

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum tentang Hak Guna Bangunan (HGB)

HGB atau Hak Guna Bangunan adalah hak untuk mendirikan dan mempunyai bangunan-bangunan diatas tanah yang bukan miliknya sendiri dengan jangka waktu tertentu dan luasan tertentu.²⁵ HGB memberikan hak kepada pemegang hak berupa menikmati manfaat dari bangunan yang didirikan diatas tanah yang bukan miliknya sendiri.

Ketentuan yang mengatur HGB dijelaskan pada Pasal 35 sampai Pasal 40, Pasal 50 *jo* 52, Pasal 55 UUPA; ketentuan konversi Pasal 1 (3) dan (4), Pasal II, V, dan Pasal VIII (1). Diluar UUPA diatur dalam Peraturan Pemerintah No. 18 Tahun 2021 tentang Hak Pengelolaan Atas Tanah, Satuan Rumah Susun, dan Pendaftaran Tanah. PP No. 24/1997 tentang Pendaftaran Tanah; Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan No. 9 Tahun 1999 tentang Tata Cara Pemberian Hak Atas Tanah; PMDN No. 2/1984 tentang Penyediaan dan Pemberian Hak Atas Tanah untuk Keperluan Perusahaan Pembangunan Perumahan dengan Fasilitas KPR dari Bank Tabungan Negara; PMATR/Ka. BPN No. 17/2019, tentang izin Lokasi. Undang-Undang Nomor 4/1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah beserta Benda-benda yang berkaitan dengan Tanah. Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 1/2011 tentang Pelimpahan Kewenangan Pemberian Hak

²⁵ Muhammad Yamin Lubis, Abdul Rahim Lubis, *Kepemilikan Properti di Indonesia*, (Bandung: Mandar Maju, 2013), hlm 22

Atas Tanah dan Kegiatan Pendaftaran Tanah Tertentu *jo.* Keppres No. 26/1998 tentang Badan Pertanahan Nasional.²⁶

Hak atas Tanah yang dapat diberikan HGB meliputi:

1. Tanah Negara;
2. Tanah Hak Pengelolaan; dan
3. Tanah Hak Milik

Jangka waktu berlakunya HGB

1. HGB diatas Tanah Negara dan Tanah Hak Pengelolaan diberikan jangka waktu paling lama 30 (tiga puluh) tahun, dapat diperpanjang untuk jangka waktu paling lama 20 (dua puluh) tahun, dan dapat diperbarui untuk jangka waktu paling lama 30 (tiga puluh) tahun.
2. HGB diatas Tanah Hak Milik diberikan untuk jangka waktu paling lama 30 (tiga puluh) tahun dan dapat diperbarui dengan akta pemberian HGB diatas Hak Milik.

Setelah jangka waktu pemberian, perpanjangan, dan pembaruan telah berakhir, tanah HGB kembali menjadi tanah yang dikuasai langsung oleh negara atau tanah Hak Pengelolaan. Tanah Hak Pengelolaan menjadi kewenangan menteri untuk melakukan penataan kembali penggunaan, pemanfaatan, dan kepemilikan atas Tanah.

²⁶ Suyono Sanjaya, Mulyono, Yuniar Rahmatiar, *Hak-Hak Atas Tanah yang Dapat Dibangun Rumah Susun/Apartemen*, (Depok: Rajawali Pers, 2022), hlm 13.

HGB dapat timbul dengan cara:

1. HGB diatas Tanah Hak Pengelolaan diberikan dengan keputusan pemberian hak oleh menteri berdasarkan persetujuan pemegang Hak Pengelolaan.
2. HGB diatas tanah Hak Milik terjadi melalui pemberian hak oleh pemegang Hak Milik dengan akta yang dibuat oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah.

Pemberian HGB atas tanah wajib didaftarkan pada Kantor Pertanahan setempat. HGB diatas Tanah Negara, diatas Tanah Hak Pengelolaan, atau diatas Tanah Hak Milik terjadi sejak didaftarkan di Kantor Pertanahan setempat. Akibat pendaftaran HGB di Kantor Pertanahan mengikat pihak ketiga. Pemegang HGB diberikan sertipikat Hak Atas Tanah sebagai bukti hak.

HGB diatas Tanah Negara dapat diperpanjang atau diperbarui dengan permohonan pemegang hak apabila memenuhi syarat sebagai berikut:

1. Tanah yang hendak diperpanjang masih diusahakan dan dimanfaatkan sesuai keadaan, sifat, dan tujuan pemberian hak dengan baik;
2. Syarat pemberian hak dipenuhi dengan baik oleh pemegang hak;
3. Pemegang hak masih memenuhi syarat sebagai pemegang hak;
4. Tanah yang hendak diperpanjang masih sesuai dengan rencana tata ruang peruntukan tanah; dan
5. Tidak dimanfaatkan untuk kepentingan umum

HGB diatas tanah Hak Pengelolaan dapat diperpanjang atau diperbarui dengan beberapa syarat:

1. Tanah yang hendak diperpanjang masih diusahakan dan dimanfaatkan sesuai keadaan, sifat, dan tujuan pemberian hak dengan baik;
2. Syarat pemberian hak dipenuhi dengan baik oleh pemegang hak;
3. Pemegang hak masih memenuhi syarat sebagai pemegang hak;
4. Tanah yang hendak diperpanjang masih sesuai dengan rencana tata ruang peruntukan tanah; dan
5. Tidak dimanfaatkan untuk kepentingan umum
6. Mendapat persetujuan dari pemegang Hak Pengelolaan

HGB diatas Tanah Hak Milik dapat diperbarui dengan pemberian HGB baru dengan syarat:

1. Berdasarkan kesepakatan antara pemegang HGB dengan pemegang Hak Milik;
2. Dibuat dengan akta yang dibuat oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah; dan
3. Didaftarkan pada Kantor Pertanahan setempat

Permohonan perpanjangan jangka waktu berlakunya HGB dapat diajukan setelah tanahnya digunakan dan dimanfaatkan sesuai dengan tujuan pemberian haknya atau paling lambat sebelum berakhirnya jangka waktu HGB. Permohonan pembaruan HGB diajukan paling lama 2 (dua) tahun setelah berakhirnya jangka waktu HGB. Dalam hal HGB diatas Tanah Hak Pengelolaan maka jangka waktu perpanjangan dan pembaruan hak dapat diberikan apabila tanahnya telah digunakan dan dimanfaatkan sesuai dengan tujuan pemberian haknya.

B. Tinjauan Umum tentang Hak Pengelolaan (HPL)

Hak Pengelolaan atas tanah yang selanjutnya disebut HPL lahir tidak diatur oleh UUPA melainkan didasarkan atas Peraturan Menteri Agraria Nomor 9 tahun 1965 tentang Pelaksanaan Konversi Hak Menguasai Negara dan Ketentuan-Ketentuan tentang Kebijaksanaan Selanjutnya. Peraturan tersebut merupakan peraturan yang pertama kali menggunakan istilah Hak Pengelolaan, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 2 bahwa :

“Jika tanah negara sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1, selain dipergunakan untuk kepentingan instansi-instansi itu sendiri, dimaksudkan juga untuk dapat diberikan dengan sesuatu hak kepada pihak ketiga, maka hak penguasaan tersebut di atas dikonversi menjadi hak pengelolaan sebagai dimaksud dalam Pasal 5 dan 6, yang berlangsung selama tanah tersebut dipergunakan untuk keperluan itu oleh instansi yang bersangkutan”.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA) pada bagian penjelasan umum tidak menyebutkan dengan istilah “Hak Pengelolaan” melainkan menggunakan istilah “Pengelolaan”.²⁷ Penjelasan Umum II angka (2) yang menyebutkan bahwa dengan berpedoman pada tujuan yang disebutkan di atas, negara dapat memberikan tanah yang demikian (tanah yang tidak dipunyai dengan sesuatu hak oleh seseorang atau pihak lain)

²⁷ Elita Rahmi, *Eksistensi Hak Pengelolaan Atas Tanah (HPL) dan Realitas Pembangunan Indonesia*, Jurnal Dinamika Hukum, , Vol. 10 No. 3, Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman, Purwokerto, 2010, hlm. 351

kepada seseorang atau badan-badan dengan sesuatu hak menurut peruntukkan dan keperluannya, seperti contohnya Hak Milik; Hak Guna Usaha; Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai atau memberikannya dalam Pengelolaan kepada suatu badan penguasa (Departemen, Jawatan atau Daerah Swatantra) untuk dipergunakan bagi pelaksanaan tugasnya masing-masing, disebutkan dalam Pasal 2 Ayat 4.

Terjadi pergeseran Subyek Hak Pengelolaan dalam Pasal UUPA dengan Penjelasan UUPA. Pasal 2 Ayat (4) hanya menyebutkan subyek Hak Pengelolaan meliputi daerah Swatantra dan masyarakat hukum adat. Pada penjelasan Subyek Hak Pengelolaan dimunculkan kata “Departemen” sebagai salah satu subyek, sedangkan “masyarakat hukum adat” dihilangkan.²⁸ Secara Yuridis terjadi *inkonsistensi* antara Pasal dan Penjelasan UUPA dalam memaknai subyek Hak Pengelolaan, ada yang dikembangkan dan ada bagian yang dihilangkan. Dalam dinamikanya subyek HPL semakin meluas ke badan profit Pemerintah yakni BUMN dan BUMD.

Istilah “Hak Pengelolaan” banyak dijumpai dalam praktik maupun teori hukum pertanahan, sebagaimana ditemui di dalam Pasal 1 Ayat 3 Peraturan Menteri Negara Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 9 tahun 1999 tentang Tata Cara Pemberian dan Pembatalan Hak atas Tanah Negara dan Hak Pengelolaan yang mendefinisikan Hak Pengelolaan adalah hak menguasai dari negara yang kewenangan pelaksanaannya sebagian dilimpahkan kepada pemegangnya.

²⁸ Supriyadi, *Aspek Hukum Tanah Aset Daerah (Menemukan Keadilan, Kemanfaatan dan Kepastian atas Eksistensi Tanah Aset Daerah)*, (Jakarta: Prestasi Pustaka, 2010), hlm. 13

Dalam perkembangannya, istilah “Hak Pengelolaan” tidak hanya dipergunakan dalam peraturan yang dikeluarkan oleh Badan Pertanahan Nasional selaku badan negara yang menyelenggarakan pengaturan pada bidang pertanahan, tetapi telah banyak dipergunakan dalam produk hukum berupa Peraturan Pemerintah hingga Undang-Undang yang dijabarkan sebagai berikut:

1. Pasal 1 Ayat (4) Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah, yang memberi definisi bahwa Hak Pengelolaan adalah Hak Menguasai dari negara yang kewenangan pelaksanaannya sebagian dilimpahkan kepada pemegangnya;
2. Pasal 1 Ayat 2 Peraturan Pemerintah Nomor 40 tahun 1996 tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, dan Hak Pakai atas Tanah menyebutkan Hak Pengelolaan adalah hak menguasai dari negara yang kewenangan dan pelaksanaannya sebagian dilimpahkan kepada pemegangnya;
3. Pasal 7 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 16 tahun 1985 berbunyi rumah susun hanya dapat dibangun di atas tanah hak milik, hak guna bangunan, hak pakai atas tanah negara atau hak pengelolaan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
4. Pasal 2 Ayat (3) huruf (f) Undang-Undang Nomor 21 tahun 1997 tentang Bea Perolehan Hak atas Tanah dan Bangunan pada Bab II tentang Obyek Pajak menyebutkan Hak Pengelolaan termasuk salah satu obyek pajak.

Istilah Hak Pengelolaan menurut para ahli sering dilihat dari segi makna dan substansi yang diberikan perundang-undangan atas keberadaan hak

pengelolaan. Diawali oleh Maria S.W. Simardjono²⁹ yang memaknai Hak Pengelolaan adalah hak menguasai dari negara yang kewenangan pelaksanaanya sebagian dilimpahkan kepada pemegangnya. Pemahaman Hak Pengelolaan selanjutnya dijelaskan oleh Boedi Harsono³⁰ sebagai gempitan hak menguasai dari negara. hak Pengelolaan disebutkan oleh A.P. Parlindungan³¹ adalah hak atas tanah di luar UUPA. Pendapat beberapa ahli dalam memaknai Hak Pengelolaan memiliki inti pemahaman yang sama yang memberi arti bahwa Hak Pengelolaan adalah bagian dari hak menguasai negara yang diatur di luar UUPA. Pembahasan terhadap Hak Pengelolaan yang dapat memicu pemaknaan yang mendalam dapat dilihat bukan dari adanya pergeseran kewenangan tetapi “meluas” dan “menghilangnya” subyek Hak Pengelolaan dalam UUPA itu sendiri.

Hak Pengelolaan digambarkan sebagai suatu hak atas permukaan bumi yang didelegasikan oleh negara kepada suatu lembaga pemerintah, atau pemerintah daerah, badan hukum pemerintah, atau badan hukum pemerintah daerah, masyarakat hukum adat dengan memberikan kewenangan berupa:

1. Merencanakan peruntukan dan penggunaan tanah yang bersangkutan;
2. Menggunakan tanah tersebut untuk keperluan pelaksanaan usahanya;

²⁹ Maria S.W., Sumardjono, *Tanah dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial dan Budaya*, (Jakarta: Kompas, 2008), hlm. 203

³⁰ Boedi Harsono, *Undang-Undang Pokok Agraria Sedjarah Penjusunan, Isi dan Pelaksanaannya*, (Djambatan, Djakarta 1971), hlm 277

³¹ A.P. Parlindungan, *Hak Pengelolaan menurut Sistem UUPA*, (Bandung: Mandar Maju, 1989), hlm 1

3. Menyerahkan bagian-bagian dari tanah itu kepada pihak ketiga menurut persyaratan yang ditentukan oleh pemegang Hak Pengelolaan tersebut yang meliputi segi peruntukkan, penggunaan, jangka waktu, dan keuangan dengan ketentuan bahwa pemberi hak atas tanah kepada pihak ketiga yang bersangkutan dilakukan oleh pejabat-pejabat yang berwenang sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Pengaturan terbaru terhadap Hak Pengelolaan diatur oleh Peraturan Pemerintah Nomor 18 tahun 2021 tentang Hak Pengelolaan, Hak atas Tanah, Satuan Rumah Susun, dan Pendaftaran Tanah yang berlaku secara resmi pada 2 Februari 2021. Peraturan Pemerintah ini pada dasarnya merupakan salah satu peraturan turunan dari Undang-Undang Nomor 11 tahun 2020 tentang Cipta Kerja yang salah satunya mengangkat berkaitan dengan Hak Pengelolaan atas tanah oleh Pemerintah.³²

Dalam ketentuan umum Pemerintah Nomor 18 tahun 2021 menyebutkan Hak Pengelolaan adalah hak menguasai dari Negara yang kewenangan pelaksanaannya sebagian dilimpahkan kepada pemegang Hak Pengelolaan. Dalam Bab III Peraturan Pemerintah ini, dibahas mengenai tanah yang dapat diberikan Hak Pengelolaan yang dapat berasal dari tanah negara dan tanah ulayat. Subjek yang dapat diberikan Hak Pengelolaan ialah instansi Pemerintah Pusat, Pemerintah

³² Seventina Monda Devita, *Perkembangan Hak Pengelolaan Atas Tanah Sebelum Dan Sesudah Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2021 Tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun, Dan Pendaftaran Tanah*, Rewang Rencang: Jurnal Hukum Lex Generalis, Vol. 2 No. 9, 2021, hlm. 883

Daerah, Badan Usaha Milik Negara atau Badan Usaha Milik Daerah, Badan Hukum Milik Negara atau Badan Hukum Milik Daerah, Badan Bank tanah, atau Badan Hukum yang ditunjuk oleh Pemerintah Pusat. Hak Pengelolaan dari tanah ulayat ditetapkan kepada masyarakat hukum adat.

C. Tinjauan Umum tentang HGB diatas HPL

Pemanfaatan atas tanah dengan Hak Pengelolaan dimungkinkan terjadi dalam rangka pembangunan, pemanfaatan serta pengelolaan tanah. Hak yang diberikan atas tanah Hak Pengelolaan lahir dengan cara pembuatan perjanjian antara pemegang Hak Pengelolaan dengan pemohon hak atas tanah diatas Hak Pengelolaan guna mengambil manfaat maupun menggunakan tanah Hak Pengelolaan untuk keperluan komersial. Hak atas tanah yang dapat diberikan atas Hak Pengelolaan yaitu:

1. Hak Milik (daerah transmigrasi);
2. Hak Guna Bangunan; dan
3. Hak pakai.

Perjanjian yang dibangun antara pemegang HPL dengan pihak ketiga dilandaskan pada prinsip-prinsip umum hukum dalam Buku ke III KUHPerdata. Pasal 1338 Ayat (1) jo Pasal 1319 KUH Perdata sebagai landasan asas Kebebasan Berkontrak dalam pembuatan Surat Perjanjian Pemanfaat Tanah (SPPT).³³

³³ Ana Silviana, *Pemanfaatan Tanah Di Atas Hak Pengelolaan Antara Regulasi Dan Implementasi*, Diponegoro Private Law Review Jurnal, Vol. 1 No. 1, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 2017, hlm. 41

Pembuatan SPPT berlandaskan syarat sah perjanjian yang terkandung dalam Pasal 1320 KUHPerdara serta Pasal 1339 KUHPerdara antara lain adanya kesepakatan antara para pihak, kecakapan subyek hukum, adanya objek tertentu serta klausa yang halal. Asas konsensualisme, asas itikad baik, asas kekuatan mengikat dan asas *Nemoplus Juris*.

Perjanjian SPPT yang dilakukan antara pemegang HPL dengan pihak ketiga setidaknya memuat materi antara lain : ³⁴

1. Identitas para pihak;
2. Letak, batas-batas dan luas tanah yang dimaksud;
3. Jenis Penggunaan;
4. Jenis hak yang akan diberikan kepada pihak ketiga, jangka waktu dan keuangannya dan kemungkinan untuk memperpanjang atau memperbaharui hak tersebut;
5. Jenis bangunan-bangunan yang akan didirikan dan ketentuan-ketentuan status bangunan setelah berakhirnya hak atas tanah yang diberikan.

Surat Perjanjian Penggunaan Tanah (SPPT) diwajibkan dibuat pada saat permohonan pemberian pertama kali HGB atas tanah Hak Pengelolaan. Perjanjian ini lahir karena diperintahkan peraturan perundang-undangan dalam Hukum Tanah Nasional (PMNA/Ka BPN No.9 Tahun 1999). Perjanjian tersebut bukanlah hanya

³⁴ Jaya, *Eksistensi Keberadaan Hak Pengelolaan*, Makalah, Seminar Nasional, *Pemanfaatan Tanah Di Atas Hak Pengelolaan Antara Regulasi Dan Implementasi*, Bagian Hukum Keperdataan Fakultas Hukum UNDIP, 17 Nopember 2017.

sekedar perikatan lahir karena adanya perjanjian/kesepakatan bersama yang terjadi antara pihak pemegang Hak Pengelolaan dengan pihak yang mengajukan permohonan Hak diatas Hak Pengelolaan, namun merupakan perikatan yang lahir dan diperintahkan oleh UUPA beserta peraturan pelaksanaannya, oleh karena itu hubungan hukum antara para pihak dan akibat hukumnya juga ditentukan/diperintahkan oleh Undang-Undang.³⁵

HGB diatas tanah HPL berlaku sejak didaftarkan oleh Kantor Pertanahan wilayah obyek terkait dan dikeluarkan dokumen tanda bukti haknya, ketentuan ini dijelaskan dalam pasal 23 Ayat (2) PP nomor 40 Tahun 1996. HGB yang telah didaftarkan berlaku dalam jangka waktu 30 tahun. Pasal 35 Ayat (2) UUPA menerangkan apabila jangka waktu HGB sudah berakhir dapat diajukan permohonan perpanjangan jangka waktu paling lama 20 tahun. Permohonan perpanjangan HGB diatas tanah HPL dilakukan setelah mendapatkan persetujuan dari pemegang HPL. Persetujuan dari pemegang HPL diberikan dalam bentuk surat rekomendasi atau surat persetujuan.

Setelah jangka waktu berlakunya HGB diatas tanah HPL yang telah dilakukan perpanjangan berakhir, pemegang HGB diatas tanah HPL dapat mengajukan permohonan pembaharuan berlakunya HGB diatas tanah yang sama. Permohonan pembaharuan berlakunya HGB diatur dalam Pasal 25 Ayat (2) PP Nomor 40 tahun 1996. Permohonan pembaharuan HGB diatas tanah HPL dapat diberikan proritas dalam pengajuan permohonan pembaharuan apabila masih

³⁵ Ana Silviana, *Op.Cit.* hlm 41-42

memenuhi syarat-syarat untuk dapat memiliki HGB atas tanah HPL setelah mendapatkan persetujuan dari pemegang HPL.

D. Tinjauan Umum Perbuatan Melawan Hukum

Istilah perbuatan melawan hukum dalam bahasa Belanda dikenal dengan istilah “*onrechtmatige daad*”, sedangkan dalam bahasa Inggris dikenal dengan istilah “*Torf/Onrecht*”. *Onrecht* diartikan dalam bahasa Indonesia sebagai perbuatan hukum yang dilakukan oleh subjek hukum. *Torf* diartikan dalam bidang hukum sebagai kesalahan perdata yang bukan berasal dari wanprestasi kontrak.³⁶ Perbuatan Melanggar Hukum diatur dalam buku ke-III bab ketiga dalam Pasal 1365 sampai 1380 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tentang perikatan-perikatan yang dilahirkan oleh undang-undang.

Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menjelaskan bahwa:

“tiap perbuatan melanggar hukum yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut”. Jadi unsur-unsur perbuatan melawan hukum terdiri dari:

R. Wirjono Prodjodikoro mengartikan kata *onrechtmatigedaad* sebagai perbuatan melanggar hukum. Menurutnya kata “perbuatan” dalam rangkaian istilah “perbuatan melanggar hukum” dapat diartikan positif serta negatif. Dikatakan positif diibaratkan orang hanya berdiam diri dapat dikatakan melanggar hukum karena menurut hukum seharusnya orang tersebut melakukan tindakan. Dikatakan

³⁶ Wirjono Prodjodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum Dipandang dari Sudut Hukum Perdata*, (Yogyakarta: Mandar Maju, 2000), hlm 7

negatif dimaksudkan dalam sifat “aktif” yaitu orang yang diam saja baru dapat dikatakan melakukan perbuatan hukum, kalau ia sadar bahwa ia dengan diam saja adalah melanggar hukum. Maka yang bergerak bukan rubuhnya seseorang itu melainkan pikiran dan perasaannya. Jadi unsur bergerak dari pengertian “perbuatan” kini pun ada. Perkataan “melanggar” dalam rangkaian kata-kata “perbuatan melanggar hukum” yang dimaksud bersifat aktif, maka menurut beliau perkataan yang paling tepat untuk menterjemahkan *onrechtmatigedaad* ialah perbuatan melanggar hukum karena istilah perbuatan melanggar hukum menurut Wirjono Prodjodikoro ditujukan kepada hukum yang pada umumnya berlaku di Indonesia dan yang sebagian besar merupakan hukum adat.³⁷

Subekti juga menggunakan istilah perbuatan melanggar hukum dalam menerjemahkan BW, dapat dilihat pada terjemahan bahasa Indonesia untuk Pasal 1365. Terminologi “perbuatan melawan hukum” antara lain digunakan oleh Mariam Darus Badruizaman dengan mengatakan “Pasal 1365 KUHPerdara menentukan bahwa setiap perbuatan yang melawan hukum yang membawa kerugian kepada seorang lain mewajibkan orang karena salahnya menerbitkan kerugian ini mengganti kerugian tersebut”.

Berdasarkan Pasal 1365 KUH Perdata, suatu perbuatan dikatakan merupakan suatu perbuatan melawan hukum apabila memenuhi unsur-unsur:

1. Perbuatan

Unsur perbuatan sebagai unsur yang pertama dapat digolongkan dalam dua

³⁷ Wirjono Prodjodikoro, *OpCit*, hlm 1

bagian yaitu perbuatan yang merupakan kesengajaan (diakukan secara aktif) dan perbuatan yang merupakan kelalaian (pasif atau tidak berniat melakukannya).

2. Melawan hukum

Suatu perbuatan dapat dikatakan memenuhi unsur melawan hukum apabila memenuhi ketentuan sebagai berikut:

1. Bertentangan dengan hak subjektif orang lain.

Melanggar hak subjektif orang lain berarti melanggar wewenang khusus yang diberikan oleh hukum kepada seseorang. Sifat hakikat dari hak subjektif wewenang khusus yang diberikan oleh hukum kepada seseorang yang memperolehnya demi kepentingannya. Karakteristik untuk hak subjektif seseorang adalah:

- a. Kepentingan yang mempunyai nilai tinggi terhadap yang bersangkutan;
- b. Pengakuan langsung terhadap kewenangan yang bersangkutan oleh suatu Peraturan Perundang-undangan;
- c. Suatu posisi pembuktian yang kuat dalam suatu perkara yang mungkin timbul.

Hak subjektif dalam masyarakat dikenal sebagai:

- 1) Hak kebendaan yang absolut, misalnya hak milik;
- 2) Hak-hak pribadi, seperti hak untuk mempunyai integritas terhadap jiwa dan kehidupan, kebebasan pribadi, kehormatan dan nama baik;
- 3) Hak-hak istimewa, misalnya hak untuk menempati rumah oleh penyewa rumah.

2. Bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku

Menurut pandangan yang berlaku saat ini, hukum diartikan sebagai suatu keseluruhan yang terdiri dari norma-norma yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Yang dimaksud dengan suatu tindakan atau kelalaian yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku adalah suatu tingkah laku yang bertentangan dengan suatu ketentuan Undang-undang. Yang dimaksud dengan Undang-undang di sini adalah semua peraturan yang sah yang dikeluarkan oleh instansi yang berwenang dan mempunyai daya ikat keluar.

3. Bertentangan dengan kesusilaan

Kaidah kesusilaan diartikan sebagai norma-norma sosial dalam masyarakat, sepanjang norma tersebut diterima oleh anggota masyarakat sebagai atau dalam bentuk peraturan-peraturan hukum yang tidak tertulis.

4. Bertentangan dengan kepatutan, ketelitian dan kehati-hatian (patina)

Dalam pengertian ini manusia harus mempunyai tenggang rasa dengan lingkungannya dan sesama manusia, sehingga tidak hanya mementingkan kepentingan pribadi tetapi juga kepentingan orang lain sehingga dalam bertindak haruslah sesuai dengan kepatutan, ketelitian dan kehati-hatian yang berlaku dalam masyarakat.

Perbuatan yang termasuk dalam kategori bertentangan dengan kepatutan menurut R Setiawan, yaitu:³⁸

³⁸ R.Setiawan, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, (Bandung: Bina cipta, 2000), hlm.82-83

1. Perbuatan yang merugikan orang lain tanpa kepentingan yang layak;
2. Perbuatan yang tidak berguna yang menimbulkan bahaya bagi orang lain berdasarkan pemikiran yang normal perlu diperhatikan.