang tidak merasa puas dengan keputusan dari Dewan kota praja tadi menuntut kembali dari kota praja uang yang telah disetorkannya berdasarkan pembayaran yang tidak diwajibkan (Pasal 1359 ayat 1 KUH Perdata). H.R. tidak membenarkan hak menuntut kembali dari pegawai tersebut dengan alasan bahwa penyetoran yang dilakukan pegawai tersebut adalah karena penunaian suatu kewajiban".

(Onrechtmatige daad)

Pasal 1365 KUH Perdata menentukan:

“Setiap perbuatan yang melawan hukum yang membawa kerugian kepada seorang lain mewajibkan orang karena salahnya menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian tersebut”.

Dalam perundangundangan Perdata, maka Pasal 1365 ini sangat penting artinya karena melalui pasal ini Hukum yang tidak tertulis diperhatikan oleh undangundang. Jurisprudensi mengenai ini dikenal dengan standar *arrest linden baum* tahun 1919. Sebelum sampai kepada *arrest* ini maka perlulah lebih dahulu diketahui syarat-syarat apakah yang harus ada untuk menentukan apakah perbuatan melawan hukum itu ada atau tidak.

Syarat-syarat tersebut ialah:

- Harus ada perbuatan yang dimaksud dengan perbuatan ini baik yang bersifat positif maupun yang bersifat negatif, artinya setiap tingkah laku tidak berbuat.
- Perbuatan itu harus melawan hukum.
- Ada kerugian.
- Ada hubungan sebab akibat antara perbuatan melawan hukum itu dengan kerugian.
- Ada kesalahan (*schuld*).

Apakah yang dimaksud dengan melawan hukum? Di dalam sejarah perundangundangan Hukum Perdata, maka pengertian hukum yang dikandung Pasal 1365 BW. itu mengalami perubahan dengan adanya *arrest Lindenbaum Cohen* tahun 1919 H.R. 31 Januari, Hoetink No. 110. Sebelum tahun 1919 maka arti hukum di dalam Pasal 1365 adalah sempit. Yang dimaksud dengan hukum ialah UndangUndang (*Arrest Juffrouw Zutphen*).

Peristiwanya sebagai berikut :

“Di dalam sebuah gudang terdapat satu saluran air yang sewaktuwaktu dapat meledak, Kran utama dari saluran itu berada di tingkat atas gudang itu. Tetapi penghuninya tidak mau menutup kran tersebut sehingga gudang banjir air, Ketika penghuni itu digugat untuk ganti rugi, ia membela diri, bahwa undang-undang tidak mewajibkannya untuk menutup kran pokok itu di dalam keadaan sedemikian, sehingga

tak dapat dikatakan melawan hukum dan pendirian ini dibenarkan Mahkamah Agung Negeri Belanda. (H.R. Juni 1910, Hoetink No. 108)".

Pada Tahun 1919 H.R. merubah pendiriannya, dengan memberikan arti yang luas kepada hukum sehingga yang dimaksud dengan hukum identik dengan undangundang, akan tetapi meliputi hukum yang tidak tertulis, yaitu:

1. Kesusilaan
2. Keputusan yang terdapat di dalam lalu-lintas masyarakat.

Dengan demikian sejak tahun tersebut, perbuatan melawan hukum tidak hanya perbuatan yang bertentangan dengan undangundang saja, tetapi berbuat atau tidak berbuat yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban orang yang berbuat atau tidak berbuat sampai sekian perumusan hukum, dalam arti sempit ataupun bertentangan dengan kesusilaan maupun berhati-hati sebagaimana patutnya di dalam lalu-lintas masyarakat atau barang orang lain.

Demikian juga maka semua norma lalu lintas masyarakat, yaitu apapun juga, yang tidak termasuk secara tetap di dalam undangundang semenjak itu ditempatkan di bawah sanksi Hukum Perdata. Syarat kesalahan yang dimaksud ditentukan Pasal 1365 KUH Perdata, ialah "Bahwa sipembuat pada umumnya harus ada pertanggungan jawabnya yaitu ia pada umumnya menginsyafi akibat dari perbuatannya (*toerekeningsvatbaar*). Seorang anak kecil pada umumnya tidak menginsyafi akibat dari perbuatannya, tidaklah dapat dipertanggung jawabkan atas akibatakibat.perbuatannya.

Undang-undang tidak mengatur selanjutnya mengenai soal ganti rugi yang timbul dari perbuatan melawan hukum, oleh karena itu aturan yang dipakai untuk ganti rugi ini, adalah dengan cara pemakaian secara analogis peraturan ganti rugi yang dituntut sebagai akibat wanprestasi yang diatur Pasal 1243 1252 KUH Perdata. Di samping itu pemulihan kembali ke dalam keadaan semula.

2. Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian.

Pengantar, Pasal 1313 KUH Perdata mengatur tentang definisi dari pada perjanjian. Menurut ketentuan itu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Para sarjana hukum Perdata berpendapat bahwa definisi

dari apa yang terdapat di dalam ketentuan tersebut adalah tidak lengkap, dan pula terlalu luas. Sebabnya ialah karena yang dirumuskan itu hanya mengenai perjanjian sepihak saja, dan yang termasuk istilah perbuatan juga tindakantindakan seperti perbuatan melawan hukum, yang menimbulkan perikatan yang bersumber dari undang-undang.

Defenisi itu dikatakan terlalu luas karena mencakup halhal yang mengenai perjanjian kawin, yaitu perbuatan di dalam lapangan hukum keluarga yang menimbulkan perjanjian juga, namun istimewa sifatnya karena dikuasai oleh ketentuanketentuan sendiri sehingga Buku III KUH Perdata secara langsung tidak berlaku terhadapnya. Pada umumnya perjanjian tidak terikat kepada suatu bentuk tertentu jadi dapat dibuat secara lisan dan andai kata dibuat secara tertulis maka ini bersifat sebagai alat pembuktian apabila terjadi perselisihan.

Untuk beberapa perjanjian tertentu undangundang menentukan suatu bentuk, sehingga apabila bentuk itu tidak dituruti maka perjanjian itu adalah tidak sah. Dengan demikian bentuk tertulis tadi tidaklah hanya semata-mata merupakan alat pembuktian saja tetapi merupakan syarat untuk adanya (*besaan waarde*) perjanjian itu. Misalnya perjanjian mendirikan Perseroan Terbatas harus dengan akte notaris (Pasal 38 KUHD).

Jenis-jenis Perjanjian

Perjanjian dapat dibedakan menurut berbagai cara pembedan tersebut adalah sebagai berikut:

(a) Perjanjian timbal balik.

Perjanjian timbal balik ialah perjanjian yang menimbulkan kewajiban-kewajiban pokok bagi kedua belah. Misalnya perjanjian jual beli.

(b) Perjanjian cumacuma dan perjanjian atas beban.

Perjanjian dengan cumacuma adalah perjanjian yang memberikan keuntungan bagi salah satu pihak saja. Misalnya: hibah.

Perjanjian atas beban adalah perjanjian dimana terhadap para prestasi dari pihak yang satu selalu terdapat kontra prestasi dari pihak lain, dan antara kedua prestasi itu ada hubungannya menurut hukum. Berhubung dengan pembedaan di atas perlu dibicarakan perjanjian campuran.

Perjanjian campuran ialah perjanjian yang mengandung berbagai unsur perjanjian, misalnya pemilik hotel yang menyewakan kamar (sewa menyewa) tapi pula menyajikan makanan (Jualbeli) dan juga memberikan pelayanan perjanjian untuk melakukan saja. Tentang ketentuan mana yang ditempatkan terhadap perjanjian campuran itu ada berbagai faham yakni:

Faham I : Mengatakan bahwa ketentuanketentuan yang bersangkutan mengenai perjanjian khusus paling banyak hanya diterapkan secara analogis (*contractussui generis*);

Faham II : Ketentuanketentuan yang dipakai adalah ketentuan ketentuan dari perjanjian yang paling menentukan (teori absorpsi);

Faham III: Ketentuanketentuan undangundang yang diterapkan terhadap perjanjian campuran itu adalah ketentuan undang-undang yang berlaku untuk itu (teori *combinatie*).

(c) Perjanjian bernama (*benoemd*) dan perjanjian tak bernama (*onbenoemd*).

Perjanjian bernama adalah perjanjian yang mempunyai nama sendiri. Maksudnya bahwa ia bernama karena perjanjianperjanjian tersebut diatur dan diberi nama oleh pembentuk undangundang, berdasarkan type yang paling banyak terjadi sehari-hari Perjanjian-perjanjian bernama itu disebut juga perjanjian khusus (titel V s/d XVIII KUH Perdata). Perjanjian tak bernama adalah perjanjianperjanjian yang tidak diatur di dalam KUH Perdata, tetapi hidup di dalam kehidupan masyarakat.

Jumlah perjanjian yang tidak bernama ini adalah tak terbatas. Lahirnya perjanjian ini di dalam praktek adalah berdasarkan akan kebebasan mengadakan perjanjian atau parti otonomi yang berlaku di dalam hukum perikatan. Salah satu contoh dari perjanjian tak bernama adalah perjanjian sewabeli.

(d) Perjanjian Kebendaan (*zakelijk*) dan Perjanjian Obligatoir.

Perjanjian kebendaan adalah perjanjian dengan mana hak milik dari seorang, atas sesuatu beralih kepada pihak lain. Sedangkan perjanjian obligatoir adalah perjanjian di mana pihakpihak terikat untuk melakukan penyerahan kepada pihak lain (perjanjian yang menimbulkan perikatan).

Menurut sistem KUH Perdata maka perjanjian jualbeli saja belum lagi mengakibatkan beralihnya hak milik dari penjual kepada pembeli. Untuk beralihnya hak milik atas benda yang diperlukan satu lembaga lain,

yaitu penyerahan. Perjanjian jual belinya sendiri itu dinamakan perjanjian obligatoir, karena membebankan kewajiban (*oblige*) kepada para pihak untuk melakukan penyerahan (*levering*).

Dengan demikian maka penyerahannya sendiri adalah merupakan perjanjian kebendaan. Dalam hal perjanjian jual beli bendabenda yang tidak bergerak, maka perjanjian jual belinya disebut juga perjanjian disebutkan juga perjanjian jual beli sementara (*voorloping koopcontract*), sedangkan untuk perjanjian jual beli kontan, yaitu bagi bendabenda bergerak maka kita jumpai bahwa perjanjian obligatoir dan perjanjian kebendaannya jauh bersamaan.

(e) Perjanjian Konsensuil dan Perjanjian Riil.

Perjanjian konsensuil adalah perjanjian dimana di antara kedua belah pihak telah tercapai persesuaian kehendak untuk mengadakan perikatan. Menurut KUH Perdata maka perjanjian ini sudah mempunyai kekuatan mengikat (Pasal 1338 KUH Perdata). Namun demikian di dalam KUH Perdata ada juga didapati perjanjian-perjanjian yang hanya berlaku sesudah terjadi penyerahan barang, misalnya perjanjian penitipan barang (Pasal 1694 KUH Perdata), pinjam pakai (Pasal 1740 KUH Perdata). Perjanjian yang terakhir ini dinamakan perjanjian riil. Perbedaan antara perjanjian konsensuil dan riil ini adalah sisa dari hukum Romawi yang untuk perjanjian-perjanjian tertentu diambil alih oleh hukum Perdata kita.

(f) Perjanjian-perjanjian yang Istimewa Sifatnya, meliputi:

- Perjanjian *liberatoir* : yaitu perjanjian dimana para pihak membebaskan diri dari kewajiban yang ada misalnya pembebasan hutang (*kwijschelding*) Pasal 1438 KUH Perdata).
- Perjanjian pembuktian (*bewijsovereenskomst*) yaitu perjanjian di mana para pihak menentukan pembuktian apakah yang berlaku di antara mereka.
- Perjanjian untung-untungan : misalnya perjanjian asuransi, Pasal 1774 KUH Perdata.
- Perjanjian Publik : yaitu perjanjian yang sebahagian atau seluruhnya dikuasai oleh hukum publik, karena salah satu pihak adalah penguasa yang bertindak sebagai penguasa, misalnya perjanjian ikatan dinas, konsesi.

BAB III

SYARAT-SYARAT PERJANJIAN

Pasal 1320 KUH Perdata mengatur tentang syarat-syarat yang diperlukan bagi sahnya suatu perjanjian. Syarat-syarat yang diperlukan ialah :

- a. sepakat mereka yang mengikat diri.
- b. kecakapan untuk membuat suatu perikatan.
- c. suatu hal yang tertentu.
- d. suatu sebab yang halal.

Ad. a. Sepakat mereka yang mengikat diri.

Kedua syarat yang pertama dinamakan syarat subjek, karena kedua syarat tersebut mengenai subjek perjanjian. Sedangkan kedua syarat berikut disebutkan syarat objektif karena mengenai objek dari perjanjian. Dengan diperlukannya kata sepakat mengadakan perjanjian, maka berarti bahwa kedua pihak harus mempunyai kebebasan kehendak. Para pihak tidak mendapat sesuatu tekanan yang mengakibatkan adanya “cacat” bagi perwujudan kehendak tersebut. Sehubungan dengan ini KUH Perdata mengatur pula tentang hal-hal yang dapat menimbulkan cacat bagi sepakat mereka yang mengikatkan diri tersebut.

Pasal 1321 KUH Perdata mengatakan, tiada sepakat yang sah apabila sepakat itu diberikan karena kekhilafan, atau diperolehnya dengan paksaan atau penipuan.

Kekhilafan : Menurut Pasal 1322 KUH Perdata kekhilafan mengenai hakikat bendanya (*error in substantia*).

Contoh dari *error in persona*, ialah perjanjian yang dibuat oleh seorang *impressario* dengan seorang biduanita terkenal, ternyata kemudian

dibuatnya dengan biduwanita yang tak terkenal, tetapi namanya sama. Kekhilafan mengenai hakikat benda yang diperjanjikan maksudnya ialah bahwa kekhilafan itu adalah mengenai sifat benda merupakan alasan yang sesungguhnya bagi kedua belah pihak untuk mengadakan perjanjian, misalnya seseorang yang beranggapan bahwa ia membeli lukisan dari Basuki Abdullah, kemudian mendapati bahwa lukisan yang dibelinya itu adalah sebuah tiruan.

Yang dimaksud dengan paksaan adalah kekerasan atau ancaman dengan sesuatu yang tidak diperbolehkan hukum yang menimbulkan kekuatan kepada seseorang, hukum yang menimbulkan kekuatan kepada seseorang sehingga ia mengadakan perjanjian (Pasal 1323, 1324 KUH Perdata).

Penipuan mengakibatkan sesuatu perjanjian itu cacat. Yang dimaksud dengan penipuan adalah tipu muslihat ataupun memperdayakan yang terang dan nyata sehingga pihak yang lain tidak akan membuat perikatan seandainya tidak akan dilakukan tipu muslihat itu. (Pasal 1328 KUH Perdata).

Ad.b. Kecakapan Untuk Membuat Suatu Perikatan.

Selain dari pada persesuaian kehendak antara pihak-pihak yang mengadakan suatu perjanjian, maka syarat yang kedua untuk sahnya perjanjian adalah kecakapan dari subjek yang meniadakan perjanjian itu. Pasal 1330 KUH Perdata menentukan bahwa yang tidak cakap membuat perjanjian adalah:

1. orang-orang yang belum dewasa.
2. mereka yang ditaruh di bawah pengampuan.
3. wanita yang telah bersuami.

Kriteria dari orang-orang yang belum dewasa di dalam KUH Perdata diatur di dalam Pasal 330, di mana ditentukan: “belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap dua puluh satu tahun dan tidak lebih dahulu telah kawin. “Apabila perkawinan itu dibubarkan sebelum umur mereka genap 21 tahun, maka mereka tidak kembali lagi dalam kedudukan belum dewasa.

Dengan ordonansi 31 Januari 1931 L.N. 193154, maka kriteria belum dewasa itu diperlakukan juga pada golongan bumiputra. Hal ini diterangkan sekedar untuk mengetahui sejarah dari kriteria belum dewasa itu, karena

kriteria tersebut tidak dapat di dalam hukum Adat kita. Dengan tidak adanya perbedaan golongan penduduk sekarang ini maka masalah tersebut sebenarnya tersebut sebenarnya tidak merupakan masalah lagi di dalam hukum kita.

Menurut Pasal 433 KUH Perdata, orang-orang yang diletakkan di bawah pengampunan adalah setiap orang dewasa yang selalu berada dalam keadaan dungu, sakit otak atau mata gelap dan boros. Dalam hal ini pembentuk undang-undang memandang bahwa yang bersangkutan tidak mampu menginsyafi tanggung jawabnya dan karena itu tidak dapat bertindak untuk mengadakan perjanjian. Apabila seorang yang belum dewasa, dan mereka yang diletakkan di bawah pengampunan itu mengadakan perjanjian maka yang mewakilinya masing-masing adalah orang tua dan pengampunya.

KUH Perdata juga memandang bahwa seorang wanita yang telah bersuami tidak cakap untuk mengadakan perjanjian yang dalam hal ini apabila ia berbuat ia harus didampingi oleh suaminya. *Sejak tahun 1963 dengan Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3/1963 yang ditujukan kepada Ketua Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi di seluruh Indonesia, maka kedudukan seorang wanita yang telah bersuami itu diangkat ke derajat yang sama dengan pria, karena untuk mengadakan perbuatan hukum dan menghadap di depan pengadilan ia tidak memerlukan bantuan lagi dari suaminya.*

Dengan demikian maka sub. 3 dari Pasal 1330 KUH Perdata sekarang tidak berlaku lagi.

Ad.c. Suatu hal yang tertentu.

Syarat objektif untuk sahnya perjanjian adalah suatu hak tertentu dan sebab yang halal. Suatu perjanjian haruslah mempunyai pokok (*bepaald on derwerp*) tertentu itu dapat berupa benda yang sekarang ada dan benda yang nanti akan ada. Yang dilarang oleh undang-undang untuk dijadikan pokok perjanjian adalah bendabenda yang berada di luar perdagangan dan warisan yang belum terbuka.

Ad.d. Suatu sebab yang halal

Undang-undang tidak memberikan pengertian yang jelas mengenai "sebab" (*oorzaak, cause*) tersebut. Sudah jelas bahwa yang dimaksud dengan causa bukanlah hubungan sebab akibat, sehingga pengertian causa di sini

tidak mempunyai hubungan sama sekali dengan ajaran causaliteit. Pun yang dimaksud dengan pengertian “causa” bukan sebab yang mendorong para pihak untuk mengadakan perjanjian. Karena apa yang menjadi motif dari seseorang untuk mengadakan perjanjian itu tidak menjadi perhatian hukum.

Misalnya apabila seseorang membeli tanah karena mencegah nilai uangnya jangan turun tidak menjadi perhatian hukum. Yang menjadi perhatian hukum ialah bahwa dengan membeli tanah itu dan sipoenjual ingin memperoleh uang dari penjualan tersebut. Menurut Jurisprudensi yang ditafsirkan dengan causa adalah isi atau maksud dari perjanjian. Melalui syarat causa ini di dalam praktek maka ia merupakan upaya untuk menempatkan perjanjian di bawah pengawasan Hakim.

Hakim dapat menguji apakah tujuan dari perjanjian itu dapat dilaksanakan dan apakah isi perjanjian itu tidak bertentangan dengan undangundang, ketertiban umum dan kesusilaan (Pasal 1335 s.d 1337 KUH Perdata). Pembentuk undangundang mempunyai pandangan bahwa perjanjianperjanjian mungkin juga diadakan tanpa sebab atau dibuat karena sesuatu sebab yang palsu atau terlarang.

Yang dirnaksud dengan sebab terlarang ialah sebab yang dilarang undangundang atau berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum (Pasal 1337 KUH Perdata). Perjanjian yang dibuat dengan sebab yang demikian tidak mempunyai kekuatan (Pasal 1335 KUH Perdata) Perjanjianperjanjian yang mengandung cacat pada syarat subjektif dan objektif. Apabila suatu perjanjian mengandung cacat pada syaratsyarat yang subjektif, maka pihakpihak yang merasa dirinya dirugikan dapat mengajukan kebatalan dari perjanjian itu.

Dengan adanya cacat tersebut maka perjanjian itu dapat dibatalkan (*vernietigbaar*). Jadi kebatalan dari perjanjian itu tergantung dari (mempunyai relasi) dengan yang berkepentingan. Karena digantungkannya kebatalan perjanjian itu pada kepentingan, maka kebatalan di sini dinamakan batal relatif. Perjanjian itu “*an sich*” adalah sah, kecuali kalau ada orang yang menuntut kebatalannya.

Dengan demikian unsurunsur kebatalan relatif yaitu perjanjian itu dapat dibatalkan (*vernietigbaar*) dan ada penuntutan kebatalan dari orang yang berkepentingan. Perjanjian yang cacat pada syaratsyarat yang objektif mengakibatkan perjanjian itu batal demi hukum (*van rechts wege nietig*)

artinya semenjak semula diadakan perjanjian itu batal. Untuk batalnya perjanjian tersebut tidak diperlukan adanya tuntutan dari pihak yang berkepentingan.

Hakim karena jabatannya (*ambtshalve*) dapat menyatakan kebatalan dari perjanjian itu. Kebatalan itu disebutkan juga dengan istilah batal absolut.

BAB IV

MACAM-MACAM PERIKATAN

Berdasarkan berbagai ukuran, maka di dalam Ilmu Pengetahuan Hukum Perdata perikatan itu dibedakan dalam berbagai jenis:

- a. Perikatan untuk memberikan sesuatu;
- b. Perikatan untuk membuat sesuatu;
- c. Perikatan untuk tidak berbuat sesuatu;
- d. Perikatan bersyarat;
- e. Perikatan dengan ketetapan waktu;
- f. Perikatan mana suka (alternatif);
- g. Perikatan fakultatif;
- h. Perikatan generik dan spesifik;
- i. Perikatan yang dapat dibagi dan yang tidak dapat dibagi (*deelbaar* dan *aandelbaar*);
- j. Perikatan yang sepiantas lalu dan terus menerus (*voor bijgaande dan voortdurende*);
- k. Perikatan tanggung menanggung (*hoofdelijk* atau *solidair*);
- l. Perikatan pokok dan tambahan (*principle* dan *accessoir*);
- m. perikatan dengan ancaman hukuman.

Apabila di atas kita berhadapan dengan berbagaibagai jenis perikatan, sebagaimana yang dikenal oleh Ilmu Pengetahuan Hukum Perdata, maka UndangUndang membedakan jenis perikatan sebagai berikut :

- a. Perikatan untuk memberikan sesuatu, berbuat sesuatu dan tidak berbuat sesuatu,
- b. Perikatan bersyarat,

- c. Perikatan dengan ketetapan waktu,
- d. Perikatan mana suka (alternatif),
- e. Perikatan dengan ancaman hukuman,

Ad.a. Perikatan untuk memberikan sesuatu.

Mengenai perikatan untuk memberikan sesuatu, undang-undang tidak merumuskan gambaran yang sempurna. Pasal 1235 KUH Perdata mengatakan bahwa dalam tiap-tiap perikatan untuk memberikan sesuatu itu mengandung kewajiban si debitur untuk menyerahkan kebendaan yang bersangkutan dan merawatnya sebagai bapak rumah yang baik. Kewajiban yang terakhir ini adalah kurang atau lebih luas terhadap persetujuan tertentu yang akibatnya mengenai hal ini akan ditunjuk dalam bab yang bersangkutan.

Dari ketentuan ini dapat ditegaskan bahwa perikatan untuk memberikan sesuatu adalah perikatan untuk menyerahkan (*leveren*) dan merawat benda prestasi, sampai pada saat penyerahan dilakukan. Kewajiban menyerahkan adalah merupakan kewajiban pokok dan kewajiban merawat adalah merupakan kewajiban *preparatoire*. Kewajiban *preparatoire* maksudnya ialah hal-hal yang haruskan oleh debitur menjelang penyerahan dari benda yang diperjanjikan. Dengan perawatan itu diharapkan benda tersebut dapat utuh, berada dalam keadaan baik dan tidak turun harganya. Dalam perjanjian untuk memberikan sesuatu itu ada kewajiban mengasuransikan benda yang bersangkutan, maka kewajiban itu termasuk kewajiban *preparatoire*.

Dalam kewajiban. untuk memelihara benda itu ditentukan pula si berhutang harus memelihara bendabenda tersebut sebagai. seorang bapak rumah tangga yang baik (*alseen goed huis vader*). Istilah “seorang bapak rumah” (*een goed huis vader*) yang terdapat pada Pasal 1235 KUH Perdata itu diketemukan juga di dalam ketentuanketentuan lain di dalam KUH Perdata misalnya : di dalam Pasal 105 ayat 4 KUH Perdata dimana disebutkan bahwa seorang suami harus mengurus harta kekayaan istri sebagai seorang bapak rumah yang baik.

Dalam Pasal 1356 KUH Perdata ditentukan pula bahwa seorang yang mengurus kepentingan orang lain dengan sukarela (*zaakwaarnemer*) dalam hal melakukan pengurusan tersebut, melakukan tugasnya sebagai seorang bapak rumah yang baik.

Istilah yang memiliki pengertian tertentu. Maksudnya ialah agar benda yang diperjanjikan yang dalam penguasaan debitur dan yang belum diserahkan kepada kreditur, dijaga dan dirawat secara pantas dan patut sesuai

dengan ukuran yang wajar berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan, agar tidak menimbulkan kerugian bagi mereka yang akan menerimanya.

Apakah yang akan terjadi kalau debitur tidak memenuhi kewajiban, baik untuk menyerahkan bendanya ataupun tidak merawat benda tersebut sepatutnya guna menyelamatkannya ? Menurut ahli-hukum Perdata, debitur yang tidak memenuhi kewajibannya itu di hukum untuk membayar ganti rugi, biaya dan bunga kepada kreditur. Apabila tidak demikian maka kreditur menderita kerugian.

Undang-undang menentukan bahwa debitur yang tidak mampu menyerahkan bendanya atau telah tidak merawat benda itu sepatutnya guna menyelamatkannya, wajib memberikan ganti rugi, biaya dan bunga, Pasal 1236 KUH Perdata “Si berhutang adalah wajib memberikan ganti biaya, rugi dan bunga kepada si berpiutang, apabila ia telah membawa dirinya dalam keadaan tak mampu untuk menyerahkan kebendaannya, atau tidak telah merawatnya sepatutnya guna menyelamatkannya. Namun demikian kita harus berhati-hati, apabila menghadapi keadaan dimana debitur tidak memenuhi kewajibannya itu. Oleh karena sebab-sebab (*oorzaak*) yang mengakibatkan tidak dipenuhinya perjanjian, mungkin karena kesalahan (*schuld*) dari debitur, ataupun mungkin pula karena keadaan memaksa (*force majeure*).

Undang-undang menegaskan dalam Pasal 1237 ayat 2 KUH Perdata bahwa dalam hal debitur lalai menyerahkan benda, maka semenjak saat kelalaian, kebendaan adalah atas tanggungan debitur.

Dengan demikian maka hukuman untuk membayar ganti rugi biaya dan bunga, dibebankan pada debitur yang tidak mampu menyerahkan benda ataupun merawatnya, karena kesalahan (*schuld*).

Ad.b & c. Perikatan untuk berbuat sesuatu dan untuk tidak berbuat sesuatu.

Menurut Pasal 1239 KUH Perdata maka tiap-tiap perikatan untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu, apabila si berutang tidak memenuhi kewajibannya, mendapatkan penyelesaiannya dalam kewajiban memberikan penggantian biaya, rugi dan bunga. Misalnya perjanjian untuk membuat lukisan, perjanjian untuk membuat sebuah rumah, perjanjian untuk melakukan suatu pekerjaan.

Perikatan untuk tidak berbuat sesuatu, misalnya perjanjian untuk tidak mendirikan tembok, perjanjian untuk tidak mendirikan sesuatu perusahaan sejenis dengan perusahaan kepunyaan orang lain dan sebagainya.

Riele Eksekusi.

Yang dimaksud dengan riele eksekusi ialah bahwa si kreditur dapat mewujudkan sendiri prestasi yang dijanjikan dengan biaya dari debitur berdasarkan kuasa yang diberikan hakim, apabila debitur enggan melaksanakan prestasi itu.

Di dalam perikatan untuk memberikan sesuatu, undang-undang tidak memberikan ketentuanketentuan tentang boleh atau tidaknya mengadakan eksekusi itu. Dari ketentuanketentuan yang tercantum dalam KUH Perdata, riele eksekusi itu hanya dapat diadakan dalam perikatan untuk berbuat sesuatu dan perikatan untuk tidak berbuat sesuatu.

Menurut Pasal 1240 KUH Perdata debitur adalah berhak menuntut akan penghapusan segala sesuatu yang telah dibuat berlawanan dengan perikatan tidak berbuat sesuatu, dan bolehlah ia minta supaya dilakukan pemberian kuasa oleh hakim untuk menyuruh menghapuskan segala sesuatu yang telah di buat tadi atas biaya debitur, dengan tidak mengurangi hak menuntut penggantian biaya rugi dan bunga jika ada alasan untuk itu. Misalnya apabila dalam suatu perjanjian untuk tidak mendirikan tembok yang menghalangi pemandangan rumah tetangganya, debitur tidak bersedia memenuhi kewajibannya, maka kreditur atas izin hakim dapat menyuruh orang lain untuk meruntuhkan tembok tersebut atas ongkosongkos dari debitur.

Pada perikatan untuk tidak berbuat sesuatu itu, ada hal dimana eksekusi riele itu tidak dapat diadakan misalnya : perjanjian dengan tetangga untuk tidak akan berbuat gaduh. Dalam hal ini maka untuk melindungi kepentingan debitur Undangundang memberikan upaya untuk meminta ganti rugi dari debitur. Jadi misalnya dalam suatu perikatan dimana debitur wajib mendirikan sebuah bangunan, maka dalam hal ini debitur tidak memenuhi prestasi, kreditur berhak melaksanakan sendiri bangunan itu atas biaya debitur, sesudah ada kuasa diberikan Hakim untuk itu.

Juga pada perikatan untuk berbuat sesuatu ada halhal dimana eksekusi riele itu tidak dapat di adakan yaitu apabila perikatan itu sangat bersifat pribadi misalnya perjanjian untuk melukis atau bernyanyi. Dalam hal ini maka untuk melindungi agar kreditur tidak sangat dirugikan, maka kreditur dapat meminta ganti rugi.

Dari uraian di atas dapatlah ditegaskan bahwa eksekusi riele itu dapat diadakan dalam perikatanperikatan untuk berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu, kecuali dalam halhal tertentu. Dalam halhal tertentu dimana riele

eksekusi itu tidak dapat diadakan, undangundang memberikan perlindungan pada kreditur untuk menuntut ganti rugi terdiri dari biaya, rugi dan bunga dari debitur. Di samping menuntut ganti rugi, kreditur dapat juga menuntut uang paksa (*dwangsom*) dari debitur. Apabila kreditur menuntut ganti rugi haruslah kreditur benarbenar dapat membuktikan bahwa ia menderita rugi dan dalam hal menuntut uang paksa cukuplah apabila kreditur mengemukakan bahwa debitur tidak memenuhi kewajibannya.

Parate Eksekusi.

Sebagaimana diketahui, untuk melaksanakan riele eksekusi itu harus dipenuhi satu syarat yaitu izin dari hakim. Ini adalah sebagai akibat berlakunya suatu azas hukum yaitu orang tidak diperbolehkan menjadi hakim sendiri. Seorang kreditur yang menghendaki pelaksanaan suatu perjanjian dari seorang debitur yang tidak memenuhi kewajibannya harus minta bantuan dari pengadilan.

Tetapi sering terjadi debitur sendiri dari semula sudah memberikan persetujuannya bahwa apabila ia sampai lalai kreditur berhak melaksanakan sendiri hakaknya menurut perjanjian dengan tidak usah minta perantaraan hakim, misalnya dalam gadai. Debitur dengan memberikan tanggungan gadai, sudah dari semula memberi izin bahwa kalau ia lalai, barang tanggungan dijual kreditur untuk mengambil pelunasan hutang. Jadi pelaksanaan prestasi yang dilakukan sendiri oleh seorang kreditur tanpa melalui hakim dinamai parate eksekusi.

Ad.d. Perikatan bersyarat.

Menurut Pasal 1253 KUH Perdata maka suatu perikatan adalah bersyarat, apabila ia digantungkan pada suatu peristiwa yang masih akan datang dan yang masih belum tentu akan terjadi. Apabila rumus ini diperhatikan, maka yang diartikan syarat di sini adalah peristiwa yang masih akan datang dan masih belum tentu akan terjadi.

Perikatan bersyarat dilawankan dengan perikatan murni, yaitu perikatan yang tidak mengandung sesuatu syarat. Syarat di dalam bahasa hukum digunakan dalam berbagai pengertian. Dapat diartikan syarat perjanjian (*contract beding*), syarat yang menentukan daya kerja dari perikatan, dapat pula peristiwa itu sendiri ataupun tidak terjadinya suatu peristiwa yang mengakibatkan menanggukhan atau membatalkan perikatan.

Adanya suatu peristiwa (syarat) di dalam perikatan tidak memerlukan pernyataan “tegas” dari para pihak, sudah dianggap cukup suatu syarat itu ada dalam suatu perikatan apabila dari keadaan dan tujuan perikatan terlihat dan ternyata adanya syarat itu. Syarat yang demikian ini disebut syarat diam (*stilzwijgende voorwaarde*).

Perikatan dengan syarat tangguh.

Perikatan dengan syarat tangguh adalah suatu perikatan yang tergantung pada suatu peristiwa yang masih akan datang dan yang masih belum tentu akan terjadi atau yang tergantung pada suatu hal yang sedang terjadi tetapi tidak diketahui oleh kedua pihak (Pasal 1263 KUH Perdata).

Pada perikatan dengan syarat tangguh ini, pemenuhan perikatan itu hanya dapat dituntut oleh kreditur apabila syarat tangguh tersebut telah dipenuhi. Selama syarat itu belum dipenuhi, maka kewajiban berprestasi oleh debitur belum lagi ada, walaupun hubungan hukum antara pihakpihak tetap ada. Jadi syarat tangguh menyebabkan suatu perikatan belum lagi mempunyai daya kerja ataupun pemenuhan perikatan itu belum lagi dapat dipaksakan. Daya kerja perikatan itu belum lagi pasti, masih tergantung pada terjadinya suatu peristiwa. Misalnya : A membeli rumah B, kalau A pergi ke luar Negeri. Kalau peristiwa ini terjadi, maka A membayar harga rumah dan B menyerahkan rumah itu pada A.

Perikatan yang tadinya bersyarat lalu menjadi murni. Kalau peristiwa itu tidak terjadi, maka perikatan itu tidak mempunyai daya kerja. Di sini ada suatu keadaan, dimana sejak saat diikatnya perjanjian hingga saat pemenuhan perikatan ada suatu jangka waktu yang belum pasti. Apakah dalam hal ini peristiwa itu akan terjadi atau tidak. Apabila peristiwanya terjadi, maka syarat itu berlaku surut, hingga saat lahirnya perikatan (Pasal 1261 KUH Perdata).

Undangundang menentukan pula syaratsyarat yang tidak boleh dicantumkan pihak di dalam suatu perikatan. Apabila syarat itu dicantumkan maka perikatan tersebut adalah batal. Syaratsyarat tersebut adalah :

1. Bertujuan melakukan sesuatu yang tidak mungkin terlaksana (Pasal 1254 KUH Perdata).
2. Bertentangan dengan kesusilaan.
3. Dilarang undangundang (Pasal 1254 KUH Perdata).
4. Pelaksanaannya tergantung dari kemauan orang yang terikat.

Syarat-syarat yang pelaksanaannya tergantung dari kemauan salah satu pihak yang terikat di dalam perikatan, dinamakan syarat potestaif. Menurut Pasal 1257 KUH Perdata, maka semua syarat harus terpenuhi secara yang mungkin dikehendaki dan dimaksudkan oleh kedua pihak. Maksud ketentuan ini ialah bahwa apabila terjadi perbedaan pendapat tentang pengertian dari syarat, maka arti dan maksud syarat itu harus ditentukan dengan penafsiran, sesuai dengan apa yang dimaksud oleh pihakpihak.

Syarat positif.

Syarat yang terdapat dalam Pasal 1258 KUH Perdata adalah syarat positif, sebab digantungkan pada peristiwa yang akan datang dan belum pasti akan terjadi.

Misalnya: A akan membayar hutangnya kepada B kalau rumah A laku dijual.

Syarat negatif.

Syarat negatif ialah syarat yang digantungkan pada peristiwa yang akan datang dan belum pasti akan terjadi, dan apabila peristiwa itu terjadi, perikatan yang telah akan kehilangan daya berlaku atau tidak berkekuatan lagi.

Misalnya: A berjanji dengan B akan mengakhiri perjanjian sewa, kalau A dipensiunkan.

Bagaimanakah akibat yang ditentukan oleh Undangundang dalam hal debitur menghalanghalangi terjadinya syarat negatif Pasal 1260 KUH Perdata mengatakan kalau ada perikatan bersyarat, debitur menghalanghalangi terpenuhinya syarat, maka syarat itu dianggap telah dipenuhi. Di dalam ketentuan ini, kita melihat pembentukan Undang-undang berpedoman kepada itikad baik yang tidak dijunjung tinggi oleh debitur, sehingga pembentuk Undangundang dalam hal yang demikian tadi menciptakan suatu “anggapan” bahwa syarat itu telah terjadi. Dengan demikian maka keseimbangan kedudukan antara debitur dan kreditur tetap terjamin.

Risiko pada perikatan dengan syarat tangguh yang mempunyai objek tertentu (Pasal 1264 KUH Perdata).

Undangundang dalam hal adanya keadaan memaksa, menentukan risiko berada dalam tangan debitur, yang wajib menyerahkan barang, apabila syarat terpenuhi.

Apabila benda yang diperjanjikan musnah seluruhnya, di luar kesalahan debitur, maka risiko menjadi beban dari kedua belah pihak, dan perikatannya

lalu berakhir. Apabila barangnya merosot harganya di luar kesalahan debitur, maka debitur dapat memilih tindakan sebagai berikut:

- a. Memutuskan perikatan, atau b. menuntut penyerahan barangnya di dalam keadaan dimana barang itu berada, dengan tiada pengurangan harga yang telah dijanjikan.

Apabila harga barang merosot karena kesalahan debitur maka kreditur dapat memilih antara a. memutus perikatan, atau

- b. Menuntut penyerahan barangnya di dalam keadaan dimana barang itu berada, dengan penggantian kerugian.

Bahwa kita melihat ukuran yang dipergunakan pembentukan Undang-undang dalam mengatur akibat-akibat yang timbul karena adanya keadaan memaksa ini adalah “Keputusan”.

Perikatan Dengan Syarat Batal.

Perikatan dengan syarat batal adalah suatu perikatan yang daya kerjanya berakhir, dengan terjadinya suatu peristiwa. Menurut Undang-undang, apabila syarat batal itu terjadi maka segala sesuatu kembali ke keadaan semula, seolah-olah tidak pernah ada suatu perjanjian (Pasal 1265 KUH Perdata). Kreditur wajib mengembalikan apa yang telah diterimanya.

Misalnya : A menjual rumah kepada B dengan syarat jual beli itu putus kalau B pergi keluar negeri.

Perikatan itu sejak terjadinya telah mempunyai daya kerja, telah terlaksana, sebab harga telah dibayar dan rumah diserahkan. Tetapi manakah syarat peristiwa terjadi, maka perikatan itu berhenti, batal dan segala sesuatu kembali ke keadaan semula. Namun demikian di dalam kenyataannya, apabila syarat batal terjadi dapat juga mengakibatkan keadaan tidak dikembalikan ke keadaan semula, tetapi berlaku untuk waktu yang akan datang.

Misalnya: A dan B mengadakan perjanjian sewa menyewa rumah dengan syarat bahwa perjanjian itu akan berakhir apabila B pindah ke kota lain. Apabila peristiwa kepindahan itu terjadi, maka perjanjian sewa menyewa itu putus, dan akibat putusnya itu berlaku untuk waktu yang akan datang.

Kembali kepada masalah “berlaku surut” dalam hal syarat batal terjadi, maka kekuatan berlaku surut itu mempunyai daya kerja kebendaan. Maksudnya bagaimana ?

Jawabah atas pertanyaan ini ada dua.

Ajaran pertama mengatakan bahwa kekuatan berlaku surut itu mempunyai daya kerja kebendaan (*zakelijke werking*) dan ajaran kedua mengatakan bahwa kekuatan berlaku surut itu mempunyai daya kerja pribadi (*persoonlijk*). Akibatnya ialah kalau kita sependapat dengan ajaran pertama, maka dengan terjadinya syarat batal, maka debitur berhak menuntut benda yang telah diserahkan terhadap setiap pihak yang menguasai miliknya itu.

Syarat Batal Dalam Perjanjian Timbal Balik.

Pasal 1266 dan 1267 KUH Perdata secara khusus memberikan pengaturan tentang syarat batal dalam perjanjian timbal balik. Undangundang tersebut menentukan bahwa syarat yang membatalkan perjanjian timbal balik, adalah kalau salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya (wan prestasi). Ketentuan Undang-undang ini terutama Pasal 1266 KUH Perdata adalah merupakan suatu yang menarik perhatian, karena di dalamnya banyak terkandung kelemahankelemahan yang kadangkadang satu sama lain mempunyai sifat yang bertentangan.

Ayat 1 dari pasal itu mengatakan bahwa syarat batal (*ver valbeding*) dianggap selamanya ada di dalam perjanjian timbal balik.

Ayat 2 mengatakan pula bahwa syarat batal itu tidak membatalkan perjanjian dengan sendirinya, tetapi harus. dimintakan kepada hakim.

Ayat 3 menyatakan bahwa perinintaan itu juga harus dilakukan walaupun syarat batal itu dinyatakan di dalam perjanjian.

Ayat 4 mengatakan bahwa dalam hal syarat batal tidak dinyatakan dalam perjanjian. Hakim leluasa untuk menurut keadaan, atas permintaan tergugat memberikan suatu jangka waktu untuk masih juga memenuhi kewajibannya.

Apabila kita meneliti Undangundang di atas ayat demi ayat, maka sifat yang bertentangan itu akan terlihat :

1. Materi yang diatur dalam ayat 1 dan 2, ayat pertama menyatakan bahwa syarat batal itu dianggap selalu ada di dalam perjanjian timbal balik, tetapi ayat 2 menyatakan bahwa kalau syarat batal terjadi, perjanjian itu tidak batal dengan sendirinya, tetapi harus diucapkan oleh hakim.

Dalam hal ini apabila pembentuk Undangundang konsekuen kepada apa yang telah ditentukan dalam ayat 1, tentulah kebatalan dari perjanjian itu terjadi dengan sendirinya.

2. Pembentuk Undangundang memandang atau meletakkan syarat dan kewajiban memenuhi prestasi itu dalam kedudukan yang sederajat.
3. Apabila syarat batal dipenuhi maka segala sesuatu kembali ke keadaan semula. Ketentuan ini mengandung kelemahan karena tidak mendekati keadilan kalau pihak yang tidak lalai dibebani pula dengan suatu kewajiban untuk menerima kembali segala apa yang mungkin telah diserahkannya.
4. Kebijakan hakim (*discretio enaire functie*) untuk memberikan jangka waktu tersebut (*tenn de grace*) dimana debitur masih mempunyai kesempatan untuk memenuhi prestasi (Pasal 1266 ayat 4) tidak selaras dengan otomatis berlakunya syarat yang membatalkan.

Apakah sebabnya pembentuk Undangundang memberikan kesempatan di atas kepada hakim? Dasar pemikiran pembentuk Undangundang ialah untuk memberikan kemungkinan kepada hakim menilai wan prestasi tadi, yakni apakah kesalahan tersebut tidak lebih dahulu berasal dari kesalahan kreditur sendiri. Apabila sebab tidak dipenuhinya prestasi itu adalah karena kreditur sendiri terlebih dahulu sudah melakukan wan prestasi maka debitur dapat mengajukan tangkisan mengenai keadaan ini kepada hakim hingga hakim dapat memberikan keputusan lain (*exemptie non adimpleti contractus*). Apabila pada perjanjian timbal balik dengan syarat batal itu hakim mengabulkan gugatan kreditur untuk memutuskan perikatan karena terjadinya wan prestasi itu, maka timbullah persoalan tentang sifat dari pada keputusan hakim tersebut. Di sini timbul 2 pendapat yaitu :

1. Pendapat pertama menyatakan bahwa sifat dari keputusan hakim itu adalah deklaratoir. Dalam hal ini berarti putusannya perikatan itu adalah disebabkan karena adanya wan prestasi itu sendiri.
2. Pendapat kedua menyatakan bahwa sifat dari keputusan hakim itu adalah konstitutif, artinya ialah bahwa putusannya bukanlah karena adanya wan prestasi, tetapi karena adanya putusan hakim.

Ad.e. Perikatan dengan ketetapan waktu.

Pengertian, Perikatan dengan ketetapan waktu adalah perikatan yang digantungkan pada peristiwa yang akan datang, yang sudah pasti akan terjadi (Pasal 1268 KUH Perdata). Ketetapan waktu yang sudah pasti akan terjadi yang merupakan syarat di dalam perikatan dan itulah yang merupakan ciri perbedaan antara perikatan bersyarat dengan perikatan ketetapan waktu.

Ketetapan waktu itu dapat bersifat menangguhkan, memutuskan ataupun mengakhiri daya kerja perikatan tersebut.

- Misalnya :
- a. Perikatan dengan syarat pembayaran harga suatu barang tertentu dilakukan dalam waktu 3 bulan lagi, adalah memutuskan ataupun mengakhiri daya kerja perikatan tersebut, dalam waktu tertentu tadi dilampaui dan peristiwa pembayaran tidak terjadi.
 - b. Perikatan di atas akan bersitat menangguhkan pembayaran apabila dalam tempo 3 bulan pembayaran dilakukan oleh debitur.

Dalam perikatan dengan ketetapan waktu, maka kreditur tidak berhak untuk menagih pembayaran sebelum waktu yang diperjanjikan itu tiba. Oleh karena itu perikatan dengan ketetapan waktu ini selalu dianggap dibuat untuk kepentingan debitur, kecuali kalau dari sifat dan tujuan perikatan sendiri ternyata ketetapan waktu tersebut dibuat adalah untuk kepentingan kreditur (Pasal 1269 dan 1270 KUH Perdata).

Ad. f. Perikatan Mana Suka (Alternatif).

Perikatan mana suka adalah suatu perikatan yang membebaskan siberhutang jika ia menyerahkan salah satu dari dua barang yang disebutkan dalam perikatan, tetapi ia tidak boleh memaksa siberhutang untuk menerima sebahagian dari barang yang satu dan sebahagian dari barang yang lainnya (Pasal 1272 KUH Perdata). Hak untuk memilih barang mana yang akan diserahkan adalah pada siberhutang, kecuali kalau secara tegas hak memilih tadi diberikan kepada siberpiutang (Pasal 1273 KUH Perdata).

Perikatan mana suka itu dengan beberapa cara dapat menjadi perikatan murni, yaitu:

- a. Jika salah satu dari kedua barang yang dijanjikan tidak dapat menjadi pokok perikatan (Pasal 1274 KUH Perdata)
- b. Jika salah satu dari barang-barang yang dijanjikan itu hilang atau musnah (Pasal 1275 KUH Perdata)
- c. Jika satu dari barangbarang yang dijanjikan karena kesalahn siberutang tidak dapat lagi diserahkan (Pasal 1275 KUH Perdata)

Jika keduadua barang hilang dan debitur bersalah tentang hilangnya salah satu, ia harus membayar harga barang yang hilang paling akhir. Dalam kejadiankejadian di atas, jika hak memilih diserahkan kepada kreditur dan hanya salah satu barang saja yang hilang, sedangkan kesalahan tidak berada

pada pihak debitur, maka kreditur harus mendapat barang yang masih ada, jika hilangnya salah satu barang tadi karena kesalahan debitur, maka kreditur dapat menuntut penyerahan barang yang masih ada atau harga barang yang telah hilang.

Jika kedua-duanya barang musnah dan kesalahan atas hilangnya kedua atau salah satu barang itu ada pada debitur, maka kreditur dapat menuntut pembayaran harganya salah satu, menurut pilihannya (Pasal 1276 KUH Perdata). Azas-azas yang sama berlaku, baik jika ada lebih dari dua barang termasuk di dalam perikatan, maupun jika perikatan bertujuan melakukan sesuatu perbuatan (Pasal 1277 KUH Perdata)

Perikatan alternatif dilawankan dengan perikatan kumulatif (konjunktif)

Perikatan kumulatif adalah suatu perikatan yang terdiri dari beberapa prestasi dan debitur bebas dari perikatan itu setelah memenuhi seluruh prestasi.

Ad. g. Perikatan Fakultatif.

Perikatan Fakultatif adalah perikatan yang hanya memiliki satu prestasi, tetapi debitur berwenang jika ia menghendaki memenuhi perikatannya dengan prestasi lain. Prestasi lain ini merupakan prestasi subsidair. Ketika perikatan itu diikat, prestasi yang harus dipenuhi debitur telah ditentukan. Namun ada kebebasan debitur untuk memilih prestasi (*Subsidiaire*) yang lain dari pada apa yang ditentukan semula.

Ad. h. Perikatan generik dan spesifik.

Perikatan ini dibedakan berdasarkan objek dari perikatan itu, ialah apakah benda yang diperjanjikan dapat ditentukan satu persatu (*individueel bepaald*) ataukah benda yang diperjanjikan itu hanya dapat ditentukan menurut jenisnya (*naar soort bepaald*).

Ad. i. Perikatan yang dapat dibagi dan yang tidak dapat dibagi (*deelbaar dan aandelbaar*).

Masalah perikatan yang dapat dibagi (*deelbaar*) dan perikatan yang tidak dapat dibagi (*ondeelbaar*) adalah merupakan bahagian yang sukar di dalam Hukum Perdata. Dan Pasal 1296 dan seterusnya adalah merupakan ketentuanketentuan yang gelap dari KUH Perdata.

Secara samarsamar Pasal 1296 dan 1297 KUH Perdata membedakan perikatan yang dapat dibagi dan perikatan yang tidak dapat dibagi berdasarkan sifat dan maksud (*strekking*) dari perikatan itu. Pembedaan berdasarkan sifat

dan maksud perikatan itu dikatakan samar, karena perbedaan dengan kriteria di atas tidak akan menunjukkan suatu perbedaan yang tepat antara perikatan yang dapat dibagi dan perikatan yang tidak dapat dibagi.

Menurut Vollmar¹³, maka perbedaan perikatan yang dapat dibagi dan perikatan yang tidak dapat dibagi itu lebih tepat bukan didasarkan kepada sifat dan maksud perikatan itu, tetapi kriteria untuk membedakannya ialah apakah suatu perikatan itu ditinjau dari segi pengertian hukum (*rechtkundige zijn*) dapat dibagi atau tidak. Dan hal ini tergantung dari apakah prestasi itu dapat dibagibagi dalam bahagian yang terpisahpisah. Misalnya: seekor lembu menurut sifat physiknya dapat dibagibagi, tetapi dalam pengertian hukumnya tidak dapat dibagi karena siapakah yang akan membeli lembu yang dipotongpotong karena keadaan yang demikian itu telah melenyapkan hakikat dari lembu. Demikian juga sekelompok ternak yang menurut pengertian physiknya dapat dibagibagi tetapi menurut pengertian hukumnya tidak dapat dibagibagi apabila dari perikatannya ialah untuk memperlengkapi suatu peternakan. Dalam hal ini maka kumpulan ternak itu dipandang sebagai suatu kelemahan yang tidak dapat dibagibagi.

Sebahagian para Sarjana Hukum berpendapat bahwa perbedaan antara perikatan yang dapat dibagi dan yang tidak dapat dibagi itu dapat juga diterapkan untuk bendabenda yang tidak berwujud (*onlichamelijk*). Misalnya, hak milik dapat dibagi dan diserahkan bahagian demi bahagian.

Perbedaan antara perikatan yang dapat dibagi dan tidak dapat dibagi hanyalah mempunyai arti penting apabila ada lebih dari seorang debitur dan kreditur. Sebab suatu perikatan yang menurut sifatnya dapat dibagi harus dianggap tidak dapat dibagi apabila para pihak hanya terdiri dari seorang debitur dan seorang kreditur. Sebab tiada seorang debitur yang dapat memaksa krediturnya menerima pembayaran hutangnya sebahagian, meskipun hutang itu dapat dibagibagi (Pasal 1390 KUH Perdata).

Dalam suatu perikatan yang dapat dibagibagi dimana terdapat lebih dari seorang debitur dan kreditur, maka tiaptiap kreditur hanyalah berhak menuntut suatu bahagian menurut imbalan dari prestasi tersebut sedangkan masingmasing debitur diwajibkan memenuhi prestasi seluruhnya. Perikatan yang dapat dibagi dan yang tidak dapat dibagi mempunyai hubungan yang sangat erat dengan perikatan tanggungmenanggung (perikatan tanggung renteng).

¹³Lihat Vollmar H. F. A. (1952), *Inleiding tot de studie van het Nederlands Burgerlijk Recht*, hal. 40.

Kita menghadapi perikatan tanggungmenanggung, dalam hal prestasinya dapat dibagi, tetapi setiap kreditur berhak untuk menuntut pemenuhan seluruh hutang dari masingmasing debitur. Hingga di sini ada persamaan antara perikatan tanggung menanggung dan perikatan yang tidak dapat dibagi.

Perbedaannya ialah bahwa tidak dapat dibaginya perikatan itu adalah mengenai prestasinya sendiri, sedangkan soal tanggung menanggung adalah mengenai orang-orangnya yang berhutang atau yang berpiutang.

Ad.j. Perikatan yang sepintas lalu dan terus menerus (*Voor bijgaande dan Voortdurende*).

Perikatan yang sepintas lalu adalah perikatan yang selesai dengan terpenuhinya perjanjian, sedangkan perikatan yang terus menerus adalah perikatan yang berlangsung untuk waktu tertentu, misalnya perjanjian sewa.

Ad.k. Perikatan tanggungmenanggung (*hoofdelijk* atau *Solidair*)

Perikatan tanggung menanggung adalah suatu perikatan dimana pada salah satu pihak terdiri dari beberapa orang. Apabila beberapa orang tadi terdapat pada pihak kreditur, maka tiap-tiap kreditur berhak menuntut pembayaran seluruh hutang. Pembayaran yang dilakukan oleh debitur kepada salah satu kreditur itu membebaskan debitur terhadap krediturkreditur lainnya (Pasal 1278 KUH Perdata). Perikatan tanggung menanggung yang pihaknya terdiri dari beberapa orang kreditur itu, dinamakan perikatan tanggung menanggung aktif.

Apabila beberapa orang tadi terdapat pada pihak debitur maka tiap-tiap debitur itu dapat dituntut untuk memenuhi seluruh hutang. Pembayaran yang dilakukan oleh salah seorang debitur itu membebaskan debiturdebitur lainnya terhadap kreditur (Pasal 1280 KUH Perdata), perikatan ini dinamakan perikatan tanggung menanggung passif.

Dalam hal debitur berhadapan dengan beberapa orang kreditur, maka terserah kepada debitur untuk memilih kepada kreditur yang mana ia hendak membayar hutangnya (Pasal 1279 KUH Perdata).

Undang-undang memberikan kebebasan baik kepada pihak debitur maupun kepada pihak kreditur untuk memilih kreditur manakah hutang akan diserahkannya dan terhadap debitur manakah piutang akan ditagihnya. Pasal 1279 KUH Perdata menyatakan adalah terserah kepada debitur untuk memilih apakah ia akan membayar hutang kepada yang satu atau kepada yang lainnya di antara kreditur, selama ia belum digugat salah seorang dari krediturkreditur.

Selanjutnya Pasal 1283 Perdata menyatakan bahwa kreditur dapat menagih piutang dari salah satu orang debitur yang dipiuhnya. Perikatan tanggung menanggung memberi jaminan yang kuat kepada kreditur bahwa piutangnya akan dibayar lunas, sebab kalau penagihan terhadap si A menemui kegagalan maka ia dapat menagih seluruh piutang kepada si B dan kalau inipun gagal ia dapat menagihnya kepada si C.

Undang-undang juga memberi pengaturan tentang hubungan intern antara para debiturdebitur dalam hal salah seorang dari debitur telah melunasi seluruh hutangnya tersebut bahwa debitur yang telah melunasi hutangnya tersebut hanyalah bertanggung jawab untuk bahagiannya sendiri dan tidak untuk bahagian dari debitur lainnya dan untuk menuntut kembali dari orang-orang yang turut berhutang lainnya jumlah yang sesuai dengan bahagian masing-masing (Pasal 1293 KUH Perdata).

Perikatan tanggung menanggung hanyalah dapat diadakan apabila secara tegas tegas dinyatakan, kecuali kalau Undang-undang menentukan lain, misalnya : kalau 5 orang A, B, C, D dan E bersamasama di dalam suatu surat meminjam uang Rp. 5.000, maka masing-masing dapat ditagih untuk seluruh hutang yaitu Rp. 5.000, kalau tidak ditentukan secara tegas, masing-masing membayar seimbang dengan hutangnya. Di dalam praktek yang selalu terjadi adalah perikatan tanggung menanggung passif.

Ad.l. Perikatan pokok dan tambahan (*Principle dan Accessoir*).

Perikatan pokok ialah perikatan yang mempunyai sifat berdiri sendiri, misalnya dalam suatu perjanjian jualbeli, maka kewajiban penjual adalah menyerahkan barang dan kewajiban pembeli adalah membayar barang. Perikatan tambahan ialah suatu perikatan yang adanya tergantung dari perikatan pokok, misalnya perikatan tentang jaminan (*borgtocht*). Sifat yang penting dan hakekat dari perikatan tambahan ialah bahwa perikatan tambahan tersebut hapus dengan lenyapnya perikatan pokok.

Ad.m. Perikatan dengan ancaman hukuman.

Perikatan semacam ini, adalah suatu perikatan di mana ditentukan bahwa si berutang, untuk jaminan pelaksanaan perikatannya, diwajibkan melakukan sesuatu apabila perikatannya tidak dipenuhi. Penetapan hukuman ini dimaksudkan sebagai gantinya penggantian kerugian yang diderita oleh si berpiutang karena tidak dipenuhinya atau dilanggarnya perjanjian. ia mempunyai dua maksud: Pertama untuk *mendorong atau menjadi cambuk bagi si*

berutang supaya ia memenuhi kewajibannya. Kedua untuk membebaskan si berpiutang dan pembuktian tentang jumlahnya atau besarnya kerugian yang dideritanya. Sebab, berapa besarnya kerugian itu harus dibuktikan oleh si berpiutang.

Misalnya : Saya mengadakan suatu perjanjian dengan seorang pemborong untuk mendirikan sebuah gedung yang harus selesai pada tanggal 1 Januari 2010, dengan ketentuan, si pemborong akan dikenakan denda seratus ribu untuk tiap bulan terlambat. Atau seorang pedagang lain, supaya orang tidak mendirikan suatu perusahaan yang menyaingi perusahaannya, dengan ketentuan apabila ia melanggar perjanjian itu, ia dikenakan denda satu juta rupiah. Jelaslah bahwa ketentuan-ketentuan yang dicantumkan dalam perjanjian itu mengandung hukuman untuk mendorong ke arah pentaatan perjanjian itu sendiri.

Perikatan dengan ancaman hukuman harus kita bedakan dari perikatan mana suka, di mana si berutang boleh memilih antara beberapa macam prestasi. Dalam perikatan dengan ancaman hukuman, hanya ada satu prestasi yang harus dilakukan oleh si berutang. Kalau ia lalai melakukan prestasi tersebut, barulah ia harus memenuhi apa yang telah ditetapkan sebagai hukuman.

Dalam perjanjianperjanjian dengan ancaman hukuman atau denda ini lazimnya ditetapkan hukuman yang sangat berat, kadangkadang terlampau berat. Menurut Pasal 1309 hakim diberikan wewenang untuk mengurangi atau meringankan hukuman itu, apabila perjanjiannya telah sebagian dipenuhi. Dengan demikian, asal debitur sudah mulai mengerjakan kewajibannya, hakim leluasa untuk meringankan hukuman, apabila itu dianggapnya terlampau berat.

Bagaimana sekarang, kalau sama sekali belum ada suatu permulaan pemenuhan dari pihak debitur itu, sedang hakim beranggapan bahwa hukuman yang ditetapkan itu terlampau berat? Dalam hal yang demikian, hakim dapat mempergunakan Pasal 1338 ayat 3, yang mengharuskan segala perjanjian dilaksanakan dengan itikad baik. Sebagaimana akan kita lihat nanti dalam bagian tentang pelaksanaan perjanjian, maka Pasal 1338 (3) itu bertujuan untuk memberikan kekuasaan kepada hakim untuk mengawasi pelaksanaan suatu perjanjian, jangan sampai pelaksanaan itu melanggar kepatutan atau keadilan. Ini berarti bahwa hakim berkuasa untuk menyimpang dari isi perjanjian menurut hurufnya, manakala pelaksanaan menurut huruf itu akan bertentangan dengan itikad baik. sendiri maka diberikan ancaman berupa hukuman denda Rp. 10.000.000,00 (sepuluh juta Rupiah) per harinya.

BAB V

WAN PRESTASI

1. Alasan-alasan Wan Prestasi

Istilah wan prestasi dalam hukum perikatan dapat diartikan sebagai suatu kelalaian dan atau ingkar janji. Bentukbentuk wan prestasi itu antara lain adalah tidak melaksanakan prestasi (*prestatie*) sama sekali, melaksanakan prestasi (*prestatie*) tetapi terlambat, melaksanakan prestasi (*prestatie*) tetapi hanya sebagian, melaksanakan prestasi (*prestatie*) namun tidak sebagaimana mestinya.

Ad.a. Tidak melaksanakan prestasi (*prestatie*) sama sekali

Contoh :

Tidak dikerjakannya pembangunan jalan nasional oleh pemborong sama sekali. Padahal Kementrian P telah membayar uang muka, bahkan hingga 30 % (tiga puluh persen).

Ad. b. Melaksanakan prestasi (*prestatie*) tetapi terlambat

Contoh :

Seharusnya membuat stelan pakaian gaun pengatin selesai dalam 2 (dua) minggu (14 hari kalender), namun ternyata secara pragmatis baru selesai setelah 3 (tiga) minggu.

Ad.c. Melaksanakan prestasi (*prestatie*) tetapi hanya sebagian

Contoh :

Pembangunan jalan dengan menggunakan aspal *hotmix* yang seharusnya 150 (seratus lima puluh) km namun baru rampung 110 (seratus

sepuluh) km karena terhentinya pasokan aspal yang dibutuhkan dalam pembangunan jalan tersebut.

Ad. d. Melaksanakan prestasi (*prestatie*) namun tidak sebagaimana mestinya
Contoh :

Semestinya ketinggian pondasi rumah dibuat lebih tinggi 1 (satu) meter dari jalan, akan tetapi kenyataannya hanya setinggi 75 (tujuh puluh lima) sentimeter saja dari jalan.

Untuk alasan-alasan wan prestasi sebagaimana disebutkan di atas tadi, sudah semestinya ini adalah bukan dianggap sebagai suatu dugaan belaka, atau sesuatu yang sekedar persangkaan semata. Wan prestasi dimaksud adalah berdasarkan adanya dari suatu bentuk putusan dari pengadilan yang sudah memiliki kekuatan hukum yang tetap atau pasti (*inkracht van gewisjde*).

2. Akibat Wanprestasi

Terjadinya wan prestasi dalam suatu perikatan dapat menimbulkan beberapa akibat hukum, antara lain adalah :

- a. Pihak yang dirugikan dapat menuntut ganti kerugian secara keseluruhan kepada pihak yang menimbulkan kerugian, baik secara langsung maupun tidak langsung adalah berhubungan erat dengan hal yang diperjanjikan oleh kedua belah pihak.

Contoh :

A dan B sepakat mengadakan perjanjian dimana B akan membangun sebuah rumah Tipe 70 untuk A dengan bahan-bahan yang telah dipersiapkan oleh A. Namun B kemudian meninggalkan pekerjaan yang telah diperjanjikan oleh A dan B tanpa memberitahukan A sehingga barang-barang yang telah dipersiapkan A menjadi rusak, hilang dan sebagainya. A dalam hal ini diperkenankan untuk menuntut ganti kerugian kepada B.

- b. Pihak yang dirugikan dapat mengajukan supaya perikatan diakhiri, disertai dengan ganti kerugian, bunga, biaya lainnya serta keuntungan-keuntungan lain yang diharapkan. Dalam hal ini perikatan yang telah dibuat dihentikan dengan disertai pengajuan ganti kerugian, berikut bunga,

biaya-biaya serta keuntungankeuntungan lain yang diharapkan oleh karena timbulnya kerugian dalam perikatan tersebut.

Contoh :

Karena B tidak melaksanakan tanggung jawab sebagaimana mestinya, maka A menghentikan perikatan yang telah dibuatnya dengan B dan menuntut B mengganti segala kerugian yang dialami A karena B tidak jadi membangun rumah A berikut bunga, biaya lainnya serta keuntungankeuntungan lain yang diharapkan timbul apabila rumah itu selesai.

- c. Pihak yang dirugikan dapat mengajukan agar perikatan diteruskan. Dalam hal ini tidak ada tuntutan ganti kerugian berikut bunga, biaya lainnya serta keuntungankeuntungan lain yang diharapkan.

Contoh :

A tetap meminta B untuk membangun rumah Tipe 45 seperti yang diperjanjikan meski B sebelumny telah wan prestasi.

pihak yang dirugikan dapat mengajukan agar perikatan diteruskan, disertai dengan ganti kerugian, bunga, biaya lainnya serta keuntungan-keuntungan lain yang diharapkan

- d. Dalam hal ini selain perikatan tetap dilanjutkan, pihak yang dirugikan juga menuntut ganti kerugian, bunga biaya lainnya serta keuntungankeuntungan lain yang diharapkan. Meski sebelumnya salah satu pihak telah dirugikan karena pihak lain yang terlibat dalam perikatan itu telah wan prestasi.

Contoh :

Selain meminta B melanjutkan pembangunan rumah sesuai dengan kesepakatannya bersama A maka B pun diminta untulk membayar kerugian yang dialami A, misalnya karena tidak selesai tepat waktu A hingga saat ini masih harus menyewa rumah hingga beberapa bulan.

Terjadinya wan prestasi tentunya menimbulkan kerugian bagi salah satu pihak yang terikat dalam sebuah perjanjian. Mengenai hal ini pihak yang dirugikan dapat menyampaikan somasi (*somatie*) terlebih dahulu yang bertujuan sebagai peringatan bahwa apabila yang bersangkutan tidak mengindahkan peringatan itu maka yang bersangkutan dapat dikatakan wan

prestasi. Namun secara yuridis yang dapat menyatakan seseorang maupun badan hukum perdata telah wan prestasi hanyalah hakim berdasarkan buktibukti yang terungkap di pengadilan.

Debitur yang tidak dapat membuktikan bahwa tidak terlaksananya

BAB VI

KEADAAN MEMAKSA (*OVERMACHT*)

prestasi bukan karena kesalahannya, diwajibkan membayar ganti rugi. Sebaliknya debitur bebas dari kewajiban membayar ganti rugi, jika debitur karena keadaan memaksa tidak memberi atau tidak berbuat sesuatu yang diwajibkan atau telah melakukan perbuatan yang seharusnya ia tidak lakukan.

I. Pengertian keadaan memaksa.

Keadaan memaksa adalah suatu keadaan yang terjadi setelah dibuatnya persetujuan, yang menghalangi debitur untuk memenuhi prestasinya, dimana debitur tidak dapat dipersalahkan dan tidak harus menanggung risiko serta tidak dapat menduga pada waktu persetujuan dibuat. Kesemuanya itu sebelum debitur lalai untuk memenuhi prestasinya pada saat timbulnya keadaan tersebut.

Keadaaa memaksa menghentikan bekerjanya perikatan dan menimbulkan berbagai akibat, yaitu:

- 1) kreditur tidak lagi dapat meminta pemenuhan prestasi;
- 2) debitur tidak lagi, dapat dinyatakan lalai dan karenanya tidak wajib membayar ganti rugi;
- 3) risiko tidak beralih kepada debitur;
- 4) kreditur tidak dapat Menuntut pembatalan pada persetujuan timbal balik.

Mengenai definisi keadaan memaksa tersebut perlu diuraikan lebih

lanjut sebagai berikut:

- 1) Keadaan yang menimbulkan keadaan memaksa tersebut harus terjadi setelah dibuatnya persetujuan. Karena jika pelaksanaan prestasinya sudah tidak mungkin sejak dibuatnya persetujuan, maka persetujuan tersebut batal demi hukum disebabkan objeknya tidak ada atau tanpa causa;
- 2) Keadaan yang menghalangi pemenuhan prestasi harus mengenai prestasinya sendiri. Kita tidak dapat berbicara tentang keadaan memaksa, jika karena keadaan yang terjadi kemudian, misalnya kenaikan harga, prestasi masing-masing pihak menjadi tidak seimbang lagi. Sedangkan prestasinya sendiri, yaitu menyerahkan barangnya tidak terhalang untuk dilaksanakan. Persoalannya di sini bukanlah menyangkut keadaan memaksa, akan tetapi menyangkut hal lain yaitu, sampai sejauh manakah dalam suatu persetujuan timbal balik masing-masing pihak berdasarkan kepatutan dan itikad baik masih berkewajiban untuk memenuhi prestasinya, jika prestasi tersebut terganggu keseimbangannya sebagai akibat daripada keadaan yang tidak dapat diduga. Demikian juga dalam jualbeli yang ditentukan menurut jenisnya, misalnya beras, tidak menghalangi debitur untuk memenuhi prestasinya selama jenis barang dapat diperoleh. Hal ini baru merupakan keadaan memaksa jika barang yang harus diserahkan tidak lagi dapat diperoleh. Berlainan halnya jika yang dijual adalah barang yang berada di gudang sedangkan gudangnya musnah. Keadaan yang menghalangi pemenuhan prestasi itu tidak ada, tidak hanya jika setia orang sama sekali tidak mungkin memenuhi prestasinya, pun jika debitur sendiri yang bersangkutan tidak mungkin atau sangat berat untuk memenuhi prestasinya. Penentuannya harus didasarkan kepada masing-masing kasus;
3. Debitur yang tidak dapat menyerahkan barangnya karena dicuri, tidak dapat dinyatakan bersalah, jika ia telah berusaha sebaikbaiknya untuk menyimpan barang tersebut. Kesalahan ada pada debitur, jika debitur sepatutnya menghindari peristiwa yang menghalangi debitur untuk memenuhi prestasinya. Misalnya, barang tersebut dicuri dari mobil debitur yang tidak dikunci;
4. Debitur tidak harus menanggung risiko berarti debitur baik berdasarkan undangundang, persetujuan maupun menurut pandangan yang berlaku dalam lalu lintas masyarakat, tidak harus menanggung risiko;
5. Debitur tidak dapat menduga akan terjadinya peristiwa yang menghalangi

pemenuhan prestasi pada waktu perikatan dibuat. Dalam hal ini baik debitur sebagai manusia yang normal maupun berdasarkan pengetahuannya yang khusus atau keahliannya tidak dapat menduga akan timbulnya peristiwa atau keadaan tersebut.

II. Teoriteori keadaan memaksa.

Mengenai keadaan memaksa terdapat dua teori, yaitu teori subyektif dan obyektif. Menurut teori obyektif, debitur hanya dapat mengemukakan tentang keadaan memaksa, jika pemenuhan prestasinya bagi setiap orang mutlak tidak mungkin dilaksanakan. Misalnya, penyerahan sebuah rumah tidak mungkin dilaksanakan karena rumah tersebut musnah akibat gempa bumi. Dalam perkembangan selanjutnya teori obyektif, tidak lagi berpegang kepada ketidakmungkinan yang mutlak, akan tetapi menganggap juga sebagai keadaan memaksa jika barangnya hilang atau di luar perdagangan.

Dalam hal barangnya hilang, hanya debitur yang bersangkutan saja yang tidak dapat memenuhi prestasinya, sedangkan bagi orang lain masih mungkin untuk menyerahkan barangnya. Sehingga dengan demikian berarti tidak bagi setiap orang adalah tidak mungkin demikian juga untuk barang-barang yang di luar perdagangan, penyerahannya bukan tidak mungkin akan tetapi tidak dapat sebab adanya larangan.

Menurut teori subyektif terdapat keadaan memaksa, jika debitur yang bersangkutan mengingat keadaan pribadi dari pada debitur tidak dapat memenuhi prestasinya. Misalnya, A seorang pemilik industri kecil harus menyerahkan sejumlah barang kepada B, dimana barang-barang tersebut masih harus dibuat dengan bahan-bahan tertentu. Tanpa diduga bahan-bahan tersebut harganya telah naik berlipat ganda, sehingga jika A harus memenuhi prestasinya ia akan menjadi miskin. Dalam hal ini ajaran subyektif mengakui adanya keadaan memaksa. Akan tetapi jika ini menyangkut industri besar maka tidak terdapat keadaan memaksa. Adakalanya bahwa sekalipun debitur tidak bersalah, ia harus bertanggungjawab atas kerugian yang terjadi, baik karena diperjanjikan maupun berdasarkan ajaran "*gevaarzetting*".

Perusahaan angkutan harus mengangkut barang ke tempat lain. Sekalipun pengangkut sudah mempergunakan tali yang baru dan kuat, tali tersebut putus dan barangnya menjadi rusak. Dalam hal ini memang tidak ada kesalahan pada debitur akan tetapi karena sifatnya persetujuan

pengangkutan di mana debitur harus memberikan jaminan, maka debitur harus bertanggungjawab atas kerugian tersebut.

Adakalanya undangundang menetapkan bahwa seseorang harus bertanggungjawab walaupun ia tidak bersalah yaitu seperti tersebut dalam Pasal 1367 BW yang menentukan bahwa orang tua dan wali bertanggungjawab atas perbuatan yang merugikan dari anaknya. Majikan dan guru, bertanggungjawab atas perbuatan buruhburuhnya, dan muridmuridnya. Ajaran subjektif mengakui ajaran “*gevaarstelling*” dan persetujuan yang meniadakan keadaan memaksa.

Menurut *inspanning theorie* dari Houwing bahwa debitur baru dapat mengemukakan adanya keadaan memaksa, jika ia terlebih dahulu telah berusaha sebaik-baiknya untuk memenuhi prestasinya akan tetapi tidak mungkin. Teori Houwing ini termasuk ke dalam teori subyektif.¹⁴

Hendaknya keadaan memaksa dibedakan, daripada ketidakmungkinan untuk melaksanakan hak. Mengenai ini Pitlo¹⁵ memberikan beberapa contoh, yaitu:

- 1). Seseorang memesan tempat untuk menonton sandiwara, akan tetapi karena sakit ia tidak dapat menonton.
- 2). Seseorang memesan kamar hotel dan pada saat akan berangkat ada larangan untuk memasuki daerah tersebut.

Sehubungan dengan persoalan tersebut di atas, *Hoge Raad* dalam *arrestnya* tertanggal 17 Juni 1949, memberikan putusan sebagai berikut:

“*N.V. Algemene Kunstzijde Unie* (disingkat AKU) di Arnhem, telah menyewa alatalat steiger dari N. V. Stalen Stieger Holland. AKU mempergunakan alatalat tersebut di daerah Klufse Waard, Arnhem. Dalam bulan September 1944, ada perintah untuk mengungsi dari Arnhem. Penyewa atas perintah penguasa meninggalkan alatalat. tersebut, dan tidak diperkenankan memasuki daerah tersebut sampai pembebasan April 1944. Selama periode tersebut si penyewa tidak dapat menggunakan alatalat yang disewanya.

Pihak yang menyewakan menuntut pembayaran uang sewa selama

¹⁴Lihat R. Setiawan (1986), Pokok-pokok Hukum Perikatan, Binacipta, Bandung, hal. 30.

¹⁵Lihat Pitlo, *loc. Cit.* Hal 58-59.

periode tersebut. Penyewa menolak berdasarkan keadaan memaksa. Akan tetapi HR mengabulkan gugatan N.V. Stalen Steiger dengan pertimbangan: “bahwa ketidakmungkinan AKU untuk mempergunakan alat tersebut dikarenakan keadaan, bahwa daerah di mana mereka bekerja dengan alat tersebut, justru berada di Arnhem; dan lagi pula alat tersebut berada di sana adalah sehubungan dengan pekerjaan si penyewa bahwa evakuasi dari Arnhem tidak menghalangi penggunaan alat tersebut yang berada di tempat lain”.

Jadi HR berpendapat bahwa AKU tidak dapat menggunakan alat tersebut disebabkan oleh karena keadaan pribadi dari AKU sendiri dan karenanya ia berkewajiban untuk membayar uang sewa selama masa evakuasi tersebut. Jadi dalam hal si penyewa tidak dapat menikmati apa yang disewanya sebagai akibat dari suatu yang menghalangi yang disebabkan oleh keadaan yang menyangkut pribadi debitur. Dan karenanya si penyewa tetap harus membayar uang sewa.

III. Sifat keadaan memaksa.

Keadaan memaksa dapat bersifat tetap dan sementara keadaan memaksa bersifat tetap. Maka berlakunya perikatan terhenti sama sekali.

Misalnya, barang yang akan diserahkan di luar kesalahan debitur terbakar musnah. Sedangkan dalam keadaan, memaksa yang bersifat sementara berlakunya perikatan ditunda. Setelah keadaan memaksa tersebut hilang, maka perikatan mulai bekerja kembali. Misalnya, larangan untuk mengirimkan sesuatu barang dicabut atau barangnya yang hilang diketemukan kembali.

Siapakah yang harus menanggung risiko kerugian, jika pemenuhan perikatan terhalang karena keadaan memaksa?

Misalnya, A memberikan hadiah kuda kepada B. Akan tetapi sebelum diserahkan kuda tersebut mati disambar petir. Dalam hal ini A tidak dapat memenuhi prestasinya. Dan karena itu timbul persoalan siapakah yang harus menanggung risiko kerugian ini. Persoalan ini diselesaikan dengan ajaran risiko.

Sehubungan dengan persoalan risiko ini, perlu dibedakan risiko pada persetujuan sepihak dan risiko pada persetujuan timbalbalik.

IV. Risiko

a. Risiko pada persetujuan sepihak.

Persetujuan sepihak adalah persetujuan di mana kewajibannya hanya ada pada sepihak saja. Misalnya, hibah, penitipan dengan cuma-cuma dipinjam pakai. Menurut Pasal 1245 BW risiko dalam perjanjian sepihak ditanggung oleh kreditur atau dengan kata lain, debitur tidak wajib memenuhi prestasinya. Penerapan ketentuan ini pada perikatan untuk memberikan barang tertentu, terdapat dalam Pasal 1237 BW, di mana ditentukan, bahwa kreditur yang harus menanggung risiko. Ketentuan tersebut dalam Pasal 1237 BW diulang lagi dalam Pasal 1444 BW dengan perluasan yaitu, selain barangnya musnah, juga jika barangnya di luar perdagangan atau dicuri.

Misalnya A menghadiahkan rumah kepada B dan jika rumah tersebut musnah karena gempa bumi, maka B tidak akan mendapatkan rumah tersebut dan juga tidak dapat menuntut ganti rugi. Jadi dalam hal ini seakan-akan tidak pernah terjadi persetujuan hibah.

Menurut Pasal 1237 dan Pasal 1444 BW debitur diwajibkan membayar ganti rugi, jika bendanya musnah setelah debitur lalai untuk menyerahkan barangnya. Selanjutnya Pasal 1444 BW masih memberikan perlunakan, yaitu bahwa debitur sekalipun lalai masih dapat dibebaskan dari kewajiban berprestasi, jika ia dapat membuktikan bahwa barangnya tetap akan musnah, sekalipun ia menyerahkan tepat pada waktunya. Pasal 1445 BW menentukan, bahwa apa yang diperoleh debitur sebagai penggantian dari pada barang yang musnah harus diserahkan kepada kreditur (asuransi).

b. Risiko pada persetujuan timbal balik.

Jika dalam persetujuan timbal balik A tidak memenuhi prestasinya karena keadaan memaksa, apakah B bebas dari kewajibannya? Mengenai pertanyaan tersebut undang-undang tidak memberikan pemecahannya. Menurut Pitlo¹⁶ beberapa penulis ingin memberikan jawaban atas persoalan di atas berdasarkan Pasal 1444 BW dengan membaca “hapusnya, perikatan sebagai hapusnya kompleks perikatan”.

¹⁶Pitlo, *ibid.*, hal. 42.

Pendapat para penulis tersebut adalah tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 1445 BW, oleh karena tidak logis jika pembentuk undang-undang memberikan hak atau tuntutan terhadap penggantian atas barang yang hilang atau musnah kepada kreditur, sedangkan debitur dari barang yang musnah karena perikatan perikatannya telah hapus tidak memperoleh apaapa. Pitlo¹⁷ mengemukakan bahwa menurut kepantasan, jika debitur tidak lagi berkewajiban, maka pihak lainnya pun bebas dari kewajibannya.

Misalnya: A harus menyerahkan kuda kepada B dan B menyerahkan sapinya kepada A. jika kuda A mati disambar petir, maka B dapat tetap menguasai sapinya. Jadi seolah-olah tidak pernah terjadi persetujuan antara A dan B.

Selain berdasarkan alasan tersebut di atas, pendapat Pitlo tersebut pun didukung oleh ketentuan undang-undang, yaitu antara lain Pasal 1246, 1545 dan 1563 BW. Ketentuanketentuan tersebut membebaskan kerugian dalam hal terjadi keadaan memaksa kepada debitur pada siapa barangnya musnah. Kecuali yang diatur dalam Pasal 1460 BW, yang menentukan bahwa jualbeli barang tertentu risikonya dibebankan kepada pembeli.

¹⁷*Ibid.*, hal. 10.

BAB VII

BERAKHIRNYA PERIKATAN

Pengantar Buku III Bab IV KUH Perdata mengatur berbagai cara tentang hapusnya suatu perikatan, baik perikatan itu bersumber dari perjanjian maupun dari undangundang.

Pada Pasal 1381 KUH Perdata, berbagai-bagai cara hapusnya perikatan-perikatan dan cara-cara yang ditunjukkan oleh pembentuk undangundang itu, tidaklah bersifat membatasi para pihak untuk menciptakan cara yang lain untuk menghapuskan suatu perikatan.

Juga cara-cara yang tersebut dalam Pasal 1381 KUH Perdata itu tidaklah lengkap, karena tidak mengatur misalnya hapusnya perikatan, karena meninggalnya seorang dalam suatu perjanjian yang prestasinya hanya dapat dilaksanakan oleh salah satu pihak.

Lima cara pertama yang tersebut di dalam Pasal 1381 KUH Perdata menunjukkan bahwa kreditur tetap menerima prestasi dari debitur. Dalam cara keenam, yaitu pembebasan hutang, maka kreditur tidak menerima prestasi, bahkan sebaliknya, yaitu secara sukarela melepaskan haknya atas prestasi.

Pada empat cara terakhir dari Pasal 1381 KUH Perdata maka kreditur tidak menerima prestasi, karena perikatan tersebut gugur ataupun dianggap telah gugur. Untuk mengetahui dimanakah pengaturan dari berlakunya suatu syarat batal, sebagai salah satu cara hapusnya perikatan, maka kita harus melihat kepada Bab I KUH Perdata yaitu berturut-turut Pasal 1253 dst. dan Pasal 1266 KUH Perdata.

Demikian juga apabila kita ingin mencari dimanakah diatur tentang hapusnya perikatan karena lampaunya waktu, maka haruslah diperiksa Buku

IV dari KUH Perdata. Berikut ini berdasarkan ketentuan Pasal 1381 KUH Perdata dikemukakan beberapa faktor yang dapat berakibat berakhirnya suatu perikatan itu, yaitu:

a. Pembayaran.

Pengertian. Yang dimaksud dengan “pembayaran” oleh Hukum Perikatan bukanlah sebagaimana ditafsirkan dalam bahasa pergaulan sehari-hari, yaitu pembayaran sejumlah uang, tetapi setiap tindakan pemenuhan prestasi, walau bagaimanapun sifat dari prestasi itu. Penyerahan barang oleh penjual, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu adalah merupakan pemenuhan dari prestasi atau tegasnya adalah “ pembayaran “. Dengan terjadinya pembayaran tersebut, maka terlaksanalah perjanjian kedua belah pihak.

Sudah tentu pihak yang wajib melaksanakan pembayaran adalah debitur. Pasal 1382 KUH Perdata mengatur tentang orang-orang selain dari debitur sendiri yang dapat melaksanakan pembayaran. Yang dapat memenuhi perikatan tersebut ialah :

Mereka yang mempunyai kepentingan, misalnya kawan berhutang (*mede schuldenaar*) dan seorang penanggung (*borg*).

Seorang pihak ketiga yang tidak mempunyai kepentingan, asal saja orang pihak ketiga itu bertindak atas nama dan untuk melunasi hutangnya debitur atau pihak ketiga itu bertindak atas namanya sendiri asal ia tidak menggantikan hak-hak kreditur.

Kawan berhutang dan penanggung adalah mereka yang mempunyai hubungan dengan pihak debitur dan isi perjanjian yang ada antara debitur dan kreditur. Bahwa mereka berkepentingan agar perjanjian itu terlaksana ialah karena apabila tidak, mereka dapat ditegur dan mempunyai “kewajiban” untuk memenuhi perjanjian tersebut.

Mereka yang sama sekali tidak mempunyai kepentingan, yang melaksanakan pembayaran atas nama debitur dan yang membebaskan debitur itu dari kewajibannya ialah pesuruh (*last hebbor*) dan seorang yang mengurus kepentingan orang lain secara sukarela (Pasal 1354 KUH Perdata 11358 KUH Perdata).

Seorang pihak ketiga dapat juga melaksanakan prestasi atas namanya sendiri dengan syarat bahwa dengan pemenuhan prestasi tadi debitur bebas dari hutangnya, dengan pernyataan lain pihak ketiga yang atas namanya

melaksanakan prestasi tersebut tidak menggantikan kedudukan kreditur lama (subrogasi). Sebab dalam hal ini hubungan hukum antara debitur dan kreditur lama beralih kepada kreditur baru dan dalam hal ini berarti pembayaran itu hanyalah bersifat relatif.

Batasan yang ditentukan oleh undang-undang bagi pemenuhan prestasi oleh pihak ketiga ialah bagi perikatan untuk berbuat sesuatu. Pembayaran oleh pihak ketiga tidak boleh apabila bertentangan dengan kemauan kreditur ataupun apabila kreditur mempunyai kepentingan agar prestasi itu dipenuhi sendiri oleh debitur. Hal ini dapat dimengerti misalnya pada suatu perjanjian untuk melukis, maka objek dari perjanjian bukanlah semata-mata lukisan itu saja, tetapi lukisan yang diperbuat oleh debitur itu sendiri. Pada suatu perjanjian penyerahan hak milik menurut Pasal 1384 KUH Perdata maka agar penyerahan itu sah diperlukan syarat-syarat, yaitu :

1. Orang yang membayarkan harus pemilik mutlak dari benda yang diserahkan.
2. Orang yang menyerahkan berkuasa memindah tangankan benda tersebut.

Apabila yang menyerahkan bukan pemilik benda yang bersangkutan, maka kedua belah pihak dapat menyangkal pembayaran tersebut. Pihak yang menyerahkan dapat menuntut kembali apa yang dibayarkan dan kreditur dapat menuntut penyerahan benda yang benar-benar milik dari debitur.

Namun demikian walaupun penyerahan benda dilakukan oleh orang yang bukan pemilik, dan bendanya adalah berwujud uang atau benda yang sifatnya dapat dihabiskan, maka terhadap apa yang telah dibayarkan itu tidak dapat dituntut kembali oleh debitur, apabila kreditur dengan itikad baik telah menghabiskan benda tersebut (Pasal 1384 KUH Perdata). Apa yang terkandung di dalam ketentuan di atas adalah tidak lain dari realisasi dari azas yang terdapat di dalam Pasal 1977 KUH Perdata. Kuasa memindahkan benda berarti bahwa debitur haruslah cakap untuk melaksanakan perbuatan hukum.

Ketentuan ketentuan bagi yang berhak menerima pembayaran. Mereka yang berhak menerima pembayaran menurut Pasal 1385 KUH Perdata, adalah :

- “- Kreditur sendiri.
- Seorang yang diberi kuasa oleh kreditur.
- Seorang yang diberi kuasa oleh hakir atau oleh Undang-undang”.

Walaupun undang-undang telah menentukan pihak-pihak yang berhak menerima pembayaran, maka, penentuan ini tidaklah bersifat mutlak, karena masih diberikan kemungkinan bagi debitur untuk membayarkan prestasi pada “orang yang tidak berhak menerima pembayaran” asal memenuhi syarat, yaitu kreditur membenarkan pembayaran tersebut atau nyatanya telah mendapat manfaat dari padanya.

Seorang yang membayar prestasi dengan itikad baik, kepada seorang yang memegang surat piutang adalah sah walaupun mungkin kemudian ternyata bahwa beradanya surat piutang pada pihak yang menerima pembayaran itu karena kejahatan. Dalam hal ini pembentuk Undang-undang memberikan perlindungan kepada debitur yang jujur (Pasal 1386 KUH Perdata).

Bagaimanakah kalau pembayaran dilakukan pada kreditur yang tidak cakap melakukan perbuatan hukum? Pembayaran ini adalah tidak sah, kecuali debitur dapat membuktikan bahwa pembayaran itu tidak memberikan manfaat bagi kreditur. Apabila pembayaran itu tidak memberi manfaat, maka orang tua kreditur itu dapat menyangkal sahnya pembayaran tersebut (Pasal 1387 KUH Perdata).

b. Objek Pembayaran

Prestasi yang harus dibayarkan oleh debitur kepada kreditur adalah sebagaimana yang dimaksud di dalam perjanjian, kreditur tidak dapat dipaksa untuk menerima pembayaran suatu barang izin dari pada barang yang terhutang, walaupun barang yang ditawarkan itu sama, bahkan lebih tinggi harganya, (Pasal 1389 KUH Perdata).

Bahwa suatu perjanjian itu berlaku sebagai Undang-undang bagi kedua belah pihak tercermin di dalam Pasal 1389 KUH Perdata, karena kedua belah pihak terikat kepada apa yang dinyatakan secara tegas di dalam perjanjian. Demikian jugalah halnya terhadap hutang yang dapat dibagibagi, undangundang menentukan bahwa debitur tidak dapat memaksa kreditur untuk menerima pembayaran sebahagian demi sebahagian (Pasal 1389 KUH Perdata).

Untuk perikatan sebelah pihak, yaitu perikatan untuk memberikan sesuatu barang tertentu, maka debitur bebas dari perikatan apabila ia memberikan barangnya dalam keadaan sebagaimana barang itu berada pada waktu penyerahan (Pasal 1391 KUH Perdata). Ketentuan ini adalah

merupakan pada perikatan sepihak, risiko adalah atas tanggungan kreditur. Pengecualiannya ialah bahwa rusak-kerusakan yang terdapat pada benda yang diserahkan adalah atas tanggungan debitur apabila kerusakan-kerusakan terjadi sebagai akibat kesalahan ataupun kelalaian debitur.

c. Tempat Pembayaran.

Pada azasnya pembayaran dilakukan di tempat yang diperjanjikan. Apabila di dalam perjanjian tidak ditentukan “tempat pembayaran”, maka pembayaran terjadi :

1. Di tempat dimana barang tertentu berada sewaktu perjanjian dibuat, apabila perjanjian itu adalah mengenai barang tertentu.
2. Di tempat kediaman kreditur, apabila kreditur secara tetap bertempat tinggal di Kabupaten tertentu.
3. Di tempat debitur, apabila kreditur tidak mempunyai kediaman yang tetap.

Bahwa tempat pembayaran yang dimaksud oleh Pasal 1393 KUH Perdata adalah bagi perikatan untuk menyerahkan sesuatu benda dan bukan bagi perikatan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu. Kedalam perikatan ini masuklah hutang uang yang pembayarannya harus diantarkan ke tempat kreditur (*brenschuld*) kecuali kalau tempat kediaman kreditur berpindahpindah maka pembayaran hutang uang itu terjadi di tempat debitur.

Pembentuk undangundang melindungi debitur dari ongkosongkos yang tidak wajar mungkin timbul apabila pembayaran itu harus dilakukan di tempat kediaman kreditur yang tidak tetap. Untuk ongkos pembayaran prestasi pada azasnya adalah atas tanggungan debitur (Pasal 1395 KUH Perdata).

d. Persangkaan Telah Membayar.

Menurut Pasal 1394 KUH Perdata pada umumnya segala pembayaran yang bersifat priodik, atau berjangka waktu pendek, maka dengan adanya tiga surat tanda pembayaran yang menyatakan pembayaran tiga angsuran berturut-turut, terbitlah persangkaan bahwa angsuran-angsuran yang lebih dahulu telah dibayar lunas, kecuali jika dibuktikan sebaliknya.

Apa yang diatur oleh undang-undang tersebut di atas adalah “persangkaan menurut undangundang”. Dengan adanya bukti pembayaran tiga kali berturut-turut, maka pembentuk undangundang menyimpulkan debitur telah melunaskan seluruh pembayaran yang sebelumnya. Apabila tidak benar demikian, maka beban pembuktian adalah pada kreditur untuk membuktikan bahwa belum debitur melunaskan angsuran-angsuran yang terlebih dahulu.

e. Subrogasi

Subrogasi adalah penggantian kedudukan kreditur oleh pihak ketiga. Penggantian itu terjadi dengan pembayaran yang diperjanjikan ataupun karena ditetapkan oleh undangundang (Pasal 1400 KUH Perdata). Apabila seorang pihak ketiga melunaskan hutang seorang debitur kepada krediturnya yang asli, maka lenyaplah hubungan hukum antara debitur dengan kreditur asli. Akan tetapi pada saat yang sama hubungan hukum tadi beralih kepada pihak ketiga yang melakukan pembayaran kepada kreditur asli. Dengan pembayaran tersebut maka perikatan itu sendiri tidaklah lenyap. tetapi yang terjadi ialah pergeseran kedudukan kreditur kepada orang lain.

Subrogasi dapat lahir karena perjanjian maupun karena undangundang.

1) Proses terjadinya subrogasi karena perjanjian.

Apabila kreditur dengan menerima pembayaran dari pihak ketiga, menetapkan bahwa pihak ketiga itu menggantikan hak-haknya sebagai kreditur asli berikut sekalian hak-hak lain yang lekat kepada hak yang pokok itu, misalnya gugatan hak hipotik dan lain-lain. Subrogasi ini harus dinyatakan tegas dan dilakukan tepat pada waktu pembayaran.

Apabila debitur meminjam sejumlah uang untuk melunasi hutangnya dan menetapkan bahwa orang yang meminjam uang itu akan menggantikan hak-hak kreditur.

Agar supaya *subrogasi* itu sah maka baik perjanjian pinjam uang maupun tanda pelunasan harus dibuat dengan akta otentik, Di dalam surat perjanjian pinjam uang harus diterangkan bahwa uang itu dipinjam melunaskan hutang tersebut, dan dalam surat tanda pelunasan harus diterangkan bahwa pembayaran dilakukan dengan uang yang untuk itu dipinjamkan oleh kreditur baru.

Subrogasi ini dilaksanakan tanpa bantuan kreditur. Bahwa adalah aneh dalam *subrogasi* jenis terakhir ini bantuan kreditur tidak diperlukan. Bahwa

dengan tidak diikuti sertakannya kreditur asli mungkin sekali menimbulkan kesulitan di dalam praktek, karena berdasarkan sesuatu alasan pribadi kreditur asli dapat tidak menyetujui kedudukannya digantikan oleh pihak ketiga. Akibatnya ialah tanda pelunasan tidak dapat disiapkan dan dapat mengakibatkan tidak sahnya *subrogasi* tersebut.

Subrogasi karena Undangundang (Pasal 1402 KUH Perdata)

Menurut Pasal 1402 KUH Perdata, maka *subrogasi* karena undangundang terjadi karena :

- “- Seorang yang sedang ia sendiri kreditur, melunasi seorang kreditur lain, yang berdasarkan hak-hak istimewa atau hipotik, mempunyai suatu hak yang lain lebih tinggi.
- Seorang pembeli suatu benda tak bergerak, yang telah memakai uang harga benda tersebut untuk melunasi orang-orang berpiutang, kepada siapa benda itu di perikatkan dalam hipotik.
- Seorang yang bersama dengan orang lain, atau untuk orang-orang lain, diwajibkan membayar suatu hutang berkepentingan untuk melunasi hutang tersebut.
- Seorang ahli waris yang sedang ia menerima suatu warisan dengan hak istimewa untuk mengadakan pencatatan tentang keadaan harta peninggalan, telah membayar hutang-hutang warisan dengan uangnya sendiri”.

Yang dimaksud oleh ketentuan ini ialah bahwa seorang kreditur baik yang bersifat konkuren maupun yang bersifat preferent, menggantikan kedudukan kreditur lain beserta hak istimewa dan hak hipotik dari kreditur lain tersebut apabila terhadapnya dilakukan pembayaran.

Misalnya A dan B adalah para kreditur terhadap C. A di samping merupakan kreditur juga mempunyai hak hipotik atas benda milik C. Apabila B melakukan pembayaran kepada A, maka B menggantikan kedudukan A beserta hak hipotik yang ada pada A.

Ayat ini menunjukkan bahwa pembeli suatu benda tetap menggunakan harga beli benda itu untuk melunasi para kreditur yang mempunyai hak hipotik atas benda tersebut. Hal ini berakibat bahwa dengan pelunasan tersebut “pengganti” kedudukan kreditur ini sekaligus menjadi pemilik atas benda yang bersangkutan. Lembaga ini adalah *subrogasi* yang bersifat hak kebendaan.

Ketentuan ini menunjuk kepada perikatan yang berupa hutang uang yang harus dipikul bersamasama maka pembayaran/pelunasan yang dilakukan oleh salah seorang di antara mereka mengakibatkan bahwa dia yang melakukan pembayaran itu menggantikan kedudukan kreditur terhadap debiturdebitur lainnya. Ketentuan ini cukup jelas.

f. Penawaran Pembayaran Tunai, Diikuti dengan Penyimpanan (Penitipan).

Penawaran pembayaran tunai yang diikuti oleh penyimpanan (*consignatie*) diatur di dalam Pasal 1404 KUH Perdata. Penawaran pembayaran tunai terjadi apabila dalam suatu perjanjian kreditur tidak bersedia menerima prestasi yang dilakukan oleh debitur. Wanprestasi dari pihak kreditur disebutkan "*mora kreditoris*"

Bahwa apabila seorang kreditur menolak untuk menerima prestasi yang dilakukan debitur, maka debitur dapat menuntut pemutusan, pemenuhan perjanjian ataupun ganti rugi. Akan tetapi di dalam halhal tertentu, misalnya penyerahan barang atau uang, misalnya A meminjam uang dengan bunga 10% kepada B dan kemudian ia mempunyai uang untuk membayar hutang tersebut, sedangkan B tidak bersedia menerima pembayaran, maka A sangat berkepentingan sekali untuk membayar, oleh karena ia sangat menderita rugi dengan pembayaran bunga yang terus menerus. Untuk membebaskan diri dari perikatan tersebut, maka kreditur dapat melakukan penawaran pembayaran tunai.

Prosedur penawaran tersebut diatur oleh Pasal 1405 KUH Perdata. Penawaran tersebut dilakukan oleh Notaris atau juru sita, keduanya disertai oleh dua orang saksi. Apabila kreditur menolak penawaran tersebut, maka debitur menggugat kreditur di depan Pengadilan Negeri dengan permohonan agar penawaran tersebut disahkan. Penawaran pembayaran tunai belum membebaskan debitur dari perikatannya. Suatu pembebasan hanyalah terjadi apabila penawaran pembayaran tunai itu diikuti dengan penitipan dari benda atau uang yang akan diserahkan di Pengadilan Negeri.

Menurut Pasal 1404 ayat 2 KUH Perdata, maka penawaran yang diikuti oleh penyimpanan itu berkekuatan sebagai "pembayaran" dan karena itu memusnahkan perikatan. Apa yang dititipkan tersebut adalah atas tanggungan kreditur. Untuk syahnya penitipan tersebut, diperlukan

adanya “penerimaan”. dari kreditur ataupun keputusan Hakim yang menyatakan sah penawaran dan penitipan tersebut telah mempunyai kekuatan mutlak. Undangundang menentukan pula bahwa selama kreditur tidak mengambilnya kembali. Akan tetapi apabila pengambilan benda yang dititipkan tersebut dilakukan setelah ada suatu keputusan Hakim yang mempunyai kekuatan mutlak, maka pengambilan itu tidak menimbulkan kerugian bagi kawan berhutang maupun para penunggu. Maksudnya ialah bahwa kawan berhutang dan penanggung dibebaskan dari perikatan tersebut.

g. Pembaharuan Hutang (*Novasi*)

Pembaharuan hutang adalah suatu perjanjian dengan mana perikatan yang sudah ada dihapuskan dan sekaligus diadakan suatu perikatan baru.

Misalnya A membeli barang dari B, tetapi harganya tidak dibayar. Untuk lebih memastikan hubungan hukum antara kedua belah pihak, maka antara A dan B diadakan perjanjian hutang.

Novasi menurut Pasal 1413 KUH Perdata terjadi dalam tiga bentuk, yaitu :

- “1. debitur dan kreditur mengadakan perjanjian baru, dengan mana perjanjian lama dihapuskan.
2. apabila terjadi penggantian debitur, dengan penggantian mana debitur lama dibebaskan dari perikatannya.
3. apabila terjadi penggantian kreditur, dengan mana kreditur lama dibebaskan dari perikatannya”.

Bentuk pertama dinamakan novasi objektif, bentuk kedua dinamakan novasi subjektif yang pasif dan bentuk ketiga ialah novasi subjektif yang aktif.

Menurut Pasal 1415 KUH Perdata, maka kehendak untuk mengadakan novasi haruslah tegas, yaitu dengan sebuah akte. Ketentuan ini tidak bersifat memaksa, oleh karena untuk novasi subjektif yang pasif tidak diperlukan bantuan dari debitur, sehingga karena itu dapat ditegaskan bahwa suatu akte dalam hal itu tidak diperlukan (Pasal 1416 KUH Perdata).

Novasi subjektif terjadi dengan pemindahan dari perikatan kepada pihak lain, baik pihak itu debitur maupun kreditur dengan pemindahan mana perikatan kepada pihak lain, baik pihak itu debitur maupun kreditur dengan pemindahan mana perikatan lama dihapuskan. Perikatan yang baru

itu mungkin perjanjian lama ataupun mungkin perjanjian dengan syarat-syarat atau isi yang sama sekali baru. Yang prinsip dalam hal ini ialah bahwa perikatan lama yang ada antara para pihak semula hapus dengan terjadinya pemindahan tersebut.

Apabila kita benar-benar memperhatikan revasi ini, maka terlihat ada kesamaannya dengan *subrogasi* dan "*c e s s i*", yakni di dalam masalah penggantian atau pemindahan. Perbedaannya ialah bahwa didalam subrogasi, pemindahan tersebut tidak menghapuskan perikatan. Pada *cessi*, maka pemindahan tersebut menghendaki adanya suatu akta, sedangkan pada novasi tidak, *cessi* tidak memerlukan bantuan debitur, novasi dengan penggantian kreditur harus dengan bantuan. Pada *cessi* hak-hak utama turut beralih, sedangkan pada novasi tidak.

In Betaling Geving (Pasal 1384 dan 1389 KUH Perdata).

Yang dimaksud dengan "*in betaling geving*" ialah pembayaran oleh debitur suatu prestasi lain dari pada yang diperjanjikan. Apabila pembayaran ini diterima oleh kreditur dengan arti bahwa debitur dibebaskan dari perikatannya oleh kreditur, maka terjadilah novasi objektif. Hanya dalam hal ini ada keistimewaan yaitu saat lahirnya perikatan baru tersebut jatuh bersamaan dengan saat dipenuhinya atau beralihnya perikatan baru tersebut.

Pengoperan Hutang dan Pengoperan Kontrak (kontrak *overneming*)

Di dalam praktek selalu terjadi bahwa suatu kontrak dialihkan kepada pihak lain, Hal ini terjadi misalnya :

1. Pemilik suatu perusahaan memindahkan perusahaannya kepada pihak lain dengan janji bahwa *eigenaar* baru tersebut akan mengoper juga segala hak-hak dan kewajiban yang melekat pada perusahaan tersebut.
2. Sebuah perusahaan yang sedang jalan dimasukkan di dalam "N.V." yang akan didirikan, dengan mana hak-hak dan kewajiban yang ada pada perusahaan lama dialihkan menjadi hak-hak dan kewajiban dari "N.V." yang baru.

Bahwa di dalam perjanjian antara pemilik lama dan pemilik baru diadakan perjanjian bahwa pemilik baru tersebut akan terikat kepada semua hak-hak dan kewajiban dari pemilik lama. Dengan demikian maka pengoperan tersebut berlaku juga bagi para kreditur dari pemilik lama.

Dengan beberapa keputusannya H.R. telah mengakui kemungkinan diadakannya pengoperan kontrak tersebut, yaitu misalnya di dalam *arrest* tahun 1907 (H.R. 29 Nopember 1907 W. 3619). Bahwa dengan persetujuan semua pihak kepada pihak ketiga dapat diberikan kewenangan untuk kemudian mengganti salah satu dari pihakpihak semula dan dengan demikian mengoper semua hakhak dan kewajiban yang timbul dari kontrakkontrak.

h. Kompensasi (Perjumpaan hutang)

Kompensasi terjadi apabila dua orang saling berhutang satu pada yang lain dengan mana hutanghutang antara kedua orang tersebut dihapuskan. Oleh undangundang ditentukan bahwa di antara kedua mereka itu telah terjadi suatu perhitungan yang menghapuskan perikatannya (Pasal 1425 KUH Perdata).

Misalnya : A berhutang sebesar Rp. 10.000, kepada B, dan B berhutang Rp. 5.000, kepada A, maka di antara keduanya terjadi kompensasi, sehingga A hanya berhutang Rp. 5.000 kepada B.

Untuk terjadinya kompensasi undangundang menentukan beberapa syarat sebagaimana yang ditentukan oleh Pasal 1427 KUH Perdata, yaitu hutang tersebut :

- “1. Keduaduanya berpokok sejumlah uang, atau
2. Berpokok sejumlah barang yang dapat dihabiskan ialah barang yang dapat diganti,
3. keduaduanya dapat ditetapkan dan dapat ditagih seketika”.

Apakah kompensasi itu terjadi demi hukum sebagaimana yang disebut oleh Pasal 1426 KUH Perdata ?

Undang-undang itu menerangkan bahwa kompensasi terjadi demi hukum, akan tetapi apabila dibaca ketentuan-ketentuan Pasal 1430, 1432, 1435 KUH Perdata, maka kompensasi itu menghendaki adanya aktivitas dari pihak-pihak yang berkepentingan untuk mengemukakan hutang-hutang masingmasing dan pelaksanaan dari perhitungan atau kompensasinya. Kompensasi yang terjadi demi hukum akan mengakibatkan terjadinya halhal menegangkan antara pihakpihak yang berkepentingan.

Masih satu hal lagi yang perlu dikemukakan mengenai kompensasi ini, yaitu halhal dalam mana undangundang melarang untuk diadakannya

kompensasi, yaitu sebagaimana disebutkan oleh Pasal 1429 KUH Perdata. Perjumpaan itu terjadi dengan tidak dibedakan dari sumber apa hutang piutang antara kedua belah pihak itu dilahirkan, terkecuali:

- “1. Apabila dituntutnya pengembalian suatu barang yang secara berlawanan dengan hukum dirampas dari pemiliknya.
2. Apabila dituntutnya pengembalian barang sesuatu yang dititipkan atau dipinjamkan.
3. Terhadap suatu hutang yang bersumber pada tunjangan nafkah yang telah dinyatakan tak dapat disita”.

i. Percampuran Hutang

Yang dimaksudkan dengan percampuran hutang adalah percampuran kedudukan (kwalitas) dari pihak-pihak yang mengadakan perjanjian, sehingga kualitas sebagai kreditur menjadi satu dengan kualitas dari debitur. Dalam hal ini menurut demi hukum hapuslah perikatan yang semula ada di antara kedua belah pihak, tersebut (Pasal 1436 KUH Perdata).

Percampuran kedudukan tersebut dapat terjadi berdasarkan alasan hak umum, misalnya bila kreditur meninggal dunia dan sebagai satusatunya ahli waris yang ditinggalkannya ialah debitur atau sebaliknya atau percampuran kedudukan itu dapat terjadi berdasarkan alas hak khusus, misalnya pada jual beli atau *legaat*.

j. Pembebasan Hutang

Undang-undang tidak memberikan definisi dari apa yang disebutkan dengan pembebasan hutang. Yang dimaksud dengan pembebasan hutang ialah perbuatan atau pernyataan kehendak dari kreditur untuk membebaskan debitur dari perikatan dan pernyataan kehendak tersebut diterima oleh debitur. Menurut Pasal 1438 KUH Perdata, maka pembebasan hutang itu tidak boleh dipersangkakan, tetapi harus dibuktikan.

Misalnya sebagaimana yang disebutkan oleh Pasal 1439 KUH Perdata, pengembalian sepucuk tanda piutang asli secara sukarela oleh kreditur kepada debitur merupakan bukti tentang pembebasan hutangnya.

Apabila pembebasan hutang itu dilakukan kreditur untuk kepentingan salah seorang kawan berhutang secara tanggung menanggung, berarti

pembebasan pula terhadap semua orang berhutang lainnya, kecuali kalau kreditur dengan tegas menyatakan kehendak mempertahankan hak-haknya terhadap orang-orang yang tersebut belakangan tadi dalam hal mana ia tidak dapat menagih hutangnya selain setelah dipotongnya bagian orang yang telah dibebaskan olehnya.

Apabila pembebasan hutang tersebut dilakukan kreditur untuk kepentingan debitur utama, maka pembebasan itu berlaku juga untuk para penanggung hutang. Akan tetapi pembebasan untuk penanggung hutang tidak membebaskan debitur utama. Demikian juga halnya dengan pembebasan bagi salah seorang penanggung hutang, tidak membebaskan debitur utama. Pembebasan yang diberikan kepada salah seorang penanggung hutang, tidak membebaskan para penanggung lainnya.

k. Musnahnya barang yang berhutang

Apabila benda yang menjadi objek dari suatu perikatan musnah, tidak dapat lagi diperdagangkan atau hilang, maka berarti telah terjadi suatu “keadaan memaksa” atau *force majeure*, sehingga undang-undang perlu mengadakan pengaturan tentang akibat-akibat dari perikatan tersebut. Menurut Pasal 1444 KUH Perdata, maka untuk perikatan hak dalam keadaan yang demikian itu, hapuslah perikatannya, asal barang itu musnah atau hilang di luar salahnya debitur dan sebelum menyerahkannya.

Ketentuan ini berpokok pangkal pada Pasal 1237 KUH Perdata menyatakan:

“bahwa dalam hal adanya perikatan untuk memberikan suatu kebendaan tertentu kebendaan itu semenjak perikatan dilahirkan adalah atas tanggungan kreditur. Kalau kreditur lalai akan menyerahkannya maka semenjak kelalaian, kebendaan adalah atas tanggungan debitur”.

Dengan demikian maka akibat-akibat yang merugikan yang timbul dari keadaan tersebut menjadi tanggungan dari kreditur dan debitur menjadi bebas. Akan tetapi apabila debitur mempunyai hak-hak atau tuntutan-tuntutan ganti rugi mengenai barang tersebut ia diwajibkan memberikan hak-hak dan tuntutan-tuntutan tersebut kepada kreditur (Pasal 1445 KUH Perdata). Beban pembuktian dalam keadaan *force majeure* ini adalah pada pihak debitur.

Kitab Undang-undang Hukum Perdata mengatur secara umum akibat-akibat dari suatu perikatan apabila terjadi *force majeure* di dalam suatu

perikatan yang timbal balik. Secara khusus hal ini ada diatur yaitu untuk perjanjian tukar menukar. Ketentuan inilah yang dijadikan sebagai pedoman untuk perikatan yang timbal balik akan suatu barang tertentu, yang telah dijanjikan untuk ditukar musnah di luar salah pemiliknya, maka persetujuan dianggap sebagai gugur, dan siapa yang dari pihaknya telah memenuhi persetujuan, dapat menuntut kembali barang yang ia telah berikan dalam tukar menukar (Pasal 1545 KUH Perdata)

I. Tentang kebatalan dan pembatalan

Walaupun judul bagian kedelapan adalah kebatalan (*nietigheid*) dan pembatalan (*venietiging*), tetapi bagian tersebut hanyalah mengatur tentang kebatalan saja. Disebutkan bahwa semua perikatan, kecuali yang diatur oleh Pasal 1447 ayat 1 yang dibuat oleh orang-orang belum dewasa atau orang-orang yang ditaruh di bawah pengampuan adalah batal demi hukum dan atas penuntutan yang diajukan oleh atau dari pihak mereka, harus dinyatakan batal, sematamata atas dasar kebelum dewasaan atau pengampuannya.

Bahwa katakata batal demi hukum diatas sengaja digaris bawahi karena yang dimaksud sebenarnya dengan katakata itu adalah “dapat dibatalkan”. Karena alasan-alasan yang dapat menimbulkan kebatalan sesuatu perikatan ialah kalau perikatan tersebut cacat pada syarat-syaratnya yang objektif saja. Oleh karena itu katakata “batal demi hukum” pada Pasal 1446 KUH Perdata itu harus dibaca dengan “dapat dibatalkan”.

Apabila suatu perikatan cacat pada syaratsyaratnya yang subjektif, yaitu salah satu pihak belum dewasa atau kalau perikatan itu terjadi karena paksaan penipuan dan kesilafan, maka perikatan itu dapat dibatalkan (Pasal 1446 dan 1449 KUH Perdata). Dalam keadaan yang demikian, maka akibat-akibat yang timbul dari perikatan itu dikembalikan keadaan semula (Pasal 1451 dan 1452 KUH Perdata). Bahwa pihak yang menuntut pembatalan tersebut dapat pula menuntut penggantian biaya, kerugian dan bunga apabila ada alasan untuk itu. Undangundang menentukan jangka waktu dalain mana suatu tuntutan pembatalan itu harus diajukan, yaitu lima tahun yang mulai berlaku :

- “1. Dalam hal kebelum dewasaan, sejak hari kedewasaan.
2. Dalam halnya pengampuan, sejak hari pencabutan pengampuan.
3. Dalam halnya paksaan, sejak hari paksaan itu telah berhenti.

4. Dalam halnya kekhilafan atau penipuan sejak hari diketahuinya kekhilafan atau penipuan itu.
5. Dalam hal kebatalan yang tersebut dalam pasal 1341 KUH Perdata, sejak hari diketahuinya bahwa kesadaran yang diperlukan untuk pembatalan itu ada”.

Dalam hal ketentuan undang-undang di dalam KUH Perdata mengatur tentang kewajiban isteri untuk mendapatkan “izin” dari suaminya untuk melakukan perbuatan hukum serta akibatnya kalau ini tidak diketahui/dipenuhi, maka ketentuan itu adalah merupakan katakata yang mati dengan adanya surat Mahkamah Agung No. 3/1963 tanggal 4 Agustus 1963 yang meniadakan perlunya “bantuan” suami tersebut.

Bahwa tuntutan untuk mengajukan pembatalan suatu perikatan tersebut gugur dalam hal mereka yang belum dewasa, di bawah pengampunan, mengalami paksaan, penipuan dan kekhilafan itu secara tegas atau diamdian telah menguatkan perikatannya setelah mereka dewasa, pengampunannya hapus, berhenti, dan penipuan serta kekhilafannya diketahui (Pasal. 1456 KUH Perdata)

m. Berlakunya syarat Batal

Syarat batal yang menghapuskan perikatan sebagaimana yang ditentukan oleh Pasal 1381 KUH Perdata, untuk itu maka cukuplah apabila kita meninjau kembali kepada apa yang telah diuraikan dalam bagian permulaan buku ini yaitu tentang perjanjian bersyarat dengan syarat batal.

n. Lewat Waktu

Daluwarsa adalah suatu upaya untuk memperoleh sesuatu atau untuk dibebaskan dari suatu perikatan dengan lewatnya suatu waktu tertentu dan atas syarat-syarat yang ditentukan undang-undang (Pasal 1946 KUH Perdata). Daluwarsa untuk memperoleh sesuatu dinamakan daluwarsa *acquisitif*, yaitu suatu cara untuk memperoleh hak milik yang perlu dalam hubungannya dengan Hukum Benda.

Daluwarsa untuk membebaskan perikatan bernama daluwarsa *extinctief* yang diatur dalam Buku IV KUH Perdata tentang Pembuktian. Daluwarsa

sebagai upaya untuk membebaskan seseorang dari perikatan diatur di dalam Pasal 1967 KUH Perdata. Menurut ketentuan tersebut maka ditegaskan:

“Segala tuntutan hukum baik yang bersifat perbendaan maupun yang bersifat perseorangan hapus karena daluwarsa dengan lewatnya waktu tiga puluh tahun, sedangkan siapa yang menunjukkan adanya daluwarsa itu tidak usah mempertunjukkan suatu alas hak, lagi pula tak dapatlah dimajukan kepadanya suatu tangkisan yang didasarkan kepada i'tikadnya yang buruk”.

Apabila kita meneliti baik isi Pasal 1967 KUH Perdata itu maupun judul dari bagian yang mengatur tentang daluwarsa yang menghapuskan perikatan tersebut maka kita melihat pemakaian istilah yang menimbulkan masalah di dalam ilmu Pengetahuan Hukum Perdata. Pasal 1967 KUH Perdata menyebutkan bahwa daluwarsa menghapuskan tuntutan hukum, demikian juga bagian ketiga Bab VII Buku IV KUH Perdata menyebutkan daluwarsa dipandang sebagai suatu alat untuk dibebaskan dari suatu kewajiban. Dengan demikian kedua ketentuan itu menunjukkan bahwa daluwarsa bukan menghapuskan perikatan akan tetapi hanya menghapuskan tuntutan hukum bagi kreditur atau menghapuskan kewajiban hukum bagi debitur. Perikatannya masih tetap ada, sehingga tidak menutup kemungkinan bagi debitur untuk melakukan pembayaran kepada kreditur.

Tetapi kalau kita melihat Pasal 1946 KUH Perdata, maka dinyatakan daluwarsa adalah suatu upaya untuk membebaskan perikatan. Bagaimana itu ?

Sebagai akibat pemakaian kalimatkalimat yang tidak sama ini di dalam, Ilmu Pengetahuan Hukum Perdata timbul dua pendapat. Pendapat pertama ialah pendapat yang, berpokok pangkal pada ajaran dari daluwarsa yang mengatakan bahwa dengan lampaunya waktu,.. hapuslah suatu tuntutan hukum, sehingga seorang kreditur tidak dapat lagi menuntut debitur di depan Pengadilan apabila debitur itu tidak melakukan pembayaran.

Perikatannya sendiri tidaklah menjadi hapus. Setelah lampaunya waktu tersebut maka perikatan antara debitur dan kreditur merupakan perikatan wajar (*natuurlijke verbintenis*). Apabila debitur melakukan pembayaran maka pembayaran itu dilakukan karena kewajiban moralnya.

Pendapat kedua ialah pendapat yang berpokok pangkal pada ajaran kuat dari daluwarsa yang mengemukakan bahwa lampaunya waktu mengakibatkan hapusnya perikatan sehingga tidak ada lagi kewajiban hukum ataupun

kewajiban moral dari debitur melakukan pembayaran, maka debitur berhak menuntut kembali apa yang dibayarkannya itu berdasarkan pembayaran yang tidak diwajibkan (Pasal 1359 ayat 1 KUH Perdata).

Pembentuk undangundang memperkenalkan kita kepada daluwarsa jangka panjang dan jangka pendek, masingmasing diatur di dalam Pasal 1967 KUH Perdata, yang menyatakan bahwa daluwarsa untuk membebaskan diri dari suatu tuntutan hukum itu adalah tiga puluh tahun, sedangkan untuk jangka pendek diatur masing-masing di dalam Pasal 1968, 1969 dan 1970, 1971 KUH Perdata, ayat 1, 2, 0 dan 5 tahun.

DAFTAR KEPUSTAKAAN

- Abd Thalib (2016), *Perkembangan Hukum Kontrak Modern*, UIR Press Pekanbaru.
- A. Ichsan (tanpa tahun), *Hukum Perdata I B*, PT. Pembimbing Masa, Jakarta.
- C. Asser (1967), *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht derde deel*, NV Uitgevers Maatschappij W. E. J. Tjeenk Willink Zwolle.
- Lihat Hofmann (1968), *Het Nederlands Verbintenissenrecht, eerste gedeelte Wolters-Noordhoff*, NV. Groningen.
- Pitlo (1952), *Het Verbintenissenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek, H. D. Tjeenk & Zoon*, NV. Harlem.
- R. Setiawan (1986), *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, Binacipta, Bandung.
- R. Wirjono Prodjodikoro (1986), *Azas-azas Hukum Perjanjian*, Penerbit PT. Bale Bandung.
- Sri Soedewi Masjchoen Sofwan (1980), *Hukum Perutangan Bagian A, Seksi Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada*.
- Subekti (1987), *Hukum Perjanjian*, Penerbit PT. Intermasa, Jakarta.
- Subekti dan Tjiptosudibio (1974), *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, PT. Paramita Jakarta.
- Utrecht (1959), *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, PT. Penerbit Balai Buku Ikhtiar, Cetakan V.
- Vollmar H. F. A. (1952), *Inleiding tot de studie van het Nederlands Burgerlijk Recht*.

BIODATA PENULIS SINGKAT PENULIS



DR. H. ABD THALIB, Sm. Hk., S. H., M. C. L. Lahir di Pekanbaru, 07 Januari 1964 saat ini adalah Dosen Fakultas Hukum, Dosen Pasca Sarjana Prodi Ilmu Hukum Universitas Islam Riau. Penulis menyelesaikan Pendidikan Sarjana Muda Hukum pada Tahun 1987 dan Pendidikan S-1 Hukum di Universitas Islam Riau pada Tahun 1989. Kemudian penulis menyelesaikan studi Magister Hukum di Delhi University pada Tahun 1994. Dan menamatkan

Program Doktor pada Fakultas Undang-Undang Universiti Malaya Kuala Lumpur Malaysia pada tahun 2012. Penulis aktif melakukan berbagai penelitian dan menulis berbagai tulisan dalam bentuk buku, jurnal, artikel dan lain-lainnya. serta sebagai pemateri di berbagai tempat.



Ir. MUKHLISIN, S. H., M. H. Lahir di Pekanbaru, 19 Juli 1968 saat berprofesi sebagai PNS BPSDM Provinsi Riau dan juga sebagai Dosen Luar Biasa pada Fakultas Hukum Universitas Islam Riau sejak tahun 2014 hingga sekarang. Penulis menyelesaikan pendidikan S-1 pada Fakultas Pertanian Universitas Islam Riau pada tahun 1993 kemudian meneruskan Program Pasca Sarjana Pada prodi Ilmu Hukum Universitas Islam Riau dan tamat pada tahun 2007

selanjutnya penulis kembali mengambil program s-1 pada Prodi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Riau dan selesai pada tahun 2014.



DESI APRIANI, S. H., M. H. Lahir di Airtiris, 7 April 1983. Menamatkan pendidikan S1 Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Universitas Riau (UNRI), dan menamatkan pendidikan S2 di Program Pasca Sarjana Universitas Islam Riau (UIR). Saat ini sedang melanjutkan study S3 di Program Pasca Sarjana Universitas Islam Bandung (UNISBA) Bandung. Aktif mengajar di Fakultas Hukum Universitas Islam Riau untuk mata kuliah Hukum Adat, Hukum Anti Monopoli dan PUTS, serta Hukum Perlindungan Konsumen. Pernah terlibat sebagai tim penulis 3 judul buku adat Kampar bekerjasama dengan Dinas Pariwisata dan Kebudayaan Kabupaten Kampar, melakukan berbagai penelitian dan menulis artikel untuk publikasi ilmiah.



SELVI HARVIA SANTRI, S. H., M. H. Lahir di Padang, 30 April 1984, Saat ini adalah Dosen Fakultas Hukum Universitas Islam Riau, Penulis Menyelesaikan Pendidikan S1 Pada Fakultas Hukum Universitas Andalas (Unand) dengan meraih Predikat Cumlaude dan Magister Hukum pada Program Pasca Sarjana Universitas Andalas (Unand) dengan meraih Predicet Cumlaude. Penulis juga Aktif meneliti, menulis dan mempublikasikan artikel ilmiah diberbagai jurnal dan buku hukum.



SRI ARLINA, S. H., M. H. Lahir Pekanbaru 26 Desember 1982, saat ini adalah Dosen Fakultas Hukum Universitas Islam Riau, penulis menyelesaikan pendidikan S.1 pada Fakultas Hukum Univeristas Riau (UNRI) Predikat Cumlaude dan Magister Hukum pada Program Pasca Sarjana Universitas Islam Riau. Penulis juga Aktif meneliti, menulis dan mempublikasikan artikel ilmiah diberbagai jurnal dan buku hukum.



DR. SURIZKI FEBRIANTO, S. H., M. H. Lahir di Tanjung Pinang, 18 Februari 1989. Saat ini adalah Dosen Fakultas Hukum Universitas Islam Riau, penulis menyelesaikan pendidikan S-1 pada Fakultas Hukum Universitas Islam Riau (UIR) dan Magister Hukum pada Program Pascasarjana Universitas Islam Riau (UIR) serta Doktor Hukum pada Program Doktorat Universitas Islam Bandung. Penulis juga aktif meneliti, menulis dan mempublikasikan artikel ilmiah diberbagai jurnal dan buku hukum.

