

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

2.1. Teori Kepastian Hukum

2.1.1. Pengertian Kepastian Hukum

Kepastian hukum merupakan asas yang menyatakan bahwa hukum harus jelas bagi subjek-subjeknya supaya mereka bisa menyesuaikan perbuatan mereka dengan aturan yang ada serta agar negara tidak sewenang wenang dalam menjalankan kekuasaan.²¹ Kepastian hukum ini adalah asas yang dapat ditemui dalam sistem hukum sipil maupun sistem hukum umum.²² Kini asas kepastian hukum dianggap sebagai salah satu elemen utama dalam konsep *rule of law* atau negara hukum.²³

Secara normatif, kepastian hukum dapat diartikan sebagai sebuah peraturan perundang-undangan yang dibuat serta diundangkan dengan pasti.²⁴ Hal ini dikarenakan kepastian hukum dapat mengatur dengan jelas serta logis sehingga tidak akan menimbulkan keraguan apabila ada multitafsir. Sehingga tidak akan berbenturan serta tidak menimbulkan konflik dalam norma yang ada di masyarakat. Kepastian hukum juga dapat disimpulkan sebagai kepastian aturan hukum serta bukan kepastian tindakan terhadap tindakan yang sesuai dengan aturan hukum.²⁵

definisi tentang kepastian hukum menurut Gustav Radbruch, ada empat hal mendasar yang memiliki hubungan erat dengan makna dari kepastian hukum itu sendiri, yaitu sebagai berikut:²⁶

²¹ Mark Fenwick dan Stefan Wrba, (ed.), *The Shifting Meaning of Legal Certainty* (Singapore: Springer, 2016), hlm. 6.

²² James R. Maxeiner, "Some Realism about Legal Certainty in Globalization of the Rule of Law," *Houston Journal of International Law* 31, no. 1, (2008): hlm. 36.

²³ Erik Claes, Wouter Devroe, dan Bert Keirsbllick, *Facing the Limits of the Law* (Singapore: Springer, 2009), hlm. 92–93.

²⁴ Zainal Asikin, *Mengenal Filsafat Hukum* (Bandung: Pustaka Reka Cipta, 2014), hlm. 46-47.

²⁵ Widodo Dwi Putro, *Filsafat Hukum: Pergulatan Filsafat Barat, Filsafat Timur, Filsafat Islam, Pemikiran Hukum Indonesia Hingga Metajuridika di Metaverse*, Edisi Ke-2 (Jakarta: Kencana, 2024), hlm. 180.

²⁶ Utrecht dalam Edwin Buitelaar dan Niels Sorel, "Between the Rule of Law and the Quest for Control: Legal Certainty in the Dutch Planning System," *Land Use policy* 27, no. 3, (2010): 983-989.

- 1) Hukum merupakan hal positif yang memiliki arti bahwa hukum positif ialah perundang-undangan.
- 2) Hukum didasarkan pada sebuah fakta, artinya hukum itu dibuat berdasarkan pada kenyataan.
- 3) Fakta yang termaktub atau tercantum dalam hukum harus dirumuskan dengan cara yang jelas, sehingga akan menghindari kekeliruan dalam hal pemaknaan atau penafsiran serta dapat mudah dilaksanakan.
- 4) Hukum yang positif tidak boleh mudah diubah.

Pendapat Gustav Radbruch mengenai kepastian hukum tersebut, didasarkan pada pandangannya mengenai kepastian hukum yang berarti adalah kepastian hukum itu sendiri. Gustav Radbruch mengemukakan, bahwa kepastian hukum adalah salah satu produk dari hukum atau lebih khususnya lagi merupakan produk dari perundang-undangan.²⁷

Berdasarkan pendapat dari Gustav Radbruch mengenai kepastian hukum, hukum merupakan hal positif yang mampu mengatur kepentingan setiap manusia yang ada dalam masyarakat dan harus selalu ditaati meskipun, hukum positif tersebut dinilai kurang adil. Lebih lanjut, kepastian hukum merupakan keadaan yang pasti, ketentuan maupun ketetapan.²⁸

2.1.2. Tujuan Kepastian Hukum

Teori kepastian hukum merupakan salah satu dari tujuan hukum dan dapat dikatakan bahwa kepastian hukum merupakan bagian dari upaya untuk dapat mewujudkan keadilan.²⁹ Kepastian hukum sendiri memiliki bentuk nyata yaitu pelaksanaan maupun penegakan hukum terhadap suatu tindakan yang tidak memandang siapa individu yang melakukan. Melalui kepastian hukum, setiap orang mampu memperkirakan apa yang akan ia alami apabila ia melakukan suatu

²⁷ Alexy, Robert, "Legal Certainty and Correctness," *Ratio Juris* 28, no. 4, (2015): 441-451.

²⁸ Spaak, Torben, "Meta-ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch," *Law and Philosophy* 28, no. 3, (2009): 261-290.

²⁹ Fauzia, Ana, et al, "The Revitalization of the Indonesian Legal System in the Order of Realizing the Ideal State Law," *Progressive Law Review* 3, no. 1 (2021): 12-25, <https://doi.org/10.36448/plr.v3i01.46>.

tindakan hukum tertentu.³⁰ Kepastian hukum pun diperlukan guna mewujudkan prinsip-prinsip dari persamaan dihadapan hukum tanpa adanya diskriminasi. Dari kata kepastian, memiliki makna yang erat dengan asas kebenaran.³¹ Artinya, kata kepastian dalam kepastian hukum merupakan suatu hal yang secara ketat dapat disilogisme dengan cara legal formal. Dengan kepastian hukum, maka akan menjamin seseorang dapat melakukan suatu perilaku yang sesuai dengan ketentuan dalam hukum yang berlaku dan begitu pula sebaliknya. Tanpa adanya kepastian hukum, maka seorang individu tidak dapat memiliki suatu ketentuan baku untuk menjalankan suatu perilaku. Sejalan dengan tujuan tersebut, maka Gustav Radbruch pun menjelaskan bahwa kepastian hukum merupakan salah satu tujuan dari hukum itu sendiri.

2.2. Hukum Progresif

A. Peranan Hakim Perdata Dalam Penemuan Hukum

1. Asas-Asas Hukum Acara Perdata

Asas-asas hukum acara perdata ataupun perkara perdata adalah sebagai berikut:

a) Hakim Bersifat Menunggu

Hakim bersifat menunggu hakim menunggu tuntutan diajukan kepadanya, jika tidak ada tuntutan atau penuntutan maka tidak ada hakim. Ada tidaknya prosedur dan adanya tuntutan hak sepenuhnya ditentukan oleh pihak yang berkepentingan. Ini adalah kekuasaan negara jika diminta. Sebab, KUHAPerdata hanya mengatur bagaimana para pihak melindungi kepentingan pribadinya. Hakim tidak diperbolehkan untuk menolak, memeriksa dan memutuskan perkara yang diserahkan kepadanya dengan alasan undang-undangnya tidak ada atau tidak jelas, tetapi mereka wajib memeriksa dan

³⁰ Hamdani, Fathul et al., “*Fiksi Hukum: Idealita, Realita, dan Problematikanya di Masyarakat*,” *Primagraha Law Review* 1, no. 2 (2023): 71–83.

³¹ Tamelab, Vinsensius et al., “*Kepastian Hukum Hak Atas Tanah Bagi Warga Baru di Lokasi Perumahan Resettlemen Kelurahan Naiboan Kecamatan Kupang Timur Kabupaten Kupang*,” *Student Scientific Creativity Journal* 1, no. 5, (2023): 115-129.

mengadilinya (Pasal 10 ayat 1 Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman Nomor 48 Tahun 2009). Dalam hal ini hakim dianggap mengetahui hukum. Apabila tidak ditemukan hukum tertulis, maka hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang ada dalam masyarakat (Pasal 5(1) UU No. 48 Tahun 2009).³²

b) Hakim Bersifat Pasif

Hakim meninjau perkara perdata secara pasif, artinya ruang lingkup atau luasnya pokok sengketa yang diserahkan kepada hakim untuk ditinjau pada prinsipnya diputuskan oleh para pihak, bukan oleh hakim. Hakim tidak diperbolehkan menambah atau mengurangi ruang lingkup perkara. Hakim hanya memfasilitasi tercapainya keadilan dan berupaya mengatasi segala kesulitan dan hambatan dalam mewujudkannya. (Pasal 4 ayat (2) UU No.48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman).³³

Seorang hakim harus mengadili seluruh bagian suatu gugatan tetapi hakim dilarang mengadili bagian dalam perkara yang tidak diminta atau tidak diperbolehkan untuk melakukan lebih dari yang diperlukan. Jadi makna pasif ini berarti hakim tidak boleh menentukan ruang lingkup pokok sengketa.

c) Persidangan Bersifat Terbuka

Pada prinsipnya sidang pengadilan terbuka untuk umum, artinya setiap orang dapat menghadiri sidang. Tujuannya adalah untuk memberikan perlindungan hak asasi manusia di bidang peradilan dan untuk lebih menjamin objektivitas peradilan melalui akuntabilitas peninjauan yang adil. Jika tidak dibuka untuk umum maka keputusannya tidak sah. Asas ini membuka kendali terhadap masyarakat dengan menempatkan peradilan di

³² Zainal Asikin, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Jakarta : PRENAMEDIA GROUP, 2018), hal. 9

³³ Neng Yani Nurhayani, *Hukum Acara Perdata*, (Bandung : CV PUSTAKA SETIA, 2021), hal. 13

bawah pengawasan universal. Namun, tidak semua persidangan dilakukan di depan umum. Beberapa kasus di sidangkan secara tertutup, seperti kasus perceraian, kasus perzinahan, kasus menyangkut ketertiban umum dan rahasia negara, serta pemeriksaan terhadap anak di bawah umur.³⁴

d) Mendengar Kedua Belah Pihak

Pasal 4 Ayat 1 UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman mengatur bahwa dalam Hukum Acara Perdata perselisihan harus mendapat perhatian yang sama, dan perselisihan mempunyai hak untuk diselesaikan secara setara dan adil, serta para pihak diberikan perhatian yang sama, kesempatan untuk menyampaikan pendapatnya. Dalam hal ini berarti hakim tidak bisa sekedar menerima keterangan dari satu pihak, tetapi juga harus memberikan kesempatan kepada pihak lain untuk memberikan keterangan, dan peninjauan kembali alat bukti tersebut harus dilakukan di ruang sidang yang dihadiri kedua belah pihak.³⁵

e) Putusan Harus Disertai Alasan

Setelah seluruh agenda pemeriksaan perkara telah selesai, hakim mengambil keputusan atas perkara tersebut. Keputusan hakim harus memuat alasan-alasan yang menjadi dasar persidangan. Alasan-alasan yang disebutkan adalah bahwa putusan hakim bertanggung jawab kepada para pihak yang berperkara dan masyarakat serta mempunyai nilai obyektif dan wibawa. Berdasarkan Pasal 50 Ayat 1 UU. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa semua putusan pengadilan harus mempunyai penjelasan mengapa diputuskan demikian. Asas ini dimaksudkan untuk mencegah hakim bertindak atas kemauannya sendiri.

³⁴ Ibid, hal. 19

³⁵ Endang Hadrian, Lukman Hakim, *Hukum Acara Perdata Di Indonesia : Permasalahan Eksekusi dan Mediasi*, (Yogyakarta : Deepublish Publisher 2020), hal. 8

f) Sederhana, cepat, dan Biaya Rendah

Kesederhanaan berarti alur yang jelas, mudah dipahami, dan tidak rumit. Yang penting di sini adalah para pihak secara jelas dan tegas menyatakan keinginan mereka, bahwa resolusi-resolusi tersebut dilaksanakan dengan jelas, terbuka, koheren dan tegas, dan bahwa hukum acara diterapkan secara fleksibel untuk kepentingan pihak-pihak yang menginginkan prosedur yang sederhana. Cepat menurut bahasa berarti waktu yang singkat. Dengan kata lain, cepat atau tepat menitik tolakkan pada seberapa cepat atau lambat “kecepatan” penanganan perkara. Kecepatan proses peradilan membuat penyelesaian perkara tidak memakan waktu terlalu lama. Yang dimaksud dengan biaya rendah adalah menekan biaya semaksimal mungkin agar masyarakat mampu membelinya. Biaya rendah berarti tidak diperlukan biaya lain kecuali benar-benar diperlukan untuk menyelesaikan kasus tersebut. Biaya pengadilan yang tinggi membuat orang enggan untuk pergi ke pengadilan.³⁶

2. Tugas Pokok Hakim

Menurut Pasal 11 ayat (1) Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman tugas pokok hakim pada hakikatnya adalah menerima, memeriksa, mengadili, memutuskan dan menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya.³⁷

Adapun tugas pokok dan kewajiban hakim dalam bidang peradilan yang terdapat pada Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, antara lain:

- a. Mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang;³⁸

³⁶ Neng Yani Nurhayani, Op.cit, hal. 18

³⁷ Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. (2009). Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157. Sekretariat Negara. Jakarta. Pasal 11 ayat (1)

³⁸ Ibid, Pasal 4 ayat (1)

- b. Membantu para pencari keadilan dan berusaha sekeras-kerasnya mengatasi segala hambatan dan rintangan demi terciptanya peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan;³⁹
- c. Tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya;⁴⁰
- d. Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat;⁴¹
- e. Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.⁴²

Hakim dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara di persidangan harus melakukan 3 (tiga) tahapan tindakan, yakni :⁴³

- a. Tahap mengkonstatir, maksudnya tahap saat hakim akan mengkonstatir atau melihat untuk membenarkan ada tidaknya suatu peristiwa yang diajukan kepadanya. Tahap ini bersifat logis, sehingga dalam memastikan atas kebenaran peristiwa tersebut, hakim membutuhkan penguasaan hukum pembuktian
- b. Tahap mengkualifikasi, maksudnya tahap saat hakim melakukan pengelompokkan atau penggolongan peristiwa konkrit tersebut masuk dalam kelompok atau golongan peristiwa hukum apa
- c. Tahap Mengkonstituir, maksudnya tahap saat hakim menetapkan hukumnya terhadap peristiwa konkrit tersebut dan memberi keadilan kepada pihak yang bersangkutan.⁴⁴

³⁹ Ibid, Pasal 4 ayat (2)

⁴⁰ Ibid, Pasal 10 ayat (1)

⁴¹ Ibid, Pasal 5 ayat (1)

⁴² Ibid, Pasal 50 ayat (1)

⁴³ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*. (Jakarta. Sinar Grafika. 2010).

⁴⁴ Firman Floranta Adonara, *Prinsip Kebebasan Hakim dalam Memutus Perkara Sebagai Amanat Konstitusil* (12, no. 2. 2015) Hlm. 231

B. Pengertian Penemuan Hukum

Hukum sering dipahami sebagai putusan pengadilan. Permasalahan utamanya kemudian terletak pada tugas dan kewajiban hakim dalam menemukan apa yang sebenarnya menjadi hukum. Dalam posisi ini, hakim dapat dipandang sebagai salah satu pihak yang turut membentuk hukum.⁴⁵ Hal ini terjadi karena undang-undang tidak selalu lengkap, sehingga hakim dituntut untuk mencari dan menetapkan hukumnya sendiri melalui proses *rechtsvinding* (penemuan hukum). Menurut Sudikno Mertokusumo, penemuan hukum dipahami sebagai proses pembentukan hukum yang dilakukan oleh hakim atau aparat hukum yang berwenang untuk melaksanakan hukum dan menerapkan peraturan terhadap suatu peristiwa konkret.⁴⁶

Jadi sudikno mertokusumo menyimpulkan bahwa :

Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim, atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum konkret, atau merupakan konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum (*dan sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret (*das sein*) tertentu.⁴⁷

Roscoe Pond menyatakan bahwa “seorang hakim pada saat mengadili suatu perkara di pengadilan harus melakukan beberapa langkah, yaitu menemukan hukum, menafsirkan hukum dan menerapkan hukum”.⁴⁸ Untuk dapat menyelesaikan suatu perkara hakim harus terlebih dahulu mengetahui secara objektif tentang duduk perkara sebenarnya, yang akan diketahui melalui proses pembuktian. Kemudian setelah peristiwa konkret dibuktikan maka harus dicari hukumnya.

⁴⁵ Yudha Bhakti Ardhiwisatra, *Penafsiran dan Konstruksi hukum*, (Alumni, Bandung, 2000).

⁴⁶ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2014), 49.

⁴⁷ Op.,cit, Ahmad Rifai, hlm. 10.

⁴⁸ Ibid, hlm 8.

Dengan kata lain hakim mulai melakukan penemuan hukum.⁴⁹ Istilah penemuan hukum dalam praktik di pengadilan sering diperbandingkan dengan beberapa istilah seperti pelaksanaan hukum, penerapan hukum, penciptaan hukum atau pembentukan hukum, padahal masing-masing istilah tersebut tidaklah sama karena mempunyai perbedaan-perbedaan. Sudikno Mertokusumo, memberikan beberapa pengertian dari istilah-istilah tersebut, yaitu :

- a. Pelaksanaan hukum dapat berarti menjalankan hukum tanpa adanya sengketa atau pelanggaran, atau pelaksanaan hukum terjadi saat ada sengketa, seperti pekerjaan hakim yang mengadili suatu sengketa di persidangan
- b. Penerapan hukum, yang berarti menerapkan (peraturan) hukum yang abstrak sifatnya pada peristiwanya, sehingga tidak mungkin secara langsung menerapkan (peraturan) hukum pada peristiwa konkrit, jadi terlebih dahulu peristiwa konkrit dijadikan peristiwa hukum agar peraturan hukumnya dapat diterapkan.
- c. Pembentukan hukum adalah merumuskan peraturan-peraturan umum yang berlaku umum bagi setiap orang.
- d. Penciptaan hukum merupakan istilah yang dipandang kurang tepat karena memberi memberi kesan bahwa hukumnya itu sama sekali tidak ada, yang kemudian diciptakan, atau dari tidak ada menjadi ada.⁵⁰

C. Aliran Penemuan Hukum

Aliran pemikiran dalam ilmu hukum yang berkaitan dengan penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim terbagi menjadi 2 (dua) macam yaitu *legisme/positivisme* dan *progresif*, yang akan dijelaskan sebagai berikut:⁵¹

a. Aliran *Legisme/Positivisme* Hukum

Aliran *legisme* ini menekankan bahwa hakikat hukum itu adalah hukum yang tertulis (undang-undang), sehingga terlihat

⁴⁹ Op., cit, Sudikno Mertokusumo.

⁵⁰ Op.,cit, Ahmad Rifai, hlm. 8-9.

⁵¹ Ibid, hlm 28-48.

aliran legisme ini sangat mengagungkan hukum tertulis. Aliran ini juga beranggapan tidak ada norma hukum di luar hukum tertulis, semua persoalan dalam masyarakat diatur dalam hukum tertulis. Pandangan yang mengagungkan hukum tertulis atau hukum positif dalam aliran ini, pada hakikatnya merupakan pandangan yang berlebihan terhadap kekuasaan yang menciptakan hukum tertulis, sehingga dianggap kekuasaan itu adalah sumber hukum dan kekuasaan adalah hukum.

Aliran *positivisme* hukum telah memperkuat pelajaran legisme, yaitu suatu pelajaran yang menyatakan tiada hukum di luar undang-undang, dan undang-undang menjadi sumber hukum satu-satunya, dalam hal ini undang-undang dan hukum itu dipersamakan.

Dengan demikian, akibat penerimaan legisme, hukum positif menjadi sangat kaku dan tidak mampu menyelesaikan kesulitan-kesulitan sosial yang timbul di dalam suatu masyarakat yang berkembang dan bergerak cepat.

b. Aliran Progresif

Progresif berasal dari kata progress yang berarti kemajuan jadi hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar didalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.

Selanjutnya Ahmad Rifai berpendapat bahwa karakteristik progresif, adalah sebagai berikut:

- 1) Penemuan hukum yang didasarkan atas apresiasi hakim sendiri dengan dibimbing oleh pandangan atau pemikirannya secara mandiri, dengan berpijak pada pandangan bahwa hukum itu ada untuk mengabdikan kepada manusia;
- 2) Penemuan hukum yang bersandarkan pada nilai-nilai hukum, kebenaran, dan keadilan, serta juga etika dan moralitas;

- 3) Penemuan hukum yang mampu menciptakan nilai-nilai baru dalam kehidupan masyarakat, atau melakukan rekayasa dalam suatu masyarakat yang sesuai dengan perkembangan zaman dan teknologi serta keadaan masyarakat.⁵²

Dengan demikian hukum ada untuk manusia bukan untuk dirinya sendiri, dan hukum selalu berada pada status *law in the making* serta tidak bersifat final. Hukum adalah institusi yang bermoral kemanusiaan, dan bukan teknologi yang tidak berhati nurani, jadi hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.⁵³

D. Sumber Penemuan Hukum

Sumber penemuan hukum adalah sumber atau tempat terutama bagi hakim dapat menemukan hukumnya. Sumber penemuan hukum terdiri dari "peraturan perundang-undangan, hukum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional, dan doktrin".⁵⁴

a. Peraturan perundang-undangan

Dalam penemuan hukum, pelaksanaan undang-undang diprioritaskan atau didahulukan dari sumber-sumber hukum lainnya karena undang-undang merupakan sumber hukum yang penting dan utama akan tetapi, perlu diingat bahwa undang-undang dan hukum tidaklah identik.⁵⁵

b. Hukum kebiasaan

Hukum kebiasaan adalah "hukum tidak tertulis yang dapat ditemukan dengan cara bertanya kepada warga atau tokoh masyarakat yang dianggap tahu".⁵⁶ Hukum kebiasaan digunakan sebagai sumber penemuan hukum apabila di dalam peraturan perundang-undangan tidak ada ketentuannya atau jawabannya. Arti kebiasaan itu sendiri adalah perilaku yang diulang, tetapi tidak

⁵² Ibid, hlm. 48.

⁵³ Ibid, hlm. 40.

⁵⁴ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2014), 63.

⁵⁵ Ibid, hlm. 64-67.

⁵⁶ Ibid, hlm. 67

setiap kebiasaan dapat dijadikan sebagai hukum yang memiliki kekuatan atau mengikat karena untuk dapat dijadikan hukum, suatu kebiasaan itu harus sudah berlangsung dalam waktu yang lama, berulang-ulang dan harus menimbulkan keyakinan umum bahwa perilaku tersebut memang patut dijadikan sebagai hukum.⁵⁷

c. **Yurisprudensi**

Yurisprudensi mengandung beberapa pengertian yaitu sebagai putusan hakim, kumpulan putusan hakim yang disusun secara sistematis dari tingkat peradilan pertama sampai pada tingkat kasasi, pandangan atau pendapat para ahli yang dianut oleh hakim dan dituangkan dalam putusannya. *Yurisprudensi* digunakan apabila di dalam hukum kebiasaan tidak dapat memberikan jawaban *Yurisprudensi* dapat di temukan di pengadilan dalam bentuk putusan-putusan pengadilan.⁵⁸

d. **Perjanjian Internasional**

Apabila di dalam *yurisprudensi* tidak dapat ditemukan hukumnya maka dapat ditemukan dalam perjanjian internasional. Perjanjian internasional (*treaty*) merupakan sumber hukum dalam arti formal, karena harus memenuhi persyaratan formal. tertentu untuk dapat dinamakan perjanjian internasional. Lazimnya perjanjian internasional atau perjanjian antar negara memuat perat aturan hukum yang mengikat secara umum.⁵⁹

e. **Doktrin**

Doktrin merupakan sumber penemuan hukum yang digunakan untuk sumber penemuan hukum untuk membantu memberikan batasan, memperjelas suatu pengertian hukum, atau mengisi kekosongan hukum ketika undang-undang, kebiasaan, maupun perjanjian internasional tidak dapat menyelesaikan masalah.⁶⁰

⁵⁷ Ibid

⁵⁸ Ibid, hlm. 68-69

⁵⁹ Sudikno Mertokusumo, *Meneganal Hukum Sutu Pengantar*, Cet. Ke-3. (Yogyakarta: Liberty, 2007) hlm. 109.

⁶⁰ Ibid, hlm. 72.

E. Metode Penemuan Hukum

Metode penemuan hukum diarahkan pada suatu peristiwa yang bersifat khusus, konkret, dan individual. Jadi, metode penemuan hukum bersifat praktikal, karena lebih dipergunakan dalam praktik hukum.

Menurut Achmad Ali, ada 2 (dua) teori penemuan hukum yang dapat dilakukan oleh hakim dalam praktik peradilan, yaitu melalui metode interpretasi atau penafsiran dan melalui metode konstruksi.⁶¹

a. Interpretasi atau Penafsiran

Interpretasi hukum terjadi, apabila terdapat ketentuan undang-undang yang secara langsung dapat ditetapkan pada kasus konkret yang dihadapi, atau metode ini dilakukan dalam hal peraturannya sudah ada, tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkret atau mengandung arti pemecahan atau penguraian akan suatu makna ganda, norma yang kabur, konflik antar norma hukum, dan ketidakpastian dari suatu peraturan perundang-undangan. Interpretasi terhadap teks peraturan perundang-undangannya pun masih tetap berpegang pada bunyi teks tersebut.⁶²

Metode penafsiran dapat dibagi menjadi penafsiran gramatikal, sistematis, historis, teleologis atau sosiologis, komparatif, futuristis, restriktif dan ekstensif, ekstensif, autentik, interdisipliner, dan multidisipliner. Namun, yang akan dibahas secara rinci dalam pembahasan metode penafsiran ini adalah penafsiran gramatikal.

Penafsiran gramatikal sering disebut juga penafsiran menurut bahasa, dan merupakan bentuk penafsiran undang-undang yang paling sederhana dibandingkan dengan metode penafsiran yang lain. Metode ini digunakan dengan cara menafsirkan atau menjelaskan undang-undang dengan menguraikannya menurut bahasa umum sehari-hari.⁶³

⁶¹ Op.cit., Ahmad Rifai, hlm. 59.

⁶² Ibid, hlm. 59-60.

⁶³ Ibid, hlm. 63.

b. Metode Konstruksi Hukum

Metode Konstruksi Hukum:

Konstruksi hukum terjadi, apabila tidak diketemukan ketentuan undang-undang yang secara langsung dapat diterapkan pada masalah hukum yang dihadapi, ataupun dalam hal peraturannya memang tidak ada, jadi terdapat kekosongan hukum (*recht vacuum*) atau kekosongan undang-undang (*wet vacuum*).⁶⁴

Dalam hal terjadi kekosongan atau ketidaklengkapan undang-undang, maka hakim dalam upaya menemukan hukum dapat menggunakan metode *Argumentum Per Analogium* (berpikir analogi), metode *argumentum contrario*, metode penyempitan hukum/pengkonkritan hukum dan metode fiksi hukum.⁶⁵ Namun, yang akan dibahas secara rinci dalam pembahasan metode penafsiran ini adalah metode *Argumentum Per Analogium* (analog). Dengan metode berpikir analogi (*argumentum per analogism*), maka peristiwa yang serupa atau sejenis dengan yang diatur dalam undang-undang diperlukan sama.

Analogi terjadi dengan mencari peraturan umumnya dari peraturan khusus dan menggali asas yang terdapat di dalamnya. Dengan kata lain, analogi memberi penafsiran pada suatu peraturan perundang-undangan dengan memberi kiasan pada kata-kata dalam peraturan tersebut, sehingga suatu peristiwa yang sebenarnya tidak dapat dimasukkan kemudian dianggap sesuai dengan bunyi peraturan tersebut.

2.3. Tinjauan Umum Tentang Perwalian

2.3.1. Perwalian Menurut Hukum Positif

Arti perwalian menurut Hukum Perdata adalah pengawasan terhadap anak yang masih di bawah umur, yang tidak berada di bawah

⁶⁴ Ibid, hlm. 60.

⁶⁵ Ibid, hlm. 60-61.

kekuasaan orang tua serta pengelolaan benda atau kekayaan anak tersebut sesuai dengan aturan undang-undang.

Menurut KUH Perdata terdapat 3 jenis perwalian, yaitu:

a. Perwalian menurut undang-undang (Pasal 345 KUH Perdata)

Bila salah satu dari orang tua meninggal dunia, maka perwalian anak yang belum dewasa dipangku demi hukum oleh orang tua yang masih hidup, sejauh orang tua itu tidak dibebaskan atau dipecat dari kekuasaan orang tua.

b. Perwalian dengan wasiat (Pasal 355 KUH Perdata)

Masing-masing orang tua yang menjalankan kekuasaan orang tua atau perwalian atas seorang atau beberapa orang anaknya, berhak mengangkat seorang wali bagi anak-anaknya itu, jika sesudah ia meninggal dunia, demi hukum atau karena penetapan Hakim yang dimaksud dalam alinea terakhir Pasal 353, perwalian tidak dilakukan pihak lain dari orang tua.

c. Perwalian yang diangkat oleh hakim (Pasal 359 KUH Perdata)

Bila anak belum dewasa yang tidak berada di bawah kekuasaan orang tua dan yang perwaliannya sebelumnya tidak diatur dengan cara yang sah, Pengadilan Negeri harus mengangkat seorang wali, setelah mendengar atau memanggil dengan sah para keluarga sedarah dan semenda.

Pada umumnya dalam tiap perwalian, hanya ada seorang wali saja kecuali jika seorang wali ibu (*moedervoogdes*) menikah lagi, dalam hal mana suaminya menjadi wali serta (*medevoogd*).

Pasal 50 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974:

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

(2) Perwalian itu mengenai pribadi anak yang bersangkutan maupun harta bendanya.

Menurut ketentuan Pasal 51 ayat 2 Undang-Undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974, yang dapat ditunjuk sebagai wali adalah keluarga

anak yang belum dewasa tersebut atau orang lain. Siapa yang dimaksud dengan keluarga atau orang lain tersebut tidak terdapat penjelasannya. Oleh karena itu, berdasarkan ketentuan pada Pasal 49 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan, dapat dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan keluarga itu adalah:

- a. Keluarga anak dalam garis lurus ke atas, misalnya kakek, baik dari pihak bapak maupun dari pihak ibu.
- b. Saudara kandung yang telah dewasa, yaitu kakak dari anak tersebut.

Selain pihak keluarga, ada kemungkinan orang lain dengan alasan tertentu ditunjuk oleh orang tua sebagai wali anaknya. Penunjukan itu dapat dilakukan secara lisan di hadapan dua orang saksi, atau dengan wasiat.

Mereka yang mungkin dapat ditunjuk sebagai wali harus memenuhi syarat-syarat yang ditetapkan oleh Undang-Undang.

Menurut ketentuan Pasal 51 ayat 2 Undang-Undang Perkawinan syarat-syarat wali adalah:

- a. Orang yang sudah dewasa;
- b. Orang yang berpikiran sehat;
- c. Orang yang berlaku adil;
- d. Orang yang jujur;
- e. Orang yang berkelakuan baik.

Pasal 3 Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 2019 tentang syarat dan tata cara penunjukan wali:

- (1) *Untuk dapat ditunjuk sebagai Wali karena Orang Tua tidak ada, Orang Tua tidak diketahui keberadaannya, atau suatu sebab Orang Tua tidak dapat melaksanakan kewajiban dan tanggung jawabnya, seseorang yang berasal dari:*
 - a. Keluarga Anak;
 - b. Saudara;
 - c. orang lain; atau
 - d. badan hukum,*harus memenuhi syarat penunjukan Wali dan melalui penetapan Pengadilan.*
- (2) *Seseorang yang ditunjuk menjadi Wali sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diutamakan Keluarga Anak.*
- (3) *Dalam hal Keluarga Anak tidak ada, tidak bersedia, atau tidak memenuhi persyaratan dapat ditunjuk Saudara.*

- (4) *Dalam hal Keluarga Anak dan Saudara tidak ada, tidak bersedia, tidak diketahui keberadaannya, atau tidak memenuhi persyaratan dapat ditunjuk orang lain atau badan hukum.*

Pasal 5 Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 2019 tentang syarat dan tata cara penunjukan wali:

- (1) *Saudara yang ditunjuk sebagai Wali harus memenuhi syarat:*
- a. Warga negara Indonesia yang berdomisili tetap di Indonesia;*
 - b. Berumur paling rendah 21 (dua puluh satu) tahun;*
 - c. Sehat fisik dan mental;*
 - d. Berkelakuan baik;*
 - e. Mampu secara ekonomi;*
 - f. Beragama sama dengan agama yang dianut Anak;*
 - g. Mendapat persetujuan tertulis dari suami/istri, bagi yang sudah menikah;*
 - h. Bersedia menjadi Wali yang dinyatakan dalam surat pernyataan;*
 - i. Membuat pernyataan tertulis tidak pernah dan tidak akan melakukan:*
 - 1. Kekerasan, eksploitasi, penelantaran, dan perlakuan salah terhadap Anak; atau*
 - 2. Penerapan hukuman fisik dengan alasan apapun termasuk untuk penegakan disiplin terhadap Anak;*
 - j. mendapat persetujuan tertulis dari Orang Tua jika:*
 - 1. masih ada;*
 - 2. diketahui keberadaannya; dan*
 - 3. cakap melakukan perbuatan hukum.*
- (2) *Saudara yang memenuhi persyaratan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat ditunjuk sebagai Wali dengan ketentuan:*
- a. Diutamakan memiliki kedekatan dengan Anak;*
 - b. Mendapatkan persetujuan dari Anak; dan*
 - c. Dalam hal Anak tidak mampu memberikan persetujuannya secara langsung, maka pernyataan Anak difasilitasi oleh ahli atau lembaga yang ditunjuk sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.*

Perwalian dapat berakhir ditinjau dari dua keadaan, yaitu:

1. Pada hubungan dengan keadaan anak, dalam hal ini perwalian berakhir karena:
 - a. Anak di bawah perwalian telah dewasa menurut undang-undang;
 - b. Anak melangsungkan perkawinan;
 - c. Anak meninggal dunia;
 - d. Timbulnya kembali kekuasaan orang tua si anak;
 - e. Pengesahan seorang anak di luar kawin yang diakui.

2. Pada hubungan dan tugas wali, dalam hal ini perwalian berakhir karena:

- a. Ada pemecatan atau pembebasan atas diri si wali
- b. Ada alasan pembebasan dan pemecatan dari perwalian (Pasal 380 KUH Perdata)

Alasan lain yang dapat menyebabkan pemecatan atas wali diatur dalam Pasal 382 KUH Perdata, yaitu:

- a. Jika wali berkelakuan buruk ;
- b. Jika dalam melaksanakan tugasnya wali tidak cakap atau menyalahgunakan kecakapannya ;
- c. Jika wali dalam keadaan pailit ;
- d. Jika wali untuk dirinya sendiri atau keluarganya melakukan perlawanan terhadap si anak tersebut ;
- e. Jika wali dijatuhi hukuman pidana yang telah berkekuatan hukum tetap ;
- f. Jika wali alpa memberitahukan terjadinya perwalian kepada Balai Harta Peninggalan (pasal 368 KUH Perdata) ;
- g. Jika wali tidak memberikan pertanggungjawaban kepada Balai Harta Peninggalan (pasal 372 KUH Perdata).

Undang-undang mengatur pula tentang wali pengawas. Menurut KUH Perdata ditetapkan bahwa kewajiban wali pengawas adalah mewakili kepentingan yang belum dewasa, apabila ini bertentangan dengan kepentingan wali, dengan tidak mengurangi kewajiban-kewajiban pokok yang dibebankan kepada Balai Harta Peninggalan dalam surat instruksinya.

Penetapan perwalian melalui pengadilan hanya bisa dilakukan jika mengalami kondisi berikut:

- 1. Kedua orang tua anak telah wafat.
- 2. Hak perwalian orang tua dicabut melalui putusan pengadilan.
- 3. Orang tua dinyatakan tidak cakap hukum oleh pengadilan.⁶⁶
- 4. Terjadi perceraian antara ayah dan ibu anak.⁶⁷

⁶⁶ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata tentang Gugata, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2017), 89.

5. Anak di luar pernikahan.⁶⁸

2.3.2. Perwalian Menurut Hukum Islam

Secara etimologi, kompilasi berasal dari istilah Inggris “*compilation*”, yang mengacu pada sebuah karya yang terbentuk dari kutipan-kutipan dari buku-buku lain. Asal usul kata ini berasal dari bahasa Latin “*compilare*”, yang berarti mengumpulkan bersama-sama, seperti menghimpun peraturan yang tersebar di berbagai tempat. Istilah ini berevolusi menjadi “*compilation*” dalam bahasa Inggris dan “*compilatie*” dalam bahasa Belanda.

Dalam bahasa Indonesia, istilah ini diadaptasi menjadi "kompilasi" secara langsung dari dua kata yang dimaksud.⁶⁹

Abdurrahman menyimpulkan bahwa kompilasi itu adalah kegiatan pengumpulan dari berbagai bahan tertulis yang diambil dari berbagai buku/tulisan mengenai suatu persoalan tertentu. Pengumpulan bahan dari berbagai sumber yang dibuat oleh beberapa penulis yang berbeda untuk ditulis dalam suatu buku tertentu, sehingga dengan kegiatan ini semua bahan yang diperlukan dapat ditemukan dengan mudah.⁷⁰

Menurut Wahyu Widiani, Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah kumpulan materi hukum Islam yang disusun dalam bentuk pasal-pasal sebanyak 229 pasal. KHI terbagi menjadi tiga kelompok materi hukum: hukum perkawinan (170 pasal), hukum kewarisan termasuk hibah dan wasiat (44 pasal), dan hukum perwakafan (14 pasal). Di dalamnya juga terdapat satu pasal yang mengatur ketentuan penutup yang berlaku untuk ketiga kelompok hukum tersebut. Proses penyusunan KHI dilakukan melalui proses yang panjang dan melelahkan sebagai dampak dari perubahan sosial yang terjadi di negara ini dari masa ke masa.⁷¹

⁶⁷ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, (Jakarta: Intermasa, 1989), 52-53

⁶⁸ Mutmainnah Domu, *Kajian Yuridis Hak Perwalian Anak dalam Perceraian di Indonesia*, *Lex Administratum*, vol. III, no. 1, (2015): 158, <https://ejournal.unsrat.ac.id/v3/index.php/administratum/article/view/7062>.

⁶⁹ Dadang Hermawan dan Sumardjo, “*Kompilasi Hukum Islam Sebagai Hukum Materil Pada Peradilan Agama*”, dalam *Yudisia Volume 6.*, NO. 1., (2015), h. 27.

⁷⁰ Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Akademika Pressindo, 2007), Cet. Ke-5, h. 11.

⁷¹ Dadang Hermawan dan Sumardjo, op. cit., h. 27.

Sejak dikeluarkannya Inpres No. 1/1991 dan Surat Keputusan Menteri Agama, Kompilasi Hukum Islam (KHI) telah secara praktis menjadi sumber hukum materiil dalam Peradilan Agama yang digunakan oleh hakim, pengacara, dan pencari keadilan. Berdasarkan Surat Keputusan Menteri Agama No. 15 tahun 1991, instansi Departemen Agama dan instansi terkait lainnya diinstruksikan untuk menyebarkan KHI terutama dalam hukum perkawinan, kewarisan, dan perwakafan. Direktur Jenderal Bimbingan Masyarakat Islam dan Urusan Haji bertanggung jawab mengkoordinasikan implementasi Keputusan Menteri Agama RI di bidangnya masing-masing.

Dengan keberlakuan Inpres No. 1/1991 dan Surat Keputusan Menteri Agama tersebut, KHI mendapatkan validasi sebagai "pedoman" bagi para hakim di Peradilan Agama dan instansi lainnya dalam aktivitas sehari-hari dan bagi masyarakat yang membutuhkannya. Oleh karena itu, para hakim diharapkan sebisa mungkin menerapkan KHI selain dari peraturan hukum lainnya, seperti yang dijelaskan dalam Inpres Nomor 1 Tahun 1991. Mahkamah Agung juga mendorong agar pasal-pasal KHI dicantumkan dalam kesimpulan akhir setiap pernyataan, sesuai dengan pendapat Cik Hasan Bisri yang menyatakan bahwa keberlakuan KHI telah mengisi kekosongan hukum dan mengatasi kekhawatiran para pemimpin hukum. Namun, keseragaman keputusan pengadilan yang bersandarkan pada KHI menjadi salah satu ujian terhadap efektivitas penerapan hukum Islam.⁷²

Menurut Pasal 1 huruf h Kompilasi Hukum Islam, perwalian didefinisikan sebagai :

*“Kewenangan untuk melaksanakan perbuatan hukum demi kepentingan, atau atas nama anak yang orangtuanya telah meninggal, atau tidak mampu melakukan perbuatan hukum atau suatu perlindungan hukum yang diberikan pada seorang anak yang belum mencapai umur dewasa atau tidak pernah kawin yang tidak berada di bawah kekuasaan orangtua”.*⁷³

⁷² Dadang Hermawan dan Sumardjo, op. cit., h. 36

⁷³ Wahyono Darmabrata dan Surini Ahlan Sjarif, *Hukum Perkawinan dan Keluarga di Indonesia*, (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004), halaman 147.

Kemudian dalam Kompilasi Hukum Islam disebutkan dalam Pasal 107 KHI :

“Perwalian hanya terhadap anak yang belum mencapai umur 21 tahun dan atau belum pernah melangsungkan perkawinan. Perwalian meliputi perwalian terhadap diri dan harta kekayaannya. Bila wali tidak mampu berbuat atau lalai melaksanakan tugas perwaliannya, maka Pengadilan Agama dapat menunjuk salah satu kerabat untuk bertindak sebagai wali atas permohonan kerabat tersebut untuk yang beragama Islam”.

Kompilasi Hukum Islam Pasal 108 KHI :

Orang tua dapat mewasiatkan kepada seseorang atau badan hukum untuk melakukan perwalian atas diri dan kekayaan anak atau anak-anaknya sesudah ia meninggal dunia.

Kompilasi Hukum Islam Pasal 109 KHI :

Pengadilan Agama dapat mencabut hak perwalian seseorang atau badan hukum dan menindahkannya kepada pihak lain atas permohonan kerabatnya bila wali tersebut pemabuk, penjudi, pemboros, gila dan atau melalaikan atau menyalah gunakan hak dan wewenangnya sebagai wali demi kepentingan orang yang berada di bawah perwaliannya.

Kompilasi Hukum Islam Pasal 110 KHI :

- (1) Wali berkewajiban mengurus diri dan harta orang yang berada di bawah perwaliannya dengan sebaik-baiknya dan berkewajiban memberikan bimbingan agama, pendidikan dan keterampilan lainnya untuk masa depan orang yang berada di bawah perwaliannya.*
- (2) Wali dilarang mengikatkan, membebani dan mengasingkan harta orang yang berada dibawah perwaliannya, kecuali bila perbuatan tersebut menguntungkan bagi orang yang berada di bawah perwaliannya yang tidak dapat dihindarkan.*
- (3) Wali bertanggung jawab terhadap harta orang yang berada di bawah perwaliannya, dan mengganti kerugian yang timbul sebagai akibat kesalahan atau kelalaiannya.*
- (4) Dengan tidak mengurangi ketentuan yang diatur dalam pasal 51 ayat (4) Undang-undang No.1 tahun 1974, pertanggungjawaban wali tersebut ayat (3) harus dibuktikan dengan pembukuan yang ditutup tiap satu tahun satu kali.*

Kompilasi Hukum Islam Pasal 111 KHI :

- (1) Wali berkewajiban menyerahkan seluruh harta orang yang berada di bawah perwaliannya, bila yang bersangkutan telah mencapai umur 21 tahun atau telah menikah.*

(2) Apabila perwalian telah berakhir, maka Pengadilan Agama berwenang mengadili perselisihan antara wali dan orang yang berada di bawah perwaliannya tentang harta yang diserahkan kepadanya.

Kompilasi Hukum Islam Pasal 112 KHI :

Wali dapat mempergunakan harta orang yang berada di bawah perwaliannya, sepanjang diperlukan untuk kepentingannya menurut kepututan atau bil ma`ruf kalau wali fakir.

2.3. Tinjauan Umum Tentang Anak

Anak merupakan pribadi (*person*) yang memiliki dimensi khusus dalam kehidupannya, di mana selain tumbuh kembangnya memerlukan bantuan orang tua, faktor lingkungan juga memiliki peranan yang sangat penting dalam mempengaruhi kepribadian si anak ketika menyongsong fase kedewasaannya kelak.

Yang dimaksud dengan anak adalah seseorang sejak mulai berada dalam kandungan sampai usia 18 tahun dan belum pernah kawin.

Undang-undang memberikan beberapa terminologi anak berdasarkan fungsi dan kedudukannya antara lain sebagai berikut:⁷⁴

a. Undang-undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Anak adalah amanah sekaligus karunia Tuhan yang Maha Esa, yang senantiasa harus kita jaga karena dalam dirinya melekat harkat, martabat, dan hak-hak sebagai manusia yang harus dijunjung tinggi. Hak asasi anak merupakan bagian dari hak asasi manusia yang termuat dalam Undang-Undang Dasar 1945 dan Konvensi Perserikat Bangsa-Bangsa tentang Hak-Hak Anak. Dari sisi kehidupan berbangsa dan bernegara, anak adalah masa depan bangsa dan generasi penerus cita-cita bangsa, sehingga setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang, berpartisipasi serta berhak atas perlindungan dari tindak kekerasan dan diskriminasi serta hak sipil dan kebebasan.

b. Undang-Undang Nomor 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak.

Anak adalah bagian dari generasi muda sebagai salah satu sumber daya manusia yang merupakan potensi dan penerus cita-cita perjuangan

⁷⁴ D.Y. Witanto. *Hukum Keluarga Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin*. (Prestasi Pustaka, Jakarta, 2012) hlm. 4-5

bangsa, yang memiliki peranan strategis dan mempunya ciri dan sifat khusus, memerlukan pembinaan dan perlindungan dalam rangka menjamin pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental dan sosial secara utuh, serasi, selaras dan seimbang.

c. Undang-Undang Nomor 4 tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak.

Anak adalah potensi serta penerus cita-cita bangsa yang dasarnya telah diletakkan oleh generasi sebelumnya.

d. Peraturan Pemerintah Nomor 54 tahun 2007 tentang Pengangkatan Anak

Anak merupakan bagian dari generasi muda, penerus cita-cita perjuangan bangsa dan sumber daya manusia bagi pembangunan nasional.

Dari beberapa terminologi di atas pada prinsipnya mengandung persamaan persepsi bahwa anak adalah pribadi yang memiliki peran penting dan strategis dalam memikul tanggung jawab masa depan bangsa. Anak mempunyai ciri dalam dimensi kehidupan yang khusus sehingga tidak bisa dilepaskan dari peranan orang tua dalam memelihara dan mendidiknya hingga ia mencapai masa kedewasaannya.

Hukum membedakan antara keturunan yang sah dan keturunan yang tidak sah. Keturunan yang sah didasarkan atas adanya perkawinan yang sah, dalam arti bahwa yang satu adalah keturunan yang lain berdasarkan kelahiran dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah. Anak-anak yang demikian disebut anak sah. Sedangkan keturunan yang tidak sah adalah keturunan yang tidak didasarkan atas suatu perkawinan yang sah. Anak-anak yang demikian disebut anak luar kawin.⁷⁵

A. Tinjauan Umum Tentang Subjek

1. Pengertian Dewasa atau Cakap Hukum

Cakap (*bekwaan*) adalah kriteria umum yang dihubungkan dengan keadaan diri seseorang. Ter Haar dalam *djojodigono* melihat kecakapan adalah suatu kondisi seseorang apabila sudah kawin dan hidup terpisah

⁷⁵ J. Satrio, *Hukum Keluarga tentang Kedudukan Anak dalam Undang-Undang*. (Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005) hlm. 5

dari orang tuanya.⁷⁶ Subekti menulis orang yang membuat perjanjian harus cakap menurut hukum pada azasnya setiap orang yang sudah dewasa atau akil baligh dan sehat pikirannya adalah cakap menurut hukum.⁷⁷ Cakap menurut subekti dapat diartikan sebagai mengerti akan sesuatu yang dilakukan serta memahami dampak dari perbuatan yang dilakukan. Dengan kata lain, cakap hukum yakni pada azasnya dapat melakukan tindakan hukum secara sah dengan akibat hukum yang sempurna mereka yang telah dewasa, sudah dapat mengendalikan apa yang diperbuatnya serta mampu mempertanggung jawabkan perbuatannya.⁷⁸

Jadi orang-orang yang cakap melakukan perbuatan hukum adalah orang yang dewasa dan sehat akal pikirannya serta tidak dilarang oleh sesuatu perundang-undangan untuk melakukan perbuatan-perbuatan hukum tertentu. Dalam hubungannya dengan kecakapan hukum, terkait dengan batasan umur dalam literatur dapat ditemukan perbedaan. Menurut pasal 2 BW (Hukum Perdata) manusia menjadi subjek hukum yakni sejak lahir sampai mereka meninggal dunia, akan tetapi menurut Undang-undang tidak semua orang sebagai subjek hukum adalah cakap untuk melaksanakan sendiri hak dan kewajibannya. Terhadap definisi anak berkenaan dengan batasan umur undang-undang menetapkan lain berikut ini perbedaan terkait batasan umur :

- a. Menurut hukum perdata kemampuan untuk dapat bertindak sebagai hukum adalah apabila mereka telah berumur 21 tahun atau sudah kawin.
- b. Menurut Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, sebagaimana telah diubah oleh Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2019, apabila pria dan wanita sudah mencapai umur 19 (sembilan belas) tahun.

⁷⁶ Ade Manan Suherman. 2010, *Penjelasan Hukum Tentang Batasan Umur*, (Jakarta : PT Gramedia, 2010) hlm.34

⁷⁷ Subekti. *Hukum Perjanjian*, (Jakarta: Intermasa, cet. XI, 1987) hlm.17

⁷⁸ Titik Triwulan Tutik. *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Prestasi Pustakaraya. cet. I, 2006) hlm.54

- c. Menurut hukum pidana menyatakan bahwa dalam menuntut orang yang bersalah karena melakukan suatu perbuatan pidana sebelum berumur 16 tahun hakim dapat menentukan :
 - 1) Supaya yang bersalah dikembalikan kepada orang tuanya walinya atau pemeliharanya tanpa pidana apapun atau,⁷⁹
 - 2) Memerintahkan supaya yang bersalah diserahkan kepada pemerintah tanpa pidana apapun.

2. Ruang Lingkup Dewasa atau Cakap Hukum

- a. Orang-Orang yang belum dewasa

Diharapkan dewasa adalah kompilasi yang telah diterbitkan 21 Tahun. Orang dewasa dapat diartikan juga sebagai orang yang belum genap 21 Tahun tetapi sudah pernah menikah. Jika pernikahan itu bubar kompilasi orang itu belum mencapai 21 Tahun, maka ia tetap berada dalam kondisi dewasa. Orang-orang yang belum dewasa ini semua melakukan hukumnya diwakili oleh orang tua atau walinya.

- b. Orang-orang yang ditaruh di bawah pengampunan

Yaitu orang gila atau hilang ingatan. Orang-orang yang berada di bawah pengampunan semua orang melakukan hukumnya diwakili oleh pengampunya. Orang-orang yang oleh Undang-Undang menganggap tidak cakap Misalnya, menurut Undang-Undang Perseroan Terbatas (PT), yang dapat mewakili hukum PT. Seorang manajer dianggap tidak cakap mewakili perusahaan tempat bekerja jika tidak ada bantuan dari direktur.

3. Dasar Hukum Dewasa atau Cakap Hukum

- a. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek) Pasal 330 menyatakan :

“Belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap dua puluh satu tahun, dan tidak lebih dahulu telah kawin”.

- b. Undang-Undang No.1 Tahun 1974 tentang perkawinan Pasal 47 menyatakan :

⁷⁹ Pasal 45 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

“Anak yang belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan ada dibawah kekuasaan orang tuanya selama mereka tidak dicabut atas kekuasaannya”.

- c. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan Pasal 1 angka 8 :

“Anak didik pemasyarakatan adalah:

- 1) Anak pidana, yaitu anak yang berdasarkan putusan pengadilan menjalani pidana di LAPAS anak paling lama sampai berumur 18 (delapan belas) tahun.*
- 2) Anak negara, yaitu anak yang berdasarkan putusan pengadilan diserahkan pada negara untuk dididik dan ditempatkan di LAPAS anak paling lama sampai berumur 18 (delapan belas).*
- 3) Anak sipil, yaitu anak yang atas permintaan orang tua atau walinya memperoleh penetapan pengadilan untuk dididik di LAPAS anak paling lama sampai berumur 18 (delapan belas) tahun.”*

- d. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak Pasal 1 :

“Anak adalah orang yang dalam perkara anak nakal telah mencapai umur 8 (delapan) tahun tetapi belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun dan belum pernah kawin”.

- e. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia Pasal 1 angka 5:

“Anak adalah setiap manusia yang berumur dibawah 18 (delapan belas) tahun dan belum menikah, termasuk anak yang masih dalam kandungan apabila hal tersebut adalah demi kepentingannya”.

- f. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak Pasal 1 ayat (1):

“Anak adalah seseorang yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih didalam kandungan”.

- g. Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan Pasal 1 angka 26:

“Anak adalah setiap orang yang berumur dibawah umur 18 (delapan belas) tahun”

- h. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris Pasal 49 ayat (1):

“Penghadap harus memenuhi syarat (a) paling sedikit berumur 18 (delapan belas) tahun atau telah menikah”.

- i. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan Pasal 63 ayat (1) :

“Pendudukan WNI dan Orang Asing yang memiliki Izin Tinggal Tetap yang telah berumur 17 (Tujuh belas) tahun atau telah kawin atau pernah kawin wajib memiliki KTP”.

- j. Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang Pasal 1 angka 5:

“Anak adalah seseorang yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih di dalam kandungan”.

- k. Undang-Undang No. 44 Tahun 2008 tentang Pornografi Pasal 1 ayat (4) :

“Anak adalah seseorang yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun”.

- l. Inpers No.1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam Pasal 98 ayat (1):

“Batas usia anak yang mampu berdiri sendiri atau dewasa adalah 21 tahun, sepanjang anak tersebut tidak bercacat fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan perkawinan”.

- m. Peraturan Mahkamah Agung No. 2 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah Pasal 1 angka 4:

“Anak adalah seseorang yang berada di bawah umur 18 (delapan belas) tahun yang dipandang belum cakap melakukan perbuatan hukum atau belum pernah menikah”.

B. Tinjauan Umum Tentang Perikatan

a. Pengertian Perikatan

Perikatan diatur dalam Buku III KUHPdata Pasal 1233 yaitu tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena

undang-undang. Buku III KUHPerdata tidak memberikan rumusan tentang perikatan, akan tetapi menurut ilmu pengetahuan hukum, perikatan adalah hubungan yang terjadi diantara dua orang atau lebih, dimana pihak yang satu berhak atas suatu prestasi dan pihak lainnya wajib memenuhi prestasi. Perikatan melibatkan sedikitnya dua pihak yang saling memberikan kesepakatan dan terdapat unsur-unsur dalam perikatan yaitu hubungan hukum, kekayaan, pihak-pihak serta prestasi.⁸⁰

Berdasarkan pendapat R. Subekti mengatakan bahwa:

“Suatu Perikatan adalah hubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hak dari pihak lain, dan pihak lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu”.

Definisi tersebut di atas mengandung dua segi yakni segi aktif (hak) dan segi pasif (kewajiban).⁸¹

Menurut Kitab Undang Undang Hukum Perdata sumber terjadinya perikatan terbagi menjadi dua yaitu :

- a. Perikatan yang lahir dari perjanjian.
- b. Perikatan yang lahir dari undang-undang.

Menurut Pasal 1352 KUHPerdata perikatan yang lahir karena undang-undang bersumber dari undang-undang dan berasal dari akibat perbuatan manusia. Perikatan yang lahir dari akibat hukum manusia dibagi menjadi dua yaitu :

- 1) Pasal 1353 KUHPerdata, perikatan yang timbul karena sebab yang halal.
- 2) Pasal 1365 KUHPerdata, perikatan yang timbul karena adanya hubungan melawan hukum.⁸²

⁸⁰ Subekti. *Aspek Aspek Hukum Perikatan*, (Bandung: Alumni, 1999) hlm. 12

⁸¹ Komariah. *Hukum Perdata* (edisi revisi), (Malang: UMM Press, 2016) hal 117.

⁸² Subekti, *Op.Cit.*, hal. 5.

b. Unsur-unsur Perikatan

Suatu perikatan harus memenuhi unsur-unsur atau elemen-elemen sebagai berikut:

- a. Ada hubungan hukum, artinya hubungan yang diberi akibat oleh undang-undang.
- b. Di dalam bidang hukum harta kekayaan, yaitu peraturan hukum yang mengatur hak dan kewajiban manusia yang bernilai uang.
- c. Antara dua pihak, yaitu antara kreditur yang berhak atas suatu prestasi dengan debitur yang berkewajiban menunaikan prestasi.
- d. Isi dan tujuan, yaitu prestasi.

c. Mulai dan berakhir nya perikatan

Ada beberapa macam perikatan ditinjau dari mulai dan berakhirnya perikatan yaitu:

- a. Perikatan Bersyarat (pasal 1253-1267 KUHPerdara) Menurut pasal 1253 KUHPerdara, perikatan bersyarat ialah perikatan berdasarkan pada peristiwa yang masih akan datang dan yang masih belum tentu terjadi, baik secara menanggihkan maupun secara membatalkan perikatan. “Syarat” pada perikatan hukum bersyarat harus memenuhi:
 - a) Syarat tidak boleh bertentangan dengan undang-undang.
 - b) Syarat tidak boleh bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan.
 - c) Syarat yang dapat atau mungkin dilaksanakan.
 - d) Syarat yang ditetapkan oleh kedua belah pihak.
- b. Perikatan dengan ketetapan waktu (pasal 1268-1271 KUHPerdara)

Perikatan hukum dengan ketetapan waktu ialah suatu perikatan yang didasarkan dengan atas kejadian di kelak kemudian hari dan pasti terjadi. Menurut pasal 1268 KUHPerdara, Perikatan dengan ketetapan waktu adalah suatu perikatan yang tidak menanggihkan perikatan, hanya menanggihkan pelaksanaannya.⁸³

⁸³ Nanda Amalia, *Hukum Perikatan*, (Unima Press, Lhokseumawe. 2013) Hlm 5.

C. Tinjauan Umum Tentang Perjanjian

1) Pengertian Perjanjian

Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) menyatakan bahwa:

*“Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.”*⁸⁴

Berdasarkan rumusan tersebut dapat diketahui bahwa suatu perjanjian adalah:

- a. Suatu perbuatan.
- b. Antara sekurangnya dua orang.
- c. Perbuatan tersebut melahirkan perikatan di antara pihak-pihak yang berjanji tersebut.

Perbuatan yang disebutkan dalam rumusan awal ketentuan Pasal 1313 KUHPerdata menjelaskan kepada kita semua bahwa perjanjian hanya mungkin terjadi jika ada suatu perbuatan nyata, baik dalam bentuk ucapan, maupun tindakan secara fisik, dan tidak hanya dalam bentuk pikiran semata-mata.⁸⁵ Berdasarkan Pasal 1313 KUHPerdata di atas, maka dapat dirumuskan bahwa perjanjian adalah suatu persetujuan dengan mana dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal yang bersifat kebendaan yang terletak di dalam lapangan harta kekayaan. Definisi tersebut jelas terdapat konsensus antara pihak-pihak, untuk melaksanakan suatu hal, mengenai harta kekayaan, yang dapat dinilai dengan uang.⁸⁶

2) Unsur-Unsur Perjanjian

Apabila dirinci, perjanjian mengandung unsur-unsur sebagai berikut:⁸⁷

- a. *Essentialia*, unsur ini mutlak harus ada agar perjanjian itu sah, merupakan syarat sahnya perjanjian. Unsur *essentialia* dalam

⁸⁴ Subekti dan Tjitrosudibio. *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, (PT. Pradnya Paramita, Jakarta, 2008) hlm. 338.

⁸⁵ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja. *Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, (Rajawali, Jakarta, 2010) hlm. 7-8.

⁸⁶ Muhammad Abdulkadir. *Hukum Perdata Indonesia*, (PT Citra Aditya, Bandung, 2000) hlm.224-225.

⁸⁷ Herlien Budiono, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, (PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011) hlm. 67.

perjanjian mewakili ketentuan-ketentuan berupa prestasi-prestasi yang wajib dilakukan oleh salah satu atau lebih pihak, yang mencerminkan sifat dari perjanjian tersebut, yang membedakannya secara prinsip dari jenis perjanjian lainnya. Unsur *essentialia* ini pada umumnya dipergunakan dalam memberikan rumusan, definisi, atau pengertian dari suatu perjanjian.

b. *Naturalia*, yaitu unsur yang tanpa diperjanjikan secara khusus dalam perjanjian secara diam-diam dengan sendirinya dianggap ada dalam perjanjian karena sudah merupakan pembawaan atau melekat pada perjanjian. Unsur *naturalia* pasti ada dalam suatu perjanjian tertentu yaitu berupa kewajiban dari penjual untuk menanggung kebendaan yang dijual dari cacat-cacat tersembunyi. Sehubungan dengan hal itu, maka berlakulah ketentuan Pasal 1339 KUHPerdata yang menyatakan bahwa “Perjanjian-perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, melainkan juga untuk segala suatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan oleh

kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang.”⁸⁸

c. *Accidentalialia*, yaitu unsur pelengkap dalam suatu perjanjian, yang merupakan ketentuan-ketentuan yang dapat diatur secara menyimpang oleh para pihak sesuai dengan kehendak para pihak, merupakan persyaratan khusus yang ditentukan secara bersama-sama oleh para pihak. Dengan demikian, maka unsur ini pada hakekatnya bukan merupakan suatu bentuk prestasi yang harus dilaksanakan atau dipenuhi oleh para pihak.⁸⁹

3) Asas-Asas Perjanjian

Hukum perjanjian mengenal beberapa asas penting, yang merupakan dasar kehendak pihak-pihak dalam mencapai tujuan. Beberapa asas tersebut adalah sebagai berikut:

⁸⁸ Sudikno Mertokusumo. *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Liberty, Yogyakarta, 2009) hlm. 118-119.

⁸⁹ *Op.Cit.*, Kartini Muljadi & Gunawan Widjaja, hlm. 85-90.

1) Kata *konsensualisme*.

Asas *konsensualisme* berasal dari bahasa latin “consensus”, yang berarti sepakat. Asas konsensualisme, dapat disimpulkan pada Pasal 1320 ayat (1) KUHPerdata. Yang berbunyi :

“Salah satu syarat sahnya perjanjian adalah kesepakatan kedua belah pihak”.

2) Asas Kekuatan Mengikat (*Pacta Sunt Servanda*)

Pasal 1338 KUH Perdata yang menyatakan bahwa :

“Semua persetujuan yang dibuat sesuai undang-undang berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”,

menjadi dasar bagi asas *pacta sunt servanda*.

Pacta sunt servanda memiliki arti kesepakatan yang telah disepakati selanjutnya berlaku sebagai undang-undang yang mengatur.⁹⁰ Asas ini mengatur bahwa kesepakatan harus dijalankan sampai ditepati oleh kedua belah pihak. Artinya, setiap persetujuan atau perjanjian memiliki kekuatan hukum memaksa dan mengikat para pihak.⁹¹

3) Asas Kebebasan Berkontrak

Asas kebebasan berkontrak, dapat dianalisis dari ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata, yang berbunyi :

“Semua perjanjian yang dibuat secara sah, berlaku sebagai Undang-undang bagi mereka yang membuatnya”.

Asas Kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak, untuk :⁹²

- 1) menentukan atau memilih kausa dari perjanjian yang akan dibuatnya;
- 2) menentukan objek perjanjian;
- 3) menentukan bentuk perjanjian;

⁹⁰ Muhammad Farhan Gayo dan Sugiyono, Heru. *Penerapan Asas Pacta Sunt Servanda dalam Perjanjian Sewa Menyewa Ruang Usaha*. (JUSTITIA: Jurnal Ilmu Hukum dan Humaniora, Vol. 8, No. 3, 2021) hal. 245.

⁹¹ Ibid, hlm 249.

⁹² Agus Yudha Hernoko. *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial* (Cet. 4). Jakarta: Prenadamedia Group, 2014) hal. 111

4) menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*aanvullend, optional*).

4) Asas Kepatutan

Asas ini, dituangkan dalam Pasal 1339 KUHPerdara yang berbunyi bahwa :

“Perjanjian-perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, melainkan juga untuk segala suatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang.”

Dimana berkaitan dengan ketentuan mengenai isi perjanjian.

5) Asas Kebiasaan

Asas ini, dipandang sebagai bagian dari perjanjian. Suatu perjanjian tidak hanya mengikat, untuk apa yang secara tegas diatur, akan tetapi juga hal-hal yang menurut kebiasaan lazim diikuti. Diatur dalam Pasal 1339 jo Pasal 1347 KUHPerdara.⁹³

Pasal 1339 KUHPerdara, menyatakan :

“Suatu perjanjian tidak hanya mengikat, untuk hal-hal yang dengan tegas, dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala suatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau Undang-undang”.

Pasal 1347 KUHPerdara, menyatakan :

“Hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukan dalam perjanjian, meskipun tidak dengan tegas dinyatakan.”

6) Asas iktikad baik (*Goede Trouw*)

Perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik (Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata). Itikad baik ada dua yaitu :⁹⁴

1) Bersifat objektif, bahwa perjanjian yang dibuat harus dilaksanakan dengan mengindahkan norma-norma kepatutan dan kesusilaan.

⁹³ Ibid., hlm.159-160

⁹⁴ I Gede Krisna Wahyu Wijaya dan Nyoman Satyayudha Dananjaya. *Penerapan Asas Itikad Baik dalam Perjanjian Jual Beli Online*. (Jurnal Kertha Semaya, Vol. 6, No. 8, 2018) hal. 7

2) Bersifat subjektif, yaitu pengertian iktikad baik yang terletak dalam sikap batin seseorang. Artinya, bagi para pihak dalam perjanjian terdapat suatu keharusan untuk tidak melakukan segala sesuatu yang tidak masuk akal sehat, yaitu tidak bertentangan dengan norma kepatutan dan kesusilaan, sehingga dapat menimbulkan keadilan bagi kedua belah pihak dan tidak merugikan salah satu pihak.

7) Asas Kepribadian

Pada umumnya tidak seorang pun dapat mengadakan perjanjian kecuali untuk dirinya sendiri. Pengecualian tentang janji untuk pihak ketiga terdapat dalam Pasal 1317 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata ayat (1) berbunyi :

“Dapat pula diadakan perjanjian untuk kepentingan orang ketiga, bila suatu perjanjian yang dibuat untuk diri sendiri, atau suatu pemberian kepada orang lain, mengandung syarat semacam itu”,

Dan ayat (2) berbunyi:

“Siapa pun yang telah menentukan suatu syarat, tidak boleh menariknya kembali, jika pihak ketiga telah menyatakan akan mempergunakan syarat itu”.

4) Tinjauan Umum Tentang Syarat Sah Perjanjian

Menurut Pasal 1320 KUHPerdata, untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat. Adapun penjelasan mengenai empat syarat sah perjanjian, sebagai berikut :

1. Kesepakatan

Kesepakatan diperlukan dalam mengadakan perjanjian, ini berarti bahwa kedua belah pihak haruslah mempunyai kebebasan kehendak, artinya masing-masing pihak tidak mendapat suatu tekanan yang mengakibatkan adanya cacat dalam melakukan kehendaknya.⁹⁵

Pengertian sepakat dilukiskan sebagai pernyataan kehendak yang disetujui antara para pihak. Pernyataan pihak yang menawarkan dinamakan tawaran (*offerte*), sedangkan pihak yang menerima

⁹⁵ I Ketut Oka setiawan, *Hukum Perikatan*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2016) hal.61

tawaran dinamakan akseptasi (*acceptatie*).⁹⁶ Dalam arti tidak selamanya para pihak berhadapan langsung untuk menyampaikan kesepakatannya.

4) Kecakapan

Seorang oleh hukum dianggap tidak cakap untuk melakukan kontrak jika orang tersebut belum berumur 21 tahun, kecuali ia telah kawin sebelum cukup 21 tahun. Sebaliknya setiap orang yang berumur 21 tahun keatas, oleh hukum dianggap cakap, kecuali karena suatu hal dia ditaruh di bawah pengampuan seperti gelap mata, dungu, sakit ingatan, atau pemboros.⁹⁷

5) Mengenai suatu hal tertentu

Syarat ketiga ditentukan bahwa suatu perjanjian harus mengenai suatu hal tertentu, artinya apa yang diperjanjikan hak-hak dan kewajiban kedua belah pihak jika timbul suatu perselisihan.⁹⁸

6) Suatu sebab halal

Syarat keempat untuk suatu perjanjian yang sah adanya suatu sebab yang halal. Dengan sebab (bahasa Belanda *oorzaak*, Bahasa Latin *causa*) ini dimaksudkan tiada lain dari pada isi perjanjian.

Dorongan jiwa untuk membuat suatu perjanjian pada dasarnya tidak diperdulikan oleh undang-undang.⁹⁹

Hukum tidak memperhatikan apa yang ada dalam benak ataupun hati seseorang. Yang diperhatikan oleh hukum adalah apa yang tertulis, yang pada pokoknya menjadi perikatan yang harus atau wajib dilaksanakan oleh debitor dalam perjanjian tersebut.¹⁰⁰

Undang-undang hanya melihat pada apa yang tercantum dalam perjanjian yang merupakan prestasi yang harus dilakukan oleh para pihak, yang merupakan prestasi pokok, yang merupakan unsur

⁹⁶ Mariam Darus Badruzaman, et al., *Kompilasi Hukum Perikatan*, (Jakarta: Citra Aditya Bakti 2001) hal.73

⁹⁷ Ahmadi Miru. *Hukum Kontrak & Perancangan Kontrak*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2011) hal 23-24

⁹⁸ Subekti, *Op.Cit*, hal.19.

⁹⁹ Subekti, *Op. Cit.*, hal 19.

¹⁰⁰ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, (Jakarta: Raja Grafindo, 2010) hal.161

esensialia atau yang terkait erat dengan unsur esensialia dalam perjanjian tersebut, yang tanpa adanya unsur esensialia tersebut, tidak mungkin perjanjian tersebut akan dibuat oleh para pihak.¹⁰¹

Syarat pertama dan kedua Pasal 1320 KUHPdata disebut syarat subjektif, karena melekat pada diri orang yang menjadi subjek perjanjian. Jika syarat ini tidak dipenuhi, perjanjian dapat dibatalkan. Syarat ketiga dan keempat disebut syarat objektif, karena mengenai suatu yang menjadi objek perjanjian. Jika syarat ini tidak dipenuhi, perjanjian batal demi hukum.¹⁰²

D. Tinjauan Umum Tentang Jual Beli

1. Pengertian Jual Beli

Menurut Pasal 1457 KUHPdata, jual beli adalah suatu perjanjian dengan mana pihak yang satu mengikat dirinya untuk menyerahkan suatu kebendaan dan pihak yang lain untuk membayar harga yang telah dijanjikan. Sedangkan menurut Abdulkadir Muhammad, perjanjian jual beli adalah perjanjian dengan mana penjual memindahkan atau setuju memindahkan hak milik atas barang kepada pembeli sebagai imbalan sejumlah uang yang disebut harga.¹⁰³

Jual beli menurut BW adalah suatu perjanjian bertimbang bala mana pihak yang satu (si penjual) berjanji untuk menyerahkan hak milik atas suatu barang, sedang pihak yang lainnya (si pembeli) berjanji untuk membayar harga yang terdiri atas sejumlah uang sebagai imbalan dari perolehan hak milik tersebut. Perkataan jual beli menunjukkan bahwa dari satu pihak perbuatan dinamakan menjual, sedangkan dari pihak yang lain dinamakan membeli.¹⁰⁴

Perjanjian jual beli diatur dalam Pasal 1457-pasal 1540 BW. Ketentuan tersebut untuk masa sekarang ini tentu saja tidak cukup untuk mengatur segala bentuk atau jenis perjanjian jual beli yang ada

¹⁰¹ Ibid, hal.163

¹⁰² Abdulkadir Muhammad, *Op.Cit.*, hlm. 228-232.

¹⁰³ Abdulkadir Muhammad. *Hukum Perjanjian*, (Bandung: PT Alumni, 2010) hlm. 243

¹⁰⁴ R. Subekti. *Aneka Perjanjian*. (Bandung : PT. Citra Bakti, 2014), hlm, 1

dalam masyarakat, akan tetapi cukup untuk mengatur tentang dasar-dasar perjanjian jual beli. Dalam Pasal 1457 BW diatur tentang pengertian jual beli sebagai berikut. Perjanjian jual beli merupakan suatu perjanjian dengan mana pihak yang satu mengakibatkan dirinya untuk menyerahkan suatu benda dan pihak lain untuk membayar harga yang telah dijanjikan.¹⁰⁵

2. Unsur Dalam Jual Beli

Terdapat dua unsur penting dalam jual beli, yaitu:

1. Barang/ benda yang diperjual belikan.

Barang/benda yang diperjual belikan yaitu bahwa yang harus diserahkan dalam persetujuan jual beli adalah barang berwujud benda/*zaak*. Barang adalah segala sesuatu yang dapat dijadikan objek harta benda atau harta kekayaan.

Menurut ketentuan Pasal 1332 KUHPerdara, hanya barang-barang yang biasa diperniagakan saja yang boleh dijadikan objek persetujuan. KUHPerdara mengenal tiga macam barang dalam Pasal 503 sampai Pasal 505 KUHPerdara yaitu:

- a. Ada barang yang bertubuh dan ada barang yang tak bertubuh;
- b. Ada barang yang bergerak dan ada barang yang tidak bergerak;
- c. Ada barang yang bergerak yang bisa dihabiskan, dan ada yang tidak dapat dihabiskan, yang dapat dihabiskan adalah barang-barang yang habis karena dipakai.¹⁰⁶

2. Harga.

Harga berarti suatu jumlah yang harus dibayarkan dalam bentuk uang. Pembayaran harga dalam bentuk uang lah yang dikategorikan jual beli. Harga ditetapkan oleh para pihak.¹⁰⁷ Pembayaran harga yang telah disepakati merupakan kewajiban utama dari pihak pembeli dalam suatu perjanjian jual beli.

¹⁰⁵ Ahmadi Miru. *Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak*. (Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2016) hlm, 126.

¹⁰⁶ Ibid, hlm. 245

¹⁰⁷ Harahap Yahya. *Segi-segi Hukum Perjanjian*, (Bandung: PT Alumni, 1986), hlm. 182

3. Kewajiban Penjual

Bagi penjual ada kewajiban utama, yaitu:

- a. Menyerahkan hak milik atas barang yang diperjual belikan.

Kewajiban menyerahkan hak milik meliputi segala perbuatan yang menurut hukum diperlukan untuk mengalihkan hak milik atas barang yang diperjual belikan itu dari si penjual kepada si pembeli.

- b. Menanggung kenikmatan tentram atas barang tersebut dan menanggung terhadap cacat-cacat tersembunyi.

Konsekuensi dari jaminan oleh penjual diberikan kepada pembeli bahwa barang yang dijual itu adalah sungguh-sungguh miliknya sendiri yang bebas dari sesuatu beban atau tuntutan dari suatu pihak. Dan mengenai cacat tersembunyi maka penjual menanggung cacat-cacat yang tersembunyi itu pada barang yang dijualnya meskipun penjual tidak mengetahui ada cacat yang tersembunyi dalam objek jual beli kecuali telah diperjanjikan sebelumnya bahwa penjual tidak diwajibkan menanggung suatu apapun. Tersembunyi berarti bahwa cacat itu tidak mudah dilihat oleh pembeli yang normal.¹⁰⁸

4. Kewajiban Pembeli

Menurut Abdulkadir Muhammad, kewajiban pokok pembeli itu ada dua yaitu:

1. Menerima barang-barang; dan
2. Membayar harganya sesuai dengan perjanjian dimana jumlah pembayaran biasanya ditetapkan dalam perjanjian.¹⁰⁹

Sedangkan menurut Subekti, kewajiban utama si pembeli adalah pembayaran harga pembelian pada waktu dan di tempat sebagaimana ditetapkan menurut perjanjian. Harga tersebut haruslah sejumlah uang meskipun hak ini tidak ditetapkan dalam undang-undang.¹¹⁰

¹⁰⁸ Subekti, *Aneka Pejanjian*, (Bandung: PT Alumni, 1982), hlm. 8

¹⁰⁹ Abdulkadir Muhammad. *Hukum Perjanjian*, (Bandung: Alumni, 2009) hlm. 257-258

¹¹⁰ Subekti, *Op.Cit.*, hlm. 20.

E. Tinjauan Umum Tentang Hak Atas Tanah

a. Pengertian Hak Atas Tanah

Hak tanah merupakan hak penguasaan atas tanah yang berisikan serangkaian wewenang, kewajiban dan/atau larangan bagi pemegang haknya untuk berbuat sesuatu mengenai tanah yang menjadi haknya. Sesuatu yang boleh, wajib atau dilarang untuk diperbuat, yang merupakan isi hak penguasaan itulah yang menjadi kriteria atau tolak ukur di antara hak-hak penguasaan atas tanah yang diatur dalam Hukum Tanah.¹¹¹

Dengan adanya hak menguasai dari Negara sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 2 ayat (1) UUPA, yaitu :

"atas dasar ketentuan Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar dan hal-hal sebagai yang dimaksud dalam Pasal 1, bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung didalamnya itu pada tingkatan tertinggi dikuasai oleh Negara, sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat".

Berdasarkan ketentuan tersebut, Negara berwenang untuk menentukan hak-hak atas tanah yang dimiliki oleh dan/atau diberikan kepada perseorangan badan hukum yang memenuhi persyaratan yang ditentukan.

Kewenangan tersebut diatur dalam Pasal 4 ayat (1) dan ayat (2) UUPA, yaitu :

Dalam ayat (1) :

"Atas dasar hak menguasai dari Negara sebagai yang dimaksud dalam Pasal 2 ditentukan adanya macam-macam hak atas permukaan bumi, yang disebut tanah, yang dapat diberikan kepada dan dipunyai oleh orang-orang baik sendiri maupun bersama dengan orang lain serta badan- badan hukum".

Dalam ayat (2) :

"Hak-hak atas tanah yang dimaksud dalam ayat (1) Pasal ini memberi wewenang untuk mempergunakan tanah yang bersangkutan demikian

¹¹¹ Boedi Harsono. *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang- Undang Pokok Agraria* (Jakarta: Djambatan, 2003) Hlm. 24.

pula tubuh bumi dan air serta ruang yang ada diatasnya sekedar diperlukan untuk kepentingan yang langsung berhubungan dengan penggunaan tanah itu, dalam batas-batas menurut undang-undang ini dan peraturan- peraturan hukum lain yang lebih tinggi".

Berdasarkan Pasal tersebut, maka Negara menentukan hak-hak atas tanah sebagaimana diatur dalam Pasal 16 ayat (1) UUPA, yaitu :
a) Hak Milik; b) Hak Guna Usaha; c) Hak Guna Bangunan; d) Hak Pakai; e) Hak Sewa; f) Hak Membuka Tanah; g) Hak Memungut Hasil Hutan.

Hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak tersebut di atas yang akan ditetapkan dengan undang-undang serta hak-hak yang sifatnya sementara sebagaimana disebut dalam pasal 53. Hak-hak atas tanah tersebut di atas yang bersifat sementara diatur lebih lanjut dalam Pasal 53 ayat (1), yaitu :

"Hak-hak yang bersifat sementara sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 16 ayat (1) huruf h, ialah Hak Gadai, Hak Usaha Bagi Hasil, Hak Menumpang dan Hak sewa tanah Pertanian diatur untuk membatasi sifat-sifatnya yang bertentangan dengan undang-undang ini dan hak-hak tersebut diusahakan hapusnya dalam waktu yang singkat".

Seseorang atau badan hukum yang mempunyai suatu hak atas tanah, oleh UUPA dibebani kewajiban untuk mengerjakan atau mengusahakan sendiri secara aktif serta wajib pula memelihara termasuk menambah kesuburan dan mencegah kerusakan tanah tersebut.

Pihak yang dapat mempunyai hak atas tanah diatur dalam Pasal 9 ayat (2) UUPA, yaitu :

"tiap-tiap Warga Negara Indonesia, baik laki-laki maupun perempuan mempunyai kesempatan yang sama untuk memperoleh sesuatu hak atas tanah untuk mendapat manfaat dan hasilnya, baik bagi diri sendiri maupun keluarganya".

Warga Negara Asing atau badan hukum asing yang mempunyai perwakilan di Indonesia sangat dibatasi, hanya hak pakai atau hak sewa saja. Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 42 dan pasal 45 UUPA. Untuk badan hukum yang didirikan menurut hukum

Indonesia dan berkedudukan di Indonesia dapat mempunyai semua hak atas tanah kecuali hak milik yang terbatas pada badan-badan hukum yang ditetapkan oleh pemerintah, sebagaimana diatur dalam Pasal 30 ayat (1) huruf b dan Pasal 36 ayat (1) huruf b UUPA.

b. Jenis-Jenis Hak Atas Tanah

Hak atas tanah bersumber dari hak menguasai dari negara atas tanah dapat diberikan kepada perseorangan baik warga negara Indonesia maupun warga negara asing, sekelompok orang secara bersama-sama, dan badan hukum baik badan hukum privat maupun badan hukum publik.¹¹²

Menurut Soedikno Mertokusumo, wewenang yang dipunyai oleh pemegang hak atas tanah terhadap tanahnya dibagi menjadi 2, yaitu:

a. Wewenang umum.

Wewenang yang bersifat umum yaitu pemegang hak atas tanah mempunyai wewenang untuk menggunakan tanahnya, termasuk juga tubuh bumi dan air dan ruang yang ada di atasnya sekadar diperlukan untuk kepentingan yang langsung berhubungan dengan penggunaan tanah itu dalam batas-batas menurut Undang Undang Pokok Agraria dan peraturan-peraturan hukum lain yang lebih tinggi (Pasal 4 ayat (2) Undang Undang Pokok Agraria).¹¹³

b. Wewenang khusus.

Wewenang yang bersifat khusus yaitu pemegang hak atas tanah mempunyai wewenang untuk menggunakan tanahnya sesuai dengan macam hak atas tanahnya, misalnya wewenang pada tanah Hak Milik adalah dapat untuk kepentingan pertanian dan atau mendirikan bangunan, wewenang pada tanah Hak Guna Bangunan adalah menggunakan tanah hanya untuk mendirikan dan mempunyai bangunan di atas tanah yang bukan miliknya, wewenang pada tanah Hak Guna Usaha adalah menggunakan

¹¹² op.cit., Urip Santoso, *Hukum Agraria dan Hak-Hak Atas Tanah*, hal. 87.

¹¹³ Ibid., hal.88

tanah hanya untuk kepentingan perusahaan di bidang pertanian, perikanan, peternakan, atau perkebunan.¹¹⁴

Dari segi asal tanahnya, hak atas tanah dibedakan menjadi dua kelompok yaitu:

a. Hak Atas Tanah Bersifat Tetap

Hak atas tanah bersifat tetap diatur dalam Pasal 16 Ayat (1) Undang Undang Pokok Agraria terdiri dari :

1) Hak milik

Dalam Pasal 20 ayat (1) Undang Undang Pokok Agraria ditentukan: bahwa hak milik adalah hak yang turun temurun, terkuat, dan terpenuh yang dapat dipunyai orang atas tanah, dengan mengingat ketentuan dalam Pasal 6 Undang Undang Pokok Agraria. Hak milik yang terkuat dan terpenuh adalah sifat-sifat utama dari hak milik yang membedakan dengan hak-hak lainnya. Hak milik adalah hak yang “terkuat dan terpenuh” yang dapat dipunyai orang atas tanah.¹¹⁵

2) Hak Guna Usaha

Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 28 Undang Undang Pokok Agraria bahwa:

*"Hak guna usaha adalah hak untuk mengusahakan tanah yang dikuasai oleh Negara dalam jangka waktu tertentu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 29 Undang Undang Pokok Agraria, guna perusahaan pertanian, perikanan atau peternakan. Hak guna usaha diberikan dalam jangka waktu paling lama 25 tahun, dan untuk perusahaan yang memerlukan waktu yang lebih lama dapat diberikan paling lama 35 tahun."*¹¹⁶

3) Hak Guna Bangunan

Hak Guna Bangunan adalah hak untuk mendirikan dan mempunyai bangunan-bangunan atas tanah yang bukan miliknya sendiri dengan jangka waktu 30 tahun.¹¹⁷

¹¹⁴ Ibid

¹¹⁵ Arba, H. M, op.cit., hal.97

¹¹⁶ Arba, H. M, op.cit., hal.103

¹¹⁷ Arba, H. M, op.cit., hal.110

4) Hak Pakai

Dalam Pasal 41 ayat (1) Undang Undang Pokok Agraria dikatakan bahwa hak pakai adalah hak untuk menggunakan dan/atau memungut hasil tanah yang dikuasai langsung oleh Negara atau tanah milik orang lain, yang memberi wewenang dan kewajiban yang ditentukan dalam keputusan pemberiannya oleh pejabat yang berwenang atau dalam perjanjian dengan pemilik tanah yang bukan perjanjian sewa-menyewa atau perjanjian pengolahan tanah, asal segala sesuatunya tidak bertentangan dengan jiwa dan ketentuan Undang-undang ini.¹¹⁸

5) Hak Sewa

Hak sewa diatur dalam Undang Undang Pokok Agraria Pasal 44 dan Pasal 55. Hak sewa adalah hak yang memberi wewenang untuk menggunakan tanah milik orang lain dengan membayar kepada pemiliknya sejumlah uang sebagai sewanya.¹¹⁹

b. Hak Atas Tanah Bersifat Sementara

Hak-hak atas tanah yang bersifat sementara disebutkan dalam Pasal 16 ayat 1 huruf h Undang Undang Pokok Agraria. Macam-macam haknya disebutkan dalam Pasal 53 Undang Undang Pokok Agraria, yang meliputi:

1) Hak Gadai (Gadai Tanah)

Hak Gadai (gadai tanah), yaitu: hubungan antara seseorang dengan tanah kepunyaan orang lain, yang telah menerima uang gadai daripadanya. Selama uang gadai belum dikembalikan, tanah tersebut dikuasai oleh pemegang gadai. Selama itu hasil tanah seluruhnya menjadi pemegang gadai. Pengembalian uang gadai atau lazim disebut penebusan tergantung kepada kemauan atau kemampuan pemilik tanah yang menggadaikan.¹²⁰

¹¹⁸ Arba, H. M, op.cit., hal.116

¹¹⁹ Arba, H. M, op.cit., hal.123

¹²⁰ Fadhil Yazid, *Pengantar Hukum Agraria*, (Undhar Press : Medan, 2020), hal.77

2) Hak Usaha Bagi Hasil

Menurut Boedi Harsono, Hak Usaha Bagi Hasil (perjanjian Bagi hasil) adalah hak seseorang atau badan hukum (yang disebut penggarap) untuk menyelenggarakan usaha pertanian di atas tanah kepunyaan pihak lain (yang disebut pemilik) dengan perjanjian bahwa hasilnya akan dibagi antara kedua belah pihak menurut imbalan yang telah disepakati.¹²¹

3) Hak Menumpang

Pengertian Hak Menumpang dalam Undang-Undang Pokok-Pokok Agraria tidak memberikan pengertian apa yang dimaksud dengan Hak Menumpang. Sedangkan Boedi Harsono, memberikan pengertian Hak Menumpang adalah hak yang memberi wewenang kepada seseorang untuk mendirikan dan menempati rumah di atas tanah pekarangan milik orang lain.¹²²

4) Hak Sewa Tanah Pertanian

Undang-Undang Pokok Agraria tidak memberikan pengertian apa yang dimaksud dengan Hak Sewa Tanah Pertanian. Hak Sewa Tanah Pertanian adalah suatu perbuatan hukum dalam bentuk penyerahan penguasaan tanah pertanian oleh pemilik tanah kepada pihak lain (penyewa) dalam jangka waktu tertentu dan sejumlah uang sebagai sewa yang ditetapkan atas dasar kesepakatan kedua belah pihak.¹²³

¹²¹ Boedi Harsono. *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-undang Pokok Agraria Isi dan Pelaksananya*, (Djambatan : Jakarta, 2008) hal.271

¹²² Ibid., hal. 278

¹²³ Sapto Nugroho, et al., *Hukum Agraria Indonesia*. (Solo : Kafilah Publishing, 2017) hal.104