

BAB II

TINJAUAN UMUM

A. Posisi Kasus Perkara No. 30/PDT.G/2015/PN.Bkn

Penggugat atas nama Asmanida telah melakukan perjanjian kredit dengan Tergugat I yang bernama PT. Bank Tabungan Pensiun Nasional Tbk dengan masa kredit (tenor) selama 60 (enam puluh) bulan dimulai pada tanggal 24 November 2010 sampai dengan tanggal 03 Januari 2015, perjanjian perubahan terhadap perjanjian kredit sebelumnya tanggal 13 Januari 2012 dengan masa kredit (tenor) selama 60 (enam puluh) bulan dimulai pada tanggal 13 Januari 2012 sampai dengan tanggal 13 Januari 2017 dan perjanjian perubahan terhadap perjanjian sebelumnya yaitu pada tanggal 13 Januari 08 Mei 2013 masa kredit selama 84 (delapan puluh empat) bulan dimulai pada tanggal 08 Mei 2013 sampai dengan tanggal 08 Mei 2020 yang mana pada perjanjian tersebut terdapat adanya agunan/jaminan yang ditanggihkan dengan Hak Tanggungan yang mana yang dijaminan dalam perjanjian tersebut adalah :

1. Tanah kosong yang terletak di Jl. Jend. Sudirman RT.02RW03 Kelurahan Bangkinan Kota Kecamatan Bangkinang Kab. Kampar Propinsi Riau sebagaimana SHM No. 2050 atas nama Asmanida (Penggugat)
2. Tanah dan Bangunan yang terletak di Jl. Jend. Sudirman RT.02 RW 03 Kelurahan Bangkinang Kota Kecamatan Bangkinang Kab. Kampar Propinsi Riau sebagaimana SHM No. 2052 atas nama Asmanida (Penggugat)

3. Tanah dan Bangunan yang terletak di Jl. Jend. Sudirman RT.02 RW03 Kelurahan Bangkinang Kota Kecamatan Bangkinang Kab. Kampar Propinsi Riau sebagaimana SHM No. 2051 atas nama Asmanida (Penggugat)
4. Tanah dan Bangunan yang terletak di Jl. Jend. Sudirman Gg. Aur Kuning RT.02 RW 03 Kelurahan Bangkinang Kota Kecamatan Bangkinang Kab. Kampar Propinsi Riau sebagaimana SHM No. 177 atas nama Asmanida (Penggugat)
5. 1 (satu) unit kendaraan bermotor jenis kendaraan Mobil Pribadi M erek Honda model Jeep No. Mesin R20A1-4810022 Nopol BM 1612 FK sebagaimana BPKB No. 2646419-D atas nama Idrus SP (suami Penggugat)

Tergugat I aktif mendatangi Penggugat dan membujuk-bujuk Penggugat agar mau membuka kredit/pinjaman kepada Tergugat I dan membujuk Penggugat untuk menyerahkan agunan/jaminan seperti tertera diatas, yang mana pinjaman yang diberikan pada Tergugat I kepada Penggugat Yaiut sebesar Rp. 1.550.000.000 (satu milyar lima ratus lima puluh juta rupiah) Penggugat menggunakan uang tersebut untuk pembangunan mini market, tetapi setelah beberapa bulan berjalan Penggugat terkendala dalam membayar angsuran kepada Tergugat I adapun besarnya angsuran sebesar Rp. 41.333.334 (empat puluh satu juta tiga ratus tiga puluh ribu rupiah) setiap bulannya yang telah dicicil/dibayar Penggugat selama satu tahun terhitung dari bulan Januari 2012 sampai dengan Januari 2013 dan pada bulan selanjutnya terjadi kemacetan yang disebabkan

penurunan pendapatan usaha Penggugat. Karena tunggakan tersebut Tergugat I menjual agunan/ jaminan berupa tanah diatasnya terdapat 2 (dua) unit bangunan permanen Ruko satu lantai terletak di tepi jl. Jend. Sudirman RT.02RW.03 Kelurahan Bangkinang Kecamatan Bangkinang Kabupaten Kampar dengan bukti hak berupa SHM No. 2052 atas nama Pengggugat, yang dijual kepada Tergugat II tanpa sepengetahuan si Penggugat, kemudian Tergugat II menawarkan harga agunan tersebut senilai 50.000.000,- Penggugat keberatan karena harga atau penawaran Tergugat II terlalu murah dan tidak wajar dan jelas sangat merugikan pihak Penggugat.

Pada bulan November 2013 Tergugat I merampas kendaraan bermotor merek honda CRV BM 1612 FK atas nama Idrus SP (suami Penggugat), kemudian Tergugat I menjual kepada Tergugat III setelah itu pada pertengahan tahun 2014, Tergugat I menjual agunan/jaminan berupa tanah yang diatasnya terdapat 1 (satu) Unit Ruko satu lantai permanen dan satu tapak pondasi ruko yang terletak di Jl. Jend. Sudirman RT.02 RW 03 Kelurahan Bangkinang Kecamatan Bangkinang Kabupaten Kampar dengan sertifikat Hak Milik No. 2051 atas nama Penggugat kepada Penggugat IV, yang mana pada perjanjian jual beli Tergugat I dengan Tergugat II dibuat dihadapan Notaris pada tanggal 07 Juni 2013 dengan akta jual beli tanah No. 137/2013 dan pada pencatatan tersebut Notaris melakukan kesalahan pencatatan yang pada awal nilainya Rp. 500.000.000,- (lima ratus juta rupiah) menjadi sebesar Rp. 200.000.000,- (dua ratus juta rupiah).

Bahwa tergugat V telah membuat Akta Jual beli No. 13/2015 tanggal 07 Juni 2013 yang subtansinya dari Akta Jual Beli No. 137/2013 tidak sesuai dengan

keadaan yang sebenarnya dan hal ini merupakan tindak pidana dan juga perbuatan melawan hukum yang mengakibatkan kekeliruan dalam membayar pajak yang tentunya dapat merugikan negara.

Kasus ini dikabulkan sebahagian oleh Majelis Hakim Pengadilan Negeri Bangkinang karena berkas perkaranya tidak jelas atau cacat hukum. Perkara ini ada karena adanya gugatan Penggugat dan gugata tersebut telah dibantah oleh para Tergugat yakni Tergugat I. II dan Tergugat IV, maka sesuai dengan Pasal 283 Rbg dan Pasal 1865 KUHPerdara, Penggugat dan Terggugat dapat membuktikan dipersidangan dengan mengajukan hak, dan oleh karena sesuatu hak adalah Penggugat maka tentang beban pembuktian dibebankan pertama-tama kepada Penggugat.

Suatu perbuatan pada umumnya dapat hilang sifat sebagai perbuatan melawan hukum, bukan hanya berdasarkan suatu ketentuan dalam perundang-undangan, melainkan juga berdasarkan asas-asas keadilan atau asas-asas hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum. Jika dilihat dari kasus gugatan perbuatan melawan hukum berikut ini bahwa penggugat merasa haknya dilanggar, sehingga mengakibatkan adanya kerugian bagi pihak Para penggugat atas sikap dari Tergugat yang melakukan perbuatan melawan hukum kepada Penggugat.

Berdasarkan uraian diatas maka menurut hemat penulis bahwa dasar pengajuan gugatan perbuatan melawan hukum yang diajukan Para penggugat di Pengadilan Negeri Bangkinang termasuk dalam perbuatan melaawan hukum karena kesengajaan dan biasa juga dikatakan karena kelalaian, karena menurut Para penggugat, Tergugat dengan sadar menguasai tanah milik Para penggugat

dan Tergugat juga menyadari akibat yang timbul dari perbuatannya tersebut yaitu adanya kerugian bagi Para penggugat karena tidak dapat memanfaatkan tanahnya secara optimal.

Sehingga suatu perbuatan dikatakan melawan hukum apabila melanggar salah satu dari hal-hal diatas. Melihat dari gugatan yang diajukan dipersidangan oleh Para penggugat tentang gugatan perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh Tergugat, menurut hemat penulis haruslah dilihat dari bukti-bukti yang diajukan dipersidangan, sehingga barulah dapat dikatakan bahwa perbuatan Tergugat sebagaimana yang didalilkan oleh Para penggugat dalam gugatannya telah melakukan perbuatan melawan hukum.

B. Tinjauan Umum Tentang Perbuatan Melawan Hukum

1. Sejarah Perbuatan Melawan Hukum

Perbuatan Melawan Hukum (PMH) sebenarnya sudah dikenal sejak manusia mengenal Hukum dan telah dimuat dalam Kitab Hukum tertua yang pernah dikenal sejarah yaitu Kitab Hukum Hammurabi (dibuat lebih dari empat ribu tahun yang lalu). Dalam kitab tersebut diatur mengenai akibat hukum seseorang yang melakukan perbuatan tertentu yang sebenarnya tergolong dalam perbuatan melawan hukum.

Perkembangan pengertian perbuatan melawan hukum di negeri Belanda sangat berpengaruh didalam perkembangan di Indonesia karena kaidah hukum di sana berlaku bagr negeri jajahannya berdasarkan azas konkordansi termasuk

Indonesia. Dalam perkembangannya pengertian perbuatan melawan hukum mengalami perubahan dalam tiga periode sebagai berikut³³ :

1. Periode sebelum tahun 1838

Pada periode ini di negeri Belanda belum terbentuk kodifikasi *Burgerlijk Wetboek* (BW), sehingga pelaksanaan perlindungan hukum terhadap perbuatan melawan hukum belum jelas dan belum terarah.

2. Periode antara tahun 1838 -1919

Pada periode ini di negeri Belanda telah terbentuk kodifikasi BW, sehingga berlakulah ketentuan pasal 1401 BW yang sama dengan ketentuan 1365 Kitab Undang-undang Hukum Perdata mengenai perbuatan melawan hukum (*Onrechtmatige Daad*) yang ditafsirkan sebagai berbuat sesuatu (aktif) maupun tidak berbuat sesuatu (pasif) yang merugikan orang lain baik yang disengaja maupun yang merupakan kelalaian sebagaimana yang diatur dalam ketentuan Pasal 1366 KUH Perdata.

3. Periode setelah tahun 1919

Periode ini merupakan dasar dan permulaan pengertian baru perbuatan melawan hukum dan sekaligus merupakan koreksi terhadap paham kodifikasi yang sempit dan ajaran legisme yang hanya memandang aturan tertulis atau kebiasaan yang diakui tertulis sebagai hukum.

Perubahan yang terjadi adalah dengan diterimanya Penafsiran Luas tentang Pengertian Perbuatan Melawan Hukum oleh *Hoge Raad* (Mahkamah Agung) negeri Belanda terhadap kasus *Lindenbaum Versus Cohen*. Kasus tersebut

³³ Munir Fuady, *op.cit.*, hlm. 23-26

merupakan kasus mengenai persaingan yang tidak sehat dalam dunia bisnis, dimana perusahaan *Lindenbaum* dan Perusahaan *Cohen* saling bersaing dalam bidang percetakan. Dengan maksud menarik pelanggan *Lindenbaum* maka perusahaan *Cohen* memberikan berbagai macam hadiah kepada pegawai *Lindenbaum* agar pegawai tersebut memberitahukan kepada perusahaan *Cohen* salinan dari penawaran-penawaran yang dilakukan oleh *Lindenbaum* kepada masyarakat serta memberitahu nama orang-orang yang mengajukan order kepadanya, tindakan tersebut kemudian ketahuan dan digugat melalui Pengadilan Amsterdam.

Pengadilan Amsterdam yang memeriksa kasus tersebut kemudian memutuskan bahwa perbuatan perusahaan *Cohen* tersebut merupakan perbuatan melawan hukum. Meskipun di tingkat banding perusahaan *Cohen* tersebut dimenangkan dengan alasan tidak ada satu pasalpun dari peraturan perundang-undangan yang berlaku dilanggar oleh perusahaan *Cohen*, akan tetapi ditingkat kasasi oleh *Hoge Raad* akhirnya perusahaan *Cohen* dinyatakan telah melakukan perbuatan melawan hukum, karena pengertian perbuatan melawan hukum bukan hanya melakukan pelanggaran undang-undang tertulis tetapi meliputi juga perbuatan :

- a. Yang melanggar hak orang lain yang dijamin hukum
- b. Yang bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku
- c. Yang bertentangan dengan kesusilaan

- d. Yang bertentangan dengan sikap yang baik dalam masyarakat untuk memperhatikan kepentingan orang lain³⁴.

Dengan demikian sejak putusan *Hege Raad* Belanda tersebut maka pengertian perbuatan melawan hukum tidak hanya meliputi perbuatan yang bertentangan dengan pasal-pasal dalam perundang-undangan yang berlaku tetapi termasuk juga perbuatan yang melanggar kepatutan dalam masyarakat. Sedangkan istilah penguasa menurut Putusan Mahkamah Agung RI No. 66 tahun 1952 disebut sebagai Pemerintah dan menurut Putusan Mahkamah Agung RI No. 838 tahun 1970 disebut sebagai Penguasa, sedangkan menurut ketentuan Pasal 1 angka 6 Jo Pasal 1 angka 2 UU No.5 tahun 1986 yang sudah diubah dengan UU No. 9 tahun 2004 tentang Peradilan Tata Usaha Negara disebut sebagai badan atau pejabat yang melaksanakan urusan pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, sehingga pengertian tidak hanya meliputi instansi-instansi resmi yang berada dalam lingkungan eksekutif di bawah Presiden akan tetapi termasuk juga Badan/pejabat lain yang melaksanakan urusan pemerintahan.

Perbuatan Melawan Hukum di Indonesia secara normatif selalu merujuk pada ketentuan Pasal 1365 KUHPdata. Rumusan norma dalam pasal ini unik, tidak seperti ketentuan-ketentuan pasal lainnya. Perumusan norma Pasal 1365 KUHPdata. Lebih merupakan struktur norma daripada substansi ketentuan hukum yang sudah lengkap.

³⁴ *Ibid.*, hlm. 5

Oleh karenanya substansi ketentuan Pasal 1365 KUPerdata. Senantiasa memerlukan materialisasi di luar KUHPerdata. Oleh karena itu perbuatan melawan hukum berkembang melalui putusan-putusan pengadilan dan melalui undang-undang. Perbuatan Melawan Hukum dalam KUHPerdata. diatur dalam buku III tentang Perikatan. Perbuatan melawan hukum Indonesia yang berasal dari Eropa Kontinental diatur dalam Pasal 1365 KUHPerdata. sampai dengan Pasal 1380 KUHPerdata. Pasal-pasal tersebut mengatur bentuk tanggung jawab atas perbuatan melawan hukum.

2. Pengertian Perbuatan Melawan Hukum

Perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365 KUHPerdata. pada awalnya memang mengandung pengertian yang sempit sebagai pengaruh dari ajaran legisme. Pengertian yang dianut adalah bahwa perbuatan melawan hukum merupakan perbuatan yang bertentangan dengan hak dan kewajiban hukum menurut undang-undang. Dengan kata lain bahwa perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) sama dengan melawan undang-undang (*onwetmatige daad*). Aliran ini ditandai dengan *Arrest Hoge Raad* 6 Januari 1905 dalam perkara *Singer Naaimachine*. Perkara bermula dari seorang pedagang menjual mesin jahit merek “Singer” yang telah disempurnakan. Padahal mesin itu sama sekali bukan produk Singer. Kata-kata “Singer” ditulis dengan huruf yang besar, sedang kata-kata yang lain ditulis kecil-kecil sehingga sepintas yang terbaca adalah “Singer” saja. Ketika pedagang itu digugat di muka pengadilan, H.R. antara lain mengatakan bahwa perbuatan pedagang itu bukanlah merupakan tindakan melawan hukum karena

tidak setiap tindakan dalam dunia usaha, yang bertentangan dengan tata krama dalam masyarakat dianggap sebagai tindakan melawan hukum.

Pada putusan berikutnya, *Hoge Raad* berpendapat sama dalam kasus *Zutphense Juffrouw*. Perkara yang diputuskan tanggal 10 Juni 1910 itu bermula dari sebuah gudang di Zutphen. Iklim yang sangat dingin menyebabkan pipa air dalam gudang tersebut pecah, sementara kran induknya berada dalam rumah di tingkat atas. Namun penghuni di tingkat atas tersebut tidak bersedia memenuhi permintaan untuk menutup kran induk tersebut; sekalipun kepadanya telah dijelaskan, bahwa dengan tidak ditutupnya kran induk, akan timbul kerusakan besar pada barang yang tersimpan dalam gudang akibat tergenang air. Perusahaan asuransi telah membayar ganti kerugian atas rusaknya barang-barang tersebut dan selanjutnya menggugat penghuni tingkat atas di muka pengadilan. *Hoge Raad* memenangkan tergugat dengan alasan, bahwa tidak terdapat suatu ketentuan undang-undang yang mewajibkan penghuni tingkat atas tersebut untuk mematikan kran induk guna kepentingan pihak ketiga. Dengan kata lain *Hoge Raad* di Belanda memandang perbuatan melawan hukum secara legistis.

Pemandangan legistis itu kemudian berubah pada tahun 1919 dengan putusan *Hoge Raad* 31 Januari 1919 dalam perkara *Cohen v. Lindenbaum* yang dikenal sebagai *drukkers arrest*. Pada perkara ini *Hoge Raad* mulai menafsirkan perbuatan melawan hukum secara luas. Dalam perkara ini, Cohen seorang pengusaha percetakan telah membujuk karyawan percetakan Lindenbaum untuk memberikan copy-copy pesanan dari langganan-langganannya. Cohen

memanfaatkan informasi ini sehingga Lindenbaum mengalami kerugian karena para langganannya lari ke perusahaan Cohen.

Selanjutnya Lindenbaum menggugat Cohen untuk membayar ganti kerugian kepadanya. Gugatan tersebut dikabulkan oleh Pengadilan Negeri (*rechtbank*). Pengadilan Tinggi (*Hof*) sebaliknya membatalkan keputusan Pengadilan Negeri dengan pertimbangan bahwa sekalipun karyawan tersebut melakukan perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang, yakni telah melanggar suatu kewajiban hukum, namun tidak berlaku bagi Cohen karena undang-undang tidak melarang dengan tegas bahwa mencuri informasi adalah melanggar hukum. *Hoge Raad* membatalkan keputusan *Hof* atas dasar pertimbangan, bahwa dalam keputusan Pengadilan Tinggi makna tentang perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) dipandang secara sempit sehingga yang termasuk di dalamnya hanyalah perbuatan-perbuatan yang secara langsung dilarang oleh undang-undang. Sedangkan perbuatan-perbuatan yang tidak dilarang oleh undang-undang sekalipun perbuatan-perbuatan ini bertentangan dengan keharusan dan kepatutan, yang diwajibkan dalam pergaulan masyarakat bukan merupakan perbuatan melawan hukum.

Dengan adanya *arrest* ini maka pengertian perbuatan melawan hukum menjadi lebih luas. Perbuatan melawan hukum kemudian diartikan tidak hanya perbuatan yang melanggar kaidah-kaidah tertulis, yaitu (a) perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku dan (b) melanggar hak subyektif orang lain, tetapi juga (c) perbuatan yang melanggar kaidah yang tidak tertulis, yaitu kaedah yang mengatur tata susila, (d) kepatutan, ketelitian, dan kehati-hatian

yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan hidup dalam masyarakat atau terhadap harta benda warga masyarakat.

Penilaian mengenai apakah suatu perbuatan termasuk perbuatan melawan hukum, tidak cukup apabila hanya didasarkan pada pelanggaran terhadap kaidah hukum, tetapi perbuatan tersebut harus juga dinilai dari sudut pandang kepatutan. Fakta bahwa seseorang telah melakukan pelanggaran terhadap suatu kaidah hukum dapat menjadi faktor pertimbangan untuk menilai apakah perbuatan yang menimbulkan kerugian tadi sesuai atau tidak dengan kepatutan yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat.

Sejak putusan *Hoge Raad* tanggal 31 Januari 1919 dalam perkara Lindenbaum-Cohen, konsep perbuatan melawan hukum telah berkembang. Sejak itu terdapat 4 kriteria perbuatan melawan hukum:

1. Bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku;
2. Melanggar hak subyektif orang lain;
3. Melanggar kaidah tata susila;
4. Bertentangan dengan asas kepatutan, ketelitian, serta sikap hati-hati yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat atau terhadap harta orang lain.³⁵

Kriteria pertama dan kedua berhubungan dengan hukum tertulis sedangkan kriteria ketiga dan keempat berhubungan dengan hukum tidak tertulis.

Hoffman menerangkan bahwa untuk adanya suatu perbuatan melawan hukum harus dipenuhi empat unsur, yaitu:

1. *Er moet een daad zijn verricht* (harus ada yang melakukan perbuatan);
2. *Die daad moet onrechtmatig zijn* (perbuatan itu harus melawan hukum);
3. *Die daad moet aan een ander schade heb bentoege bracht* (perbuatan itu harus menimbulkan kerugian pada orang lain);

³⁵ *Ibid.*, hlm. 27

4. *De daad moet aan schuld zijn te wijten* (perbuatan itu karena kesalahan yang dapat ditimpakan kepadanya).

Sejalan dengan Hoffman, Mariam Darus Badruzaman mengatakan bahwa syarat-syarat yang harus ada untuk menentukan suatu perbuatan sebagai perbuatan melawan hukum adalah sebagai berikut:

- a. Harus ada perbuatan. Yang dimaksud dengan perbuatan ini baik yang bersifat positif maupun yang bersifat negatif, artinya setiap tingkah laku berbuat atau tidak berbuat;
- b. Perbuatan itu harus melawan hukum;
- c. Ada kerugian;
- d. Ada hubungan sebab akibat antara perbuatan melawan hukum itu dengan kerugian;
- e. Ada kesalahan;

3. Unsur-unsur Perbuatan Melawan Hukum

Berikut ini penjelasan bagi masing-masing unsur dari perbuatan melawan hukum tersebut, yaitu sebagai berikut³⁶:

- a. Adanya Suatu Perbuatan

Suatu perbuatan melawan hukum diawali oleh suatu perbuatan dari si pelakunya. Umumnya diterima anggapan bahwa dengan perbuatan di sini dimaksudkan, baik berbuat sesuatu (aktif) maupun tidak berbuat sesuatu (pasif). Oleh karena itu, terhadap perbuatan melawan hukum tidak ada unsur “persetujuan atau kata sepakat” dan tidak ada juga unsur “*causa* yang diperbolehkan” sebagaimana yang terdapat dalam kontrak”.

- b. Perbuatan Tersebut Melawan Hukum

³⁶ *Ibid.*, hlm. 10-14

Perbuatan yang dilakukan tersebut haruslah melawan hukum. Sejak tahun 1919, unsur melawan hukum ini diartikan dalam arti yang seluas-luasnya, yakni meliputi hal-hal sebagai berikut:

- a. Perbuatan yang melanggar undang-undang yang berlaku;
 - b. Yang melanggar hak orang lain yang dijamin oleh hukum si pelaku;
 - c. Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku;
 - d. Perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan (*geode zeden*);
 - e. Perbuatan yang bertentangan dengan sikap yang baik dalam bermasyarakat untuk memperhatikan kepentingan orang lain (*indruist tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van ander person of goed*)
- c. Adanya Kesalahan dari Pihak Pelaku

Agar dapat dikenakan Pasal 1365 KUHPerd. tentang Perbuatan Melawan Hukum, undang-undang dan yurisprudensi mensyaratkan agar pada pelaku haruslah mengandung unsur kesalahan (*schuldement*) dalam melaksanakan perbuatan tersebut. Dengan dicantumkan syarat kesalahan dalam Pasal 1365KUHPerd., pembuat Undang-Undang berkehendak menekankan bahwa pelaku perbuatan melawan hukum, hanyalah bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkannya apabila perbuatan tersebut dapat dipersalahkan padanya. Suatu tindakan dianggap oleh hukum mengandung unsur kesalahan sehingga dapat dimintakan tanggung jawabnya secara hukum jika memenuhi unsur-unsur sebagai berikut :

- a. Ada unsur kesengajaan;
- b. Ada unsur kelalaian (*negligence, culpa*);
- c. Tidak ada alasan pembeda atau alasan pemaaf (*rechtvaardigingsgrond*), seperti keadaan *overmacht*, membela diri, tidak waras, dan lain-lain.

Terdapat tiga aliran terhadap persyaratan unsur “kesalahan” di samping unsur “melawan hukum” dalam suatu perbuatan melawan hukum, yaitu :

- a. Aliran yang menyatakan cukup hanya unsur melawan hukum saja; Aliran ini menyatakan bahwa dengan unsur melawan hukum terutamadalam artinya yang luas, sudah inklusif unsur kesalahan di dalamnya, sehingga tidak diperlukan lagi unsur kesalahan terhadap suatu perbuatan melawan hukum. Di negeri Belanda aliran ini dianut oleh Van Oven.
- b. Aliran yang menyatakan cukup hanya unsur kesalahan saja; Aliran ini menyatakan bahwa dengan unsur kesalahan, sudah mencakup juga unsur perbuatan melawan hukum di dalamnya, sehingga tidak diperlukan lagi unsur “melawan hukum” terhadap suatu perbuatan melawan hukum. Di negeri Belanda aliran ini dianut oleh Van Goudever.
- c. Aliran yang menyatakan diperlukan baik unsur melawan hukum maupun unsur kesalahan. Aliran ini mengajarkan bahwa suatu perbuatan melawan hukum mesti mensyaratkan unsur melawan hukum dan unsur kesalahan sekaligus, karena dalam unsur melawan hukum

saja belum tentu mencakup unsur kesalahan. Di negeri Belanda aliran ini dianut oleh Meyers.

d. Adanya Kerugian Bagi Korban

Adanya kerugian (*schade*) bagi korban juga merupakan syarat agar gugatan berdasarkan Pasal 1365 KUHPerd. dapat dipergunakan. Berbeda dengan kerugian karena wanprestasi yang hanya mengenal kerugian materil, maka kerugian karena perbuatan melawan hukum di samping kerugian materil, yurisprudensi juga mengakui konsep kerugian immaterial yang juga akan dinilai dengan uang.

e. Adanya Hubungan Kausal Antara Perbuatan Dengan Kerugian

Hubungan kausal antara perbuatan yang dilakukan dengan kerugian yang terjadi juga merupakan syarat dari suatu perbuatan melawan hukum. Untuk hubungan sebab akibat ada 2 (dua) macam teori, yaitu (a) teori hubungan faktual dan (b) teori penyebab kira-kira.

a. Teori Hubungan Faktual

Hubungan sebab akibat secara factual (*causation in fact*) hanyalah merupakan masalah “fakta” atau apa yang secara factual telah terjadi.

Setiap penyebab yang mengakibatkan timbulnya kerugian dapat merupakan penyebab secara faktual, asalkan kerugian (hasilnya) tidak akan pernah terdapat tanpa penyebabnya. Dalam hukum tentang perbuatan melawan hukum, sebab akibat jenis ini sering disebut dengan hukum mengenai “*sine qua non*”. Von Buri merupakan salah

satu ahli hukum Eropa Kontinental yang sangat mendukung ajaran akibat faktual ini.

b. Teori Penyebab Kira-Kira

Teori ini bertujuan agar lebih praktis dan agar tercapainya elemen kepastian hukum dan hukum yang lebih adil, maka diciptakanlah konsep *proximate cause* atau sebab kira-kira. *Proximate cause* merupakan bagian yang paling membingungkan dan paling banyak pertentangan pendapat dalam hukum tentang perbuatan melawan hukum. Kadang-Kadang untuk penyebab jenis ini disebut juga dengan istilah *legal cause* atau dengan berbagai penyebutan lainnya.

Di dalam ilmu hukum, unsur kesalahan dianggap ada jika memenuhi salah satu di antara 3 (tiga) syarat sebagai berikut :

1. Ada unsur kesengajaan;
2. Ada unsur kelalaian (*negligence, culpa*);
3. Tidak ada alasan pembenar atau alasan pemaaf.

Kesalahan mencakup dua pengertian, yakni kesalahan dalam arti luas (terdapat kelalaian dan kesengajaan) dan kesalahan dalam arti sempit (hanya berupa kesengajaan). Apabila seseorang pada waktu melakukan perbuatan melawan hukum itu tahu betul bahwa perbuatannya akan berakibat suatu keadaan tertentu yang merugikan pihak lain maka dapat dikatakan bahwa pada umumnya seseorang tersebut dapat dipertanggung-jawabkan. Syarat untuk dapat dikatakan, bahwa seseorang itu tahu betul akan adanya akibat itu, ialah bahwa seseorang itu

tahu hal adanya keadaan-keadaan sekitar perbuatannya yang tertentu itu, yaitu keadaan-keadaan yang menyebabkan kemungkinan akibat itu akan terjadi.

Dicantumkan syarat kesalahan dalam Pasal 1365 KUHPerdada. Pembuat Undang-Undang berkehendak menekankan bahwa pelaku perbuatan melawan hukum hanyalah bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkannya apabila perbuatan tersebut dapat dipersalahkan padanya. Vollmar menyatakan bahwa pembuat Undang-Undang menerapkan istilah *schuld* (kesalahan) dalam beberapa arti yaitu :

- a. Pertanggung jawaban si pelaku atas perbuatan dan atas kerugian, yang ditimbulkan karena perbuatan tersebut;
- b. Kealpaan sebagai lawan kesengajaan;
- c. Sifat melawan hukum.

Dari segi berat ringannya, derajat kesalahan dari pelaku perbuatan melawan hukum, maka dibandingkan dengan perbuatan melawan hukum yang dilakukan dengan unsur kelalaian, maka perbuatan melawan hukum yang dilakukan dengan unsure kesengajaan derajat kesalahannya lebih tinggi. Jika seseorang yang dengan sengaja merugikan orang lain (baik untuk kepentingannya sendiri atau bukan), berarti dia telah melakukan perbuatan yang melanggar hukum tersebut dalam arti yang sangat serius ketimbang dilakukannya hanya sekedar kelalaian belaka.³⁷

1. Kesengajaan Dalam Unsur Kesalahan

³⁷ *Ibid.*, hlm. 45-46

Unsur kesengajaan dalam perbuatan melawan hukum dianggap ada apabila dengan perbuatan yang dilakukan dengan sengaja tersebut telah menimbulkan konsekuensi tertentu terhadap fisik dan/atau mental atau harta benda korban meskipun belum merupakan kesengajaan untuk melukai (fisik atau mental) dari korban tersebut. Van Bemmelen dan Van Hattum telah mengemukakan adagium “tidak hukuman tanpa kesalahan” dan Rutten telah berusaha menerapkan adagium tersebut dalam bidang perdata dengan mengemukakan tidak pertanggung jawaban gugat atas akibat-akibat daripada perbuatannya yang melawan hukum tanpa kesalahan atau sebagaimana dikemukakan oleh Meyers bahwa perbuatan melawan hukum mengharuskan adanya kesalahan (*een onrechtmatige daad verlangt schuld*).³⁸

Unsur kesengajaan dianggap eksis dalam suatu tindakan manakalah memenuhi elemen-elemen sebagai berikut³⁹:

- a. Adanya kesadaran (*state of mind*) untuk melakukan;
- b. Adanya konsekuensi dari perbuatan. Jadi, bukan hanya adanya perbuatan saja;
- c. Kesadaran untuk melakukan, bukan hanya untuk menimbulkan konsekuensi, melainkan juga adanya kepercayaan bahwa dengan tindakan tersebut “pasti” dapat menimbulkan konsekuensi tersebut.

Suatu perbuatan dilakukan dengan sengaja jika terdapat maksud (*intent*) dari pihak pelakunya. Dalam hubungan dengan akibat yang ditimbulkan oleh

³⁸ Moegni Djojodirjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982, hlm. 68

³⁹ Munir Fuady, *op.cit.*, hlm. 47

adanya tindakan kesengajaan tersebut, “rasa keadilan” memintakan agar hukum lebih memihak kepada korban dari tindakan tersebut, sehingga dalam hal ini hukum lebih menerima pendekatan yang “objektif”. Artinya, hukum lebih melihat kepada akibat dari tindakan tersebut kepada para korban, daripada melihat apa maksud yang sesungguhnya dari si pelaku, meskipun masih dengan tetap mensyaratkan adanya unsur kesengajaan tersebut. Semakin berkembangnya peradaban manusia dan dengan semakin baik dan pastinya penegakan hukum terhadap perbuatan melawan hukum, maka fakta sekarang menunjukkan bahwa kuantitas dari kasus-kasus perbuatan melawan hukum dalam bentuk kesengajaan semakin berkurang dan sebaliknya kuantitas perbuatan melawan hukum dalam bentuk kelalaian semakin bertambah banyak, seiring dengan semakin bertambah banyaknya kasus tentang tanggung jawab tanpa kesalahan (*strict liability*).⁴⁰

Dalam masalah perlindungan lingkungan hidup, berdasarkan perkembangan yurisprudensi di Nederland tampak adanya pergeseran dari pertanggungjawaban atas dasar kesalahan (*schuldaansprakelijkheid*) ke arah pertanggung jawaban atas dasar risiko (*risicoaansprakelijkheid*)⁴¹. Akan tetapi, di kalangan teoritis di Nederland, masih belum terdapat kesatuan pendapat terutama perbedaan pendapat. Prof. Mr. J. M. Van Dunne berpendapat bahwa pertanggung jawaban atas perbuatan melawan hukum dalam masalah lingkungan hidup berdasarkan hasil penelitiannya terhadap beberapa *arrest* penting, menunjukkan tendensi yang bergerak ke arah *risicoaanspraakelijkheid*⁸⁶, setidaknya bersifat *pseudorisico aanspraakelijkheid*. Sebaliknya, Prof. Mr. J. B. M. Vranken

⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 46-48

⁴¹ Paulus Effendi Lotulung, *Penegakan Hukum Lingkungan oleh Hakim Perdata*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 30

tidak sependapat sama sekali dengan Van Dunne dengan mengatakan bahwa menurut hukum yang berlaku sekarang, yang lalu, maupun yang akan datang adalah tetap didasarkan pada adanya kesalahan (*schuldaansprakelijkheid*), sebab Nederland tidak mengenal adanya pertanggung jawaban secara umum (*algemene aansprakelijkheid*) untuk hal-hal yang berkaitan dengan kegiatan yang dapat menciptakan keadaan berbahaya.

Apabila diterapkan sistem *risico aansprakelijkheid* maka otomatis si pelaku pencemaran bertanggung jawab sekalipun tidak ada kesalahan padanya, dan tidak perlu dibuktikan adanya kesalahan. Di sini kita dihadapkan pada ajaran tentang *strict liability*, di mana pertanggung jawaban ada pada si pelaku pencemaran secara mutlak, terlepas dari fakta apakah terdapat kesalahan atau tidak pada pihaknya. Tidak ada persyaratan tentang perlu adanya kesalahan merupakan cirri utama *strict liability*. Dengan berkembangnya industry yang makin menghasilkan risiko yang bertambah besar dan makin rumitnya hubungan sebab akibat maka teori hukum telah meninggalkan konsep kesalahan dan berpaling ke konsep risiko⁴². Pasal 1365 KUHPperdata. mengandung prinsip "*liability based on fault*" dengan beban pembuktian pada penderitanya. Hal tersebut sejalan dengan Pasal 1865 KUHPperdata. Sampai saat ini *strict liability* dalam Pasal 1365 KUHPperdata. Masih *schuldaansprakelijkheid* dan hanya diterapkan secara khusus dalam pasal-pasal tertentu, antara lain Pasal 1367 KUHPperdata. yang mengatur mengenai tanggung jawab terhadap perbuatan melawan hukum yang dilakukan orang lain, misalnya tanggung jawab orang tua/wali terhadap

⁴² *Ibid.*, hlm. 30

anak-anaknya yang belum dewasa, majikan terhadap bawahan mereka, guru dan kepala tukang bertanggung jawab terhadap murid-murid dan tukang-tukang mereka.

2. Kelalaian Dalam Unsur Kesalahan

Dalam sejarah hukum, mula-mulanya kelalaian tidak diterima sebagai suatu bidang perbuatan melawan hukum yang berdiri sendiri. Di negara-negara Eropa Kontinental barulah setelah kasus *Lindenbaum vs. Cohen*, perbuatan kelalaian (ketidakhati-hatian) yang berupa pelanggaran terhadap kebiasaan dan kepatutan dalam masyarakat, diterima sebagai suatu bagian dari perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*). Namun demikian di negara-negara *Common Law*, pengakuan perbuatan kelalaian sebagai bidang yang mandiri dari perbuatan melawan hukum telah diterima sejak awal abad ke-19. Pada tahap-tahap awal perkembangannya, perbuatan kelalaian diterima dalam kasus-kasus kelalaian dari orang yang menjalankan kepentingan publik, seperti dokter dan pengangkut manusia. Perkembangan pengakuan terhadap perbuatan di awal abad ke-19 tersebut mempunyai hubungan sebab-akibat dengan perkembangan revolusi industri saat itu. Sebab, banyak juga kasus kelalaian diterapkan terhadap kasus-kasus kelalaian pelaku industri yang menyebabkan kerugian bagi masyarakat.

Bahkan sampai dengan abad ke-19, setiap orang yang menyebabkan kerugian kepada orang lain (sengaja atau tidak) harus mengganti kerugian tanpa melihat apakah orang tersebut bersalah atau tidak, karena konsep kelalaian belum berkembang. Akan tetapi, mulai pada abad ke-19, orang mulai berpikir bahwa tidak ada alasan yang wajar untuk memindahkan beban tanggung jawab dari

korban kepada pelaku. selama pelaku tidak dalam keadaan bersalah. Oleh karena itu, mulailah dikembangkan konsep kelalaian dalam hukum tentang perbuatan melawan hukum.⁴³

Perbuatan melawan hukum dengan unsur kelalaian berbeda dengan perbuatan melawan hukum dengan unsur kesengajaan. Dengan kesengajaan, ada niat dalam hati dari pihak pelaku untuk menimbulkan kerugian tertentu bagi korban, atau paling tidak dapat mengetahui secara pasti bahwa akibat dari perbuatannya tersebut akan terjadi. Akan tetapi, dalam kelalaian tidak ada niat dalam hati dari pihak pelaku untuk menimbulkan kerugian, bahkan mungkin ada keinginannya untuk mencegah terjadinya kerugian tersebut. Dengan demikian, dalam perbuatan melawan hukum dengan unsur kesengajaan, niat atau sikap mental menjadi faktor dominan, tetapi pada kelalaian, yang dipentingkan ialah sikap lahiriah dan perbuatan yang dilakukan tanpa terlalu mempertimbangkan apa yang ada dalam pikirannya⁴⁴.

Dalam ilmu hukum diajarkan bahwa agar suatu perbuatan dapat dianggap sebagai kelalaian, haruslah memenuhi unsur pokok sebagai berikut:

- a. Adanya suatu perbuatan atau mengabaikan sesuatu yang mestinya dilakukan;
- b. Adanya suatu kewajiban kehati-hatian (*duty of care*);
- c. Tidak dijalankan kewajiban kehati-hatian tersebut;
- d. Adanya kerugian bagi orang lain;

⁴³ Munir Fuady, *op.cit.*, hlm. 72

⁴⁴ *Ibid.*, hlm. 73

- e. Adanya hubungan sebab akibat antara perbuatan atau tidak melakukan perbuatan dengan kerugian yang timbul.

Persyaratan (unsur) pokok terhadap kelalaian tersebut sejalan dengan persyaratan yang diberikan oleh Pasal 1365 KUHPerdara. Pada umumnya tingkatan kelalaian tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Kelalaian ringan (*slight negligence*);
- b. Kelalaian biasa (*ordinary negligence*);
- c. Kelalaian berat (*gross negligence*);

Mengenai kelalaian yang berat, terdapat pembedaan sebagai berikut:

- 1) Beratnya tingkat kehati-hatian;

Bagi sekelompok orang tertentu (seperti pengangkut public, penjaga alat-alat berbahaya, dan pelaku kegiatan yang riskan) diperlukan tingkat kepedulian atau kehati-hatian yang lebih tinggi (*high degree of care*), sehingga bisa saja bagi orang kebanyakan merupakan kelalaian ringan tetapi bagi kelompok super hati-hati ini untuk perbuatan yang sama sudah merupakan suatu kelalaian berat.

- 2) Beratnya tingkat kelalaian;

- 3) Perbuatan kecerobohan.

Perbuatan kecerobohan (*willful and wanton misconduct*) merupakan tingkat kelalaian yang lebih tinggi derajatnya bahkan lebih tinggi dari kelalaian berat sekalipun. Bahkan, untuk perbuatan kecerobohan ini sering disebut dengan “kuasi kesengajaan”. Perbuatan kecerobohan memang sangat berat unsur kelalaiannya, bahkan tempatnya

sebenarnya sudah berada di tengah antara perbuatan kesengajaan dengan perbuatan kelalaian.

3. Penilaian Ganti Rugi Karena Perbuatan Melawan Hukum⁴⁵

Hukum yang mengatur mengenai ganti rugi perdata sudah lama dikenal dalam sejarah hukum. Hal ini dapat dilihat di zaman Romawi dalam Lex Aquilia pada *chapter* pertamanya. Pasal 1365 KUHPperdata. menentukan kewajiban pelaku perbuatan melawan hukum untuk membayar ganti rugi namun tidak ada pengaturan lebih lanjut mengenai ganti kerugian tersebut. Dalam hukum perdata dapat dipersoalkan apakah ada perbedaan pengertian antara (1) kerugian sebagai akibat suatu perbuatan melawan hukum di satu pihak; dan (2) kerugian sebagai akibat tidak terlaksananya suatu perjanjian di lain pihak. Oleh karena itu, Pasal 1365 KUHPperdata. menamakan kerugian akibat perbuatan melawan hukum sebagai “*schade*” (rugi) saja, sedangkan kerugian akibat wanprestasi oleh Pasal 1246 KUHPperdata. dinamakan “*kosten, scaden, en interesten*” (biaya, kerugian, dan bunga).

Dalam Undang-Undang tidak diatur tentang ganti kerugian yang harus dibayar karena perbuatan melawan hukum, sedang Pasal 1243 KUHPperdata. memuat ketentuan tentang ganti kerugian yang harus dibayar karena wanprestasi. Untuk penentuan ganti kerugian karena perbuatan melawan hukum dapat diterapkan ketentuan-ketentuan yang sama dengan ketentuan tentang ganti kerugian karena wanprestasi. Pitlo menegaskan bahwa biasanya dalam menentukan besarnya kerugian karena perbuatan melawan hukum tidak

⁴⁵ Moegni Djojodirjo, *op.cit*, hlm. 51-66

diterapkan ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1243 KUHPerdata., melainkan paling tinggi ketentuan dalam Pasal 1243 KUHPerdata. secara analogis. Sehubungan dengan hal tersebut ketentuan dalam Pasal 1247 dan 1250 KUHPerdata. tidak dapat diterapkan untuk perbuatan melawan hukum karena:

- a. Pasal 1247 KUHPerdata. mengenai “perbuatan perikatan” yang berarti bahwa perikatan tersebut dilahirkan dari persetujuan, sedang perbuatan melawan hukum tidaklah merupakan perikatan yang lahir dari persetujuan;
- b. Pasal 1250 KUHPerdata. membebankan pembayaran bunga atas penggantian biaya, rugi, dan bunga dalam hal terjadi kelambatan pembayaran sejumlah uang, sedang yang dialami karena perbuatan melawan hukum bukan disebabkan karena tidak dilakukannya pembayaran uang tepat pada waktunya.

Beberapa penulis merumuskan *schade* sebagai “penyusutan dari pemuas kebutuhan”. Kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatan melawan hukum dapat berupa kerugian kekayaan (*vermogensschade*) atau kerugian yang bersifat idiil. Kerugian selalu memperkirakan kerugian atas kekayaan yang berupa kerugian uang. Hakim berwenang untuk menentukan berapa sepantasnya harus dibayar ganti kerugian, sekalipun penggugat menuntut ganti kerugian dalam jumlah yang tidak pantas. Tiap perbuatan melawan hukum tidak hanya mengakibatkan kerugian uang saja, tapi juga dapat menyebabkan kerugian moril atau idiil, yakni ketakutan, terkejut, sakit, dan kehilangan kesenangan hidup. Mengenai penggantian kerugian idiil, *Hoge Raad* dalam keputusan tanggal 21 Maret 1943

dalam kasus W.P. Kreuningen vs. Van Bessum cs. belumlah memutuskan bahwa pelaku perbuatan melawan hukum pada umumnya berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdara. diwajibkan mengganti kerugian idiil. Maka konsekuensi dari *arrest* tersebut menurut Rutten ialah bahwa dalam menerapkan Pasal 1365 KUHPerdara. juga dapat dituntut penggantian kerugian idiil dengan catatan akan diperhitungkan *ex aequo et bono* (menurut kelayakan dan kewajaran).

Menurut ketentuan Pasal 1246 KUHPerdara. kerugian yang disebabkan karena tidak dipenuhinya perikatan pada umumnya harus diganti dengan kerugian yang dialami oleh penderita dan juga dengan keuntungan yang sekiranya dapat diharapkannya (*gederfdewinst*). Maka itu dianut pendapat bahwa pelaku perbuatan melawan hukum harus mengganti kerugian yang ditimbulkannya, maupun keuntungan yang dapat diharapkan diterima. Mengenai penggantian atas keuntungan yang sekiranya dapat diharapkan diterimanya tidaklah semudah diperkirakan untuk menetapkan besarnya jumlah ganti kerugian tersebut. Besarnya ganti kerugian ditetapkan dengan penafsiran di mana diusahakan agar si penderita sebanyak mungkin dikembalikan pada keadaan sebelum terjadinya perbuatan melawan hukum.

4. Hubungan Kausal Antara Perbuatan dan Kerugian⁴⁶

Ajaran kausalitas juga penting dalam hukum perdata guna meneliti adakah hubungan kausal antara perbuatan melawan hukum dan kerugian yang ditimbulkan, sehingga si pelaku dapat dipertanggungjawabkan. Teori yang terkenal ialah *teori conditio sine qua non* dari Von Buri. Teori ini melihat bahwa

⁴⁶ *Ibid.*, hlm. 66-69

tiap-tiap masalah yang merupakan syarat untuk timbulnya suatu akibat adalah menjadi sebab dari akibat. Ilustrasinya sebagai berikut: A memukul B sehingga mendapat luka ringan pada kulitnya yang tidak akan mengakibatkan matinya B. Akan tetapi B membutuhkan pertolongan dokter kemudian B berjalan kaki menuju rumah dokter. Ditengah perjalanan B ditabrak mobil C yang menimbulkan luka berat yang menyebabkan B mati seketika. Menurut ajaran Von Buri maka perbuatan A memukul B yang menimbulkan luka ringan harus dianggap sebagai syarat matinya B setelah menderita luka berat karena ditabrak mobil C tersebut. Oleh karena terlalu luas ajaran Von Buri maka ajaran tersebut tidak digunakan dalam hukum pidana maupun dalam hukum perdata. Kemudian muncul teori *adequate (adequate veroorzaking)* dari Von Kries.

Teori ini mengajarkan bahwa perbuatan yang harus dianggap sebagai sebab dari akibat yang timbul adalah perbuatan yang seimbang dengan akibat. Adapun dasarnya untuk menentukan perbuatan yang seimbang adalah perhitungan yang layak. Kekuatan teori ini ialah bahwa teori ini dapat dipandang dari dua sisi baik secara kenyataan maupun secara normatif. Khususnya setelah perang dunia, peradilan berkembang menurut cara terakhir di mana pengertian “menurut apa yang layak” sangat bermanfaat. Yang berlaku di sini ialah semua dapat diduga apabila ini sesuai dengan kebijaksanaan hakim. Dalam teori Scholten juga digunakan kriteria “kemungkinan yang terbesar” yang kemudian dilanjutkan oleh Van Schellen. *Hoge Raad* dalam berbagai *arrest* mulai tahun 1927 berpendapat bahwa soal kausalitas harus diselesaikan dengan berpegangan pada ajaran *adequate veroorzaking*.

Pada tahun 1960-an timbul kekurangan terhadap kriteria teori *adequate* yang dikemukakan oleh Koster dalam pidato pengukuhannya. Ia menyarankan untuk menghapus teori *adequate* dan memasukkan sistem *Toerekening naar redelijkheid*/ TNR “dapat dipertanggungjawabkan secara layak”. Faktor-faktor penting yang disebut dalam pidatonya:

- a. Sifat kejadian yang menjadi dasar tanggung jawab;
- b. Sifat kerugian;
- c. Tingkat kemungkinan timbulnya kerugian yang dapat diduga;
- d. Beban yang seimbang bagi pihak yang dibebani kewajiban untuk membayar ganti kerugian dengan memperhatikan kedudukan finansial pihak yang dirugikan.

Teori TNR dapat dilihat dalam *arrest Hoge Raad* tanggal 20 Maret 1970. Untuk menentukan hubungan kausal antara perbuatan dan kerugian terdapat perkembangan teori dari *condition sine qua non*, kemudian teori *adequate* dan yang terakhir ajaran TNR.

C. Tinjauan Umum Tentang Hak Tanggungan

Dalam suatu gugatan di pengadilan, agar gugatan terpelihara dari kehampaan (*illusoir*) pada saat putusan pengadilan nantinya mempunyai kekuatan hukum yang tetap, dan dilaksanakannya keputusan tersebut, maka Undang-undang menyediakan suatu upaya hukum yang disebut sita (*beslag*). Sebelum penulis mengemukakan pengertian sita marital dan dasar hukumnya di pengadilan, terlebih dahulu penulis akan mengemukakan pengertian sita pada umumnya.

Sudikno Mertokusumo, menyatakan penyitaan merupakan tindakan persiapan untuk menjamin dapat dilaksanakan putusan perdata, barang yang disita diserahkan untuk kepentingan pengugat, ini berarti bahwa barang tersebut disimpan untuk menjamin dan tidak boleh atau dijual oleh tergugat.⁴⁷

Bertitik tolak dari pengertian di atas, maka jelaslah bahwa sita itu pada dasarnya untuk menjamin sesuatu hak atas barang agar jangan dialihkan, dihilangkan atau rusak sehingga merugikan pihak pemohon sita, dengan demikian gugatannya tidak hampa apabila pihak pemohon sita/ Pengugat menang dalam perkara tersebut.

Dilihat dari jenis sita tersebut, terdapat di dalamnya sita marital (*maritale beslag*). Jadi sita marital merupakan salah satu bagian dari jenis-jenis sita yang ada di pengadilan.

Dalam kamus Besar Bahasa Indonesia, yang disusun oleh tim penyusun kamus Pusat Pembinaan dan pengembangan Bahasa ditemukan pengertian sita marital dalam pengertian yang terpisah. Sita menurut kamus tersebut adalah perihal mengambil dan menahan barang-barang menurut keputusan pengadilan oleh alat Negara (polisi dan sebagainya).⁴⁸ Sedangkan marital diartikan sebagai suatu yang berhubungan dengan perkawinan atau hubungan dengan suami dan peranannya dalam perkawinan.⁴⁹

Dari pengertian sita marital dalam kamus Besar Bahasa Indonesia di atas, maka dapat dikemukakan disini adalah bahwa sita marital merupakan suatu

⁴⁷ Sudikno Mertokusumo, *op.cit*, hlm. 63

⁴⁸ Tim Penyusun Kamus Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1996, hlm. 31

⁴⁹ *Ibid.* hlm. 33

penyitaan terhadap harta benda (barang-barang) dalam perkawinan oleh pengadilan atas dasar atau alasan demi terjaminnya suatu kepastian hukum.

Menurut Retno Wulan Sutantio dalam suatu kutipan dari mimbar hukum Nomor 31 edisi Maret-April 1997 dinyatakan suatu pengertian dari sita marital, bahwa sita marital (*maritale beslag*) berasal dari kata “mari” yang berarti “suami” yaitu : “Segala sesuatu yang berhubungan dengan kedudukan seorang suami dalam hubungan keluarga. *Maritale Beslag* di mohonkan oleh suami atau istri yang mengajukan gugat dan mohon barang-barang milik bersama diletakkan semacam *Conservatoir Beslag*, misalnya dalam perkara perceraian, atau dalam hal salah satu pihak adalah sangat boros dimohonkan pembagian harta keluarga”.⁵⁰

Maritale beslag ini merupakan salah satu bentuk sita jaminan yang bersifat khusus, karena hanya terjadi pada harta bersama bila terjadi perceraian antara suami istri atau dalam hal salah satu pihak adalah boros dimohonkan pembagian harta bersama.

Sita marital ini tidak terdapat dalam HIR atau RBg melainkan hanya dijumpai di dalam BW (*Burgelijke Wetboek*) dan RV (*Reglement op de Brungelijke Rechtsvordering*), tetapi ia terpakai dilingkungan peradilan umum sekarang.⁵¹ Dalam pasal 190 BW dan 823 Rv terdapat suatu pengertian tentang sita marital ini yaitu (istri yang tunduk kepada perdata BW) boleh mengajukan permohonan ke pengadilan agar selama masa sengketa perceraian yang sekaligus perbagian harta bersama di muka pengadilan, agar si suami tidak memindahkan atau mentrasfer harta kekayaan milik bersama tersebut. sita marital ini dimohonkan oleh istri

⁵⁰ Jurnal Hukum No. 31Maret-April, Yayasan Al-Hikmah, Jakarta, 2007, hlm. 97

⁵¹ Roihan A. Rasyid, *Hukum Acara Peradilan Agama*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1995, hlm. 210

karena menurut BW si istri tidak mungkin menjual harta bersama sebab ia tidak mampu untuk bertindak hukum kecuali atas bantuan suaminya, sehingga yang mampu menjual atau mentrasfer hanyalah suami. Karena istri yang mengajukan maka tersebut sita marital dan ini berasal mulanya ialah hak istri yang tunduk kepada hukum perdata BW.⁵²

Menurut Sudikno Mertokusumo, sita marital ini lebih tepat sita marimonial, lantaran di Negeri Belanda sendiri kenyataannya bukan hanya istri yang berhak mengajukan sita marital tetapi juga suami.⁵³

Hal ini sesuai dengan kondisi Pengadilan Agama dengan alasan:

1. Menurut Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan suami maupun istri sama-sama cakap bertindak hukum.
2. Menurut Undang-undang tersebut, segala harta benda yang didapat dalam perkawinan dianggap harta bersama kecuali ada ketentuan lain
3. Adalah suatu kenyataan tidak sedikit harta benda yang di dapat oleh suami dalam masa perkawinan yang diatas namakan istrinya, baik untuk pengamanan maupun karena sebab-sebab lainnya, jika berhak mengajukan hanya istri tentulah dirasakan kepincangan atau ketidak-adilan.⁵⁴

Jadi dalam pengajuan permohonan sita marital ke pengadilan adalah hak dari masing-masing pihak baik itu suami maupun istri. Dalam kata lain meletakkan sita marital tidak saja terhadap bagian harta yang berada ditangan tergugat, tetapi juga terhadap bagian harta yang berada di tangan pengugat sendiri.

Di lingkungan Pengadilan Agama ketentuan tentang sita marital ini mengacu pada pasal 78 Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 dan juga terdapat pada pasal 86 Undang-undang nomor 7 tahun 1989.

⁵² *Ibid*, hlm. 211

⁵³ Sudikno Mertokusumo, *op.cit*, hlm. 65

⁵⁴ Roihan A. Rasyid, *op.cit*, hlm. 211.

Padal pasal 78 dinyatakan bahwa :

- a. Menentukan nafkah yang ditanggung oleh suami
- b. Menentukan hal-hal yang diperlukan untuk menjamin pemeliharaan dan pendidikan anak.
- c. Menentukan hal-hal yang perlu untuk menjamin terpeliharanya barang-barang yang menjadi hak bersama suami istri barang-barang yang menjadi hak suami atau barang-barang yang menjadi hak istri.⁵⁵

Dari ketentuan pasal 78 Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 di atas pada sub c, pasal tersebut mempunyai kesamaan bunyi dengan pasal 24 ayat (2) PP No. 9 tahun 1975 dan pasal 136 ayat huruf (b) kompilasi Hukum Islam.

Pada pasal 86 Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 dinyatakan bahwa :

1. Gugatan soal penguasaan anak, nafkah anak, nafkah istri dan harta bersama suami istri dapat diajukan bersama-sama dengan gugatan perceraian ataupun sesudah putusan perceraian memperoleh kekuatan hukum.
2. Jika ada tuntutan pihak ketiga, maka pengadilan menunda terlebih dahulu perkara harta bersama tersebut sampai ada putusan pengadilan dalam lingkungan peradilan umum yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap tentang hal ini.⁵⁶

Dalam penjelasan Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 Pasal 86 ayat (1) dalam mengajukan gugatan soal penguasaan anak, nafkah istri serta harta bersama yang diajukan dalam gugatan perceraian adalah bertujuan untuk menghematkan biaya, maka dapat diajukan sekaligus.

Ketentuan dari pasal 78 Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 di atas, isinya berupa isyarat yang menunjukkan adanya hak bagi suami atau istri untuk mengajukan adanya hak bagi suami atau istri untuk mengajukan penyitaan terhadap harta bersama selama proses pemeriksaan perkara perceraian berlangsung.

⁵⁵ Pasal 78 Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama

⁵⁶ Pasal 86 Undang-Undang Nomor 07 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama

Tujuan dari sita marital menurut pasal tersebut adalah berupa tindakan sementara, yakni selama proses pemeriksaan perkara berlangsung, ditetapkan terlebih dahulu suatu kepastian yang menjamin pembayaran nafkah istri, biaya pemeliharaan dan pendidikan anak-anak, dan harta bersama. Maksudnya adalah, jika tidak ditetapkan terlalu ketepatan jaminan nafkah istri, pemeliharaan dan pendidikan anak-anak serta harta bersama tersebut selama proses pemeriksaan perkara perceraian berlangsung, terkadang prosesnya bisa memakan waktu yang lama, bahkan bertahun-tahun, mulai dari pengadilan tingkat pertama, tingkat banding, bahkan bisa pada tingkat kasasi. Kemungkinan besar suami tidak bersedia memberikan atau mengeluarkan nafkah istri serta biaya pemeliharaan dan pendidikan anak atau adanya izin dari salah satu pihak. Maka keberadaan penetapan Undang-undang ini adalah tindakan pengamanan terhadap nafkah istri serta pendidikan anak-anak, juga keadaan sita marital dilakukan tidak lain adalah tindakan pengamanan untuk terjamin keutuhan terhadap harta bersama suami istri. Terjadinya keutuhan harta bersama yang dimaksud oleh sita marital ini bersifat menyuruh. Artinya meliputi seluruh harta bersama, baik yang berada pada suami maupun yang berada pada istri, dan tidak boleh bersifat *partiale* (sebagian-sebagian), misalnya hanya terhadap harta bersama yang berada pada suami atau pada istri.⁵⁷

1. Objek Sita Marital

Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, dalam perkawinan terdapat bermacam-macam harta benda, setidaknya terdapat atau terbagi dalam dua

⁵⁷ M. Yahya Harahap, *Permasalahan dan Penerapan Sita Jaminan Conservatoir Beslag*, Cetakan kedua, Pustaka, Jakarta, 1990, hlm. 15

ketegori harta, yakni harta bersama dan harta bawaan. Harta benda yang bawaan dari masing-masing suami istri dan harta benda yang memperoleh masing-masing suami istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

Sita marital adalah sita terhadap semua harta benda bersama dalam perkawinan. Tujuannya agar semua harta tersebut terjamin pemeliharaan dan keutuhannya sampai putusan perceraian memperoleh kekuatan hukum dalam kasus tetap. Terjaminnya keutuhan dan pemeliharaan harta bersama dalam kasus sita marital harus diartikan meliputi seluruh harta bersama tidak boleh hanya diartikan untuk sebagian saja. Jadi sita marital tidak hanya diletakkan atas harta bersama yang ada di tengah tergugat saja, tetapi sekaligus meliputi harta bersama yang ada di tengah penggugat. Sita marital tidak *partiale* (sebahagian-sebahagian) tetapi utuh dan menyuruh.

Dari uraian di atas dapat diambil acuan sebagai berikut:

- Sita marital meliputi harta bersama baik yang berada di tengah istri (penggugat) maupun yang berda di tangan suami (tergugat).
- Fungsi sita marital, mempertahankan keutuhan harta bersama selama berlangsungnya proses perkara perceraian.
- Tujuan sita marital, menyelamatkan keutuhan harta bersama dari kelicikan dan itikad buruk salah satu pihak sampai putusan perkara perceraian memperoleh kekuatan hukum tetap.⁵⁸

Sita marital tidak meliputi harta pribadi suami istri sepanjang harta pribadi tersebut tidak dikuasai oleh suami, dalam hal ini istri dapat meminta agar sita marital meliputi harta pribadinya yang berada di bawah kekuasaan suaminya.

⁵⁸ *Ibid.*, hlm. 291

Penjelasan di atas merupakan ciri yang membedakan sita marital dari ketentuan umum *Conservatoir Beslag* (CB). Secara murni CB hanya ditetapkan kepada tergugat. Lain halnya dengan sita marital, harta bersama yang ada ditengah penggugat kalau dan jatuh di bawah sita. Hal ini disebabkan harta yang hendak di sita marital adalah milik bersama suami istri. Dalam persoalan ini, yang mungkin membutuhkan penyelesaian secara intensif adalah bahwa untuk membuktikan sesuatu barang termasuk harta bersama adalah sangat rumit.⁵⁹

Tentu masing-masing pihak mengakui bahwa harta yang ada merupakan harta pribadinya. Karenanyalah sebelumnya terhadap harta bersama dimaksud menjaga hal-hal yang tidak diinginkan. Karenanya perlu diketahui secara jelasn bagaimana penyelesaian kasus harta bersama, jika ternyata pengajuan sita ditolak karena tidak terdapat bukti-bukti yang menguatkan harta bersama yang perlu diletakkan sita marital di atasnya.

Sebahagian hakim di Pengadilan Umum ataupun Pengadilan Agama sebelum lahirnya Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 selalu menggunakan proses pendekatan formalistik belaka dalam penyelesaian kasus harta bersama ini sehingga proses gugatan harta bersama baru akan dilaksanakan setelah gugatan perceraian selesai dan mendapatkan kekuatan hukum yang tetap. Ini menjadikan proses mengajukan sita atau permohonan sita marital sering tidak efektif, karena bisa jadi penyelesaian gugatan harta bersama. Sementara harta bersama oleh suami telah habis, selalu apa yang akan dituntut oleh istri pada pengajuan gugatan harta bersama nantinya. Disinilah permohonan sita marital mengalami kendala,

⁵⁹ *Ibid.*, hlm. 292

kecuali jika gugatan harta bersama dan juga gugatan perceraian digabungkan dengan kedudukannya sebagai gugatan *accessoir* terhadap gugatan perceraian.⁶⁰

Adakalahnya harta bersama seluruhnya atau sebahagian besar dikuasai oleh istri pada saat istri mengajukan gugatan perceraian. Oleh karena semua harta bersama dikuasai istri, sengaja dia tidak menggabungkan gugatan cerai dengan gugatan harta bersama, agar lebih leluasa menguasai, mengusahakan dan menikmati harta bersama tersebut. Untuk mengatasi kelicikan istri yang semacam itu, sudah terbuka jalan bagi suami (Tergugat) untuk mengajukan gugatan rekonsensi atas harta bersama. Maka dengan demikian suami istri dalam perceraian diikatnya dengan masalah harta bersama, sama-sama diberi upaya hukum yang adil dan berimbang.

Dalam hal bersama yang kebetulan semua atau sebahagian harta dikuasai suami, istri dapat menggabungkannya sekaligus bersama dengan gugatan perceraian. Sebaliknya menghadapi gugatan perceraian yang diajukan istri yang tidak mau menggabungkannya dengan gugatan harta bersama oleh karena sebahagian harta dikuasai oleh istri tersebut, suami dapat mengatasinya melalui gugatan rekonsensi. Untuk menyelamatkan harta yang sedang diperkarakan itulah hakim dapat menetapkan atau meletakkan penetapan sita marital atas permohonan pihak-pihak atau suami istri yang berpekar.

2. Prosedur dan syarat permohonan sita marital

Sebelum penulis membahas prosedur penyitaan, maka sebaiknya kita lihat dahulu mengenai syarat-syarat penyitaan yaitu :

⁶⁰ Roihan A. Rasyid, *op.cit*, hlm. 135

1. Adanya sengketa hak Pengugat dengan tergugat.
2. Adanya hak-hak yang akan disita dan diminta untuk disita.
3. Barang-barang hak tersita yang berada dalam pemegang pihak ketiga.⁶¹

Dalam masalah sita marital, karena merupakan juga salah satu dari sita jaminan (khusus untuk harta bersama) maka segala sesuatu aturan sita jaminan berlakunya sepenuhnya terhadap sita marital.

Setelah memenuhi syarat-syarat penulis sebutkan di atas maka kita dapat melakukan penyitaan dengan melalui prosedur sebagai berikut ⁶²:

- a. Adanya permintaan untuk melakukan penyitaan atas barang-barang tertentu oleh pihak yang berpekara.
- b. Adanya surat penetapan penyitaan oleh ketua Pengadilan Agama atau ketua Majelis Hakim.
- c. Penyitaan dilakukan oleh Panitera/Jurusan dengan disertai oleh 2 (dua) orang saksi.
- d. Penyitaan dilaksanakan langsung ditempat objek yang disita.
- e. Dibuat berita acara penyitaan dan dimintanya tanda tangan pihak tersita.
- f. Sehelai salinan berita acara penyitaan diserahkan pada tersita dan penguasa tempat objek yang disita supaya diumumkan seluas-luasnya ditempatkan tersebut menurut yang lazim untuk diketahui oleh umum.

⁶¹ Sudikno Mertokusumo, *op.cit*, hlm. 59

⁶² M. Yahya Harahap, *op.cit*, hlm. 51