PERANAN KODIFIKASI, JURISPRUDENSI DAN ILMU PENGETAHUAN DALAM PERKEMBANGAN HUKUM PERDATA

Pidato

Diutjapkan pada peresmian penerimaan djabatan Guru-Besar luar biasa dalam mata peladjaran Azas-azas Hukum Perdata dan Hukum Perdata pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga di Surabaja, hari Selasa tgl. 10 November 1959.

Oleh

PROF. MR OEY PEK HONG

PERPUSTAKAAN MUSEUM PUSAT

27 :-

242

VERSITAS AIRLANGGA

Penerbitan Universitas.

9 MAR 1965

Rp. 262.080
oey

PERANAN KODIFIKASI, JURISPRUDENSI DAN ILMU PENGETAHUAN DALAM PERKEMBANGAN HUKUM PERDATA

Pidato

Diutjapkan pada peresmian penerimaan djabatan Guru-Besar luar biasa dalam mata peladjaran Azas-azas Hukum Perdata dan Hukum Perdata pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga di Surabaja, hari Selasa tgl. 10 November 1959.

Oleh

PROF. MR OEY PEK HONG

UNIVERSITAS AIRLANGGA

Penerbitan Universitas.

PERPUSTAKAAN
Lembaga Kebudajaan Indonesia

PERPUSTAKAAN NASIONAL RI.
Tanggal : 31 Mei 2013
No. Induk : 63413/PN-MUSEUM/'13
BIB - ID :
Beli / Hadiah : Ex. Museum

Lemb. Kebudajaan Ind.
Perpustakaan
tanggal 13 - 4 - 1961
asal-usul No. 540 A



PENERBITAN UNIVERSITAS
Surabaja 1960.

Dipersembahkan sebagai kenang-kenangan kepada almarhum Ajah dan Ibu :

Tuan Oey The Kian
Njonja Tan Kim To

MOTTO: Justitia est constans et perpetua voluntas jus sum cuique tribuens

(Justinianus : Instituten)

Saudara Ketua Dewan Kurator,
Saudara-saudara Anggauta Dewan Kurator,
Saudara Presiden Universitas Airlangga,
Saudara-saudara Guru-Besar,
Saudara-saudara Dosen, Lektor dan Assisten,
Para Mahasiswa,
Para Hadlirin jang mulia.

Kitab Undang² Hukum Perdata jang sekarang masih berlaku di Indonesia kini sudah berusia lebih dari satu abad. Oleh karena Hukum tidak merupakan sesuatu jang tetap, statis, akan tetapi senantiasa dalam pergerakan, dinamis, maka djuga diichtiarkan, supaja K.U.H.P. selalu sesuai dengan kebutuhan masjarakat. Dalam waktu ± 110 tahun K.U.H.P. telah memperoleh banjak tambahan², dan modernisasi.

Hubungan antara hukum dan perkembangan sosial, ekonomi dan politik dalam masjarakat ada sedemikian eratnja, sehingga hukum jang dikodifikasikan, berhubung dengan perobahan struktuur masjarakat dapat merupakan suatu peraturan jang tidak lagi memberi kepuasan Hukum. Bersama dengan perobahan² dalam lapangan ekonomi, sosial dan politik, berobahlah pendapat² dalam bidang Hukum, oleh karena mana perkembangan tersebut sedapat mungkin harus disynchronisir.

Perkembangan dari Hukum Perdata Barat di Indonesia merupakan suatu tjontoh dari perkembangan evolusioner dan continu. Pasal 2 dari Aturan Peralihan U.U.D. 1945 memelihara kontinuitet tersebut. Lagipula walaupun dalam beberapa soal kita inginkan suatu kemadjuan jang lebih tjepat dan lebih disesuaikan dengan kebutuhan hukum dalam masjarakat, kontinuitet ini lebih disukai dari pada diskontinuitet Hukum. Ada kalanja synchronisme perundang²an hukum dan perkembangan sosial dan ekonomis dalam masjarakat tidak berdjalan begitu lantjar. Dalam hal tersebut diharapkan, supaja perkembangan Hukum setjara evolusioner dan continu lambat laun dapat mengatasi kekurangan² synchronisme tersebut. Baharu bilamana peraturan² Undang² berlawanan dengan kebutuhan hukum jang mendesak, perlulah diadakan perobahan jang revolusioner.

Azas konkordansi memberi tjorak Europa Barat kepada K.U.H.P. kita. Maka dari itu latar belakang sedjarah Hukum, evolusi ilmu Pengetahuan Hukum dan perkembangan jurisprudensi di Europa Barat tidak boleh dilepaskan dari objek studi Hukum Perdata di Indonesia.

Apakah kodifikasi dari Hukum Perdata mentjukupi kebutuhan Hukum ?

Pada pertengahan pertama dari abad ke XIX pendapat umum jalah bahwa semua Hukum terdapat dalam Undang². Alam fikiran ini mendapat tentangan, a.l. dari von Savigny. Menurut v.Savigny Hukum merupakan sebagian dari penghidupan rakjat. Oleh karena penghidupan rakjat merupakan sesuatu jang dinamis, maka ia berpendapat bahwa hukum tidak dapat dikodifikasikan (mendjadi sesuatu jang tetap, statis), V. Savigny tidak mengakui arti dari perundang²an Hukum. Kodifikasi menurut von Savigny merupakan suatu bahaja untuk pertumbuhan hukum. [1]) V. Savigny mengatakan bahwa: „Das Recht wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem Volke".

Di Perantjis dikenal pendapat jang sama, jang bunjinja: Les codes des peupels se font avec le temps mais á proprement parler on ne le fait pas. Lain Sardjana Hukum, Otto Gierke djuga menjatakan tidak setudju terhadap kodifikasi, dalam hal ini kodifikasi dari Hukum Perdata Djerman.

Keberatan² Otto von Gierke terutama ditudjukan terhadap Ilmu Pengetahuan Pandecten. Selandjutnja berhubung dengan kebutuhan hukum jang berlainan diberbagai negara bagian Djerman, O. Gierke menentang suatu kodifikasi dan unifikasi, ia menghendaki suatu diversitet hukum jang disesuaikan dengan kebiasaan setempat. [2]) Meskipun ada pendapat² jang diuraikan tadi, namun di Djerman diadakan satu Kodifikasi. Dalam hal ini keadaan jang dihadapi ahli² hukum Indonesia, ialah bahwa Unifikasi hukum perdata belum dapat dilaksanakan, akan tetapi diversitet hukum disini tidak mengenal perbatasan daerah Diversitet di Indonesia didasarkan atas pembahagian penduduk dalam golongan², berhubung adanja pendapat, bahwa kebutuhan hukum dari berbagai² golongan itu berlainan sekali, meskipun mereka hidup berdampingan dalam satu dearah atau satu kota.

Dalam permulaan abad ke XX timbullah suatu mazhab baru, jaitu „djurusan hukum sosiologis". Eugen Ehrlich, [3]) pemuka Sosiologise-rechts school mengemukakan, bahwa hukum tidak hanja terdapat dalam Undang², akan tetapi ditetapkan djuga dalam kebutuhan² dan pertumbuhan² dari kehidupan masjarakat dan dari manusia jang hidup dalam lingkungan masjarakat tersebut. Pandangan Hukum setjara demikian ini, tidak menjampingkan arti dari Undang², seperti dilakukan oleh Historise school, akan tetapi namun mereka tidak menghargai penuh arti Undang².

Pandangan² dari Historise dan Sociologise school ini merupakan penjangkalan dari kewibawaan pembuat Undang². Mereka menjangkal, bahwa hukum adalah perintah negara. Sebenarnja ada suatu hubungan timbal-balik antara Negara dan hukum. Hukum dan Negara saling menentukan, merupakan dua muka dari satu uang logam. Undang² jang

dibuat Negara, tidak hanja berlaku didalam „nama" sahadja, akan tetapi benar² dapat merobah Hukum didalam masjarakat itu. Pada waktu tahun 1855 dan 1919 hampir seluruh K.U.H.P. dinjatakan berlaku untuk golongan Tionghoa di Indonesia, undang² tersebut merupakan peraturan² jang asing buat golongan Tionghoa.

Dalam tahun 1855, pernjataan berlakunja Undang² perdata itu terhadap golongan Tionghoa untuk sebahagian besar didasarkan atas kebutuhan mendjadi kepentingan perdagangan besar Belanda [4]) dalam hubungan impotir-retailer dengan pedagang Tionghoa. Sebagai tjontoh dari kebenaran pendapat ini jalah divergensi jang diulangi dengan perbedaan antara Peraturan Perburuhan jang berlaku untuk golongan Tionghoa dan Eropa, ialah mengenai perdjandjian perburuhan jang termaktub dalam S. 1926-335, dan berlakunja fatsal 1601 s/d 1603 baharu dari KUHP hanja untuk golongan Eropa sahadja. Djikalau tidak dibutuhkan untuk kepentingan golongan jang berkuasa pada waktu, kemadjuan dan keuntungan dari suatu peraturan jang progresip tidak diberikan kepada golongan Tionghoa. Pada permulaan, barang tentu didalam praktek seringkali diadakan tindakan² Hukum jang dimaksud untuk menghindari berlakunja Hukum tersebut, mitsalnja dalam penetapan bahagian warisan, dalam masalah isteri peliharaan dan adoptie, akan tetapi dalam garis besarnja Hukum tersebut lambat laun diterima dalam masjarakat Tionghoa. Begitu pula halnja waktu di Tiongkok, 1929/30/31 Djepang (1896) dan Turki (1926) diproklamasikan Undang² Hukum Perdata modern, suatu kodifikasi menurut tjontoh dari Barat, dengan mengachiri sekaligus Hukum jang tumbuh sebelumnja didalam masjarakat itu, achirnja masjarakat tersebut menjesuaikan diri dengan Peraturan² jang di Undang²kan itu. Oleh karena, djikalau hukum jang ditetapkan berlaku untuk suatu masjarakat, tidak sesuai dengan kebutuhan dan perasaan Hukum dalam masjarakat itu, maka Undang² tersebut meskipun tetap berlaku, mengakibatkan timbulnja praktek² untuk menjelundupi perundingan²an tersebut, mentjari lobang² dalam djaring perundang²an.

Kekurangan² ini dapat diperbaiki dengan perobahan, tambahan, penarikan Undang². Lantaran perobahan² meliwati saluran Legislatip kerapkali agak lambat dikerdjakannja, maka orang sampai berpendapat, bahwa pembuat Undang² tidak mempunjai kekuatan. (l'impuissance des lois). Uraian diatas ini dikemukakan untuk menekankan kenjataan, bahwa Kodifikasi meskipun mendjumpai keberatan², namun toh dianggap sebagai suatu kebutuhan ; U.U.D.S. jang ditarik kembali, berhubung dengan dekrit Presiden kembali ke U.U.D. 1945, dalam fatsal 102 djuga menganggap kodifikasi sebagai suatu kebutuhan, suatu keharusan. Kodifikasi tidak menemui tentangan, oleh karena dengan adanja kodifi-

kasi tertjapai ketentuan hukum dan dapat diperhitungkan terlebih dahulu dengan suatu perkiraan jang mendekati kepastian, putusan,[2] apakah jang akan diambil oleh Hakim.

Kodifikasi memberikan ketentuan dan keamanan hukum. Lain segi jang menguatkan pendapat, bahwa kodifikasi merupakan suatu keuntungan, ialah pandangan terhadap kodifikasi/dilihat dari sudut systimatik dan pendidikan. Scholten mengemukakan bahwa kodifikasi tidak hanja merupakan pekerdjaan memberikan formule[2] dari hukum [5]) akan tetapi djuga merupakan penghimpunan dalam suatu keseluruhan setjara sistimatis dari formule[2] hukum. Pembuat undang[2] Sipil setjara sistimatis mengadakan ordening dari figuren, sedemikian rupa sehingga suatu tudjuan tertjapai dengan suatu alat jang tertentu. Pekerdjaan itu dilakukan dengan apa jang disebut klasifikasi atau spesifikasi. Tjara menghimpun figuur[2] juridis, Ilmu Klassifikasi jalah dimulai dari figuur jang terendah dan diachiri dengan figuur jang tertinggi. [6]) Hasil klasifikasi ini, dapat djuga kita pergunakan dalam pendidikan ilmu pengetahuan Hukum jang menuntun para Mahasiswa dalam azas[2] himpunan figuur[2] hukum, mengenai bahagian[2] jang mempunjai hubungan jang satu dengan jang lainnja.

Hadlirin jang terhormat, Pro dan contra dari kodifikasi setjara singkat telah diuraikan diatas, sekarang tibalah waktunja untuk menindjau : apakah pembuat Undang[2] telah mengatur segala sesuatu mengenai Hukum pardata. Pembuat Undang[2] berpendapat, bahwa peraturan[2] jang dibuatnja meliputi segala lapangan, bahwa telah diberikan peraturan[2] untuk semua kemungkinan[2] jang akan timbul dalam bidang Hukum perdata. Akibat dari pendapat ini ialah, bahwa menurut pandangan pada waktu itu, penafsiran peraturan tidak diperlukan. Bahkan pada zaman Romawi penafsiran ini dilarang dan diantjam dengan hukuman. [7]) Dalam abad ke XVIII di Pruisen dan oleh Robespierre dalam zaman revolusi Perantjis, pun dianut pendapat bahwa penafsiran tidak dibutuhkan, hanja Undang[2]lah jang mengatur perhubungan[2] hukum. Dalam praktek pelaksanaan Hukum setjara pendapat[2] jang tadi disebut, ternjata tak dapat dipertahankan kebenarannja. Dalam mengupas persoalan[2] Hukum jang telah diatur dalam Undang[2], pengetahuan Ilmu Hukum dan pengadilan[2], tak dapat tidak menggunakan penafsiran. Dalam mendjawab dan memetjahkan persoalan[2] Hukum setjara bertanggung djawab ternjata tak tjukup, djikalau hanja ditindjau teks Undang[2] sahadja. Penafsiran dibutuhkan untuk menetapkan isi dan makna daripada suatu peraturan. Kepada Hakim semula hanja diberikan sedikit kebebasan untuk penafsiran ; sjukur lambat laun ditjatat kemenangan untuk pendapat mengenai kebebasan penafsiran. Undang[2] di Djerman, Perantjis dan Negeri Belanda memberikan peraturan[2] jang

lebih longgar untuk hal tersebut. Mr. P. van Bemmelen [8]) menjebut 10 methode penafsiran : textueel, intensionil, prisipiil, rationil, deductif, analogis, systematis (comparatif), legislatif, historis dan evolutif. Dalam methode evolutif peraturan[2] hukum disesuaikan dengan kenjataan dan keadaan[2] sosial. Methode[2] ini merupakan suatu ichtisar untuk mentjapai suatu pentjakupan sebulat[2]nja dari persoalan[2] jang harus ditafsirkan. Dalam arrest HR 1916 4 Februari 1916, N.J. 1916 450, mengenai Holl. Spoor contra Morré dinjatakan, bahwa perbuatan dari orang jang dirugikan, jang tidak memelihara kewaspadaan terhadap bahaja lalu-lintas, djuga dapat diartikan sebagai suatu perbuatan jang bertentangan dengan hukum. Pengadilan dengan ini memakai methode jang dinamakan oleh Scholten perlembutan hukum, rechtsverfyning. Didalam praktek penjelesaian persoalan hukum oleh pengadilan djadi bukan hanja pekerdjaan penempatan suatu kedjadian dibawah berlakunja suatu peraturan jang terdapat dalam Undang[2].

Dalam tjontoh tadi oleh Undang[2] tidak diatur sama sekali persoalan „eigen schuld", akan tetapi dengan perlembutan hukum dapat diketemukan peraturan baru oleh hakim.

Penglembutan hukum ini pada hakekatnja merupakan perketjualian baharu atas peraturan[2] umum. Penghalusan hukum merupakan kebalikan dari penafsiran[2] analogi. Dalam penafsiran analogi diadakan pengluasan berlakunja suatu peraturan untuk suatu kedjadian atau perbuatan hukum jang tidak ditulis untuk perbuatan hukum tersebut. Djikalau penafsiran analogi dalam hukum perdata diperbolehkan, maka dipertahankan dalil, bahwa penglembutan hukum, jaitu menjatakan tidak berlakunja suatu peraturan untuk seluruhnja atau untuk sebahagian, dalam suatu peristiwa untuk mana peraturan itu menurut bunjinja harus berlaku, pun dapat dipertanggung djawabkan. Dalam tjontoh tadi oleh karena adanja faktor baharu, jaitu „eigen schuld", jang tidak diatur dalam peraturan pasal 1365 KUHP, maka penetapan penggantian kerugian ditetapkan sedemikian rupa, sehingga si penderita dengan eigen schuld harus memikul sendiri kerugian jang diakibatkan oleh „eigen schuld" itu.

Methode lain jang dipakai untuk menemukan peraturan[2] baru untuk hal[2] jang tidak diatur dalam Undang[2], jalah dengan djalan mengadakan koreksi dalam melaksanakan peraturan[2] Hukum, dan dilakukan antara lain dalam pengakuan arti dari larangan penjalah-gunaan hak. Di Djerman & Swiss persoalan ini ditetapkan dalam Undang[2], sedang di Perantjis, Belgia, Nederland dan Indonesia doktrin tersebut diterima dalam jurisprudensi. Halnja, bahwa meskipun seorang menurut Undang[2] bertindak didalam lingkungan hak[2]nja, namun hukum tidak dapat memberikan pengesahan dari pemakaian hak[2] tersebut. Sendi[2]

dari pengolahan arti penjalah gunaan hak ini, jalah bahwa dalam melaksanakan hak²nja orang harus bertindak dengan pantas.

Apa jang dapat dianggap „pantas" atau „tidak pantas" hal ini akan dinilai oleh Hakim dan badan² pengadilan. Didalam Undang², perbatasan antara pantas dan tidak pantas tidak ditetapkan.

Prof. Eggens dalam pidatonja : Het *Misbruik van Recht en de Vryheid* menjatakan bahwa penjalah gunaan hak merupakan suatu peristiwa hukum jang mempunjai nama tersendiri dalam lingkungan perbuatan² jang berlawanan dengan hukum. Menurut Eggens penjalah gunaan hak merupakan „Onrecht" jaitu apa jang sebermula kelihatannja sebagai penggunaan hak (jang diperolehkan) bilamana ditindjau dari segala sudut ternjata merupakan „Onrecht", sehingga penggunaan hak tersebut ternjata hanja „Schijn" (Semu) sahadja, oleh karena mana hak berobah mendjadi onrecht. Dengan singkat Prof. Eggens memberi definisi bahwa penjalahgunaan hak ialah perbuatan jang sebermula kelihatan seolah² penjelenggaraan Hak, akan tetapi achirnja ternjata penjalah gunaan hak. Eggens mengemukakan bahwa hukum jang mempertundjukan dari dalam Undang², jurisprudensi dan tulisan² ilmiah, merupakan pernjataan dari tjara berfikir juridis jang mentjiptakan hukum tersebut, bahwa tjara berfikir ialah kekuasaan jang menetapkan bentuknja gedjala² hukum. Djuga Scholten [9]) menjatakan bahwa tjara berpikir ini menentukan objek dari apa jang direnungkan. Untuk dapat menjelami djurusan pertumbuhan hukum perdata, maka kita harus mengetahui tjara berfikir juridis tersebut, dan oleh karena manusia adalah anak² dari suatu zaman jang tertentu, *maka tjara berfikirnja ditentukan* oleh alam fikiran zaman itu djuga. Dapat ditentukan, bahwa menurut hemat saja, tjara berfikir mengenai fungsi dari hak² subjektip dan mengenai perbedaan antara hukum privaat dan hukum publik, djuga ditentukan selain oleh alam fikiran zaman, djuga oleh tempat dan ideologi masjarakat dimana kita hidup. Dalam zaman jang sama, tjara berfikir dinegara² blok barat dan negara² blok timur sangat berlainan, oleh karena mana pertumbuhan hukum di negara² tsb. pun tjoraknja tentu tidak sama. Undang² Perdata jang didasarkan atas systim hukum Rumawi jang bersifat individualistis dan absoluut, tidak mengenal theorie umum mengenai penjalah gunaan hak. Sistim hukum individualistis ini mementingkan hak² individu, perseorangan, setjara berkelebih²an.

Ini tidak berarti bahwa sardjana hukum Romawi sama sekali tidak kenal l'abus du droit [10])

Gaius (Gaius Inst. I 53) mengadjukan suatu theorie mengenai penjalah gunaan hak waktu beliau mempertahankan dan membenarkan larangan menghambur²kan uang dan penganiajaan dari budak belian

PERPUSTAKAAN
Lembaga Kebudajaan Indonesia

dalam zamannja dan mengadjar bahwa orang tidak boleh mempergunakan hak²nja dengan sewenang² : „l'exercise anormal du droit". Hak eigendom atas tanah, hak jang ter-absolut dalam hukum perdata barat, pada azasnja tidak mengenal pembatasan, merupakan salah suatu hak kebebasan manusia, kemerdekaan individu jang dititik beratkan atas kebebasan jang tidak terpimpin. Pemilik eigendom dapat menggunakan haknja sesuka²nja. Akan tetapi dalam perkembangan hukum perdata sedari pertengahan ke 2 dari abad ke XIX hak eigendom mengalami perubahan² kearah pembatasan kebebasan liar tsb., dan mendjadi suatu hak dari sipemilik untuk dipergunakan sesuai dengan kewadjibannja sebagai anggauta masjarakat. Si pemilik, selain mempunjai hak, djuga harus insjaf akan kebalikan jang senantiasa melekat kepada hak tersebut, jakni kewadjiban untuk mempergunakan hak²-nja sebagai suatu „anggauta jang baik" dalam suatu masjarakat dimana ia hidup. Pertumbuhan ini menundjukkan pertumbuhan dari arah individualistis kearah sosialistis. Leon Duguit adalah salah satu pendekar dari theorie ini. Duguit adalah salah satu penganut dari Durkheim dalam bahagian sosiologi. Ia melantjarkan theorie dari fungsi sosial, jang dimaksudkan untuk mengganti konsepsi metaphysis dari pengertian mengenai hak subjektip dan droit de l'homme jang dianut oleh natuurrechtsschod mendjadi suatu droit sosial [11]) Tidak dapat disangkal, bahwa hukum perdata barat mulai dengan C.C., B.W. dan djuga D.B.G.B. sebenarnja memberikan hak² istimewa (privileges) kepada golongan jang berada. Di Soviet Uni, sebaliknja, dalam pasal I dari U.U.P.-nja ditjantumkan peladjaran dari tudjuan ekonomis sosial dari hak² subjektip ini ; hak² subjektip dilindungi, ketjuali djikalau hak² itu dipergunakan bertentangan dengan tudjuan² sosial dan ekonomis jang ditetapkan. Perkembangan hukum perdata kearah tsb. kita lihat djuga di negara² Eropa Barat, dan dalam bukunja De l'esprit des droits et de leur relativité, theorie dite de l'abus des Droits" Josserand memberitahukan bahwa dalam abad ke XX ini ditetapkan larangan penggunaan hak dalam UUHP dari Djerman, Swiss, Austria, Rusia, Tiongkok, Polandia dan Libanon.

Di Zwitserland (1907) K.U.H.P. mengenal : fatsal jang bunjinja Der offenbare misbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtschutz.

Aequivalent di Djerman, fasal jang bunjinja jalah : Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.

Negara² Skandinavia djuga mengenal systim tersebut.

Di Italia dan Spanjol UUHP dan jurisprudensi bergandengan tangan dalam peraturan² dan keputusan² untuk membatasi persoalan tersebut.

Mahmoud Fathy [12]) dalam La doctrine musulmane de l'abus des droits mengupas bahwa :

Hukum Islam, dalam mana Agama, moraal dan hukum terdjalin mendjadi satu, mengenal l'abus de droit sedari permulaan abad ke VII dan pemetjahan persoalannja didasarkan terutama atas pertimbangan^2 agama. Di Mesir dan Turki hal itu dianggap sebagai suatu dosa juridis. Arti „penjalah gunaan hak" diakui atas dasar moral dan tidak atas pertimbangan^2 kemasjarakatan. Di Inggris dengan pandangan hukum jang bersifat individualistis, orang masih ragu^2 mengenai persoalan tersebut. Penjalah gunaan dari hak^2, formil disana dikendalikan oleh peraturan^2 dari „law of torts". [13])

Dalam hukum administratif, hal ini djuga diperkembangkan dibawah nama „détournement de pouvoir". Theorie mengenai penjalah gunaan hak subjektip dalam hukum perdata dan penjalah gunaan wewenang^2 dalam hukum administratip mempunjai arti besar untuk penghidupan hukum, dalam suatu Negara.

Di Perantjis (1855), Belgia (1834) dan Negeri Belanda jang KUHP-nja tidak mengatur persoalan ini, penggunaan praktis dari theori tsb. disalurkan melewati keputusan hakim, juridisdensi.

Dimana tidak ada larangan mengenai penjalah gunaan hak dalam Undang^2, maka penjaluran dari arti l'abus des droits dalam keputusan Hakim merupakan suatu tjara untuk memperoleh suatu keputusan jang pantas, adil serta bidjaksana. Diakuinja azas tersebut oleh pengadilan^2 jang bertanggung djawab dan tidak berat sebelah, merupakan suatu alat untuk memberantas ketidak adilan dan memberi kemenangan kepada keadilan. Dalam pada itu tentu tidak dapat diabaikan, bahwa hak subjektip tetap harus diindahkan, dalam batas^2 jang pantas, dan tidak boleh dikesampingkan sama sekali. Harus diichtiarkan untuk memperoleh keseimbangan antara penghormatan hak^2 azasi individu, kemerdekaan individuil dan keadilan sosial. Untuk mentjapai keseiramaan antara kemerdekaan individuil dan keadilan sosial, hak subjektip dari seseorang jang dipergunakan dengan maksud baik dan tudjuan jang halal, djadi tidak hanja untuk merugikan kepentingan sesama manusia intention de nuire dan Neidbau, harus tetap dilindungi. Harus dipertimbangkan, apakah ada keseimbangan antara pemakaian hak subjektip, pemakaian jang pantas, berfaedah dan memberi keuntungan untuk si pemilik dan hubungan serta akibat dari pemakaian hak itu bagai lain^2 anggauta masjarakat.

Diteliti sebaik^{2}nja apakah pemakaian hak tidak menimpa lain^2 orang dengan kerugian^2 jang tidak sepadan dengan keuntungan jang diperoleh dengan penggunaan hak tersebut. Masalah ini sekarang dihadapi oleh dunia dalam usaha untuk mendamaikan kemerdekaan individuil dengan keadilan sosial.

Dalam zamannja Domat dan Pothier djuga sudah dikenal dalam

jurisprudensi Perantjis larangan chicane, akan tetapi baharu dengan keputusan Hof van Colmar tanggal 2 Mei 1855 dimulailah jurisprudensi jang tetap mengenai peladjaran tentang l'abus des droits. Persoalannja dikenal disemua buku peladjaran dan buku^2 ilmiah dibawah peristiwa dari fausse cheminee serumbung palsu, jang didirikan setinggi-tingginja oleh seorang pemilik rumah tanpa faedah apapun bagi sipemilik, akan tetapi jang merupakan penghalang pemandangan jang lajak bagi tetangganja. Memang maksud dari pembikin „looze schoorsten" tersebut semata^2 hanja untuk menghalang^2-i pemandangan bagus jang dinikmati tetangga termaksud.

Mahkamah Agung Colmar menetapkan, bahwa meskipun seorang pemilik menurut Undang^2 berhak untuk mendirikan segala bangunan jang dikehendakinja atas tanah miliknja, dan hak tersebut hanja dibatasi oleh peraturan^2 mengenai hubungan antar tetangga, jang dalam hal ini tidak mengenal larangan mengenai pendirian serumbung palsu tersebut, namun pemilik tersebut harus dipersalahkan, oleh karena „les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce qut la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance accomplie sous l'inspire d'une mauváisse passion, ne se justifiant par aucune utilite personelle et portant un grave prejudice á autrui.

Serumbung palsu jang bersedjarah tersebut harus dibongkar .

Di negeri Belanda dalam tahun 1659 sudah dikenal suatu peraturan jang ditetapkan oleh kota Tiel di Betuwe, jang melarang orang mendirikan dinding sedemikian tingginja dengan maksud hanja untuk mentjegah masuknja sinar matahari didalam rumah tetangga^{2}nja. [14]) Kira^2 3 abad kemudian Pengadilan di Arnhem (Betuwe) menghadapi persoalan jang dilarang dalam peraturan kuno tersebut dan mirip dengan atau merupakan suatu duplikat dari persoalan serumbung palsu dari Colmar. Sebagai pengganti dan variant dari serumbung didirikan beberapa tiang jang tinggi. Sebagai alat pengedjek dipakai guntingan kain^2 kotor jang diikat di tiang^2 tersebut dan dikibarkan dengan hanja satu tudjuan, jalah membikin djengkel tetangganja dengan pemandangan jang kurang sedap itu. Djuga perbuatan tersebut, seperti halnja dengan serumbung palsu dari mahkamah Colmar, dinjatakan oleh Pengadilan sebagai penggunaan hak tanpa kepentingan dan bertentangan dengan sopan santun jang harus ditaati antara tetangga, sehingga merupakan l'abus du dorit, H.R. 13-3-1936.

Apa jang diuraikan diatas, mengenai hak^2 subjectief atas tanah, berlaku djuga untuk hubungan^2 hukum contract dan dalam pelaksanaan ikatan^2 hukum. Pengaruh zaman sosial pada achir abad ke XIX di negeri Belanda, mulai terasa oleh para sardjana hukum jang tidak dapat memperoleh kepuasan dan perdamaian hukum dengan pendapat bahwa

perbuatan² jang tidak bertentangan dengan suatu peraturan Undang² jang tertentu, tidak dapat dinjatakan melanggar hukum. Dalam semangat gotong-rojong, pembahasan setjara ilmiah dari persoalan ini oleh para sardjana hukum serta keputusan² Hakim jang dapat mentjiptakan suatu hukum positip jang baharu, mulai menentang legisme tersebut Hakim tidak hanja melaksanakan hukum jang tertulis dalam Undang², akan tetapi putusan² pengadilan sedjak permulaan abad ke XX diakui sebagai pembentukan hukum positip. Ada kalanja jurisprudensi hanja mengakui dan menguatkan apa jang sudah ditetapkan dalam undang², akan tetapi jurisprudensi djuga dapat mentjiptakan sesuatu jang baharu, misalnja dengan memberikan arti jang luas dari pasal 1365 KUHP,-keputusan 31 Djanuari 1919 HR-jang oleh Meyers dinilaikan sama dengan tambahan satu buku baharu pada KUHP. [15]) Bahkan Hakim dapat menetapkan hukum positif jang bersifat revolusioner, seolah² contra legem, misalnja dalam mengakui „de grote leugen" dalam proses pertjeraian (apa jang disebut revolutionaire arresten) oleh karena mana, „pertjeraian atas persetudjuan" dapat diperoleh, bertentangan dengan ketentuan dalam fatsal 208 KUHP. (HR 22-6-1883 W. 4924).

Perkembangan hukum jang ditentukan, diketemukan atau ditjiptakan oleh jurisprudensi, membuktikan ketidak-benaran dari pernjataan Montesquieu bahwa : les jugas da la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la lois, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigeur. [16])

Hakim bukan hanja mulut jang mengatakan kalimat² U.H.P.

Fungsi membentuk hukum dari pengadilan, diakui sebagai sumber ketiga dari hukum, disamping Undang² dan kebiasaan.

Perkembangan dari hukum jang dibentuk oleh Pengadilan² ini dinamakan djuga peradilan legislatif. Peranan Jurisprudensi dalam hal ini bukan suatu hal jang bertentangan dengan kehendak pembuat Undang². Redaksi undang² Perdata, terutama dalam buku III menghendaki peranan tersebut, hal mana ternjata dalam fasal² jang hanja memberikan antjer² umum kepada Hakim dan seterusnja diberikan kebebasan kepada Pengadilan² dalam penjelesaian² dari persoalan² jang timbul.

Dalam pada itu, untuk keputusan² jang mentjiptakan peraturan² jang menjimpang atau jang bertentangan dengan U.U., maka senantiasa sedapat mungkin ditjari suatu landasan hukum didalam U.U., a.l. Fatsal - 22 A.B.

Keputusan dalam perkara Jansen ca Heyting merupakan suatu djalan keluar jang ditempuh Hakim untuk menjesuaikan hukum dengan kebutuhan masjarakat. Kemungkinan untuk memperoleh pertjeraian adalah sedemikian sempitnja sehingga, bertentangan dengan

peraturan U.H.P. diambil keputusan arrest HR tg. 22-6-1883 W 4924, jang memungkinkan dalam praktek suatu pertjeraian atas persetudjuan kedua belah pihak. Djuga Scholten menerima putusan ini sebagai hukum jang diketemukan oleh Hakim, meskipun beliau mengandjurkan agar supaja perobahan ini diabsjahkan dengan perobahan dari fatsal 208 K.U.H.P. tersebut. [17])

Undang[2] jang bertentangan dengan perkembangan hukum dalam masjarakat tidak dapat dipertahankan.

Perkembangan hukum mentjari djalan keluar sendiri, seperti halnja dengan brouwerijcontracten, Sicherheitsüberreignungen, fiduciaire eigendomsoverdrachten dengan constitutum possesorium dan praktek belening dari effect[2] dengan pemberian hak kepada Bank[2] untuk menukar nomor[2] effect jang bersangkutan, jaitu dalam prolongatiecontracten, semuanja bertentangan dengan ketentuan dalam fatsal 1152 K.U.H.P., akan tetapi dalam praktek terus didjalankan, dan diakui dalam jurisprudensi jang disokong oleh pendapat[2] dari pembahas ilmiah [18]) [19]) Mahkamah Agung Indonesia djuga pernah mengambil keputusan[2] jang didasarkan atas pertimbangan[2] jang bertentangan dengan teks dan makna dari Undang[2], misalnja dari Ord. op de Goudclausulles 1937, S 1937-585. Dalam beberapa arresten Mahkamah Agung Indonesia menetapkan, bahwa uang tebusan dalam perdjandjian djual beli tanah sende harus ditetapkan setjara menilai harga uang rupiah pada waktu diadakannja perdjandjian tersebut dengan harga emas, sebagai ukuran dan dengan menjampingkan djumlah rupiah jang ditetapkan dalam perdjandjian, serta kedua belah fihak masing[2] diwadjibkan memikul separoh dari risico turunnja nilai uang rupiah, djika dibandingkan dengan harga emas. Arresten tersebut jang disesuaikan dengan rasa keadilan agar supaja tidak hanja satu fihak jang dirugikan berhubung dengan turunnja nilai rupiah, pada hakekatnja bertentangan dengan fatsal 1 a, 2 dan 4 dari Ord. op de Goudclausules, jang melarang diadakannja perdjandjian[2] dengan sjarat[2] jang mempunjai tudjuan untuk melindungi kreditur untuk seluruhnja atau untuk sebahagian daripada akibat[2] turunnja nilai uang rupiah. Dalam hal ini sifat ius contra legem, hukum jang bertentangan dengan Undang[2] dari Arresten tsb. dapat dihindari, bilamana Mahkamah Agung Indonesia memakai sebagai ukuran pernilaian pembajaran kembali uang tebusan dalam transaksi[2] tanah jang dikenal dalam hukum adat, perbedaan antara harga tanah atau hatsil jang diperoleh dari tanah tsb, misalnja padi, pada waktu diadakannja perdjandjian itu dan pada waktu penebusan, serta kedua belah fihak diwadjibkan memikul separoh dari perbedaan harga teresbut.[20])

[18]) HR. 25-1-'29 W 11951.
[19]) HR. 8-2-'29 W 11960.

Untuk penganut theorie, bahwa hakim harus diberi suatu fungsi jang lebih bebas terhadap U.U. Perdata, persoalan ius contra legem jang diperkembangkan dalam jurisprudensi bukan merupakan suatu persoalan. „Pergerakan hukum bebas" seolah² menentang terikatnja Hakim pada U.U.H.P., ingin melepaskan terikatnja hakim dari regime U.U.

Hamaker [21]) dalam menilai arti U.U.H.P. mengatakan bahwa U.U. hanja suatu petundjuk untuk Hakim, djadi bukan himpunan perintah² jang ditudjukan kepada penduduk.

Peranan Hakim dalam Hukum Perdata menurut Hamaker bukan hanja sebagai penglaksana dan penafsir Undang², melainkan Hakim jalah pelengkap Hukum.

Undang² dipakai sebagai penundjuk djalan jang dapat dikesampingkan, djikalau Hakim berpendapat, bahwa djalan jang ditempuh adalah djalan jang salah.

Dalam artikel Recht, Wet en rechter, [22]) Hamaker sekali lagi menerangkan, bahwa U.U.H.P. bukan merupakan himpunan perintah-perintah kepada kawula Negara, akan tetapi ditetapkan sebagai penerangan agar supaja Hakim mengenal hukum.

Dalam pada itu hakim berwenang untuk memperbaiki penerangan tersebut, dengan mengadakan penjelidikan sendiri dan menentukan peraturan² jang hidup didalam masjarakat.

Inilah apa jang dinamakan oleh Scholten penemuan hukum, dan oleh Eggens dinamakan pentjiptaan hukum.

Pendapat ini dapat dipertahankan untuk sebahagian besar dari fatsal² dalam buku III, dimana dikenal azas dari kebebasan untuk membuat perdjandjian dan menetapkan isinja pardjandjian tersebut. Hanja dalam hal² U.U.H.P. memberi peraturan² jang bersifat publik-privat, dalam masa pendapat² kesusilaan memegang peranan, seperti dalam fatsal² mengenai hukum kekeluargaan, dan dalam fatsal² mengenai perdjandjian perburuhan, dimana diletakkan dasar² dari pertimbangan² kemasjarakatan, untuk melindungi kaum pekerdja, maka hal ini merupakan hukum jang mengikat, perintah² dari pembuat Undang² jang tidak dapat begitu sahadja dikesampingkan oleh Hakim.

Hymans berpendapat, bahwa Hakim djuga dapat memberi keputusan² jang bertentangan dengan peraturan² jang mengikat, bilamana keadaan² masjarakat telah berobah, dan berlainan dengan keadaan masjarakat pada waktu U.U. itu dibikin.

Meyers :[23]) tidak mengemukakan pendapat jang begitu radikal dan revolusioner.

Beliau tidak mempersoalkan sampai berapa djauh hakim berwenang untuk memberi keputusan² jang contra legem, akan tetapi memberi

gambaran mengenai peranan dalam hal² U.U.H.P. memberi kemungkinan untuk mengambil keputusan² jang tak terikat oleh peraturan dalam U.U.H.P., dan Hakim dengan bantuan dari kupasan² ilmiah mentjiptakan Hukum, mitsalnja mengenai apa jang dimaksud dengan tindakan² dari seorang Kepala keluarga jang baik, kesusilaan dan sopan santun, alasan-alasan jang mendesak untuk memberhentikan seorang Hakim untuk mengadakan keputusan² jang bebas dari penetapan² U.U.H.P. dan dapat menjesuaikan hukum jang ditjiptakannja dengan mempertimbangkan kepentingan² dari fihak² jang bersangkutan Interresenabwägung).

Wertheim [24]) didalam pidato pengakuan mengenai : De verhouding tussen Rechtswetenschap en rechtspraktijk (1936) menguatkan pendirian² tersebut.

Dalam buah karangannja mengenai :

De verhouding van het B.W. tot de gewoonte van 1838 — heden [25]) Wertheim mengemukakan, bahwa pendapat umum tentang fungsi hakim, telah beralih dari pandangan jang sempit — ialah bahwa peradilan didasarkan atas hukum undang², jang merupakan pelaksanaan hukum menurut bunjinja Undang² kepada pendapat jang luas, bahwa djuga dalam hal hakim menggunakan Undang² sebagai dasar keputusan Hakim mempunjai fungsi jang kreatip, dapat mengambil keputusan² jang menjimpang dari apa jang tertulis dalam Undang² dan mengindahkan serta memasukkan dalam keputusan²nja fatsal lain, seperti jurisprudensi jang diakui, dan tradisi dari ilmu pengetahuan hukum.

Pendapat² jang mengakui peranan peradilan dalam pembentukan hukum, didorong oleh keinginan untuk mentjapai keadilan, untuk membenarkan fihak² jang menurut ukuran mempunjai claim atas kemenangan hukum. Para Sardjana tidak memperoleh kepuasan hukum dengan pendapat, bahwa suatu perbuatan tidak dapat dilarang, sebegitu djauh perbuatan itu tidak bertentangan dengan suatu peraturan² Undang². Tjontoh jang klassik mengenai hal ini ialah Arrest HR 10-6-1910 W. 116.

Seorang nona M de Vries di Zutphen pada suatu malam dimusim dingin 1909, menolak untuk menutup puteran saluran air dan djuga menolak untuk memberi kesempatan kepada Nijhoff, seorang pedagang kulit jang mempunjai gudang dibawah rumahnja nona itu, menutup kraan saluran air jang berada didalam rumahnja, meskipun kepadanja diberitahu bahwa djikalau ia mengabulkan permintaan tersebut, Nijhoff akan dapat menjelamatkan suatu party kulit dari kerusakan disebabkan karena air jang membasahi kulit itu. Seperti sering kali terdjadi di negeri² jang mengenal perobahan 4 musim dalam 1 tahun, di negeri Belanda kraan² air leiding seringkali petjah dan airnja mantjur keluar

dimusim dingin. Di zaman sekarang, djikalau ada kemungkinan² tsb. penduduk diberi peringatan melewati radio dan televesi untuk mengosongkan air dalam leiding dan menutup kraan utamanja, akan tetapi kedjadian ini ada pada ± 50 tahun jl. dan alat² communikasi modern belum dikenal.

HR menjatakan perbuatan dan sikap nona de Vries tidak bertentangan dengan hukum, oleh karena HR pada waktu itu berpendirian sempit. Nona de Vries tidak mempunjai kewadjiban jang ditetapkan dalam Undang² terhadap Nyhoff untuk bangun ditengah malam jang dingin dan menutup kraan saluran air. Sikap jang diperlihatkan oleh nona tsb menurut HR tidak bertentangan dengan fatsal 1366 U.U.H.P.

Dalam hal ini pengadilan rendahan mempunjai pendirian jang lebih luas dan progessip dan jang memberi kepuasan hukum. Rechtbank di Zutphen pada tg. 14 Oct. 1909 W 8929 jang keputusannja dikassir, menjatakan perbuatan dan tingkah laku nona de Vries sebagai suatu perbuatan jang tidak mengindahkan hak² sesama manusia, hak² atas benda dan pekerdjaan dari seorang lain, dan mengetjap perbuatan itu sebagai *„onrechtmatig"*.

Dengan pendirian ini dimasukkan dalam arti hukum, apa jang menurut ukuran moral dinjatakan djelek. Garis pemisah antara moral positip dan hukum sebenarnja tidak begitu tegas dan njata, apa jang menurut ukuran moral dinjatakan kurang sopan, dapat mempengaruhi pandangan hukum mengenai persoalan tersebut. Hukum dan moral harus bergandengan tangan dan saling bantu-membantu. Perkembangan hukum perdata mendjadi satu sistim, dalam mana diberi tempat jang agak luas kepada noma² moral dan sopan santun dapat diikuti djuga dalam perkembangan arti dari natuurlijke verbintenis, perikatan hukum jang wadjar, dalam jurisprudensi dan tulisan² ilmiah. [26]) (H. R. 12-5-'26 N.J. '26-777, dan karangan Mr. J.E. Scholtens: De geschiedenis der nat. verb. sinds het Rom. Recht. Boekbespreking Zeylemaker I.T. vhR Deel 137 halaman 1 dan seterusnja). Suatu hal jang menggembirakan Sardjana² jang haus akan kepuasan hukum, ialah Arrest HR 31-1-1919, kira² 10 tahun sesudah persoalan nona dari Zutphen tadi.

Arrest tsb. mengintrodusir arti moral positip dalam penafsiran fatsal 1365 KUHP., suatu aequivalent dari fatsal 1382 C.C. Perantjis jang bunjinja :

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Didalam teks bahasa Belanda terdjamahannja ditambah dengan perkataan „onrechtmatig", dan a.l. van Oven [27]) berpendapat bahwa anggapan legisme dipermulaan abad ke XX telah mendorong akan penambahan perkataan tersebut dalam K.U.H.P. [28]) berpendapat bahwa aliran

legisme hanja mengakibatkan penafsiran dari onrechtmatig dalam fatsal 1365 KUHP djadi onwetmatig, bertentangan dengan Undang².

Peladjaran dan penafsiran jang sempit ini, a.l. seperti dalam tjontoh tadi, mengakibatkan diambilnja keputusan² jang tidak memberi keputusan kepada perasaan hukum. Reaksi terhadap peladjaran jang sempit ini, dipelopori oleh Molengraaff.

Molengraaff mengupas bahwa persaingan jang tjurang, tidak dapat dilarang oleh karena adanja pendapat, bahwa suatu perbuatan baharu mendjadi bertentangan dengan hukum, bilamana tindakan itu berlawanan dengan Undang². Sjarat² dari suatu penghidupan hukum jang sehat dalam suatu Negara jang teratur baik, tidak dapat membiarkan akibat² dari pendirian tersebut, oleh karena perbuatan² jang merupakan penghinaan terhadap perasaan hukum, dapat dilakukan tanpa sangsi hukum.

Sesudah HR dalam tahun 1905, 6 Djanuari sekali lagi mengambil keputusan jang tidak memenuhi kewadjiban jang harus dilakukan oleh Hukum dalam masjarakat, persoalan mesin djahit Singer, maka dengan Arrest 1919 tanggal 31 Djanuari dimulailah penjebaran peladjaran baru jang luas mengenai onrechtmatige daad.

Kerdja sama antara Tritunggal : Perantjang Undang², ontwerp Regout (1911) Ilmu Pengetahuan (communis opinio doctorum, bewährte Lehre, judicial teachings) dan jurisprudensi (überlieferung) menghatsilkan suatu formulering baharu dari HR, jang menjatakan bahwa : „onder onrechtmatige daad is te verstaan een handelen of nalaten, dat of inbreuk maakt op eens anders recht, of in strijd is met des daders rechtsplicht, of indruist, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt, ten aanzien van eens anders persoon of goed. Dengan pengertian luas ini jang memasukkan perbuatan² jang a-moral dan tidak pantas dalam lingkungan perbuatan jang bertentangan dengan hukum, perbuatan jang merupakan persaingan tjurang dalam perdagangan dan bertentangan dengan „liberté commercial", dan perbuatan² lain jang tidak pantas dalam perhubungan hukum, dapat dinjatakan onrechtmatig. Arrest ini merupakan ommezwaai dari H.R. jang artinja sama dengan overruling dari precedent oleh Hakim tertinggi dari negara² jang mengenal principle of stare decisis.

Hadlirin jang terhormat :

Selain daripada itu, kewadjiban untuk memperkembangkan hukum sesuai dengan pertumbuhan perhubungan dalam masjarakat, diletakkan atas pundak pengadilan. Adjaran hukum tsb. diatas memberi petundjuk kepada kita dalam memperkembangkan hukum sesuai dengan kebutuhan hukum nasional.

Sesudah proklamasi kemerdekaan dalam tahun 1945, bagian² hu-

kum perdata jang bertentangan dengan kepentingan nasional dapat dikesampingkan dalam keputusan² hakim, djika hal ini belum sempat diatur dalam penggantian Undang². Penafsiran setjara evolutif dari U.U. jang masih berlaku dapat dilakukan.

Hakim dapat mentjiptakan hukum jang bertentangan dengan Undang² bilamana dan dimana masjarakat membutuhkan perubahan²; terutama mengenai U.U.H.P. jang dinjatakan tetap berlaku untuk sementara waktu, semata² hanja untuk menghindari rechtsvacuum, sebelum kodifikasi baharu ditetapkan, hal ini dapat dipertanggung djawabkan.

Perkembangan ekonomi jang dipimpin oleh Pemerintah, Planwirtschaft jang terpimpin oleh Negara sesuai dengan penetapan dalam pasal 33 U.U.D. dipandang dari sudut hukum perdata tidak dapat diatur dengan peraturan² dari KUHP jang bersifat liberal dan ekonomis-individualistis.

Selainnja peraturan² jang ditetapkan di Negara Sosialis, pada permulaan abad ke XX, peraturan² baharu dalam bidang hukum perdata di Eropa Barat djuga merobah sifat individualis absoluut, dengan peraturan-pearturan jang lebih menitik beratkan fungsi kemasjarakatannja.

Kebebasan orang tua untuk mengatur penghidupan anak²nja dibatasi a.l. oleh Undang² mengenai wadjib beladjar. (sampai tingkat lulus S.R.).

Mengenai keseimbangan pembahagian kekuasaan dalam rumah tangga antara suami dan isteri djuga dilihat penggeseran dari pada kekuasaan si suami jang absoluut kepada kekuasaan bersama² dengan isteri mengenai pendidikan anak² dan lain² persoalan : Patria potetas, pouvoir paternel mengenai pengasuhan anak² diganti dengan hak dari si ibu jang didjamin dalam Undang² untuk ikut serta dalam penetapan² mengenai pendidikan dll. dari anak²nja.

Keseimbangan kekuasaan dalam rumah tangga antara suami isteri mengenai perdjandjian² sewa-beli lemari es, alat² rumah tangga listrik lainnja, ditetapkan setjara revolusioner, sehingga si isteri seolah² mempunjai hak veto. Untuk keabsjahan perdjandjian² sewa-beli jang dibikin oleh si suami, dibutuhkan persetudjuan dari isterinja.

Setjara humoristis peraturan itu disebut „het pantoffelheld artikel". [30]) Peraturan² mengenai penghidupan rumah-tangga sebagai „gemeenschap" jang mendjadi dasar dari masjarakat desa, kota, kabupaten, karesidenan, propinsi dan seterusnja Negara, memberi gambaran mengenai perobahan² dari pada sifat² individualistis ke arah fatsal² jang lebih bersifat kollektivistis.

Lain tjontoh dari pembatasan dasar liberalisme terdapat dalam ikut serta pemerintah mengenai persewaan rumah. Panitya persewaan dan Kantor Urusan Perumahan membatasi kebebasan membuat per-

djandjian² antara pemilik dan penjewaan rumah, membatasi partij-autonomi dan contrakteervrijheid berhubung dengan kekurangan perumahan disebabkan oleh Urbanisme dan perkembangan masjarakat baru serta lambatnja pembangunan gedung² baharu. Ikut serta pemerintah dan pembatasan hak² individu mengenai perumahan terdapat djuga dinegara² Demokrasi Barat.

Perantjang Undang² H. Perdata nasional akan menghadapi kewadjiban jang berat dalam merentjanakan kodifikasi H.P. Ideologi ekonomi terpimpin, ikut serta Pemerintah dalam penghidupan ekonomi setjara lebih intensip, akan merobah azas² Hukum Perdata jang sekarang berlaku disini.

Peraturan² jang mengenai hukum jang diatur dalam buku ke II dan III dari K.U.H.P. sekarang, sesuai dengan perobahan² struktuur sociaal dan ekonomis di Indonesia, akan dikurangi segi² individualistis dan liberalnja, diganti dengan Wirtschaftsrecht jang lebih bertjorak kollektip dan sosial.

Perkembangan tersebut bersifat universil. Baikpun di Negara² sosialis maupun di negara² kapitalis kita dapat mengikuti evolus termaksud. Di R.R.T. dari paberik² badja raksasa di Anshan Pabrik kimia di Lanchiu dan Pabrik mobil di Changchun sampai toko² konsumsi ada kepunjaan masjarakat. Di negara jang mempunjai struktuur sosial dan ekonomi jang berlainan daripada di R.R.T., misalnja di A.S. kita pun mendjumpai ikut sertanja Pemerintah dalam beberapa bidang industri, perdagangan dan pertanian.

Tennessee Valley Administration merupakan suatu tjontoh dari „step in" dari Pemerintah A.S. dalam usaha partikelir, sedangkan sebaliknja dalam mengusahakan tenaga Atom di Maine, jang semula hanja dikerdjakan oleh Pemerintah, kepada kapital partikelir diberi kesempatan untuk bekerdja bersama dan ikut serta menanam modalnja.

Lain tjontoh dari pembatasan azas individualisme dan liberalisme di A.S., jalah larangan „merger", gabungan usaha² partikelir dalam satu kongsi raksasa, jang dapat memegang pengawasan dan monopoli di seluruh A.S. dalam masing² lapangannja. Gabungan jang dapat membahajakan masjarakat dengan monopoli, dilarang dalam Anti Trust Act. Hal ini mengenai industri² raksasa badja, mobil, dan djuga larangan import pisang oleh satu perusahaan untuk hampir seluruh negeri. Berhubung dengan perkembangan ekonomi di A.S. „Sistim laisser faire-laisser aller" tidak dipertahankan seperti di Perantjis dari abad ke XIX.

Tudjuan perobahan peraturan ke arah melindungi kepentingan masjarakat di kedua negara tersebut diatas sama, jalah untuk mentjapai keadilan sosial, hanja penetapan² garis² pemisah antara kemerdekaan individu, hak² perseorangan dan diabdikannja hak² tersebut untuk ke-

pentingan umum berlainan. Jang satu lebih radikal dan total dari jang lain.

Dalam pada itu, menunggu selesainja pekerdjaan legislatip di Indonesia, Pengadilan dalam keputusan²nja dapat mentjiptakan hukum jang disesuaikan dengan kebutuhan masjarakat nasional.

Di Indonesia dalam fatsal 21 A.B. sesuai dengan hatsil jang ditjapai oleh revolusi Perantjis dalam tahun 1790 C.C. fatsal 5 dilarang diambilnja keputusan² jang bersifat peraturan² jang mengikat untuk seluruh penduduk dan mengikat untuk hakim rendahan, dengan apa jang disebut „Arrest de reglement". Il est defendu aux juges de prononcer, par voi de disposition generale et règlementaire, sur les causes, qui leur sont soumises.

Disini pun tidak diakui mengikatnja *„precedent"* principle dari stare decisis [31]) seperti jang dianut di negara-negara Anglo-Amerikan. Meskipun Hakim² rendahan bebas untuk mengambil keputusan² jang menjimpang daripada keputusan² jang pernah diambil oleh lain² hakim jang sederadjat atau lebih tinggi tingkatnja mengenai persoalan hukum jang sama, namun „persausive Authority" daripada Arresten Mahkamah Agung, akan dapat menjalurkan keputusan² pengadilan² ke arah jang sesuai dengan kebutuhan hukum daripada Masjarakat baharu disini.

Selain dari pada mengandjurkan sesuatu dengan pertimbangan² dalam arresten, Mahkamah Agung dalam peradilan kasasi dapat membatalkan keputusan² hakim² rendahan, jang bertentangan dengan kebutuhan hukum masjarakat. Pengawasan represssip dan persuasive Authority memberi djaminan akan adanja continuitet dari keputusan² jang disesuaikan dengan kebutuhan masjarakat [32]), meskipun Arresten Mahkamah Agung tidak mempunjai binding Authority terhadap hakim²

Hakim dan perantjang Undang² harus mengusahakan, agar supaja dalam menetapkan perkembangan hukum dari hukum jang bersifat individualistis liberaal ke arah hukum jang mempunjai fungsi sosial, ditjapai keseimbangan dan keseiramaan.

Hak² subjektip-dengan tidak mengurangi segi² daripada fungsi kemasjarakatannja-harus tetap diindahi dan dilindungi. Ekses kedjurusan manapun harus dihindari.

Djuga dalam bidang hukum, kita sedapat mungkin harus berusaha untuk memperoleh keseimbangan dan harmoni jang dipeladjarkan dalam filsafat Tionghoa sendiri kira² 400 tahun S.M. Pudjangga² mewartakan adanja dua kekuatan dalam kosmos, universe, jang satu disebut Yang dan jang lain dinamakan Yin. Menurut peladjaran tersebut, segala sesuatu, dalam dunia, dibentuk oleh gabungan daripada dua kekuatan tersebut. Prinsip Yang dan Yin, jang merupakan sifat prya terhadap sifat wanita, panas terhadap dingin, keras sebagai lawan dari lunak te-

rang terhadap gelap, dipakai dalam ilmu kedokteran, ilmu obat²an, dalam penetapan waktu² bertjotjok tanam, untuk tertjapainja keseimbangan dengan kekuatan² alam, jang tak dikendalikan oleh manusia.

Konsepsi Yang dan Yin ini berlainan daripada konsepsi² dualisme dalam filsafat klassik lainnja, jang menempatkan gelap sebagai lawan dari terang, kebaikan sebagai musuh dari kedjahatan dalam satu perselisihan jang terus-menerus. Sebaliknja Yang dan Yin tidak merupakan dualisme dalam konflik, akan tetapi merupakan² bahagian² dari satu keseluruhan jang harus digabungkan djadi satu, jang satu memperlengkapi jang lain. Tergabungnja Yang dan Yin merupakan suatu keseluruhan jang harmonis. [33]).

Dengan memakai prinsip Yang dan Yin dalam ilmu pengetahuan sosial, djadi djuga dalam bidang hukum, semoga dalam pembentukan hukum Nasional dapat diusahakan keseimbangan antara hak² individu sebagai subjectum iuris dan fungsi sosial dari hak² tersebut. Peraturan² dalam kodifikasi nasional diharap mentjerminkan kemerdekaan individu jang selaras dengan tjita² keadilan sosial, supaja dapat ditjapai masjarakat Indonesia jang merdeka, aman, adil makmur dan bahagia.

Sebelum saja mengachiri pidato ini, saja hendak menjampaikan terima kasih saja kepada semua guru-besar dari Rechtshogeschool dahulu, jang mendidik dan memimpin saja dalam ilmu pengetahuan hukum.

Mudah-mudahan saja dapat menjatakan rasa terima kasih saja kepada beliau² dengan bekerdja sebagai seorang pendidik pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga.

Saja ingin djuga menjatakan terima kasih saja kepada Senat Universitas Airlangga jang telah mengusulkan pengangkatan saja sebagai Guru-Besar luar biasa dan kepada Pemerintah atas kepertjajaan, penghargaan dan kehormatan jang diberikan kepada saja dengan pengangkatan saja ini.

Saja akan selalu berusaha dengan segala daja jang ada pada saja untuk menunaikan kewadjiban saja dengan sebaik-baiknja.

Saudara Presiden Universitas Airlangga, Saudara-saudara Guru Besar, dosen-dosen dan assisten-assisten saja merasa bahagia dapat diterima sebagai anggauta didalam kalangan Saudara-saudara dalam mana saja mendjalankan tugas saja dengan senang,atas suasana itu saja menjatakan banjak terima kasih kepada Saudara-saudara sekalian.

Saudara-saudara Mahasiswa, Kebiasaan dalam mengutjapkan pidato inaugurasi mengharuskan saja untuk baharu pada penutup pidato menjampaikan kata-kata achir saja kepada Saudara-saudara. Meskipun dalam penempatan urutan pidato, Saudara-saudara diletakkan dalam

babak penghabisan, akan tetapi dalam hati dan pekerdjaan saja Saudara-saudara-lah jang saja tempatkan dalam garis terkemuka.

Pemeliharaan mata-mata peladjaran Azas-azas Hukum Perdata dan Hukum Perdata dapat saja lakukan berkat keridlaan Saudara-saudara untuk bekerdja bersama-sama dan membantu saja.

Tiap tahun Indonesia membutuhkan tenaga-tenaga ahli, djuga dari Sardjana-sardjana Hukum.

Seperti djuga dengan hak-hak subjektip jang dalam perkembangan masjarakat baharu harus dititik-beratkan kepada fungsi sosialnja, begitupun diharapkan dari Saudara-saudara, supaja tenaga intelek Saudara-saudara dalam turut serta membangun Tanah Air, sesuai dengan panggilan zaman, diabdikan kepada kepentingan masjarakat.

Mudah-mudahan Saudara-saudara dikalangan manapun Saudara-saudara kelak akan bekerdja, akan menegakkan keadilan.

Selain dari pada itu, untuk tertjapainja masjarakat jang homogen saja harap Saudara-saudara saling mengulurkan tangan persaudaran, supaja bersama- sama membangun masjarakat Indonesia jang bersatu, adil dan makmur.

Mudah-mudahan dapat diwudjudkan apa jang tertulis sebagai sembojan dalam lambang Negara Republik Indonesia: „*Bhineka Tunggal Ika*" berbeda-beda, tetapi tetap satu djua.

Atas perhatian Saudara-saudara saja mengutjapkan banjak² terima kasih.

TJATATAN

1. von Savigny ; Von Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

2. O. Gierke; Der Entwurt eines bürgerlichen Gezetzbuch (1889) hal. 7 — disitir oleh :
Prof. Mr Paul Scholten : De Codificatie-gedachte voor honderd jaar en thans, halaman 9. Gedenkboek B. W. 1838 — 1938.

3. Soziologie des Rechts, disitir Mr P. Scholten seperti diatas, hal. 9.

4. Fromberg ; Verspreide geschriften, hal. 449.
Prof. Jb. Zeylemaker Jr ; Het B. W. in Nederlands Indië, hal. 733 dari Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838 — 1938.

5. Mr C. Asser's, Scholten handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Alg. deel pag. 13 d.s.

6. Mr I. Kisch Het Systeem van het B. W. vergeleken met dat van Buitenlandsche Codificaties, hal. 215 dan seterusnja : Gedenkboek B. W. 1838 — 1938.

7. Mr Scholten, Alg. deel pag. 3.

8. Mr van Bemmelen : Methode van interpretatie : Rechtskundige Opstellen I hal. 4 — 29.

9. Scholten ; Beginselen van Samenleving (Verspreide geschriften).

10. Dr Gezina H. J. van der Molen ; Misbruik van Recht in het Volkenrecht hal. 267 dari buku Opstellen op het gebied van Recht, Staat en Maatschappy, aangeboden aan Prof. Dr A. Anema en Prof. Dr P. A. Diepenhorst.

11. Prof. Dr Dooyeweerd; De Sociologische Verhouding tussen Recht en Economie en het probleem van het zgn Economisch Recht. hal. 240, buku disitir diatas.

12. disitir oleh Dr Gezina H. J. van der Molen, halaman 301 buku disitir diatas.

13. seperti diatas halaman 269.

14. Prof. Mr J. Eggens : Het Misbruik van Rechten de Vrijheid, halaman 9.

15. Mr. A. Wolfsbergen: Onrechtmatige daad, halaman 43.

16. Prof. Scholten dalam Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838 — 1938 hal. 4 (dari Esprit des Lois XI, 6).

17. Asser-Scholten ; Familierecht, halaman 263, tjetakan ke 8.
Alg. deel, hal. 122.

18. Völlmar ; Inleiding Nederlands Burgerlijk Recht hal. 230.

19. Eggens ; Verzamelde Privaatrechtelijk Opstellen hal. 117 — 120.

20. Arresten ; Mahkamah Agung Indonesia

11 — 5 — 1955	Madjalah	Hukum	1955	— 3.
27 — 4 — 1955	—„—	—„—	1956	— 1. 2.
22 — 5 — 1957	—„—	—„—	1958	— 1. 2.
15 — 1 — 1958	—„—	—„—	1958	— 9. 10.

Cita Karya - Sb.