

DISERTASI

**KEDUDUKAN HUKUM KEADAAN
KETIDAKHADIRAN (*AFWEZIGHEID*) TERHADAP
KEPASTIAN PERLINDUNGAN HUKUM ATAS HAK
KEPERDATAAN SI TIDAK HADIR**

***(THE LEGAL STATUS OF THE ABSENCE (*AFWEZIGHEID*)
AGAINST THE CERTAINTY OF THE LEGAL PROTECTION
ON THE CIVIL RIGHTS OF THE ABSENT PERSON)***

EFRAIM TANA

P0400316301



**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2020**

**KEDUDUKAN HUKUM KEADAAN
KETIDAKHADIRAN (*AFWEZIGHEID*) TERHADAP
KEPASTIAN PERLINDUNGAN HUKUM ATAS HAK
KEPERDATAAN SI TIDAK HADIR**

DISERTASI

Sebagai Salah Satu Syarat Untuk Mencapai Gelar Doktor

**Program Studi
ILMU HUKUM**

Disusun dan diajukan oleh:

**EFRAIM TANA
P0400316301**

Kepada:

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
FAKULTAS ILMU HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2020**

LEMBAR PENGESAHAN DISERTASI

**KEDUDUKAN HUKUM KEADAAN KETIDAKHADIRAN (AFWEZIGHEID)
TERHADAP KEPASTIAN PERLINDUNGAN HUKUM ATAS HAK
KEPERDATAAN SI TIDAK HADIR**

Disusun dan diajukan oleh:

EFRAIM TANA
P0400316301

Telah Dipertahankan di hadapan Panitia Ujian yang dibentuk dalam rangka Penyelesaian Studi Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin pada Tanggal, 29 Desember 2020 Dan dinyatakan telah memenuhi syarat kelulusan

Menyetujui

Promotor,



Prof. Dr. Anwar Borahima, S.H., M.H
Nip. 196010081987031001

Co-Promotor

Co-Promotor



Dr. Nurfaidah Said, S.H., M.Hum., M.Si.
Nip. 196006211986012001



Dr. Winner Siorus, S.H., M.H., LL.M.
Nip. 196603261991031002

Ketua Program Studi S3
Ilmu Hukum,

Dekan Fakultas Hukum
Universitas Hasanuddin,



Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si.
Nip. 196408241991032002



Prof. Dr. Farida Patittingi, S.H., M.Hum.
Nip. 196712311991032002

KATA PENGANTAR

PERNYATAAN KEASLIAN DISERTASI

Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Efraim Tana
Nomor Induk Mahasiswa : P0400316301
Program Studi : Ilmu Hukum

Menyatakan dengan sebenarnya bahwa disertasi yang saya tulis ini benar-benar merupakan hasil karya saya sendiri, bukan merupakan pengambilalihan tulisan atau pemikiran orang lain. Apabila dikemudian hari terbukti atau dapat dibuktikan bahwa sebahagian atau keseluruhan disertasi ini karya orang lain, saya bersedia menerima sanksi atas perbuatan tersebut.



Makassar,

Yang Menyatakan

(Efraim Tana)

KATA PENGANTAR

Puji syukur penulis panjatkan atas kehadiran Tuhan Yang Maha Kuasa, Pencipta langit dan bumi, yang hanya pertolonganNya serta taufiq dan hidayahNya yang telah dicurahkan kepada penulis, sehingga dapat menyelesaikan hasil penelitian disertasi ini yang berjudul Kedudukan Hukum Keadaan Ketidakhadiran (*Afwezigheid*) Terhadap Kepastian Perlindungan Hukum Atas Hak Keperdataan Si Tidak Hadir.

Penulis menyadari bahwa disertasi ini dapat diselesaikan dengan bantuan, dorongan serta bimbingan dari berbagai pihak. Oleh karena itu pada kesempatan ini sepatutnyalah penulis menyampaikan penghargaan dan ucapan terima kasih kepada mereka semua pihak serta diiringi doa, semoga Allah Yang Maha Kuasa senantiasa memberikan pahala yang berlipat ganda atas segala bantuan yang telah diberikan selama ini. Sembah sujud penulis peruntukkan kepada kedua orang tuaku Alm. Frederik Tana dan Esther Leppa atas segala didikan dan doa yang tulus kepada penulis. Semoga apa yang diberikan selama ini dan menjadi berkat bagi sesama.

Dengan penuh kerendahan hati, penghargaan, rasa hormat dan ucapan terima kasih, penulis haturkan kepada yang terhormat dan amat terpelajar Bapak Prof. Dr. Anwar Borahima, S.H., M.H. selaku promotor. Ibu Dr. Nurfaidah Said, S.H., M.Hum., M.Si. selaku Kopromotor I dan Bapak Dr. Winner Sitorus, S.H., M.H., LL.M. selaku Kopromotor II, yang telah banyak meluangkan waktu dalam memberikan dan menunjukkan

hal-hal yang penting, dan perlu diperhatikan dengan penuh keiklasan dalam proses penyelesaian penulisan disertasi ini. Semoga Allah SWT meninggikan derajat serta mencurahkan Rahmat dan HidayahNya kepada mereka semua.

Ucapan yang sama, penulis juga menghaturkan kepada yang terhormat dan amat terpelajar Bapak Prof. Dr. Ahmadi Miru, S.H., M.H., Ibu Prof. Dr. Badriyah, S.H., M.H, Ibu Prof. Dr. A. Suryaman Mustari Pide, S.H., M.Hum., Ibu Dr. Marwah, S.H., M.H., selaku tim penguji yang telah banyak memberikan masukan dan arahan maupun saran membuka cakrawala penulis.

Kepada para pimpinan institusi tempat penulis menimba ilmu pengetahuan Rektor Universitas Hasanuddin, Prof. Dr. Dwia Aries Tina Pulubuhu, MA., Wakil Rektor Universitas Hasanuddin Bidang Kemahasiswaan dan Alumni Prof, Dr. drg. A. Arsunan, M.Kes., Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Prof. Dr. Faridah Pattitingi, S.H., M.Hum., Wakil Dekan Bidang Kemahasiswaan dan Alumni Dr. Muh. Hasrul, S.H., M.H., Ketua Program Studi Doktor Ilmu Hukum Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si., beserta Dr. Harustiati Andi Muin, S.H, M.H. dan seluruh staf. Terima kasih atas segala dukungan baik fasilitas maupun pelayanan yang telah diberikan selama menempuh pendidikan di Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar.

Terima kasih juga penulis haturkan kepada Direktur Jenderal Administras Hukum Umum Kementerian Hukum dan HAM R.I Bapak

Cahyo Rahadian Muzhar, S.H., LL.M., Direktur Perdata Bapak Santun Maspari

Siregar, S.H., M.H., Kepala kantor Wilayah Kementerian Hukum dan HAM Sulawesi Selatan Bapak Drs. Harun Sulianto, Bc.IP., S.H., Kepala Divisi Pelayanan Hukum Kantor Wilayah Kementerian Hukum dan HAM Sulawesi Selatan Ibu Sriyuliani, S.H., M.H., Ketua Balai Harta Peninggalan Makassar Bapak Mulyadi Arfah, S.H., M.H.

Kepada Narasumber Bapak Prof. Dr. Ronald Z. Titahelu, S.H., M.H., Bapak Frans Parera, S.H., Bapak Doelyono, S.H., M.H., Ibu Agustina, S.H., M.H., Bapak Justicio Engko, S.E., Bapak Hartawan, S.H., Bapak Hendra Sihombing, S.H., M.H., Bapak Dr. Benedictus See, S.H., M.H., Bapak Jefri, S.H., Bapak Eddy Hadiyanto.

Rekan-rekan penulis, Mahasiswa S3 Angkatan 2016 kelas Makassar, Ketua, Sekretaris dan Anggota Teknis Hukum Balai Harta Peninggalan se Indonesia. Teman Sejawat antara lain Bapak Ninor Islam, S.H., M.H., Bapak Nurhendro, S.H., M.H., Tamzir, S.H., Sri Pertiwi, S.H. dan yang tidak dapat saya sebutkan satu persatu baik pada Direktorat AHU Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia R.I, Kantor wilayah Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Sulawesi Selatan maupun pada Balai Harta Peninggalan dan Kurator Negara se Indonesia.

Akhirnya terima kasih yang tulus persembahkan kepada Isteri Hamidah, SE dan anak-anaku Jihan Manna Tana, Yabes Fidrhema Tana

dan Vivendi Efraim Tana. Semoga persembahan ini kepada anak-anakku dapat menjadi motivasi untuk berkarya dengan baik.

Penulis berharap semoga hadirnya disertasi ini dapat bermanfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan, terutama dalam penyelesaian masalah ketidakhadiran. Semoga Tuhan Yang Maha Kuasa tetap senantiasa memberikan hidayahNya kepada kita semua. Amin.

Makassar,

Penulis,

ABSTRAK

EFRAIM TANA. *Kedudukan Hukum Keadaan Ketidakhadiran (Afwezigheid) Terhadap Kepastian Perlindungan Hukum Atas Hak Keperdataan Si Tidak Hadir* (dibimbing oleh Anwar Borahima, Nurfaidah Said, dan Winner Sitorus).

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui: (1) Untuk memperjelas dan merumuskan hakikat keadaan ketidakhadiran (*absentee domini*) di Indonesia. (2) Untuk mengumpulkan dan menemukan berbagai pengaturan ketidakhadiran (*absentee domini*) di Indonesia yang dapat disinkronkan. (3) Untuk menemukan pengelolaan lembaga ketidakhadiran ideal yang dapat memberikan perlindungan hukum atas hak milik si tidak hadir.

Penelitian ini tipe normatif, menggunakan pendekatan filsafat, pendekatan konsep, pendekatan perbandingan hukum dan peraturan perundang-undangan. Pengumpulan Bahan Hukum dilakukan melalui studi kepustakaan dan studi lapangan mengumpulkan dokumen resmi institusional literatur yang berhubungan dengan penelitian dan wawancara. Hasil dianalisis secara kualitatif yang menghasilkan data deskriptif.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa: (1). Hakikat ketidakhadiran (*absentee domini*) merupakan jaminan kepastian perlindungan hukum terhadap ketidakmampuan subjek hukum untuk hadir pada saat diharapkan karena adanya hak atas kepemilikan. Kepastian perlindungan hukum dapat terjadi karena adanya wakil berdasarkan penetapan pengadilan. Para pihak berkepentingan dapat berhubungan dengan wakil si tidak hadir dalam urusan dan kepentingan dengan si tidak hadir kecuali perceraian. (2). Terdapat pengaturan ketidakhadiran yang tidak dapat sinkron dengan UU yakni PMK. Semula Surat Menteri Keuangan No. S-394/MK.03/1989 sudah sinkron, mengatur ketidakhadiran dengan penyelesaian *afwezigheid*. Ketika Surat Menteri Keuangan ditingkatkan hierarkinya, hanya dapat diubah setingkat peraturan menteri. PMK ini telah mengalami tiga kali perubahan, terakhir PMK No. 31/PMK.06/2015 namun mengenyampingkan penyelesaian *afwezigheid*. Akibatnya PMK bertentangan dengan UU yang tidak sejalan dengan asas *lex superiori derogate legi inferiori*, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa aturan hukum yang tingkatannya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan aturan hukum yang tingkatannya lebih tinggi. (3). Pengelolaan ketidakhadiran yang ideal dilakukan oleh Lembaga Ketidakhadiran adalah BHP yang bertindak mewakili dan mengurus kepentingan si tidak hadir berdasarkan penetapan pengadilan. Pengelolaan dilaksanakan sampai masa daluarsa 30 tahun yang merupakan bentuk perlindungan hukum hak keperdataan kepada si tidak hadir.

Kata kunci: Hakikat Ketidakhadiran, Sinkronisasi dan Pengelolaan Ideal

ABSTRACT

EFRAIM TANA. *The Legal Status Of The Absence (Afwezigheid) Against The Certainty Of The Legal Protection On The Civil Rights Of The Absent Person* (Supervised By Anwar Borahima, Nurfaidah Said, and Winner Sitorus).

This study aimed to: (1) clarify and define the nature of the absence (*absentee domini*) in Indonesia; (2) collect and find various synchronous absence (*absentee domini*) in Indonesia to arrangements; (3) finding the ideal management of an absence institution that can provide legal protection for the absentee's property.

This research was a normative study, using a philosophical approach, conceptual approach, comparative legal approach, and statutory approach. The collection of legal materials was done through library research and field studies by collecting official institutional documents, literature related to research, and interviews. The legal material collected was then analyzed qualitatively to provide a prescription of the problem under study.

The results of this study indicate that: (1). The nature of the absence (*absentee domini*) is a guarantee of legal protection certainty against the inability of legal subjects to attend when expected because property right. Legal protection certainty can occur because of the presence of representatives based on court decisions. The interested parties may relate to the representative of the absent person in the affairs and interests of the absent person except for divorce. (2). There is the absence of regulation that cannot be synchronized with the law, namely the Minister of Finance Regulation (PMK). Originally the Minister of Finance's Letter No. S-394 / MK.03 / 1989 are in sync, managing the absence with the absence solutions. When the Letter of the Minister of Finance is upgraded its hierarchy, it can only be changed to the level of a ministerial regulation. This PMK has undergone three changes, most recently PMK No. 31 / PMK.06 / 2015 but put aside the absence settlement. As a result, PMK contradicts the law and is not in line with the principle of *lex superiori derogate legi inferiori*, which is the legal principle which states that lower-level legal rules must not conflict with legal rules with a higher level. (3). The ideal management of the absence is carried out by the Absence Institution, namely The Orphan Chamber (BHP) which acts to represent and take care of the absentee's interests based on court decisions. Management is carried out until the expiration period of 30 years, which is a form of legal protection for civil rights for the absent person.

Key words: *The nature of the absence, Synchronization, Ideal management* .

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PENGANTAR	ii
HALAMAN PENGESAHAN	iii
LEMBAR PERNYATAAN KEASLIAN	iv
PRAKATA	v
ABSTRAK	viii
ABSTRACT	ix
DAFTAR ISI	xi
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	11
C. Tujuan Penelitian	12
D. Kegunaan Penelitian	12
E. Orisinalitas Penelitian	12
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	20
A. Kedudukan Hukum	20
B. Keadaan Ketidakhadiran	24
C. Perlindungan Hukum Ketidakhadiran	59
D. Hierarki dan Sikronisasi Peraturan Perundang-Undangan ..	68
E. Perbandingan Hukum Ketidakhadiran Berdasarkan	
Hukum Indonesia dan Belanda	74
F. Lembaga Ketidakhadiran	78

G. Kerangka Konseptual	78
H. Kerangka Pikir	79
I. Definisi Operasional	80
BAB III METODE PENELITIAN	82
A. Tipe Penelitian	82
B. Pendekatan Masalah	82
C. Jenis dan Sumber Bahan Hukum	83
D. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum	84
E. Teknis Analisis Bahan Hukum	84
BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	85
A. Ketidakhadiran	85
1. Konsep Ketidakhadiran	85
2. Substansi Ketidakhadiran	96
3. Hakikat/Esensi Ketidakhadiran	102
B. Sinkronisasi Pengaturan Ketidakhadiran	114
1. Sinkronisasi Berdasarkan Peraturan Perundang Undangan.	114
a. Ketidakhadiran Berdasarkan B.W	118
b. Ketidakhadiran Berdasarkan UU No.1 Tahun 1958 ..	126
c. Ketidakhadiran Berdasarkan UU No. 5 Tahun 1960 ..	130
d. Ketidakhadiran Berdasarkan UU No. 3 Tahun 2011 ..	142
e. Ketidakhadiran Berdasarkan Peraturan Menteri Keuangan	153

2. Ketidakhadiran Berdasarkan Hukum Agama dan	
Hukum Adat	165
a. Berdasarkan Hukum Agama	165
1) Berdasarkan Agama Islam	165
2) Berdasarkan Agama Kristen	166
b. Berdasarkan Hukum Adat	167
C. Konsep Pengelolaan Ketidakhadiran Ideal	168
1. Perbandingan Hukum Indonesia dan Belanda	168
a. Pengaturan di Indonesia	169
b. Pengaturan di Belanda	172
2. Pengakuan Hak Kebendaan	181
3. Pengelolaan Ketidakhadiran oleh Lembaga BHP	192
BAB V PENUTUP	209
A. Kesimpulan	209
B. Saran	210
DAFTAR PUSTAKA	212

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Konsekuensi Indonesia yang secara tegas dinyatakan sebagai negara hukum, tentu segala tindakan harus berdasarkan hukum, baik hukum tertulis maupun tidak tertulis. Sebagai negara hukum, harus memiliki lembaga yang berwenang membuat hukum tertulis, sedangkan hukum yang tidak tertulis berasal dari kebiasaan atau kesepakatan yang dipertahankan oleh masyarakat, guna turut serta menciptakan ketertiban dan kepastian hukum di dalam masyarakat.

Keberadaan masyarakat terkait juga dengan hukum, sehingga di mana ada masyarakat di situ terdapat hukum (*ubi societas, ibi ius*) yang mengatur tingkah laku masyarakat. Pada masyarakat sederhana saja memiliki norma tertentu, apalagi dalam masyarakat moderen yang sudah memiliki peradaban yang tinggi, pastilah juga memiliki hukum yang modern dan beragam. Di satu sisi hukum harus dapat menyesuaikan perkembangan masyarakat, namun di sisi lain menuntut sinergitas, sinkronisasi, sehingga menghasilkan keharmonisan di dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku. Masyarakat yang sederhana saja selalu berupaya untuk mencapai keharmonisan, adil, dan makmur. Demikian juga pada masyarakat yang beradab atau moderen tetap berupaya mewujudkan

dan menjunjung tinggi konstitusi sebagai jaminan kepastian hukum, yang berdasar pada nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.

Pembentukan konstitusi merupakan cerminan moral atau kepribadian bangsa. Jika peraturan perundang-undangan tidak sesuai dengan nilai-nilai hukum masyarakat akan ditolak. Penolakan dapat berupa demonstrasi atau *judicial review*, guna mendapatkan jaminan kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan salah satu bagian dari tujuan hukum. Tujuan hukum bagi masyarakat adalah mencapai keseimbangan hukum antara hak dan kewajiban yang diselaraskan dengan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat, agar ketertiban di dalam masyarakat dapat terwujud sesuai dengan perkembangan rasa keadilan masyarakat, sebab apa yang baik dan adil adalah hukumnya hukum (*equum et bonum est lex legum*).¹

Sebagai jaminan dari tujuan hukum, maka hak dan kewajiban harus dinyatakan secara tegas pengaturannya di dalam konstitusi atau undang-undang guna menjamin kepastian hukum. Undang-undang harus tersusun secara hierarki dan tidak boleh saling bertentangan, sehingga susunan hierarki peraturan perundang-undangan dimulai dari *ground norm* sebagai norma dasar untuk mengaktivasi norma di bawahnya artinya “setiap hukum dalam suatu negara haruslah berasal dari suatu hukum dasar (*grundnorm*) yaitu konstitusi”.² Konstitusi yang

¹ Amir Ilyas dan Muhammad Nursal, 2006, *Kumpulan asas-asas hukum*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 105.

² Munir Fuady, 2013, *Teori-Teori Besar Dalam Hukum (Grand Theory)*, Prenadamedia Group, Jakarta, hlm. 142

baik adalah konstitusi yang sinkron dan harmonis. Sinkronisasi dilakukan pada setiap peraturan perundang-undangan agar tidak saling bertentangan secara hierarki, guna menjamin kepastian hukum.

Hierarki merupakan susunan peraturan perundang-undangan sebagaimana yang diatur pada UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.³ Oleh pembuat Undang-Undang (UU) akan mengatur dan menentukan objek dan luas pengaturan, apakah akan ditempatkan pada UUD, UU atau Perpu, Peraturan Pemerintah, atau Peraturan Daerah. Misalnya objek yang diatur adalah hak milik sebagaimana telah ditentukan, diletakkan pada UUD NRI 1945. Maka pengaturan tentang hak milik diturunkan ke bawah yakni ke dalam UU sebagai penjabaran dari UUD. Untuk menjalankan UU dapat diperlukan peraturan pemerintah, bila masih diperlukan dapat dilakukan dengan Keputusan Presiden, Peraturan Menteri dan sebagainya sesuai kebutuhan peraturan perundang-undangan untuk dilaksanakan. Setiap peraturan yang lebih tinggi harus dapat dijabarkan ke bawah sampai kepada pengaturan yang konkrit. Oleh karena peraturan ke bawah merupakan penjabaran, maka peraturan rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan di atasnya atau sederajat.

³ Hierarki Peraturan Perundang-Undangan yaitu: UUD Tahun 1945, Ketetapan MPR. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Peraturan Pemerintah. Peraturan Presiden, Peraturan Daerah termasuk pula "Quatum" yang berlaku di Nanggroe Aceh Darussalam. serta "Perdasus" dan "Perdasi" yang berlaku di Provinsi Papua dan Papua Barat, dan peraturan lain yang diakui misalnya peraturan menteri, keputusan Gubernur Bank Indonesia dan sebagainya.

UU yang masih diakui keberadaannya adalah Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*) B.W karena belum diadakan yang baru.⁴ Demikian pula Balai Harta Peninggalan (BHP) masih ada dan diakui sebagaimana yang diatur dalam Aturan Peralihan UUD NRI Tahun 1945. Hak-hak manusia pun harus dinyatakan dengan tegas sebagai jaminan kepastian hukum dalam jaminan perlindungan hukum. Pada Pasal 3 B.W ditentukan bahwa “tiada suatu hukuman apapun yang dapat mengakibatkan kematian perdata atau hilangnya seluruh hak-hak kewargaan”. Ini merupakan jaminan kepastian hukum bahwa setiap kepemilikan yang sah tetap diayomi dan tidak ada perbuatan, bahkan hukuman sekalipun yang menyebabkan hilangnya hak perdata, sehingga peralihan hak milik harus melalui mekanisme tertentu berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku.

Demikian juga pada Pasal 28 H Ayat (4) UUD NRI 1945,⁵ memberikan jaminan kepastian hukum dalam melindungi hak milik bagi warga negara. Hak-hak yang dijamin secara konstitusional diturunkan ke dalam UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, guna menjamin kepastian hukum di bidang hak asasi manusia termasuk hak milik sebagaimana yang ditentukan pada Pasal

⁴ B.W adalah produk hukum Belanda yang diumumkan dengan Maklumat tanggal 30 April 1847, *Staatsblad* 1847-23. Hukum Perdata yang dipakai di Indonesia merupakan terjemahan dari B.W dan sudah menjadi pro dan kontra, namun pada kenyataannya masih dipergunakan, akibat aturan peralihan UUD NRI 1945 untuk mengisi kekosongan hukum.

⁵ Pasal 28H Ayat (4) menyatakan: “Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapa pun”.

36,⁶ dan Pasal 37,⁷ tentang Hak Kesejahteraan. Secara hierarki UUD NRI Tahun 1945, UU No. 39 Tahun 1999 juga bersinergi dan sinkron dengan UU No. 5 Tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria yang terus diikuti dengan peraturan pelaksana lainnya. Ketentuan di atas menegaskan adanya pengakuan hak milik yang tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang. Ada pemberian ganti rugi sebagai wujud kompensasi atas hak milik, walaupun digunakan untuk kepentingan umum.

Hak Milik merupakan pengakuan dari negara, atau orang terhadap pemilik harta benda, yang dibuktikan dengan bukti kepemilikan. Hak milik dapat dimiliki baik perseorangan maupun badan hukum.⁸ Sebagai pemilik atas benda, maka hanya pemiliklah yang berhak memindahkan hak kepemilikannya kepada orang lain. Adanya pengakuan terhadap hak milik, merupakan jaminan kepastian hukum sehingga tidak boleh, orang atau badan hukum bahkan negara sekalipun, bertindak sewenang-wenang untuk mengambil secara paksa bahkan menguasainya dengan tidak sah hak milik seseorang.

⁶ Pasal 36 terdapat tiga Ayat: (1) Setiap orang berhak mempunyai milik, baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain demi pengembangan dirinya, keluarga, bangsa dan masyarakat dengan cara tidak melanggar hukum. (2) Tidak seorangpun boleh dirampas miliknya dengan sewenang-wenang dan secara melawan hukum, (3) Hak milik mempunyai fungsi sosial.

⁷ Pasal 37 terdapat dua ayat: (1) Pencabutan hak milik atas suatu benda demi kepentingan umum, hanya diperbolehkan dengan mengganti kerugian yang wajar dan segera serta pelaksanaannya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. (2) Apabila sesuatu benda berdasarkan ketentuan hukum demi kepentingan umum harus dimusnahkan atau untuk diberdayakan baik untuk selamanya maupun untuk sementara waktu maka hal itu dilakukan dengan mengganti kerugian sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan kecuali ditentukan lain.

⁸ Bergas Jaya Prana, 2017, *Pengantar Ilmu Hukum*, Legality, Yogyakarta, hlm. 11.

Tindakan sewenang-wenang merupakan pelanggaran hukum sehingga dapat digugat, baik berupa ganti rugi atau mengembalikan hak milik seseorang. Penggantian hak milik berupa pemberian ganti kerugian, merupakan kompensasi dan penghargaan terhadap hak milik.

Hak milik dan bendanya merupakan satu kesatuan utuh yang hubungannya tak dapat dipisahkan satu sama lain, karena hubungan hak miliknya tetap melekat pada bendanya (*droit de suite*),⁹ sehingga suatu benda dapat dipertahankan dari siapapun juga,¹⁰ walaupun pemilik hak tersebut telah meninggal dunia maupun pemilik hak dalam keadaan ketidakhadiran (*afwezigheid*).

Kepentingan seseorang dalam ketidakhadiran harus dilindungi baik oleh hukum maupun negara, karena ia masih memiliki status sebagai subjek hukum. Ketidakhadiran tidaklah mematikan hak keperdataan seseorang yang tidak diketahui keberadaannya, walaupun kepentingannya berada di dalam ketidakpastian. Oleh karena itu untuk kepastian hukum harus ada pengaturannya secara tegas, hierarki, konsisten dalam upaya melindungi hak setiap orang walaupun dalam ketidakhadiran. Tidak boleh ada kesewenangan

⁹ *Droit de suite* (Perancis), merupakan salah satu ciri hak kebendaan, yakni suatu hak yang terus mengikuti pemilik benda, atau hak yang mengikuti bendanya di tangan siapapun. *Droit de suite* memiliki arti "*right to follow*": "*The droit de suite literally translated as the right to follow*," Black's Law Dictionary 9th Edition *Law Encyclopedia*, hlm. 570

¹⁰ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, 2008, *Hukum Perdata: Hukum Benda*, Cetakan Ketujuh, Liberty, Yogyakarta, hlm. 24

dalam memiliki hak si tidak hadir termasuk negara untuk menguasainya.

Ketidakhadiran dapat dijumpai dalam beberapa peraturan, salah satunya terdapat di dalam Pasal 463 B.W ditentukan:

“bila seseorang meninggalkan tempat tinggalnya tanpa memberi kuasa untuk mewakilinya dalam urusan-urusan dan kepentingan-kepentingannya, atau untuk mengatur pengelolaannya mengenai hal itu, ataupun bila kuasa yang diberikannya tidak berlaku lagi, sedangkan keadaan sangat memerlukan mengatur pengelolaan itu seluruhnya atau sebagian, atau untuk mengusahakan wakil baginya, maka atas permohonan pihak-pihak yang berkepentingan atau atas tuntutan Kejaksaan, Pengadilan Negeri di tempat tinggal orang yang dalam keadaan tidak hadir itu harus memerintahkan Balai Harta Peninggalan untuk mengelola barang-barang dan kepentingan-kepentingan orang itu seluruhnya atau sebagian, membela hak-haknya, dan bertindak sebagai wakilnya ...”

Pasal di atas tampak bukanlah merupakan definisi yang tegas, namun hanya memberikan penggambaran, mengatur suatu keadaan bila terjadi, suatu keadaan yang disebut ketidakhadiran. Terdapat dua hal di dalam pengaturan ketidakhadiran yakni:

1. pihak berkepentingan akibat ketiadaan si tidak hadir, dan
2. kepentingan diri si tidak hadir sebagai fokus dalam penelitian ini.

Pengaturan pada Pasal 463 B.W merupakan tindakan sementara, yaitu tindakan hukum untuk mengisi kepentingan si tidak hadir, agar tidak terdapat hak dan kewajiban si tidak hadir yang lowong. Walaupun sebagai tindakan sementara, harus berdasarkan hukum yaitu memerintahkan Balai Harta Peninggalan mengurus

kepentingan si tidak hadir berdasarkan penetapan pengadilan, untuk mengurus atau mengelola barang sebahagian atau seluruhnya, membela hak-hak si tidak hadir dan mewakilinya.

Namun pada kenyataannya bahwa seseorang dalam ketidakhadiran (*afwezigheid*), para pihak yang berkepentingan tidak mengajukan permohonan kepada pengadilan. Harta si tidak hadir dikuasai, dan dikelola atau dimiliki tanpa pernah mendapat penetapan pengadilan untuk mengurus dan mewakili si tidak hadir. Pengaturan ketidakhadiran sudah jelas namun masih berusaha membuat ketentuan lain yang tidak sinkron. Hal ini dapat dilihat pada pengaturan antara lain: 1. Aset bekas milik asing Belanda, 2. Aset bekas milik asing China/Tionghoa, dan 3. Pengelolaan pada transfer dana dan sebagainya.

Pengaturan pranata ketidakhadiran di atas, ada yang tidak mensyaratkan penetapan pengadilan sebagaimana yang diatur pada Pasal 463 B.W, sehingga setiap peraturan pada pranata ketidakhadiran mempunyai pengelolaan sendiri-sendiri. Akibatnya dapat terjadi ego sektoral masing-masing lembaga ketidakhadiran, tanpa indikator yang jelas, memperebutkan kewenangan, sehingga tidak menjaminnya perlindungan hukum kepada si tidak hadir.

Pada peristiwa yang melibatkan subjek hukum, yang tidak lagi diketahui keberadaannya atau sukar dicari, tidak diketahui dengan pasti tentang hidup matinya. Di sinilah mulai timbul masalah keadaan

ketidakhadiran yaitu siapa pihak yang berhak mewakili dan mengurus kepentingan si tidak hadir yang tidak diketahui keberadaannya. Hal ini menjadi sangat rentan akibat ketidakjelasan keberadaan seseorang, karena adanya kepentingan si tidak hadir sendiri atau kepentingan pihak lain misalnya ahli waris, kreditor, debitor pemegang saham dan sebagainya.

Ketidajelasan keberadaan seseorang, harta milik si tidak hadir dapat menjadi rebutan. Perebutan untuk menguasai dapat dilakukan oleh warga negara (perorangan/masyarakat) maupun oleh negara melalui alat-alat organ negara,¹¹ misalnya Badan Pertanahan Nasional menguasai Aset Bekas Milik Asing Belanda. Direktorat Kekayaan Negara Kementerian Keuangan, menguasai Aset Bekas Milik Asing China/Tionghoa.

Perbankan yang menguasai dana nasabah yang nasabahnya tidak diketahui keberadaannya. Bank Indonesia telah menyatakan, dana pada uang elektronik tidak terdaftar (*unregistered*) dan jika hilang tidak dapat kembali kepada pemegang kartu,¹² akibatnya uang di dalam kartu elektronik tersebut tidak dapat diklaim saat hilang. Bagaimana nasib uang tersebut, tentu dapat menjadi rebutan karena pemiliknya menjadi tidak jelas akibat tidak terdaftar,¹³ dan sebagainya.

¹¹ Silvanus Alvin, Liputan 6, 07 Feb 2013, 12:42 WIB, "*Uang Tak Bertuan Bisa Disita Negara*", (on line) Diakses Tanggal 24 September 2018.

¹² Agustiyanti, CNN Indonesia, Rabu, 11/10/2017 13:10 WIB "*Uang Elektronik Hilang, Dana Tak Bisa Kembali*" (on line), Diakses tanggal 18 Desember 2018.

¹³ Ropesta Sitorus, Kalimantan Bisnis.Com, 02 Februari 2018 02:00 WIB, "*Duit Tak Bertuan, Mau Diapakan?*", (on line), Diakses Tanggal 25 September 2018.

Pada satu sisi bentuk-bentuk keadaan tidak hadir sebagai fakta empiris dapat berupa antara lain: seseorang merantau yang tak ada lagi kabar beritanya, orang yang hilang karena sakit ingatan sehingga tidak bisa pulang kembali ke tempat kediamannya, atau hilang karena musibah kecelakaan pesawat, kapal laut, bencana alam, bahkan perang, dan kerusuhan karena politik, dan sebagainya. Seseorang walaupun tidak diketahui keberadaannya hak miliknya tetap dilindungi.

Pada sisi yang lain terdapat beberapa lembaga pengelolaan harta si tidak hadir dengan dasar pengaturan dan cara pengelolaannya masing-masing. Masing-masing institusi/lembaga ketidakhadiran merasa berhak, tanpa memerhatikan inti (*core*) lembaga pelayanan yang sejak awal berdiri yakni Balai Harta Peninggalan untuk menyelesaikan masalah ketidakhadiran.

Ketidakhadiran yang dialami pada seseorang membutuhkan penyelesaian berdasarkan hukum dengan baik dan benar, agar tidak menjadi masalah hukum di kemudian hari yang berkepanjangan, hanya dengan alasan ketidakhadiran. Subjek hukum dalam keadaan tidak hadir merupakan pendukung hak dan kewajiban, artinya subjek hukum mempunyai peranan baik yang harus dilaksanakan maupun peran yang tidak harus dilaksanakan. Peranan yang harus dilaksanakan disebut juga tugas atau kewajiban, sedangkan yang tidak harus dilaksanakan disebut wewenang atau hak.¹⁴ Namun setiap

¹⁴ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2015, *Penelitian Hukum Normatif, Cetakan ke-17*, PT RajaGrafindo, Jakarta, hlm. 11.

perkara harus ada penyelesaian akhirnya (*litis finiri oportet*).¹⁵ Pada aset milik bekas asing Belanda yang telah dinasionalisasi sejak 1958, sebagaimana hasil penelitian yang dilakukan oleh Sri Susanti¹⁶ di Makassar sampai saat ini belum selesai. Demikian juga penelitian yang dilakukan oleh Jusak Tarigan, et., al.¹⁷ yang membahas aset milik bekas asing China/Tionghoa sejak 1989 juga belum selesai. Lalu munculnya Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional R.I Nomor 20 Tahun 2016 tentang Penyelesaian Penguasaan Benda-Benda Tetap Milik Perorangan Warga Negara Belanda atau Badan Hukum Milik Belanda, menegaskan Aset Bekas Asing Belanda belum selesai penyelesaiannya.

Berdasarkan latar belakang di atas, maka isu hukum dalam penelitian ini adalah tentang *keadaan tidakhadir*, yakni suatu keadaan seseorang sebagai pemilik hak atas nama yang tidak diketahui keberadaannya, harus mendapat perlindungan hukum.

B. Rumusan Masalah

1. Apakah hakikat ketidakhadiran (*afwezigheid*) ?
2. Apakah pengaturan ketidakhadiran (*afwezigheid*) dalam berbagai peraturan di Indonesia dapat disinkronkan?

¹⁵ Amir Ilyas dan Muhammad Nursal, *Op.Cit*, hlm. 5.

¹⁶ Sri Susyanti Nur, 2015, Jurnal Hukum Harlev Hasanuddin Law Review, *Aspek Hukum Pendaftaran Tanah Bekas Milik Asing Sebagai Asset Pemerintah Daerah*.

¹⁷ Jusak Tarigan. Et., All, Dalam USU Law Jurnal. 2015, "Status Hukum Keberadaan Aset Bekas Milik Asing/Tionghoa (ABMAT) Di Provinsi Sumatera Utara

3. Apakah pengelolaan ketidakhadiran (*afwezigheid*), dapat memberikan kepastian perlindungan hukum atas hak milik si tidak hadir?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk memperjelas dan merumuskan hakikat keadaan ketidakhadiran di Indonesia.
2. Untuk mengumpulkan dan menemukan berbagai pengaturan ketidakhadiran yang dapat disinkronkan di Indonesia.
3. Untuk menemukan pengelolaan lembaga ketidakhadiran ideal yang dapat memberikan perlindungan hukum atas hak milik si tidak hadir.

D. Kegunaan Penelitian

1. Manfaat teoretis: hasil penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat bagi pengembangan ilmu hukum, khususnya hukum perdata dalam hal keadaan ketidakhadiran, sekaligus menjadi rujukan bagi peneliti selanjutnya dalam mengkaji dan mengembangkan lebih lanjut tentang keadaan ketidakhadiran;
2. Manfaat praktis: hasil penelitian ini diharapkan memberikan masukan yang berarti bagi pihak-pihak yang berkepentingan dalam menyelesaikan hak milik si tidak hadir, dan pengelolaan bagi orang yang telah dinyatakan dalam keadaan ketidakhadiran.

E. Orisinalitas Penelitian

Untuk menjamin orisinalitas penelitian perlu disandingkan dengan penelitian sebelumnya guna mencegah terjadinya plagiat, sebagai penghormatan dan penghargaan terhadap hasil pikiran seseorang. Sampai penulisan ini dilakukan, peneliti belum menemukan disertasi yang mempunyai kaitan dengan penelitian yang akan dilakukan. Sehingga hanya mengambil dari Tesis, Skripsi dan Jurnal sekaligus dijadikan sebagai bahan rujukan.

1. Syuhada, 2006, Tesis, Analisis Hukum Terhadap Kewenangan Balai Harta Peninggalan Dalam Pengelolaan Harta Kekayaan Yang Tidak Diketahui Pemilik Dan Ahliwarisnya (Studi Di Balai Harta Peninggalan Medan), Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Sumatra Utara.

Rumusan Masalah: 1. Bagaimanakah pengaturan perluasan ketidakhadiran subjek hukum pada Balai Harta Peninggalan dan mengapa terjadi perluasan ketidakhadiran subjek hukum tersebut ?

2. Bagaimanakah pelaksanaan dalam pengelolaan terhadap harta kekayaan yang tidak diketahui pemilik dan ahliwarisnya?

3. Bagaimanakah kendala dan upaya yang dilakukan Balai Harta Peninggalan dalam melakukan pengelolaan terhadap harta kekayaan yang tidak diketahui pemilik dan ahliwarisnya?

Penelitian ini fokus pada penyebab terjadinya perluasan dan sejauhmana perluasan subjek ketidakhadiran dari subjek hukum manusia sehingga meliputi juga badan hukum. Penelitian ini

berkesimpulan bahwa pengaturan ketidakhadiran (*afwezigheid*) menurut doktrin dan undang-undang hanya dinyatakan berlaku bagi manusia, sedangkan pengaturan tentang perluasan ketidakhadiran subjek hukum badan hukum belum ada pengaturan yang secara khusus mengaturnya, akan tetapi dalam praktiknya subjek ketidakhadiran itu telah diperluas oleh hakim, sehingga meliputi juga ketidakhadiran badan hukum. Pengaturan ini sudah dapat diterima dalam praktik hukum bahwa subjek badan hukum dapat dinyatakan tak hadir.

2. Rustani Juliar Berdikari Hutasoit, 2009, Tesis, Pembaharuan Hukum Sebagai Upaya Meningkatkan Eksistensi Balai Harta Peninggalan Dalam Pelayanan Hukum, Program Pascasarjana Universitas Sumatra Utara Medan.

Rumusan Masalah: 1. Apakah peraturan perundang-undangan kolonial sebagai dasar hukum pelaksanaan tugas dan wewenang Balai Harta Peninggalan masih relevan pada saat ini? 2. Bagaimanakah pengaturan tugas dan kewenangan Balai Harta Peninggalan dalam pelayanan hukum terhadap masyarakat yang memenuhi kebutuhan masyarakat saat ini? 3. Hambatan-hambatan apa sajakah yang terjadi dalam pelaksanaan pelayanan hukum pada Balai Harta Peninggalan.

Penelitian ini fokus pada pengaturan tugas dan wewenang Balai Harta Peninggalan berdasarkan hukum kolonial dalam

memberikan pelayanan hukum terhadap masyarakat apakah masih relevan. Penelitian ini berkesimpulan bahwa hukum kolonial sudah tidak relevan lagi pada kondisi sekarang ini. Hal ini disebabkan karena, BHP bukan saja diperlukan oleh golongan timur asing namun juga diperlukan oleh golongan pribumi dalam hal kepailitan, pembukaan wasiat. Pelayanan hukum yang diberikan BHP tidak saja kepada golongan tertentu tetapi sudah meluas kepada seluruh masyarakat Indonesia berdasarkan hukum nasional, misalnya Undang-Undang Perlindungan Anak. Pelayanan Hukum yang diberikan sudah tidak efektif lagi karena keberadaan BHP hanya 5 unit pelaksana teknis di Indonesia.

3. Akhmad Faqih Mursid, 2013, Tesis, *Penyelesaian Perkara Mafqud Di Pengadilan Agama, Program Pascasarjana, Universitas Hasanuddin.*

Rumusan Masalah: 1. Bagaimana penentuan status hukum bagi mafqud ditinjau dari prespektif Hukum Islam? 2. Bagaimana penerapan status hak *mafqud* di Pengadilan Agama?

Penelitian ini fokus pada pelaksanaan penyelesaian perkara *mafqud* dari perspektif Hukum Islam, dengan membandingkan empat penetapan pengadilan agama.

Hasil penelitian menunjukkan kesimpulan bahwa: bahwa pertama, dalam menetapkan status bagi mafqud (apakah ia masih hidup atau tidak), para ulama fikih cenderung memandangnya dari

segi positif, yaitu dengan menganggap orang yang hilang itu masih hidup, sampai dapat dibuktikan dengan bukti-bukti bahwa ia telah wafat. Sikap yang diambil ulama fikih ini berdasarkan kaidah istishab yaitu menetapkan hukum yang berlaku sejak semula, sampai ada dalil yang menunjukkan hukum lain.

Kedua, dari analisa empat penetapan hakim terkait dengan *mafqud* ini ada beberapa kesimpulan yang bisa ditarik, yaitu: 1. Lingkungan Peradilan Agama tidak memberikan pengklasifikasian mazhab dalam memberikan penetapan mafqud. Namun, berdasar pada dalil-dalil umum yang dinyatakan sahih. 2. Tiga penetapan majelis hakim terkait dengan *mafqud*, pada intinya keseluruhannya bersesuaian dengan empat mazhab. Ini dikarenakan, penetapan mafqud tidak menjelaskan batas minimal dan batas maksimal, melainkan hanya berdasarkan pertimbangan umum

4. Nurhayati, 1988, Skripsi, Ketidakhadiran (*afwezigheid*) sebagai upaya perceraian dan mendapat warisan melalui dugaan wafat, Fakultas Hukum Universitas Kristen Indonesia Paulus Ujung Pandang.

Rumusan Masalah: 1. Apakah ketidakhadiran seseorang dapat dijadikan alasan untuk putusnya perkawinan karena perceraian? 2. Sejauhmana akibat hukum pernyataan ketidakhadiran terhadap perkawinan dan harta perkawinan? 3. Apa permasalahan hukum yang timbul jika orang yang telah dinyatakan

wafat ternyata tidak meninggal, terhadap perceraian/perkawinan orang yang ditinggalkan dengan pihak lain?

Penelitian ini fokus pada alasan ketidakhadiran untuk dapat dijadikan alasan perceraian dan bagaimana akibatnya terhadap perkawinan dan harta perkawinan serta warisan orang yang tidak hadir. Penelitian ini berkesimpulan bahwa ketidakhadiran dan pernyataan wafat sebagai suatu lembaga hukum dalam mengatasi akibat yang timbul dalam hal seseorang tidak hadir dalam jangka waktu tertentu sementara kepentingannya menghendaki ia hadir. Ketidakhadiran juga membawa akibat hukum terhadap harta dan terhadap status perkawinannya juga terhadap kedudukannya sebagai pewaris atau ahli waris.

Dari 5 buah penelitian ilmiah tesis dan skripsi diatas mempunyai perbedaan dengan penelitian yang akan dilakukan. Penelitian ini akan fokus pada hakikat ketidakhadiran, sinkronisasi peraturan terkait ketidakhadiran dan mencari konsep ideal perlindungan hak milik si tidak hadir.

Terdapat juga 2 (dua) buah jurnal sebagai sandingan karena berhubungan dengan rumusan gmasalah dalam penelitian tentang hak milik si tidak hadir yakni:

1. Sri Susyanti Nur, 2015, Jurnal hukum Harlev Hasanuddin Law Review, 2015 yang berjudul Aspek Hukum Pendaftaran Tanah Bekas Milik Asing sebagai Asset Pemerintah Daerah.

Rumusan masalah: 1. Status hukum tanah-tanah bekas milik asing/Cina dan Belanda yang menjadi aset pemerintah daerah Kota Makassar berdasarkan Undang-Undang Nomor 86 Tahun 1956 tentang Nasionalisasi Perusahaan-Perusahaan Bekas Belanda dan Peraturan Menteri Keuangan No. 154/PMK.06/2011 Jo. Peraturan Menteri Keuangan No. 188/PK.06/2008 tentang Penyelesaian Aset Bekas Milik Asing/Cina. 2. Sertifikasi Aset Berupa Tanah di Kota Makassar. 3. Kendala yang dihadapi oleh Pemerintah Kota Makassar dalam upaya pensertifikatan aset tanah bekas milik asing/Cina dan Belanda.

Penelitian dalam jurnal ini fokus pada aspek hukum khusus pada tanah-tanah bekas milik asing/Cina dan Belanda, Penelitian ini berkesimpulan bahwa status hukum tanah-tanah aset Daerah pada bekas milik asing Cina dan Belanda ada yang berstatus tanah negara dan ada juga yang telah berstatus tanah hak. Pensertifikatan telah dilakukan, namun masih terkendala dari aspek perundang-undangan dan administrasi.

2. Jusak Tarigan, et., al., dalam USU Law Jurnal, 2015, dengan judul "Status Hukum Keberadaan Aset Bekas Milik Asing/Tionghoa (ABMA/T) di Provinsi Sumatera Utara"

Rumusan Masalah: 1. Bagaimana ketentuan perundang-undangan yang mengatur tentang pengelolaan aset negara khususnya ABMA/T? 2. Bagaimana status hukum terhadap ABMA/T

yang sudah dimiliki oleh perseorangan dan telah memperoleh sertifikat dari BPN? 3. Apa saja kendala-kendala yang ditemukan oleh TAD Provinsi Sumut dalam pemantapan status ABMA/T dan solusinya?.

Penelitian pada jurnal ini lebih fokus pada pelaksanaan pengelolaan aset negara khususnya ABMA/T yang hanya dilandasi oleh Peraturan Menteri Keuangan. Penelitian ini berkesimpulan bahwa ABMA/T harus dirampas oleh negara harta menjadi rampasan negara dan masuk dalam daftar Kekayaan Negara Lain, guna digunakan untuk sebesar-besarnya kesejahteraan dan kemakmuran rakyat.

Tampak bahwa kedua jurnal di atas objeknya sama yaitu aset bekas milik asing China/Tionghoa, yaitu pemiliknya sudah tidak diketahui keberadaannya. Kedua jurnal diatas hanya melihat dari aspek regulasi Peraturan Menteri Keuangan tanpa mempertimbangkan ketentuan pengaturan ketidakhadiran.

Penelitian yang akan dilakukan ini bersifat spesifik dengan melakukan penelitian yang terkait juga pada *aspek ketidakhadiran*, yang fokus kepada diri si tidak hadir. Kedua jurnal tersebut dapat menjadi sandingan atau bahan dalam menyusun penelitian ini.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Kedudukan Hukum

Kedudukan berasal dari kata duduk, ¹⁸ yang mempunyai arti:

“tempat kediaman, tempat pegawai (pengurus perkumpulan dan sebagainya) tinggal untuk melakukan pekerjaan atau jabatannya, letak atau tempat suatu benda, tingkatan atau martabat, keadaan yang sebenarnya (tentang perkara dan sebagainya, status (keadaan atau tingkatan orang, badan atau negara, dan sebagainya)”

Tampak bahwa kata “kedudukan” berasal dari akar kata “duduk”. Duduk dalam artian pasif berarti “diam, tidak bergerak, tidak berpindah. Jika “kedudukan” merujuk pada kata kerja, akan menunjukkan hal yang aktif antara lain: tempat pegawai, status, dan seterusnya, sehingga bila dicermati dengan benar, sesungguhnya kata “kedudukan” bermakna plural atau banyak arti.

Kata kedudukan, jika dihubungkan dengan hukum menjadi “kedudukan hukum” akan memberikan makna khusus, sehingga akan memperjelas maksud dari kata tersebut, bahwa yang dimaksud kedudukan hukum adalah keadaan yang sebenarnya dalam perkara atau status yang berkaitan dengan kepentingan hukum. Kedudukan hukum merupakan kata netral. Namun menjadi aktif ketika subjek hukum terlibat dalam masalah hukum, sehingga kedudukan hukum menjadi cara pandang untuk menyelesaikan sesuatu berdasarkan

¹⁸ <https://kbbi.kemdikbud.go.id/entri/kedudukan>. Diakses tanggal 5 Oktober 2020.

hukum dan pada akhirnya kedudukan hukum (*locus standi*) menjadi sangat menentukan ketika hendak berperkara di pengadilan.

Selain kedudukan hukum terdapat pula kedudukan dalam melaksanakan hak dan kewajiban yang disebut dengan peran. Menurut Soekanto¹⁹, bahwa apabila seseorang melaksanakan hak dan kewajiban sesuai dengan statusnya, maka ia menjalankan suatu kedudukan (status) yang dinamis. Peran seseorang untuk melaksanakan hak serta kewajiban-kewajibannya pada lingkungan pergaulannya, ditentukan oleh peran atau kedudukan. Peran pada akhirnya menentukan apa yang harus dilakukan, atau tidak melakukan sesuatu, karena mengatur perilaku atau tindakan peran seseorang. Pelaksanaan hak dan kewajiban akan menimbulkan peran masing-masing yakni peran dalam melaksanakan hak dan peran dalam melaksanakan kewajiban, dan pada akhirnya kedudukan menjadi wujud hubungan warga negara dengan negara pada umumnya berupa peranan (*role*).²⁰

Peranan dapat mencakup 3 (tiga) hal, yaitu:²¹

1. norma-norma sebagai peranan menyangkut kedudukan tempat seseorang dalam masyarakat.
2. peranan individu dalam masyarakat sebagai organisasi.
3. perilaku individu sebagai peran terhadap struktur sosial masyarakat.

¹⁹ Soerjono Soekanto, 2002, *Teori Peranan*, Bumi Aksara, Jakarta, hlm. 243.

²⁰ Notonagoro, 11 Agustus 2015 15:14 Wib, *Hak Dan Kewajiban Warga Negara Indonesia Dengan UUD 45 (on line)* <https://mkri.id/index.php?page=web.Berita&id=11732>. Diakses tanggal 14 Oktober 2020.

²¹ *Ibid.*, hlm 213

Tampak bahwa peran mempunyai pengertian yang luas. Peran dapat berdaya guna, maka peran harus ditempatkan pada proporsinya, sehingga setiap kedudukan memiliki peran tertentu dalam pelaksanaan hak dan kewajiban, peran yang legal baik diakui oleh negara, masyarakat atau kelompok.

Setiap individu memiliki status dan juga mempunyai kedudukan hukum. Misalnya dalam hukum perdata, seorang anak ketika masih kecil statusnya disebut anak, kedudukan hukumnya adalah di mana anak bersifat pasif dilindungi, dikasihi, diajar untuk kepentingan tumbuh hidup dan kembangnya. Ketika anak ini menjadi pemuda/dewasa dalam konteks pacaran, maka pemuda ini disebut lajang. Ketika pemuda ini sudah mempunyai pujaan hati maka status keduanya adalah pacaran. Saat wanita ini dilamar lalu menikah statusnya disebut suami-isteri. Sebagai suami isteri mempunyai kedudukan hukum yang saling terikat satu sama lain yang dilindungi dengan UU Perkawinan No.1 Tahun 1974. Sebagai status suami isteri maka salah satu pasangan tidak boleh sembarang melakukan pernikahan lagi, kecuali dengan syarat tertentu, bahkan bila ingin melakukan perceraian harus dengan mekanisme tertentu. Harta kekayaan yang diperoleh dalam perkawinan juga perlu kesepakatan bersama. Semua dapat berjalan sebagaimana mestinya dengan memperhatikan kedudukan masing-masing di dalam keluarga.

Seorang suami mendapat amanah sebagai ketua dari sebuah organisasi, maka kedudukan akan status tersebut dapat berjalan sebagaimana mestinya dengan memperhatikan status atau kedudukan karena dimana dari status itu berlaku disitu pula timbul peran yang harus dijalankan berdasarkan tugas dan fungsinya.

Menurut Aminuddin Ilmar, ²² bahwa untuk mempersoalkan kedudukan hukum (*legal position, rechts positie*) dari pemerintahan sebagai organ atau badan hukum publik, tidak hanya akan memberi kejelasan dalam suatu tindakan atau perbuatan hukum pemerintahan, akan tetapi juga memberikan legitimasi pada dasar tindakan atau perbuatan hukum pemerintah tersebut. Selama ini persoalan kedudukan hukum pemerintahan dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan belum dipahami dengan baik. Dengan kata lain bahwa tindakan atau perbuatan hukum yang dilakukan oleh pemerintah dan menimbulkan kerancuan dan bahkan bisa dikatakan kabur. Telaah lebih lanjut, menurut Ilmar dalam kepustakaan hukum administrasi diuraikan, bahwa dalam melakukan suatu tindakan atau perbuatan, pemerintah disamping melaksanakan kegiatan dalam bidang hukum publik berdasarkan kewenangan yang dimilikinya, juga sering terlibat dalam lapangan hukum privat (perdata). Kedudukan pemerintah dalam hukum publik dan kedudukan pemerintah dalam hukum privat dalam

²² Aminuddin Ilmar, 2016, *Hukum Tata Pemerintahan*, Edisi Pertama Kencana, PrenadaMedia, Jakarta, hlm. 163

melakukan tindakan atau perbuatan hukum tersebut sering tampil dengan atau dalam dua kedudukan hukum yang berbeda atau dalam konsep hukum administrasi disebut dengan istilah dua kepala (*twee patten*)²³. Kapan berkedudukan sebagai badan hukum publik dan kapan bertindak sebagai hukum privat, sebab kedudukan hukum yang berbeda dari setiap perbuatan pemerintah yang dilakukan akan membawa konsekuensi atau akibat hukum yang berbeda pula. Dengan adanya tindakan berkepala dua yang dapat mengakibatkan tindakan hukum yang berbeda, sehingga dapat menimbulkan kerancuan dan dapat menjadi tidak jelas.

B. Keadaan Ketidakhadiran (*Afwezigheid*)

Ketidakhadiran merupakan suatu keadaan bersifat antisipasi, bila terjadi seseorang sebagai penyanggah hak dan kewajiban, meninggalkan tempat kediamannya, menjadi tidak pasti akan keadaan hidup matinya secara jelas. Oleh karena itu pelaksanaan hak dan kewajiban dapat tetap dilaksanakan walaupun tidak diketahui informasi keberadaannya. Selain pengaturan berdasarkan Pasal 463 B.W, terdapat pula pengaturan tentang ketidakhadiran yang dapat dilihat dalam peraturan, antara lain: UU No. 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan diundangkan dengan pertimbangan bahwa, Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasarkan Pancasila dan UUD NRI Tahun 1945 pada hakikatnya, berkewajiban

²³ *Ibid*

memberikan perlindungan dan pengakuan terhadap penentuan status pribadi dan status hukum atas setiap peristiwa kependudukan dan peristiwa penting yang dialami oleh Penduduk Indonesia yang berada di dalam dan/atau di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. UU No. 23 Tahun 2006 merupakan penjabaran amanat Pasal 26 Ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 bertujuan, untuk mewujudkan tertib administrasi kependudukan, dengan terbangunnya database kependudukan secara nasional serta keabsahan dan kebenaran atas dokumen kependudukan yang diterbitkan.

Pada Pasal 44 Ayat (4) dan (5) UU No. 23 Tahun 2006 ditentukan tentang ketidakjelasan keberadaan seseorang,²⁴ dan kematian seseorang yang tidak jelas identitasnya.²⁵ Seseorang yang tidak jelas keberadaannya karena hilang atau mati tetapi tidak ditemukan jenazahnya hanya dapat dicatatkan setelah ada penetapan pengadilan, sedangkan sebuah peristiwa kematian yang identitasnya tidak dikenal dicatatkan pada registrasi kematian berdasarkan laporan Polisi.

UU No. 23 Tahun 2006 telah mengalami perubahan, dengan diundangkannya UU No. 24 Tahun 2013 tetap mengatur tentang ketidakjelasan keberadaan seseorang karena hilang atau mati tetapi tidak ditemukan jenazahnya dan terjadi peristiwa kematian namun

²⁴ Pasal 44 Ayat (4) Dalam hal, terjadi ketidakjelasan keberadaan seseorang karena hilang atau mati tetapi tidak ditemukan jenazahnya, pencatatan oleh Pejabat Pencatatan Sipil baru dilakukan setelah adanya penetapan pengadilan.

²⁵ Pasal 44 Ayat (5) Dalam hal terjadi kematian seseorang yang tidak jelas identitasnya, Instansi Pelaksana melakukan pencatatan kematian berdasarkan keterangan dari kepolisian.

tidak diketahui identitasnya, masih dipertahankan keberadaannya. Subjek hukum yang tidak jelas keberadaannya tetap dicatatkan setelah adanya penetapan pengadilan, sehingga kematiannya tetap memiliki identitas.

Selain negara memberikan identitas dengan bukti kartu tanda penduduk, setiap subjek hukum memiliki juga identitas dalam masyarakat tertentu antara lain: identitas agama atau adat. Di dalam agama dan adat terdapat ajaran yang mengatur hubungan hukum dengan Sang Pencipta, alam dan manusia. Hubungan hukum selain diatur oleh agama dan adat, masih terdapat Hukum Perdata Barat (B.W) yang mengatur subjek hukum. Ketika terjadi ketidakhadiran maka B.W, hukum agama dan hukum adat, memberi alternatif pilihan penyelesaian ketidakhadiran.

1. Ketidakhadiran Berdasarkan B.W.

Vereenigde Oost Indische Compagnie (VOC) didirikan pada tahun 1602, merupakan perkumpulan dagang Belanda.²⁶ Pembentukan perkumpulan dagang Belanda (VOC) dibentuk untuk menghadapi persaingan pedagang China, Inggris dan Portugis, direstui dan disahkan oleh Pemerintah Belanda. Perdagangan VOC mengalami kemajuan yang pesat, dan melakukan ekspansi di seluruh nusantara untuk menguasai perdagangan yang didukung, membentuk angkatan perang karena mendapat izin dari Ratu

²⁶ Direktorat Jenderal Hukum Dan Perundang-Undangan Departemen Kehakiman, s.a, *Himpunan Peraturan Perundang-Undangan Balai Harta Peninggalan Buku I*, hlm. 9

Belanda.²⁷ Namun pada akhirnya pada tanggal 17 Maret 1798 VOC tutup dengan meninggalkan hutang 136,7 juta gulden serta asset kekayaan yang ditinggalkan berupa kantor dagang, gudang, benteng, kapal serta daerah kekuasaan di Indonesia.²⁸ Kekuasaan kemudian dilanjutkan oleh pemerintah Belanda di Indonesia dengan membagi beberapa golongan penduduk, yang kemudian diperluas berlakunya kepada golongan lain berdasarkan *Indhische Staatsregeling*.

Golongan kemudian dibagi menjadi tiga yakni:²⁹ 1. Golongan pribumi, 2. Golongan Eropa, dan 3. Golongan Timur Asing yakni golongan yang tidak termasuk golongan pribumi dan Eropa. Bagi golongan Eropa mutlak tunduk kepada hukum Belanda yakni B.W, lalu Belanda membuka perluasan berlakunya B.W bagi orang-orang dari golongan pribumi dan timur asing, untuk tunduk secara sukarela kepada B.W, yakni: 1. Tunduk seluruhnya. 2. Tunduk sebahagian. 3. Tunduk dalam suatu tindakan hukum tertentu, 4. dengan menjalankan perbuatan hukum yang tertentu dianggap tunduk.³⁰

Perluasan ketundukan hukum juga memberi kesempatan sistem hukum lain untuk hidup berdampingan dan memberi pilihan

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Putri Rahmadanti, 31 Desember 2018. <https://nasional.okezone.com/read/2018/12/31/337/1997959/kilas-balik-peristiwa-31-desember-pembubaran-voc-dan-the-beatles-hingga-pengeboman-di-palu>. (on line) diakses tanggal 1 juni 2020.

²⁹ Prianggodigdo, et, all, 1973, *Ensiklopedi Umum*, Jogjakarta: Jajasan Kanisius, hlm. 520.

³⁰ *Ibid.*

hukum kepada setiap golongan, baik secara nyata maupun secara diam-diam, walaupun terdapat sistem hukum yang menegaskan karena identitas beragama Islam atau adat untuk tunduk pada masing-masing ketentuan.

Penyelesaian masalah ketidakhadiran, dapat diselesaikan melalui lembaga Balai Harta Peninggalan (*Weeskamer*). Lembaga yang didirikan pada tanggal 1 Oktober 1624, berkedudukan di Batavia (Jakarta).³¹ Lembaga yang mengurus dan menyelesaikan masalah perwalian, pengampuan, ketidakhadiran dan harta tak terurus sebagaimana diatur di dalam B.W dan Organisasi dan Tata Kerja Balai Harta Peninggalan (Orta BHP).³² Lembaga ini tetap dipertahankan bersama B.W berdasarkan aturan peralihan UUD NRI Tahun 1945.

Pranata ketidakhadiran dengan tegas diatur pada Pasal 463 B.W, yang mengatur bila suatu kondisi bila terjadi seseorang yang meninggalkan tempat kediamannya dalam jangka waktu relatif lama, tidak meninggalkan kuasa atau meninggalkan kuasa namun sudah tidak berlaku lagi untuk mengurus urusan dan kepentingan, para pihak yang berkepentingan atau Kejaksaan melakukan permohonan di tempat kediaman si tidak hadir, karena kebutuhan mendesak untuk mengelolah sebagian atau seluruhnya harta

³¹ Direktorat Jenderal Hukum dan Per-undang2an Departemen Kehakiman. *Loc., Cit.*, hlm. 9.

³² Keputusan Menteri Kehakiman RI Nomor: M.01.PR.07.01-80 Tahun 1980 tanggal 19 Juni 1980 Organisasi dan Tata Kerja.

kekayaan si tidak hadir, agar pengadilan memerintahkan Balai Harta Peninggalan (BHP) untuk mengurus membela kepentingan dan mewakili si tidak hadir.

Tampak bahwa si tidak hadir akan diwakili oleh BHP untuk mengurus urusan dan kepentingan si tidak hadir berdasarkan penetapan pengadilan. BHP akan bertindak mengisi kekosongan hak dan kewajiban yang lowong. BHP melaksanakan hak dan kewajiban si tidak hadir sehingga lalu lintas hak dan kewajiban dapat berjalan sebagaimana mestinya.

Menurut Tan Thong Kie, bahwa:

“seorang tak hadir (*afwezigh*) adalah ia meninggalkan tempat tinggalnya tanpa membuat surat kuasa untuk mewakilinya dalam usaha serta kepentingannya atau dalam mengurus harta serta kepentingannya, atau jika kuasa yang diberikan tidak berlaku lagi. Singkatnya seseorang tidak hadir jika ia meninggalkan tempat tinggalnya tanpa mewakilkan kepentingannya kepada seseorang”.³³

Demikian juga R. Subekti, bahwa :

“jikalau seorang meninggalkan tempat tinggalnya, tidak memberikan kuasa untuk mengurus kepentingan-kepentingannya dan ada keperluan bahwa kepentingan-kepentingan itu diurus atau orang itu mewakili maka atas permintaan orang-orang yang berkepentingan ataupun atas permintaan jaksa oleh hakim sebagai tindakan kepada *Weeskamer* untuk mengurus kepentingan itu dan di mana pula mewakili orang itu.”³⁴

Tampaknya Tan Thong Kie dan R. Subekti mempunyai sudut pandang yang sama, melihat ketidakhadiran dari sudut ada,

³³ Tan Thong Kie, 2011, *Studi Notariat dan Serba Serbi Praktek Notaris*, Ichtiar Van Hoeve, Jakarta, hlm. 44.

³⁴ R. Subekti, 1979, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermedia, Jakarta, hlm. 48.

atau tidak adanya kuasa yang ditinggalkan si tidak hadir. Namun perbedaannya tampak bahwa R. Subekti lebih jauh melihat kepada orang-orang yang berkepentingan dan lembaga BHP (*Weeskamer*) untuk mengurus kepentingan dan mewakili si tidak hadir.

Tan Thong Kie membagi 3 tindakan dalam pengelolaan ketidakhadiran yaitu *pertama*, pengambilan tindakan sementara, *kedua*, masa dugaan hukum telah meninggal dan *ketiga* masa pewarisan definitif.³⁵

Pada tindakan sementara tampaknya sesuai yang diatur di dalam Pasal 463 B.W yakni tindakan untuk mengelolah harta si tidak hadir karena adanya kepentingan sementara.³⁶ Kendatipun sifatnya sementara, ketidakhadiran harus ditetapkan pengadilan. Pengelolaan harta si tidak hadir dapat ditunjuk BHP atau keluarga si tidak hadir, bila hartanya sedikit sebagaimana pada Pasal 463 Ayat (1) B.W.

Kata “sedikit” merupakan suatu sifat yang tidak mempunyai ukuran tetap, sehingga untuk penerapan nilai sedikit tergantung sikap hakim. Bila harta si tidak hadir bernilai “Rp. 50.000.000”,- dapat saja dianggap bernilai sedikit namun bagi hakim lain dianggap bernilai banyak. Oleh karena adanya kata sedikit yang

³⁵ *Ibid*

³⁶ Tan Thong Kie, *Loc., Cit.* hlm. 44. Lihat juga Tan Henny Tanuwidjaja, “Akibat Hukum Pewarisan karena Afwezigheid Terhadap Ahli Waris Menurut Hukum Perdata Barat (B.W),” *Hukum Bisnis, Universitas Narotama Surabaya*, (on line) Volume 3 Nomor 1, April 2019, EISSN 2460-0105, hlm. 32.

tidak mempunyai nilai minimum, membuat hakim melakukan pilihan, harta si tidak hadir pengurusannya kepada BHP atau keluarga. Pranata yang lebih baik, jika diurus negara yakni BHP, karena dapat dipertanggungjawabkan secara profesional dan transparan berdasarkan ketentuan perundang-undangan yang berkaku. Namun bila dikelola keluarga dapat saja menjadi masalah di kemudian hari, umpunya: harta si tidak hadir yang telah dikuasai wakil karena penunjukan hakim, setelah sekian lama dapat diklaim oleh ahli waris wakil, sebagai harta warisan.

Selanjutnya pengadilan dapat mengubah status hukum si tidak hadir menjadi dugaan mati. Pada dugaan mati, ahli waris dapat meminta pertanggungjawaban bila semula BHP sebagai pengurus sementara, menuntut pembukaan wasiat bila ada. Memasuki masa daluarsa pembagian warisan sementara dapat menjadi definitif atau melakukan pembagian ulang atau menolak warisan.

Dengan demikian, hal ketidakhadiran secara tegas diatur oleh B.W. Pada tahap tindakan sementara BHP dapat tampil sebagai wakil dan pengurus kepentingan si tidak hadir, baik sebahagian atau seluruh harta si tidak hadir berdasarkan penetapan pengadilan. Adanya penetapan pengadilan, mengubah status hukum dari hadir menjadi ketidakhadiran. Sepanjang belum ada penetapan hakim, maka si tidak hadir tetap dianggap masih hidup. Penetapan BHP untuk mengurus ketidakhadiran sebagai

bukti kehadiran negara dalam menyelesaikan hak dan kewajiban si tidak hadir sebagai warga negara dan tidak ada hak dan kewajiban yang lowong.

2. Ketidakhadiran Berdasarkan *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (NBW)-Belanda

Perkembangan hukum perdata Belanda (*Nieuw Burglijk Wetboek*) telah mengalami perubahan perkembangan sampai 10 buku³⁷. Lembaga ketidakhadiran masih dipertahankan, dan ditempatkan pada Buku I, Hukum Pribadi dan Keluarga. Lembaga ketidakhadiran dilaksanakan oleh administrator hukum yang ditunjuk berdasarkan penetapan pengadilan distrik. Pengaturan ketentuan ketidakhadiran dalam NBW, diatur dalam tiga bagian (*afdeling*):

a. *Onderbewindstelling in geval afwezigheid* (Jika tidak ada Adminisitrasi), *Artikel* 409-411

Perlunya seseorang diwakili ketika meninggalkan tempat kediamannya atas permintaan pihak berkepentingan atau jaksa dan pengadilan akan menunjuk seorang administrator untuk mengelola sebahagian atau seluruhnya properti orang yang absen. Seseorang yang meninggalkan

³⁷ Buku I Hukum Orang Alami dan Keluarga, Buku II Hukum Orang dan Hukum Perusahaan, Buku III Hukum Properti, Buku IV Hukum Suksesi, Buku V Hak Milik, Buku VI, Hukum kewajiban dan Kontrak, Buku VII Kontrak Tertentu, Buku VIIA Kontrak Tertentu, Buku VIII Hukum Transportasi dan Cara Transportasi, Buku IX Hukum Kekayaan Inteltual dan Buku X Hukum Perdata Internasional. Lihat <https://m.hukumonline.com/baca/it55317e1864/belanda-berulang-kali-rvisi-indonesia-masih-gunakan-kuhper-usang> (on line). Diakses tanggal

tempat kediamannya dipersamakan dengan orang yang keberadaannya menjadi tidak pasti. Untuk mewakili kepentingan orang yang tak hadir akan berakhir dalam tiga hal ketika: *pertama* ada keputusan bersama dari yang berhak dan administrator, *kedua* pembatalan oleh pihak yang berhak dengan administrator, *ketiga* kematian orang yang berhak telah ditetapkan.

b. *Personen wier bestaan onzeker is* (Orang yang keberadaannya tidak pasti), *Artikel 412-425*

Ketika keberadaan seseorang yang tidak pasti, muncul warisan, maka pengadilan dapat memberi wewenang kepada pihak yang berkepentingan untuk melakukan pertemuan guna menemukan solusinya. Pihak yang berkepentingan dapat meminta kepada pengadilan untuk memanggil orang yang tak hadir, jika tidak muncul, maka pengadilan dapat membuat penetapan dugaan kematian dan salinan penetapan pengadilan disampaikan ke kantor pendaftaran tempat tinggal yang ditinggalkan untuk dibuatkan akta kematian. Namun penetapan pengadilan dapat dibanding jika orang ternyata orang yang tak hadir itu masih hidup.

Pihak ahli waris berkewajiban menyusun inventaris yang tepat setelah mengambil bagiannya dan properti terdaftar tidak boleh dibebani dan diwajibkan memberi informasi yang diperlukan kepada pengadilan berdasarkan permintaan. Jika

orang hilang kembali dan tanggal kematian salah dalam akta, maka siapapun yang memiliki harta benda orang hilang dikembalikan, namun hak yang diperoleh dengan itikad baik harus dihormati. Kewajiban untuk mengembalikan menjadi daluarsa sejak tanggal pembuatan akta berlalu selama dua puluh tahun. Dalam hal status perkawinan orang hilang, dianggap dibubarkan ketika putusan penetapan orang yang hilang dikeluarkan oleh pengadilan. Jika kembali ia, hanya dapat menuntut hak asuh anak.

c. *Vaststelling van overlijden in bepaalde gevallen*. (Penentuan kematian dalam kasus-kasus tertentu), *Artikel 426-430*.

Dalam kasus-kasus tertentu jika tubuh orang hilang tidak dapat diidentifikasi atau dalam semua keadaan kematiannya dapat dipastikan, maka dibuatkan akta kematian yang memiliki kekuatan *res judicata* dan dicatat dalam daftar kematian.

3. Ketidakhadiran Berdasarkan Agama.

Agama dalam bahasa Sansekerta terdiri dari dua suku kata, yaitu suku "a" yang berarti tidak, dan suku "gama" yang berarti kacau. Jadi Agama berarti: "Tidak Kacau".³⁸ Agama dapat pula diartikan sebagai kumpulan aturan yang mengarahkan manusia ke arah dan tujuan tertentu yang baik dan benar. Dua

18. ³⁸ Hasnah Nasution, 2006, *Filsafat Agama*, Istiqomah Mulya Press, Medan, hlm.

agama terbesar di Indonesia yakni Islam dan Kristen yang sama-sama memandang diri sebagai agama samawi,³⁹ memiliki kitab suci dan mengakui beberapa nabi yang sama. Terdapat pula pengaturan ketidakhadiran dalam dua agama ini yakni Islam dan Kristen sebagai berikut:

a. Berdasarkan Agama Islam.

Surah Almaidah Ayat 3 yang terjemahannya: “Pada hari ini telah Aku sempurnakan agamamu dan telah Aku cukupkan nikmatKu bagimu, dan telah Aku ridhoi Islam sebagai agamamu.” Ini merupakan pernyataan formal dan pengakuan dari Allah SWT sendiri, menegaskan Islam sebagai agama yang sudah sempurna di dalam Alquran. Alquran merupakan sumber hukum yang pertama dan utama dalam Hukum Islam.⁴⁰ Kata sempurna menurut KBBI⁴¹ adalah utuh dan lengkap segalanya (tidak bercacat dan bercela). Kesempurnaan itu ditandai bahwa sumber hukum Islam yang diakui yaitu Alquran, Hadist. Dua sumber hukum yang diakui para ahli hukum Islam. Disamping itu menurut Hazairin bahwa masih ada sumber hukum yang ketiga dan ke empat yaitu *Ijma* dan *Qiyas*.⁴² Namun *Ijma* dan *Qiyas* tidak sepenuhnya diterima dan diikuti

³⁹ Agama Samawi adalah agama yang bersumberkan wahyu Tuhan. KBBI off line 5.1.5. luring. <http://ebsoft.web.id>.

⁴⁰ Indah Purbasari, 2017, *Hukum Islam Sebagai Hukum Positif Di Indonesia, Suatu Kajian Di Bidang Hukum Keluarga*, Setara Press, Malang, hlm. 25.

⁴¹ Kamus Besar Bahasa Indonesia Luar Jaringan (Luring), KBBI 1.5.1. <http://:eosoft.web.id>.

⁴² Lihat Sayuti Thalib, 2014, *Hukum Kekeluargaan di Indonesia Berlaku Bagi Umat Islam*, Universitas Indonesia (UI-Press), Jakarta, hlm. 20.

oleh sejumlah ahli lain.⁴³ Hal ini disebabkan Ijma dapat digolongkan sebagai *ijtihad ulil amri*, Qiyas adalah suatu metode bekerja dan cara melahirkan pendapat dari hasil *ijtihad ulil amri* itu. Menggunakan sumber yang diakui bersama tentu tidak membuat perbedaan, namun bila terdapat berbagai sumber lain yang tidak diakui tentu akan mendapat ancaman perpecahan. Bila terdapat perbedaan pendapat, maka dikembali kepada sumber yang diakui sehingga dapat menjadi pengharapan untuk selamat di dunia dan diakhirat.

Sebagai jalan hidup selamat, Islam mengatur secara lengkap segala aspek kehidupan bagi umatnya. Menurut Indah Purbasari, “Aspek-aspek yang diatur dalam Hukum Islam meliputi aqidah (keyakinan), ubudiyah (ibadah), akhlaq (perilaku) dan muamalah (kemasyarakatan)”.⁴⁴ Dari aspek-aspek dalam hukum Islam, yang dapat berkembang dengan baik adalah aspek muamalah. Aspek muamalah dalam konteks hukum atau aturan dalam Islam identik dengan syari’ah.⁴⁵ Aspek muamalah sangat luas dan mengikuti perkembangan zaman menjadi hukum duniawi mengatur aktivitas manusia seperti: hukum perdata, hukum pidana, hukum dagang. Hukum-hukum yang berkembang harus berdasarkan syari’ah dan

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Indah Purbasari, 2017, *Hukum Islam Sebagai Hukum Positif Indonesia, Suatu kajian di Bidang Hukum Keluarga*, Setara Press, Malang, hlm. 2.

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 4.

memerlukan pengadilan sebagai sarana bagi pencari keadilan pemeluk agama Islam.

Pemeluk agama Islam adalah subjek hukum. Subjek hukum dapat berpindah tempat atau meninggalkan tempat kediamannya. Ketika meninggalkan tempat kediamannya tanpa ada kabar kepastian hidup matinya, maka subjek hukum itu dalam keadaan *mafqut* (Arab) atau hilang. *Mafqud* yaitu orang yang tidak diketahui kabar beritanya, dalam hal ini termasuk tempat tinggal dan keadaannya (apakah masih hidup atau sudah meninggal dunia).⁴⁶

Mafqud adalah orang yang sudah lama pergi meninggalkan tempat tinggalnya, tidak diketahui kabar beritanya dengan pasti, domisili, dan matinya, yaitu apakah orang itu masih hidup atau sudah meninggal dunia.⁴⁷ Tampaknya di dalam Hukum Islam tidak mengenal istilah terminologi ketidakhadiran, yang dikenal adalah *mafqut* atau hilang. Akan tetapi substansinya adalah sama yakni putusnya informasi tentang keberadaannya dan tentang hidup matinya yang tidak jelas kepastiannya.

⁴⁶ Suhrawardi K. Lubis dan Komis Simanjuntak, 2008, *Hukum Waris Islam (Lengkap dan Praktis)*, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 65.

⁴⁷ Fatchur Rahman, 1981, *Ilmu Waris*. Bandung: PT Al-Ma'arif, hlm. 504.

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, kata hilang mempunyai arti:⁴⁸

1 tidak ada lagi; lenyap; tidak kelihatan: *tiba-tiba benda itu -- dr pemandangannya*;2 tidak ada lagi perasaan (spt marah, jengkel, suka, duka), kepercayaan, pertimbangan, dsb: *rasa marahnya kpd anak yg nakal itu sudah --*; *kepercayaan kpd orang yg setiap kali ingkar janji itu telah --*;3 tidak dikenang lagi; tidak diingat lagi; lenyap: *ketenarannya -- begitu saja krn kejadian itu*;4 tidak ada, tidak kedengaran lagi (tt suara, bunyi, dsb): *suara yg memanggil-manggil itu semakin -- dr pendengaran*;

Dalam kata “hilang”, ketika diikuti dengan kata selanjutnya dapat bermakna lain, antara lain: hilang gaib artinya hilang lenyap.⁴⁹ Dalam makna hilang gaib, merupakan hilang lenyap tanpa dapat diketahui secara pasti yang dapat diidentikkan dengan seseorang dalam keadaan *mafqut*. Status dari orang hilang, apakah masih hidup atau sudah mati ditentukan oleh pengadilan.⁵⁰ Para ulama sepakat ada tiga macam bentuk kematian yakni:⁵¹

1. Mati *Haqiqi*, yaitu suatu kematian yang dapat disaksikan oleh panca indera dan dapat dibuktikan dengan alat pembuktian.
2. Mati *Hukmy*, yaitu suatu kematian disebabkan adanya putusan Hakim, baik pada hakikatnya orang yang bersangkutan masih hidup maupun dalam dua kemungkinan antara hidup atau mati.

⁴⁸ Kamus Besar Bahasa Indonesia Luar Jaringan (Luring), KKBI offline 1.5.1. <http://eosoft.web.id>.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Joel Canggalayuda. At., All, 2015, *Analisis Yuridis Kedudukan Orang Hilang Dalam Hukum Kewarisan Berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Privat Law*. Edisi 07, Jan-Juni 2015. hlm. 141.

⁵¹ Muhibbin dan Abdul Wahid, 2011, *Hukum Kewarisan Islam sebagai Pembaruan Hukum Positif di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 62.

3. Mati *Taqdiri*, yaitu suatu kematian yang bukan haqiqi dan bukan hukmy, tetapi berdasarkan dengan dugaan yang kuat.

Mati *Hukmy* dan mati *Taqdiri*, merupakan objek dari orang hilang (*mafqut*) yang ditetapkan oleh pengadilan. Bentuk kematian *Hukmy* dapat dikatakan bentuk kematian yang tidak jelas tentang hidup matinya apakah masih hidup atau sudah meninggal, atau dapat dikatakan bahwa jenis dugaan kematian ini meninggalkan kediamannya dalam keadaan damai, misalnya pergi berdagang, menuntut ilmu dan sebagainya. Mati *Taqdiri* didasarkan pada dugaan kuat, atau dengan kata lain seseorang pergi meninggalkan kediamannya dengan tujuan perang, atau berada tempat berbahaya misalnya musibah kecelakaan fatal, bencana dan sebagainya. Jadi diduga kuat atau probabilitasnya lebih besar mati di dalam musibah atau peperangan.

Hakim pengadilan agama dapat saja membuat pertimbangan berdasarkan Kompilasi Hukum Islam (KHI) untuk memeriksa dan menetapkan permohonan tentang *mafqut*. Seseorang yang meninggalkan pihak lain (suami/isteri) pergi tanpa izin, dapat dikategorikan *mafqut* dan dapat dijadikan sebagai salah satu unsur perceraian, sebagaimana diatur pada Pasal 116 KHI.

Dengan memperhatikan kebutuhan hukum umat Islam, maka berdasarkan Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991

tanggal 10 Juni 1991 ditetapkan KHI. Tujuan pembentukan KHI adalah:⁵²

1. Melengkapi pilar pengadilan agama.
2. menyamakan persepsi penerapan hukum.
3. Mempercepat proses *taqribi bainal ummah*.
4. Menyingkirkan paham *private affairs*

KHI mengatur tiga hal yakni: *pertama* buku I tentang hukum perkawinan, *kedua* buku II tentang hukum kewarisan dan *ketiga* buku III tentang hukum perwakafan. Sehingga dalam hal seseorang *mafqud*, jika ingin mengajukan gugatan cerai, dasar perceraian dapat berdasarkan pada KHI sebagai hukum positif dengan ijtihad hakim di pengadilan agama.

Para ulama sepakat membuat pertimbangan hukum dalam mencari kepastian status hukum bagi si *mafqud*, yaitu:⁵³ *pertama*, berdasarkan bukti-bukti yang otentik, yang dibenarkan oleh syariat, yang dapat menetapkan suatu ketetapan hukum; *kedua*, berdasarkan tenggang waktu lamanya si *mafqud* pergi harus ditentukan oleh ijtihad seorang hakim yang sesuai kompetensinya dan mashab sebagai landasan, jika berdasarkan umur dan KHI berdasarkan hukum positif.

Mazhab merupakan kumpulan pendapat atau pemikiran yang diyakini oleh seseorang terkait suatu masalah

⁵² Mardani, *Op., Cit.*, hlm. 201

⁵³ Akhmad Faqih Mursid, 2013, *Penyelesaian Perkara Mafqud Di Pengadilan Agama*. Analisis, Tesis tidak diterbitkan, Program Pasca Sarjana Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, hlm. 68

baik yang berkaitan dengan keilmuan ataupun moral.⁵⁴ Mazhab yang telah disepakati oleh para ulama dan KHI sebagai hukum positif dijadikan pertimbangan oleh hakim untuk menetapkan seseorang yang hilang tanpa berita dapat dinyatakan *mafqud*. Walaupun di dalam mazhab terdapat perbedaan yakni: *pertama* berdasarkan lamanya pergi, *kedua* berdasarkan usia atau umur dan *ketiga* berdasarkan tujuan pergi. Walaupun demikian mazhab tersebut tetap diakui dan ketentuan KHI sebagai dasar berpijak bagi para hakim. Mengenai masa yang dapat diputuskan oleh hakim bahwa *mafqud* itu telah wafat, dan mazhab yang disepakati oleh ulama yakni:⁵⁵

1). Mazhab/Golongan Malikiyah

Ulama dari golongan Malikiyah berpendapat bahwa masa untuk menentukan kematian seorang dalam keadaan *mafqud* adalah berusia 70 tahun sejak hari kelahirannya.

2). Mazhab/Golongan Hanafiah

Diriwayatkan oleh para ulama Hanafiah dari Abu Hanifah, bahwa masa untuk menentukan kematian seorang dalam keadaan *mafqud* adalah berusia 90 tahun

⁵⁴ Jauhar Ridloni Marzuq, 2015, *Inilah Islam*, Kompas-Gramedia, Jakarta, hlm.172

⁵⁵ H. Amin Husein Nasution, 2012, *Hukum Kewarisan (Studi Analisis Komparatif Pemikiran Mujtahid dan Kompilasi Hukum Islam)*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 193

atau apabila tidak ada lagi teman segenerasinya yang hidup.

3). Mazhab/Golongan Syafi'iyah

Ulama Syafi'iyah berpendapat bahwa seseorang dalam keadaan *mafqud* bila usia yang bisa dijadikan dasar untuk menetapkan seseorang *mafqud* telah berusia 90 tahun, dan ditentukan berdasarkan keputusan hakim.

4). Mazhab/Golongan Hanabilah

Ulama Hanabilah berpendapat bahwa seseorang dapat dikatakan hilang dengan melihat suatu keadaan yang kemungkinan terjadi, yakni suatu keadaan yang dapat membinasakan, misalnya orang hilang dalam keadaan perang, terjadinya musibah terhadap kapal atau pesawat atau kecelakaan fatal yang diketahui ia sebagai penumpang atau nahkoda, maka harus diselidiki selama empat tahun. Apabila setelah empat tahun belum diketahui berita si *mafqud*, maka isteri si *mafqud* dapat menempuh masa idah, dan ia boleh menikah lagi setelah masa idah yang selesai, harta si *mafqud* boleh dibagikan kepada ahli warisnya.

Namun gugatan cerai dapat pula diajukan kepada hakim sebagaimana diatur pada Pasal 116 huruf b KHI yakni ditentukan 2 tahun jika salah satu pihak suami/isteri meninggalkan pasangannya.

Dengan demikian bahwa ada pengakuan terhadap Hukum Islam yang berlaku bagi pemeluk agama Islam dan secara tegas mengatur seseorang dalam keadaan *mafqut* baik melalui hukum positif KHI maupun dukungan mazhab yang diakui para ulama dan ditentukan ijthah hakim.

b. Berdasarkan Agama Kristen.

Segala tulisan yang diilhamkan Allah memang bermanfaat untuk mengajar, untuk menyatakan kesalahan, untuk memperbaiki kelakuan dan untuk mendidik orang dalam kebenaran.⁵⁶ Ini merupakan proklamasi bahwa alkitab merupakan Firman Allah. Alkitab⁵⁷ baik di dalam Perjanjian Lama, maupun di dalam Perjanjian Baru merupakan firman Tuhan sebagai jalan keselamatan yang disediakan Allah melalui Yesus Kristus.

Di dalam Alkitab tidak pernah ditemukan, bahwa Yesus sebagai pendiri agama Kristen. Yesus berkata “Janganlah kamu menyangka, bahwa Aku datang untuk meniadakan hukum Taurat

⁵⁶ Lihat Kitab 2 Timotius 3:16

⁵⁷ Alkitab terdiri dari Perjanjian Lama dan Perjanjian Baru. Kata Perjanjian merupakan pembagian dalam Teologi Kristen yakni Perjanjian Lama merupakan bagian dari Alkitab yang menunjukkan bahwa Allah mempunyai rencana menyelamatkan manusia dari dosa, yang dimulai kisah Adam dan Hawa melanggar perintah Allah dan diusir dari Taman Eden. Nubuatan para nabi, dimana Sang Mesias akan dilahirkan, dari keturunan mana, dan kelahirannya melalui seorang perawan, dan peristiwanya sama seperti saat Musa lahir dan sebagainya yang ditulis sebelum Yesus Sang Mesias lahir.

Perjanjian Baru merupakan bagian dari Alkitab yang ditulis masa sesudah Yesus lahir, membuat mukjizat, bangkit dan naik ke sorga yang membuktikan diriNya bahwa Ia adalah Sang Mesias yang telah dinubuatkan para nabi, memperbaiki hubungan Allah dan manusia karena dosa. Penyucian dari dosa yang bukan karena perbuatan, namun percaya.

atau kitab para nabi. Aku datang bukan untuk meniadakannya, melainkan untuk menggenapinya.⁵⁸

Yesus memberi contoh seperti tertulis pada Kitab Matius 5:21 “Kamu telah mendengar yang difirmankan kepada nenek moyang kita: Jangan membunuh; siapa yang membunuh harus dihukum.” Yesus berkata: Tetapi Aku berkata kepadamu: “Setiap orang yang marah terhadap saudaranya harus dihukum.”⁵⁹ Lanjut Kata Yesus: “Kamu telah mendengar firman: jangan berzinah.” Tetapi Aku berkata kepadamu: “Setiap orang yang memandang perempuan serta menginginkannya, sudah berzinah dengan dia di dalam hatinya.”⁶⁰

Di sinilah Yesus dengan tegas menyatakan dan menggenapi⁶¹ Hukum Taurat. Hukum Taurat: “Jangan membunuh” digenapi dengan “setiap orang yang marah terhadap saudaranya harus dihukum”. Hukum Taurat: “Jangan berzinah”. digenapi dengan “setiap orang yang memandang perempuan serta menginginkannya, sudah berzinah dengan dia di dalam hatinya”.

Jadi Yesus tidak mengubah hukum Taurat dan tidak membawa agama baru, tetapi menggenapinya dengan Hukum

⁵⁸ Lihat Kitab Injil Matius 5:17

⁵⁹ Lihat Kitab Injil Matius 5:12

⁶⁰ Lihat Kitab Injil Matius 5:27

⁶¹ Menggenapi berarti: 1. menambah supaya genap (bulat, lengkap, utuh) 2. mencukupi; menuruti 3. menepati (janji dsb). Lihat Kamus Besar Bahasa Indonesia Luar Jaringan (Luring), KKBI offline 1.5.1. <http://eosoftware.com>

Kasih sebagaimana tertulis di dalam Kitab Injil Matius 12:7 “Jawab Yesus kepadanya: “Kasihilah Tuhan, Allahmu, dengan segenap hatimu dan dengan segenap jiwamu dan dengan segenap akal budimu. Itulah hukum yang terutama dan yang pertama. Dan hukum yang kedua, yang sama dengan itu, ialah: Kasihilah sesama manusia seperti dirimu sendiri. Pada kedua hukum inilah tergantung seluruh hukum Taurat dan kitab para nabi.”

Hukum Kasih merupakan esensi dari penggenapan rencana Allah menyelamatkan manusia dari dosa. Namun setelah manusia menerima jaminan keselamatan, ia harus menjadi pelaku firman dengan menerapkan nilai kasih, di dalam tingkahlaku kehidupannya, sebagaimana tertulis di dalam Kitab Yakobus 1:22 “Tetapi hendaklah kamu menjadi pelaku firman dan bukan hanya pendengar saja; sebab jika tidak demikian kamu menipu diri sendiri.”

Kasih hanya lahir dari orang-orang yang dipimpin oleh Roh Kudus.⁶² Orang yang dipimpin Roh menghasilkan buah-buah Roh yakni: kasih, sukacita, damai sejahtera, kesabaran, kemurahan, kebaikan, kesetiaan, kelemahlembutan, penguasaan diri, sebagaimana tertulis di dalam Kitab Galatia 5:21-22. Tidak ada hukum yang menentang hal itu. Barang siapa menjadi milik

⁶² Roh Kudus adalah adalah Roh Kebenaran atau Roh Allah yang telah dicurahkan untuk menuntun dan membimbing manusia. Roh yang dijanjikan saat Yesus terangkat ke surga. Lihat Kitab Kisah Rasul 2:1, dan 5:1

Yesus Kristus, ia telah menyalibkan daging dengan segala hawa nafsu dan keinginannya. Keinginan daging yaitu: percabulan, kecemaran, hawa nafsu, penyembahan berhala, sihir, perseteruan, perselisihan, iri hati, amarah, kepentingan diri sendiri, percideraan, roh pemecah, kedengkian, kemabukan, pesta pora dan sebagainya. Terhadap keinginan daging ini Yesus berkata barangsiapa melakukan hal-hal yang demikian, ia tidak akan mendapat Kerajaan Allah, sebagaimana tertulis di dalam Kitab Galatia 5:19-21

Yesus mengajarkan hukum kasih dan Yesus tidak mendirikan agama baru yang disebut Kristen. Kata Kristen pertama kali muncul di daerah Antiokhia sebagaimana tertulis di dalam Kitab Para Rasul 11:26. Kata Kristen muncul dan bukan berasal dari murid Yesus atau pengikut ajaran Yesus. Kata Kristen dimunculkan dari pihak luar yang bukan pengikut ajaran Yesus sebagai pembeda dengan kelompok atau golongan lain. Dengan demikian bahwa Kristen adalah kelompok atau golongan yang mengamalkan ajaran Yesus di Antiokhia. Akibat amalan ini Yesus diklaim sebagai pembawa agama.

Kata Kristen ketika diikuti dengan kata “agama” menjadi “Agama Kristen” merupakan identitas ajaran keagamaan untuk membedakan dengan ajaran agama lain, dengan kitab suci bernama Alkitab. Alkitab ditulis oleh para nabi berisi 66 kitab yang di dalamnya terdapat kitab antara lain: Kitab pada zaman

Musa yakni Taurat, Kitab zaman Daud yakni Mazmur dan Kitab zaman Yesus yakni Injil.

Kristen hanyalah merupakan identitas agama. Umat Kristen tidak percaya terhadap agama, bahwa agama dapat menyelamatkan, dari kuasa maut. Ajaran hanya pedoman hidup. Ibarat rambu lalu lintas agar kendaraan dan penumpangnya selamat. Namun kelalaian tidak pernah berada para rambu, kelalaian hanya terjadi pada orangnya atau kedaraannya tiba-tiba mengalami kerusakan. Akibat kelalaian, rambu-rambu tidak bisa menolong. Kelalaian mengakibatkan kecelakaan fatal, sehingga harus ada pribadi lain yang dapat menolong. Pribadi sebagai penolong inilah yang telah dinubuatkan oleh para nabi yang disebut Mesias⁶³ di dalam Kitab Perjanjian Lama, dan digenapi pada Kitab Perjanjian Baru.

Namun iman Kristen percaya, bahwa yang dapat menyelamatkan adalah Sang Mesias yang telah dijanjikan Allah, seorang pribadi yang disediakan Allah, karena barang siapa percaya kepadanya akan memperoleh hidup yang kekal, sebagaimana tertulis dalam Kitab Injil Yohanes 3:16.⁶⁴

⁶³ Mesias berasal dari bahasa Ibrani, Masiah berarti “yang diurapi.” Di dalam bahasa Yunani, kata Mesias diterjemahkan dengan kata Kristus, dan dari situlah dikenal sebutan Kristus yang menjadi salah satu gelar Yesus. Kata Mesias merujuk keadaan orang yang diurapi Allah sesuai kebiasaan Israel kuno yang melihat tindakan pengurapan sebagai tanda pemilihan dan pengudusan Allah (Lihat S.M Siahaan, 2001, *Pengharapan Mesianis dalam Perjanjian Lama*, Jakarta: BPK Gunung Mulia).

⁶⁴ Yohanes 3:16 Karena begitu besar kasih Allah akan dunia ini, sehingga Ia telah mengaruniakan AnakNya yang tunggal, supaya setiap orang yang percaya kepadanya tidak binasa, melainkan beroleh hidup yang kekal.

Kendati pun hanya sebagai identitas agama namun ajaran yang tertulis di dalam Alkitab dijadikan pedoman untuk berbuat atau tidak berbuat guna menghindarkan diri dari dosa. Alkitab harus dibaca karena dengan membaca dapat diketahui hal mana yang merupakan perintah dan larangan. Hal ini penting karena satu saja hukum yang dilanggar, hakikatnya seluruh hukum itu dilanggar sebagaimana tertulis dalam Kitab Yabokus 2:10.⁶⁵ Karena upah dosa adalah maut dan hukuman dosa adalah neraka.⁶⁶ Sebab, jika oleh dosa satu orang, maut telah berkuasa oleh satu orang itu, maka lebih benar lagi mereka, yang telah menerima kelimpahan kasih karunia dan anugerah kebenaran, akan hidup dan berkuasa oleh karena satu orang itu, yaitu Yesus Kristus.⁶⁷

Alkitab sebagai pedoman hidup dijadikan tuntunan tingkah laku dalam hubungan dengan Tuhan dan sesama manusia. Kitab Keluaran 20:1-17 dikenal sebagai Sepuluh Perintah Tuhan yang diterima oleh Nabi Musa di Gunung Sinai. Pada hukum yang ke 10 “Jangan mengingini rumah sesamamu..., atau apapun yang dipunyai sesamamu. Ini merupakan larangan yang bermakna, bahwa sebuah keinginan itu harus terkontrol, tidak boleh menginginkan sembarang barang

⁶⁵ Sebab barang siapa menuruti seluruh hukum itu, tetapi mengabaikan satu bagian dari padanya, ia bersalah terhadap seluruhnya. Sebab Ia mengatakan “Jangan berzinah”, Ia mengatakan juga: “Jangan membunuh”. Jadi jika kamu tidak berzinah tetapi membunuh, maka kamu menjadi pelanggar hukum juga.

⁶⁶ Lihat Kitab Roma 6:23

⁶⁷ Lihat Kitab Roma 5:17

milik orang lain. Ingin mengambil begitu saja milik kepunyaan orang lain secara terang-terangan. Hal ini dapat juga bermakna bagi harta si tidak hadir, sebab harta tak hadir ada pemiliknya hanya tidak diketahui pasti keberadaannya. Keadaan apapun tidak boleh mengambil untuk memiliki harta tak hadir (*afwezigheid*) secara tidak sah. Namun untuk memiliki harta si tidak hadir, diserahkan kepada pemerintah, karena pemerintah adalah wakil Tuhan yang harus ditaati. Siapa yang berbuat baik, ia tidak usah takut kepada pemerintah, kecuali ia berbuat jahat. Pemerintah adalah hamba Allah untuk membalas murka Allah atas mereka yang berbuat jahat.⁶⁸ Hal ini bermula ketika Nabi Musa meminta penyelesaian perkara dan diputuskan oleh Nabi Musa sendiri. Nabi kewalahan melayani sendiri mulai pagi hingga malam, sehingga atas saran mertuanya Yitro, Nabi Musa mengangkat hakim untuk membantu menyelesaikan perkara.⁶⁹ Hakim yang diangkat adalah orang bijaksana dan tidak mengejar suap. Disinilah awal mula pemisahan mana harus berhubungan dengan Allah yang dilaksanakan oleh nabi dan mana yang berhubungan dengan dunia yang dilaksanakan oleh pemerintah. Juga ditegaskan oleh Yesus bahwa berikanlah kepada Kaisar apa yang wajib berikan dan berikalalah kepada Allah apa yang apa

⁶⁸ Kitab Roma 13:1-2 "Tiap-tiap orang harus takluk kepada pemerintah yang di atasnya, sebab tidak ada pemerintah, yang berasal dari Allah; dan pemerintah-pemerintah yang ada, ditetapkan oleh Allah. Sebab itu barang siap melawan pemerintah, ia melawan ketetapan Allah dan siapa yang melakukannya, akan mendatangkan hukuman atas dirinya

⁶⁹ Lihat Kitab Keluaran 18:13-26

yang wajib kamu berikan,⁷⁰ sehingga tampak ada dua otoritas yang mengatur otoritas pemimpin negara dan otoritas Allah.

Dari uraian di atas sebenarnya apa yang telah diatur oleh pemerintah dipandang sama dengan pengaturan Allah, karena pemerintah adalah hamba Tuhan yang harus ditaati. Bagi penganut paham Kristen, kewajiban menaati tuan (pemerintah) bukan saja yang baik dan peramah tetapi juga kepada tuan yang bengis.⁷¹

Seseorang yang beridentitas Kristen dapat juga mengalami ketidakhadiran, kepergian meninggalkan domisilinya reatif lama sehingga tidak ada kabar kepastian tentang hidup dan matinya. Tidak ada kisah yang menceritakan tentang ketidakhadiran, namun analoginya dapat diambil dalam kisah yang tertulis di dalam Kitab Injil Lukas 15:11-32 yakni kisah perumpamaan seorang anak yang hilang.

Kisah ini menceritakan, ada seorang mempunyai dua anak laki-laki, yaitu si bungsu dan si sulung. Suatu ketika si bungsu berkata kepada ayahnya: Bapa, berikanlah kepadaku bagian harta milik kita yang menjadi hakku. Lalu ayahnya membagi-bagikan harta kekayaan itu di antara mereka. Anak bungsu lalu menjual seluruh bagiannya, lalu pergi ke negeri yang

⁷⁰ Lihat Kitab Lukas 20:25b

⁷¹ Kitab 1 Petrus 2:18 "Hai kamu, hamba-hamba, tunduklah dengan penuh ketakutan kepada tuanmu, bukan saja kepada yang baik dan peramah, tetapi juga kepada yang bengis.

jauh memboroskan harta miliknya dan hidup berfoya-foya sampai harta si bungsu habis. Suatu ketika di negeri itu timbul bencana kelaparan dan ia pun mulai melarat. Lalu si bungsu kemudian bekerja pada seorang majikan dan menyuruhnya bekerja di ladang, untuk menjaga ternak. Bahkan untuk mengisi perutnya yang lapar, si bungsu harus memakan makanan ternak karena tak ada yang menolongnya dari kelaparan. Pada situasi itulah si bungsu menyadari keadaannya dan katanya: “Betapa banyaknya orang upahan bapakku yang berlimpah makanan, tetapi aku disini mati kelaparan.” Lalu ia kembali ke rumah ayahnya. Ketika masih jauh, ayahnya itu berlari mendapatkan dia lalu merangkul dan mencium dia. Kata ayahnya: Kita patut bersukacita karena adikmu telah mati dan menjadi hidup kembali, ia telah hilang dan didapat kembali.

Kisah perumpaan anak hilang ini, dapat dikatakan si bungsu dalam keadaan ketidakhadiran, namun muncul kembali ke rumah orang tuanya. Si Bungsu sudah mendapat stigma hilang. Namun apa yang terjadi ketika ia kembali ke rumahnya. Ia tetap di sambut oleh bapanya dan dibuatkan pesta membuat anak sulung menjadi marah. Pada kisah bagian terakhir ayahnya masih tetap berkata: “Kita patut bersukacita dan bergembira karena adikmu telah mati dan menjadi hidup kembali, ia telah hilang dan di dapat kembali.” Pernyataan ini mengandung ketidakhadiran. Namun kisah ini tidak menceritakan apakah

anak bungsu telah dilaporkan hilang dan kembali pulang meminta harta lagi? Namun di balik kisah ini menggambarkan dan bermakna secara rohani, bahwa anak hilang adalah gambaran manusia yang telah jauh dari persekutuan dan penyembahan kepada Allah karena dosanya. Namun ketika manusia sadar dan bertobat, Allah pasti menerima dan menyambutnya kembali. Salah satu yang menyebabkan manusia jatuh ke dalam dosa adalah cinta akan uang.

Timotius berkata “Akar segala kejahatan adalah cinta akan uang”.⁷² Dengan demikian bahwa walaupun terdapat harta ketidakhadiran, tidak boleh menggunakan segala macam cara untuk memiliki harta si tidak hadir, hanya karena semata-mata cinta akan uang. Namun langkah indahinya dengan berkat kekayaan yang dimiliki menjadi saluran berkat bagi sesama untuk saling membantu.

Berdasarkan uraian di atas tampak bahwa pengaturan ketidakhadiran menurut agama Kristen tidak diatur dengan tegas karena adanya pemisahan antara Pemimpin Negara⁷³ dan Agama, sehingga pengaturan ketidakhadiran diserahkan ke

⁷² Lihat Kitab 1 Timotius 6:10.

⁷³ Pengangkatan pemimpin di mulai zaman Musa. Dari seluruh orang Israel Musa memilih orang-orang cakap dan mengangkat mereka menjadi kepala atas bangsa itu, menjadi pemimpin seribu orang, pemimpin seratus orang, pemimpin lima puluh orang dan pemimpin sepuluh orang. (Kitab Keluaran 18:25). Pengangkatan ini bertujuan membantu Musa dalam menyelesaikan permasalahan yang terjadi di dalam orang Israel.

kepada pemerintah sebagai bentuk ketaatan hukum dan menghormati pemerintah sebagai wakil Tuhan.

4. Ketidakhadiran Berdasarkan Hukum Adat.

Pada 27 Juni 1595 Cornelis de Houtman dari Belanda, memimpin 4 armada berlabuh di Banten dan berhasil memulai perdagangan di Indonesia. Pada saat itu, sudah ada hukum yang kompleks dengan peraturan-peraturan dari pelbagai tata hukum yang berlaku.⁷⁴ Hal ini dapat dibuktikan dengan adanya kitab undang-undang Civacasana, Gajahmada, Adigama, Kutaramanava, Latowa, Rapang dan sebagainya.⁷⁵ Dapat dikatakan bahwa jauh sebelum Belanda datang ke Indonesia sudah ada hukum yang berlaku di Indonesia, sehingga sebelum hukum menjadi kompleks di dalam tata hukum, terdapat hukum asli yang disebut hukum adat yang berlaku dalam wilayah tertentu.

Hukum adat merupakan ketentuan yang mengatur tingkah laku masyarakat adat, kebiasaan dan kesusilaan yang benar-benar hidup karena dihormati, diyakini dan dianut oleh masyarakat hukum adat, jika dilanggar, pelakunya mendapat sanksi dari penguasa adat.

Menurut Djamanat Samosir masyarakat hukum adat

⁷⁴ Soerojo Wignjodipoero, 1989, *Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat*, Cetakan kedelapan, Haji Masagung, Jakarta, hlm. 28.

⁷⁵ *Ibid*, Hlm. 27.

adalah:⁷⁶

“masyarakat yang timbul secara spontan di wilayah tertentu, tanpa diperintah oleh penguasa lainnya, dengan rasa solidaritas yang besar di antara anggota masyarakat luar dan menggunakan wilayahnya sebagai sumber kekayaan hanya dapat dimanfaatkan sepenuhnya oleh anggotanya”.

Jadi masyarakat hukum adat berdiri dan timbul secara spontan, tanpa ditetapkan oleh penguasa lainnya. Mempunyai wilayah dan hanya anggota masyarakatnya yang dapat mengelolah sumber daya alam tersebut, dengan solidaritas dan saling menjaga kepentingan-kepentingan, membuat hukum adat itu timbul sebagai tertib hukum dalam masyarakat adat.

Djojodigono dan C. Van Vollenhoven⁷⁷ mempunyai pendapat yang sama, bahwa hukum adat tidak bersumber dari peraturan-peraturan yang dibuat oleh pemerintah Hindia Belanda dahulu, atau alat-alat kekuasaan Hindia Belanda lainnya. Hukum adat masih bisa bertahan dan mengikuti perkembangan masyarakat. Belanda pada mulanya berdagang di Indonesia, lalu menjajah Indonesia, dan memberlakukan hukumnya di Indonesia, melalui asas konkordansi. Belanda menjajah dan tidak menghapus adat di Indonesia. Belanda memberi kepastian terhadap hukum adat berlaku dan membiarkan hukum adat hidup harmonis dengan hukum-hukum lainnya.

⁷⁶ Djamanat Samosir, 2013, *Hukum Adat Indonesia*, CV Nuansa Aulia, Medan, hlm. 72.

⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 14-15.

Hukum adat dapat hidup harmonis dengan hukum yang dibawa oleh Belanda. Norma hukum adat terus berkembang dan mengalami evolusi. Tiap peraturan hukum adat yang timbul, berevolusi sesuai perasaan jiwa yang hidup dalam hati nurani masyarakat hukum adat dan tampil dalam tiga wujud, yakni sebagai:⁷⁸

- a. hukum yang tidak tertulis (*jus non scriptum*), ini merupakan bagian yang terbesar.
- b. hukum yang tertulis (*jus scriptum*), misalnya peraturan perundang-undangan yang dikeluarkan raja-raja atau sultan-sultan dahulu.
- c. uraian hukum secara tertulis yang merupakan hasil penelitian yang dibukukan oleh peneliti antara lain buku hasil penelitian Djodjodigono/Tirtawinata yang diberi judul "Hukum Perdata Adat Jawa Tengah".

Dengan demikian dapat diketahui, bahwa jika selama ini hukum merupakan hukum yang tidak tertulis, namun hukum adat sudah ada juga dalam bentuk tertulis yang dibukukan oleh para peneliti hukum adat. Adat yang sudah menjadi kebiasaan dipertahankan dan dilaksanakan oleh masyarakat hukum adat, termasuk hukum adat waris.

Menurut Soerojo Wignjodipoero,⁷⁹ Hukum Adat waris meliputi:

"norma-norma hukum yang menetapkan harta kekayaan baik yang materil maupun yang immateril dimana dari seseorang yang dapat diserahkan kepada keturunannya serta yang sekaligus juga mengatur saat, cara dan proses peralihannya".

⁷⁸ *Ibid.*, hlm. 22

⁷⁹ *Ibid.*, hlm. 161

Waris adat merupakan norma dalam hukum adat. Warisan dapat berupa pusaka benda materil dan immateril yang ditinggalkan pewaris, namun pusaka hanya dapat dimiliki oleh ahli waris tertentu. Peralihan harta kekayaan pewaris kepada keturunannya hanya melalui mekanisme tertentu yakni proses adat. Sistem kewarisan adat di Indonesia dapat dijumpai tiga sistem yakni:⁸⁰

1. Sistem Kewarisan Individual, dibagi di antara ahli waris
2. Sistem Kewarisan Kolektif, diwarisi sekumpulan ahli waris yakni harta pusaka yang tidak bisa dibagi kepemilikannya namun yang boleh dialihkan adalah pemakaiannya (hak pakai)
3. Sistem Kewarisan Mayorat, Harta warisan keseluruhannya diwarisi oleh seorang anak saja. Misalnya di Bali hak mayorat pada anak laki-laki tertua dan di Tanah Semendi Sumatera Selatan hak mayorat pada anak perempuan tertua.

Kewarisan merupakan perpindahan harta dari pewaris ke ahli waris, dapat berupa bangunan, tanah atau benda lainnya. Khusus tanah bagi masyarakat hukum adat, hubungan dengan tanah sangat erat dan tidak bisa dipisahkan dari tanah ulayat yang dikuasai, karena dengan menguasai tanah tersebut, masyarakat hukum adat dapat memanfaatkan, memungut hasil tumbuhan dan lahan berburu pada lahan yang dikuasainya.

Hubungan yang erat ini melahirkan hak persekutuan atas tanah yang disebut dengan hak pertuanan atau hak ulayat. Menurut Ronald Z. Titahelu hak ulayat merupakan hak

⁸⁰ *Ibid.*, hlm. 170.

masyarakat hukum adat atas wilayah tertentu. Penguasaan hak-hak atas tanah tersebut berlatar belakang sejarah sehingga menjadi dasar pembenaran dan legitimasi sehingga diwariskan secara turun temurun.⁸¹ Hak ulayat telah ada jauh sebelum NKRI merdeka dan hak ulayat telah memberi kehidupan pada masyarakat hukum adat. Hubungan antara individu sebagai warga persekutuan dengan tanah hak ulayat, saling mengisi sehingga dapat menjadi kuat atau melemahkan hak ulayat. Apabila hubungan individu dengan tanah ulayat semakin kuat, maka hak ulayat semakin kabur. Namun tidak tertutup kemungkinan tanah tidak terpelihara atau dilerlantarkan, maka semakin lama menjadi kabur, maka tanah yang dikuasai oleh individu kembali masuk ke dalam kekuasaan hak ulayat sebagai persekutuan bersama.

Hak milik individu atas tanah adat dapat diakui, jika secara terang-terangan dikuasai dan dikelola terus menerus. Namun hak milik individu dapat dibatalkan, bila tidak diusahakan lagi. Pemiliknya pergi meninggalkan tanah tersebut atau pemiliknya tidak dapat memenuhi kewajiban-kewajiban yang dibebankan. Jika perhubungan perseorangan ini kemudian

⁸¹ Ronald Z. Titahelu, 2016, *Penetapan Asas-Asas Hukum Umum Dalam Penggunaan Tanah Untuk Sebesar-Besarnya Kemakmuran Rakyat*. (Suatu Kajian Filsafati dan Teoretik Tentang Pengaturan dan Penggunaan Tanah di Indonesia). E.d. Revisi. Cet. 2. Deepublish, Yogyakarta, hlm. 179.

putus, hak perseorangan menjadi hilang, maka hak persekutuan sebagai hak ulayat hidup lagi.

Hubungan perseorangan/individu sebagai warga masyarakat hukum adat dapat putus disebabkan, karena individu tersebut mengalami musibah, tersesat atau hilang di dalam hutan, dan jenazahnya tidak ditemukan sehingga mengakibatkan individu tersebut dalam keadaan ketidakhadiran. Individu yang hilang, jika memiliki harta, dapat diwarisi oleh istri dan anaknya. Harta Warisan adalah semua harta yang ditinggalkan pewaris baik harta berwujud maupun harta tidak berwujud, termasuk hutang-hutang pewaris. Namun di dalam masyarakat hukum adat yang ciri khasnya sebagai komunal, maka terdapat harta peninggalan yang tidak dapat dibagi-bagi. Alasan harta peninggalan tidak dapat dibagi-bagi, karena sebagai berikut: ⁸²

- a. Karena sifatnya memang tidak memungkinkan untuk dibagi-bagi (misalnya barang milik suatu kerabat atau famili).
- b. Karena kedudukan hukumnya memang terikat kepada suatu tempat/jabatan tertentu (misalnya barang-barang keraton yang harus disimpan di Keraton).
- c. Karena belum bebas dari persekutuan hukum (contoh di Bali Tanah Pekarangan Desa).
- d. Karena pembagiannya untuk sementara ditunda.
- e. Karena hanya diwariskan pada seseorang saja (sistem kewarisan mayorat)

Olehnya itu ketidakhadiran di dalam hukum adat secara umum

⁸² St. Laksanto Utomo, 2016, *Hukum Adat*, PT RajaGrafinfo Persada, Jakarta, hlm. 106

tidak tegas diatur, karena bila harta si tidak hadir mempunyai hubungan dengan hak ulayat, maka ketika harta itu tidak dikelola dengan baik atau diterlantarkan akan kembali menjadi hak ulayat. Bila si tidak hadir memiliki harta yang akan diwariskan, maka akan dikembalikan kepada ketentuan adat apakah harta warisan itu dapat dibagi atau tidak, melalui keputusan adat. Jika dapat dibagi maka ahli warisnya yakni anak dan/atau isteri si tidak hadir dapat menikmati harta si tidak hadir.

C. Perlindungan Hukum Ketidakhadiran (*Afwezigheid*)

Setiap orang dianggap tahu hukum berdasarkan fiksi hukum pada saat diundangkan. Namun pada kenyataannya, hukum yang telah diundangkan, tetap menjadi awam karena tidak diketahui oleh masyarakat. Olehnya itu diperlukan promosi atau sosialisasi hukum, agar hukum itu dapat dipahami dengan baik dan benar dan tidak ada lagi orang yang awam hukum.⁸³ Produk Hukum bukanlah sebagai produk yang selesai. Ketika terjadi kesepakatan bersama pembentuk UU, UU menjadi kalimat yang rapih, lalu hukum harus melalui proses pemaknaan yang tidak pernah berhenti. Hukum akan menampilkan jati dirinya sendiri sebagai ilmu untuk berkembang sesuai keinginan masyarakat.⁸⁴ dengan tujuan hukum melindungi kepentingan setiap

⁸³ Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan HAM Kemeterian Hukum dan HAM Republik Indonesia, 2017, *Penyuluhan Hukum Dalam Upaya Peningkatan Kesadaran Hukum Masyarakat*, s.l, hlm. 29.

⁸⁴ Otje Salman S dan Anton F. Susanto, 2004, *Teori Hukum (Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali)*, PT Refika Aditama, Bandung, hlm. 141.

orang secara efektif memberikan perlindungan hukum kalau memiliki unsur-unsur yakni:⁸⁵

- a. Adanya perlindungan dari pemerintah untuk masyarakat atau warganya.
- b. Jaminan kepastian hukum dari pemerintah.
- c. Berkaitan dengan hak-hak warga negara.
- d. Adanya sanksi hukuman bagi orang yang melanggarnya.

Untuk melindungi suatu hak, dibutuhkan lembaga pemerintah untuk menegakkan hukum, guna menjamin pelaksanaan hak-hak warganegara. Adanya sanksi merupakan upaya paksa, agar setiap orang maupun pemerintah menghormati hak yang telah dijamin undang-undang, jika melanggar hak seseorang, harus dihukum.

Menurut Satjipto Raharjo, perlindungan hukum adalah “upaya melindungi kepentingan seseorang dengan cara mengalokasikan suatu kekuasaan kepadanya untuk bertindak dalam rangka kepentingannya tersebut”.⁸⁶ Upaya perlindungan merupakan bentuk jaminan perlindungan atas pelaksanaan hak dan kewajiban guna menjamin keseimbangan antara dua subjek hukum atau lebih. Wewenang dari lembaga/intitusi merupakan alokasi kekuasaan dari negara untuk bertindak memberi perlindungan. Pengalokasian kekuasaan dipandang sebagai upaya atau bentuk hukum untuk melakukan perlindungan.

Demikian juga menurut Salim HS, perlindungan adalah “upaya

⁸⁵ Dewi Ratna, 24 April 2016, <https://www.merdeka.com/pendidikan/ini-pendapat-andi-hamzah-dan-simanjuntak-soal-perlindungan-hukum.html>. (on line) Diakses tanggal 18 Maret 2018.

⁸⁶ Satjipto Raharjo, 2000, *Ilmu Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 54.

atau bentuk pelayanan yang diberikan oleh hukum kepada subjek hukum serta hal-hal yang menjadi objek yang melindungi".⁸⁷ Bentuk perlindungan hukum dapat bersifat preventif dan *kedua* bersifat represif.⁸⁸ Perlindungan hukum preventif merupakan perlindungan hukum yang bersifat pencegahan, sedangkan perlindungan hukum represif adalah berfungsi untuk menyelesaikan apabila terjadi sengketa melalui pengadilan.

Namun bagi Sudikno Mertokusumo bahwa:

fungsi hukum sebagai perlindungan kepentingan manusia mempunyai tujuan, yakni menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Tercapainya ketertiban dalam masyarakat diharapkan kepentingan manusia akan terlindungi. Pencapaian tujuan hukum itu bertugas membagi hak dan kewajiban antara perorangan di dalam masyarakat, membagi kewenangan, dan mengatur cara pemecahan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum.⁸⁹

Dengan demikian tampak bahwa fungsi hukum adalah melindungi kepentingan subjek hukum, agar tercapai kepastian hukum. Perlindungan hukum menjadi sangat penting, karena hanya subjek hukum yang tidak dibatasi oleh hukum, yang dapat melakukan perbuatan hukum. Subjek hukum yang dibatasi oleh hukum, dipandang tidak cakap hukum sehingga menjadi kelompok rentan dalam mengurus kepentingannya. Olehnya itu diperlukan wakil agar kepentingan

⁸⁷ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, 2016, *Penerapan Teori Hukum pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 262.

⁸⁸ Philipus M. Hadjon, 1987, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat Indonesia*, PT Bina Ilmu, Surabaya, hlm. 2.

⁸⁹ Sudikno Mertokusumo, 1999, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 71.

kelompok rentan tidak cakap hukum, tetap mendapatkan kepastian perlindungan hukum.

Fungsi kepastian hukum menurut P. De Haan adalah: *pertama* jaminan pemerintahan menyangkut aspek efisiensi (*doelmatig*)⁹⁰ dan demokrasi (*democratie*) antara lain keterbukaan, partisipasi (*inspraak*) dan berbagai mekanisme kontrol, *kedua* perlindungan hukum dan *ketiga* ganti kerugian,⁹¹ Tampak salah satu bagian yang penting, adalah ganti kerugian. Ganti kerugian adalah bagian dari jaminan pemerintah, karena sudah dijadikan hukum positif. Bila ada tindakan pemerintah yang membuat warganya menderita kerugian, harus memberi ganti kerugian, walaupun tindakan pemerintah dilakukan demi kepentingan umum harus memberikan ganti kerugian.

Pemerintah/negara berfungsi mempunyai fungsi untuk mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia tanpa melakukan diskriminasi. Negara harus mengatasi paham golongan, dan mengatasi segala paham perseorangan.⁹² Negara harus tampil dalam memberikan jaminan perlindungan kepada warganya sebagaimana yang tertuang di dalam konstitusi, sehingga menjadi kepastian hukum.

⁹⁰ *Doelmatig* adalah suatu putusan yang diambil tidak hanya berdasarkan pada ketentuan undang-undang tetapi juga berdasarkan pada tujuan hukum. *Rechtmatig* adalah suatu putusan yang hanya mengandalkan ketentuan perundang-undangan. (Harjono) Jakarta, Kompas Com, 22 Mei 2016.

⁹¹ Lihat H. Muladi (editor), 2005, *Hak Asasi Manusia, Hakekat, Konsep dan Implikasinya Dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat*, PT Refika Aditama, Bandung, hlm. 65

⁹² Kaelan, 2009, *Filsafat Pancasila Pandangan Hidup Bangsa Indonesia*,: Penerbit Paradigma, Yogyakarta, hlm. 220.

Jaminan perlindungan terhadap kepastian hukum, tidak saja bagi subjek hukum yang berada pada domisilinya, namun negara juga harus memberikan perlindungan terhadap orang yang meninggalkan domisilinya walaupun tidak lagi diketahui keberadaannya atau orang tersebut mengalami musibah dan jenazahnya tidak ditemukan. Orang yang tidak diketahui keberadaannya atau sukar dicari, hak kepemilikannya tetap diakui dan tidak boleh diperlakukan sewenang-wenang. Jika hak itu akan diambil atau dialihkan pada pihak lain termasuk negara, maka hak miliknya juga harus mendapat ganti rugi kepada ahli warisnya. Baik si tidak hadir atau ahli waris si tidak hadir dapat diwakili oleh BHP. Ganti rugi merupakan penghormatan terhadap hak keperdataan.

1. Hak Keperdataan

Menurut Julius Sembiring,⁹³ bahwa :

“hak keperdataan merupakan hak asasi warga negara yang telah dinyatakan dengan tegas di dalam undang-undang sehingga ketika mendapat penegasan melalui pengaturan hukum, maka hak keperdataan dilindungi oleh hukum. Hak keperdataan ditemukan pada rezim hak perorangan (*persoonlijke recht*) yang merupakan hak perdata relatif dan hak kebendaan (*zakelijke rechten*) yang merupakan hak perdata absolut. “

Hak keperdataan adalah hak yang pengaturannya diatur dalam buku II B.W.⁹⁴ Baik hukum agama maupun hukum adat mengatur juga hak keperdataan, bahkan hukum adat menjiwai UU

⁹³ Julius Sembiring, 2016, *Tanah Negara*, Edisi Revisi, PT Adhitya Andrebina Agung, Jakarta, hlm. 54

⁹⁴ Buku II dalam B.W telah dicabut oleh Undang-Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960. kecuali yang tidak dinyatakan dengan tegas.

Pokok Agraria yang berasaskan Ketuhanan, karena tanah merupakan karunia Tuhan Yang Maha Esa,⁹⁵ yang secara tegas dinyatakan di dalam undang-undang bahkan hubungan tanah dengan Bangsa Indonesia bersifat abadi.

Hak keperdataan dalam hukum adat lahir melalui penguasaan dan pendudukan pada bidang tanah yang dipergunakan dan dimanfaatkan oleh masyarakat hukum adat, sehingga menurut Julius Sembiring ada empat dasar utama bagi lahirnya hak keperdataan yakni:⁹⁶

1. Karena kedudukan hukum orang sebagai warga persekutuan masyarakat hukum;
2. Karena sudah mendapatkan perkenan berupa izin dan dengan sepengetahuan kepala persekutuan masyarakat hukum adat;
3. Karena maksud dan tujuan penggunaannya adalah untuk dikelola sendiri secara langsung agar bisa dinikmati hasilnya; dan
4. Tidak ada maksud dan tujuan penguasaan tanah untuk dijadikan objek perdagangan bagi keuntungan diri sendiri.

Lahirnya hak keperdataan melalui penguasaan tanah adat yang telah mendapat pengakuan dari masyarakat hukum adat, sehingga adanya pengakuan dari masyarakat hukum adat merupakan itikad baik sebagai dasar lahirnya hak keperdataan. Hak keperdataan kemudian berkembang bukan saja lahir melalui

⁹⁵ Kepastian hukum (Pasal 19) UUPA: Kewajiban negara untuk memberikan jaminan kepastian hukum bagi tiap subyek atas obyeknya, negara yang harus aktif untuk melakukan aktivitas-aktivitas berkenaan dengan jaminan kepastian hukum.

⁹⁶ Julius Sembiring, *Loc.Cit*, hlm. 54.

penguasaan dan pengakuan, melainkan juga melalui jual-beli, hibah, kompensasi, tukar menukar yang melahirkan peralihan hak milik.

2. Ganti rugi sebagai penghormatan terhadap Hak Milik

Hak milik telah diakui secara hukum dan harus dilindungi oleh hukum. Peralihan hak milik dapat dilakukan antara lain ganti kerugian atau ganti rugi. Ganti rugi merupakan hal prinsip dalam setiap kegiatan pengambilan tanah milik orang lain, baik melalui proses pencabutan hak, pembebasan tanah dan pengadaan tanah yang dilakukan oleh pemerintah, sehingga tidak boleh ada tindakan pengambilan tanah oleh Negara tanpa memperhitungkan ganti rugi. Adanya pemberian ganti rugi merupakan penghormatan dan pengakuan terhadap hak milik. Inilah fungsi jaminan dengan adanya ganti kerugian bila hak tersebut beralih atau dialihkan.

Negara mengakui hak milik yang sudah diberikan. Hak milik selalu mengikuti bendanya (*droit de suite*), sehingga ketika seseorang atau subjek hukum telah dinyatakan sebagai keadaan ketidakhadiran (*afwezigheid*), negara harus hadir mewakili si tidak hadir untuk mengurus kepentingan si tidak hadir. Bila hak miliknya ingin dikuasai oleh negara, maka harus diberikan ganti rugi, walaupun demi kepentingan umum.

Ganti rugi menurut hukum dapat dijumpai dalam beberapa peraturan antara lain; pada Pasal 8 Ayat (1) Undang-Undang Nomor

1 Tahun 1958 tentang Penghapusan Tanah-Tanah Partikelir telah ditentukan.⁹⁷

1. Kepada pemilik tanah partikelir yang dimaksudkan dalam Pasal 3 diberikan ganti-kerugian yang dapat berupa:
 - a. sejumlah uang, berdasarkan perhitungan harga hasil kotor setahun, rata-rata selama lima tahun terakhir sebelum 1942, dikurangi 40% sebagai biaya usaha, kemudian dikalikan angka 8 1/2 (delapan setengah),
 - b. hak, bantuan dan/atau kekeluasaan lain.

Pemberian ganti rugi diberikan pula kepada pemiliknya yang tidak diketahui tempat tinggalnya atau berada tempat tinggal di luar Indonesia dan tidak mempunyai wakil yang berkuasa penuh di Indonesia, maka BHP karena jabatannya bertindak sebagai wakil dari pemilik, sebagaimana diatur pada Pasal 2 Ayat (2) UU No. 1 Tahun 1958.

Ganti rugi juga dapat dilihat di dalam berbagai peraturan termasuk pengadaan tanah bagi kepentingan umum. Misalnya pada Pasal 13 Keputusan Presiden Nomor 32 Tahun 1979 mengatur tentang perlindungan Hak Guna Bangunan ditentukan bahwa:⁹⁸

- (1) Tanah-tanah bekas Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai asal konversi hak barat yang dimaksudkan dalam Pasal 1, yang berdasarkan peraturan perundangan yang berlaku jelas tidak dapat diberikan dengan hak baru kepada pemegang haknya, sepanjang tidak diperlukan untuk proyek-proyek bagi penyelenggaraan kepentingan umum, dapat diberikan dengan sesuatu hak kepada pihak yang pada saat mulai berlakunya peraturan ini nyata-nyata menguasai dan menggunakan secara sah.

⁹⁷ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1958 tentang *Penghapusan Tanah-Tanah Partikuler*.

⁹⁸ Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 32 Tahun 1979 tentang *Pokok-Pokok Kebijakan Dalam Rangka Pemberian Hak Baru Atas Tanah Asal Konversi Hak-Hak Barat*.

- (2) Jika di atas tanah bekas Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai yang dimaksud dalam ayat (1) pasal ini terdapat bangunan milik bekas pemegang hak, maka pemohon hak baru tersebut wajib menyelesaikan soal bangunan itu dengan pemegang hak yang bersangkutan sesuai dengan peraturan perundangan yang berlaku.

Kepres ini ditindaklanjuti dengan Surat Direktur Jenderal Agraria Departemen Dalam Negeri Republik Indonesia Nomor: Btu. 8/356/8/79 tanggal 30 Agustus 1979 Perihal: Keputusan Presiden No. 32 Tahun 1979 dan Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 3 Tahun 1979 pada Bagian IV yaitu Persyaratan Yang Harus Dipenuhi Untuk Memperoleh Hak Guna Bangunan Atau Hak Pakai.

- Apabila di atas tanah-tanah tersebut terdapat bangunan milik bekas pemegang hak, maka terlebih dahulu harus ada penyelesaian mengenai bangunan tersebut dengan bekas pemegang hak atau kuasanya yang sah (Pasal 13 ayat (8) Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 3 tahun 1979).
- Apabila pemilik bangunan tidak diketahui lagi alamat/domisilinya ataupun ahli warisnya, maka hal itu dapat diselesaikan berdasarkan Peraturan Perundangan Perdata Umum yang mengatur harta kekayaan yang tidak diketahui pemiliknya (melalui Balai Harta Peninggalan/Weeskamer).

Mengambil hak seseorang misalnya bangunan atau tanah atau apapun yang ada di atas tanah harus mendapatkan ganti rugi. Ganti rugi juga diberikan kepada pemilik yang tidak diketahui keberadaannya melalui Balai Harta Peninggalan sebagai lembaga yang ditunjuk. Dengan demikian bahwa ganti rugi dapat dipandang sebagai penghormatan kepada hak kepemilikan yang tidak boleh dirampas sewenang-wenang oleh siapa pun maupun negara.

D. Hierarki dan Sikronisasi Peraturan Perundang-Undangan

Melihat beberapa ketentuan di atas bersifat mengikat dan dapat dipaksakan, maka ketidaktahuan akan adanya undang-undang tidaklah merupakan alasan pembenaran. Sehingga setiap orang telah dianggap tahu tentang hukum pada saat diundangkan. Hal ini disebabkan karena adanya fiksi hukum (*Ignorantia legis excusat neminem*).⁹⁹ Asas ini diterapkan juga pada peradilan di dalam memeriksa, memutus dan mengadili suatu perkara. Setiap perkara di pengadilan, permohonannya dikabulkan atau diputuskan tidak bersalah bukan karena alasan ketidaktahuan hukum.

Hukum dibuat oleh lembaga yang berwenang untuk membuat hukum, dengan memerhatikan susunan peraturan perundang-undangan. Susunan peraturan perundang-undangan disebut hierarki peraturan perundang-undangan. Hierarki peraturan perundang-undangan merupakan satu kesatuan yang harus sinkron atau harmonis guna menjamin kepastian hukum. Peraturan yang rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi dan peraturan yang sama tingkatannya tidak boleh saling tumpang tindih. Agar hukum dapat sinkron dan tidak terjadi saling tumpang tindih Hans Kelsen mengajukan dua teori yakni, *Pertama* ajarannya tentang hukum yang

⁹⁹ Amir Ilyas dan Muhammad Nursal, *Loc., Cit.* hlm.1.

bersifat murni, dan *Kedua Stufenbau des Recht* yang mengutamakan adanya hierarkis perundang-undangan.¹⁰⁰

Ajaran Hans Kelsen yang pertama dikenal dengan sebutan ajaran hukum murni, “bahwa hukum itu harus dibersihkan dari unsur-unsur yang tidak yuridis antara lain: etika, sosiologi, antropologi, psikologi, ilmu politik, ilmu ekonomi dan ilmu sejarah.¹⁰¹ Tampak dengan tegas hukum dipisahkan dari unsur etis, konsep hukum alam. penilaian tentang baik buruk dan unsur sosiologis juga dihindari dan tidak memberi ruang hukum kebiasaan.

Ajaran hukum Hans Kelsen bahwa, hukum hanya menelaah secara apa adanya (*das sein*) dan tidak termasuk ke lingkup apa yang seharusnya (*das sollen*). Hukum ditaati karena merasa wajib untuk menaatinya sesuai kehendak negara, dan sebagai kesadaran atau ketaatan hukum internalisasi bukan karena takut sanksi.

Hukum adalah kaidah ketertiban, hukum menghendaki setiap orang harus menaati bagaimana seharusnya. Misalnya dalam setiap transaksi jual beli, pembeli harus membayar barang yang seharusnya dibayar. Menyangkut kenyataan, apakah si pembeli membayar atau tidak, dapat mengandung sebab akibat dan hal itu bukan menjadi wewenang ilmu hukum, karena kategori seharusnya, sudah mencapai keadilan. Ajaran Hans Kelsen mengenal sebab akibat normatif, tetapi proposisinya berbeda dengan pengetahuan alam, yakni jika dilakukan

¹⁰⁰ Lili Rasjidi dan Liza Sonia Rasjidi, 2016, *Op.Cit*, hlm. 60.

¹⁰¹ Munir Fuadi, 2013, *Teori-Teori Besar Dalam Ilmu Hukum (Grand Theory)*, Kencana, Jakarta, hlm.127.

faktor X, maka “semestinya” terjadi faktor Y. Terjadinya faktor Y dalam proposisi ilmu hukum *bukan sebagai akibat* dari faktor X, melainkan termasuk pada *kategori seharusnya* demi mencapai keadilan, ketertiban, kepastian dan seterusnya.¹⁰² Jika di dalam ilmu alam faktor B adalah akibat dari faktor A, maka dalam ilmu hukum ajaran Hans Kelsen faktor Y adalah sebagai atribut dari faktor X. Jika dalam ilmu pengetahuan disebut “sebab akibat”, maka dalam ilmu hukum termasuk dalam kategori “yang seharusnya” (*normative*). Hal ini disebabkan karena dalam ilmu pengetahuan alam kebenaran bersifat mutlak atau absolut atau cenderung absolut, maka dalam ilmu hukum tidak ada kebenaran se absolut itu. Namun yang berlaku dalam ilmu hukum hanyalah asumsi bahwa pilihan konstitusi adalah pilihan yang terbaik dari berbagai alternatif yang ada.¹⁰³

Ajaran Hans Kelsen yang kedua adalah *stufentheorie*. Ajaran menyatakan bahwa suatu sistem hukum adalah hierarki, hukum selalu bersumber pada ketentuan hukum yang lebih tinggi. Sebagai ketentuan yang lebih tinggi disebut *grundnorm* atau norma dasar. Norma yang lebih rendah ditentukan oleh norma lebih tinggi dengan kata lain bahwa norma konkrit berlaku berdasarkan norma abstrak, sedangkan norma abstrak berlaku berdasarkan norma dasar yang disebut juga dengan *grundnorm*.¹⁰⁴

¹⁰² *Ibid.*, hlm. 130.

¹⁰³ *Ibid*

¹⁰⁴ Purnadi Purbacaraka dan M Chidir Ali, 1990, *Disiplin Hukum*, Cetakan keempat, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 58 – 71.

Semua norma harus mengacu kepada kepada norma dasar (*grundnorm*), sehingga penjabarannya menjadi norma yang lebih tinggi selalu menjadi dasar keabsahan norma yang lebih rendah. Norma umum sampai norma yang konkrit yang harus terkait dengan validitas keabsahan. Norma dasar ini yang dikemukakan oleh Hans Kelsen melahirkan teori hierarki.

Kesatuan norma Hans Kelsen tersusun dalam bentuk gambar susunan piramida. Teori *stufenbau des recht* atau *the hierarchy of norms* dapat dimaknai sebagai berikut :

- 1) adanya validasi atau sumber dari suatu peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.
- 2) materi muatan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Namun sering terjadi kemungkinan, dua atau lebih aturan hukum yang materi muatannya berbeda dan saling bertentangan satu sama lain yang harus diterapkan oleh hakim. Hal seperti ini tidak mungkin terjadi dalam ajaran Hans Kelsen, karena seluruh hukum berada dalam suatu sistem yang bersumber pada konstitusi sebagai norma dasar (*grundnorm*), sehingga bila terjadi pertentangan sudah pasti salah satu atau keduanya berada di luar sistem dan harus dianggap tidak valid. Namun untuk mengatasi pertentangan tersebut, maka Hans Kelsen menggunakan prinsip hukum atau asas-asas hukum antara lain: asas *lex specialis derogat lex generaly*.¹⁰⁵

¹⁰⁵ *Ibid*, hlm. 147-148

Berdasarkan teori Hans Kelsen, Indonesia menerapkan struktur tata hukum yakni:¹⁰⁶

1. *Staatsfundamentalnorm* atau norma dasar: Pancasila dan Pembukaan UUD 1945.
2. *Staatsgrundgesetz*: Batang Tubuh UUD 1945, Tap MPR, dan Konvensi Ketatanegaraan.
3. *Formell gesetz*: Undang-Undang.
4. *Verordnung en Autonome Satzung* (aturan pelaksanaan): Secara hierarkis mulai dari Peraturan Pemerintah hingga Keputusan Gubernur, Bupati atau Walikota.

Guna menjamin hirarki peraturan perundang-undangan maka ditentukan berdasarkan Pasal 7 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 dengan susunan peraturan perundangan-undangan:

1. UUD NRI Tahun 1945;
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
3. UU atau Peraturan Pengganti Undang-Undang.
4. Peraturan pemerintah
5. Peraturan Presiden
6. Peraturan Daerah Provinsi; dan
7. Peraturan Daerah Kabupaten Kota.

Dengan ditentukannya susunan peraturan perundang-undangan, maka jenis dan hirarki peraturan perundang-undangan yang bersumber dari Pancasila digunakan untuk menguji hukum positif, baik yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi maupun Mahkamah Agung. Ketika suatu perundang-undangan sudah sesuai dengan urutan peraturan perundang-undangan, maka peraturan tersebut sudah sinkron.

Sinkron berarti pada waktu yang sama, serentak, sejalan dengan, sejajar, sesuai, selaras.¹⁰⁷ Sinkronisasi hukum adalah

¹⁰⁶ Jimly Assidhiddiqie, 2006, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Sekretaris Jenderal dan Kapaniteraan Mahkamah Konstitusi R.I., Jakarta, hlm. 171.

penyelarasan dan penyerasian berbagai peraturan perundang-undangan yang terkait dengan peraturan perundang-undangan yang telah ada dan yang sedang disusun yang mengatur suatu bidang tertentu. agar substansi yang diatur dalam produk perundang-undangan tidak tumpang tindih, saling melengkapi, saling terkait, dan semakin rendah jenis pengaturannya maka semakin detail dan operasional materi muatannya

Sinkronisasi horisontal peraturan perundang-undangan dilakukan terhadap peraturan perundang-undangan yang kedudukannya sederajat mengenai bidang yang sama. Sedangkan sinkronisasi vertikal dilakukan terhadap peraturan perundang-undangan yang kedudukannya tidak sederajat,¹⁰⁸ maka berlaku asas *lex superior derogat legi inferiori, lex specialis derogat legi generalis, lex posteriori derogat legi priori*.¹⁰⁹

Sinkronisasi juga melihat kesesuaian atau keselarasan peraturan perundang-undangan secara vertikal berdasarkan sistematisasi hukum positif yaitu antara perundang-undangan yang lebih tinggi dengan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah, dalam mewujudkan landasan pengaturan suatu bidang tertentu yang dapat memberikan kepastian hukum yang memadai bagi

¹⁰⁷ <https://kbbi.kemdikbud.go.id/entri/sinkron> (on line). Diakses tanggal 5 Oktober 2020

¹⁰⁸ Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, 1988, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali Press, Jakarta, hlm. 85.

¹⁰⁹ Soedikno Mertokusumo, 2003, *Mengenal Hukum Liberty*, Yogyakarta, hlm 92-94.

penyelenggaraan bidang tertentu secara efisien dan efektif.¹¹⁰ Namun sinkronisasi peraturan perundang-undangan sering menimbulkan pertentangan mengenai peraturan perundang-undangan yang lebih tepat digunakan untuk kasus tertentu, sehingga asas hukum merupakan jalan keluar untuk menciptakan kepastian hukum.

Peter Mahmud Marzuki, terkait sinkronisasi peraturan perundang-undangan terdapat asas *lex superiori derogat legi inferiori* yang menjelaskan bahwa apabila terjadi pertentangan antara peraturan perundang-undangan yang secara hierarki lebih rendah, maka peraturan perundang-undangan yang lebih rendah itu harus disisihkan.¹¹¹ Kehadiran hukum di dalam suatu masyarakat yaitu untuk mengatur dan menentukan dengan tegas kepentingan-kepentingan agar satu sama lain saling sinkron, yang kemudian diintegrasikan sedemikian rupa sehingga aturan tidak tumpang tindih guna memberikan jamin kepastian hukum.

E. Perbandingan Hukum Ketidakhadiran Indonesia Dan Belanda

Kehadiran ilmu pengetahuan dan teknologi untuk memudahkan kebutuhan dan pekerjaan manusia. Pemenuhan kebutuhan manusia dapat melalui lintas teritorial suatu negara, meskipun dengan hukum yang berbeda. Hukum yang berbeda mempunyai potensi salah satu

¹¹⁰ Inche Sayuna, 2016, *Harmonisasi dan Sinkronisasi Hukum Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (SKMHT)* Ditinjau Dari Otentisitas Akta Menurut Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris, Tesis, Universitas Sebelas Maret, Surakarta.

¹¹¹ *Ibid*, hlm.18.

pihak merasa dirugikan. Agar tidak menimbulkan kerugian salah pihak akibat kesalahpahaman hukum yang berlaku pada teritorial masing-masing, maka perlu dilakukan perbandingan hukum.

Menurut Sunarjati Hartono,¹¹² perbandingan hukum dapat dilakukan dengan membandingkan lembaga hukum di masa lampau dengan sifat dan corak lembaga hukum yang sama itu di masa sekarang, sehingga perbandingan hukum akan mengarah ke sejarah hukum. Namun jika membandingkan lembaga-lembaga hukum, maka persamaan akan menunjukkan apa yang merupakan inti yang akhirnya sampai kepada bidang filsafat hukum.¹¹³ Lembaga hukum yang dimaksud oleh Sunarjati adalah pranata hukum bukan institusi hukum, sehingga dengan meneliti pranata akan sampai pada filsafat hukum.

Menurut Sudikno Mertokusumo¹¹⁴ “perbandingan hukum” adalah kegiatan perbandingan pada sistem hukum negara yang satu dengan sistem hukum yang lain. Memperbandingkan ialah mencari perbedaan, persamaan, memberi penjelasan, dan meneliti bagaimana hukum berfungsi, bagaimana efektifitas hukum di dalam praktik, faktor-faktor non-hukum yang mempengaruhi hukum.¹¹⁵ Dengan demikian kegiatan perbandingan hukum dilakukan dengan membandingkan sistem hukum dan pranata hukum. Selain itu faktor budaya hukum atau *legal culture* turut mempengaruhi perbandingan hukum dengan sistem negara

¹¹² Sunarjati Hartono, 1991, *Kapita Selekta Perbandingan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm 1.

¹¹³ *Ibid*,

¹¹⁴ Wartingsih, Et., All, 2019, *Buku Ajar Perbandingan Hukum*, Editor: Devi Rahayu, Scopindo Media Pustaka, Surabaya, hlm. 5

¹¹⁵ *Ibid*.

sandingan. Jadi tak bisa asal saja mengambil atau mengadopsi hukum negara sandingan.¹¹⁶ Negara sandingan mempunyai sistem hukum sendiri yang didukung dengan budaya masyarakat.

Terdapat beberapa sistem hukum yang berlaku di dunia antara lain: 1. Sistem hukum Eropa Kontinental (*Civil Law*), 2. Sistem Hukum Anglo Saxon (*Commoun Law*). 3. Sistem Hukum Islam, dan sebagainya. Di Indonesia terdapat pula Sistem Hukum Adat. Masing-masing sistem hukum mempunyai karakteristik sendiri.

Pembahasan ini dengan melakukan perbandingan Sistem Hukum Indonesia dan Belanda dengan memperbandingkan pranata hukum ketidakhadiran dalam B.W dan NBW. Tujuan perbandingan hukum adalah karena adanya kebutuhan ilmiah dan kebutuhan praktis. Terkait dengan kebutuhan ilmiah maka Perbandingan Hukum, mengarah pada beberapa hal yaitu:¹¹⁷ kebutuhan ilmiah dan kebutuhan praktis. Kebutuhan Ilmiah

Kebutuhan Ilmiah:

- a. Menunjukkan adanya titik-titik persamaan dengan titik-titik perbedaan daripada berbagai sistem hukum yang diperbandingkan.
- b. Menunjukkan bahwa terhadap masalah yang sama, dapat dicapai penyelesaian (*problem solving*) yang berbeda-beda.
- c. Akan tetapi kadang-kadang masyarakat yang berbeda dan berjauhan letaknya dapat menyelesaikan kebutuhan yang sama dengan cara yang sama pula, walaupun antara anggota

¹¹⁶ Susi Dwi Harijanti, 2015, *Membandingkan Hukum Itu Harus Hati-Hati, Salah Metode, Salah Pula Kesimpulannya*. 13 April 2015 (on line) <https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt552ba2951e93d/membandingkan-hukum-itu-harus-hati-hati/>. Diakses tanggal 14 Oktober 2020

¹¹⁷ *Ibid.*

masyarakatnya tidak tampak adanya hubungan kebudayaan apapun.

Dan kebutuhan praktis adalah:

1. untuk kepentingan pembentukan undang-undang;
 - a. membantu dalam membentuk undang-undang baru
 - b. persiapan dalam menyusun undang-undang yang uniform
 - c. penelitian pendahuluan pada receptie perundang-undangan asing.
2. untuk kepentingan peradilan;
 - a. mempunyai pengaruh terhadap peradilan pada umumnya
 - b. penting dalam perjanjian internasional
 - c. penting untuk terjemahan yuridis

Menurut Polack, seperti yang dikutip R. Soeroso, tujuan perbandingan hukum bukan semata-mata untuk mengetahui adanya perbedaan dan persamaan daripada hukum yang dibandingkan, namun menelusuri asal-usul perkembangan dari konsepsi hukum yang sama di seluruh dunia, melihat sebab dan latar belakang dari pada perbedaan dan persamaan tersebut.

Adapun manfaat mempelajari perbandingan hukum adalah:

1. Unifikasi hukum.
2. Harmonisasi hukum.
3. Mencegah adanya chauvinism hukum nasional (secara negative) dan menempuh kerja sama internasional (secara positif).
4. Memahami hukum asing .
5. Pembaruan hukum nasional.

Dengan demikian bahwa perbandingan hukum merupakan suatu metode, untuk memahami hukum asing guna mengadakan pembaharuan hukum nasional, membangun kerjasama internasional,

agar setiap kebutuhan hukum antar negara dapat saling mengisi,
memperkuat hukum nasional.

F. Lembaga Ketidakhadiran

Lembaga hukum dibentuk untuk mengurus kepentingan menurut hukum. Lembaga hukum adalah lembaga struktural yang dibentuk oleh pemerintah untuk menangani permasalahan hukum secara formal, baik perdata, pidana, tata negara dan lainnya.¹¹⁸ Lembaga ketidakhadiran mempunyai penyelesaian tersendiri, namun akibat pengaturan yang menyebar diberbagai peraturan perundang-undangan, maka setiap instansi yang merasa berhak akan membuat pengaturannya tersendiri yang cenderung mengabaikan peraturan di atasnya secara hierarki atau dengan penetapan pengadilan. Penanganan lembaga ketidakhadiran antara lain yakni: aset bekas milik asing China/Tionghoa dikuasai oleh Direktorat Kekayaan Negara Kementerian Keuangan, aset bekas milik Belanda dikuasai oleh Badan Pertanahan Nasional, aset berupa dana yang transfer dan tidak diklaim oleh Penerima maupun Pengirim dikuasai oleh Lembaga Perbankan, dan Balai Harta Peninggalan menguasai harta tak hadir berdasarkan perintah penetapan pengadilan melalui penetapan.

G. Kerangka Konseptual.

¹¹⁸ Muhammad Syukri Albani Nasution. Et., All, 2016, *Op,Cit*, hlm. 60.

Kerangka konseptual adalah kerangka yang menggambarkan

hubungan antar konsep yang akan diteliti.¹¹⁹ Konsep bukan merupakan gejala yang ingin diteliti, melainkan abstraksi dari gejala yang itu disebut fakta. Konsep merupakan penjelasan tentang hubungan-hubungan dalam fakta. Konsep masih dirasakan abstrak sehingga dibutuhkan definisi operasional agar menjadi pegangan konkrit dalam penelitian. Kerangka konseptual dapat pula mencakup definisi operasional sebagaimana dimaksud oleh Soerjono Soekanto.¹²⁰

Di dalam penelitian ini terdapat tiga konsep yang akan diteliti. *Pertama* adalah konsep hakikat ketidakhadiran, *kedua* adalah konsep sinkronisasi ketidakhadiran dalam berbagai peraturan, dan *ketiga* adalah konsep ideal tentang ketidakhadiran yang dapat memberikan jaminan kepastian hukum. Ketiga konsep ini akan dianalisis dengan menggunakan peraturan perundang-undangan, untuk menjawab hakikat ketidakhadiran, teori *hierarki (stufenbau)* menjawab sinkronisasi pengatur ketidakhadiran dan Teori *kepentingan* sebagai landasan teoretis untuk membantu menemukan konsep pengelolaan ideal tentang ketidakhadiran agar si tidak hadir sebagai subjek hukum tetap mendapatkan jaminan perlindungan hukum atas hak miliknya.

¹¹⁹ I Made Pasek Giantha, *Op. Cit.* hlm. 186.

¹²⁰ Soerjono Soekanto, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, hlm.132-133.

H. Kerangka Pikir

Kerangka berpikir dikenal juga sebagai kerangka teori.¹²¹

Penelitian ini fokus pada kedudukan orang dinyatakan sebagai Ketidakhadiran (*Afwezigheid*) dengan menitik beratkan pada :

1. Hakikat ketidakhadiran dimaksudkan untuk mengetahui apa sesungguhnya atau inti dari ketidakhadiran, sehingga pengaturan ketidakhadiran dapat dipatuhi. Indikator Konsep Ketidakhadiran, Subtansi Ketidakhadiran dan Hakikat Ketidakhadiran.
2. Pengaturan ketidakhadiran di Indonesia yang sinkron, sehingga dapat memberikan kepastian perlindungan hukum atas hak milik keperdataan si tidak hadir. Peraturan yang digunakan adalah B.W, UU No 1 Tahun 1958, UU No. 5 Tahun 1960, UU No. 3 Tahun 2011, Peraturan Pelaksanaan yang terkait dengan pembahasan.
3. Pengelolaan lembaga ketidakhadiran ideal yang dapat memberikan kepastian perlindungan hak keperdataan terhadap hak milik si tidak hadir.

Dari ketiga variable kerangka pikir di atas akan dikaji secara mendalam, guna melihat kepastian perlindungan hukum terhadap diri si tak hadir dan harta kekayaannya.

I. Definisi Operasional.

1. Keadaan Ketidakhadiran (*Afwezigheid*) adalah suatu keadaan subjek hukum yang tidak diketahui keberadaannya dengan pasti.

¹²¹ *Ibid.*

2. Si tidak hadir (*Afwezig*) adalah pemilik harta yang mempunyai hak dan kewajiban dalam keadaan ketidakhadiran.
3. Konsep Ketidakhadiran adalah gambaran umum sebagai abstraksi ketidakhadiran si pemilik harta (*absentee dominii*)
4. Substansi adalah watak yang sebenarnya dari sesuatu, isi, pokok, atau inti menunjuk hal yang adanya pada dirinya sendiri, tidak tergantung pada yang lain diluar dirinya.
5. Esensi Ketidakhadiran merupakan hakikat adalah penggambaran suatu persepsi dalam menemukan inti, pokok atau makna yang sesungguhnya.
6. Sikronisasi Hukum adalah kesesuaian berbagai aturan yang tidak bertentangan, mengatur ketidakhadiran baik secara vertikal maupun horisontal guna menjamin kepastian hukum.
7. Konsep pengelolaan ketidakhadiran adalah sesuatu yang dapat ditawarkan sebagai jalan keluar, melindungi hak keperdataan si tidak hadir, dapat diterapkan guna menyelesaikan masalah ketidakhadiran agar tidak menimbulkan masalah hukum di kemudian hari.
8. Pengelolaan adalah suatu cara yang telah ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan kepada lembaga ketidakhadiran yang diperintahkan untuk mengurus dan mengelolah harta si tidak hadir.
9. Perlindungan hukum ketidakhadiran adalah upaya atau cara melindungi kepentingan seseorang dengan cara mengalokasikan

suatu kekuasaan kepadanya untuk bertindak dalam rangka mengurus kepentingan orang yang dinyatakan keadaan ketidakhadiran.