

PERBUATAN MELAWAN HUKUM DALAM PARADIGMA HUKUM PROGRESIF: REFLEKSI ATAS KESADARAN BERHUKUM

Dudi Mulyadi, Tri Yanuaria, Herry M. Polontoh
Fakultas Hukum Universitas Cenderawasih
dudi180480@gmail.com, triyanuaria85@gmail.com, 88mherry@gmail.com

ABSTRAK

Perbuatan melawan hukum merupakan bagian dari perikatan yang bersumber dari undang-undang akibat perbuatan manusia yang melawan hukum, baik karena kesengajaan maupun karena kelalaian yang melahirkan hubungan serta akibat hukum bagi seseorang untuk mempertanggungjawabkan kerugian akibat perbuatannya atau perbuatan orang lain atau binatang ataupun barang/benda yang berada di bawah kekuasaan atau tanggungannya ataupun pengawasannya. Itu sebabnya perbuatan melawan hukum menjadi penting untuk disoroti, terutama setelah mengalami perkembangan makna substansinya. Objek kajian ini lebih terfokus pada pesan makna yang terkandung dalam penafsiran yang luas dan landasan pemikiran yang menyertainya, bukan pada substansi materi di dalamnya, dengan menggunakan metode yuridis normatif. Hasil penelitian menunjukkan bahwa paradigma baru yang mendasari lahirnya penafsiran luas terhadap perbuatan melawan hukum pasca 31 Januari 1919 dalam kasus Lindenbaum-Cohen adalah bermula dari respons Hoge Raad (Mahkamah Agung Belanda) atas kegelisahan para pencari keadilan yang kepentingannya dilanggar dan menimbulkan kerugian, tetapi senantiasa tidak bisa diproses melalui formulasi hukum yang berlaku saat itu. Oleh karena itu dengan kesadaran dan keberanian, Hoge Raad menggunakan cara berpikir progresif sebagai terobosan untuk menjawab kebuntuan hukum positif. Tindakan Hoge Raad itu mencerminkan implementasi suatu kesadaran dan pengertian yang mendalam tentang cara berhukum yang benar yakni dengan mengembalikan posisi hukum sebagai pemberi jaminan keadilan sekaligus mengikrarkan bahwa hukum untuk manusia dan bukan manusia untuk hukum. Sayangnya dalam konteks bangsa kita, tindakan Hoge Raad itu belum menjadi inspirasi menyeluruh bagi terbanyak kita dalam berhukum dengan pikiran progresif. Masih lebih banyak kita yang terbelenggu dengan kekakuan pikiran ajaran legisme/positivisme hukum yang hanya mengakui undang-undang sebagai satu satunya hukum dan pedoman absolut. Diluar itu tidak dibenarkan, sebab bukan hukum.

Kata Kunci : Perbuatan Melawan Hukum, Hukum Progresif, Kesadaran Berhukum

ABSTRACT

The act against the law is part of legal relation sourced from the law as a result of human deeds against the law intentionally or unintentionally causing the relationship and the 1 consequence of the law for someone's responsibility in the loss due to reinforcement of other person or animal or things under his authority or supervision. Therefore, the act against the law become important to be highlighted especially after having the development of substantial meaning. The focus of this observation is on the useful message covered by wide interpretation and basic thought on it, does not include substantial material using the normative judicial method. The research showed that new paradigm causing the emerge of wide interpretation through the act against the law after 31 January 1919 for Lindenbaum-Cohen cases started from Hoge Raad (Dutch Supreme Court) response over justice seekers that their interests were overruled and caused the loss but can not be processed through law formulation at the time. Therefore, through the awareness and courages, Hoge Raad (Dutch Supreme Court) applied progressive thought as the breakthrough in answering the deadlock of positive law. The act of Hoge Raad reflected implementation of the awareness and deep understanding of carrying out the law correctly by returning law position as justice guarantee at once to declare that law for human not human for law.

Unfortunately, in our nation's context, the act of Hoge Raad does not contribute the inspiration for most of us in progressive law. There are a lot of us being trapped rigidly by legalism positivism that admitted act as the only law and absolute guidance. It is not justified outside it because it is not the law.

Keywords: *The Act Against The Law, Progressive Law, Law Awareness*

A. Pendahuluan

Manusia adalah makhluk unik yang di dalam dirinya tersimpan sejumlah hasrat, yang olehnya manusia didorong untuk mewujudkan dengan berbagai cara, mulai dari cara-cara yang pantas, sesuai, sampai dengan cara-cara yang tidak pantas, bertentangan dengan aturan umum. Hasrat manusia itu bisa berupa keinginan atau kebutuhan yang bersifat biologis dalam hakikatnya sebagai makhluk biologis, tetapi juga bisa berupa keinginan atau kebutuhan non-biologis yang bersifat kebendaan demi menunjang kelangsungan hidupnya secara jasmani.

Dalam hakikat kemanusiaannya sebagai makhluk sosial, ia membutuhkan orang lain sebagai partner untuk memudahkan terpenuhinya kebutuhan-kebutuhan tersebut. Dengan kebebasan yang dimiliki, lazimnya demi kebutuhan atau kepentingan bersifat kebendaan itu akan ditautkan atau diikatkan melalui suatu kesepakatan dalam perjanjian dengan orang lain. Harapannya, melalui cara yang demikian, tujuan itu akan terwujud atau tercapai. Tetapi nyatanya, tidak selalu hubungan-hubungan kepentingan yang telah dilandasi dengan perjanjian sebagai cara-cara yang wajar dan pantas, yang darinya lahir suatu hubungan hukum serta akibat akibat hukum, akan memberikan akibat sesuai yang diharapkan. Sudah barang tentu dengan tidak dipenuhinya akibat seperti yang diharapkan dari perjanjian oleh salah satu pihak, maka dengan secara paksa oleh hukum dapat ditegakkan karena wanprestasi.

Terlepas dari cara-cara yang demikian, tak jarang pula manusia dengan kehendak bebas untuk mewujudkan hasratnya, justru melakukan dengan cara-cara selain menurut perjanjian atau kesepakatan yang kemudian mendatangkan masalah atau kerugian bagi orang lain. Padahal sebagai makhluk bebas dengan kehendak bebasnya, tidak dimaksudkan bahwa tindakannya bebas. Karena “bebas hanya tentang suatu tindakan manusiawi (*actus humanus*), bukan tentang suatu tindakan manusia (*actus hominis*). Misalnya cara kita berjalan, berhadapan dengan orang lain adalah tindakan manusia, tetapi bukan tindakan manusiawi, maka tidak tergolong tindakan bebas.”¹ Sebab yang diharapkan dari manusia adalah tindakan yang mengarahkan dirinya ke arah suatu tujuan yang bernilai dengan cara-cara yang pantas. Tetapi apa yang diharapkan dari tindakan manusia itu, lagi-lagi tidak selalu berjalan dengan sedemikian baik, selaras, dan sesuai dengan harapan kepantasan, melainkan yang bertentangan dan merugikan orang lain.

¹ Theo Huijbers, (cet. 3. 1995). *Filsafat Hukum*. Yogyakarta: Penerbit Kanisius, hlm. 53

Dalam kaitan dengan tindakan-tindakan yang tidak bernilai atau merugikan orang lain itu, tidak selalu secara tegas atau jelas diatur dalam hukum formal. Bukan cuma itu, bahkan atau sama sekali belum diatur karena begitu luasnya aspek kepentingan manusia. Hukum dalam keterbatasannya untuk dapat menormakan secara formal dalam hukum positif setiap tindakan manusia sebagai pedoman yang harus ditaati, menyebabkan tindakan-tindakan tersebut berlalu begitu saja, walaupun akibat dari tindakan itu nyata dirasakan atau dialami sebagai ketidakadilan. Faktor tidak terakomodasinya tindakan-tindakan tersebut di dalam hukum, karena aliran pemikiran legisme telah membingkai pemaknaan hukum menjadi terbatas hanyalah undang-undang. Ketika “*recht*” diidentikkan dengan “*wet*”, sehingga yang disebut hukum hanyalah undang-undang saja, sementara di luar undang-undang bukan hukum, disitulah masalahnya.

Dengan pemaknaan seperti itu, banyak kasus yang kemudian secara substansial dapat dikategorikan sebagai suatu perbuatan melawan hukum, namun karena didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang demikian, maka tidak tampak hal itu adalah perbuatan melawan hukum. Keadaan semacam ini menimbulkan kerugian bagi korban, tetapi tidak bisa berbuat apa-apa untuk mendapatkan keadilan dari apa yang terjadi, hanya karena tidak tegas atau tidak diaturnya perbuatan-perbuatan tersebut dalam hukum formal. Problematika tersebut menggambarkan tantangan dalam memberikan jalan keluar untuk mengatasi terbatasnya lingkup makna jangkauan hukum. Urgensi untuk membukakan kekakuan hukum dalam doktrin legisme yang mengekang eksistensi jangkauan hukum dalam mengatur dan menjamin keberlangsungan kepentingan secara adil.

Dalam hubungan itu, maka akan menyoal bukan sekadar keterbatasan makna perbuatan melawan hukum yang tidak bisa menjangkau akibat-akibat perbuatan di luar undang-undang, melainkan lebih kepada dimensi perluasan maknanya yang berlaku saat ini, adalah hal terpenting yang akan disoroti. Dalam kaitan itu, maka akan dikaji secara teoretis makna dari perubahan tersebut, terutama tentang paradigma yang melandasinya untuk merefleksikan bagaimana kesadaran kita dalam berhukum pasca putusan Hoge Raad sebagai langkah konkret dalam menjawab keterbatasan jangkauan hukum formal menghadapi situasi yang nyata.

B. Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum yuridis-normatif dengan menggunakan data/bahan hukum sekunder yang bersumber dari bahan-bahan kepustakaan tertentu, terutama yang bersifat hukum dan konsep-konsep yang relevan pula dengan hukum. Pendekatan yang digunakan untuk menganalisis data sekunder meliputi pendekatan undang-undang dan pendekatan konseptual berupa pandangan para ahli. Analisis datanya menggunakan analisis kualitatif, yang kemudian dideskripsikan berdasarkan interpretasi dan penalaran hukum untuk menjelaskan gambaran hukum yang diperluas serta pesan makna yang terkandung dari landasan pemikirannya.

C. Hasil dan Pembahasan

Secara umum, dalam membicarakan ajaran tentang perbuatan melawan hukum tidak dapat dilepas dari dua masa penting sebagai periodisasi sejarah yang dapat membukakan tabir perkembangan perbuatan melawan hukum dan substansinya. Oleh karena itu, maka kedua masa itu akan ditinjau terlebih dahulu.

1. Substansi atau Materi Muatan Perbuatan Melawan Hukum Sebelum Arrest Hoge Raad 31 Januari 1919

Pada masa ini (sebelum 31 Januari 1919), paham atau pandangan yang dianut adalah paham sempit. Paham yang bersumber atau bersandar pada ajaran aliran legisme yang mengatakan, bahwa tidak ada hukum diluar undang-undang karena “*onrechtmatig*” (melawan hukum) dirumuskan sama dengan “*onwetmatige*” (melawan undang-undang). Artinya “*onrechtmatige*” adalah “*onwetmatige*”, maka suatu perbuatan baru dianggap melawan hukum (*onrechtmatige*) bilamana perbuatan tersebut bertentangan dengan ketentuan undang-undang (*onwetmatige*). Jadi semata-mata bertentangan dengan pasal-pasal dalam hukum tertulis (bertentangan dengan perundang-undangan yang berlaku). Akibatnya, pada masa itu banyak kepentingan orang yang dilanggar, tetapi tidak bisa diapa-apakan/tidak bisa ditindak atau diproses. Sebagai contoh, agar jelas dipaparkan beberapa kasus dan putusan.

a. Perkara *Maatschappij Singer (Arrest Hoge Raad tanggal 6 Januari 1905)*.

Kasusnya adalah demikian, *Maatschappij Singer* (Perseroan *Singer*) yang asli mengalami saingan yang berat dari sebuah *maatschappij* (perseroan) lainnya yang juga menjual mesin-mesin jahit dari pabrik lain, tetapi dengan menggunakan nama dari *Singer Maatschappij* yang asli, sehingga masyarakat mengira bahwa *maatschappij* (perseroan/perusahaan) tersebut benar-benar menjual mesin-mesin jahit dari *Singer Manufacturing Co.* yang terkenal itu. Karenanya *Singer Maatschappij* yang asli menuntut ganti kerugian berdasarkan Pasal 1401 BW Belanda (Pasal 1365 KUHPerdara), akan tetapi Hoge Raad menolak, karena pada waktu itu tidak terdapat ketentuan undang-undang yang memberi perlindungan atas hak nama perdagangan.

b. Perkara *Zutphense Juffrouw (Arrest Hoge Raad tanggal 10 Juni 1910)* – Kasus Pipa air yang bocor dari kota Zutphen di Belanda.

Kasusnya, Pada suatu gedung bertingkat di kota Zutphen tinggal dua keluarga. Pada lantai bagian atas dihuni M. de Vries sedangkan lantai bawah dihuni Nyhoff. Suatu ketika, pipa air dalam gudang lantai bawah pecah, sehingga penghuni lantai bawah (Nyhoff) meminta penghuni lantai atas untuk menutup keran induk yang berada di lantai atas tersebut (M. de Vries) agar tidak merusak barang-barangnya yang ada di dalam gudang. Tetapi permintaan penghuni lantai bawah tidak ditanggapi, menyebabkan barang-barangnya tergenang air dan ia mengalami kerugian. Atas kerugian ini, *Maatschappij* (Perseroan) pertanggung-jawaban-asuransi membayar ganti rugi, tetapi kemudian menuntut Vries (penghuni gedung lantai atas) ke pengadilan berdasarkan

onrechtmatige daad. Namun tuntutan ini ditolak oleh Hoge Raad, dengan alasan bahwa tidak terdapat ketentuan undang-undang yang mewajibkan penghuni rumah lantai atas untuk mematikan keran induk untuk kepentingan pihak ketiga.

Di sini jelas bahwa "*onrechtmatige*" (melawan hukum) baru dianggap ada, jika bertentangan dengan undang-undang. Sebab "*onrechtmatige*" disamakan dengan "*onwetmatige*". Hal ini mencerminkan atau menegaskan bahwa Hoge Raad dalam tahun-tahun sebelum 1919, masih mengikuti aliran legisme yang berpandangan bahwa "*onrechtmatige*" adalah "*onwetmatige*". Jadi baru dianggap melawan hukum jika bertentangan dengan undang-undang. Artinya harus tegas diatur dalam pasal-pasal undang-undang. Suatu keadaan yang mewarnai gambaran keterbatasan hukum khususnya mengenai perbuatan melawan hukum dalam cakupan pengaturannya terhadap tindakan manusia yang menimbulkan efek negatif atau kerugian bagi orang lain pada masa sebelum 31 Januari 1919. Suatu kondisi yang menjadi kegelisahan turun temurun dari para pencari keadilan selama puluhan bahkan ratusan tahun. Sukses itu baru tercapai setelah putusan Hoge Raad pada 31 Januari 1919.

2. Substansi Perbuatan Melawan Hukum Setelah 31 Januari 1919 : Sebuah Titik Balik Kesadaran

Berbeda halnya dengan keadaan pada masa sebelum 31 Januari 1919, pada masa sesudah 31 Januari 1919 terjadi suatu perubahan yang revolusioner dan penting artinya bagi hukum perdata pada umumnya, dan secara khusus bagi hukum perikatan. Oleh karena Hoge Raad dengan suatu keyakinan baru dan frontal berani menghadirkan suatu pemahaman atau penafsiran yang berbeda dengan yang sudah lama ada dan berlaku. Terobosan spektakuler yang menafikkan penafsiran sempit, kaku, kepada penafsiran yang luas dan luwes tentang *onrechtmatige*.

Peristiwa menakjubkan ini terjadi sebagai respons atas desakan dan tuntutan tuntutan yang secara terus menerus dan meluas dari para pencari keadilan ketika itu, terutama di Belanda. Pergeseran atau perubahan paradigma ini terjadi, tepatnya ketika Hoge Raad memberikan putusan yang memenangkan Lindenbaum melalui gugatannya kepada Cohen atas tuduhan perbuatan melawan hukum yang menimbulkan kerugian baginya, karena tindakan Cohen yang telah membujuk karyawan Lindenbaum untuk membocorkan rahasia atau memberikan salinan-salinan penawaran dari Lindenbaum kepada masyarakat, termasuk memberikan nama-nama orang atau pelanggan-pelanggan Lindenbaum yang mengajukan order.

Pada tingkat pertama, Lindenbaum dimenangkan tetapi pada tingkat banding justru Lindenbaum dikalahkan berdasarkan pertimbangan bahwa karyawan Lindenbaum memang telah melanggar suatu kewajiban hukum, tetapi tidak dapat dikatakan demikian kepada Cohen, karena undang-undang tidak melarangnya. Namun akhirnya pada tingkat kasasi, Hoge Raad memenangkan Lindenbaum dengan pertimbangan bahwa keputusan pengadilan tingkat banding dalam memberikan makna atau penafsiran tentang perbuatan melawan hukum adalah sangat sempit, sehingga yang

termasuk didalamnya, hanyalah perbuatan-perbuatan yang sifat terlarangnya dapat dilihat secara langsung dari undang-undang, sedangkan diluar itu adalah perbuatan-perbuatan yang tidak dilarang karena sifat terlarangnya tidak dapat dilihat dari undang-undang, sekalipun perbuatan-perbuatan tersebut bertentangan dengan keharusan dan kepatutan yang diharuskan dalam pergaulan masyarakat.

Oleh karena itu menurut Hoge Raad, pendirian atau penafsiran tingkat banding itu tidak beralasan, sebab pengertian dari perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) itu termasuk pula perbuatan yang memperkosa/merugikan hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat sendiri atau bertentangan dengan kesusilaan atau dengan suatu kepatutan di dalam masyarakat baik terhadap orang maupun benda orang lain, sedang barangsiapa karena salahnya sebagai akibat perbuatan itu telah mendatangkan kerugian kepada orang lain, berkewajiban membayar ganti kerugian.² Dengan kata lain menurut Hoge Raad, "*onrechtmatige daad*" secara luas itu adalah bahwa berbuat atau tidak berbuat yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum daripada orang yang berbuat atau tidak berbuat itu atau bertentangan dengan tata susila atau sikap berhati-hati sebagaimana patutnya didalam pergaulan masyarakat terhadap orang atau barang orang lain.³

Dengan keputusan ini, Hoge Raad telah menandai suatu babak baru dalam perkembangan paham atau perumusan *onrechtmatige daad* dari pandangan yang sempit yang berlandaskan ajaran legisme menjadi pandangan yang luas. Pandangan yang tidak hanya mengakui undang-undang sebagai dasar penentuan perbuatan yang *onrechtmatige*, melainkan mengakui pula kaedah-kaedah hukum diluar hukum positif (undang-undang), yakni kaedah kesusilaan atau kesopanan, kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan masyarakat. Itu sebabnya dengan melanggar tata susila dan sikap kehati-hatian sebagaimana patutnya diindahkan dalam pergaulan masyarakat terhadap orang atau barang orang lain, sudah dapat menjadi dasar untuk menentukan suatu perbuatan itu *onrechtmatige* atau tidak.

Demikian pula perbuatan melawan hukum itu, bukan hanya mengenai perbuatan yang positif telah terjadi atau telah dilakukan karena adanya sikap aktif, melainkan juga meliputi perbuatan yang dikuatirkan akan terjadi yakni bersifat pasif, maka dengan diam saja tanpa melakukan apa-apa, padahal ia sadar ada kewajiban yang mengharuskan, maka itu sama artinya dengan telah melakukan suatu tindakan yang aktif. Wirjono Prodjodikoro mengatakan bahwa⁴: orang yang diam saja dapat dikatakan melakukan perbuatan melawan hukum (istilah beliau melanggar) kalau ia sadar, bahwa ia dengan diam saja adalah melanggar hukum. Karena dalam diam

² M. A. Moegni Djojodirdjo (1982). *Perbuatan Melawan Hukum*. Jakarta: Pradnya Pramita, hlm. 26.

³ Sudikno Mertokusumo (2014). *Perbuatan Melawan Hukum Oleh Pemerintah*. Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, hlm. 15.

⁴ Wirjono Prodjodikoro (cet. 8. 1992). *Perbuatan Melanggar Hukum*. Bandung: Penerbit Sumur, hlm. 8

itu, yang bergerak bukan tubuhnya seseorang itu, melainkan pikiran dan perasaannya. Jadi unsur “bergerak” dari pengertian “perbuatan” dalam sikap diam itu kini pun ada. Kemudian berbuat dan tidak berbuat sudah merupakan perbuatan melawan hukum, jika:

- a. Melanggar hak orang lain;
- b. Bertentangan dengan kewajiban hukum dari si pembuat; atau
- c. Bertentangan dengan kesusilaan; atau
- d. Bertentangan dengan kepatutan yang berlaku dalam masyarakat terhadap diri atau barang orang lain.⁵

Melanggar hak orang lain adalah melanggar hak subjektif orang lain, yang menurut Meijers, ciri dari hak subjektif adalah wewenang khusus yang diberikan oleh hukum kepada seseorang untuk digunakan bagi kepentingannya. Hak-hak subjektif yang diakui yurisprudensi itu adalah:

- a. Hak-hak perorangan, seperti kebebasan, kehormatan, nama baik;
- b. Hak-hak atas harta kekayaan seperti hak-hak kebendaan dan hak-hak mutlak lainnya.⁶

Kemudian mengenai hal bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat menurut rumusan Arrest 1919 adalah kewajiban menurut undang-undang, sedangkan jika menurut terminologi hukum dewasa ini adalah kewajiban hukum yang didasarkan pada hukum tertulis maupun yang tidak tertulis. Selanjutnya, yang dimaksud bertentangan dengan kesusilaan adalah yang bertentangan dengan norma-norma moral yang diakui oleh masyarakat sebagai norma-norma hukum. Berikutnya, yang dimaksud bertentangan dengan kepatutan atau barang orang lain adalah hal yang harus disadari sebagai sesuatu yang layak dan patut diperhatikan dalam kepentingan bersama. Jadi bertentangan dengan kepatutan adalah perbuatan yang sangat merugikan orang lain (tanpa kepentingan yang layak serta tidak berguna), yang menimbulkan bahaya bagi orang lain.

Mengenai kesalahan (*schuld*) ditafsirkan sebagai suatu kegagalan seseorang untuk hidup dengan sikap yang ideal, yakni sikap yang biasa dan normal dalam pergaulan masyarakat. Sebagaimana diketahui, unsur kesalahan yang dipersyaratkan dalam Pasal 1365 KUHPerdara dianggap ada, jika terpenuhi salah satu dari 3 (tiga) syarat berikut ini⁷:

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

⁵ R. Setiawan (cet. 3. 1986). *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*. Bandung: BinaCipta, hlm. 82.

⁶ Meijers dalam R. Setiawan. *Ibid*, hlm. 82-83.

⁷ Munir Fuady (cet. 2. 2005). *Perbuatan Melawan Hukum*, Pendekatan Kontemporer. Bandung: Citra Aditya Bakti, hlm. 45.

Dalam unsur kesengajaan itu, ada kesadaran dan niat atau maksud dalam hati dari pihak pelaku untuk menimbulkan kerugian tertentu bagi korban atau paling tidak mengetahui secara pasti bahwa akibat dari perbuatannya akan terjadi. Dalam hal ini perlu dibedakan antara istilah “maksud” dengan “motif”. Dengan istilah “maksud” diartikan sebagai suatu keinginan untuk menghasilkan suatu akibat tertentu. Misalnya menyulut api ke sebuah mobil, tentu tindakan tersebut mempunyai “maksud” untuk membakar mobil tersebut. Akan tetapi “motif” dari membakar mobil itu bisa bermacam-macam misalnya untuk balas dendam, protes, menghukum, membela diri, dan lain-lain.⁸

Berbeda dengan kesengajaan, dalam unsur kelalaian, pada pelaku tidak ada niat dalam hatinya untuk menimbulkan akibat/kerugian, bahkan mungkin ada keinginan untuk mencegah terjadi kerugian tersebut. Dengan demikian, dalam perbuatan melawan hukum, untuk unsur kesengajaan, di dalamnya ada niat atau sikap mental yang menjadi faktor dominan. Tetapi pada kelalaian, niat atau sikap mental tersebut tidak menjadi penting. Yang terpenting dalam kelalaian adalah sikap lahiriah dan perbuatan yang dilakukan, tanpa terlalu mempertimbangkan apa yang ada dalam pikirannya.⁹ Sesungguhnya, dalam hukum sipil (perdata) terhadap perbuatan yang bersifat kesengajaan (*dolus*) atau kelalaian, kurang hati-hati (*culpa*), umumnya diberikan akibat yang sama seperti dalam Pasal 1365 KUHPperdata. Tidak diperlukan untuk menyelidiki jiwa si pembuat, apakah perbuatannya itu dilakukan dengan kesengajaan atau kelalaian karena yang terpenting adalah akibat dari perbuatan itu menimbulkan kerugian atau tidak. Lain halnya dalam lapangan hukum pidana.¹⁰ Jika unsur kelalaian dalam hukum sipil (perdata), khususnya perbuatan melawan hukum adalah penting terkait dengan penentuan jumlah ganti kerugian berkenaan dengan kontribusi peran masing-masing yang menyebabkan terjadinya akibat, seperti apa peran dari pelaku maupun korban sendiri yang menderita kerugian.

Selanjutnya dalam perbuatan melawan hukum yang dimaksud dengan kerugian adalah kerugian materiil dan kerugian idiil. Kerugian materiil adalah kerugian yang nyata-nyata diderita serta keuntungan yang seharusnya diperoleh tetapi musnah atau tidak bisa diperoleh (Pasal 1246 KUHPperdata) akibat perbuatan melawan hukum. Misalnya karena perbuatan melawan hukum, truk yang seharusnya beroperasi mengangkut pasir mengalami kerusakan. Si pembuat dalam hal ini tidak hanya diwajibkan membayar biaya perbaikan atau reparasi mobil, tetapi juga wajib untuk mengganti penghasilan dari truk tersebut kepada si pemiliknya selama waktu perbaikan kendaraan tersebut. Selanjutnya yang dimaksud dengan kerugian idiil adalah kerugian yang berkenaan dengan ketakutan, sakit, dan kehilangan kesenangan hidup. Sehubungan dengan itu maka tidak mudah untuk menetapkan besarnya jumlah ganti kerugian. Lebih lanjut mengenai kerugian yang ditimbulkan harus ada hubungan kausal atau sebab akibat dengan perbuatan melawan hukum. Hubungan sebab

⁸ *Ibid*, hlm. 47.

⁹ *Ibid*, hlm. 73.

¹⁰ Sudikno Mertokusumo. *Op.Cit*, hlm. 20-21.

akibat yang dimaksud Pasal 1365 KUHPerdara yaitu antara kerugian dengan perbuatan melawan hukum, sesungguhnya tidak didapati ketentuannya dalam Pasal tersebut. Hal ini diserahkan kepada hakim (Hoge Raad 23 Juni 1922). Apa yang dimaksud dengan hubungan sebab akibat ialah bahwa kerugian itu adalah akibat langsung dan tidak dengan perantara, juga merupakan akibat yang layak diharapkan dari perbuatan itu (Hoge Raad 3 Februari 1927). Pandangan Hoge Raad tentang kausalitas itu terkenal dengan nama "*adequatietheorie*". Dengan demikian dalam mengartikan teori *adequat* itu tidak sebagai ajaran tentang sebab akibat tetapi sebagai ajaran tentang pertanggungjawaban.¹¹

Dengan terjadinya perubahan paradigma setelah tahun 1919 (sempit ke luas), maka perbuatan yang oleh tiap orang dirasakan sebagai perbuatan yang *onrechtmatige* akan dapat dibawa ke muka pengadilan, sekalipun perbuatan itu tidak secara langsung bertentangan dengan ketentuan undang-undang, namun sudah cukup untuk dianggap sebagai *onrechtmatige*, jika ternyata bertentangan dengan kesusilaan, kesopanan atau kepatutan dalam masyarakat.

Peristiwa ini menjadi peristiwa bersejarah yang amat penting, sebagai titik balik dari sebuah kesadaran yang menempatkan hukum kedalam habitatnya sebagai jawaban kunci untuk menyelesaikan masalah yang selama berpuluh-puluh tahun tidak tersentuh hukum, lantaran undang-undang tidak mengatur. Walaupun demikian, harus diakui bahwa dalam praktek sehari-hari tidaklah mudah karena luas bidang cakupannya, sehingga bukan pula hal yang gampang untuk menentukan dengan pasti perbuatan manakah yang termasuk *onrechtmatige daad* dan mana yang tidak. Perkembangan pengertian perbuatan melawan hukum dari sempit ke luas yang terjadi di negeri Belanda pada tahun 1919 itu kemudian berlaku pula di Indonesia sebagai jajahannya berdasarkan asas konkordansi, yakni asas yang memberlakukan setiap hukum di Belanda ke negeri jajahannya.

Uraian-uraian yang dikemukakan di atas, merupakan gambaran perkembangan atau berlakunya paradigma baru terhadap elemen-elemen atau unsur-unsur perbuatan melawan hukum yang berpangkal pada Pasal 1365 KUHPerdara yaitu ada unsur perbuatan, perbuatan itu melawan hukum, ada kesalahan, dan ada kerugian yang mempunyai hubungan kausalitas dengan perbuatan yang mewajibkan seseorang untuk bertanggung jawab terhadap akibat (kerugian) yang ditimbulkan karena perbuatannya (tanggung jawab pribadi), maupun karena perbuatan orang lain (Pasal 1367 KUHPerdara), atau binatang (Pasal 1368 KUHPerdara) ataupun benda/barang (Pasal 1369 KUHPerdara) yang senantiasa berada dibawah kekuasaan atau tanggungannya ataupun pengawasannya.

Pertanggungjawaban atas resiko atau akibat yang ditimbulkan karena perbuatan yang bukan bersumber langsung dari diri si pelaku sendiri, melainkan dari orang lain, binatang atau benda/barang yang berada dibawah kekuasaan, atau tanggungan atau pengawasannya itulah yang

¹¹ Sudikno Mertokusumo. *Ibid*, hlm. 23-24.

dikenal dengan istilah tanggung gugat (*aansprakelijkheid*) sebagai perluasan dari makna tanggung jawab karena faktor kelalaian atau karena kegagalan seseorang memfungsikan peran tanggung jawabnya berupa kewajiban. Hal itu dimaksudkan hanya untuk menentukan siapakah yang harus menerima gugatan (siapa yang harus digugat) karena adanya suatu perbuatan melawan hukum, sebab tidak selamanya atau tidak selalu yang harus digugat atau menerima tanggung gugat adalah pihak pelaku perbuatan melawan hukum itu sendiri.¹² Misalnya si A yang melakukan perbuatan melawan hukum tetapi si B yang harus digugat dan mempertanggungjawabkan perbuatan tersebut. Contoh lain misalnya, orang tua terhadap perbuatan anak dibawah umur. Hendak ditegaskan bahwa dalam hal pertanggungjawaban, pembedaan kesengajaan dan kelalaian dalam hukum sipil khususnya dalam perbuatan melawan hukum, dengan demikian lebih dimaksudkan untuk menentukan siapa yang harus menerima gugatan tersebut.

Terjadinya perluasan-perluasan makna pada elemen-elemen perbuatan melawan hukum yang demikian itu, memberi gambaran pula bahwa sebuah titik balik kesadaran telah terjadi di tengah kemandekan hukum yang berlaku, dalam rangka membebaskan diri dari dominasi dan cengkeraman teks undang-undang yang kaku ditengah jebakan keasyikan urusan-urusan ke dalam, seperti kepastian, sistem, logika peraturan dan lain-lain yang berdampak pada kurangnya respons yang baik terhadap problem masyarakat yang semakin berkembang. Kondisi inilah yang menjadi potret kesadaran dan perubahan yang hendak dibongkar atau diwadahi melalui suatu konsep baru atau pemikiran-pemikiran yang lebih maju untuk mengatasi kekurangan atau kelemahan-kelemahan akut dalam konsep positivisme yang menjadi pedoman selama ini.

3. Respons Terhadap Titik Balik Kesadaran : Konkretisasi Langkah

Sejak pola pikir atau paradigma baru tentang perbuatan melawan hukum tercetus pada 31 Januari 1919, terjadi respons positif yang luar biasa dari berbagai kalangan, terutama para pencari keadilan. Tercermin bahwa cara pandang demikian memang dibutuhkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan hukum yang tak kunjung selesai dalam cara pandang lama sehingga cara pandang hukum progresif diperlukan untuk pencarian kebenaran yang bertolak dari realitas empirik tentang bekerjanya hukum di masyarakat.

Pada level penegakan hukum dan keadilan, gagasan-gagasan pemikiran hukum progresif kemudian menjadi kunci pemecah kebuntuan hukum dari hukum formal yang bersendikan legisme/positivisme. Dengan kata lain, munculnya gagasan pemikiran hukum progresif pada dasarnya karena ketidakpuasan penggunaan cara pandang yang positivistik dalam penegakan hukum dan keadilan, yang seringkali dirasakan gagal memenuhi tuntutan penegakan hukum yang adil itu. Kendati demikian, kesadaran tersebut tidak segera bisa menggerakkan seluruh komponen

¹² Munir Fuady. *Op.Cit.*, hlm. 16.

masyarakat, terutama dua kekuatan besar yaitu legislatif dan eksekutif untuk menindaklanjutinya. Boleh dikatakan, kepekaan terhadap keadaan semacam ini masih kurang.

Dalam sejarah, “kemajuan-kemajuan hukum, tercatat bahwa hukum tidak dijalankan dengan cara-cara biasa melainkan melalui keberanian menempuh langkah *rule breaking* yang visioner itu”¹³ untuk keluar dari rutinitas penerapan hukum secara apa adanya. Tidak dapat terus menerus membiarkan penyelesaian terhadap masalah masalah hukum begitu saja, seolah-olah tidak ada masalah, tanpa melakukan perombakan dalam cara kerja hukum. Bangsa kita bukan tidak sadar tentang hal itu. Sebagai salah satu contoh luar biasa ketika terjadi polemik dan perdebatan dalam pemilihan umum beberapa tahun lalu tentang bukti yang sah untuk dapat memilih, Mahkamah Konstitusi kemudian memutuskan penggunaan KTP maupun Paspor sebagai bukti yang sah untuk menggunakan hak pilih. Hal ini menjadi bukti. Persoalannya bukan disini, melainkan kurangnya keberanian untuk keluar dari kebuntuan tersebut. Faktor rasa nyaman yang ditimbulkan oleh kebiasaan yang selama ini dijalankan, itulah yang membuat keengganan untuk keluar dari zona tersebut, sekalipun disadari bahwa yang tampak teratur, tertib, jelas, dan pasti dipermukaan itu sebenarnya adalah ketidakteraturan yang menggelisahkan masyarakat dalam hegemoni kekuasaan. Sayangnya, kontradiksi yang terjadi sering dianggap bukan lagi kontradiksi, tetapi keteraturan baru yang membutuhkan penyesuaian.

Revolusi di bulan Januari 1919 yang diciptakan oleh Hoge Raad melalui putusannya dalam kasus Lindenbaum-Cohen mengenai perbuatan melawan hukum, yang semula ditafsirkan hanya sebagai melawan undang-undang (bersifat sempit, kaku), berubah menjadi jauh lebih luas, termasuk perbuatan yang bertentangan dengan kepatutan dalam kehidupan sosial adalah contoh yang baik, selain yang telah dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. Perubahan-perubahan besar seperti ini tidak mungkin akan terjadi manakala hanya berpikir biasa-biasa saja, mengikuti dan meneruskan praktik yang sesungguhnya sudah dirasakan ketidakadilan dan ketidakbenarannya.

Belajar dari pengalaman tersebut dan bangsa-bangsa lain serta sejumlah pengalaman bangsa kita sendiri, kesediaan dan keberanian untuk berpikir luar biasa sangat dibutuhkan, sehingga yang muncul tidak hanya *legal and formal justice*, tetapi benar-benar adalah suatu *substancial justice*. Masalahnya karena hal ini bukan soal logika hukum semata-mata, melainkan logika kehidupan bangsa yang begitu luas oleh karena “hukum adalah identitas sebuah bangsa”.¹⁴ Tetapi sampai saat ini, hambatan yang dihadapi pada saat ingin memasukkan orientasi dan cara-cara berhukum baru adalah kecenderungan yang masih kuat untuk mempertahankan *status quo*, dimana yang sudah dicapai seolah-olah tidak boleh diutak-atik lagi, itulah soalnya. Berpikir dalam kotak-kotak mutlak

¹³ Satjipto Rahardjo (2010). *Penegakan Hukum Progresif*. Jakarta: Kompas, hlm. 169.

¹⁴ Gerald Turkel dalam Achmad Gunaryo dalam Achmad Gunawan. BS dan Mu’ammam Ramadan (Penyunting). (cet. 1. 2006). *Menggagas Hukum Progresif Indonesia*. Yogyakarta: Kerjasama Pustaka Pelajar IAIN Walisongo dan Program Doktor UNDIP, hlm. 21.

secara hitam putih semacam ini, dalam dominasi paradigma positivisme dengan sifat formalitasnya yang melekat kuat, memang adalah cara menjalankan hukum yang paling disukai, karena mudah dan sederhana sebab cukup menuruti bunyi teks undang-undang dan prosedur. Demikian pula merupakan cara paling aman bagi penegak hukum, terutama jika yang dipikirkan adalah mencari aman untuk selamat dalam meniti karir, walaupun cara seperti itu seringkali meninggalkan bara atau bibit-bibit kedukaan, menyembunyikan ketidaktertiban di bawah permukaan yang tampak sebagai keadaan tertib. Dihadapkan pada kenyataan demikian, sekarang orang semakin paham, bahwa dalam ketertiban, kepastian hukum dan keadilan, hukum formal (paradigma positivisme) menyimpan pula bibit-bibit ketidaktertiban, ketidakpastian hukum dan ketidakadilan, ketika hukum tidak berusaha untuk mengkomodasi dinamika kehidupan masyarakat yang menjadi basis hukum itu hidup.

Ditengarai, sistem hukum yang mengutamakan agar hukum bekerja secara analitis yaitu yang mengedepankan peraturan dan logika belaka, tidak akan banyak menolong hukum keluar dari keterpurukannya. Cara berhukum yang progresif dan luar biasa itu sebenarnya menjadi bagian inheren dalam hukum, karena itu tak dapat disebut sebagai cara-cara yang menyimpang. Hanya mereka yang terjebak dalam pikiran positivistik-legalistiklah yang akan berpendapat bahwa berhukum secara luar biasa itu salah. Justru cara berpikir seperti itulah yang agaknya keliru, amat dangkal dan menjadi penghambat saat hukum dihadapkan pada berbagai persoalan besar. Bayangkan, apa yang akan terjadi dengan Pemilu 2009, jika Mahkamah Konstitusi dengan para hakimnya hanya berpedoman pada cara-cara berpikir positivistik legalistik dan menolak cara berpikir atau mempraktekkan cara berhukum progresif untuk memutuskan bahwa KTP dan Paspor dapat dipakai untuk mencontreng, tentu yang terjadi adalah Pemilu akan batal/ditunda dan situasi politik akan menjadi kacau.

Dengan demikian, kalau mengingat putusan Hoge Raad 31 Januari 1919 yang melahirkan suatu penafsiran baru (luas) tentang perbuatan melawan hukum, tidak lain yang dipraktekan adalah menerapkan paradigma atau pola berpikir progresif untuk mengatasi kelumpuhan hukum yang terjadi, yang berpusat pada aturan (legisme) sebagai tradisi positivisme hukum. Artinya dengan hukum progresif yang lebih mengutamakan tujuan dan konteks dijadikan sebagai solusi, ketimbang teks-teks aturan semata. Suatu cara berpikir yang tidak melihat undang-undang sebagai sentral, melainkan manusialah yang dijadikan sebagai titik pusat, bukan sebaliknya. Jadi hukum ada untuk manusia, dan bukan manusia ada untuk hukum.

Andaikan tetap berpedoman pada keyakinan bahwa manusia itu ada untuk hukum, maka yang terjadi adalah lain. Tak pernah ada putusan Hoge Raad 31 Januari 1919 yang begitu spektakuler yang membangunkan orang dari tidur panjang dalam ketidaksadaran yang lama, bahwa berhukum itu tidak identik dan semata-mata hanyalah membuat skema-skema atau bingkai-bingkai pembatas dalam undang undang yang di dalamnya manusia akan menyesuaikan, layaknya sebuah cetakan kue yang dipakai untuk membentuk model kue sebagaimana bentuk cetakannya. Bentuk baku yang kaku dari

warisan positivistik itu harus disadari, tidak selalu menjadi jawaban yang tepat. Seyogianya, dengan putusan Hoge Raad itu menjadi refleksi bagi kita, bahwa berpikir secara progresif adalah kebutuhan dalam cara kita berhukum ditengah keterbatasan hukum positif menjawab kebutuhan masyarakat akan hukum yang adil. Namun sayangnya, atmosfer semacam ini nampaknya belum cukup kuat untuk merangsang dan menumbuhkan keberanian sebagai suatu kesadaran yang kemudian menjadi gaya atau perlengkapan dalam cara kita berhukum, meskipun pemikiran-pemikiran semacam itu sudah semakin gencar dilakukan.

D. Simpulan

Perbuatan melawan hukum pasca 31 Januari 1919, tepatnya setelah putusan Hoge Raad atas kasus Lindenbaum-Cohen mengandung makna yang luas. Peristiwa bersejarah yang teramat penting dalam dunia hukum, khususnya hukum perdata dan lebih khusus hukum perikatan ini, merupakan momentum perubahan paradigma dari aliran legisme kepada paradigma hukum progresif. Suatu paradigma baru yang senantiasa lahir untuk merespons tuntutan masyarakat terhadap keadilan yang tidak terakomodasi dalam format perbuatan melawan hukum yang berlaku pada saat itu, oleh karena diikat oleh ajaran legisme yang sangat kaku dan terbatas maknanya. Langkah berani yang dilakukan Hoge Raad itu, merefleksikan suatu makna yang esensial dari sebuah kesadaran tentang bagaimana cara berhukum yang baik, sehingga hukum benar-benar menjadi jawaban atas setiap permasalahan hukum yang terjadi ditengah-tengah kehidupan masyarakat yang terus berkembang. Bagi bangsa kita, pesan ini menjadi sangat berguna untuk diterapkan tanpa harus memandangnya sebagai suatu penyimpangan terhadap sistem hukum yang sedang berlaku saat ini. Oleh karena, ia tidak lebih dari sebuah penafsiran ekstensif. Demikian pula telah terbukti manfaatnya, ketika terjadi kemacetan/kebuntuan dari hukum yang berlaku untuk menyelesaikan masalah. Sebagai contoh, selain yang telah ditunjukkan Hoge Raad juga yang telah ditunjukkan oleh Mahkamah Konstitusi pada tahun 2009 melalui keputusannya yang sangat mencengangkan. Tidak kurang contoh lain pun dapat dilihat sebagai bukti, seharusnya kita semakin terdorong untuk bergerak ke arah tersebut. Tetapi nyatanya, cara berpikir yang progresif ini senantiasa belum merefleksikan mayoritas kesadaran bangsa kita dalam cara berhukum. Masih lebih banyak kita menggunakan cara-cara biasa dan yang lazim digunakan tanpa terobosan. Karena cara-cara demikian paling aman dan mudah untuk penegak hukum, terutama aman untuk karirnya, walaupun hal itu tidak memberikan kontribusi bagi pengembangan hukum dan harapan bagi masyarakat.

DAFTAR PUSTAKA

a. Buku-buku :

- Fajar, Mukti dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, Cetakan 1, 2010.
- International Labour Organization. *Indonesia: Pekerjaan Layak untuk Pekerja Kerja Migran Indonesia*. Jakarta: ILO, 2006.
- Achmad Gunawan B.S dan Mu'ammarr Ramadan (Penyunting). (cet. 1. 2006). *Menggagas Hukum Progresif Indonesia*. Yogyakarta: Kerjasama Pustaka Pelajar IAIN Walisongo dan Program Doktor UNDIP.
- M.A. Moegni Djojodirdjo. (1982). *Perbuatan Melawan Hukum*. Jakarta: Pradnya Paramita.
- Munir Fuady. (cet. 2. 2005). *Perbuatan Melawan Hukum, Pendekatan Kontemporer*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Rachmat Setiawan. (1982). *Tinjauan Elements Perbuatan Melawan Hukum*. Bandung: Alumni.
- R. Setiawan. (Cet. 3. 1986). *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*. Bandung: Bina Cipta.
- Satjipto Rahardjo. (2010). *Penegakan Hukum Progresif*. Jakarta: Kompas.
- Sudikno Mertokusumo. (2014). *Perbuatan Melawan Hukum Oleh Pemerintah*. Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka.
- Theo Huijbers. (cet. 3. 1995). *Filsafat Hukum*. Yogyakarta: Penerbit Kanisius.
- Wirjono Prodjodikoro. (cet. 8. 1992). *Perbuatan Melanggar Hukum*. Bandung: Penerbit Sumur.