

BAB II

TINJAUAN UMUM TRANSAKSI ELEKTRONIK MENURUT UNDANG- UNDANG NO. 19 TAHUN 2016 TENTANG INFORMASI DAN TRANSAKSI ELEKTRONIK

A. Pengertian Perjanjian

Pengertian perikatan adalah:¹

“suatu hubungan hukum antara sejumlah subjek-subjek hukum; sehubungan dengan itu, seorang atau beberapa orang daripadanya mengikatkan dirinya untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu terhadap pihak lain”.

Dengan pengertian yang demikian, maka dalam suatu perikatan terkait berbagai unsur-unsur. Pertama, adanya hubungan hukum. Hubungan hukum adalah suatu hubungan yang diatur dan diakui oleh hukum. Hubungan yang diatur oleh hukum biasa disebut dengan perikatan yang lahir karena undang-undang. Misalnya terikatnya orang tua untuk mendidik dan memelihara anak-anaknya. Sementara itu, hubungan yang diakui oleh hukum biasa disebut dengan perikatan karena perjanjian. Dikatakan demikian karena hubungan hukum itu telah dibuat oleh para pihak (subjek hukum) sedemikian rupa sehingga mengikat kedua belah pihak dan berlaku sebagai undang-undang (hukum). Kedua, antara seseorang dengan satu atau beberapa orang. Maksudnya adalah perikatan itu bisa berlaku terhadap seseorang atau dengan satu atau beberapa orang, yang dalam hal ini adalah para subjek hukum atau para penyandang hak dan kewajiban yang diberikan oleh hukum. Ketiga, melakukan atau

¹ Asyhadie Zaeni, *Hukum Bisnis*, RajaGrafindo, Jakarta, 2008, Hlm. 22.

tidak melakukan dan memberikan sesuatu. Melakukan atau tidak melakukan sesuatu dan memberikan sesuatu didalam perikatan disebut dengan prestasi, atau objek dari perikatan. Subjek hukum dalam melakukan perjanjian bebas menentukan isi dari perjanjian.

Perjanjian menurut rumusan pasal 1313 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, definisinya adalah:²

“suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih”

Menurut Subekti definisi perjanjian yaitu:

“suatu perhubungan hukum antara dua orang atau lebih, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu dari pihak lain, dan pihak yang lain tersebut berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu”³

Sedangkan pengertian perjanjian menurut para ahli adalah sebagai berikut:⁴

1. Menurut pendapat Sri Soedewi Masjehoen Sofwan menyebutkan bahwa perjanjian itu adalah “suatu perbuatan hukum dimana seorang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap seorang lain atau lebih”.
2. Menurut R wirjono Prodjodikoro menyebutkan sebagai berikut “suatu perjanjian diartikan sebagai suatu perbuatan hukum mengenai harta benda kekayaan antara dua pihak , dalam mana satu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melakukan suatu hal atau untuk tidak melakukan sesuatu hal, sedangkan pihak lain berhak menuntut pelaksanaan janji itu”.
3. A,Qirom Samsudin Meliala bahwa perjanjian adalah “suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lain atau dimana seorang lain itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal”

² Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2003, Hlm. 338.

³ Subekti, R., *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 1984, Hlm. 1.

⁴ Griswanti Lena, *Perlindungan Hukum Terhadap Penerima Lisensi Dalam Perjanjian*, Tesis, Universitas Gadjah Mada, 2005, Hlm. 87.

Berbagai definisi di atas, dapat dikemukakan unsur-unsur yang tercantum dalam perjanjian sebagai berikut:⁵ Pertama, adanya Kaidah Hukum. Kaidah dalam hukum kontrak dapat dibagi menjadi dua macam, yaitu tertulis dan tidak tertulis. Kaidah hukum kontrak tertulis adalah kaidah kaidah hukum yang terdapat di dalam peraturan undang-undang, traktat dan yurisprudensi. Sedangkan kaidah hukum kontrak tidak tertulis adalah kaidah kaidah hukum yang timbul, tumbuh, dan hidup dalam masyarakat. Contoh jual beli lepas, jual beli Tahunan dan lain-lain. Konsep-konsep hukum ini berasal dari hukum adat. Kedua, subjek hukum. Istilah lain dari subjek hukum adalah *rechtsperson*. *Rechtsperson* diartikan sebagai pendukung hak dan kewajiban. Yang menjadi subjek hukum dalam hukum perjanjian adalah kreditur dan debitur. Kreditur adalah orang yang berpiutang, sedangkan debitur adalah orang yang memiliki utang. Ketiga, adanya Prestasi. Prestasi adalah apa yang menjadi hak kreditur dan kewajiban debitur, prestasi terdiri dari memberikan sesuatu, berbuat sesuatu, tidak berbuat sesuatu. Keempat, kata sepakat. Kesepakatan adalah persesuaian pernyataan kehendak antara para pihak, kata sepakat adalah salah satu syarat sahnya perjanjian yang terkandung dalam pasal 1320 KUHPerdara. Kelima, akibat hukum. Setiap perjanjian yang dibuat oleh para pihak akan menimbulkan akibat hukum atau dapat dituntut apabila tidak dipenuhinya prestasi. Akibat hukum adalah timbulnya hak dan kewajiban. Hak adalah suatu kenikmatan dan kewajiban adalah suatu beban.

⁵ Muhammad Abdul Kadir, *Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1986, Hlm. 58.

1. Syarat-syarat Sahnya Perjanjian

Pasal 1320 KUHPeradata menentukan adanya 4 (empat) syarat sahnya suatu perjanjian, yakni:⁶ Pertama, adanya kata sepakat bagi mereka yang mengikatkan dirinya; Kedua, kecakapan para pihak untuk membuat suatu perikatan; Ketiga, suatu hal tertentu; dan Keempat, suatu sebab (*causa*) yang halal.

Persyaratan tersebut diatas berkenan baik mengenai subjek maupun objek perjanjian. Persyaratan yang pertama dan kedua berkenan dengan subjek perjanjian atau syarat subjektif. Persyaratan yang ketiga dan keempat berkenan dengan objek perjanjian atau syarat objektif. Perbedaan kedua persyaratan tersebut dikaitkan pula dengan masalah batal demi hukumnya (*nieteg atau null and ab initio*) dan dapat dibatalkannya (*vernietigbaar = voidable*) suatu perjanjian.

Apabila syarat objektif dalam perjanjian tidak terpenuhi maka Perjanjian tersebut batal demi hukum atau perjanjian yang sejak semula sudah batal, hukum menganggap perjanjian tersebut tidak pernah ada. Apabila syarat subjektif tidak terpenuhi maka Perjanjian tersebut dapat dibatalkan atau sepanjang perjanjian tersebut belum atau tidak dibatalkan pengadilan, maka perjanjian yang bersangkutan masih terus berlaku.

a. Kata Sepakat

Kata sepakat didalam perjanjian pada dasarnya adalah pertemuan atau persesuaian kehendak antara para pihak didalam perjanjian. Seseorang dikatakan memberikan persetujuannya atau kesepakatannya (*Toestemming*) jika

⁶ Subekti dan Tjitrosudibio, *Op Cit*, Hlm. 330.

ia memang menghendaki apa yang disepakati. Mariam Darus Budruzaman melukiskan pengertian sepakat sebagai persyaratan kehendak yang disetujui (*Overeenstemende Wilsverklaring*) antar para pihak-pihak. Pernyataan pihak yang menawarkan dinamakan tawaran (*Offerte*). Pernyataan pihak yang menerima penawaran dinamakan akseptasi (*acceptatie*).⁷ J.Satrio menyebutkan ada beberapa cara mengemukakan kehendak tersebut, yakni: Pertama, Secara tegas. 1) Dengan akte otentik. 2) Dengan akte di bawah tangan. Kedua, Secara diam-diam. Sekalipun undang-undang tidak secara tegas mengatakan, tetapi dari ketentuan-ketentuan yang ada, antara lain pasal 1320 jo Pasal 1338 KUHPerdara, dapat disimpulkan bahwa pada dasarnya, kecuali diterntukan lain, undang-undang tidak menentukan cara orang menyatakan kehendak.

Suatu perjanjian dapat mengandung cacat hukum atau kata sepakat dianggap tidak ada jika terjadi hal-hal yang disebut di bawah ini, yaitu: Pertama, Paksaan (*dwang*). Setiap tindakan yang tidak adil atau ancaman yang menghalangi kebebasan kehendak para termasuk dalam tindakan pemaksaan. Di dalam hal ini, setiap perbuatan atau ancaman melanggar undang-undang jika perbuatan tersebut merupakan penyalahgunaan kewenangan salah satu pihak dengan membuat suatu ancaman, yaitu setiap ancaman yang bertujuan agar pada akhirnya pihaklain memberikan hak. Kewenangan ataupun hak istimewanya. Paksaan dapat berupa kejahatan atau ancaman kejahatan,

⁷ Khaerandy, Ridwan., *Aspek-aspek Hukum Franchise dan keberadaannya dalam hukum Indonesia*, Majalah Unisa UII, Yogyakarta, 1992, Hlm. 11.

hukuman penjara atau ancaman hukuman penjara, penyitaan dan kepemilikan yang tidak sah, atau ancaman penyitaan atau kepemilikan suatu benda atau tanah yang dilakukan secara tidak sah, dan tindakan-tindakan lain yang melanggar undang-undang, seperti tekanan ekonomi, penderitaan fisik dan mental, membuat seseorang dalam keadaan takut, dan lain-lain. Menurut Sudargo Gautama, paksaan (*duress*) adalah setiap tindakan intimidasi mental. Contohnya adalah ancaman kejahatan fisik dan hal ini dapat dibuat penuntutan terhadapnya. Jika ancaman kejahatan fisik tersebut merupakan suatu tindakan yang diperbolehkan oleh hukum maka dalam hal ini ancaman tersebut tidak diberi sanksi hukum, dan dinyatakan bahwa tidak ada paksaan sama sekali. Selain itu paksaan juga bisa dikarenakan oleh pemerasan atau keadaan di bawah pengaruh terhadap seseorang yang mempunyai kalainan mental. Kedua, Penipuan (*bedrog*). Penipuan (*fraud*) adalah tindakan tipu muslihat. Menurut Pasal 1328 KUHPerdara dengan tegas menyatakan bahwa penipuan merupakan alasan pembatalan perjanjian. Dalam hal ada penipuan, pihak yang ditipu, memang memberikan pernyataan yang sesuai dengan kehendaknya, tetapi kehendaknya itu, karena adanya daya tipu, sengaja diarahkan ke suatu yang bertentangan dengan kehendak yang sebenarnya, yang seandainya tidak ada penipuan, merupakan tindakan yang benar. Dalam hal penipuan gambaran yang keliru sengaja ditanamkan oleh pihak yang satu kepada pihak yang lain. Jadi, elemen penipuan tidak hanya pernyataan yang bohong, melainkan harus ada serangkain kebohongan (*samenweefsel van verdichtselen*), serangkain cerita

yang tidak benar, dan setiap tindakan/sikap yang bersifat menipu. Dengan kata lain, penipuan adalah tindakan yang bermaksud jahat yang dilakukan oleh satu pihak sebelum perjanjian itu dibuat. Perjanjian tersebut mempunyai maksud untuk menipu pihak lain dan membuat menandatangani perjanjian itu. Pernyataan yang salah itu sendiri bukan merupakan penipuan, tetapi hal ini disertai dengan tindakan yang menipu. Tindakan penipuan tersebut harus dilakukan oleh atau atas nama pihak dalam kontrak. Seseorang yang melakukan tindakan tersebut haruslah mempunyai maksud atau niat untuk menipu. Tindakan itu harus merupakan tindakan yang mempunyai maksud jahat, contohnya, merubah nomor seri pada sebuah mesin. Kelalaian untuk menginformasikan pelanggan atas adanya cacat tersembunyi pada suatu benda bukan merupakan penipuan karena hal ini tidak mempunyai maksud jahat dan hanya merupakan kelalaian belaka. Selain itu, tindakan tersebut haruslah berjalan secara alami bahwa pihak yang ditipu tidak akan membuat perjanjian melainkan karena adanya unsur penipuan. Dari penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa penipuan terdiri dari 4 (empat) unsur yaitu: (1) merupakan tindakan yang bermaksud jahat, kecuali untuk kasus kelalaian dalam menginformasikan cacat tersembunyi pada suatu benda; (2) sebelum perjanjian tersebut dibuat; (3) dengan niat atau maksud agar pihak lain menandatangani perjanjian; (4) tindakan yang dilakukan semata-mata hanya dengan maksud jahat. Ketiga, Kesesatan atau Kekeliruan (*dwaling*). Dalam hal ini, salah satu pihak atau beberapa pihak memiliki persepsi yang salah terhadap objek atau

subjek yang terdapat dalam perjanjian. Ada 2 (dua) macam kekeliruan. Pertama, *error in person*, yaitu kekeliruan pada orangnya, misalnya, sebuah perjanjian yang dibuat dengan artis terkenal tetapi kemudian perjanjian tersebut dibuat dengan artis yang tidak terkenal hanya karena dia mempunyai nama yang sama. Kedua, *error in substantia* yaitu kekeliruan yang berkaitan dengan karakteristik suatu benda, misalnya seseorang yang membeli lukisan Basuki Abdullah, tetapi setelah sampai di rumah orang itu baru sadar bahwa lukisan yang di belinya tadi adalah lukisan tiruan dari Basuki Abdullah. Di dalam kasus yang lain, agar suatu perjanjian dapat dibatalkan, tahu kurang lebih harus mengetahui bahwa rekannya telah membuat perjanjian atas dasar kekeliruan dalam hal mengidentifikasi subjek atau orangnya. Keempat, Penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*). Penyalahgunaan keadaan terjadi manakala seseorang di dalam suatu perjanjian dipengaruhi oleh suatu hal yang menghalanginya untuk melakukan penilaian (*judgment*) yang bebas dari pihak lainnya, sehingga ia tidak dapat mengambil putusan yang independen. Penekanan tersebut dapat dilakukan karena salah satu pihak memiliki kedudukan khusus (misalnya kedudukan yang dominan atau memiliki yang bersifat *fiduciary* dan *confidence*). Van Dunne menyatakan bahwa penyalahgunaan keadaan tersebut dapat terjadi karena keunggulan ekonomi maupun karena kejiwaan.

b. Kecakapan untuk Mengadakan Perikatan

Syarat sahnya perjanjian yang kedua menurut Pasal 1320 KUHPerdara adalah kecakapan untuk membuat perikatan (*om eene verbintenis aan te gaan*). Di sini terjadi percampuradukan penggunaan istilah perikatan dan perjanjian. Dari kata “membuat” perikatan dan perjanjian dapat disimpulkan adanya unsur “niat” (sengaja). Hal yang demikian itu dapat disimpulkan cocok untuk perjanjian yang merupakan tindakan hukum. Apalagi karena unsur tersebut dicantumkan sebagai unsur sahnya perjanjian, maka tidak mungkin tertuju kepada perikatan yang timbul karena undang-undang. Menurut J. Satrio, istilah yang tepat untuk menyebut syaratnya perjanjian yang kedua ini adalah : kecakapan untuk membuat perjanjian.

Pasal 1329 KUHPerdara menyatakan bahwa setiap orang adalah cakap. Kemudian Pasal 1330 menyatakan bahwa ada beberapa orang tidak cakap untuk membuat perjanjian, yakni: Pertama, orang yang belum dewasa; Kedua, mereka yang ditaruh di bawah pengampuan; dan Ketiga, orang-orang perempuan dalam pernikahan, (setelah diundangkannya Undang-undang no 1 Tahun 1974 pasal 31 ayat 2 maka perempuan dalam perkawinan dianggap cakap hukum).

Seseorang dikatakan belum dewasa menurut pasal 330 KUHPerdara jika belum mencapai umur 21 Tahun. Seseorang dikatakan dewasa jika telah berumur 21 Tahun atau berumur kurang dari 21 Tahun, tetapi telah menikah. Dalam perkembangannya, berdasar Pasal 47 dan 50 UU No. 1 Tahun 1974

kedewasaan seseorang ditentukan bahwa anak berada di bawah kekuasaan orang tua atau wali sampai umur 18 Tahun.

Selanjutnya Mahkamah Agung melalui Putusan No. 447/Sip/1976 tanggal 13 Oktober 1976 menyatakan bahwa dengan berlakunya UU No 1 Tahun 1974, maka batas seseorang berada di bawah kekuasaan perwalian adalah 18 Tahun, bukan 21 Tahun. Henry R. Cheseemen³⁷ menjelaskan bahwa di dalam sistim *common law*, seseorang dikatakan belum dewasa jika belum berumur 18 Tahun (Tahun) dan 21 Tahun (pria) . dalam perkembangannya, umumnya negara-negara bagia di Amerika Serikat telah mensepakati bahwa kedewasaan tersebut ditentukan jika seseorang telah berumur 18 Tahun yang berlaku baik bagi wanita maupun pria.⁸

Seseorang yang telah dewasa dapat tidak cakap melakukan perjanjian, jika yang bersangkutan diletakan di bawah pengampuan (*curatele atau conservatorship*). Seseorang dapat diletakan di bawah pengampuan jika yang bersangkutan gila, dungu (*onnoozelheid*), mata gelap (*razernij*), lemah akal (*zwakheid van vermogens*) atau juga pemboros. Orang yang demikian itu tidak menggunakan akal sehatnya, dan oleh karenanya dapat merugikan dirinya sendiri. Seseorang yang telah dinyatakan pailit juga tidak cakap untuk melakukan perikatan tertentu. Seseorang yang telah dinyatakan pailit untuk membuat suatu perikatan yang menyangkut harta kekayaannya. Ia hanya boleh

⁸ *Ibid*, Hlm. 33.

melakukan perikatan yang mengungkapkan budel pailit, dan itupun harus sepengetahuan kuratornya.

c. Suatu Hal Tertentu

Syarat sahnya perjanjian yang ketiga adalah adanya suatu hal tertentu (*een bepaald onderwerp*). Pasal 1333 KUHPerdara menentukan bahwa suatu perjanjian harus mempunyai pokok suatu benda (*zaak*) yang paling sedikit dapat ditentukan jenisnya. Suatu perjanjian harus memiliki objek tertentu. Suatu perjanjian haruslah mengenai suatu hal tertentu (*certainty of terms*), berarti bahwa apa yang diperjanjikan, yakni hak dan kewajiban kedua belah pihak. Barang yang dimaksudkan dalam perjanjian paling sedikit dapat ditentukan jenisnya.

Istilah barang dimaksud di sini apa yang dalam bahasa Belanda disebut sebagai *zaak*. *Zaak* dalam bahasa belanda tidak hanya berarti barang dalam arti sempit, tetapi juga berarti yang lebih luas lagi, yakni pokok persoalan. Oleh karena itu, objek perjanjian tidak hanya berupa benda, tetapi juga bisa berupa jasa.

J. Satrio menyimpulkan bahwa yang dimaksud dengan suatu hal tertentu dalam perjanjian adalah objek prestasi perjanjian. Isi prestasi tersebut harus tertentu atau paling sedikit dapat ditentukan jenisnya.

KUHPerdara menentukan bahwa barang yang dimaksud tidak harus disebutkan, asalkan nanti dapat dihitung atau ditentukan. Misalnya mengenai perjanjian “panen tembakau dari suatu ladang dalam Tahun berikutnya” adalah

sah. Perjanjian jual beli “teh untuk seribu rupiah” tanpa penjelasan lebih lanjut, harus dianggap tidak cukup jelas.

d. Kausa Hukum yang Halal

Syarat sahnya perjanjian yang keempat adalah adanya kausa hukum yang halal. Kata kausa yang diterjemahkan dari kata *oorzaak* (Belanda) atau *causa* (Latin) bukan berarti sesuatu yang menyebabkan seseorang membuat perjanjian, tetapi mengacu kepada isi dan tujuan perjanjian itu sendiri. Misalnya dalam perjanjian jual beli, isi dan tujuan atau kausanya adalah pihak yang satu menghendaki hak milik suatu barang, sedangkan pihak lainnya menghendaki uang.

Berdasarkan penjelasan di atas, maka apabila seseorang membeli pisau di suatu toko dengan maksud membunuh orang, maka jual beli tersebut mempunyai kausa yang halal. Apabila maksud membunuh tersebut dituangkan di dalam perjanjian, misalnya penjual pisau menyatakan hanya bersedia menjual pisaunya jika pembeli membeli membunuh orang dengan pisaunya, disini tidak ada kausa hukum yang halal.

Menurut Pasal 1335 jo 1337 KUHPdata bahwa suatu kausa dinyatakan terlarang jika bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum. Suatu kausa dikatakan bertentangan dengan undang-undang, jika kausa di dalam perjanjian yang bersangkutan isinya bertentangan dengan undang-undang, jika kausa di dalam perjanjian yang bersangkutan isinya bertentangan dengan undang-undang yang berlaku.

Untuk menentukan apakah suatu kausa perjanjian bertentangan dengan kesusilaan (*goede zeden*) bukanlah masalah yang mudah, karena istilah kesusilaan ini sangat abstrak, yang isinya bisa berbeda-beda antara daerah yang satu dan daerah atau antara kelompok masyarakat yang satu dan lainnya. Selain itu penilaian orang terhadap kesusilaan dapat pula berubah-ubah sesuai dengan perkembangan zaman.

Kausa hukum dalam perjanjian yang terlarang juga apabila bertentangan ketertiban umum, keamanan Negara, keresahan dalam masyarakat, dan karenanya dikatakan mengenai masalah ketatanegaraan. Didalam konteks Hukum Perdata International (HPI), ketertiban umum dapat dimaknai sebagai sendi-sendi atau asas-asas hukum suatu negara. Kuasa hukum yang halal ini di dalam sistim *common law* dikenal dengan istilah legaliti yang dikaitkan dengan *public policy*. Suatu kontrak dapat menjadi tidak sah (illegal) jika bertentangan dengan *public policy*. Walaupun sampai sekarang belum ada definisi *public policy* jika berdampak negatif pada masyarakat atau mengganggu keamanan dan kesejahteraan masyarakat (*public's safety and welfare*).⁹

2. Ketentuan-ketentuan Umum dalam Perjanjian

a. Somasi

Istilah pernyataan lalai atau somasi merupakan terjemahan dari *ingebrekerstelling*. Somasi diatur dalam pasal 1238 KUHPerdata dan pasal

⁹ Badruzaman, Mariam Darus., *Perjanjian Baku (Standar), perkembangannya di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1980, Hlm. 21.

1243 KUHPerduta. Somasi adalah teguran dari si berpiutang (kreditur) kepada si berutang (debitur) agar dapat memenuhi prestasi sesuai dengan isi perjanjian yang telah disepakati antara keduanya.

Somasi timbul disebabkan debitur tidak memenuhi prestasinya, sesuai dengan yang diperjanjikan. Ada tiga hal terjadinya somasi, yaitu:¹⁰ Pertama, debitur melaksanakan prestasi yang keliru, misalnya kreditur menerima sekeranjang apel seharusnya sekeranjang jeruk. Kedua, debitur tidak memenuhi prestasi pada hari yang telah dijanjikan. Tidak memenuhi prestasi dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu kelambatan melaksanakan prestasi dan sama sekali tidak memberikan prestasi. Penyebab tidak melaksanakan prestasi sama sekali karena prestasi tidak mungkin dilaksanakan atau karena debitur terang-terangan menolak memberikan prestasi. Ketiga, prestasi yang dilaksanakan oleh debitur tidak lagi berguna bagi kreditur setelah lewat waktu yang diperjanjikan.

b. Wanprestasi

Wanprestasi mempunyai hubungan yang sangat erat dengan somasi. Wanprestasi adalah tidak memenuhi atau lalai melaksanakan kewajiban sebagaimana yang ditentukan dalam perjanjian yang dibuat antara kreditur dengan debitur. Seorang debitur baru dikatakan wanprestasi apabila ia telah diberikan somasi oleh kreditur atau juru sita. Apabila somasi itu tidak

¹⁰ H.S, Salim, *Hukum Kontrak, Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, Hlm. 96.

diindahkannya, maka kreditur berhak membawa persoalan itu ke pengadilan. Dan pengadilanlah yang akan memutuskan, apakah debitur wanprestasi atau tidak.

Ada 4 (empat) akibat adanya wanprestasi, yaitu sebagai berikut : Pertama, Perikatan tetap ada. Kedua, debitur harus membayar ganti rugi kepada kreditur. Ketiga, beban resiko beralih untuk kerugian debitur, jika halangan tersebut timbul setelah debitur wanprestasi, kecuali bila ada kesengajaan atau kesalahan besar dari pihak kreditur. Keempat, jika perikatan lahir dari perjanjian timbal balik, kreditur dapat membebaskan diri dari kewajibannya memberikan kontra prestasi dengan menggunakan pasal 1266 KUHPerdara

c. Ganti Rugi

Ada dua sebab timbulnya ganti rugi, yaitu ganti rugi karena wanprestasi dan perbuatan melawan hukum. Ganti rugi karena perbuatan melawan hukum adalah suatu bentuk ganti rugi yang dibebankan kepada orang yang telah menimbulkan kesalahan kepada pihak yang dirugikannya. Ganti rugi itu timbul karena adanya kesalahan, bukan karena adanya perjanjian sedangkan ganti rugi karena wanprestasi adalah suatu bentuk ganti rugi yang dibebankan kepada debitur yang tidak memenuhi isi perjanjian yang telah dibuat antara kreditur dengan debitur .

d. Keadaan Memaksa

Ketentuan tentang *overmacht* (keadaan memaksa) dapat dilihat dan dibaca dalam pasal 1244 KUHPerdara dan pasal 1245 KUHPerdara. Pasal 1244 KUHPerdara berbunyi:

“debitur harus dihukum untuk mengganti biaya kerugian dan bunga, bila tak dapat membuktikan bahwa tidak dilaksanakannya perikatan itu atau tidak tepatnya waktu dalam melaksanakan perikatan itu disebabkan oleh suatu hal yang tidak terduga, yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, walaupun tidak ada i'tikad buruk kepadanya.”

Selanjutnya dalam pasal 1245 KUHPerdara berbunyi:

“tidak ada penggantian biaya, kerugian, dan bunga, bila karena keadaan memaksa atau karena hal yang terjadi secara kebetulan, debitur terhalang untuk memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau melakukan sesuatu perbuatan yang terlarang olehnya”.

Ketentuan ini memberikan kelonggaran kepada debitur untuk tidak melakukan penggantian biaya, kerugian dan bunga, yaitu: Pertama, adanya suatu hal yang tak terduga sebelumnya. Kedua, terjadinya secara kebetulan. Ketiga, keadaan memaksa.

e. Risiko

Dalam teori hukum dikenal suatu ajaran yang disebut dengan *resicoleer* (ajaran tentang resiko). *Resicoleer* adalah suatu ajaran, yaitu seseorang berkewajiban untuk memikul kerugian, jika ada sesuatu kejadian diluar kesalahan salah satu pihak yang menimpa benda yang menjadi objek perjanjian. Ajaran ini timbul apabila terdapat keadaan memaksa (*overmacht*). Ajaran ini dapat diterapkan pada perjanjian sepihak dan perjanjian timbal balik. Perjanjian

sepihak adalah suatu perjanjian dimana salah satu pihak aktif melakukan prestasi sedangkan pihak lainnya pasif. Perjanjian timbal balik adalah suatu perjanjian yang kedua belah pihak diwajibkan untuk melakukan prestasi, sesuai dengan kesepakatan yang dibuat keduanya.¹¹

3. Azas-azas Hukum Perjanjian

Ada beberapa azas yang dapat ditemukan dalam Hukum Perjanjian, namun ada dua diantaranya yang merupakan azas terpenting dan karenanya perlu untuk diketahui, yaitu:

- a. Azas Konsensualitas, yaitu bahwa suatu perjanjian dan perikatan yang timbul telah lahir sejak detik tercapainya kesepakatan, selama para pihak dalam perjanjian tidak menentukan lain. Azas ini sesuai dengan ketentuan Pasal 1320 KUH Perdata mengenai syarat-syarat sahnya perjanjian.
- b. Azas Kebebasan Berkontrak, yaitu bahwa para pihak dalam suatu perjanjian bebas untuk menentukan materi/isi dari perjanjian sepanjang tidak bertentangan dengan ketertiban umum, kesusilaan dan kepatutan. Azas ini tercermin jelas dalam Pasal 1338 KUH Perdata yang menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah mengikat sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

¹¹ *Ibid*, Hlm. 103.

4. Hapusnya Perjanjian

Hapusnya suatu perjanjian yaitu dengan cara-cara sebagai berikut:

a. Pembayaran

Adalah setiap pemenuhan hak dan kewajiban para pihak dalam perjanjian secara sukarela. Berdasarkan pasal 1382 KUH Perdata dimungkinkan menggantikan hak-hak seorang kreditur/berpiutang. Menggantikan hak-hak seorang kreditur/berpiutang dinamakan subrogatie. Mengenai subrogatie diatur dalam pasal 1400 sampai dengan 1403 KUH Perdata. Subrogatie dapat terjadi karena pasal 1401 KUH Perdata dan karena Undang-undang (*Pasal 1402 KUH Perdata*).

b. Penawaran pembayaran tunai diikuti oleh penyimpanan atau penitipan uang atau barang pada Panitera Pengadilan Negeri

Adalah suatu cara pembayaran yang harus dilakukan apabila si berpiutang (kreditur) menolak pembayaran utang dari debitur, setelah kreditur menolak pembayaran, debitur dapat memohon kepada Pengadilan Negeri untuk mengesahkan penawaran pembayaran itu yang diikuti dengan penyerahan uang atau barang sebagai tanda pelunasan atas utang debitur kepada Panitera Pengadilan Negeri.

Setelah penawaran pembayaran itu disahkan oleh Pengadilan Negeri, maka barang atau uang yang akan dibayarkan itu, disimpan atau dititipkan kepada Panitera Pengadilan Negeri, dengan demikian hapuslah utang piutang itu.

c. Pembaharuan utang atau novasi

Adalah suatu pembuatan perjanjian baru yang menggantikan suatu perjanjian lama. Menurut Pasal 1413 KUH Perdata ada 3 macam cara melaksanakan suatu pembaharuan utang atau novasi, yaitu yang diganti debitur, krediturnya (subyeknya) atau obyek dari perjanjian itu.

d. Perjumpaan utang atau Kompensasi

Adalah suatu cara penghapusan/pelunasan utang dengan jalan memperjumpakan atau memperhitungkan utang piutang secara timbal-balik antara kreditur dan debitur. Jika debitur mempunyai suatu piutang pada kreditur, sehingga antara debitur dan kreditur itu sama-sama berhak untuk menagih piutang satu dengan lainnya.

Menurut pasal 1429 KUH Perdata, perjumpaan utang ini dapat terjadi dengan tidak membedakan darimana sumber utang-piutang antara kedua belah pihak itu telah terjadi, kecuali:

- 1) Apabila penghapusan/pelunasan itu dilakukan dengan cara yang berlawanan dengan hukum.
- 2) Apabila dituntutnya pengembalian barang sesuatu yang dititipkan atau dipinjamkan.
- 3) Terdapat sesuatu utang yang bersumber pada tunjangan nafkah yang telah dinyatakan tak dapat disita (alimentasi).

e. Percampuran utang

Adalah apabila kedudukan sebagai orang berpiutang (kreditur) dan orang berutang (debitur) berkumpul pada satu orang, maka terjadilah demi hukum suatu percampuran utang dengan mana utang-piutang itu dihapuskan, misalnya: debitur menikah dengan krediturnya, atau debitur ditunjuk sebagai ahli waris tunggal oleh krediturnya.

f. Pembebasan utang

Menurut pasal 1439 KUH Perdata, Pembebasan utang adalah suatu perjanjian yang berisi kreditur dengan sukarela membebaskan debitur dari segala kewajibannya.

g. Musnahnya barang yang terutang

Adalah jika barang tertentu yang menjadi obyek perjanjian musnah, tak lagi dapat diperdagangkan, atau hilang, hingga sama sekali tak diketahui apakah

barang itu masih ada, maka hapuslah perikatannya, jika barang tadi musnah atau hilang di luar kesalahan si berutang dan sebelum ia lalai menyerahkannya.

h. Batal/Pembatalan

Menurut pasal 1446 KUH Perdata adalah, pembatalan atas perjanjian yang telah dibuat antara kedua belah pihak yang melakukan perjanjian, dapat dimintakan pembatalannya kepada Hakim, bila salah satu pihak yang melakukan perjanjian itu tidak memenuhi syarat subyektif yang tercantum pada syarat sahnya perjanjian.

Menurut Prof. Subekti permintaan pembatalan perjanjian yang tidak memenuhi syarat subyektif dapat dilakukan dengan dua cara, yaitu:

- 1) Secara aktif menuntut pembatalan perjanjian tersebut di depan hakim;
- 2) Secara pembelaan maksudnya adalah menunggu sampai digugat di depan hakim untuk memenuhi perjanjian dan baru mengajukan kekurangan dari perjanjian itu.

i. Berlakunya suatu syarat batal

Menurut pasal 1265 KUH Perdata, syarat batal adalah suatu syarat yang apabila terpenuhi, menghentikan perjanjian dan membawa segala sesuatu kembali pada keadaan semula seolah-olah tidak pernah terjadi perjanjian.

j. Lewat waktu

Menurut pasal 1946 KUH Perdata, daluwarsa atau lewat waktu adalah suatu upaya untuk memperoleh sesuatu atau untuk dibebaskan dari suatu perjanjian dengan lewatnya suatu waktu tertentu dan atas syarat-syarat yang ditentukan oleh undang-undang.

Dalam pasal 1967 KUH Perdata disebutkan bahwa segala tuntutan hukum, baik yang bersifat kebendaan, maupun yang bersifat perseorangan hapus karena daluwarsa dengan lewatnya waktu tiga puluh Tahun. Dengan lewatnya waktu tersebut, maka perjanjian yang telah dibuat tersebut menjadi hapus.

B. Perjanjian Jual Beli Secara Elektronik

1. Pengertian Jual Beli Secara Elektronik

Istilah internet sekarang ini dikenal pula istilah *cyberspace*, yang biasanya diterjemahkan ke Bahasa Indonesia sebagai dunia maya. Istilah *Cyberspace* ini sebenarnya merupakan istilah lain dari internet.

Dewasa ini, teknologi informasi berkenaan dengan *cyberspace* (dunia maya) telah digunakan di banyak sektor kehidupan. Menurut Wiradipradja dan Budhijanto:¹²

¹² E.S. Wiradipradja dan D. Budhijanto, *Perspektif Hukum Internasional tentang Cyber Law, dalam Kantaatmadja, et al, Cyberlaw : Suatu Pengantar*, Elips 11, Jakarta, 2002, hlm.88.

“Sistem informasi dan teknologinya telah digunakan di banyak sector kehidupan, mulai dari perdagangan/bisnis (*electronic commerce/ecommerce*) pendidikan (*electronic education*), kesehatan (*tele-medicine*), telekarya, transportasi, industri, pariwisata, lingkungan sampai ke sector hiburan, bahkan sekarang timbul pula untuk bidang pemerintahan (*egovernment*).”

Mengenai pengertian *e-commerce*, diberikan keterangan oleh Peter Scisco, bahwa :¹³

“Electronic Commerce or e-commerce, the exchange of goods and services by means of the internet or other computer networks. E-commerce follows the same basic principles as traditional commerce – that is, buyers and sellers come together to exchange goods for money. But rather than conducting business in the traditional way – in stores and other “brick and mortar” buildings or through mail order catalogs and telephone operators – in e-commerce buyer and sellers transact business over networked Computers.”

(*Electronic Commerce* atau *e-commerce*, pertukaran barang dan jasa menggunakan Internet atau jaringan komputer lainnya. *E-commerce* mengikuti prinsip – prinsip dasar yang sama dengan perdagangan tradisional yaitu, pembeli dan penjual datang bersama – sama guna saling menukarkan barang – barang untuk uang. Tetapi tidak sebagaimana melakukan bisnis dalam cara tradisional – dalam toko – toko dan gedung – gedung “yang terbagi atas unit dan kelompok” atau melalui *katalog* surat pesanan dan *operator* telepon – dalam *e-commerce* pembeli dan penjual melakukan transaksi bisnis melalui jaringan komputer.

Pada transaksi jual beli secara elektronik, para pihak terkait di dalamnya melakukan hubungan hukum yang dituangkan melalui suatu bentuk perjanjian atau kontrak yang juga dilakukan secara elektronik dan sesuai dengan Pasal 1 butir 17 UUIITE disebut sebagai kontrak elektronik yakni perjanjian yang dimuat dalam dokumen elektronik atau media elektronik lainnya.

¹³ Peter Scisco, *Electronic Commerce dalam Microsoft, Microsoft Encarta Reference Library 2003*, Microsoft Corporation, Ensiklopedi Elektronik, Jakarta, 2003, hlm. 19.

Dengan kemudahan berkomunikasi secara elektronik, maka perdagangan pada saat ini sudah mulai merambat ke dunia elektronik. Transaksi dapat dilakukan dengan kemudahan teknologi informasi, tanpa adanya halangan jarak. Penyelenggaraan transaksi elektronik dapat dilakukan baik dalam lingkup publik ataupun privat.

Dalam dunia *e-commerce* dikenal dua pelaku, yaitu *merchant*/pelaku usaha yang melakukan penjualan dan *buyer/customer*/konsumen yang berperan sebagai pembeli. Selain pelaku usaha dan konsumen, dalam transaksi jual beli melalui media internet juga melibatkan *provider* sebagai penyedia jasa layanan jaringan internet dan bank sebagai sarana pembayaran.

2. Para Pihak dalam Jual Beli Secara Elektronik

Dalam dunia *e-commerce* dikenal dua pelaku, yaitu *merchant*/pelaku usaha yang melakukan penjualan dan *buyer/customer/konsumen* yang berperan sebagai pembeli. Selain pelaku usaha dan konsumen, dalam transaksi jual beli melalui media internet juga melibatkan provider sebagai penyedia jasa layanan jaringan internet dan bank sebagai sarana pembayaran.

3. Hak dan Kewajiban Konsumen

a. Hak Konsumen

Jika membicarakan tentang perlindungan konsumen, hal itu juga membicarakan hak-hak konsumen. Hak-hak konsumen menurut Pasal 4

Undang-Undang U Nomor 8 Tahun 1999 antara lain hak atas kenyamanan, keamanan, dan keselamatan dalam mengonsumsi barang dan/atau jasa dan hak untuk memilih barang dan/atau jasa serta mendapatkan barang dan/atau jasa tersebut sesuai dengan nilai tukar dan kondisi serta jaminan yang dijanjikan.¹⁴

b. Kewajiban Konsumen

Pasal 5 UU Nomor 8 Tahun 1999 menyatakan kewajiban konsumen, salah satunya yaitu membaca atau mengikuti petunjuk informasi dan prosedur pemakaian atau pemanfaatan barang dan/atau jasa, demi keamanan dan keselamatan.

4. Hak dan Kewajiban Pelaku Usaha

a. Hak Pelaku Usaha

Pasal 6 UU Nomor 8 Tahun 1999 menyatakan hak pelaku usaha, yaitu hak untuk menerima pembayaran yang sesuai dengan kesepakatan mengenai kondisi dan nilai tukar barang dan/atau jasa yang diperdagangkan.

b. Kewajiban Pelaku Usaha

Pasal 7 UU Nomor 8 Tahun 1999 menyatakan kewajiban pelaku usaha, yaitu beritikad baik dalam melakukan kegiatan usahanya serta memberikan informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang

¹⁴ Abdul Halim dan Teguh Prasetyo, *Bisnis E-Commerce*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006, hlm. 147.

dan/atau jasa serta memberi penjelasan penggunaan, perbaikan dan pemeliharaan.

5. Ganti Rugi berupa Jaminan yang Diberikan Penjual/Pelaku Usaha/Merchant Kepada Pembeli/Konsumen

Pada prinsipnya, kerugian yang harus diberikan oleh debitur dalam hal adanya wanprestasi terhadap suatu kontrak adalah kerugian yang berupa kerugian yang benar-benar dideritanya dan kehilangan keuntungan yang sedianya harus dapat dinikmati oleh kreditur. Ganti rugi yang dimintakan hanya sebatas kerugian dan kehilangan keuntungan yang merupakan akibat langsung dari wanprestasi tersebut.

Dalam praktek transaksi jual beli melalui internet, terdapat jaminan-jaminan tersebut diberikan berupa ganti rugi. Biasanya jaminan tersebut diberikan berupa ganti rugi jika barang terlambat atau tidak sesuai dengan pesanan, atau rusak pada saat pengiriman. Jaminan-jaminan ini diberikan secara berbeda-beda setiap penjual/pelaku usaha/merchant. Jarang sekali terdapat merchant yang memberikan jaminan kepada konsumen secara memadai karena biasanya jaminan tersebut justru hanya untuk melindungi kepentingan *merchant* saja.

Terbatasnya bentuk ganti rugi yang diberikan membuat konsumen tidak dapat berbuat apa-apa. Ganti rugi yang sudah baku, mau tidak mau atau suka tidak suka harus dipenuhi oleh konsumen. Jika memang konsumen tidak setuju maka ia

dapat membatalkan pesannya. Tetapi masih banyak konsumen di Indonesia yang tidak kritis dan tidak teliti dalam membaca klausula baku semacam ini. Padahal, jika ternyata hal-hal yang tidak diinginkan terjadi dikemudian hari maka akan timbul kerugian di pihaknya.¹⁵

C. Perbuatan Melawan Hukum

1. Pengertian Perbuatan Melawan Hukum

Hukum di Prancis yang semula juga mengambil dasar-dasar dari hukum Romawi, yaitu teori tentang *culpa* dari *Lex Aquilla*, kemudian terjadi proses generalisasi, yakni dengan berkembangnya suatu prinsip perbuatan melawan hukum yang sederhana, tetapi dapat menjaring semua (*catch all*), berupa perbuatan melawan hukum yang dirumuskan sebagai perbuatan yang merugikan orang lain, yang menyebabkan orang yang karena salahnya menimbulkan kerugian tersebut harus mengganti kerugian. Rumusan tersebut kemudian diambil dan diterapkan di negeri Belanda yang kemudian oleh Belanda dibawa ke Indonesia, yang rumusan seperti itu sekarang temukan dalam Pasal 1365 KUH Perdata Indonesia. Rumusan perbuatan melawan hukum yang berasal dari KUH Perdata Prancis tersebut pada paruh kedua abad ke-19 banyak mempengaruhi perkembangan teori perbuatan melawan hukum (*tort*) versi hukum Anglo Saxon.¹⁶

¹⁵ Edmon Makarim, *Op.Cit.*, hlm. 241.

¹⁶ Munir Fuady I, *Perbandingan Hukum Perdata*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 80

Perkembangan sejarah tentang perbuatan melawan hukum di negeri Belanda dapat dibagi dalam tiga periode yaitu :

a. Periode sebelum Tahun 1838

Adanya kodifikasi sejak Tahun 1838 membawa perubahan besar terhadap pengertian perbuatan melawan hukum yang diartikan pada waktu itu sebagai *on wetmatigedaad* (perbuatan melanggar undang-undang) yang berarti bahwa suatu perbuatan tersebut bertentangan dengan undang-undang.

b. Periode antara Tahun 1838-1919

Setelah Tahun 1883 sampai sebelum Tahun 1919, pengertian perbuatan melawan hukum diperluas sehingga mencakup juga pelanggaran terhadap hak subjektif orang lain. Dengan kata lain perbuatan melawan hukum adalah berbuat atau tidak berbuat yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku atau melanggar hak subjektif orang lain. Dalam hal ini Pasal 1365 KUH Perdata diartikan sebagai perbuatan/tindakan melawan hukum (*culpa in committendo*) sedangkan Pasal 1366 KUH. Perdata dipahami sebagai perbuatan melawan hukum dengan cara melalaikan (*culpa in ommittendo*). Apabila suatu perbuatan (berbuat atau tidak berbuat) tidak melanggar hak subjektif orang lain atau tidak melawan kewajibannya/tidak melanggar undang-undang, maka perbuatan tersebut tidak termasuk perbuatan melawan hukum.

c. Periode setelah Tahun 1919

Terjadi penafsiran luas melalui putusan *Hoge Raad* terhadap perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1401 BW Belanda atau 1365 KUH Perdata Indonesia kasus *Lindenbaum versus Cohen*. Perkembangan tersebut adalah dengan bergesernya makna perbuatan melawan hukum, dari semula yang cukup kaku kepada perkembangannya yang luas dan luwes.

Menurut sistem *Common Law* sampai dengan penghujung abad ke-19, perbuatan melawan hukum belum dianggap sebagai suatu cabang hukum yang berdiri sendiri, tetapi hanya merupakan sekumpulan dari *writ* (model gugatan yang baku) yang tidak terhubung satu sama lain.¹⁷

Penggunaan *writ* ini kemudian lambat laun menghilang. Seiring dengan proses hilangnya sistem *writ* di Amerika Serikat, maka perbuatan melawan hukum mulai diakui sebagai suatu bidang hukum tersendiri hingga akhirnya dalam sistem hukum *Anglo Saxon*, suatu perbuatan melawan hukum terdiri dari tiga bagian:¹⁸

- a. Perbuatan dengan unsur kesengajaan (dengan unsur kesalahan)
- b. Perbuatan kelalaian (dengan unsur kesalahan)
- c. Perbuatan tanpa kesalahan (tanggung jawab mutlak).

Menurut Pasal 1365 KUHPerdata, maka yang dimaksud dengan perbuatan melanggar hukum adalah perbuatan yang melawan hukum yang dilakukan oleh

¹⁷ *Ibid*, hlm. 81

¹⁸ *Ibid*, hlm.3

seseorang yang karena salahnya telah menimbulkan kerugian bagi orang lain. Ilmu hukum mengenal 3 (tiga) kategori dari perbuatan melawan hukum, yaitu : ¹⁹

- a. Perbuatan melawan hukum karena kesengajaan
- b. Perbuatan melawan hukum tanpa kesalahan (tanpa unsur kesengajaan maupun kelalaian)
- c. Perbuatan melawan hukum karena kelalaian.

Dengan demikian tiap perbuatan melanggar, baik sengaja maupun tidak sengaja yang sifatnya melanggar. Berarti unsur kesengajaan dan kelalaian di sini telah terpenuhi. Kemudian yang dimaksud dengan hukum dalam Pasal tersebut di atas adalah segala ketentuan dan peraturan-peraturan atau kaedah-kaedah, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis dan segala sesuatu yang dianggap sebagai hukum. Berarti jelas bahwa yang dilanggar itu adalah hukum dan yang dipandang atau dianggap sebagai hukum, seperti undang-undang, adat kebiasaan yang mengikat, keputusan hakim dan lain sebagainya.

Selanjutnya agar pelanggaran hukum ini dapat dikatakan telah melakukan perbuatan melawan hukum, akibat dari pelanggaran hukum itu harus membawa kerugian bagi pihak lain. Karena adakalanya pelanggaran hukum itu tidak harus membawa kerugian kepada orang lain, seperti halnya seorang pelajar atau mahasiswa tersebut dapat dikatakan telah melakukan perbuatan melawan hukum, padahal dalam hal itu ada peraturan yang dibuat oleh sekolah atau universitas masing-masing.

¹⁹ Munir Fuady II, *Perbuatan Melawan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, hlm.3.

Dengan demikian antara kalimat "tiap perbuatan melanggar hukum", tidak dapat dipisahkan antara satu dengan lainnya, bahkan harus sejalan dalam mewujudkan pengertian dari perbuatan melawan hukum tersebut. Sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1365 KUH. Perdata tersebut di atas.

Dalam arti sempit, perbuatan melawan hukum diartikan bahwa "orang yang berbuat pelanggaran terhadap orang lain atau ia telah berbuat bertentangan dengan suatu kewajiban hukumnya sendiri".²⁰ Setelah adanya *arrest* dari *Hoge Raad* 1919 Nomor 110 tanggal 31 Januari 1919, maka pengertian perbuatan melawan hukum lebih diperluas, yaitu :²¹

“Hal berbuat atau tidak berbuat itu adalah melanggar hak orang lain, atau itu adalah bertentangan dengan kewajiban hukum dari orang yang berbuat (sampai di sini adalah merupakan perumusan dari pendapat yang sempit), atau berlawanan baik dengan kesusilaan maupun melawan kepantasan yang seharusnya ada di dalam lalu lintas masyarakat terhadap diri atau benda orang lain)”.²¹

Dengan demikian pengertian perbuatan melawan hukum dalam arti luas berdasarkan pernyataan di atas, bahwa perbuatan itu tidak saja melanggar hak orang lain dan bertentangan dengan kewajiban hukum dari pelakunya atau yang berbuat, tetapi perbuatan itu juga berlawanan dengan kesusilaan dan kepantasan terhadap diri atau benda orang lain, yang seharusnya ada di dalam masyarakat, dalam arti bertentangan dengan ketentuan-ketentuan yang tidak tertulis, seperti adat istiadat dan lain-lain.

²⁰ H.F.A.Volmar, *Pengantar Study Hukum Perdata* (Diterjemahkan Oleh I.S. Adiwinata), Rajawali Pers, Jakarta, 2004, hlm.184.

²¹ *Ibid*, hlm.185

Abdulkadir Muhammad berpendapat, bahwa perbuatan melawan hukum dalam arti sempit hanya mencakup Pasal 1365 KUHPerdara, dalam arti pengertian tersebut dilakukan secara terpisah antara kedua Pasal tersebut. Sedangkan pengertian perbuatan melawan hukum dalam arti luas adalah merupakan penggabungan dari kedua Pasal tersebut.

Lebih jelasnya pendapat tersebut adalah :²²

Perbuatan dalam arti "perbuatan melawan hukum" meliputi perbuatan positif, yang dalam bahasa asli bahasa Belanda "*daad*" (Pasal 1365) dan perbuatan negatif, yang dalam bahasa asli bahasa Belanda "*nataligheid*" (kelalaian) atau "*onvoorzigtigheid*" (kurang hati-hati) seperti ditentukan dalam Pasal 1365 KUH. Perdata.

Dengan demikian Pasal 1365 KUHPerdara untuk orang-orang yang betul-betul berbuat, sedangkan dalam Pasal 1366 KUHPerdara itu untuk orang yang tidak berbuat. Pelanggaran kedua Pasal ini mempunyai akibat hukum yang sama, yaitu mengganti kerugian. Perumusan perbuatan positif Pasal 1365 KUHPerdara dan perbuatan negatif Pasal 1366 KUHPerdara hanya mempunyai arti sebelum ada putusan Mahkamah Agung Belanda 31 Januari 1919, karena pada waktu itu pengertian melawan hukum (*onrechtmatig*) itu masih sempit. Setelah putusan Mahkamah Agung Belanda tersebut, pengertian melawan hukum itu sudah menjadi lebih luas, yaitu mencakup juga perbuatan negatif. Ketentuan Pasal 1366 KUHPerdara itu sudah termasuk pula dalam rumusan Pasal 1365 KUHPerdara.

²² Abdulkadir Muhammad., *Hukum Perikatan*, Alumni, Bandung, 2002, hlm.142

Berdasarkan pengertian perbuatan melawan hukum di atas, baik yang secara etimologi, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, keputusan Mahkamah Agung Belanda dengan *arrest* tanggal 31 Januari 1919 dan pendapat para sarjana hukum, walaupun saling berbeda antara satu sama lainnya, namun mempunyai maksud dan tujuan yang sama, yaitu memberi penegasan terhadap tindakan-tindakan seseorang yang telah melanggar hak orang lain atau yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri, sementara tentang hal tersebut telah ada aturannya atau ketentuan-ketentuan yang mengaturnya, baik secara tertulis maupun tidak tertulis, seperti adat kebiasaan dan lain sebagainya.²³ \

Ajaran sifat melawan hukum memiliki kedudukan yang penting dalam hukum pidana di samping asas Legalitas. Ajaran ini terdiri dari ajaran sifat melawan hukum yang formal dan materil.²⁴

a. Ajaran Sifat Melawan Hukum Formal

Sifat melawan hukum formal terjadi karena memenuhi rumusan delik undang undang. Sifat melawan hukum formal merupakan syarat untuk dapat dipidananya perbuatan. Ajaran sifat melawan hukum formal adalah apabila suatu perbuatan telah memenuhi semua unsur yang termuat dalam rumusan tindak pidana, perbuatan tersebut adalah tindak pidana. Jika ada alasan-alasan

²³ *Ibid*, hlm.144.

²⁴ Salim HS, *Perkembangan Hukum Kontrak Innominaat di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2006, hlm. 21

pembenar maka alasan-alasan tersebut harus juga disebutkan secara tegas dalam undang-undang.

b. Ajaran Sifat Melawan Hukum Materil.

Ajaran sifat melawan hukum materil adalah memenuhi semua unsur rumusan delik, perbuatan itu juga harus benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut atau tercela. karena itu ajaran ini mengakui alasan-alasan pembenar di luar undang-undang, dengan kata lain, alasan pembenar dapat berada pada hukum yang tidak tertulis.

2. Unsur-Unsur Perbuatan Melawan Hukum

Unsur-unsur yang harus dipenuhi agar seseorang dapat dikatakan telah melakukan perbuatan melawan hukum ialah :²⁵

- a. Perbuatan itu harus melawan hukum (onrechtmatig).
- b. Perbuatan itu harus menimbulkan kerugian.
- c. Perbuatan itu harus dilakukan dengan kesalahan (kelalaian).
- d. Antara perbuatan dan kerugian yang timbul harus ada hubungan kausal.

Berbeda halnya dengan pendapat yang dikemukakan oleh R. Suryatin, yang mengatakan :

Pasal 1365 memuat beberapa unsur yang harus dipenuhinya, agar supaya dapat menentukan adanya suatu perbuatan melanggar hukum. Unsur pertama adalah perbuatan itu harus melanggar undang-undang. Perbuatan itu menimbulkan

²⁵ *Ibid*, hlm. 24

kerugian (unsur kedua), sehingga antara perbuatan dan akibat harus ada sebab musabab. Unsur ketiga ialah harus ada kesalahan di pihak yang berbuat.²⁶

Menurut pernyataan di atas unsur dari perbuatan melawan hukum itu adalah sebagai berikut :²⁷

- a. Perbuatan itu harus melanggar undang-undang.
- b. Perbuatan itu mengakibatkan kerugian, sehingga antara perbuatan dan akibat harus ada sebab musabab.
- c. Harus ada kesalahan di pihak yang berbuat.

Dibandingkan kedua unsur-unsur tersebut di atas, jelas terlihat perbedaannya, dimana menurut pendapat Abdulkadir Muhammad, unsur-unsur perbuatan melawan hukum yang dikemukakannya lebih luas, jika dibandingkan dengan unsur-unsur perbuatan melawan hukum yang dikemukakan oleh R. Suryatin. Kalau perbuatan yang dikemukakan Abdulkadir Muhammad lebih luas, yaitu terhadap hukum yang termasuk di dalamnya Undang-Undang. Sedangkan perbuatan yang dikemukakan R. Suryatin, hanya terhadap Undang-undang saja. Kemudian antara perbuatan dan akibat terdapat hubungan kausal (sebab musabab), menurut Abdulkadir Muhammad merupakan salah satu unsur, sedangkan menurut R. Suryatin digabungkan dengan unsur perbuatan itu menimbulkan kerugian.

Abdulkadir Muhammad menyebutkan bahwa unsur-unsur perbuatan melawan hukum yaitu :²⁸

- a. Perbuatan itu harus melawan hukum

²⁶ R. Suryatin, *Hukum Perikatan*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2001, hlm.82.

²⁷ *Ibid*, hlm.83

²⁸ R. Wirjono Prodjodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum*, Sumur, Bandung, 2003, hlm.72.

Prinsipnya tentang unsur yang pertama ini telah dikemukakan di dalam sub bab di atas, yaitu di dalam syarat-syarat perbuatan melawan hukum. Dalam unsur pertama ini, sebenarnya terdapat dua pengertian, yaitu "perbuatan" dan "melawan hukum". Namun keduanya saling berkaitan antara satu dengan yang lainnya. Keterkaitan ini dapat dibuktikan dengan dua cara, yaitu dengan cara penafsiran bahasa, melawan hukum menerangkan sifatnya dari perbuatan itu dengan kata lain "melawan hukum" merupakan kata sifat, sedangkan "perbuatan" merupakan kata kerja. Sehingga dengan adanya suatu "perbuatan" yang sifatnya "melawan hukum", maka terciptalah kalimat yang menyatakan "perbuatan melawan hukum".

Kemudian dengan cara penafsiran hukum. Cara penafsiran hukum ini terhadap kedua pengertian tersebut, yaitu "perbuatan", untuk jelasnya telah diuraikan di dalam sub bab di atas, baik dalam arti sempit maupun dalam arti luas. Pengertian perbuatan melawan hukum dalam arti sempit, hanya meliputi hak orang lain, dan kewajiban si pembuat yang bertentangan atau hanya melanggar hukum/undang-undang saja. Pendapat ini dikemukakan sebelum adanya *arrest Hoge Raad* Tahun 1919. Sedangkan dalam arti luas, telah meliputi kesusilaan dan kepatutan yang berlaku dalam lalu lintas masyarakat terhadap diri dan barang-barang orang lain. Pendapat ini dikemukakan setelah pada waktu *arrest Hoge Raad* Tahun 1919 digunakan.

b. Perbuatan itu harus menimbulkan kerugian.

Kerugian yang dimaksud di dalam unsur kedua ini, Undang-undang tidak hanya menjelaskannya tentang ukurannya dan yang termasuk kerugian itu. Undang-undang hanya menyebutkan sifat dari kerugian tersebut, yaitu materiil dan imateriil. “Kerugian ini dapat bersifat kerugian materiil dan kerugian inmateriil, Apa ukurannya, apa yang termasuk kerugian itu, tidak ada ditentukan lebih lanjut dalam undang-undang sehubungan dengan perbuatan melawan hukum”.²⁹

Dengan pernyataan di atas, bagaimana caranya untuk menentukan kerugian yang timbul akibat adanya perbuatan melawan hukum tersebut. Karena undang-undang sendiri tidak ada menentukan tentang ukurannya dan apa saja yang termasuk kerugian tersebut. Undang-undang hanya menentukan sifatnya, yaitu materiil dan inmateriil.

Termasuk kerugian yang bersifat materiil dan inmateriil ini adalah :³⁰

- 1) Materiil, maksudnya bersifat kebendaan (*zakelijk*). Contohnya : Kerugian karena kerusakan tubrukan mobil, rusaknya rumah, hilangnya keuntungan, keluarnya ongkos barang dan sebagainya.
- 2) Immateriil, maksudnya bersifat tidak kebendaan. Contohnya : Dirugikan nama baik seseorang, harga diri, hilangnya kepercayaan orang lain, membuang sampah (kotoran) di pekarangan orang lain hingga udara tidak segar pada orang itu atau polusi, pencemaran lingkungan, hilangnya langganan dalam perdagangan.

Berdasarkan pernyataan di atas, apakah contoh-contoh tersebut telah memenuhi ukuran dari kerugian yang disebabkan oleh perbuatan melawan hukum. Hal ini dapat saja terjadi, karena undang-undang itu sendiri tidak ada

²⁹ Abdulkadir Muhammad., *Op.Cit*, hlm.148

³⁰ Marheinis Abdulhay, *Hukum Perdata*, Pembinaan UPN, Jakarta, 2006, hlm.83

mengaturnya. Namun demikian bukan berarti orang yang dirugikan tersebut dapat menuntut kerugian orang lain tersebut sesuka hatinya. Karena ada pendapat yang mengatakan :³¹

“Hoge Raad berulang-ulang telah memutuskan, bahwa kerugian yang timbul karena perbuatan melawan hukum, ketentuannya sama dengan ketentuan yang timbul karena wanprestasi dalam perjanjian (Pasal 1246-1248), walaupun ketentuan tersebut tidak dapat langsung diterapkan. Akan tetapi jika penerapan itu dilakukan secara analogis, masih dapat diperkenankan.”

Dalam praktek hukumnya, pernyataan di atas dapat dibuktikan kebenarannya, bahwa secara umum pihak yang dirugikan selalu mendapat ganti kerugian dari si pembuat perbuatan melawan hukum, tidak hanya kerugian yang nyata saja, tetapi keuntungan yang seharusnya diperoleh juga diterimanya. Dengan demikian, kerugian yang dimaksud pada unsur kedua ini, dalam prakteknya dapat diterapkan ketentuan kerugian yang timbul karena wanprestasi dalam perjanjian. Walaupun penerapan ini hanya bersifat analogi. Namun tidak menutup kemungkinan terlaksananya penerapan ketentuan tersebut terhadap perbuatan melawan hukum. Alasannya, karena tidak adanya pengaturan lebih lanjut dari Undang-undang tentang hal tersebut, sehingga masalah ini dapat merupakan salah satu masalah pengembangan hukum perdata, yang layak untuk diteliti.

c. Perbuatan itu hanya dilakukan dengan kesalahan.

³¹ R. Wirjono Prodjodikoro, *Op Cit.*, hlm. 85.

Kesalahan dalam uraian ini, ialah perbuatan yang disengaja atau lalai melakukan suatu perbuatan atau yang perbuatan itu melawan hukum (*onrechtmatigedaad*).

Menurut hukum perdata, seseorang itu dikatakan bersalah jika terhadapnya dapat disesalkan bahwa ia telah melakukan/tidak melakukan suatu perbuatan yang seharusnya dihindarkan. Perbuatan yang seharusnya dilakukan/tidak dilakukan itu tidak terlepas dari pada dapat atau tidaknya hal-hal itu dikira-dira. Dapat dikira-kira itu harus diukur secara objektif, artinya manusia normal dapat mengira-ngirakan dalam keadaan tertentu perbuatan seharusnya dilakukan/tidak dilakukan.³²

Berdasarkan pendapat di atas, berarti perbuatan melawan hukum itu adalah perbuatan yang sengaja atau lalai melakukan suatu perbuatan. Kesalahan dalam unsur ini merupakan suatu perbuatan yang dapat dikira-kira atau diperhitungkan oleh pikiran manusia yang normal sebagai tindakan yang dilakukan atau tidak dilakukannya perbuatan itu. Dengan demikian, melakukan atau tidak melakukan dapat dikategorikan ke dalam bentuk kesalahan. Pendapat di atas dapat dimaklumi, karena sifat dari hukum adalah mengatur, yang berarti ada larangan dan ada suruhan. jika seseorang melakukan suatu perbuatan, perbuatan mana dilarang oleh undang-undang, maka orang tersebut dinyatakan telah bersalah. Kemudian jika seseorang tidak melakukan perbuatan, sementara perbuatan itu merupakan perintah yang harus dilakukan, maka orang tersebut

³² Abdulkadir Muhammad., *Op.Cit*, hlm.147.

dapat dikatakan telah bersalah. Inilah pengertian kesalahan dari maksud pernyataan di atas.

Kemudian ada pendapat lain yang menyatakan bahwa "kesalahan itu dapat terjadi, karena : disengaja dan tidak disengaja".³³ Tentunya yang dimaksud dengan disengaja dan tidak disengaja dalam pernyataan di atas adalah dalam hal perbuatan. Apakah perbuatan itu disengaja atau perbuatan itu tidak disengaja. Tentang disengaja dan tidak disengaja berarti kesalahan itu dapat terjadi dan dilakukan akibat dari suatu kelalaian. Jika kelalaian dapat dianggap suatu unsur dari kesalahan, maka menurut pandangan hukum, kodrat manusia sebagai makhluk yang tidak pernah luput dari kesalahan dan kesilapan, merupakan satu pedoman dasar di dalam menentukan bahwa perbuatan itu termasuk ke dalam suatu perbuatan yang melawan hukum dan tidak dapat dipungkiri lagi. Tetapi di dalam kenyataannya, kenapa masih banyak orang yang telah melakukan perbuatan melawan hukum, dapat menghindari dirinya dari tuduhan dan gugatan tersebut dalam arti mengingkari perbuatan melawan hukum yang ditunjukkan kepadanya.

Perbuatan yang memang disengaja, berarti sudah ada niat dari pelakunya atau si pembuat. Tetapi jika perbuatan itu tidak disengaja untuk dilakukan, dalam arti unsur kesilapan, suatu contoh dalam hal pembayaran harga barang dalam jual beli tanah yang dilakukan si pembeli, apakah si pembeli dapat dikatakan telah melakukan perbuatan melawan hukum, menurut pendapat di

³³ Marheinis Abdulhay., *Op.Cit*, hlm.84.

atas. Atau seorang kasir pada suatu bank, yang silap melakukan perhitungan terhadap rekening si nasabah. Apakah perbuatan si kasir tersebut dapat dikatakan sebagai suatu kesalahan dan kepadanya dapat digugat Pasal 1365 KUH. Perdata tersebut.

d. Antara perbuatan dan kerugian ada hubungan kausal.

Pasal 1365 KUH. Perdata, hubungan kausal ini dapat terlihat dari kalimat perbuatan yang karena kesalahannya menimbulkan kerugian. Sehingga kerugian itu timbul disebabkan adanya perbuatan, atau kerugian itu merupakan akibat dari perbuatan. Hal yang menjadi masalah di sini, apakah kerugian itu merupakan akibat perbuatan, sejauhmanakah hal ini dapat dibuktikan kebenarannya. Jika antara kerugian dan perbuatan terdapat hubungan kausalitas (sebab akibat), maka sudah pasti dapat dikatakan bahwa setiap kerugian merupakan akibat dari suatu perbuatan. Apakah pendapat tersebut tidak bertentangan dengan hukum alam, yang menyatakan bahwa terjadinya alam ini, mengalami beberapa proses yang disebabkan oleh beberapa faktor yang saling berkaitan.

Kemudian menurut pendapat sarjana sosiologi, timbulnya hukum di dalam masyarakat hukum hanya disebabkan adanya faktor persaingan hidup dalam masyarakat itu sendiri, tetapi dipengaruhi oleh disebabkan adanya faktor kehidupan lainnya, seperti faktor biologis, faktor kejiwaan, faktor keamanan dan faktor-faktor kebendaan lainnya. Tujuannya untuk mengatur dan

melindungi serta mengayomi hidup dan kehidupannya, baik secara individu maupun secara kelompok dalam masyarakat.³⁴

Berarti, dilihat dari uraian di atas, hubungan kausalitas tersebut terdiri dari beberapa sebab yang merupakan peristiwa, sehingga kerugian bukan hanya disebabkan adanya perbuatan, tetapi terdiri dari beberapa syarat dari perbuatan.

Hal ini sesuai dengan pendapat atau teori yang dikemukakan oleh Von Buri, yaitu :³⁵

“Harus dianggap sebagai sebab dari pada suatu perubahan adalah semua syarat-syarat yang harus ada untuk timbulnya akibat. Karena dengan hilangnya salah satu syarat tersebut, akibatnya tidak akan terjadi dan oleh sebab tiap-tiap syarat-syarat tersebut *conditio sine qua non* untuk timbulnya akibat, maka setiap syarat dengan sendirinya dapat dinamakan sebab.”

Hubungan kausalitas yang merupakan salah satu unsur dari perbuatan melawan hukum dapat dikatakan bahwa kerugian itu timbul disebabkan adanya perbuatan yang sifatnya melawan hukum.

Marheinis Abdulhay menyatakan bahwa unsur-unsur perbuatan melawan hukum itu adalah :³⁶

- Dari pengertian Pasal 1365 KUH. Perdata tersebut dapat ditarik beberapa unsur perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*), yaitu :
1. Perbuatan.
 2. Melanggar.
 3. Kesalahan.
 4. Kerugian.

³⁴ *Ibid*, hlm.85

³⁵ R.Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Bina Cipta, Bandung, 2007, hlm.87

³⁶ Marheinis Abdulhay, *Op.Cit*, hlm.82

Diperhatikan pernyataan di atas dan jika dibandingkan dengan pembagian unsur-unsur yang telah dikemukakan terdahulu, perbedaan-perbedaan unsur-unsur tersebut sangat jelas terlihat. Hubungan kausalitas atau sebab musabab yang termasuk salah satu unsur atau bagian dari salah satu unsur perbuatan yang mengakibatkan kerugian, menurut pendapat para sarjana terdahulu. Sementara menurut Marheinis Abdulhay, hubungan kausalitas atau sebab musabab ini bukan merupakan salah satu unsur dari perbuatan melawan hukum.³⁷

Tidak termasuknya hubungan kausalitas tersebut ke dalam unsur-unsur perbuatan melawan hukum disebabkan tidak terdapatnya hubungan kausalitas tersebut di dalam pengertian Pasal 1365 KUHPerdara, sehingga sarjana tersebut hanya melihat hal-hal yang jelas dan nyata saja dari bunyi Pasal tersebut, dalam arti ia hanya melihat hal-hal yang tersurat. Sedangkan hubungan kausalitas menurut pendapat sarjana yang lain, itu merupakan hal yang tersirat. Sehingga tidak perlu disebutkan sebagai salah satu unsur.

Selain itu, kelihatannya unsur-unsur perbuatan melawan hukum yang dikemukakan oleh Marheinis Abdulhay ini jelas sederhana jika dibandingkan dengan dengan unsur-unsur yang dikemukakan oleh sarjana yang lain. Namun demikian secara kenyataannya, unsur-unsur perbuatan melawan hukum yang dikemukakan oleh para sarjana di atas mempunyai maksud dan tujuan yang sama, yaitu memberi penjelasan dan penegasan terhadap kriteria-kriteria dari

³⁷ *Ibid*, hlm.83

suatu perbuatan yang melawan hukum, dengan kata lain, unsur manapun yang digunakan dan ditetapkan, tujuannya tetap menerangkan bahwa perbuatan itu merupakan perbuatan melawan hukum.³⁸

3. Subjek Perbuatan Melawan Hukum

Menurut Marheinis Abdulhay bahwa "yang dinyatakan bersalah adalah subjek hukum atau orang (*person*), karena subjek diakui mempunyai hak dan kewajiban".³⁹ Berarti berdasarkan pernyataan tersebut dinyatakan bersalah adalah subjek hukum yang dinyatakan telah melakukan perbuatan melawan hukum adalah juga subjek hukum, alasannya karena subjek hukum mempunyai hak dan kewajiban.

Subjek dalam kamus istilah hukum adalah "pokok, subjek dari hubungan hukum, orang pribadi atau badan hukum yang dalam kedudukan demikian berwenang melakukan tindakan hukum".⁴⁰ Berarti yang termasuk dikatakan atau digolongkan sebagai subjek dalam pandangan hukum adalah orang pribadi dan badan hukum. Kemudian yang dimaksud dengan subjek hukum adalah orang pribadi atau badan hukum yang dalam kedudukannya sebagai subjek mempunyai wewenang untuk melakukan tindakan hukum. Dengan demikian yang termasuk subjek perbuatan melawan hukum adalah orang pribadi atau badan hukum yang telah melakukan tindakan atau perbuatan yang sifatnya melawan hukum.

³⁸ M. Yahya Harahap., *Segi-Segi Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 2002, hlm.42

³⁹ Marheinis Abdulhay., *Op.Cit*, hlm.89

⁴⁰ N.E. Algra., *Kamus Istilah Hukum*, Bina Cipta, Bandung, 2003, hlm.549.

4. Tuntutan Ganti Kerugian Karena Perbuatan Melawan Hukum

Ada hubungan yang erat antara ganti rugi yang terjadi karena adanya wanprestasi dalam suatu perjanjian dengan apa yang dikenal dengan ganti rugi sebagai akibat perbuatan melawan hukum (*onrechtmetige daad*). Sebab dengan tindakan debitur dalam melaksanakan kewajiban "tidak tepat waktu" atau "tidak layak", adalah jelas merupakan pelanggaran hak kreditur. Setiap pelanggaran hak orang lain, berarti pula merupakan perbuatan melawan hukum atau *onrechtmatigedaad*.

“Memang hampir serupa *onrechtmatigedaad* dengan wanprestasi, itu sebabnya dikatakan bahwa wanprestasi adalah juga merupakan "*genus spesifik*" dari *onrechtmatigedaad* seperti yang dirumuskan dalam Pasal 1365 KUHPerdata”.⁴¹ Dengan demikian, jika diperhatikan bahwa para ahli menyebutkan juga bahwa ketentuan tentang ganti rugi yang terdapat di dalam bagian wanprestasi tersebut juga berlaku akan halnya dengan ganti rugi sebagai akibat dari adanya perbuatan melawan hukum tersebut. Dengan pengertian lain, ketentuan ganti rugi dalam wanprestasi dapat diberlakukan secara analogis dalam hal adanya ganti rugi karena perbuatan melawan hukum.

Menurut Abdulkadir Muhammad bahwa yang dimaksudkan dengan ganti kerugian itu ialah "ganti kerugian yang timbul karena debitur melakukan wanprestasi karena lalai".⁴² Sebagai perbandingan tentang ganti kerugian

⁴¹ M. Yahya Harahap., *Op.Cit*, hlm.61

⁴² Abdulkadir Muhammad., *Op.Cit*, hlm.39.

disebabkan wanprestasi dan ganti rugi sebagai akibat adanya perbuatan yang melawan hukum, berikut ini akan dikutipkan Pasal 1243 KUHPerdara dan Pasal 1365 KUHPerdara.

Pasal 1243 KUHPerdara, dengan tegas disebutkan bahwa penggantin biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan apabila debitur setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya. Sedangkan dalam Pasal 1365 KUH. Perdata disebutkan bahwa tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian tersebut.

Jika diperhatikan dengan seksama kedua kutipan pasal tersebut, jelas tidak ada disebutkan dengan tegas apa yang dimaksudkan dengan ganti rugi itu sendiri, hanya saja, ganti rugi dalam hal wanprestasi berdasarkan Pasal 1245 KUHPerdara baru timbul bilamana debiturnya telah dinyatakan berada dalam keadaan lalai setelah dilakukannya peringatan tetapi tetap juga dilalaikannya. Sedangkan di dalam Pasal 1365 KUHPerdara juga tidak disebutkan tentang apa yang dimaksud dengan pengertian ganti rugi itu.⁴³

5. Perbedaan Antara Wanprestasi Dengan Perbuatan Melawan Hukum

Menurut Abdulkadir Muhammad bahwa yang dimaksud dengan wanprestasi adalah "tidak memenuhi kewajiban yang timbul karena perjanjian maupun

⁴³ *Ibid*, hlm.41

perikatan yang timbul karena undang-undang".⁴⁴ Berdasarkan pendapat tersebut, maka unsur-unsur wanprestasi itu adalah :⁴⁵

1. Tidak memenuhi prestasi sama sekali.
2. Memenuhi prestasi tetapi tidak baik atau keliru.
3. Memenuhi prestasi tetapi tidak tepat waktunya.

Diperhatikan pengertian dan unsur-unsur wanprestasi tersebut bukanlah tidak menutup kemungkinan tindakan wanprestasi ini dapat dikatakan sebagai perbuatan melawan hukum, karena dengan tidak dipenuhinya kewajiban itu ada kemungkinan disebabkan dua hal yaitu :⁴⁶

1. Kesalahan salah satu pihak, baik sengaja maupun karena lalai.
2. Keadaan memaksa (*force majeure*).

Kemungkinan itu disebabkan oleh keadaan memaksa (*force majeure*) mungkin hal ini dapat diterima sebagai wanprestasi, Tetapi jika kemungkinan itu disebabkan kesalahan baik disengaja maupun tidak sengaja. Apakah kemungkinan tersebut dapat dikatakan sebagai wanprestasi juga atau dapat dikatakan sebagai perbuatan melawan hukum.

Pasal 1338 KUHPerdara yang menyebutkan bahwa semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Persetujuan-persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu. Persetujuan-persetujuan harus dilakukan dengan itikad baik.

⁴⁴ *Ibid*, hlm.42

⁴⁵ J. Satrio, *Hukum Perjanjian*, Citra Aditya Bakti, Bandung:, 2002, hlm.47

⁴⁶ *Ibid*, hlm.49

Pasal 1338 KUHPerdara ini dihubungkan dengan kemungkinan yang disebabkan kesalahan baik sengaja maupun tidak sengaja yang merupakan salah satu kemungkinan terjadinya wanprestasi. Berarti tindakan itu bukan tindakan wanprestasi, tetapi perbuatan melawan hukum dengan alasan salah satu pihak telah melanggar persetujuan yang berlaku sebagai undang-undang atau bertentangan dengan kewajibannya.

Sebenarnya dari pengertian kedua lembaga ini dapat dilihat perbedaan antara wanprestasi dengan perbuatan melawan hukum yaitu bahwa di dalam wanprestasi terdapat istilah somasi yaitu penetapan lalai yang disebut dalam Pasal 1274 KUHPerdara. Dengan demikian wanprestasi itu terjadi apabila salah satu pihak atau debitur misalnya setelah penetapan lalai ini ia masih tetap tidak melakukan atau memenuhi pertasinya maka si debitur dapat dikatakan wanprestasi. Di samping itu, pada umumnya tindakan wanprestasi ini ada dikarenakan suatu perikatan yang dibuat oleh kedua belah pihak, baik perikatan yang berdasarkan perjanjian maupun perikatan yang timbul karena undang-undang. Sedangkan perbuatan melawan hukum tidak ada penetapan lalai atau peringatan terlebih dahulu. Kemudian pada umumnya perbuatan melawan hukum terjadi bukan karena suatu perikatan tetapi terjadi dengan sendirinya yang dilakukan oleh si pembuat terhadap aturan hukum atau ketentuan-ketentuan yang berlaku.

Persetujuan itu berlaku sebagai undang-undang, namun bukan berarti pihak yang dengan kesalahannya tidak melakukan perjanjian itu dikatakan telah melakukan perbuatan melawan hukum, tetapi ia dikatakan telah wanprestasi.

Karena bersalah tidak melakukan prestasi yang telah diperjanjikan dengan pihak lain.⁴⁷

⁴⁷ Munir Fuady III., *Hukum Kontrak Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*, PT. Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2001, hlm.34

