

BAB II

KAJIAN TEORI DAN TINJAUAN PUSTAKA

A. Kajian Teori

1. Asas Keseimbangan Dalam Hukum Perjanjian

a. Asas

Asas hukum merupakan “jantungnya” peraturan hukum demikian pernyataan Satjipto Raharjo untuk menyebut landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum, berarti peraturan-peraturan hukum itu dapat dikembalikan pada asas-asas tersebut dan layak pula disebut sebagai alasan bagi lahirnya suatu peraturan hukum atau *ratio legis* dari peraturan hukum. Dengan adanya asas hukum, hukum bukan sekedar kumpulan peraturan peraturan tetapi mengandung nilai-nilai dan tuntutan-tuntutan etis.²⁸

Asas hukum mengandung tuntutan etis dan merupakan jembatan antara peraturan-peraturan hukum dengan cita-cita sosial dan pandangan etis masyarakatnya, sehingga melalui asas hukumlah peraturan hukum berubah sifatnya menjadi bagian dari suatu tatanan etis. Asas hukum bukanlah suatu peraturan hukum, namun tidak ada peraturan hukum yang dapat difahami dengan baik tanpa mengetahui asas-asas hukum yang ada didalamnya. Selain itu, diperlukan prinsip hukum : *Legal principles are one of the most useful legal sources not form the perspective of the high rates of their use as legal source, but rather because of their important role as generalization standards used to reason upon the validity of other written sources such as laws and subordinate laws.*²⁹

²⁸ Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hal. 45

²⁹ Jordan, *Legal Principles, Legal Values and Legal Norms: are They the same or Different*, European School of Law and Governance, Universum University, Prishtina, Kosovo, Academicus - International Scientific Journal, hal 113

Pemahaman terhadap asas hukum akan lebih lengkap bila kita dapat membedakan dengan nilai-nilai hukum sebagai prinsip hukum seperti penjelasan yang dikemukakan oleh Peter Stein : *“Three of the main legal values of a legal system are order, justice and freedom.¹⁹ The order represents the social peace between the members of human society, guaranteed by norms of behavior imposed by what known as law. Thus, the order could be identified also with the notion of rule of law, since in a given society the order will prevail as long as the law will be enforced, because by enforcing the law, people behave according to generalized standard manners, and in addition the enforcement of law guarantees to people also justice and better preserves their freedom that would be threaten by the irresponsibility of people who disobey the law. The justice is what Latin People called jus, as such, justice can be secured and delivered only by the law as a lex or a written jus. Cicero argued in His De Legibus that an understanding of law should not be derived from the formal source of legal rules, such as statute, enacted by the popular assemblies, or the edicts of magistrates. These rules are but one aspect of universal justice, which is to be found in the nature of man. Natural reason which is fixed and developed in human mind and common to all men, whatever their cultural background, commands what ought to be done and forbids what should not be done.”³⁰*

Kemudian, keseimbangan mencakup keadilan yang dijamin melalui dan oleh hukum : *The equilibrium that maintains an acceptable human justice between men freedoms is guaranteed only via and by law. In addition, we should be aware that there are also more legal values that what are present in world's legal systems. In fact, most of legal values are humanity universal values and therefore they have the same value in all legal systems regardless of differences among them. Nevertheless, taking into account that legal values are some kinds of general, basic and framework norms upon which a legal system is built, the legal values would be nothing more or less that what we*

³⁰ Peter Stein, John Shand, *Legal Values in Western Society*. Edinburg University Press. Available at <http://law.hku.hk/lawgovtsociety/stein.pdf>. Accessed on December 17, 2010

*have already presented as legal principles. In fact, legal values of a legal system can be indentified also with the main characteristics of a legal system, as such they outline the foundations of a legal system and thus, they are at the same time legal principles.*³¹

Dapat difahami bahwa peraturan hukum merupakan pembedaan dari norma hukum sebagai sarana yang paling lengkap untuk menyampaikan kehendak dari norma hukum. Akan tetapi untuk mencari makna dari suatu peraturan hukum pada tingkat yang lebih tinggi atau untuk mencari *ratio legis*nya sampai dapat menemukan pengertian yang lebih luas.

Asas-asas hukum sangat bermanfaat untuk memecahkan masalah-masalah baru, selain itu sangat penting untuk menafsirkan aturan-aturan sejalan dengan asas-asas yang mendasarinya³² Asas sangat penting peranannya dalam menafsirkan dan memaknai aturan-aturan yang tidak pernah dapat secara lengkap melingkupi semua masalah yang mungkin muncul, tidak saja ketika menghadapi kasus yang sulit tetapi juga dalam penerapan aturan pada umumnya, asas akan berperan sekalipun sekedar menegaskan kembali makna yang terkait dengan aturan tersebut.³³

Apabila aturan hukum tidak menetapkan atau dapat dikatakan terjadi kekosongan hukum maka akan dibutuhkan bantuan asas-asas hukum untuk memberikan makna terhadap aturan aturan hukum yang telah ada. Jadi, dalam keadaan tersebut asas-asas hokum haruslah diperjuangkan bukan pada tataran penilaian rasio manusia melainkan pada tataran kesusilaan.³⁴

³¹ ibid

³² *E-book, Roughly, constructive interpretation is amatter imposing purpose onan object or practise in order to make of it the best possible example of the form or genre to wich it is taken to belong*, Ronald dworkin Dworkin, Laws Empire, Harper Collins Publisher, London, 1991, hlm. 52.

³³ JM Smits, *Het Vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, diss RUL 1995, Arnhem, 1995, hlm. 69.

³⁴ Disarikan dari *E-book. .J.C.M. Leijten, Beginsel en tengenbeginsel in het Recht* (terjemahan) AA 40, 1991 hal.9

b. Asas Keseimbangan

Menurut Sri Gambir Melati Hatta dalam disertasinya yang berjudul “Beli Sewa sebagai Perjanjian Tak Bernama: Pandangan Masyarakat dan Sikap Mahkamah Agung Indonesia” menyatakan asas keseimbangan juga dipahami sebagai keseimbangan posisi tawar para pihak dalam menentukan hak dan kewajiban dalam perjanjian. Ketidakseimbangan posisi menimbulkan ketidakadilan, sehingga perlu intervensi pemerintah untuk melindungi pihak yang lemah melalui penyeragaman syarat-syarat perjanjian.³⁵

Asas keseimbangan dalam kontrak dengan berbagai aspeknya telah begitu banyak dikaji dan diulas oleh para ahli, sehingga muncul berbagai pengertian terkait dengan asas keseimbangan ini. Pengertian “keseimbangan-seimbang” atau “*evenwichtevenwichtig*” (Belanda) atau “*equality-equal-equilibrium*” (Inggris) bermakna leksikal “sama, sebanding” menunjuk pada suatu keadaan, posisi, derajat, berat, dan lain-lain. Herlien Budiono dalam analisisnya menemukan dan mengetengahkan bahwa, baik asas-asas hukum kontrak yang hidup dalam kesadaran hukum Indonesia (semangat gotong royong, kekeluargaan, rukun, patut, pantas, dan laras) sebagaimana yang tercermin dalam hukum adat maupun asas-asas hukum modern (asas konsensus, asas kebebasan berkontrak) sebagaimana yang ditemukan dalam perkembangan hukum kontrak Belanda dalam perundang-undangan, praktik hukum dan yurisprudensi, bertemu dalam satu asas, yaitu asas keseimbangan.³⁶

Asas keseimbangan adalah asas yang menghendaki kedua belah pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian. Kreditor mempunyai kekuatan untuk menuntut prestasi dan jika diperlukan dapat menuntut pelunasan prestasi

³⁵ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Pradana Media Group, Jakarta, 2011, hlm. 27.

³⁶ Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia, Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-asas Wigati Indonesia, (Het Evenwichtsbeginsel voor Indonesisch Contractrecht, Contractenrecht op Indonesische Beginselen Gescheid)* Citra Aditya Bakti, Bandung, 2015, hlm. 508-510.

melalui kekayaan debitor, namun debitor memikul pula kewajiban untuk melaksanakan perjanjian itu dengan iktikad baik. Asas keseimbangan dilandaskan pada ideologi yang melatarbelakangi tertib hukum Indonesia. Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 adalah sumber tata nilai dan mencerminkan cara pandang masyarakat Indonesia. Pemerintah Indonesia adalah wakil dan cerminan masyarakat dan juga menjaga arah perkembangan tertib hukum sehingga tolak ukur tata nilai Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 tetap terjaga sebagai ideal yang setiap kali hendak dijawabantahkan.³⁷

Hal ini berarti bahwa kata “keseimbangan”, pada satu sisi, dibatasi oleh kehendak (yang dimunculkan oleh pertimbangan atau keadaan yang menguntungkan), dan pada sisi lain, oleh keyakinan (akan kemampuan untuk) mengejawantahkan hasil atau akibat yang dikehendaki, dalam batasan kedua sisi ini tercapailah keseimbangan yang dapat dimaknai positif.

c. Asas Keseimbangan Sebagai Asas Etikal

Sebagaimana dimaknai dalam bahasa sehari-hari, kata “seimbang” (*evenwicht*) menunjuk pada pengertian suatu “keadaan pembagian beban kedua sisi berada dalam keadaan seimbang”.³⁸ Di dalam konteks studi “keseimbangan” dimengerti sebagai “keadaan hening atau keselarasan karena dari pelbagai gaya yang bekerja tidak satu pun mendominasi yang lainnya, atau karena tidak satu elemen menguasai lainnya. Gagasan keseimbangan mendorong semangat keseimbangan (*everwichtsgeest*) di dalam hukum adat, suatu pengakuan akan kesetaraan kedudukan individu dengan komunitas dalam kehidupan bersama. “Keseimbangan” batin, dalam

³⁷ Herlian Budiono, *Asas Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 357.

³⁸ Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Disertasi Leiden 1988, Devender 1988, hlm. 6-7.

karakter atau jiwa, merujuk pada pemahaman tidak adanya gejolak kejiwaan lagi, dan telah tercapai persesuaian atau keselarasan antara keinginan dan kemampuan memenuhinya, atau antara dorongan emosi dan kehendak. Potensi kemampuan manusia secara sadar terwujud dalam diperbuatnya suatu tindakan yang akibatnya betul dikehendaki kemunculannya ataupun terarah pada diupayakannya suatu perbaikan kondisi kehidupan. Hal ini berarti bahwa kata “keseimbangan”, ada satu sisi, dibatasi oleh kehendak (yang dimunculkan oleh pertimbangan atau keadaan yang menguntungkan), dan pada sisi lain, oleh keyakinan (akan kemampuan untuk) mengejawantahkan hasil atau akibat yang dikehendaki; dalam batasan kedua sisi ini tercapailah keseimbangan yang dapat dimaknai positif.

Mengenai posisi tawar para pihak peneliti sepakat dengan pendapat berikut ini : *Contractual activities are necessary to maintain a society, and are morally imperative to protect individuality. It is because they are voluntary that they are lauded ethically, and very often only because they are voluntary that they get accomplished at all. As voluntariness admits of degree, the greater the amount in any particular contract, the greater the likelihood of enforcement. As contracts become more voluntary, the law imposes a greater obligation on those entering the transaction to comply. This has traditionally taken the form of saying that the law will not look to the fairness of a bargain or to the adequacy of consideration. When a party freely and willingly makes a bargain that looks bad in retrospect, respect for social utility and individual autonomy call for routine enforcement. (The fundamental social importance of contract was discussed at length in E. Durkheim)*³⁹

Melalui suatu janji, seseorang secara kejiwaan (*psyche*) menempatkan dirinya dalam suatu situasi dengan keyakinan bahwa “sebagai akibat dari

³⁹ Peter Stein, John Shand, *Legal Values in Western Society*. Edinburg University Press. Available at <http://law.hku.hk/lawgovtsociety/stein.pdf>. Accessed on December 17, 2010

kondisi yang menguntungkan” secara nalar akan dapat diupayakan akibat yang memang dikehendaki. Tentu kehendak dan keyakinan tersebut harus dialami sebagai sesuatu yang memang layak atau nalar. Jika sebaliknya seseorang membayangkan kondisi yang “tidak layak atau tidak masuk akal” (*onredelijk*), risiko yang muncul ialah kekecewaan bagi pihak yang memiliki bayangan tidak masuk akal tersebut. Semua ini membawa kita pada ihwal keterikatan, kontraktual yang layak dibenarkan (*gerechtvaardigde*). Sekaligus hal ini berarti bahwa janji antara para pihak hanya akan dianggap mengikat sepanjang dilandasi pada asas adanya keseimbangan hubungan antara kepentingan perseorangan dan kepentingan umum atau adanya keseimbangan antara kepentingan kedua belah pihak sebagaimana masing-masing pihak mengharapkannya.

d. Asas Keseimbangan Sebagai Asas Yuridikal

Asas-asas hukum⁴⁰ tidak saja bermanfaat untuk memecahkan masalah-masalah baru dan membuka bidang baru, tetapi juga diperlukan guna menafsirkan aturan-aturan sejalan dengan asas-asas yang mendasari aturan-aturan dimaksud. Asas-asas tersebut sangat penting peranannya dalam menafsirkan dan memaknai aturan-aturan yang tidak pernah dapat secara lengkap melingkupi semua masalah yang mungkin muncul; “tidak saja tat kala menghadapi kasus-kasus sulit kita akan kembali pada asas tetapi juga dalam menghadapi penerapan aturan ‘pada umumnya’ asas akan turut berperan, sekalipun hanya untuk sekadar menegaskan kembali makna yang terkait atau diberikan pada aturan tersebut,” demikian dikatakan Smits. Berkenaan dengan penerapan aturan terhadap kasus tertentu, maka untuk itu kiranya harus ditemukan patokan berdasarkan penjelasan serta uraian aturan dapat diberikan dan latar belakang asas tersebut, untuk kemudian, beranjak dari itu

⁴⁰ J.J.H. Bruggink, *Rechtsretlecties, Grondbegrippen uit de rechtstheorie*, Deventer, 1993, hlm. 92-93.

menegaskan kembali makna yang terkait pada aturan tersebut. Suatu kriterium harus dapat ditemukan beranjak dari mana fakta dapat diuji relevansinya bagi hukum kontrak dimaksud ialah hukum kontrak Indonesia), sedemikian sehingga setiap kali dari asas keseimbangan yang melandasi kesepakatan antara pihak dapat dimunculkan keterikatan yuridis yang layak atau adil. Upaya pencarian kriterium demikian harus dimulai dengan memilah fakta di dalam kontrak dapat dikualifikasikan sebagai fakta atau kondisi memunculkan perikatan hukum yang pada gilirannya dapat dinilai serta diuji berkenaan dengan keterikatan yuridikal yang dilandaskan pada keseimbangan.

Asas keseimbangan, di samping harus memiliki karakteristik tertentu, juga harus secara konsisten terarah pada kebenaran logikal dan secara memadai bersifat konkret. Berdasarkan pertimbangan berkembang gagasan bahwa asas keseimbangan dapat dipahami sebagai asas yang layak atau adil dan, selanjutnya diterima sebagai landasan keterikatan yuridikal di dalam hukum perjanjian Indonesia. Untuk ini sangat penting memperjelas uraian asal mula asas keseimbangan dan bagaimana sifat-sifat dan asas keseimbangan serta menjawab pertanyaan mengapa asas ini harus difungsikan sebagai alasan pembenar dari keterikatan yuridikal hukum kontrak Indonesia.

Asas keseimbangan dilandaskan pada ideologi yang melatarbelakangi tertib hukum Indonesia. Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 adalah sumber tata nilai dan mencerminkan cara pandang masyarakat Indonesia. Pemerintah Indonesia adalah wakil dan cerminan masyarakat dan juga menjaga arah perkembangan tertib hukum sehingga tolak ukur tata nilai Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 tetap terjaga sebagai ideal yang setiap kali hendak diejawantahkan. Jadi dapat pula diartikan bahwa asas keseimbangan adalah asas yang menghendaki kedua belah pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian. Kreditor mempunyai kekuatan untuk menuntut prestasi dan jika diperlukan dapat menuntut pelunasan prestasi melalui

kekayaan debitor, namun debitor memikul pula kewajiban untuk melaksanakan perjanjian itu dengan iktikad baik.

Dalam dunia perbankan Islam, jasa-jasa perbankan berlandaskan *aqad* mengatur hubungan bank sebagai pemberi jasa keuangan dan nasabahnya berlandaskan konsep keadilan yang memperhatikan perlindungan yang seimbang terhadap kepentingan kedua belah pihak, menunjukkan bahwa asas keseimbangan dititik beratkan pada keseimbangan perlindungan kepentingan.⁴¹

Menurut Pasal 1233 KUHPerdato tiap-tiap perikatan dilahirkan dari perjanjian dan dari undang-undang. Kata “undang-undang” mempunyai arti baik secara formil maupun materil adalah peraturan yang tertulis, dan kata undang-undang dalam Pasal 1233 KUHPerdato ini adalah terjemahan dari bahasa Belanda *Wet* yang juga dapat diartikan sebagai hukum yaitu mencakup hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Dalam Pasal 1318 KUHPerdato menyatakan orang dianggap memperoleh sesuatu dengan perjanjian untuk diri sendiri dan untuk ahli warisnya dan orang yang memperoleh hak daripadanya, kecuali jika dengan tegas ditetapkan atau telah nyata dan sifat persetujuan itu bahwa bukan itu maksudnya. Mengingat bahwa perikatan dapat timbul bukan hanya dari perjanjian dan undang-undang saja, tetapi juga dari hukum tidak tertulis, maka lebih tepat bila Pasal 1233 KUHPerdato ini diterjemahkan menjadi: “Tiap-tiap perikatan dilahirkan dari perjanjian dan hukum (baik tertulis maupun tidak tertulis)”.⁴²

Subekti memberikan definisi bahwa suatu perikatan adalah suatu hubungan hukum antara dua orang atau dua pihak berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain dan pihak yang

⁴¹Sutan Remy Sjahdeini, *Perbankan Islam dan Kedudukannya dalam Tata Hukum Perbankan di Indonesia*, Grafiti Press, Jakarta, 2005, hlm. 2.

⁴²Hardijan Rusli, *Hukum Perjanjian Indonesia Dan Common Law*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993, hlm. 26.

lainnya berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu.⁴³ Hubungan hukum yang terjadi karena perjanjian ataupun hukum ini dinamakan perikatan karena hubungan hukum tersebut mengikat yaitu kewajiban-kewajiban yang timbul dari adanya perikatan itu dapat dipaksakan secara hukum, Jadi suatu perjanjian yang tidak mengikat atau tidak dapat dipaksakan (*unenforceable*) adalah bukan perikatan.⁴⁴

Dalam suatu perjanjian yang mengikat (perikatan) minimal harus ada salah satu pihak yang mempunyai kewajiban karena bila tidak ada pihak yang mempunyai kewajiban maka dikatakan tidak ada juga perjanjian yang mengikat. Dari hal tersebut di atas diketahui bahwa perjanjian ada dua yaitu perjanjian yang mengikat (perikatan) dan perjanjian yang tidak mengikat (perjanjian ini ada yang menyebut sebagai perikatan bebas).⁴⁵

Hubungan hukum adalah hubungan yang menimbulkan akibat hukum yaitu hak (*right*) dan kewajiban (*duty/obligation*). Hubungan hukum yang berdasarkan perjanjian adalah hubungan hukum yang terjadi karena persetujuan atau kesepakatan para pihaknya. Sedangkan hubungan hukum yang terjadi karena hukum adalah hubungan hukum yang terjadi karena undang-undang atau hukum tidak tertulis menentukannya demikian tanpa perlu ada persetujuan/kesepakatan terlebih dahulu.⁴⁶ Perikatan yang lahir dari hukum dibedakan dalam perikatan karena hukum saja, misalnya perikatan antara anak dengan orang tuanya; dan perikatan karena hukum sehubungan dengan perbuatan orang (Pasal 1352 KUH Perdata). Persamaan antara keduanya ialah bahwa kedua perikatan tersebut ditimbulkan oleh perbuatan manusia. Sedangkan perbedaan antara perikatan yang ditimbulkan oleh perjanjian dengan perikatan yang berdasarkan hukum sehubungan dengan perbuatan orang adalah sebagai berikut:

⁴³ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cetakan ke-21, PT Intermasa, Jakarta, 2005, hlm. 1.

⁴⁴ *Ibid.*, hlm. 27.

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 81.

⁴⁶ *Ibid.*, hlm. 27.

- 1) Perikatan yang berasal dari perjanjian memerlukan kesepakatan agar perikatan itu sah;
- 2) Perikatan yang berdasarkan hukum sehubungan dengan perbuatan orang tidak memerlukan kesepakatan/persetujuan terlebih dahulu.⁴⁷

Kemudian, asas keseimbangan sebagai asas yuridikal dapat diuraikan bahwa asas-asas hukum tidak saja bermanfaat untuk memecahkan masalah-masalah baru dan membuka bidang baru, tetapi juga diperlukan guna menafsirkan aturan-aturan sejalan dengan asas-asas yang mendasari aturan-aturan dimaksud. Asas-asas tersebut sangat penting peranannya dalam menafsirkan dan memaknai aturan-aturan yang tidak pernah dapat secara lengkap melingkupi semua masalah yang mungkin muncul, tidak saja tat kala menghadapi kasus-kasus sulit kita akan kembali pada asas, tetapi juga dalam menghadapi penerapan aturan pada umumnya asas akan turut berperan, sekalipun hanya untuk sekadar menegaskan kembali makna yang terkait atau diberikan pada aturan tersebut, demikian dikatakan Smits. Berkenaan dengan penerapan aturan terhadap kasus tertentu, maka untuk itu kiranya harus ditemukan patokan berdasarkan penjelasan serta uraian aturan dapat diberikan dari latar belakang asas tersebut, untuk kemudian beranjak dan itu menegaskan kembali makna yang terkait pada aturan tersebut. Suatu kriterium harus dapat ditemukan, beranjak dari mana fakta dapat diuji relevansinya bagi hukum kontrak (di sini dimaksud ialah hukum kontrak Indonesia), sedemikian sehingga setiap kali dari asas keseimbangan yang melandasi kesepakatan antara para pihak dapat dimunculkan keterikatan yuridis yang layak atau adil. Upaya pencarian kriterium demikian harus dimulai dengan memilah fakta mana di dalam kontrak dapat dikualifikasikan sebagai fakta atau kondisi yang memunculkan perikatan hukum yang pada gilirannya dapat dinilai serta diuji berkenaan dengan keterikatan yuridikal yang dilandaskan pada asas

⁴⁷*Ibid.*

keseimbangan. Asas keseimbangan⁴⁸ di samping harus memiliki karakteristik tertentu, juga harus secara konsisten terarah pada kebenaran logika dan secara memadai bersifat konkret. Berdasarkan pertimbangan ini berkembang gagasan bahwa asas keseimbangan dapat dipahami sebagai asas yang layak atau adil⁴⁹ dan selanjutnya diterima sebagai landasan keterikatan yuridikal di dalam hukum kontrak Indonesia. Untuk ini sangat penting memperjelas uraian asal mula asas keseimbangan dan mengurai bagaimana sifat-sifat dan asas keseimbangan serta menjawab pertanyaan mengapa asas ini harus difungsikan sebagai alasan pembenar dan keterikatan yuridikal hukum kontrak Indonesia.⁵⁰

Perjanjian sebagai sumber perikatan memiliki perbedaan dengan sumber perikatan yang lain, yaitu undang-undang, berdasarkan pada sifat kesukarelaan dari pihak yang berkewajiban untuk melakukan prestasi terhadap lawan pihaknya dalam perikatan tersebut. Dalam perjanjian, pihak yang berkewajiban untuk melakukan suatu prestasi, dalam hal ini yaitu debitur, dapat menentukan terlebih dahulu mengenai apa, kapan, dimana, dan bagaimana ia akan memenuhi prestasinya tersebut (dengan menyesuaikan kemampuan untuk memenuhi prestasi dan untuk menyelaraskan dengan hak (dan kewajiban) yang ada pada lawan pihaknya).

e. Asas Keseimbangan dalam Maksud dan Tujuan dari Perjanjian

Suatu fakta hukum atau kejadian nyata tunduk pada hukum kausalitas; dengan itu kita dapat menelusuri asal mula atau keterjalinan sebab-akibat fakta tersebut dengan gejala-gejala lainnya. Di dalam suatu perjanjian para pihak mengungkapkan kehendak mereka dalam bentuk janji. Kenyataan bahwa orang menutup kontrak kiranya dilandasi suatu tujuan atau maksud tertentu. Fakta menunjuk pada adanya keterjalinan dengan gejala kemunculan suatu perjanjian,

⁴⁸ Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Op.Cit, hal. 66.

⁴⁹ Djumadi, *Kedudukan Kesepakatan Bersama (KKB) dalam Hubungan Industrial Pancasila (HIP)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993, hlm. 3.

⁵⁰ Herlien Budiono, *Op., Cit.* hlm. 305.

yang dibentuk oleh para pihak, keterikatan atau kekuatan mengikat dan dipenuhinya perikatan. Melalui suatu perjanjian, maksud dan tujuan para pihak dapat dicapai. Apakah maksud dan tujuan perjanjian semata-mata adalah memunculkan kekuatan mengikat serta pemenuhan perikatan? Pertanyaan ini memunculkan persoalan lain yakni apa tujuan dan perjanjian yang ditutup para pihak dan apa yang menjadi dasar dari kekuatan mengikatnya perjanjian secara yuridikal.⁵¹

Melalui suatu perjanjian dapat diupayakan perubahan berkenaan dengan pembagian dan pertukaran benda-benda ekonomis maupun jasa, yakni sebagai suatu “pergeseran sukarela” (*vrijwillige verschuiving*)⁵². Suatu perjanjian bisnis dilaksanakan, misalnya dengan cara menyerahkan barang-barang yang tersedia di dalam supermarket setelah diserahkannya sejumlah uang tertentu. Berbeda dengan itu ialah “perjanjian” yang dibuat dalam lingkungan keluarga, misalnya saya akan mencuci, sedangkan kamu memasak. Pencapaian tujuan suatu perjanjian dilandaskan pada kehendak yang telah diungkapkan, yakni dalam bentuk janji-janji di antara para pihak yang terkait. Di dalam dunia ekonomi, perjanjian merupakan instrumen terpenting untuk mewujudkan perubahan-perubahan ekonomi dalam bentuk pembagian barang dan jasa. *Ratio* (dasar pikiran) perjanjian merujuk pada tujuan terjadinya pergeseran harta kekayaan secara adil (*gerechtvaardigde*) dan memunculkan akibat hukum terjadinya pengayaan para pihak juga secara adil. Kontrak mengejawantah ke dalam maksud dan tujuan menciptakan keadaan yang lebih baik (*een beter leven brengen*)” bagi kedua belah pihak. Agar pertukaran sebagai pengayaan yang adil, dapat dipandang sebagai *fair exchange*, maka suatu prestasi harus diimbangi dengan kontraprestasi. Pertukaran secara timbal balik merupakan konsep kunci bagi terciptanya keadilan di atas. Namun demikian, tidak semua perlakuan sama bagi kasus serupa menghasilkan pertukaran yang adil.

⁵¹Jac. Hijma, *Op.Cit.*, hlm.7.

⁵²J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, 1979, hlm. 57.

Perlakuan yang sama harus diperlengkapi dengan suatu kriterium materiil yang pada gilirannya menjadi landasan bagi pola atau tata nilai yang berlaku sebagai pilihan yang harus diambil masyarakat.

Pertukaran belaka tidaklah cukup, mengingat kenyataan bahwa tidak setiap kontrak dapat diwujudkan dalam bentuk pertukaran langsung, Sebagaimana terjadi dalam jual beli di supermarket. Kadang kala dalam suatu pertukaran, salah satu pihak harus menunggu pemenuhan apa yang telah diperjanjikan. Di dalam kontrak, kerja sama dari para pihak mutlak harus didukung oleh daya psikis sehingga daya ini dapat mempengaruhi dan mendorong kehendak para pihak terkait. Kehendak yang muncul akibat daya atau dorongan psikis ini, yang mengungkapkan diri dalam suatu janji merupakan landasan bagi kekuatan mengikat. Saya menjual buku ini pada Anda dan Anda membayar saya Rp.25.000,00. Kedua belah pihak terikat untuk memenuhi janji mereka masing-masing. Buku tersebut masih harus diserahkan dan pembayaran juga masih akan dilakukan.

Dalam pandangan Atiyah⁵³, perjanjian memiliki tiga tujuan dasar, sebagaimana digambarkan di bawah ini secara singkat:

- 1) Tujuan pertama dari suatu kontrak ialah memaksakan suatu janji dan melindungi harapan wajar yang muncul darinya.
- 2) Tujuan kedua dari suatu kontrak ialah mencegah pengayaan memperkaya diri) yang dilakukan secara tidak adil atau tidak benar.
- 3) Tujuan ketiga ialah *to prevent certain kinds of harm*.
- 4) Di samping ketiga tujuan yang disebutkan di atas, menurut hemat pendapat ditambahkan tujuan esensial lain, yakni yang diturunkan dari asas (harmoni) di dalam hukum adat, yakni:

⁵³PS. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5th. Ed., Oxford University Press Inc., New York, 1995, hlm. 35.

- 5) Tujuan keempat dari kontrak ialah mencapai keseimbangan kepentingan sendiri dan kepentingan terkait dari pihak lawan.

Demikianlah, tujuan fundamental pertama dari suatu perjanjian diturunkan dari janji dengan fungsi mewajibkan, di dalam hukum perjanjian, yang *imposed*⁵⁴. Melalui asas inilah, tujuan pertama dari kontrak menemukan bentuk kekuatan mengikatnya.

Tujuan kedua dan ketiga menegaskan syarat pencampuran *community values*, yakni dari keadilan (*rechtvaardigheid*) dengan kepatutan (*beta melijkheid*) atau kacamata hukum adat kita berbicara tentang asas patut atau pantas. Orang-orang galibnya tidak akan menutup suatu perjanjian tidak demi keuntungan mereka sendiri. Tujuan atau fungsi utama dari pertukaran melalui perjanjian ialah memungkinkan dikembangkannya struktur ekonomi yang layak di dalam masyarakat, yakni dengan membentuk sistem tolok ukur dan perimbangan kepentingan di dalam mana dimungkinkan kelancaran konsumsi, produksi, dan penciptaan penghasilan seluruh masyarakat. Selanjutnya, juga dapat dikonstatasi dan ditambahkan bahwa motivasi atau latar belakang perbuatan seseorang maksud pencapaian tujuan tertentu, pada satu pihak, mendapat pengaruh dari ekonomi pasar senilai kepentingan sendiri, sedangkan pada lain juga dipengaruhi oleh pertimbangan-pertimbangan etikal dan moral. Tujuan keempat ialah mencapai keseimbangan; kepantasan atau sikap tertentu dimaksudkan di sini kondisi batin yang mencerminkan rasa syukur atau kepuasan dan upaya secara sadar menanggapi peluang eksistensi imateriil (*immateriele zijnsmogelijkheid*).

Sebagaimana dikata oleh Soepomo hukum mengharapkan dari para pihak, kemampuan untuk bersikap menjaga kepantasan sosial, baik satu pihak terhadap lainnya maupun terhadap semua orang yang mungkin terlibat di dalam suatu transaksi.

⁵⁴ *Ibid.*

Rawls berpendapat bahwa *happiness* (kepuasan batin) seperti di atas merupakan landasan dari asas *the good of justice* yang mencakup dua aspek:

*“(..) one is the successful execution of a rational plan (the schedule of activities and aims) which a person strives to realize, the other is his state of mind, his sure of confidence supported by good reason that his success will endure.”*⁵⁵

Bagaimana caranya mencapai *happiness* demikian jika inti dari suatu perjanjian diletakkan pada kehadiran dua atau lebih pihak yang masing-masing mewujudkan kebebasan mereka sepanjang hal itu berkesesuaian satu sama lain. Hal ini kiranya terejawantah dalam kehendak bebas dan individu dan dalam bentuk janji di mana masih terbuka peluang untuk melakukan tuntutan hukum, dengan bantuan hukum objektif, demi pemenuhan perjanjian dimaksud. Penutupan suatu perjanjian yang berjalan sepenuhnya sebagaimana dikehendaki pada pihak berarti bahwa tujuan akhir kontrak akan tercapai dan secara umum telah tercipta “kepuasan”. Jiwa atau semangat keseimbangan dalam hal ini telah difungsikan.

Di dalam perjanjian ungkapan kehendak yang dinyatakan penawaran dan penerimaan dianggap sebagai elemen konstitutif dari kekuatan mengikat kontraktual. Penawaran dan permintaan mengandung janji. Namun demikian, adanya suatu janji bertimbal balik tidak serta merta membentuk perjanjian. Perjanjian baru terbentuk jika ada pertemuan atau persesuaian antara janji-janji yang ditujukan satu terhadap lainnya Apakah ini berarti bahwa kekuatan mengikat kontrak dapat dikembalikan pada janji? Pertanyaan ini memunculkan persoalan lain, yakni apakah di sini perbuatan manusia akan menjadi kriterium ataukah bahwa kriterium demikian harus dicari dalam daya kerja kesepakatan serta apakah hal ini sebelum mulai adanya keterikatan kontraktual memiliki” makna wigati ⁵⁶(*oorspronkelijke betekenis*)”. Ataukah keterikatan kontraktual

⁵⁵ J. Rawls, *A theory of Justice*, Oxford University Press Inc., New York, 1973, hlm. 549.

⁵⁶ Artinya : Penting,, penting sekali, kepentingan

dan surat perjanjian akan bergantung pada muatan isi perjanjian atau maksud dan tujuan serta perwujudannya?

Scholten berpendapat bahwa: *“Bukanlah pada muatan isi perjanjian, melainkan sumber atau asal dan muasal pernyataan kontraktual yang membentuk karakter hukum.”* Adalah individu sendiri yang memunculkan keterikatan, kontraktual bahwa suatu janji mengikat tidak dapat diterangkan dengan cara lain terkecuali dari fakta bahwa itulah yang telah diperjanjikan.” Berkenaan dengan fenomena kekuatan mengikat suatu janji, ilmu hukum tidak mampu menjelaskannya lebih lanjut. Menurut Hirma, Scholten bukan ratio dari keterikatan atau kekuatan mengikat yang dimunculkan melainkan menjelaskan cara bagaimana keterikatan demikian muncul.

Suatu kehendak yang telah dinyatakan dan diungkap dalam bentuk suatu bertujuan, baik menciptakan keterikatan maupun akibat hukum janji tidak muncul karena telah dinyatakan, tetapi karena dikehendaki.

Didalam pustaka hukum Anglo-Amerika gagasan bahwa perjanjian dapat kembali pada janji-janji yang telah diberikan besar pengaruh Dalam pandangan Fried, kontrak dan otonomi pihak terkait berkelindan. Keterkaitan antara otonomi dan janji seketika muncul dalam kalimat pertama buku Fried:

*“(...) the promise principle is that principle by which persons may impose on themselves obligations where none existed before (...)”*⁵⁷

Fried berpendapat bahwa satu-satunya faktor yang berlaku dan relevan untuk menentukan ada tidaknya keterikatan/kekuatan mengikat ialah “tatkala dijanjikan, maka terciptalah keterikatan kontraktual”.⁵⁸

Menurut Ernest G. Lorenzen, doktrin Anglo-Amerika bahwa perjanjian, agar dapat dilaksanakan, harus dibungkus dalam bentuk khidmat atau didukung oleh pertimbangan, tidak dapat, setidaknya berkaitan dengan unsur

⁵⁷Charles Fried, *Contract as Promise; A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts and London, England, 1981, hlm. 6.

⁵⁸*Ibid.*

pertimbangan, dibenarkan menurut teori. Perjanjian yang secara fisik dimungkinkan dan diizinkan secara hukum harus, pada prinsipnya, dapat dilaksanakan, meskipun tidak ada pertimbangan yang berharga, jika itu adalah niat para pihak untuk mengambil hubungan hukum. Tetapi doktrin Anglo-Amerika membatasi uji validitas hanya pada dua bentuk bukti saja, dari sejumlah besar kemungkinan dan bentuk rasional dari bukti niat benar untuk memikul kewajiban dengan hasil yang telah ditemukan tidak memuaskan.⁵⁹

Kiranya benar bahwa janji merupakan ungkapan dari kehendak yang dinyatakan. Janji yang diberikan mencakup kehendak dan kewenangan untuk mewujudkan janji tersebut. Pentingnya perbuatan dalam bentuk berjanji yang dalam dirinya sendiri mengimplikasikan kekuatan mengikat, tidak kita temukan dalam kaitan dengan akibat yang ditimbulkan, tetapi dalam makna yang terkandung dalam dirinya sendiri. Perujukan pada kekuatan mengikat suatu janji bukanlah *symptom* dari pandangan “historis-psikologis” terhadap janji, melainkan harus dipandang sebagai upaya meletakkan batas-batas di dalam mana kita mencari dan menelusuri apa yang dikehendaki atau seharusnya dimaksud oleh para pihak. Suatu janji yang telah diberikan berarti penyerahan dari apa yang dapat diminta oleh pihak yang menawarkan pada pihak penerima”. Legitimasi suatu janji dicari dan ditemukan dengan cara memandang janji sebagai kewenangan bertindak. Para pihak berjanji akan melakukan sesuatu, dalam perkataan dan perbuatan, karena para pihak memang bekemampuan, tidak saja dalam arti materiil, tetapi juga spiritual. Perbuatan hukum dalam hal ini terwujud dilihat dari dua kategori substansi yang terpilah, yakni janji serta kemampuan bertindak. Sekalipun janji dirinya sendiri memunculkan daya membangkitkan akibat, namun tetaplah kita harus mencari dan menelusuri sumber daya kerja janji, yaitu janji tersebut terbentuk akibat

⁵⁹ Ernest G. Lorenzen, *Causa And Consideration In The Law Of Contracts* , Yale Law Journal, Issue 7 Vol. 28, 1919, hlm. 646.

kesetaraan para pihak ataukah perjanjian berisikan ketentuan, tujuan, atau pelaksanaan yang dapat memunculkan terjadinya situasi tidak seimbang.

Janji adalah faktor potensial, titik taut dari apa yang sesungguhnya dikehendaki ataupun sepatutnya dimaksud para pihak dalam rangka mehubungan hukum tertentu (terikat pada kata dan perbuatan dan kemampuan mewujudnyatakannya).

Dalam pencapaian keseimbangan konsep-konsep di atas, yakni janji individual dan kewajiban *to prevent certain kinds of harm*, mengimplikasikan bahwa perjanjian adalah suatu yang bermula dari suatu janji menuju kesepakatan (bebas) dari pihak dan berakhir dengan pencapaian tujuan: perjanjian yang terdalam semangat atau jiwa keseimbangan. Dari lingkup suasana Indonesia dapat dimunculkan “tujuan keempat” dari kontrak, yakni tercapainya “kepatutan sosial (*sociale gezindheid*)” dan suatu keseimbangan selaras (kemungkinan eksistensi imateriil (*immateriele zijnselqkfleid*)). Hubungan-hubungan hukum ini dengan janji sebagai titik taut harus dilindungi dari situasi tidak seimbang dan sebab itu harus di-jamin dan dilindungi melalui hukum objektif. Menurut hemat penulis, keseimbangan tersebut secara nyata juga diacu oleh hukum objektif yang menetapkan kadang lebih, kadang kurang apa yang seharusnya menjadi hukum apabila kita mengikatkan diri dari dalam situasi seperti apa keterikatan muncul. Fakta inilah yang secara dasarnya melindungi kepentingan, baik individu maupun masyarakat. Soepomo menyatakan bahwa dalam hal individu satu sama lain menutup perjanjian dan mengikatkan diri pada kontrak jangka pendek maupun jangka panjang, maka hak dan kewajiban yang diturunkan dari hubungan-hubungan hukum tersebut harus dipahami dalam semangat komunal.

Suatu perjanjian terwujud karena dikehendaki oleh individu yang sangkutan dan mendapat perlindungan hukum objektif. Otonomi pihak (*partijautonomie*) yang ditempatkan di dalam semangat komunal yang merupakan “tuntutan lalu lintas hukum” harus dicari dasarnya yang sesuai

dengan norma dan nilai yang diterima oleh masyarakat dan mengandung makna “otonomi” dan “semangat komunal” tersebut. Di sini kembali pada persoalan dasar perihal kemunculan dari norma-norma khususnya mengenai sumber-sumber asal dan muasal norma-norma tersebut. Bagi masyarakat hukum Indonesia kiranya jelas bahwa dalam arti asal dan muasal yang harus diterima harus mengalir salah negara Pancasila. Falsafah negara ini menyatakan bahwa individu dan masyarakat selaras satu sama lainnya dalam semangat kekeluargaan dan gotong royong. Karena itu pada prinsipnya dalam semangat ini, individu dan masyarakat atau kebebasan dan kekuasaan tidak dihadapkan berseberangan satu sama lainnya, tetapi sejajar dan secara langsung berada dalam keadaan keseimbangan. Hubungan hukum yang dilandaskan pada janji menemukan dasarnya dalam bebasan kehendak yang mengejawantah dalam semangat komunal. Hubungan antara kepentingan pribadi dan masyarakat yang seyogianya selaras satu sama lain adalah suatu penilaian yang dari sudut pandang Indonesia merupakan norma. Sebab itu pula jika keseimbangan antara kepentingan telah tercapai akan tercapai pergeseran atau perpindahan kekayaan yang dapat dijustifikasi serta memunculkan akibat hukum pengayaan diri yang dapat dibenarkan. Dengan asas rukun, patut pantas, dan laras di dalam hukum adat dalam semangat gotong royong dan kekeluargaan yang menjadi dasar pengembangan sistem ekonomi Indonesia (Pasal 33 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945), tujuan para pihak dalam hal menciptakan tertuju pada akibat hukum perpindahan kekayaan yang dapat dibenarkan yang sedianya juga menghasilkan keseimbangan antara individu satu sama lain atau antara individu dan masyarakat.

Asas keseimbangan tidak mungkin tercipta dalam format perjanjian baku (standar) karena maksud dan tujuan perjanjian dalam format baku (standar) ditentukan oleh salah satu pihak. Pada umumnya, bentuk perjanjian kredit perbankan adalah berbentuk perjanjian standar. Dalam perjanjian standar

syarat-syaratnya ditentukan sepihak oleh pihak bank. Debitur tidak memiliki posisi tawar (*bargaining position*) yang menguntungkan. Beberapa bentuk kontrak baku yang sangat banyak digunakan dalam bisnis perbankan adalah perjanjian kredit, aplikasi dan syarat-syarat pembukaan rekening Koran, aplikasi dan syarat-syarat pembukaan tabungan, aplikasi pembukaan deposito berjangka sertifikat deposito, aplikasi pengiriman (transfer) uang.⁶⁰

Walaupun di dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur secara khusus tentang perbankan tidak ditemukan adanya pengaturan yang secara tegas dapat dijadikan dasar hukum dalam memberikan jaminan kepastian perlindungan terhadap nasabah sebagai konsumen dalam pelaksanaan perjanjian kredit yang lazimnya dilakukan melalui standar kontrak/kontrak baku, menjadi harapan bersama bahwa keberadaan UU Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen akan mampu mengantisipasi kebutuhan praktik perjanjian dalam bentuk standar kontrak/kontrak baku di dunia perbankan pada umumnya, dan dalam praktik perjanjian kredit perbankan khususnya, yang memberikan perlindungan dan kedudukan yang seimbang bagi para pihak.

Wirjono Prodjodikoro menafsirkan ketentuan dalam Pasal 1754 KUHPerdata tersebut sebagai sebagai persetujuan yang bersifat riil, karena pasal tersebut tidak menyebutkan bahwa pihak kesatu mengikatkan dirinya untuk memberikan suatu jumlah tertentu barang-barang yang menghabiskan, melainkan bahwa pihak kesatu memberikan suatu jumlah tertentu barang-barang yang menghabiskan karena pemakaian.

Menurut Mariam Darus Badruizaman, berdasarkan rumusan Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan mengenai perjanjian kredit disimpulkan bahwa dasar perjanjian kredit adalah perjanjian pinjam meminjam

⁶⁰ H.P. Panggabean, *Praktik Standaard Contract (Perjanjian Baku) dalam Perjanjian Kredit Perbankan*, Alumni, Bandung, 2012, hlm. 15.

di dalam KUHPerdara Pasal 1754. Pinjam meminjam mengandung makna yang luas yaitu objeknya adalah benda yang menghabiskan jika verbruiklening termasuk di dalamnya uang, karena perjanjian kredit perbankan merupakan perjanjian yang bersifat riil yaitu bahwa terjadinya perjanjian kredit ditentukan oleh penyerahan uang oleh Bank kepada nasabahnya.

Menurut Rachmadi Usman, berpendapat bahwa perjanjian kredit Bank merupakan perjanjian baku (*standard contract*) yang isi atau klausula-klausula perjanjian kredit tersebut telah dibakukan dan dituangkan dalam bentuk formulir (blanko), tetapi tidak terikat dalam suatu bentuk tertentu (*vorm vrij*). Dalam hal ini calon debitur tinggal membubuhi tanda tangannya saja apabila bersedia menerima isi perjanjian tersebut. Dengan demikian, dapatlah disebutkan bahwa Bank tidak memberikan kesempatan kepada calon debitur untuk membicarakan terlebih dahulu isi atau klausula-klausula yang diajukan oleh pihak Bank. Pada tahap ini terjadi kedudukan yang tidak seimbang antara debitur dan Bank, kedudukan calon debitur sangat lemah, sehingga menerima saja syarat-syarat yang diberikan oleh pihak Bank karena jika tidak demikian calon debitur tidak akan mendapat kredit.⁶¹

Sejak awal pembangunan dilakukan telah diatur tentang perbankan sebagai upaya mencapai kemakmuran itu, diperlukan berbagai bentuk Badan Usaha. Salah satu pelaku ekonomi yang berbentuk Badan Usaha adalah Bank. Menurut Pasal 1 UU Nomor 14/1967 tentang Pokok-Pokok Perbankan, Bank dimaksud sebagai suatu Lembaga Keuangan yang menjalankan usaha pokoknya dengan memberikan kredit dan jasa-jasa dalam lalu lintas pembayaran dan peredaran uang. Dengan Lembaga Keuangan dimaksudkan semua badan yang melalui kegiatan-kegiatannya di bidang keuangan menarik uang dari/dan menyalurkan ke dalam masyarakat.⁶²

⁶¹ *Ibid.* hlm. 17.

⁶² *Ibid.* hlm. 46.

Sejalan dengan bertambahnya jumlah kantor bank dan dengan adanya kecenderungan masyarakat modern mendapatkan jasa pelayanan bank yang cepat, efisien, efektif, dapat dipahami bahwa pihak perbankan sangat berkepentingan mempergunakan berbagai bentuk formulir Perjanjian Kredit yang telah disusun secara tercetak dan berisi berbagai ketentuan tentang peminjaman uang dari bank tersebut. Model Perjanjian Kredit itulah yang lazimnya di istilahkan sebagai surat perjanjian membuka kredit atau surat perjanjian kredit dan biasanya model itu diberi nama Perjanjian Kredit.

Isi model Perjanjian Kredit tersebut dibagi menjadi 3 (tiga) bagian, yakni:⁶³ Bagian ke-1, berisi ketentuan pokok mengenai jumlah uang yang dipinjam, ketentuan bunga, peruntukan peminjaman uang dan cara pelunasan serta lamanya waktu pinjaman. Bagian ke-2, berisi ketentuan tambahan mengenai syarat-syarat khusus yang mengandung hak dan kewajiban di pihak bank dan debitur. Bagian ke-3, berisi ketentuan khusus yang disebut sebagai syarat-syarat eksonerasi, yakni ketentuan-ketentuan yang menentukan pembatasan atau penghapusan tanggung jawab pihak bank memikul berbagai kewajiban, sehingga kewajiban itu beralih menjadi tanggung jawab pihak debitur.

Di samping model Perjanjian Kredit (P.K) diatas, pihak B.R.I merupakan satu-satunya bank yang sampai saat ini masih menggunakan Staatsblad tahun 1934. Mengapa hanya B.R.I yang masih menggunakan model P.K., berisi syarat-syarat umum (*Algemeene Voorwaarden*) yang dibuat tahun 1934, hal itu disebabkan B.R.I, sebagai lanjutan *de Algemene Volkscrediet* bank menganggap syarat-syarat umum itu (untuk selanjutnya di singkat menjadi S.S.U.) masih berguna untuk diterapkan bagi debitur. Syarat-syarat umum itu, mengandung berbagai ketentuan umum bagi pihak debitur yang akan menggunakan kredit bank. Syarat—syarat khusus yang tercetak di dalam model

⁶³ *Ibid.* hlm. 47.

P.K. dan juga model Syarat—syarat umum yang masih digunakan pihak B.R.L, pada dasarnya dimaksudkan memberikan jaminan yang sempurna bagi bank mendapatkan pengembalian kredit pinjaman tersebut.

Jika bagian ke-1, isi suatu model P.K., masih dikosongkan, hal itu dimaksudkan untuk diisi setelah tercapai kesepakatan antara bank dan debitur, akan tetapi untuk bagian ke-2 dan bagian ke-3, pihak debitur cukup ditawarkan untuk menerimanya atau untuk tidak menerimanya. Penggunaan model P.K. itu telah berjalan sejak lama hingga sekarang, sehingga dengan cara seperti itu para debitur harus menerima berbagai syarat (syarat-syarat khusus, umum atau tambahan) tanpa dimungkinkan mengubah isinya. Dengan demikian, penggunaan model perjanjian kredit yang berjalan selama ini telah tidak menerapkan asas kesepakatan, khususnya mengenai syarat-syarat peminjaman uang tersebut.⁶⁴

Terhadap praktik penggunaan model P.K. perlu diadakan pembahasan agar diperoleh suatu cara memberikan perlindungan hukum bagi para pengguna jasa bank. Karena model P.K. yang berlaku di kalangan perbankan telah dicetak secara seragam (*uniform*), dapat dikatakan model P.K. tersebut sebagai “*standaard contract*”. Seringkali penggunaan perjanjian baku ditujukan dalam rangka efisiensi seperti dinyatakan Joel Levin and Banks McDowell : *This is not strictly a weighing test, however, for too great a disparity between voluntariness and fairness will vitiate the contract. Equitable but coerced or paternalistic contracts are not enforced. A threshold amount of each element is necessary. They involve a weighing of complex contract concepts designed to sanction only desirable pacts. Finally, we are not using "economic efficiency" because we do not think the courts either do use or should use such a concept. In addition, the voluntariness element, and particularly the fairness element, which are the central variables in our theory, will often conflict with the aim of*

⁶⁴ *Ibid.* hlm. 48.

*economic efficiency. In a later section on competing contract models, we explain in more detail why these concepts are not part of our theory. Now let us return to our own thesis to provide a more detailed explanation of the concepts we employ.*⁶⁵

Meskipun benar dalam praktik “*standaard contract*” syarat-syarat perjanjian yang tercantum dalam model “*standaard contract*” telah diberlakukan sepihak, perjanjian kredit bank itu sendiri tidaklah tergolong perjanjian sepihak (*eenzijdige overeenkomst*). Schut menjelaskan bahwa pengertian perbuatan hukum (*rechts handeling*) dapat dibagi atas perbuatan hukum yang sepihak (*eenzijdig rechtshandeling*). Berdasar pengertian itu, Schut mengingatkan:

“agar tidak mencampuradukkan pengertian *eenzijdig rechtshandeling* (perbuatan hukum sepihak, seperti: pengakuan anak, pembuatan testamen, menerima atau menolak warisan, pemberian surat kuasa, mengajukan penawaran pembatalan suatu perjanjian kerja, pernyataan bahwa seorang debitur dalam keadaan *ingebreke stellen*, mengajukan tuntutan (*beroep*) atas suatu hak legitime, melepaskan suatu hak) dengan pengertian “*eenzijdig overeenkomst*” (perjanjian sepihak, seperti hibah kazena suatu perjanjian adalah selamanya dilakukan lebih dari satu pihak”.⁶⁶

Perjanjian kredit bank dalam bentuk “*standaard contract*” adalah perbuatan hukum yang dilakukan lebih dari satu pihak, yaitu hubungan kontraktual antara bank dengan para nasabahnya.

Istilah-istilah yang sama pengertiannya dan/atau yang berkaitan dengan istilah “*standaard contract*” telah juga dikenal dari tulisan-tulisan mengenai hukum di luar Negeri, seperti: *standaardvertrag*, *standaardized contract*, *standaard contract*, *unconcius bargain*. Hondius telah mengajukan berbagai istilah yang ada kaitannya dengan istilah *standaard contract*, yaitu: *standaard kontrakt*, *adhesikontrakt*, *algermene voarwaardden*,

⁶⁵ Joel Levin and Banks McDowell, *The Balance Theory of Contracts: Seeking Justice*, MCGILL LAW JOURNAL. Vol. 29

⁶⁶Op.Citn, hlm. 49.

standaardvoorwaarden, standaard kondities, standaardregeling dan formulier kontrakt.

Menyangkut riwayat terbentuknya *standaard contract*, Shcut mengajukan pendapat Zeylemaker, sebagai berikut:⁶⁷

- a) pembuatan suatu model kontrak yang berfungsi sebagai satu contoh, yang sengaja dibuat para ahli hukum (pengacara, notaris atau ahli hukum perusahaan), karena pertimbangan efisiensi atau juga untuk menggampangkan urusan.
- b) perkembangan selanjutnya, dibuatlah model yang tetap yang disebut kontrakformulier, misalnya formnulir-formulir untuk kontrak sewa menyewa yang dapat diperoleh di toko-toko.
- c) perkembangan akhir adalah model *standaard contract*: Polis asuransi dapat digolongkan dalam kontrak standar yang tertua yang banyak sekali memberi sumbangan pada standarisasi dan kontrak asuransi itu.

Isi model P.K., adalah syarat-syarat atau ketentuan-ketentuan mengenai pinjaman uang. Syarat-syarat itu ada yang tercetak langsung di dalam model P.I.K., tetapi ada juga yang dibuat secara tersendiri dalam suatu model yang disebut: syarat-syarat umum. Syarat-syarat umum itu, dalam Bahasa Asing disebut *standaardvoorwaarden* atau *algemene voorwaarden* atau *general conditions* atau *standard clauses*. Ketentuan-ketentuan atau syarat-syarat yang tercantum di dalam model P.K., disebut sebagai syarat-syarat khusus dan di dalam syarat-syarat khusus itulah biasanya disebutkan ada tidaknya syaratnya yang dibuat tersendiri.

Karena syarat-syarat umum itu merupakan unsur pokok yang tercantum di dalam model Perjanjian Kredit dan karena syarat-syarat itu telah dibuat secara tercetak oleh pihak bank, isi model Perjanjian kredit itu sering diistilahkan dengan *standaard contract*. Isi model Perjanjian Kredit adalah

⁶⁷ *Ibid.* hlm. 50.

syarat-syarat umum atau *algemene voorwaarden*. Hondius memberikan batasan terhadap istilah standar *voorwaarden* itu sebagai:

“syarat-syarat konsep tertulis yang telah disusun terlebih dahulu tanpa pertandingan mengenai isi untuk dituangkan ke dalam kontrak yang biasanya jumlahnya tidak tertentu mengenai suatu hal tertentu”.

Nieuwenhuis mendefinisikan *standard voorzwaarden* mirip dengan Hondius dengan uraian: *concept bedingen* (syarat-syarat konsep) yang disusun untuk dimasukkan tanpa perundingan-perundingan dalam perjanjian-perjanjian dan jenis tertentu yang bakal diikat lagi dan yang menurut biasanya tidak tertentu jumlahnya.⁶⁸

Jadi, penggunaan standar contract cenderung meninggalkan asas kesepakatan, keadaan tersebut dikhawatirkan menimbulkan praktik *standaard contract* dalam perjanjian kredit bank, khususnya ditinjau dari aspek yuridis.

Ketentuan Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara menentukan bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Ketentuan ini merupakan patokan keadilan bagi pihak-pihak dalam pelaksanaan perjanjian secara itikad baik. Ketentuan mengenai patokan keadilan berhadapan dengan patokan kepastian hukum yang ditentukan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara; artinya para pihak demi kepastian hukum-wajib melaksanakan isi perjanjian yang telah mereka sepakati.

Kedua patokan hukum tersebut selalu digunakan pihak berperkara sebagai dasar gugatan (*grond van eis*) perkara. Interaksi kepentingan diantara kreditur dengan debitur menggambarkan keadaan bahwa pihak kreditur lebih menonjolkan patokan kepastian hukum, sementara pihak debitur lebih menonjolkan keadilan.

Praktik peradilan menyangkut sengketa yang berkaitan dengan praktik perjanjian baku perlu dikaitkan dalam penelitian ini untuk menggambarkan

⁶⁸ *Ibid.* hlm. 51.

sampai di mana upaya penegekan hukum memberikan perlindungan hukum (*rechtsbescherming*) bagi pihak kreditur dan/atau bagi pihak debitur.

Upaya Pemerintah memacu pertumbuhan ekonomi akan dapat berkembang lebih sempurna jika pembangunan ekonomi itu didukung terlaksananya fungsi hukum yang memberikan pengayoman bagi masyarakat pengguna jasa bank.

f. Karakteristik Asas Keseimbangan

1) Pengharapan yang objektif

Syarat “keseimbangan” sebagai “tujuan keempat” dicapai melalui kepatutan sosial, eksistensi imateriil yang dicapai dalam jiwa keseimbangan. Dalam suatu perjanjian, kepentingan individu dan masyarakat akan bersamaan dijamin oleh hukum objektif. Perjanjian yang dari sudut substansi atau maksud dan tujuannya ternyata bertentangan dengan kesusilaan atau ketertiban umum batal demi hukum (*nietig*) dan pada prinsipnya hal serupa akan berlaku berkenaan dengan perjanjian yang bertentangan dengan undang-undang; jelas bahwa kepatutan sosial tidak terwujud melalui perjanjian demikian. Asas keseimbangan dilandaskan pada upaya mencapai suatu keadaan seimbang yang sebagai akibat darinya harus memunculkan pengalihan kekayaan secara absah. Tidak terpenuhinya keseimbangan, dalam konteks asas keseimbangan, bukan semata menegaskan fakta dan keadaan, melainkan lebih dari itu berpengaruh terhadap kekuatan yuridikal perjanjian dimaksud. Dalam tercipta atau terbentuknya perjanjian, ketidakseimbangan bisa muncul sebagai akibat perilaku para pihak sendiri ataupun sebagai konsekuensi dari substansi (muatan isi) perjanjian atau pelaksanaan perjanjian.

Dalam pembentukan perjanjian, pembentukan kehendak orang yang berat sebagaimana terejawantahkan melalui pembentukan pengharapan mempunyai peran penting. Bahkan dapat disimpulkan bahwa walaupun

kehendak merupakan “kehendak subjektif”, namun kehendak ini tidak niscaya merupakan kehendak dengan maksud-maksud egois.

Berkaitan dengan isi atau maksud dan tujuan perjanjian, meningkatlah pengharapan para pihak atas prestasi yang dipercayakan kepadanya hingga memaksakan perluasan dan cakupan muatan isi ataupun maksud dan tujuan tersebut. Fokus tidak semata diberikan (hanya) pada saat terperalihan kekayaan, tetapi juga pada pembentukan harapan depan), yang terwujud dalam atau melalui perbuatan hukum Apa pun yang berpengaruh terhadap pembentukan kehendak, hal semata-mata motif para pihak yang dapat diungkap serta di kenali, namun mencakup juga motif yang sepatutnya diketahui lawan sekalipun motif tersebut tidak tampak. Semakin tingginya harapan, semakin bermuara pada perluasan secara prinsipil dan lingkup maupun kualitas kewajiban pihak yang mengikatkan diri pada perjanjian. Perincian ketentuan muatan isi atau cakupan perjanjian terjadi dengan cara merujuk pada kewajiban pemberitahuan, penelitian, dan penyampaian informasi, yakni dengan tujuan agar kehendak yang terbentuk terjadi selaras dengan maksud dan tujuan para pihak.

Dari landas pikiran para pihak dapat diketahui bilakah pengharapan masa depan bersifat objektif ataukah justru mengandung pengorbanan pihak lawan yang berakibat sedemikian sehingga pengharapan masa depan tersebut tidak berujung pada ketidak seimbangan. Pencapaian keadaan seimbang mengimplikasikan, dalam konteks pengharapan masa depan yang objektif, upaya mencegah dirugikannya salah satu pihak dalam perjanjian.

2) Kesetaraan para pihak

Dalam perjanjian timbal balik kualitas dan prestasi yang diperjanjikan timbal balik ditempatkan dalam konteks penilaian subjektif bertimbal balik akan dijustifikasi oleh tertib hukum. Kendatipun demikian

perjanjian harus segera “ditolak” seketika tampak bahwa kedudukan faktual salah satu pihak terhadap pihak lainnya adalah lebih kuat dan kedudukan tidak seimbang ini dapat mempengaruhi cakupan muatan maupun maksud dan tujuan perjanjian. Akibat ketidak setaraan prestasi dalam perjanjian bertimbal balik ialah ketidak seimbangan. Jika kedudukan lebih kuat tersebut berpengaruh terhadap perhubungan prestasi dengan lainnya, dan hal mana mengacaukan keseimbangan dalam janji, hal ini bagi pihak yang dirugikan akan merupakan alasan untuk mengajukan tuntutan ketidakabsahan perjanjian. Sepanjang prestasi yang dijanjikan bertimbal balik mengandaikan kesetaraan, maka bila terjadi ketidak seimbangan, perhatian akan diberikan terhadap kesetaraan yang terkait pada cara bagaimana perjanjian terbentuk, dan tidak pada hasil akhir prestasi yang ditawarkan secara bertimbal balik.

Faktor-faktor yang dapat mengganggu keseimbangan perjanjian ialah: cara terbentuk perjanjian yang melibatkan pihak-pihak yang berkedudukan tidak setara dan/atau ketidaksetaraan prestasi-prestasi yang dijanjikan timbal balik. Pada prinsipnya, dengan melandaskan diri pada asas-asas pokok hukum kontrak dan asas keseimbangan, faktor yang menentukan bukanlah kesetaraan prestasi yang diperjanjikan, melainkan kesetaraan para pihak, yakni jika keadilan pertukaran perjanjianlah yang hendak dijunjung tinggi.

Berkenaan dengan perjanjian cuma-cuma, hal ini harus ditelaah sesuai karakteristik dan maksud dari tujuannya. Untuk perjanjian yang hendak menguntungkan satu pihak (misalnya hibah), ihwalnya bukanlah ketidak setaraan prestasi. Bila karakteristik atau maksud dan tujuan kontrak mengindikasikan bahwa salah satu pihak secara sadar akan diuntungkan, klausul yang memberatkan atau ketidaksetaraan prestasi di antara para pihak tidak turut diperhitungkan untuk menilai keabsahan perjanjian. Hal ini tidak dapat dipandang dengan cara sederhana. Tidaklah

mungkin ada persoalan ketidaksetaraan prestasi jika tidak ada pihak yang dirugikan arena tidak adanya prestasi pada satu pihak) dalam bentuk apa pun. Maksud dan tujuan perbuatan itu harus ditelaah dari sudut pandang pihak yang berkehendak menguntungkan orang lain dengan cara melalui suatu perjanjian menjanjikan suatu prestasi tanpa menuntut kontra prestasi, perjanjian maria terjadi bukan sebagai akibat dari kekhilafan ataupun perbuatan yang mengandung cacat pada kehendaknya. Juga, dalam hal perjanjian cuma-cuma kesetaraan para pihak merupakan faktor yang menentukan.

3) Asas keseimbangan *in concreto*

Setelah kita mempunyai bayangan bagaimana “keseimbangan” dimakna tiba saatnya menelaah bagaimana *in concreto* keseimbangan ini nampakkan diri. Hal ini dapat digambarkan dalam ilustrasi di bawah ini.

A, pedagang pesawat radio-televisi memutuskan untuk menawarkan jenis radio tertentu kepada kenalannya dengan harga Rp 450.000. Namun, di dalam suratnya kepada B ada salah ketik dan harga y sebutkan ialah Rp 45.000,00. Juga, dalam surat penawarannya C, kesalahan ketik serupa dibuat A sehingga barang yang ditawarkan hargai Rp 400.000,00. Baik B maupun C telah menerima penawaran melalui pos.

A kiranya akan tidak puas dengan harga jual Rp 45.000,00 karena pernyataan yang ia buat tidak sejalan dengan apa yang sesungguhnya kehendaki.

Dalam hal ini, kualitas dan pertukaran prestasi yang dijanjikan, dinilai cara objektif, tidak dapat diterima. Sesungguhnya antara A dan B terbentuk kesepakatan karena B seharusnya menyadari bahwa perbedaan harga dan Rp 450.000,00 dengan Rp 45.000,00, tidak saja akan timbul ketidakseimbangan, karena pernyataan A tidak sejalan dengan apa yang sesungguhnya dikehendaki A. B dalam kenyataan tidak boleh memanfaatkan penawaran keliru di atas karena bus itu dilakukan, B

dalam dengan menyalahgunakan keadaan akan mendapat keuntungan tidak adil, yang mengakibatkan pergeseran atau perpindahan kekayaan yang melawan hukum. Prestasi timbal balik yang diperjanjikan dalam hal ini tidak mengandalkan adanya kesetaraan. Selanjutnya, harus pula di telaah relasi antara prestasi, terutama berkenaan dengan substansi maksud dan tujuan, dan diuji apakah terdapat keseimbangan factual di antara para pihak. Pembentukan perjanjian yang didahului prosedur yang tidak mencerminkan kesetaraan atau Ketidaksetaraan prestasi akan berujung pada ketidakseimbangan. Dengan melakukan penelaahan tersebut dapat dicegah dirugikannya salah satu pihak dan pencegahan tersebut merupakan salah satu syarat untuk dapat mencapai keseimbangan. Dalam hal terjadi ketidakseimbangan, maka tergantung pada A sebagai pihak yang dirugikan untuk menuntut kebatalan perjanjian.

Di antara A dan C sekalipun ada perbedaan antara kehendak A dengan apa yang dinyatakannya, terhadap C secara layak dapat dikatakan muncul kehendak yang berkesesuaian dengan kehendak A yang sesungguhnya. Baik bagi A maupun C ihwalnya di sini bukanlah pernyataan kehendak dengan substansi yang sembarang, melainkan nyata-nyata kehendak dengan maksud dan tujuan tertentu (*“verklaring van bepaalde strekking* sebagaimana dinyatakan dalam ketentuan Pasal 3:35 BW). Secara nalar C dapat memahami pernyataan A sebagai menimbulkan pengharapan di masa depan yang objektif. Cara bagaimana maksud dan tujuan dan perbuatan hukum harus diungkap, pada satu sisi, bergantung ada apa yang dinyatakan oleh pihak yang melakukan perbuatan hukum maksud serta apa sesungguhnya maksud dan tujuan pernyataan itu. Sedang pada lain pihak, hal itu juga bergantung pada bagaimana pihak lawan secara nalar atau wajar menafsirkan pernyataan tersebut. Dengan mendayagunakan kewajiban untuk memberi tahu, menyelidiki, dan menyampaikan informasi (*mededelings, onderzoeks, en*

informatieplichten), maka kehendak sesungguhnya sebagaimana dinyatakan dapat sejalan dengan maksud dan tujuan para pihak. Tuntutan tercapainya keseimbangan dalam hal ini terwujud: upaya mencegah dirugikannya salah satu pihak dalam perjanjian di atas berhasil bila C mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa dalam situasi seperti digambarkan di atas A akan menderita kerugian.

Situasi akan berbeda bila A memang bermaksud untuk menjual radio tersebut kepada B seharga Rp 45.000,00 yang sekalipun jauh di bawah harga pasar, berarti bahwa A dan B menutup kontrak secara sah. Sepanjang A, B, dan C tidak mengajukan keberatan terhadap perjanjian yang mereka buat, maka terbentuklah perjanjian karena kehendak mereka sepenuhnya bebas.

Jika A menjual radio tersebut kepada B seharga Rp 45.000,00 dan dalam hal ini B sebenarnya memanfaatkan salah ketik yang muncul dalam penawaran A, B sebenarnya menutup perjanjian yang tidak adil. Hal serupa juga berlaku berkenaan dengan situasi antara A dan C. Asas keseimbangan merujuk pada alasan pembenar bagi keberadaan kontrak cukup sebagai alasan menggugat keabsahan perjanjian, dan sekaligus menjadi syarat bagi landasan kekuatan berlaku perjanjian.

g. *Quantum Leap* dari Asas Keseimbangan

Jika para pihak berada dalam situasi normal dan melalui janji-janji mereka ajukan membentuk perjanjian, pihak-pihak tersebut dalam perundingan dapat menetapkan sendiri prestasi masing-masing pihak. Tentunya perbuatan hukum demikian jangan berbentuk perbuatan hukum yang melawan undang-undang, kesusilaan yang baik, atau ketertiban umum. Para pihak sepenuhnya bebas mencari keuntungan sendiri, asalkan tidak memunculkan situasi yang tidak dapat ditenggang oleh pihak. Posisi tawar yang setara mengakibatkan para pihak berada situasi yang kurang lebih seimbang. Bila keadaannya seimbang, tidak seorang pun akan merasa dirugikan. Namun demikian, tentu bisa terjadi. situasi abnormal dan muncul

ketidakseimbangan. Hal ini dapat terjadi bila salah satu pihak yang lebih kuat mengambil keuntungan dari situasi yang lebih menguntungkannya. Akan tetapi, situasi ini akan dapat diterima sepanjang tidak menimbulkan keadaan dengan klausul yang tidak hanya menguntungkan salah satu pihak, yang oleh pihak lawan, posisi tawar yang rendah, terpaksa diterima. Situasi demikian merupakan konsekuensi kebebasan yang dapat memuaskan semua pihak sepanjang pihak lawan tidak mengabaikan hak-hak dan peluang-peluangnya sendiri.

Sebagaimana muncul dari uraian dalam alinea terdahulu, menurut hemat penulis, asas keseimbangan merupakan prinsip yang tidak bernama kesusilaan yang baik (*de goode zeden*); dan konstruksi itikad baik (*goede trouw constructie*), kewajaran dan kepatutan (*redelijkheid en billijkheid*), penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*), dan *justum pretium* sebenarnya dilandaskan pada keadaan yang menuntut adanya “keseimbangan” dan di dalamnya dapat kita kenali semangat atau jiwa keseimbangan, sebagaimana juga sepatutnya melandasi keputusan-keputusan maupun ketetapan pengadilan. Jika hakim mengetahui adanya penyimpangan yang terlalu jauh tatkala menguji perjanjian terhadap kepentingan umum atau terhadap kepentingan salah satu pihak yang berkehendak mempertahankan perjanjian, konsekuensi dari putusan hakim harus diterima semua pihak. Keberatan yang menyatakan bahwa melalui intervensi hakim kepastian hukum akan dikorbankan tidak perlu dimutlakkan. Pertama-tama, kepastian hukum mutlak tidak mungkin tercapai dan kedua, dalam tahapan lanjut dari perjanjian, bukan dalam pembentukannya, melainkan dalam pelaksanaannya (*justu*) dengan mengingat kesusilaan yang baik, itikad baik, kepatutan dan kelayakan, serta penyalahgunaan keadaan kita harus meninggalkan tuntutan kepastian hukum. Hukum tidak dapat memberikan kepastian lebih dari kepastian akan memberi perlakuan sama terhadap kondisi serupa. Yang sama

diperlakukan sama, yang berbeda akan mendapat perlakuan berbeda. Bagaimana keseimbangan tercapai adalah persoalan lain.

Di samping tiga tujuan fundamental dari kontrak, tema penting “keseimbangan” dicapai dengan melakukan “lompatan” menuju tujuan keempat, suatu tuntutan atau persyaratan yang menurut hemat penulis juga harus diterima sebagai salah satu tiang utama penopang hukum kontrak. Lompatan demikian, penulis namakan *quantum leap* dan implementasinya dalam hukum kontrak dinamakan asas keseimbangan. Dapat dikatakan bahwa di Belanda juga kita dapat berbicara tentang asas keseimbangan”, mengingat dikenalnya prinsip yang tidak bernama tersebut di atas, tentunya dengan dasar yang mencerminkan cara pikir khas Belanda. Adanya kenyataan ini bisa jadi berarti bahwa asas keseimbangan memiliki daya berlaku universal.

2. Teori Keadilan

Keadilan dan hukum merupakan dua hal yang tidak dapat dipisahkan, keadilan merupakan salah satu tujuan hukum, dengan hukumlah keadilan seharusnya dapat dicapai. Tujuan hukum memang tidak hanya keadilan, tetapi juga kepastian hukum dan kemanfaatan.⁶⁹ Keadilan harus di tempatkan lebih tinggi dari kepastian hukum dan kemanfaatan. Dalam hukum perjanjian para pihak dapat mencapai kehendaknya, akan tetapi dibatasi oleh kehendak dan kepentingan pihak lainnya.

Keadilan adalah kondisi kebenaran ideal secara moral mengenai sesuatu hal, baik menyangkut benda atau orang. Menurut sebagian besar teori, keadilan memiliki tingkat kepentingan yang besar. John Rawls,⁷⁰ filsuf

⁶⁹ Darmodihardjo, Darji dan Sidartha, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2008, hlm. 155.

⁷⁰ John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, London, 1973. Diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006, hlm. 3.

Amerika Serikat yang dianggap salah satu filsuf politik terkemuka abad ke-20, menyatakan bahwa keadilan adalah kelebihan (*virtue*) pertama dari institusi sosial, sebagaimana halnya kebenaran pada sistem pemikiran. Akan tetapi, menurut kebanyakan teori juga, keadilan belum lagi tercapai. Kebanyakan orang percaya bahwa ketidakadilan harus dilawan dan dihukum, dan banyak gerakan sosial dan politis di seluruh dunia yang berjuang menegakkan keadilan. Akan tetapi, banyaknya jumlah dan variasi teori keadilan memberikan pemikiran bahwa tidak jelas apa yang dituntut dari keadilan dan realita ketidakadilan, karena definisi apakah keadilan itu sendiri tidak jelas.

Teori keadilan yang dikemukakan John Rawls bertitik tolak pada tema posisi asali yaitu *status quo* awal yang menegaskan bahwa kesepakatan fundamental yang dicapai adalah fair.⁷¹ Semua orang memiliki kesempatan yang sama dengan prosedur memilih prinsip, setiap orang bisa mengajukan usulan dan menyampaikan penalaran mereka.⁷²

Pertanyaan seputar apa itu “keadilan” adalah sebuah pertanyaan yang acap kali kita dengar, namun pemahaman yang tepat justru rumit bahkan abstrak, terlebih apabila dikaitkan dengan pelbagai kepentingan yang demikian kompleks. Keadilan menurut Aristoteles, dalam karyanya “*Nichomachean ethics*”, artinya berbuat kebajikan, atau dengan kata lain, keadilan adalah kebajikan yang utama. Menurut Aristoteles, “*justice consists in treating equals equally and unequals unequally, in proportion to their inequality.*” Prinsip ini beranjak dari asumsi “untuk hal-hal yang sama diperlakukan secara sama, dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama, secara proporsional.”

⁷¹ Ibid, , hlm. 19.

⁷² Agus Yudha Hernoko, *Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersil*, Laksbang Mediantama, Yogyakarta, 2008, hlm. 21.

Ulpianus menggambarkan keadilan sebagai “*justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” (keadilan adalah kehendak yang terus-menerus dan tetap memberikan kepada masing-masing apa yang menjadi haknya) atau “*tribuere cuique suum*” - “*to give everybody his own*”, memberikan kepada setiap orang yang menjadi haknya. Perumusan ini dengan tegas mengakui hak masing-masing person terhadap lainnya serta apa yang seharusnya menjadi bagiannya, demikian pula sebaliknya. Pengertian ini diambil alih oleh Justinianus dalam *Corpus Iuris Civilis: Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, bahwa peraturan-peraturan dasar dan hukum adalah terkait dengan hidup dengan patut, tak merugikan orang lain dan memberi pada orang lain apa yang menjadi bagiannya.

Cicero mengatakan bahwa orang dinilai “baik” dilihat dari perilaku keadilannya. Menurutny ada tiga kebajikan moral yaitu: keadilan, pengendalian diri, dan sopan santun. Sedangkan Thomas Aquinas, dalam hubungannya dengan keadilan mengajukan tiga struktur fundamental (hubungan dasar), yaitu:

- a. Hubungan antar-individu (*ordo partium ad partes*);
- b. Hubungan antar-masyarakat sebagai keseluruhan dengan individu (*ordo totius ad partes*);
- c. Hubungan antara-individu terhadap masyarakat secara keseluruhan (*ordo partium ad totum*).

Menurut Thomas Aquinas keadilan distributif pada dasarnya merupakan penghormatan terhadap person manusia (*acceptio personarum*) dan keluhurannya (*dignitas*). Dalam konteks keadilan distributif, keadilan dan kepatutan (*equity*) tidak tercapai semata-mata dengan penetapan nilai yang aktual, melainkan juga atas dasar kesamaan antara satu hal dengan hal yang lainnya (*aequalitas rei ad rem*). Ada dua bentuk kesamaan yaitu:

- a. Kesamaan proporsional (*acqualitas proportionis*).
- b. Kesamaan kuantitas atau jumlah (*acqualitas quantitas*).

Thomas Aquinas menyatakan bahwa penghormatan terhadap person dapat terwujud apabila ada sesuatu yang dibagikan/diberikan kepada seseorang sebanding dengan yang seharusnya ia terima (*praeter proportionem dignitas ipsius*). Dengan dasar itu, maka pengakuan terhadap person harus diarahkan pada pengakuan terhadap kepatutan (*equity*), kemudian pelayanan dan penghargaan didistribusikan secara proporsional atas dasar harkat dan martabat manusia. Paul Tillich, menyatakan bahwa keadilan yang terkandung dalam keadilan atributif, distributif, dan retributif bersifat proporsional (baik positif maupun negatif). Oleh Tillich keadilan proporsional ini disebut “keadilan atributif”.

Sementara itu pembagian keadilan menurut pengarang modern, antara lain sebagaimana yang dilakukan oleh John Boatright dan Manuel Velasquez, yaitu:

- a. Keadilan distributif (*distributive justice*), mempunyai pengertian yang sama pada pola tradisional, di mana *benefits and burdens* harus dibagi secara adil.
- b. Keadilan retributif (*retributive justice*), berkaitan dengan terjadinya kesalahan, di mana hukum atau denda dibebankan kepada orang yang bersalah haruslah bersifat adil.
- c. Keadilan kompensatoris (*compensatory justice*), menyangkut juga kesalahan yang dilakukan, tetapi menurut aspek lain, di mana orang mempunyai kewajiban moral untuk memberikan kompensasi atau ganti rugi kepada pihak lain yang dirugikan.

Pada implementasi perjanjian baku terdapat beberapa masalah yuridis yang sering terjadi : 1) dalam batas-batas tertentu, faktor keadilan menghendaki penafsiran perjanjian yang bertentangan dengan isi dari perjanjian baku tersebut. 2) isi klausula baku yang sudah jadi sering bertentangan dengan isi lainnya yang merupakan hasil negosiasi. 3)

seringkali isi klausula baku sering tidak berhubungan dengan perjanjian secara keseluruhan.

Keputusan yang adil berarti keputusan yang tidak berat sebelah, tidak memihak, dan tidak sewenang-wenang. Bentuk rumusan negatif selalu menyisakan pertanyaan-pertanyaan, karena rumusan negatif selalu belum jelas, karena terbuka pada banyak kemungkinan. Kalau sudah diberi penjelasan apa yang dimaksud “berat sebelah,” “memihak,” dan “sewenang-wenang,” masih ada banyak kemungkinan yang dimaksud dengan tidak berat sebelah, tidak memihak, dan tidak sewenang-wenang itu. Apakah ukurannya bahwa keputusan itu tidak berat sebelah, tidak memihak, dan tidak sewenang-wenang? Apakah yang dimaksud tidak berat sebelah, tidak memihak, dan tidak sewenang-wenang itu? ⁷³

Dari perspektif etika, adil berarti ‘memberikan kepada seseorang atau komunitas apa yang menjadi hak orang atau komunitas itu.’ Keadilan adalah keadaan di mana seseorang atau komunitas mendapatkan apa yang menjadi hak dia atau hak mereka. Definisi ini menjelaskan bahwa ada keadilan yang bersifat perseorangan atau individual dan keadilan kelompok atau komunitas. Keadilan perorangan atau individu yaitu apabila seseorang atau individu mendapatkan apa yang menjadi hak orang atau individu tersebut. Dengan demikian di sini tersirat bahwa setiap orang atau setiap individu memiliki hak. Adapun keadilan yang bersifat komunitas atau kelompok, yaitu apabila komunitas atau kelompok mendapatkan apa yang menjadi hak komunitas atau kelompok itu. Inilah yang disebut keadilan sosial. Di dalam teori keadilan sebagaimana dikemukakan oleh Aristoteles terdapat empat pengertian keadilan yaitu Keadilan Atributif, Keadilan Komutatif, Keadilan Distributif, dan Keadilan Kontributif. ⁷⁴

⁷³ Yoachim Agus Tridiatno, *Keadilan Restoratif*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2015, hlm. 9.

⁷⁴ *Ibid.* hlm. 10.

Di dalam perspektif kesejahteraan sosial, dimana keadilan merupakan wujud demokrasi, maka teori keadilan Aristoteles yang digunakan adalah keadilan atributif. Keadilan atributif adalah keadaan di mana seseorang mendapatkan apa saja yang melekat pada dirinya sebagai atributnya, termasuk atributnya sebagai seorang manusia. Secara pribadi (*person*) seseorang mempunyai hak atas milik pribadi, hak atas nama baik dan kehormatan yang merupakan atribut yang mesti diterima oleh seorang manusia. Adil bila seseorang memiliki milik pribadi. Sebaliknya, tidaklah adil bila seseorang tidak boleh memiliki milik pribadi, karena milik pribadi melekat pada diri seseorang sebagai manusia. Begitu juga, bila seseorang dihormati karena martabatnya sebagai manusia adalah adil. Sebaliknya, sangatlah tidak adil bila seseorang dilecehkan martabatnya.⁷⁵

Keadilan atributif Aristoteles terkait dengan keadilan sosial. Keadilan sosial⁷⁶ menyatakan bahwa kekayaan atau kesejahteraan suatu bangsa harus dibagikan secara proporsional kepada daerah-daerah, organisasi, komunitas, atau kelompok sosial yang dimiliki bangsa itu. Prinsip keadilan sosial⁷⁷ menuntut bahwa kesejahteraan atau kekayaan suatu bangsa tidak hanya dinikmati oleh sebagian individu, keluarga, atau kelompok-kelompok tertentu. Prinsip keadilan sosial berusaha menyeimbangkan sektor-sektor masyarakat yang kuat dan yang lemah; daerah-daerah yang kaya dengan daerah-daerah yang miskin. Bahkan dalam skope yang lebih luas, keadilan sosial menuntut bahwa negara-negara kaya harus memberikan bantuan kepada negara-negara yang miskin.⁷⁸ Konsep keadilan sosial tidak terlepas dari keadilan proporsional, dimana setiap anggota masyarakat memperoleh

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ HP. Panggabean, *Penerapan Teori Hukum Dalam Sistem Peradilan Indonesia, Analisis Pengembangan Ilmu Hukum Sistemik yang Responsif untuk Penanganan Case Law (Hukum Kasus) yang terjadi Akhir-akhir Ini*, Alumni, Bandung, 2014, hlm. 250.

⁷⁷ P.J. Suwarno, *Pancasila Budaya Bangsa Indonesia*, Kanisius, Yogyakarta, 1993, hlm. 110.

⁷⁸ *Ibid.* hlm. 14.

keadilan sesuai proporsinya baik itu berbentuk kompensasi, penghargaan atau hadiah. Baik dalam bentuk uang maupun barang.

Tujuan negara Indonesia adalah melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.⁷⁹ Tujuan negara ini kemudian dijabarkan dalam isi atau batang tubuh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945. Pelaksanaannya dalam bentuk pelbagai peraturan perundang-undangan sebagai hukum tidak bergerak yang dalam wujud hukum yang bergerak menjadi *Rule of Law* (pemerintahan berdasarkan hukum).⁸⁰

Hukum⁸¹ adalah suatu produk hubungan-hubungan dan perimbangan-perimbangan kemasyarakatan. Di dalam proses penciptaan dan perkembangannya, ia ditentukan oleh sejumlah aspek hubungan-hubungan dan perimbangan-perimbangan tersebut.⁸² Perimbangan-perimbangan yang terjadi di dalam masyarakat yang memengaruhi perkembangan hukum adalah adanya faktor-faktor politik, ekonomis, religi, ideologis, dan kultur budaya. Mantan Presiden Amerika Serikat Barack Hussein Obama, dalam kuliah umum yang diberikan di hadapan civitas akademik Universitas Indonesia, mengatakan bahwa Indonesia adalah negara yang dibangun dari keberagaman, Bhinneka Tunggal Ika, *unity in diversity* yang menjunjung tinggi supremasi hukum yang dibangun dari demokrasi, toleransi, dan agama. Pembangunan, termasuk hukum, tidak dapat mengabaikan nilai-nilai demokrasi nilai-nilai toleransi, dan nilai-nilai agama. Keadilan hanya dapat

⁷⁹ RM. AB. Kusuma, *Lahirnya Undang-undang Dasar 1945*, Edisi Revisi, Badan Penerbit fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2009, hlm. 474.

⁸⁰ Bambang Priyambodo dan Arif Awangga, *Politik Hukum Peradilan Tata Usaha Negara*. Edisi Revisi, Mahardika Parahyangan, Bandung, 2016, hlm. 7.

⁸¹ Erna Widjajanti, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jalur, Jakarta, 2012, hlm. 32.

⁸² John Gillesen dan Frits Gorle, *Sejarah Hukum, Suatu Pengantar*, Refika Aditama, Jakarta, 2005, hlm. 91.

tercipta jika hukumnya menghargai adanya keberagaman tersebut yang dibentuk menjadi satu sistem hukum dari Sabang sampai Merauke.⁸³

Menurut pendapat Aristoteles, keadilan hukum, identik dengan keadilan umum. Keadilan⁸⁴ mesti dipahami dalam pengertian kesamaan. Namun Aristoteles membuat perbedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik melahirkan prinsip semua orang sama di depan hukum. Sedangkan kesamaan proporsional melahirkan prinsip memberi tiap orang apa yang menjadi haknya.⁸⁵

Dari pendapat Aristoteles⁸⁶ di atas, dalam konteks kesamaan numerik adalah bermaksud untuk menyatakan tiada perbedaan bagi siapa pun dalam upaya memperoleh keadilan dan kesamaan proporsional adalah dimaksudkan sebagai pemberian hak bagi siapa saja pencari keadilan yang dianggap pantas dan layak untuk menerimanya.

Menurut Dessy Iskandar Prasetyo dan Bernard L.Tanya, keadilan⁸⁷ harus diwujudkan, agar mampu memaknai supremasi hukum, menghilangkan imparsialitas hukum dan tetap pada entitas keadilan.⁸⁸ Hukum berfungsi untuk memberikan perlindungan terhadap kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum. Dalam hal ini hukum yang telah dilanggar itu harus ditegakkan. Melalui penegakan hukum inilah hukum ini menjadikan kenyataan. Dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang selalu harus

⁸³ Barack Husein Obama, *Kuliah Umum*, Catatan Mahasiswa, Balairung Universitas Indonesia, Jakarta, Rabu, 10 November 2010.

⁸⁴ Herman Bakir, *Filsafat Hukum, Desain dan Arsitektur Kesejarahan*, Refika Aditama, Bandung, 2009, hlm. 177.

⁸⁵ Dessy Iskandar Prasetyo dan Bernard L. Tanya, *Hukum Etika & Kekuasaan*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2011, hlm. 46.

⁸⁶ Herman Bakir, *Op.Cit.* hlm. 179.

⁸⁷ *Ibid.* hlm. 183.

⁸⁸ Dessy Iskandar Prasetyo dan Bernard.L.Tanya, *Op.Cit.*, hlm. 178.

diperhatikan, yaitu: kepastian hukum (*Rechtssicherheit*), kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*) dan keadilan (*Gerechtigkeit*).⁸⁹

Keadilan⁹⁰ merupakan konsep yang abstrak,⁹¹ sehingga sulit mendapatkan gambaran yang pasti tentang arti dan makna yang sebenarnya dari keadilan, namun perkembangan makna keadilan adalah seiring dengan aliran filsafat hukum yang dianut saat itu.⁹²

Pemahaman tentang keadilan dapat ditinjau dari jawaban ilmu pengetahuan yakni:⁹³ *deontologis* etika, kaum utilitarian, kaum historian atau kaum sosiologis, kaum psikologis, dan kaum agamis. Perkembangan historis tentang keadilan dalam artinya yang modern terjadi dalam beberapa episode, yaitu:⁹⁴

- 1) Episode fajar keadilan (*the dawn of justice*);
- 2) Episode kepercayaan (*the age of faith*);
- 3) Episode rasional (*the age of reason*);
- 4) Episode penuh harapan (*the age of hope*); dan
- 5) Episode skeptis, dan pesimis.

Episode fajar keadilan (*the dawn of justice*) di mulai dari awal kebangkitan hukum yang mempromosikan keadilan. Bagi sistem hukum Eropa Kontinental, episode ini terjadi di sekitar abad ke-4 dan 5 Masehi, di mana konsep hukum dan keadilan sedang berkembang pesat di negara Romawi. Sementara itu, untuk sistem hukum Anglo Saxon, episode fajar menyingsing ini terjadi di sekitar abad ke-12 dan 13 yang merupakan era awal kebangkitan sistem hukum dan keadilan di Inggris. Kemudian, episode

⁸⁹ Mahmud Rahimi, *Asas Ketertiban Umum Dalam Pembatalan Putusan Arbitrase Asing*, Bidik Phronesis, Jakarta, 2016, hlm. 127.

⁹⁰ Manullang, E. Fernando M., *Legisme, Legalitas dan Kepastian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2016, hlm. 127.

⁹¹ *Op. Cit.*, hlm. 169-171.

⁹² Munir Fuady, *Dinamika Teori Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2010, hlm. 77.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.* hlm. 78.

kepercayaan (*the age of faith*) terjadi di sekitar abad ke-15 dan 16, di mana hukum dan keadilan dianggap sebagai suatu titah tuhan.⁹⁵

Episode rasional (*the age of reason*) terjadi di sekitar abad ke-18, di mana dalam masa-masa ini hukum dan keadilan diukur dengan memakai ukuran-ukuran rasional sesuai dengan sistem logika. Dalam tradisi hukum Anglo Saxon keharusan menonjolkan argumentasi dalam setiap putusan hakim melalui doktrin *ratio decidendi*, juga ikut melahirkan yurisprudensi dan aturan-aturan hukum yang rasional.⁹⁶

Sedangkan episode penuh harapan (*the age of hope*) terjadi di abad ke-20, di mana di abad ini hukum sangat diharapkan untuk dapat memperbaiki keadaan politik, sosial, moral, dan mutu hidup manusia. Berbeda dengan abad-abad sebelumnya, di abad ini mulai disadari bahwa hukum tidak mungkin dikembangkan dengan menggunakan logika secara deduktif semata-mata. Juga, hukum tidak mungkin direduksi hanya dalam bentuk undang-undang semata-mata. Bahkan, sering kali undang-undang hanya merupakan penampungan aspirasi partai tertentu yang berkuasa di parlemen, sedangkan hukum seharusnya merupakan aspirasi masyarakat luas yang telah teruji berabad-abad dalam sejarah hukum.⁹⁷

Kemudian, menurut Munir Fuady di akhir abad ke-20 memasuki abad 21, perkembangan pemikiran tentang hukum dan keadilan didominasi oleh rasa frustrasi, skeptis, dan pesimis. Hal ini dikarenakan tidak kesampaian harapan yang terlalu besar di abad ke-20 pada peranan sektor hukum dan ilmu pengetahuan, yang ternyata perannya dapat dikatakan gagal total. Bahkan, yang jelas terjadi adalah perang dunia pertama dan kedua serta

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.* hlm. 79.

perang-perang lainnya, juga berbagai pergerakan menuju kerusakan bumi, ketidakadilan, dan kehancuran manusia.⁹⁸

Di samping itu, di paruh pertama abad ke-20, orang terlalu banyak menggantungkan harapan pada hukum. Padahal, hukum yang diciptakan oleh manusia ditegakkan dan ditafsirkan oleh manusia juga, pada hukum tersebut mengandung banyak kelemahannya. Karena kenyataannya tidak sesuai dengan harapan, maka mulai akhir abad ke-20 dan memasuki abad ke-21, terjadi banyak keputusan, frustrasi, skeptis, dan rasa pesimistis. Hal ini berkembang seiring dengan (atau lebih tepatnya dipengaruhi) ajaran postmodernisme yang memang sedang berkembang pesat saat ini.⁹⁹

Karena itu, di sepanjang sejarahnya terdapat berbagai pandangan tentang keadilan, baik dari dunia Timur maupun dari dunia Barat. Dari dunia Timur, berbagai prinsip keadilan diajarkan, baik negeri Cina kuno, India kuno, Jepang kuno, Babilonia, Persia, Mesir kuno, dan lain-lain. Sedangkan dari dunia Barat, prinsip-prinsip keadilan bersumber dari negara Yunani klasik yang terus berkembang dan masuk ke dalam hukum Romawi, kemudian diikuti oleh negara-negara Eropa Kontinental maupun Anglo Saxon dan terus berkembang sampai dengan keadilan dalam berbagai sistem hukum modern saat ini.¹⁰⁰

Aristoteles berpendapat bahwa keadilan terbagi atas dua bagian. Bagian pertama ialah keadilan secara umum. Sedangkan bagian kedua adalah keadilan secara khusus. Keadilan secara umum maksudnya bahwa semua orang harus mendapatkan bagian yang sama tanpa melihat jasa-jasanya. Sedang keadilan secara khusus adalah keadilan yang hanya berlaku pada

⁹⁸*Ibid.*

⁹⁹*Ibid.*

¹⁰⁰*Ibid.* hlm. 89.

kasus-kasus tertentu saja dimana terhadap dua orang yang sama diperlakukan tidak sama.¹⁰¹

Selanjutnya oleh L.J. van Apeldoorn dinyatakan:¹⁰² ”ada teori yang mengajarkan, bahwa hukum semata-mata menghendaki keadilan. Teori-teori yang mengajarkan hal tersebut, disebut teori-teori yang etis karena menurut teori-teori itu, isi hukum semata-mata harus ditentukan oleh kesadaran etis kita mengenai apa yang adil dan apa yang tidak adil. Teori-teori tersebut berat sebelah. Ia melebih-lebihkan kadar keadilan hukum, karena ia tak cukup memperhatikan keadaan sebenarnya. Hukum menetapkan peraturan-peraturan umum yang menjadi petunjuk untuk orang-orang dalam pergaulan hidup. Jika hukum semata-mata menghendaki keadilan, jadi semata-mata mempunyai tujuan memberi tiap-tiap orang apa yang patut diterimanya, maka ia tak dapat membentuk peraturan-peraturan umum. Dan yang terakhir inilah yang harus dilakukan. Adalah syarat baginya untuk dapat berfungsi. Tertib hukum yang tak mempunyai peraturan umum, bertulis atau tidak bertulis, tak mungkin. Tak adanya peraturan umum, berarti ketidak tentuan yang sungguh-sungguh, mengenai apa yang disebut adil atau tidak adil. Dan ketidak tentuan itu selalu akan menyebabkan perselisihan antara orang-orang jadi menyebabkan keadaan yang tiada teratur dan bukan keadaan yang teratur”.

John Rawls menyatakan dua prinsip keadilan yang dipercaya akan dipilih. *Pertama*, setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. *Kedua*, ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa sehingga (a) dapat diharapkan memberi keuntungan semua orang, dan (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang. Ada dua frasa ambigu pada prinsip kedua, yakni ’keuntungan semua orang’ dan ’sama-sama

¹⁰¹ Rochmat Soemitro, *Asas dan Dasar Perpajakan*, Refika Aditama, Bandung, 2004, hlm. 16-17.

¹⁰² *Ibid.*

terbuka bagi semua orang'. Prinsip-prinsip tersebut terutama menerapkan struktur dasar masyarakat. Mereka akan mengatur penerapan hak dan kewajiban dan mengatur distribusi keuntungan sosial dan ekonomi. Sebagaimana diungkapkan rumusan mereka, prinsip-prinsip tersebut menganggap bahwa struktur sosial dapat dibagi menjadi dua bagian utama, prinsip pertama diterapkan yang satu, yang kedua pada yang lain. Mereka membagi antara aspek-aspek sistem sosial yang mendefinisikan dan menjamin kebebasan warga negara dan aspek-aspek yang menunjukkan dan mengukuhkan ketimpangan sosial-ekonomi. Kebebasan dasar warga negara adalah kebebasan politik (hak untuk memilih dan dipilih menduduki jabatan publik) bersama dengan kebebasan berbicara dan berserikat; kebebasan berkeyakinan dan kebebasan berpikir; kebebasan seseorang seiring dengan kebebasan untuk mempertahankan hak milik (personal); dan kebebasan dari penangkapan sewenang-wenang sebagaimana didefinisikan oleh konsep *rule of law*. Kebebasan-kebebasan ini oleh prinsip pertama diharuskan setara, karena warga suatu masyarakat yang adil mempunyai hak-hak dasar yang sama.¹⁰³

Prinsip kedua berkenaan dengan distribusi pendapatan dan kekayaan serta dengan desain organisasi yang menggunakan perbedaan dalam otoritas dan tanggungjawab, atau rantai komando. Sementara distribusi kekayaan dan pendapatan tidak perlu sama, harus demi keuntungan semua orang, dan pada saat yang sama, posisi-posisi otoritas dan jabatan komando harus bisa diakses oleh semua orang. Masyarakat yang menerapkan prinsip kedua dengan membuat posisi-posisinya terbuka bagi semua orang, sehingga tunduk dengan batasan ini akan mengatur ketimpangan sosial ekonomi sedemikian hingga semua orang diuntungkan.¹⁰⁴

¹⁰³ John Rawls, *Op.Cit.* hlm. 72.

¹⁰⁴ *Ibid*, hlm. 73.

Jadi keadilan adalah suatu nilai yang abstrak tentang berapa besarnya hak yang harus diterima seseorang berdasarkan prestasi atau keadilan adalah tiap-tiap hak yang harus diterima oleh seseorang sebanding dengan kewajiban yang telah diberikannya. Hak disini bersifat khusus sedangkan keadilan yang bersifat umum adalah semua orang dipandang sama tanpa memperhatikan jasa, prestasi atau kewajibannya. Keadilan sendiri merupakan mahkota hukum.

Hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan. Setiap orang mengharapkan dapat ditetapkannya hukum dalam hal terjadi peristiwa konkrit. Bagaimana hukumnya itulah yang harus berlaku, pada dasarnya tidak dibolehkan menyimpang; fiat justitia et pereat mundus (meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan). Itulah yang diinginkan oleh kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum, karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan lebih tertib. Hukum bertugas menciptakan kepastian hukum karena bertujuan menciptakan ketertiban masyarakat.

Kepastian hukum sangat penting, tanpa kepastian hukum orang tidak tahu apa yang harus diperbuatnya dan akhirnya timbul keresahan. Tetapi terlalu menitikberatkan pada kepastian hukum, terlalu ketat mentaati peraturan hukum akibatnya kaku dan akan menimbulkan rasa tidak adil. Apapun yang terjadi peraturannya adalah demikian dan harus ditaati atau dilaksanakan. Undang-undang itu sering terasa kejam apabila dilaksanakan secara ketat : *Lex dura sed tamen scripta* (undang-undang itu kejam, tetapi memang demikianlah bunyinya). Kalau kita bicara tentang hukum pada umumnya kita hanya melihat kepada peraturan hukum dalam arti kaedah atau peraturan perundang-undangan, terutama bagi praktisi. Undang-undang itu tidak sempurna. memang tidak mungkin undang-undang itu mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas. Ada kalanya undang-undang itu

tidak lengkap dan ada kalanya undang-undang itu tidak jelas. Meskipun tidak lengkap atau tidak jelas undang-undang harus dilaksanakan. Oleh karena undang-undangnya tidak lengkap atau tidak jelas, maka hakim harus mencari hukumnya, harus menemukan hukumnya. Ia harus melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Penegakan dan pelaksanaan hukum sering merupakan penemuan hukum dan tidak sekedar penerapan hukum.¹⁰⁵

Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkrit. Ini merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkrit. Sementara orang lebih suka menggunakan istilah “pembentukan hukum” daripada “penemuan hukum” oleh karena istilah penemuan hukum memberi sugesti seakan-akan hukumnya sudah ada. Ajaran tentang penemuan hukum ini menjawab pertanyaan mengenai interpretasi atau penafsiran undang-undang, Interpretasi restriktif atau ekstensif, penyempitan hukum dan analogi.¹⁰⁶

Pada dasarnya setiap orang melakukan penemuan hukum secara praktis oleh karena hukum itu sudah terbentuk melalui suatu kaidah baik tertulis maupun tidak. hukum dapat juga berupa perilaku atau peristiwa. Setiap orang selalu berhubungan dengan orang lain, hubungan mana diatur oleh hukum dan setiap orang akan berusaha manemukan hukumnya untuk dirinya sendiri, yaitu kewajiban dan wewenang apakah yang dibebaskan oleh hukum padanya. Persoalan hukum selalu kompleks, penuh konflik norma, benturan kepentingan dan politik. Hukum itu sendiri adalah produk politik. Beberapa kasus menimbulkan pro dan kontra terhadap kepastian hukum. Ini karena hukum menjadi komoditas politik. Kemana hukum mau dibawa? Melalui

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2014, hlm. 47.

penemuan hukumlah sebenarnya hukum dibentuk. Teori penemuan hukum terkini adalah hermeneutika hukum atau yang dikenal sebagai penafsiran hukum. Dengan menafsirkan hukum maka telah dilakukan penemuan hukum. Penemuan hukum bukan semata-mata hanya penerapan peraturan-peraturan hukum terhadap peristiwa konkrit, tetapi sekaligus juga penciptaan dan pembentukan hukum.

Sementara Asikin dalam tataran filosofi praktek penegakan hukum, berpesan kepada hakim bahwa hukum juga jangan dipandang sebagai kaidah formal semata, karena hukum adalah ciptaan manusia yang sangat terbatas wawasan, pengetahuan dan jangkauannya, sehingga pada suatu saat kaidah hukum formal akan berkonfrontasi dengan kenyataan riil dalam kehidupan masyarakatnya sendiri. Oleh karena itu, tugas hakim harus mampu menghidupkan kaidah formal yang mati tersebut, sehingga berhati nurani dan dapat memberikan manfaat penyelesaian yang adil dalam kasus konkret dalam masyarakat.¹⁰⁷

A. Mukti Arto mengatakan, keadilan yang dicari ialah keadilan substansial dan bukan hanya keadilan formal. Keadilan substansial ialah keadilan yang secara riil diterima dan dirasakan oleh para pihak, sedang keadilan formal ialah keadilan yang berdasarkan hukum semata-mata yang belum tentu dapat diterima dan dirasakan adil oleh para pihak.¹⁰⁸

Menurut pendapat Radbruch dalam Mahmud Rahimi,¹⁰⁹ seorang politikus dan sarjana hukum Jerman, mengalami pengaruh dari mazhab neokantianisme Marburg, tetapi juga dari mazhab neokantianisme Baden. Mazhab Baden itu berusaha mengatasi dualisme di antara ada (*Sein*) dan

¹⁰⁷ H.M.Fauzan, Pesan Keadilan Di Balik Teks Hukum Yang Terlupakan, *Varia Peradilan, Majalah*, Nomor 299 Oktober 2010, hlm. 34.

¹⁰⁸ A. Mukti Arto, Putusan yang Berkualitas Mahkota bagi Hakim Mutiara bagi Pencari Keadilan. *Varia Peradilan, Majalah*, Nomor: 296, Juli 2010, hlm. 31.

¹⁰⁹ Mahmud Rahimi, *Op.Cit.* 179.

harus (*Sollen*), yang menghingapi sistem-sistem neokantianisme lainnya. Di antara studi-studi yang dikarangnya disebut yang paling penting:¹¹⁰

1. *Grundzuge der Rechtsphilosophie*, 1914 (garis-garis dasar filsafat hukum).

Sesudah perang dunia kedua diterbitkannya:

2. *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, 1945 (lima menit filsafat hukum).
3. *Gesetzliches Unrecht und Ubergesetzliches Recht*, 1946 (ketidakadilan dan undang-undang dan keadilan yang di atas undang-undang).

Ketiga buku ini diterbitkan kembali oleh Erik Wolf dalam satu buku, yang berjudul: *Rechtsphilosophie* pada tahun 1963. Sarjana-sarjana dari mazhab neokantianisme Baden berusaha melintasi jurang antara bidang “ada” dan “harus” dengan menerima, bahwa terdapat suatu bidang yang mengandung unsur-unsur dan kedua bidang itu. Inilah bidang kebudayaan. Bidang kebudayaan itu terletak di antara bidang realitas alam, yang termasuk bidang “ada”, dan bidang nilai-nilai yang termasuk bidang “harus”. Bidang kebudayaan tidak hanya terletak di antara dua bidang, tetapi menggabungkan kedua bidang itu juga, sebab kebudayaan adalah tidak lain daripada perwujudan nilai-nilai dalam realitas alam, yakni dalam hidup konkret manusia.

Demikianlah nilai kebenaran terwujud dalam kehidupan konkret melalui suatu unsur kebudayaan, yang disebut ilmu pengetahuan; nilai keindahan diwujudkan dalam kehidupan konkret melalui suatu unsur kebudayaan lain, yakni kesenian; nilai moralitas diwujudkan dalam kehidupan konkret itu melalui suatu unsur kebudayaan lain lagi, yakni tingkah laku yang susila. Demikian halnya dengan segala nilai; semua nilai mendapat perwujudannya dalam hidup konkret manusia melalui salah satu faktor kebudayaan.

¹¹⁰ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintas Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, 1982, hlm. 161-166.

Radbruch menerapkan teori ini pada hukum. Katanya hukum merupakan suatu unsur kebudayaan, maka seperti unsur-unsur kebudayaan lain hukum mewujudkan salah satu nilai dalam kehidupan konkret manusia. Nilai itu adalah nilai keadilan¹¹¹. Dari pernyataan ini dapat disimpulkan, bahwa hukum hanya berarti sebagai hukum kalau hukum itu merupakan suatu perwujudan keadilan atau sekurang-kurangnya merupakan usaha ke arah itu. Pengertian hukum ini menjadi tolak ukur bagi adilnya atau tidak adilnya tata hukum yang dibentuk dalam masyarakat. Akan tetapi bukan hanya itu. Menurut Radbruch pengertian yang sama menjadi juga dasar hukum sebagai hukum, dalam arti yang sama seperti dalam sistem-sistem neokantianisme lain, yakni sebagai pengertian *transendentallogis*, yang mendasari semua pengertian hukum.

Di sini perlu dicatat, bahwa pengertian hukum yang terakhir ini menimbulkan kesulitan, kalau usaha untuk membentuk suatu tata hukum yang adil memang ada, tetapi tidak berhasil. Itu akan berarti, bahwa pengertian hukum sebagai perwujudan keadilan menjadi dasar suatu hukum yang tidak adil. Kiranya inilah suatu tanda bahwa pengertian hukum pada Radbruch belum sempurna. Menurut Radbruch dalam pengertian hukum dapat dibedakan tiga aspek yang ketiga-tiganya diperlukan untuk sampai pada pengertian hukum yang memadai. Aspek yang pertama ialah keadilan dalam arti yang sempit. Keadilan ini berarti kesamaan hak untuk semua orang di depan pengadilan. Aspek yang kedua ialah tujuan keadilan atau *finalitas*. Aspek ini menentukan isi hukum, sebab isi hukum memang sesuai dengan tujuan yang hendak dicapai. Aspek yang ketiga ialah kepastian hukum atau legalitas. Aspek itu menjamin bahwa hukum dapat berfungsi sebagai peraturan yang harus ditaati.

¹¹¹Mahmud Rahimi., *Op.Cit.* hlm. 179.

Aspek kedua, yakni finalitas atau isi hukum, perlu kita tinjau dengan lebih teliti. Lalu menjadi jelas, bahwa isi hukum berkaitan secara langsung dengan keadilan dalam arti umum, sebab hukum menurut isinya merupakan perwujudan keadilan tersebut. Tetapi tujuan keadilan umum itu adalah tidak lain daripada tujuan hukum sendiri, yakni memajukan kebaikan dalam hidup manusia. Oleh karena itu dapat dikatakan, bahwa isi hukum selalu adalah sesuatu yang menumbuhkan nilai kebaikan di antara orang. Kebaikan ini oleh Radbruch ditentukan sebagai suatu nilai etis. Dan memang demikian, sebab nilai ini mendapat bentuknya dalam sikap manusia yang dalam tingkah lakunya menurut kewajibannya demi kebaikan hidup.¹¹²

Pemikiran ini dilanjutkan dengan memastikan bahwa nilai etis ini dapat bergabung dengan tiga subyek. Subyek yang pertama yang hendak dimajukan kebaikannya ialah manusia individual. Hukum yang disusun dengan tujuan ini bersifat individualistis. Kemungkinan juga subyek itu adalah negara. Bila tujuan hukum adalah kemajuan negara, maka tujuan itu menghasilkan suatu sistem hukum kolektif. Kemungkinan ketiga ialah, bahwa subyek yang dituju itu bukan manusia individual atau kolektif, tetapi kebudayaan. Bila demikian halnya sistem hukum yang diciptakan adalah suatu sistem hukum transpersonal.

Menurut Radbruch pilihan antara ketiga sistem ini, yakni sistem hukum individual, kolektif atau transpersonal, tergantung dan pandangan hidup orang masing-masing. Ada orang yang mementingkan kebebasan individual, tetapi ada juga orang yang mementingkan kemajuan negara, dan ada orang yang mementingkan kebudayaan. Memang itu tidak berarti, bahwa dengan memilih salah satu sistem hukum tujuan sistem-sistem lain dilalaikan sama sekali. Kalau sistem hukum individual dipilih, kepentingan negara dan kemajuan kebudayaan akan diperhatikan juga, tetapi hanya sejauh negara dan

¹¹² *Ibid.*

kebudayaan ikut membangun manusia individual itu. Maka bila satu tujuan dipilih sebagai tujuan yang utama, tujuan lain dipandang sebagai daya upaya untuk sampai pada tujuan itu.

Pandangan Radbruch¹¹³ ini, yakni bahwa orang memilih sistem hukum sesuai dengan kecenderungan subyektifnya, disebut relativisme nilai. Radbruch mengakui bahwa selalu terdapat pertentangan antara ketiga aspek pengertian hukum yang disebut tadi, yakni antara keadilan (dalam arti sempit), finalitas dan Legalitas. Beberapa contoh dapat menjelaskan hal ini.

- a. Dalam negara dengan sistem hukum kolektif (yakni di mana finalitas ditentukan oleh perkembangan masyarakat) timbul pertentangan antara finalitas dan keadilan, kalau seorang yang sangat berguna bagi perkembangan masyarakat harus menghadapi pengadilan karena pelanggaran hukum. Menurut keadilan orang ini harus dihukum, tetapi finalitas tidak mengizinkannya.
- b. Dalam negara dengan sistem hukum individual (yakni di mana finalitas ditentukan oleh perkembangan individual) timbul pertentangan antara finalitas dan legalitas, kalau terdapat undang-undang yang karena alasan tertentu tidak cocok dengan perkembangan individual manusia.

Menurut legalitas undang-undang itu berlaku, demi kepastian hukum, tetapi finalitas menentang berlakunya hukum itu. Bahkan dapat terjadi bahwa terdapat pertentangan dalam satu dan ketiga aspek ini. Contoh yang paling jelas menyangkut legalitas hukum. Legalitas hukum menuntut bahwa tata hukum negara tetap berlaku demi kepastian hukum. Tetapi timbulah soal apabila dalam suatu daerah ditemukan hukum adat yang berlainan dengan tata hukum itu. Manakah hukum yang legal dalam situasi ini? Pertentangan dalam ruang legalitas hukum menjadi lebih tajam lagi, bila terjadi

¹¹³ *Ibid.*, hlm. 45.

pemberontakan terhadap pemerintah. Hukum revolusi memang menentang tata hukum yang berlaku. Manakah hukum yang legal dalam situasi ini?

Radbruch berpandangan bahwa hanya praktek hukum dapat memecahkan pertentangan ini. Yurisprudensi yang dimaksud di sini, selalu akan bertolak dari pandangan hidup yang tertentu, dan karenanya juga akan memihak pada satu sistem hukum tertentu.¹¹⁴

Sesudah pengalaman pahit selama resim Nazi di Jerman, Radbruch melepaskan teorinya mengenai relativisme nilai. Resim Nazi itu mementingkan kemajuan kolektif, dan mengorbankan secara konsekuen nilai-nilai pribadi dan budaya demi perkembangan negara. Praktek semacam itu memang tidak dimaksud oleh Radbruch, ketika ia mengemukakan sistem relativisme nilai. Oleh karena itu sesudah perang dunia kedua Radbruch sampai pada mengakui suatu hukum di atas hukum positif, yang berlaku sebagai norma tata hukum, yaitu suatu hukum alam.

Tentang hukum alam Radbruch mengetengahkan, bahwa hukum itu mengandung beberapa tuntutan dasar, yang selalu harus ditaati. Tuntutan pertama ialah bahwa setiap individu harus diperlakukan menurut keadilan di depan pengadilan. Tuntutan kedua ialah hak-hak azasi manusia yang tidak boleh dilanggar harus diakui. Tuntutan ketiga ialah bahwa harus ada keseimbangan antara pelanggaran dan hukuman.

Dengan pernyataan baru ini Radbruch mengakui bahwa keadilan terhadap manusia individual merupakan batu sendi dalam perwujudan keadilan dalam hukum. Dengan demikian juga finalitas hukum kehilangan kepentingannya. Memang tetap benar, bahwa finalitas hukum dapat digabungkan dengan tiga subyek. Tetapi finalitas hukum itu menyusul kedua aspek lain. Urutan ketiga aspek itu ditentukan oleh Radbruch sebagai berikut : keadilan, kepastian hukum, finalitas. Maka bila perkembangan negara

¹¹⁴ *Ibid.*

ditentukan sebagai finalitas hukum, tujuan ini tetap tunduk pada tuntutan keadilan dan kepastian hukum. Kiranya dengan ini bahaya timbulnya kesewenang-wenangan di bidang hukum dapat diatasi.¹¹⁵

Juga pandangan baru Radbruch terhadap hubungan antara keadilan dan kepastian hukum perlu diperhatikan. Oleh sebab kepastian hukum harus dijaga demi keamanan dalam negara maka hukum positif selalu harus ditaati, pun pula kalau isinya kurang adil atau juga kurang sesuai dengan tujuan hukum. Tetapi terdapat kekecualian, yakni bilamana pertentangan antara isi tata hukum dan keadilan menjadi begitu besar, sehingga tata hukum itu nampak tidak adil. Pada saat itu tata hukum itu boleh dilepaskan.

Dapat terjadi juga menurut Radbruch, bahwa tata hukum kehilangan artinya sebagai hukum sama sekali. Itulah halnya, kalau tata hukum tidak lagi mengakui kesamaan hak di depan pengadilan. Hal ini tidak lagi dapat disebut tidak adil, melainkan merupakan peniadaan hukum sebagai hukum, sebab di sini tata hukum kehilangan apa yang merupakan inti hukum, yakni menjadi perwujudan keadilan.

Petunjuk-petunjuk Radbruch tentang keadilan dan ketidakadilan tata hukum kurang berguna dalam praktek hidup. Kesulitan dalam praktek ialah untuk melihat kapan pertentangan antara tata hukum dan keadilan demikian besar sehingga tata hukum itu tidak berlaku lagi sebagai hukum yang adil. Untuk mengatasi kesulitan ini kiranya perlu terlebih dahulu membedakan antara prinsip-prinsip konstitutif hukum, yakni prinsip-prinsip yang termasuk pengertian hukum sebagai hukum, dan prinsip-prinsip regulatif hukum, yakni prinsip-prinsip yang merupakan pedoman dalam pembentukan tata hukum. Hanya prinsip-prinsip yang pertama bersifat menentukan bagi arti keadilan dan hukum. Pada Radbruch pengertian hukum menyangkut baik prinsip-prinsip konstitutif maupun prinsip-prinsip regulatif, dan karena itu menjadi

¹¹⁵ *Ibid.*

kurang jelas, apakah hukum adil atau tidak. Sebenarnya Radbruch menyerahkan keputusan ini kepada suara batin pribadi orang.¹¹⁶

Ajaran Radbruch agak berguna untuk mendapat pengertian tentang hukum. Di lain pihak kiranya pengertian hukum pada Radbruch belum lengkap. Hal ini terutama disebabkan karena titik tolak filsafat neokantianisme, yakni pemisahan yang tajam antara *Sein* dan *Sollen*. Neokantianisme sekolah Baden berusaha melintasi jurang ini dengan menerima suatu bidang pengantara, yakni bidang kebudayaan. Namun demikian pertentangan antara kedua bidang itu belum lenyap. Pertentangan yang semula selalu kembali dalam semua bidang kebudayaan. Hal ini nampak dalam uraian Radbruch tentang hukum. Menurut Radbruch tata hukum menjadi legal oleh karena berkaitan dengan kekuasaan yang membentuknya dan menjaganya. Tetapi kekuasaan itu tidak menentukan hukum dalam arti yang sejati, yakni sebagai suatu *Sollen* yang mewajibkan. Menurut Radbruch tata-hukum tetap bersifat a-normatif. Keharusan yang ada dalam hukum berasal dari nilai keadilan yang terkandung dalam tata hukum yang adil. Maka keharusan hukum tidak terletak dalam hukum sendiri, yang tetap bersifat a-normatif, tetapi dalam moral. Kiranya tanggapan Radbruch ini bertentangan dengan keyakinan orang bahwa hukum mewajibkan.

Dapat disimpulkan bahwa seperti bagi semua filsuf hukum sekolah neokantianisme demikian juga bagi Radbruch pengertian hukum¹¹⁷ tidak lain daripada pengertian hukum *transcendental-logis* yang bersifat a-normatif. Semua pengertian yuridis diturunkan dari pengertian *transcendental-logis* tersebut. Dengan demikian, kebenaran teoritik dan kebenaran hukum berkaitan dengan banyaknya teori-teori hukum dengan berbagai alirannya. Makna dan kebenaran teori dengan kebenaran hukum tidaklah sama.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm. 18.

Kebenaran teori merupakan dan hasil ujian dalam sintesa-sintesa yang sudah dibuat dalam teori ¹¹⁸tersebut.

Secara teoretik atau teoretis yang sering kita sebut dengan teoritik-teoritis adalah berdasarkan pada teori, mengenai atau menurut teori. Arti dari kebenaran menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah keadaan yang sesungguhnya. Kebenaran teoritik adalah kebenaran yang sesungguhnya atau sesuatu yang dianggap benar yang dilihat dari sudut pandang pendapat para ahli, sedangkan kebenaran hukum adalah sesuatu yang dianggap benar oleh para teoritis tentang hukum berdasarkan aliran-aliran ilmu hukum yang mereka anut tentang hukum itu sendiri.¹¹⁹

Menurut pandangan aliran positivisme hukum, konsep hukum yang hendak diketengahkan adalah hukum sebagai perintah manusia yang dibuat oleh badan yang berwenang. Ada dua bentuk positivisme hukum, yakni pertama positivisme yuridis, yang berarti hukum dipandang sebagai suatu gejala tersendiri yang perlu diolah secara ilmiah. Tujuannya adalah pembentukan struktur rasional sistem yuridis yang berlaku. Dalam positivisme yuridis, berlaku *closed logical system*, yang berarti bahwa peraturan direduksikan dan undang-undang yang berlaku tanpa perlu meminta bimbingan dan norma sosial, politik dan moral, dengan tokoh von Jhering dan Austin. Kedua, positivisme sosiologis, hukum ditanggapi terbuka bagi kehidupan masyarakat, yang harus diselidiki melalui metode-metode alamiah.

Namun pandangan ini ditentang oleh aliran-aliran hukum lain diantaranya realisme hukum. Aliran ini berpendapat bahwa hukum itu dibentuk tidak dan penguasa, melainkan berasal hukum yang hidup dan

¹¹⁸ Pengertian teori dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah (1) pendapat yang dikemukakan sebagai keterangan mengenai suatu peristiwa; (2) azas dan hukum umum yang menjadi dasar suatu kesenian atau ilmu pengetahuan; (3) pendapat, cara, dan aturan untuk melakukan sesuatu.

¹¹⁹ Anwar Budiman, *Perselisihan hubungan Industrial, Pemutusan Hubungan Kerja*, Bidik Phronesis Publishing, Jakarta, 2015, hlm. 163-164.

tumbuh bersama masyarakat. Hukum tidak dapat dipisahkan dan anasir-anasir sosiologis, dan lebih mementingkan keadilan dalam masyarakat.

Menurut Ulpianus (\pm 200 AD), “*justitia est constans et perpetua voluntas ius suuin cuique tribuendi*”. Keadilan¹²⁰ adalah kehendak yang *ajek* dan menetap untuk memberikan kepada masing-masing bagiannya. Dalam bahasa Inggris terjemahannya berbunyi “*to give everybody his own*”, atau memberikan kepada setiap orang yang menjadi haknya.¹²¹ Inti dari pengertian tersebut bahwa memberikan masing-masing haknya dan tidak lebih, tetapi tidak kurang daripada haknya. Keadilan tidak dapat hanya diharapkan saja atau dianjurkan saja. Keadilan mengikat setiap orang, sehingga orang mempunyai kewajiban.¹²²

Pengertian keadilan lain dikemukakan oleh O. Notohamidjojo, yakni keadilan itu menuntut perlawanan terhadap kesewenang-wenangan kepada manusia, keadilan memberikan kepada masing-masing haknya, dengan kata lain keadilan merupakan postulat (tuntutan atau dalil, yang tidak dapat dibuktikan, yang harus diterima untuk memahami fakta atau peristiwa tertentu) bagi perbuatan manusia. Karena keadilan menuntut untuk melihat sesama manusia sebagai manusia, mewajibkan memanusiakan manusia (*Vermenschlichung den Menshen*).¹²³ Keadilan menempatkan pihak lain sebagai subjek. Keadilan menuntut perlakuan seperti orang diperlakukan. Keadilan mengucilkan kesewenang-wenangan.¹²⁴ Keadilan juga mencerminkan pada sifat kemakmuran masyarakat. Orang-orang yang diberi kekuasaan untuk memerintah, lalu berbuat curang dengan hidup bermewah-

¹²⁰ Agus Santoso, *Hukum, Moral Dan Keadilan, Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, Kencana, Jakarta, 2012, hlm. 85.

¹²¹ Muhammad Taufiq, *Keadilan Substansial Memangkas Rantai Birokrasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2014, hlm. 35.

¹²² Arief Nugroho dan Dyah Hapsari Prananingrum, Ketidakadilan dalam Perjanjian Jual-Beli Sayur, dalam *Jurnal Ilmu Hukum*. Vol.10 No.2. September 2007, hlm. 212

¹²³ Bambang Priyambodo dan Arif Awangga, *Politik Hukum Peradilan Tata Usaha Negara*, Mahardika Parahyangan Press, Bandung, 2016, hlm. 25.

¹²⁴ *Ibid.*

mewah pada akhirnya akan menghadapi kehancuran negeri dan masyarakat seluruhnya.

Pada dasarnya pangkal dari segala pendidikan karakter ialah cinta dan kebenaran dan berani mengatakan salah dalam menghadapi sesuatu yang tidak benar. Pendidikan ilmiah dalam perguruan tinggi dapat melaksanakan pembentukan karakter itu, karena wujudnya mencari kebenaran dan membela kebenaran.¹²⁵ Keadilan juga disampaikan oleh Sri Redjeki Hartono dalam kajiannya terhadap hukum dagang dan hukum ekonomi sejauh mana keduanya mempunyai tujuan utama sebuah keadilan.¹²⁶

Menurut George Boeree, teori keadilan¹²⁷ mengandung kekurangan yang sama dengan teori pertukaran secara umum. Secara ringkas, rumusan teori keadilan berbunyi sebagai berikut:

“Masing-masing sesuai dengan pengorbanan atau input yang diberikannya. Jika kita sudah membicarakan kemewahan hidup, hanya sedikit orang yang akan setuju dengan rumusan itu, jika Anda tidak bekerja, Anda tidak mendapatkan apa-apa”.¹²⁸

Tetapi, bagaimana halnya dengan pemungutan suara? Apakah hanya orang-orang yang benar-benar menyumbangkan sesuatu yang bermanfaat bagi masyarakat yang diizinkan memberikan suaranya? Misalnya para pekerja? Bagaimana halnya dengan para tuan tanah (yang pada zaman dahulu diabdikan oleh para nenek moyang kita tanpa protes sedikit pun)? Bagaimana pula halnya dengan kaum bangsawan, yang dahulu kekuasaannya tidak pernah dipertanyakan? Mereka semua tidak memberikan kontribusi nyata

¹²⁵ Antonius Atosokhi Gea, dkk., *Relasi dengan Sesama, Charater Building II*, Elex Media Komputindo, Jakarta, 2002, hlm. 104.

¹²⁶ Sri Redjeki Hartono, *Evolusi Kajian Hukum Dagang Menjadi Hukum Bisnis dan Hukum Ekonomi*, Naskah disampaikan dalam Pidato Purna tugas di Universitas Diponegoro Semarang Mei 2011, hlm. 30.

¹²⁷ Bambang Priyambodo, *Mewujudkan Peradilan Tata Usaha Negara, Yang Berwibawa Dengan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik*, Mahardika Parahyangan Press, Bandung, 2011, hlm. 165.

¹²⁸ Mc. George Boeree, *Psikologi Sosial*, Prismsophie, Yogyakarta, 2010, hlm. 202.

terhadap masyarakat, tetapi memperoleh kemewahan dari keringat rakyat atau petani penggarapnya. Terlepas dari semua itu, kini dihendaki “keadilan sosial”¹²⁹ bagi semua orang”.¹³⁰

Menurut Boeree pembahasan ini dapat diperluas kepada orang-orang miskin, lanjut usia, atau cacat. Apakah karena mereka tidak bekerja, mereka tidak patut diberi obat-obatan, makanan, pakaian, serta kebutuhan dasar lainnya? Bila mempertimbangkan hal tersebut, kebanyakan orang akan setuju bahwa rumusan aturan seharusnya berbunyi: “Tiap orang hendaknya diberi sesuai dengan kebutuhannya” (sesuai dengan pesan Karl Marx).¹³¹

Selama ini hukum hanya berprinsip teguh terhadap keadilan yang sifatnya prosedural bukan keadilan substansial. Dalam hal ini, keadilan prosedural merupakan keadilan yang mengacu pada bunyi undang-undang. Sepanjang bunyi undang-undang terwujud, tercapailah keadilan secara formal.¹³² Masih perlu pengkajian lebih lanjut apakah secara materiel keadilan itu benar-benar dirasakan adil secara moral bagi banyak pihak atau tidak. Para penegak keadilan prosedural sering tidak memedulikannya. Para penegak keadilan prosedural itu, biasanya tergolong kaum positivistik dan tidak melihat betapa masyarakat tidak merasakan keadilan yang sejatinya hukum merupakan sarana mewujudkan keadilan yang tidak sekadar formalitas. Banyak kasus putusan hakim yang tidak mencerminkan substansi keadilan hukum yang beberapa dekade belakangan ini mewarnai media pewartaan nasional. Bagi kaum positivistik, keputusan-keputusan hukum dapat dideduksikan secara logis dari peraturan-peraturan yang sudah ada lebih dahulu tanpa perlu menunjuk kepada tujuan-tujuan sosial, kebajikan, serta moralitas. Betapapun tidak adil dan terbatasnya bunyi undang-undang

¹²⁹ Lihat pendapat Bagir Manan tentang keadilan sosial. Anwar Budiman, *Perselisihan Hubungan Industrial*, Bidik-Phronesis Publishing, Jakarta, 2015, hlm. 184.

¹³⁰ Mc. George Boeree, *Op.cit.*

¹³¹ *Ibid*

¹³² Zainal Arifin Hoesein, *Kekuasaan Kehakiman Di Indonesia*, Imperium, Yogyakarta, 2013, hlm.

yang ada. Hukum adalah perintah undang-undang, dan dari situ kepastian hukum bisa ditegakkan.¹³³ Keadilan substantif pernah dicontohkan oleh Mahfud MD yang merupakan Mantan Ketua Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Saat melakukan uji materi undang-undang pornografi para hakim konstitusi melakukan nonton bareng tarian yang dianggap porno di hadapan sidang. Tidak ketinggalan juga mereka pun menonton film (yang dianggap) porno. Menurut Mahfud inilah yang disebut dengan keadilan substantif, walau agak janggal (Jw:nyeleneh) karena mampu keluar dari koridor kitab undang-undang dalam metode pembuktian keadilan. Dalam perkara lainnya yaitu dalam masa pemilihan umum untuk hak memilih. Mahkamah yang dipimpin Mahfud saat itu memberikan solusi penggunaan kartu tanda penduduk sebagai alat sah untuk dapat mengikuti pemilu. Semua aksi Mahfud itu membuatnya menjadi bintang tahun 2009. Berbagai penghargaan pun diterimanya dari masyarakat lantaran keberaniannya berbeda. Terutama terhadap tekanan dalam kasus Cicak versus Buaya yang dapat mengakibatkan rekaman itu tidak jadi dibuka ke publik. Mahfud merasa cukup puas karena selain dapat menerapkan keahliannya sebagai pakar hukum tata negara, dia juga dapat menerapkan praktik keadilan substantif. Setelah selama ini praktik hukum di Indonesia lebih banyak diwarnai praktik keadilan normatif yaitu hanya berdasarkan kitab undang-undang.¹³⁴ Alhasil dalam banyak kasus akhir dari sistem peradilan pidana memunculkan banyak kontroversi karena terlalu kaku berpedoman pada hukum positif.

Mahkamah Konstitusi telah memberi pelajaran yang amat berharga kepada bangsa ini tentang lika-liku penegakan hukum, atau lebih khusus tentang pengambilan putusan oleh pengadilan. Para hakim Mahkamah Konstitusi tidak mengikuti prosedur hukum formal atau *business as usual*.

¹³³ Fawaidurrahman, Mencari Keadilan Hukum di Indonesia: *Membendung Keadilan Prosedural Menuju Keadilan Substansial*. <http://fawaidroh.wordpress.com>. Diakses 3 Oktober 2016 pukul 12.05.

¹³⁴ TV One, *Satu Jam Lebih Dekat dengan 11 Tokoh Paling Inspiratif Indonesia*, Hikmah, Jakarta, 2010, hlm. 76.

Mereka tergugah nasionalismenya dan mempraktikkan cara berhukum yang progresif.¹³⁵

Hukum itu tidak berdiri secara otonom penuh, tetapi merupakan bagian integral dengan kehidupan bangsa dan dengan demikian suka duka bangsanya. Hakim Agung Amerika Serikat, Oliver Wendell Holmes, yang legendaris itu, mengatakan, hukum suatu bangsa *embodies the story of a nation's development through many centuries*. Hakim tidak berdiri di luar, tetapi benar-benar menjadi bagian bangsanya, ikut merasakan sekalian suka dan dukanya. Pengadilan itu bukan institut yang steril.¹³⁶

Menurut Mahkamah Konstitusi, hakim atau pengadilan tidak hanya memutus berdasar teks undang-undang dan hanya menggunakan akal pikiran atau logika hukum, tetapi dengan seluruh kapasitas nuraninya, seperti empati, kejujuran, dan kebaruan. Dengan bekal itu, maka sesekali, jika keadaan memaksa, ia akan melakukan *rule breaking*.¹³⁷

Mohammad Nashihah dan Ronny F. Sompie mengemukakan bahwa ciri khas dan keadilan dan hubungan khusus dengan hukum mulai muncul jika diamati bahwa sebagian besar kritik yang dibuat dalam hal adil dan tidak adil hampir sama baiknya disampaikan dengan kata-kata 'adil' dan 'tidak adil'. Keadilan jelas tidak *koekstensif* dengan moralitas pada umumnya; referensi terhadap itu terutama relevan dalam dua situasi dalam kehidupan sosial. Salah satunya adalah ketika prihatin tidak dengan perilaku satu individu, tetapi dengan cara di mana kelas-kelas individu diperlakukan, ketika beberapa beban atau manfaat ada untuk didistribusikan di antara mereka. Oleh karena itu, apa yang biasanya adil atau tidak adil adalah bagian dari sebuah 'pembagian'. Situasi kedua adalah ketika cedera telah dilakukan dari kompensasi atau ganti rugi diklaim. Ini bukan hanya konteks penilaian

¹³⁵ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, Kompas, Jakarta, 2010, hlm. 82.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*, hlm. 82-83.

mengenai *justice*/keadilan atau *fairness*/keadilan dibuat. Mereka berbicara tidak hanya mengenai distribusi dan kompensasi sebagai *just*/adil atau *fair*/adil tetapi juga mengenai seorang hakim sebagai adil atau tidak adil; sebuah pengadilan sebagai adil atau tidak adil, dan seseorang sebagai dihukum secara adil atau tidak adil. Ini adalah aplikasi turunan dari gagasan mengenai keadilan yang dapat dijelaskan begitu aplikasi utama mengenai keadilan untuk urusan distribusi dan kompensasi dipahami.¹³⁸

Prinsip umum dalam aplikasi yang beragam dari gagasan mengenai keadilan adalah bahwa individu berhak dalam hal satu sama lain pada posisi relatif tertentu dan kesetaraan atau ketidaksetaraan. Ini adalah sesuatu yang harus dihormati dalam perubahan-perubahan kehidupan sosial ketika beban atau manfaat ada untuk dibagikan; ini juga sesuatu yang harus dipulihkan jika terganggu.¹³⁹

Oleh karena itu, keadilan secara tradisional dianggap sebagai memelihara atau memulihkan keseimbangan atau proporsi, dan ajaran terkemukanya sering dirumuskan sebagai 'Perlakuan seperti kasus yang serupa', meskipun perlu ditambahkan untuk yang terakhir dan perlakuan kasus yang berbeda secara berbeda. Jadi ketika, atas nama keadilan, protes terhadap hukuman yang melarang orang kulit berwarna menggunakan taman publik, poin dari kritik semacam ini adalah bahwa hukum semacam itu buruk, karena dalam mendistribusikan manfaat dari fasilitas publik di antara penduduk tersebut ini mendiskriminasikan antara orang-orang yang dalam semua hal yang relevan, sama. Sebaiknya, jika hukum yang dipuji sebagai adil karena ini menarik dari beberapa bagian khusus beberapa hak istimewa atau kekebalan, misalnya dalam perpajakan, pemikiran yang membimbing adalah bahwa tidak ada perbedaan yang relevan seperti ini antara kelas

¹³⁸ H.L.A. Hart, *Concept Law*, diterjemahkan oleh Mohammad Nashihah dan Ronny F Sompie, *Konsep Hukum*, Cintya Press, Jakarta, 2011, hlm. 179.

¹³⁹ *Ibid.*

istimewa dari seluruh masyarakat yang lain untuk memberikan mereka perlakuan khusus. Contoh-contoh sederhana ini, bagaimana pun, cukup untuk menunjukkan bahwa meskipun ‘Perlakuan seperti kasus yang serupa dan kasus yang berbeda secara berbeda’ adalah elemen sentral dalam gagasan mengenai keadilan, maka dengan sendirinya ini tidak lengkap, dan sampai ditambahkan, tidak menghasilkan panduan tetap apa pun bagi perilaku. Hal ini karena setiap manusia akan mirip satu sama lain dalam beberapa hal dan berbeda satu sama lain pada hal lain, dan sampai itu ditetapkan apa yang mirip dan perbedaan apa yang relevan, ‘perlakuan seperti kasus yang mirip’ harus tetap menjadi bentuk yang kosong. Untuk mengisi itu maka harus tahu kapan, untuk tujuan yang ada, kasus harus dianggap sebagai mirip dan perbedaan apa yang relevan. Tanpa suplemen lanjutan ini, tidak dapat melanjutkan untuk mengkritik hukum atau pengaturan sosial lainnya sebagai tidak adil. Hal ini tidak adil bagi hukum ketika itu melarang pembunuhan untuk memperlakukan para pembunuh berambut merah dalam cara yang sama seperti orang lain; memang akan menjadi tidak adil jika memperlakukan mereka secara berbeda, karena ini akan menjadi seperti jika menolak untuk memperlakukan secara berbeda yang waras dan yang gila.¹⁴⁰

Selama ini hukum hanya berprinsip teguh terhadap keadilan yang sifatnya prosedural bukan keadilan substansial. Dalam hal ini, keadilan prosedural merupakan keadilan yang mengacu pada bunyi undang-undang. Sepanjang bunyi undang-undang terwujud, tercapailah keadilan secara formal.¹⁴¹ Masih perlu pengkajian lebih lanjut apakah secara materiel keadilan itu benar-benar dirasakan adil secara moral bagi banyak pihak atau tidak. Para penegak keadilan prosedural sering tidak memedulikannya. Para penegak keadilan prosedural itu, biasanya tergolong kaum positivistik dan

¹⁴⁰ *Ibid*, hlm. 179-180.

¹⁴¹ Zainal Arifin Hoesein, *Kekuasaan Kehakiman Di Indonesia*, Imperium, Yogyakarta, 2013, hlm. 49.

tidak melihat betapa masyarakat tidak merasakan keadilan yang sejatinya hukum merupakan sarana mewujudkan keadilan yang tidak sekadar formalitas. Banyak kasus putusan hakim yang tidak mencerminkan substansi keadilan hukum yang beberapa dekade belakangan ini mewarnai media pewartaan nasional. Bagi kaum positivistik, keputusan-keputusan hukum dapat dideduksikan secara logis dari peraturan-peraturan yang sudah ada lebih dahulu tanpa perlu menunjuk kepada tujuan-tujuan sosial, kebajikan, serta moralitas. Betapapun tidak adil dan terbatasnya bunyi undang-undang yang ada. Hukum adalah perintah undang-undang, dan dari situ kepastian hukum bisa ditegakkan.¹⁴²

Saat ini dunia peradilan berkembang fenomena baru yang berkaitan dengan keadilan. Fenomena baru tersebut khususnya terjadi di Mahkamah Konstitusi, yaitu tentang diakuinya ‘hukum progresif’ yang dalam penerapannya akan menimbulkan ‘keadilan substantif’. Keadilan substantif ini dipahami sebagai keadilan yang dituangkan dalam putusan berdasarkan substansi perkara dan fakta persidangan. Peristilahan yang digunakan dalam merealisasikan keadilan substantif ini adalah suatu ‘terobosan hukum’. Keadilan jenis ini sering kali menimbulkan pro-kontra antar ahli hukum, Mahkamah Konstitusi dianggap telah memasuki ranah yang dianggap bukan lagi wewenang atau kompetensinya, sehingga Mahkamah Konstitusi dianggap sebagai lembaga yang lahir dari rahim reformasi yang paling berpengaruh melebihi lembaga-lembaga negara lainnya. Bahkan muncul pendapat keadilan macam ini akan mengakibatkan perubahan prinsip bahwa negara ini bukan lagi ‘negara hukum’ (*rechtstaat*) tetapi ‘negara hakim’ (*rechterstaat*).¹⁴³

¹⁴² Fawaidurrahman, *Mencari Keadilan Hukum di Indonesia: Membendung Keadilan Prosedural Menuju Keadilan Substansial*. <http://fawaidroh.wordpress.com>. Diakses 5 November 2018 pukul 12.05.

¹⁴³ Nunuk Nuswardani, Upaya Peningkatan Kualitas Putusan Hakim Agung dalam Mewujudkan *Law and Legal Reform*, Jurnal Hukum No. 4 Vol. 16 Oktober 2009, hlm. 522.

Keadilan substantif ini menolak pandangan legalisme yang menganggap Undang-Undang itu kramat, yakni sebagai peraturan yang dikukuhkan Allah sendiri, atau sebagai suatu sistem logis yang berlaku bagi semua perkara, karena bersifat rasional.¹⁴⁴ Keadilan substantif menganggap bahwa legalisme yang murni tidak mungkin. Sebab semua penerapan kaidah-kaidah hukum yang umum dan abstrak pada perkara-perkara konkret merupakan suatu ciptaan hukum baru. Administrasi seorang pegawai sudah merupakan hukum baru, apalagi putusan-putusan seorang hakim. Memang tindakan yuridis ini mengandaikan adanya suatu minimum rasionalitas dalam sistem hukum, tetapi mustahil praktik hukum menurut suatu metode rasional melulu. Putusan seorang hakim tidak dapat diturunkan secara logis dari peraturan-peraturan yang berlaku, sebab peraturan itu tidak sempurna, mungkin juga salah atau kurang tepat, sehingga menyebabkan ketidakadilan. Argumen yang diajukan oleh L. Pospisil melawan legalisme ini adalah:

1. Kalau hukum terletak dalam kaidah-kaidah yang abstrak (peraturan-peraturan), tidak dimengerti mengapa terdapat ketentuan-ketentuan yang mati, sebab ketinggalan zaman.
2. Peraturan-peraturan yang abstrak tidak mengungkapkan banyak tentang “pengawasan sosial” (yang dianggap sebagai inti segala hukum).
3. Peraturan-peraturan tidak berguna bagi praktik, sebab para hakim harus mengambil keputusannya sesuai dengan perkara-perkara yang sangat berbeda.¹⁴⁵

Legalisme tersebut diserang juga oleh para penganut realisme hukum Skandinavia. Menurut mereka, kita harus realistis dan karenanya tidak menerima peraturan-peraturan pemerintah sebagai sesuatu yang nyaris

¹⁴⁴ Paulus Hadi Suprpto, *Menemukan Substansi Dalam Keadilan Prosedural*, Komisi Yudisial, Jakarta, 2009, hlm. ix-xi.

¹⁴⁵ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 1995, hlm. 122.

sempurna.¹⁴⁶ Salah satu tokoh realisme hukum Skandinavia yang bernama Alf Ross mengemukakan tentang teori realitas sosial yang menentang teori Kelsen, yang memastikan bahwa keharusan yuridis adalah suatu kategori yang sama sekali lepas dari realitas sosial, seperti tradisi Kant dikatakan tentang suatu *Sollen* yang lepas dari *Sein*. Karena pemisahan ini Kelsen terus mencari norma dasar (*Grundnorm*) untuk mendasari berlakunya hukum. Tetapi Ross menolak suatu norma yang lepas dari realitas sosial. norma-norma yang berlaku hanya berfungsi dalam batas suatu proses pembuatan Undang-undang dimana kejadian-kejadian yuridis digabungkan dengan sanksi-sanksi hukum.¹⁴⁷

Undang-undang selalu tergabung dalam praktik hidup. Berkat penggabungan itu, praktik hidup dipandang dalam terang Undang-undang sehingga mendapat rasionalitas. Umpamanya seorang hakim, yang berhadapan dengan suatu peristiwa dan yang mengikutsertakan nilai-nilai hidup praktis dalam pertimbangannya, tidak bertindak secara irasional. Putusan-putusannya (walaupun tidak dapat diturunkan secara silogistik dari Undang-undang) merupakan bukan hasil emosi, bukan perjuangan bagi kepentingannya sendiri, bukan tindakan kekerasan, melainkan hasil dari suatu pertimbangan rasional, sehingga “masuk akal”. Buktinya pengadilan selalu menyebut alasan-alasan bagi putusan-putusannya, berdasarkan suatu ‘logika yuridis’.¹⁴⁸

Keadilan substantif ini juga tidak sepaham dengan teori hukum kodrat oleh karena teori hukum kodrat ini tidak memberi batas jelas tentang apa itu kodrat dan apa ciri-ciri hakikinya. Kesulitan muncul dari anggapan populer yang menyamakan begitu saja ‘yang kodrati’ dengan ‘yang biasa dilakukan’, ‘sesuai dengan kodrat’ dengan demikian disamakan dengan apa oleh

¹⁴⁶ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, 1982, hlm. 181-182.

¹⁴⁷ *Ibid.*, hlm. 183.

¹⁴⁸ *Ibid.*, hlm. 136.

masyarakat diterima dan diakui sebagai hal yang lazim dipraktikkan dalam kehidupan sehari-hari. Disini ada bahaya bahwa apa yang norma; dilakukan dipandang pantas menjadi norma bertindak. Padahal yang biasa dan umum dilakukan belum tentu baik. Hidup sesuai dengan tuntutan hukum kodrat pada dasarnya tidak menghargai kehormatan atau kemuliaan manusia yang berakal budi. Meskipun adanya perbedaan antara hukum kodrat yang berlaku bagi makhluk rasional dan hukum alam yang berlaku bagi makhluk nonrasional sudah merupakan langkah maju yang keluar dari kesulitan teori hukum kodrat deterministik, jalan keluar ini tetap saja membawa kesulitan dalam pelaksanaan hukum positif.¹⁴⁹

B. Tinjauan Pustaka

1. Asas keseimbangan dalam Pespektif Kitab Undang-undang Hukum Perdata

Dalam KUHPerdata tidak terdapat asas keseimbangan disebutkan secara tegas hanya terdapat asas-asas umum, yang secara implisit dapat dikembangkan dan ditafsirkan sebagai adanya keseimbangan, akan tetapi bukan sebagai asas yang berdiri sendiri dan mempengaruhi sah tidaknya perjanjian. Asas-asas perjanjian yang ada dalam KUHPerdata adalah sebagai berikut :

a. Asas Kepribadian/*Personality (Privity of Contract)*

Pasal 1340 KUHPerdata menyatakan tentang ruang lingkup berlakunya perjanjian hanyalah antara pihak-pihak yang membuat perjanjian saja. Pihak ketiga (atau pihak di luar perjanjian) tidak dapat ikut menuntut suatu hak berdasarkan perjanjian itu. Ruang lingkup berlakunya perjanjian ini dikenal sebagai prinsip *Privity of Contract* atau Asas Kepribadian.

¹⁴⁹ Andre Ata Ujan, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 2009, hlm. 61-63.

Doktrin *Privity of Contract* juga banyak ditemukan dalam putusan-putusan hakim di negara *common law*, misalnya dalam kasus *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. vs Selfridge & Co. Ltd. [19 15] AC 847*. Dalam kasus ini sebuah pabrik ban telah menentukan harga jual tertentu yang harus ditaati oleh para distributornya, hal ini tercantum dalam kontrak/perjanjian antara pabrik ban dengan para distributornya. Pabrik ban mengikat para distributornya agar juga mengikat para penjual eceran ban untuk menjual dengan harga jual yang telah ditetapkan. Salah satu penjual ban eceran menjual ban tersebut dengan harga di bawah harga yang ditetapkan. Lalu pabrik ban itu menuntut penjual ban eceran tersebut sebagai telah melakukan wanprestasi. Tuntutan itu tidak dapat dibenarkan dengan alasan mereka bukanlah para pihak dalam perjanjian atau tidak ada *Privity of Contract*.¹⁵⁰

Pasal 1340 KUHPerdata selanjutnya menyatakan bahwa “Perjanjian-perjanjian tidak dapat merugikan kepada pihak ketiga dan tidak dapat menguntungkan pihak ketiga pula kecuali untuk hal yang diatur dalam Pasal 1317 KUHPerdata. Pasal 1317 KUHPerdata memperbolehkan untuk meminta ditetapkannya suatu janji guna kepentingan seorang (pihak ketiga), bila perjanjian atau pemberian tersebut memuat ketentuan seperti itu. Ketentuan untuk meminta ditetapkannya suatu janji guna kepentingan pihak ketiga tidak dapat ditarik kembali bila pihak ketiga itu telah menyatakan menerimanya. Pengecualian dari *Privity of Contract* yang terdapat dalam Pasal 1317 KUHPerdata yaitu janji untuk kepentingan pihak ketiga, sebenarnya adalah memberikan atau menyerahkan haknya pada pihak ketiga. Jadi pihak ketiga itu adalah merupakan subjek hak. Hal ini sesuai dengan Pasal 1318 KUHPerdata yang menyatakan bahwa jika seorang minta diperjanjikannya sesuatu hal maka dianggap bahwa itu adalah untuk ahli warisnya dan orang-orang yang memperoleh hak daripadanya. *Hoge Raad* (Mahkamah Agung Belanda) dalam

¹⁵⁰Peter Gillies, *Business Law*, Federation Press, Australia, 1988, hlm. 165.

keputusannya (*arres*) tanggal 26 Juni 1914 menafsirkan kalimat minta ditetapkannya suatu janji adalah sebagai menuntut suatu hak untuk diri sendiri atau hak pribadinya itu sendiri. Dengan kata lain bila dalam penjanjian itu seseorang tidak mempunyai sesuatu hak berdasarkan perjanjian yang dibuatnya maka orang tersebut tidak dapat membuat perjanjian untuk kepentingan orang ketiga.¹⁵¹ Mengenai tuntutan pemenuhan janji untuk kepentingan pihak ketiga, *Hoge Raad* menentukan (*Arres HR 19 Maret 1934*) bahwa hanya pihak ketiga yang telah menyatakan kehendaknya akan menerima janji tersebut dapat menuntut pemenuhannya, sedangkan orang yang meminta ditetapkannya suatu janji bagi pihak ketiga tidak dapat lagi menuntut pelaksanaan pemenuhan perjanjian itu kecuali dalam perjanjiannya telah ditetapkan bahwa hak menuntut itu tetap diberikan kepada pihak perjanjian itu.¹⁵²

Ketentuan tentang dibolehkannya janji untuk pihak ketiga juga dapat ditemukan pada putusan hakim *common law* seperti dalam kasus *Trident General Insurance vs Mc Niece Bros Pty Ltd. [1988] 80 ALR 574*. Dalam kasus ini terdapat suatu perjanjian asuransi yang mencakup penanggungan terhadap pihak ketiga sehubungan dengan pekerjaan konstruksi pabrik. Polis asuransi yang dikenal dengan nama *Polis Blue Circle* adalah untuk menanggung tertanggung atas tanggungjawab tertanggung terhadap pihak ketiga (atau terhadap orang-orang yang tidak bekerja pada tertanggung) bila terjadi kecelakaan yang berhubungan dengan pekerjaan konstruksi tertentu. Pengertian orang-orang yang bekerja pada tertanggung mencakup perusahaan tertanggung sendiri dan cabang-cabangnya, para kontraktornya, para sub-kontraktornya serta para supliernya. Dalam pekerjaan konstruksi itu lalu terjadi kecelakaan terhadap supir kendaraan *crane* yang disebabkan oleh salah satu kontraktor tertanggung. Kontraktor tersebut meminta penggantian terhadap

¹⁵¹ J. Satrio, *Hukum Perikatan yang Lahir Dari Perjanjian Buku I*, PT. Citra Aditya, Bandung, Bandung, 2001, hlm. 28.

¹⁵² Rutten-Asser, dalam Purwahid Patrik, *Azas Itikad Baik dan Kepatutan Dalam Perjanjian*, FH. UNDIP, Semarang, 1982, hlm. 66.

perusahaan asuransi berdasarkan *Polis Blue Circle*. Tuntutan kontraktor ini walaupun bukan sebagai pihak dalam perjanjian asuransi *Blue Circle* telah dikabulkan oleh pengadilan banding New South Wales dengan alasan: dalam hal suatu pihak ketiga disebut atau dicakup dalam suatu polis asuransi sebagai pihak yang bertanggung maka pihak ketiga tersebut dapat menuntut pelaksanaan asuransi itu walaupun ia bukan sebagai pihak dalam perjanjian asuransi itu.¹⁵³

Menurut *Black's Law Dictionary*, di Amerika sekarang Doktrin *Privity of Contract* diterapkan dengan agak longgar yaitu dengan memperbolehkannya pihak ketiga yang berkepentingan menuntut ganti rugi karena luka atau kerugian yang deritanya, seperti ternyata dalam:

- 1) Undang-undang *Warranty (UCC section 2-318)*;
- 2) Doktrin tanggung jawab penuh (*strict liability*);
- 3) Putusan pengadilan seperti dalam kasus *MacPherson vs Buick Motor Co.* 217 NY. 382. 111 N E 1050.¹⁵⁴

Menurut G.H. Treitel, dalam *The Law of Contract*: “*The doctrine of privity means that a person cannot acquire rights or be subject to liabilities arising under a contract to which he is not a party, it does not mean that a contract between A and B cannot affect the legal rights of C indirectly*”. Doktrin *privity* berarti bahwa seseorang tidak dapat memperoleh hak atau dikenakan kewajiban yang timbul berdasarkan kontrak yang ia bukanlah bagian dari kontrak tersebut, namun itu tidak berarti bahwa kontrak antara A dan B tidak dapat mempengaruhi hak hukum C secara tidak langsung. Hal ini bukanlah karena penerapan doktrin *Privity of Contract* secara longgar,

¹⁵³Hardijan Rusli, *Op.Cit.*, hlm. 41-42.

¹⁵⁴Callaghan and Company, *Negligence and Compensation Cases Annotated*, Callaghan & Co., UK Mundelein III, 1954, hal. 220.

melainkan perikatan ini bukanlah bersumber dari perjanjian tetapi bersumber dari hukum (doktrin atau asas atau undang-undang).¹⁵⁵

Asas kepribadian selain diatur dalam Pasal 1340 KUHPerdara juga diatur dalam Pasal 1315 KUHPerdara yang menentukan bahwa tiada seorang pun dapat mengikatkan dirinya atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji melainkan untuk dirinya sendiri. Bila Pasal 1340 KUHPerdara menentukan tentang tidak bolehnya pihak ketiga mencampuri urusan dalam perjanjian pihak-pihak lain, maka dalam Pasal 1315 KUHPerdara ditentukan bahwa para pihak dalam perjanjian tidak boleh melepaskan tanggung jawabnya dari perikatan yang dibuatnya. Ketentuan dalam Pasal 1315 KUHPerdara tidak memperbolehkan seseorang membuat perjanjian yang hanya mau haknya saja atau tanpa mau memenuhi prestasinya sendiri (seakan-akan seperti perjanjian yang tanpa sebab).¹⁵⁶

Suatu perjanjian hanya meletakkan hak-hak dan kewajiban-kewajiban antara para pihak yang membuatnya, sedang pihak ketiga tidak ada sangkut pautnya. Perikatan hukum yang lahir dari perjanjian memiliki dua sisi, yaitu sisi kewajiban-kewajiban (*obligations*) yang dipikul oleh suatu pihak dan sisi hak-hak (*rights*) atau manfaat, yang diperoleh oleh pihak lainnya, yaitu hak-hak untuk menuntut dilaksanakannya hal-hal yang telah disepakati dalam perjanjian.

Umumnya suatu perjanjian adalah timbal balik atau bilateral. Artinya suatu pihak selain memperoleh hak-hak dari perjanjian tersebut, juga menerima kewajiban-kewajiban yang merupakan kebalikannya dari hak-hak yang diperolehnya, dan sebaliknya suatu pihak selain memikul kewajiban-kewajiban dari perjanjian tersebut, juga memperoleh hak-hak yang dianggap sebagai kebalikan dari kewajiban-kewajiban yang dibebankan kepadanya.

¹⁵⁵Dieter Giesen, *International Medical Malpractice Law*, Nijhoffm, London, 1988, hlm. 16-17.

¹⁵⁶J. Satrio, *Op.Cit.*, hlm. 28.

Dimaksudkan dengan Asas Personalia di sini adalah mengenai siapa saja yang tersangkut dalam suatu perjanjian. Asas Personalia ini, dalam KUHPPerdata, dapat kita lihat dalam Pasal 1315, yang menyatakan; “Pada umumnya tak seorang pun dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji selain untuk dirinya sendiri.”¹⁵⁷ Dari pernyataan Pasal 1315 KUHPPerdata tersebut, bahwa pada dasarnya suatu perjanjian yang dibuat oleh seseorang dalam kapasitasnya sebagai individu, sebagai subjek hukum pribadi, hanya akan berlaku dan mengikat untuk dirinya sendiri.

Asas Personalia yang terdapat dalam Pasal 1315 KUHPPerdata juga menunjuk pada kewenangan bertindak dari seseorang yang membuat atau mengadakan perjanjian. Ketentuan dalam Pasal 1315 KUHPPerdata, secara spesifik menunjuk pada kewenangan bertindak sebagai individu pribadi sebagai subjek hukum pribadi yang mandiri, yang memiliki kewenangan bertindak untuk dan atas nama dirinya sendiri. Dengan kapasitas kewenangan tersebut, sebagai seorang yang cakap bertindak dalam hukum, maka setiap tindakan atau perbuatan yang dilakukan oleh orang perorangan, sebagai subjek hukum pribadi yang mandiri, akan mengikat diri pribadi tersebut, dan dalam lapangan perikatan, mengikat seluruh harta kekayaan yang dimiliki olehnya secara pribadi.

Dalam ketentuan Pasal 1315 KUHPPerdata secara sederhana dapat dikatakan merujuk pada asas personalia, namun lebih dari itu Pasal 1315 KUHPPerdata juga merujuk pada kewenangan bertindak dari seseorang yang membuat atau mengadakan perjanjian. Secara spesifik ketentuan Pasal 1315 KUHPPerdata ini merujuk pada kewenangan bertindak sebagai individu sebagai subjek hukum pribadi yang mandiri, mengikat diri pribadi tersebut, dan dalam konteks perikatan, mengikat seluruh harta kekayaan yang dimiliki oleh pribadi

¹⁵⁷ Subekti dan Tjitrosudibio *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP)*, Cet.28, Pradnya Paramita, Jakarta, 1996.

dimaksud. Lebih jelas dapat kita lihat dalam ketentuan Pasal 1131 KUHPerdara:¹⁵⁸ “Segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun tak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan”.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1315 KUHPerdara, sesuai dengan asas personalia, maka kewenangan bertindak seseorang individu dapat kita bedakan ke dalam:

- a) Untuk dan atas namanya serta bagi kepentingan dirinya sendiri. Dalam hal ini maka ketentuan Pasal 1131 KUHPerdara berlaku baginya secara pribadi;
- b) Sebagai wakil dari pihak tertentu. Mengenai perwakilan ini, dapat kita bedakan ke dalam:
 - (1) Merupakan suatu badan hukum dimana orang perorangan tersebut bertindak dalam kapasitasnya selaku yang berhak dan berwenang untuk mengikat badan hukum tersebut dengan pihak ketiga. Dalam hal ini berlakulah ketentuan mengenai perwakilan yang diatur dalam Anggaran Dasar dari badan hukum tersebut, yang akan menentukan sampai seberapa jauh kewenangan yang dimilikinya untuk mengikat badan hukum tersebut serta batasan-batasannya.
 - (2) Merupakan perwakilan yang ditetapkan oleh hukum, misalnya dalam bentuk kekuasaan orang tua, kekuasaan wali dari anak di bawah umur, kewenangan kurator untuk mengurus harta pailit. Dalam hal ini berlakulah ketentuan umum yang diatur dalam Buku I KUHPerdara dan UU Kepailitan sebagaimana diumumkan dalam Staatsblad Tahun 1905 No.217 dan Tahun 1906 No.348 yang telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No.1 Tahun 1998 jo Undang-Undang No.4 Tahun 1998.

¹⁵⁸ *Ibid*, Pasal 1131.

- (3) Selaku kuasa dari orang atau pihak yang memberikan kuasa. Dalam hal ini berlakulah ketentuan yang diatur dalam Bab XVI Buku III KUHPerdata, mulai dari Pasal 1792 hingga Pasal 1819 KUHPerdata.

b. Asas Konsensualisme (*consensualism*)

Asas Konsensualisme atau Konsensualitas muncul karena diilhami oleh hukum Romawi dan hukum Jerman. Dalam hukum Jerman tidak dikenal namanya Asas Konsensualisme, yang dikenal yaitu perjanjian riil dan perjanjian formal. Perjanjian riil adalah suatu perjanjian yang dibuat dan dilaksanakan secara nyata (kontan dalam hukum Adat) sedangkan perjanjian formal adalah suatu perjanjian yang telah ditentukan bentuknya, yaitu tertulis (baik berupa akta otentik maupun akta di bawah tangan). Dalam hukum Romawi dikenal istilah *contractus verbis literis* dan *contractus innominat* yang dapat diartikan bahwa terjadinya perjanjian apabila telah memenuhi bentuk yang telah ditetapkan.¹⁵⁹

Asas Konsensualisme berlaku dalam hukum perjanjian, konsensualisme berasal dari kata *consensus* yang berarti sepakat. Dengan adanya Asas Konsensualisme ini tidak berarti bahwa dalam suatu perjanjian harus mensyaratkan adanya kesepakatan, melainkan kesepakatan tersebut sudah semestinya ada karena perjanjian atau persetujuan dapat diartikan bahwa para pihak sudah setuju atau sepakat mengenai sesuatu hal.

Menurut Subekti, arti dari Asas Konsensualisme (Konsensualitas) adalah:¹⁶⁰ “

“...pada dasarnya perjanjian dan perikatan yang timbul karenanya itu sudah dilahirkan sejak detik tercapainya kesepakatan. Dengan perkataan lain, perjanjian itu sudah sah apabila sudah sepakat mengenai hal-hal yang pokok dan tidaklah diperlukan sesuatu formalitas”.

Dapat dikatakan bahwa perjanjian-perjanjian itu pada umumnya merupakan perjanjian konsensual, dengan pengecualian terkait dengan sahnya

¹⁵⁹ Salim H.S, *Hukum Kontrak: Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Cet.7, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm. 10.

¹⁶⁰ Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet.19, Intermasa, Jakarta, 2002, hlm. 15.

suatu perjanjian, dimana perjanjian itu diharuskan dibuat secara tertulis (misalnya perjanjian perdamaian) atau dengan akta notaris (misalnya penghibahan barang tetap).

Asas Konsensualisme adalah ketentuan umum yang melahirkan perjanjian konsensual. Menurut Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, Asas Konsensualisme memperlihatkan bahwa:¹⁶¹

“... pada dasarnya suatu perjanjian yang dibuat secara lisan antara dua atau lebih orang telah mengikat, dan karenanya telah melahirkan kewajiban bagi salah satu atau lebih pihak dalam perjanjian tersebut, segera setelah orang-orang tersebut mencapai kesepakatan atau *consensus*, meskipun kesepakatan tersebut telah dicapai secara lisan semata-mata.”

Maksud dari kalimat di atas yaitu pada prinsipnya perjanjian yang mengikat dan berlaku sebagai perikatan bagi para pihak yang berjanji tidak memerlukan formalitas, walau demikian, untuk menjaga kepentingan pihak debitur (atau yang berkewajiban untuk memenuhi prestasi) diadakanlah bentuk-bentuk formalitas, atau dipersyaratkan adanya suatu tindakan nyata tertentu.

Ketentuan mengenai Asas konsensualisme ini dapat kita lihat dalam Pasal 1320 KUHPdata, yang berbunyi:¹⁶²

Untuk sahny suatu perjanjian diperlukan empat syarat:

- (1) Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
- (2) Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
- (3) Suatu hal tertentu;
- (4) Suatu sebab yang halal.

Dalam KUHPdata tidak ada perumusan lebih lanjut mengenai formalitas kesepakatan yang harus dipenuhi, kecuali dalam beberapa ketentuan

¹⁶¹ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, Cet.5, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2010, hlm. 34.

¹⁶² Indonesia, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP)*, Pasal 1320.

khusus, seperti misalnya yang terdapat dalam ketentuan mengenai hibah dalam Pasal 1683 KUHPerdota:¹⁶³

Tiada suatu hibah mengikat si penghibah, atau menerbitkan sesuatu akibat yang bagaimanapun, selain mulai hari penghibahan itu dengan kata-kata yang tegas telah diterima oleh si penerima hibah sendiri atau oleh seorang yang dengan suatu akta otentik oleh si penerima hibah itu telah dikuasakan untuk menerima penghibahan-penghibahan yang telah diberikan kepada si penerima hibah atau akan diberikan kepadanya di kemudian hari.

Jika penerimaan tersebut tidak telah dilakukan di dalam suarat hibah sendiri, maka itu akan dapat dilakukan di dalam suatu akta otentik terkemudian, yang aslinya harus disimpan, asal yang demikian itu dilakukan di waktu si penghibah masih hidup; dalam hal mana penghibahan, terhadap orang yang belakangan disebut ini, hanya akan berlaku sejak hari penerimaan itu diberitahukan kepadanya.

Dari pernyataan dalam Pasal 1683 KUHPerdota di atas, maka telah jelas bahwa suatu kesepakatan lisan saja, yang telah tercapai antara para pihak yang membuat atau mengadakan perjanjian telah membuat perjanjian tersebut sah dan mengikat bagi para pihak.

c. Asas Kebebasan Berkontrak (*Freedom of Contract/ Laissez Faire*)

Kata “kontrak,” dalam Asas Kebebasan Berkontrak, mempunyai pengertian yang lebih sempit karena ditujukan kepada perjanjian atau persetujuan dalam bentuk tertulis.¹⁶⁴ Latar belakang lahirnya asas kebebasan berkontrak adalah adanya paham individualisme yang secara embrional lahir pada zaman Yunani, yang diteruskan oleh kaum Epicuristen dan berkembang pesat dalam zaman *renaissance* melalui antara lain ajaran-ajaran Hugo de Grecht, Thomas Hobbes, Jhon Locke, dan Rosseau. Menurut paham individualisme,

¹⁶³Subekti dan Tjitrosudibio, *Loc. Cit.*

¹⁶⁴Subekti, *Hukum Perjanjian, Op.Cit* hal.1.

setiap orang bebas untuk memperoleh apa yang dikehendaknya. Dalam hukum perjanjian, paham ini diwujudkan dalam Asas Kebebasan Berkontrak.

Asas Kebebasan Berkontrak dapat kita lihat dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara, yang berbunyi bahwa “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.”¹⁶⁵ Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara ini seolah-olah membuat pernyataan bahwa kita bebas untuk membuat perjanjian apa saja dan perjanjian tersebut akan mengikat kita sebagaimana undang-undang. Kebebasan berkontrak disini hanya dibatasi oleh ketertiban umum dan kesusilaan.

Menurut Sutan Remi Sjahdeini, Asas Kebebasan Berkontrak menurut hukum perjanjian Indonesia meliputi ruang lingkup;¹⁶⁶

- (a) Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian;
- (b) Kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ia ingin membuat perjanjian;
- (c) Kebebasan untuk menentukan atau memilih *causa* dari perjanjian yang akan dibuatnya;
- (d) Kebebasan untuk menentukan objek perjanjian;
- (e) Kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian; dan
- (f) Kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*aanvullend, optional*).

Joel Levin and Banks McDowell menyatakan sebuah kontrak yang mengikat secara hukum ada di mana suatu kewajiban secara sukarela diasumsikan, cukup adil untuk pihak yang ditegakkannya, konsisten dengan harapan kontrak masyarakat, dan menimbulkan tidak ada masalah administratif yang menghalangi penegakan hukum. Unsur konseptual dalam pernyataan ini adalah (1) kesukarelaan, (2) keadilan, (3) harapan kontraktual masyarakat, dan

¹⁶⁵Subekti dan Tjitrosudibio, *Op. Cit.*

¹⁶⁶Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 1993, hlm. 47.

(4) tidak adanya kesulitan administratif, atau lebih sederhana, kenyamanan administrasi.¹⁶⁷

d. Asas Daya Mengikat Perjanjian/Asas Kepastian Hukum (*Pacta Sunt Servanda*)

Daya mengikat perjanjian dapat kita lihat dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata yang menyatakan bahwa “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.”¹⁶⁸ Pernyataan Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata tersebut yang menyatakan bahwa “... berlaku sebagai undang-undang...” menunjukkan bahwa undang-undang sendiri mengakui dan menempatkan posisi para pihak sejajar dengan pembuat undang-undang.

Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata merupakan konsekuensi logis dari ketentuan Pasal 1233 KUHPerdata yang menyatakan bahwa “Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena undang-undang.”¹⁶⁹ Jadi perjanjian juga merupakan sumber perikatan di samping undang-undang. Perikatan yang dibuat dengan sengaja, atas kehendak para pihak secara sukarela, maka segala sesuatu yang telah disepakati, disetujui oleh para pihak harus dilaksanakan oleh para pihak sebagaimana telah dikehendaki oleh mereka. Apabila salah satu pihak dalam perjanjian tidak melaksanakannya, maka pihak lain dalam perjanjian berhak untuk memaksakan pelaksanaannya melalui mekanisme dan jalur hukum yang berlaku.¹⁷⁰

Menurut L.J. van Apeldoorn,¹⁷¹ terkait dengan perjanjian dan undang-undang, hingga pada batas tertentu para pihak dalam perjanjian bertindak sebagai pembentuk undang-undang (legislator swasta). Selain persamaan sebagaimana

¹⁶⁷ Joel Levin and Banks McDowell, *The Balance Theory of Contracts: Seeking Justice in Voluntary Obligations*, *Mc GILL LAW JOURNAL* Vol. 29, 1983, hlm. 25.

¹⁶⁸ Subekti dan Tjitrosudibio, *Op.Cit.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Muljadi Kartini dan Gunawan Widjaja, *Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, Rajawali Press, Jakarta, 2008, hlm.59.

¹⁷¹ Apeldoorn L.J. van, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1991, hlm. 155.

dimaksud di atas, terdapat juga perbedaan-perbedaan antara perjanjian dan undang-undang, yaitu terkait dengan daya berlakunya. Undang-undang dengan segala proses dan prosedurnya berlaku dan mengikat untuk semua orang dan bersifat abstrak, sementara perjanjian hanya mempunyai daya berlaku terbatas pada para pihak dalam suatu perjanjian, selain itu dengan perjanjian para pihak bermaksud untuk melakukan perbuatan kongkrit.¹⁷²

Dalam pandangan sistem hukum eropa kontinental, asas kebebasan berkontrak merupakan konsekuensi dari dua asas lainnya, yaitu konsesualisme dan kekuatan mengikat suatu perjanjian yang biasa disebut sebagai *pacta sunt servanda*. Konsesualisme berhubungan dengan akibat dari adanya perjanjian yaitu terikatnya para pihak yang mengadakan perjanjian sedangkan kebebasan berkontrak menyangkut isi perjanjian.¹⁷³

Terkait dengan Hukum internasional pengertian prinsip *pacta sunt servanda* dapat diartikan sebagai janji harus ditepati (*promises shall be kept*). Akan tetapi prinsip *pacta sunt servanda* tidaklah absolut atau mutlak, terutama apabila terkait dengan hubungan antara negara dan perusahaan asing dan prinsip kedaulatan negara atas sumber daya alam (*sovereignty over natural resources principle*) sebagaimana dinyatakan oleh R.Y. Jennings:¹⁷⁴

It is wrong to suppose that pacta sunt servanda must apply tout court in all cases or in none. No mature law of contract is absolute, and few principles of law are to be understood without qualification . . . Is it not likely that the true position is that the principle functions, as it does in the case of treaties, as a presumption: a presumption leaning against the existence of any right of unilateral termination; but which, like all presumptions, may in some cases be successfully rebutted? Thus understood it may be found both to fit readily into the pattern of existing law and to explain it.

¹⁷² *Ibid*, hlm. 156.

¹⁷³ Peter Mahmud Marzuki 7Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Ed.1, Cet.1., LaksBang Mediatama, Yogyakarta, 2008, hlm. 113.

¹⁷⁴ Jennings R. Y. dalam, "Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors before Bilateral Investment Treatis: Myth and Reality," Jason Webb Yackee. *Fordham International Law Journal*, May, 2009, Fordham University School of Law, WestLaw, hlm. 9.

Perkembangan asas *pacta sunt servanda* ini dapat ditelusuri dari sumber Hukum Kanonik. Dalam Hukum Kanonik dikenal asas *nudus consensus obligat, pacta nuda servanda sunt. Pacta nuda sunt servanda* mempunyai pengertian bahwa suatu *pactum* (persesuaian kehendak) tidak perlu dilakukan dibawah sumpah, atau dibuat dengan tindakan atau formalitas tertentu. Artinya, menurut hukum persesuaian kehendak itu mengikat. Demikian halnya *nudum pactum*, yaitu suatu persesuaian kehendak saja, sudah memenuhi syarat (asas ini yang kemudian disebut *consensualisme*). Dengan mengikuti alur sebagaimana dimaksud di atas maka mengikatnya suatu perjanjian itu karena adanya persesuaian kehendak. Mengingat *consensus* itu telah diwujudkan di dalam suatu *pactum*, sehingga kemudian dipandang sebagai mempunyai kekuatan mengikat. Oleh karena itulah dapat dipahami kalau pada saat ini yang lebih menonjol adalah asas *pacta (nuda) sunt servanda* yang kemudian berkembang menjadi *pacta sunt servanda* yang berkaitan dengan kekuatan mengikatnya suatu perjanjian.¹⁷⁵

Pasal 1338 KUHPerdara menyatakan bahwa “semua perjanjian yang di buat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Subekti menyimpulkan bahwa Pasal 1338 KUHPerdara ini mengandung suatu asas kebebasan dalam membuat perjanjian (kebebasan berkontrak) atau menganut sistem terbuka. Dengan menekankan pada perkataan “semua” maka pasal tersebut seolah-olah berisikan suatu pernyataan kepada masyarakat tentang diperbolehkannya membuat perjanjian apa saja (asalkan dibuat secara sah) dan perjanjian itu akan mengikat mereka yang membuatnya seperti suatu undang-undang. Dengan perkataan lain, dalam soal perjanjian diperbolehkan membuat undang-undang bagi diri sendiri. Pasal-pasal dari hukum perjanjian hanya

¹⁷⁵ Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit.*, hlm.114.

berlaku bila atau sekedar tidak diatur atau tidak terdapat dalam perjanjian yang dibuat itu.¹⁷⁶

Hukum perjanjian merupakan hukum pelengkap dapat juga disimpulkan dari Pasal 1339 KUHPerdato yang menyatakan: “Perjanjian-perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang”. Pasal 1339 KUHPerdato ini menyatakan, bahwa para pihak dalam perjanjian terikat oleh:

- (1) Apa yang diperjanjikan;
- (2) Kepatutan/keadilan;
- (3) Kebiasaan;
- (4) Undang-undang.

Berdasarkan Pasal 1339 KUHPerdato tersebut hukum perjanjian tertulis (KUHPerdato) terletak pada urutan terakhir. Hal ini berarti bahwa dalam hal tidak diatur dalam perjanjian atau tidak berlawanan dengan kepatutan/keadilan dan tidak diatur dalam hukum tidak tertulis (kebiasaan) barulah diterapkan ketentuan dalam undang-undang. KUHPerdato (hukum tertulis) hanyalah pelengkap saja yaitu hanya dipakai atau diterapkan dalam hal ketentuan tersebut tidak didapatkan dalam perjanjian, kepatutan atau kebiasaan.¹⁷⁷

Asas kebebasan berkontrak atau *Freedom of Contract* di negara *comm on law* dikenal juga dengan istilah *Laissez Faire* yang pengertiannya secara garis besar seperti diterangkan oleh Jessel M.R. dalam kasus *Printing and Numerical Registering Co. vs Sampson [1875] LR 19 Eq. 462* pada 465, sebagai berikut: “*men offull age and understanding shall have the utmost liberty of contracting and that contracts which are freely and voluntarily entered into shall be held*

¹⁷⁶Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Pasal 1338 ayat (1).

¹⁷⁷Subekti R. *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 2011, hlm. 128.

*sacred and enforced by the courts .. you are not lightly to interfere with this freedom of contract”.*¹⁷⁸

Asas kebebasan berkontrak di Amerika bahkan dijamin dalam konstitusi Amerika pada *Article 1 section 10 (1)* yang terkenal dengan doktrin pelarangan pembatasan transaksi dagang (*The Restraint of Trade Doctrine*) yang intinya melarang negara-negara bagian Amerika untuk membuat undang-undang yang ikut mencampuri atau merusak kewajiban-kewajiban dari perjanjian-perjanjian.¹⁷⁹ Mencampuri atau merusak kewajiban-kewajiban dari suatu perjanjian menurut *Black's Law Dictionary* adalah yang melemahkan (*to weaken*), mengurangi nilainya, atau membuat lebih buruk atau setiap undang-undang yang mengubah maksud dan akibat hukum dari para pihak perjanjian, yang lebih menguntungkan salah satu pihak dan merugikan pihak lainnya atau yang menambah syarat-syarat yang tidak tercantum dalam perjanjian atau menghilangkan prestasi yang ada di perjanjian, atau merusak kewajiban dari perjanjian.¹⁸⁰ Kasus *common law* tentang terdapatnya ketentuan dalam perjanjian/peraturan yang bertentangan dengan asas kebebasan berkontrak ialah *Buckley vs Tutty* [1971] 125 CLR 353. Dalam kasus ini ada seorang pemain bola yang profesional yang dikontrak oleh *Balmain Club* yang tergabung dalam Liga Federal New South Wales. Dalam kontrak dimuat ketentuan bahwa pemain sepak bola itu dilarang untuk pindah ke klub lain yang masih dalam kekuasaan Liga tanpa persetujuan dari *Balmain Club* yang mengontraknya. Juga ditetapkan denda tanpa menyebutkan jumlah besarnya uang yang harus dibayarkan kepada klub yang telah mengontraknya itu. Ketentuan ini oleh pengadilan dianggap sebagai berlawanan dengan hukum tidak tertulis (*unlawful*) yaitu bertentangan dengan asas kebebasan berkontrak karena membatasi perdagangan atau usaha tanpa menentukan batas waktunya untuk tidak boleh pindah ke klub lain maupun

¹⁷⁸ M.R. Jessel dalam kasus *Printing and Numerical Registering Co. vs Sampson* [1875] LR 19 Eq. 462

¹⁷⁹ Rusli, Hardijan, *Op.Cit.*, hlm. 38.

¹⁸⁰ Black Henry.C. *Black's Law Dictionary*, West Publishing, St. Paul, 1979, hlm. 291.

tidak menyebutkan jumlah tertentu mengenai denda yang harus dibayar ke klub yang lama.¹⁸¹ Dalam *common law* penentuan berapa lama batas waktu yang pantas didasarkan kriteria:¹⁸²

- 1) Penentuan jangka waktu harus adil bagi para pihak serta dipandang adil berdasarkan kepentingan umum.
- 2) Ketentuan yang membatasi usaha/transaksi suatu pihak haruslah merupakan suatu perlindungan seperlunya saja (tidak berlebihan).¹⁸³
- 3) Ketentuan yang membatasi usaha/transaksi juga harus dimaksudkan untuk melindungi suatu kepentingan tertentu.¹⁸⁴
- 4) Penentuan jangka waktu tidak boleh terlampau lama dan harus disesuaikan dengan jenis perjanjiannya.¹⁸⁵

e. Asas Itikad Baik (*good faith*)

Dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata menyatakan dengan jelas bahwa hukum perjanjian di Indonesia menganut asas kebebasan berkontrak, asas konsensualisme, serta daya mengikatnya perjanjian. Asas-asas yang dimaksud dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata harus dipahami sebagai asas-asas yang tidak berdiri sendiri, melainkan merupakan satu sistem yang pada dan integratif dengan ketentuan-ketentuan lainnya. Sehubungan dengan daya mengikatnya perjanjian yang berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya (*pacta sunt servanda*), pada situasi tertentu daya berlakunya dibatasi, diantaranya yaitu oleh itikad baik.

¹⁸¹ Johnson, James. "Restraint Of Trade Lawin Sport", Sports Law eJournal, Bond University, Faculty of Law at ePublications@bond, 2009, hlm. 9-10.

¹⁸² *Nordenfelt vs The Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.Ltd* (1894) AC 535. Dikutip dari S. A. Christensen, William David Duncan. *Sale of Businesses in Australia*, Australia: The Federation Press, 2009, hlm. 230.

¹⁸³ *Morris, Herbert Ltd. Vs Saxelby [1916] 1 AC 688* pada 707. Dikutip dari S. A. Christensen, William David Duncan, *Ibid*.

¹⁸⁴ *Malt Vancouver and Sake Brewingo Co. vs Vancouver Breweries Ltd [1934] AC 181*. Dikutip dari S. A. Christensen, William David Duncan, *Ibid*.

¹⁸⁵ *Petroleum Esso Ltd. vs Harper's Garage (Stourport) Ltd [1968] AC 269*, lihat juga *Amoco Australia Pty Ltd. vs Rocca Bros Motor Engineering Co. Pty Ltd. [1973] 133 CLR 288*. Dikutip dari S. A. Christensen, William David Duncan, *Ibid*.

Pasal 1338 ayat (3) KUHPPerdata yang menyatakan bahwa “Suatu perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik”¹⁸⁶ Menurut Black’s Law Dictionary, itikad baik atau *good faith* adalah:¹⁸⁷

... an intangible and abstract quality with no technical meaning or statutory definition, and it encompasses, among other things, an honest belief, the absence of malice and the absence of design to defraud or to seek an unconscionable advantage, and an individual’s personal good faith is concept of his own mind and inner spirit and, therefore, may not conclusively be determined by his protestations alone ... In common usage of this term is ordinarily used to describe that state of mind denoting honesty of purpose, freedom from intention to defraud, and, generally speaking, means being faithful to one’s duty or obligation.

Pengertian itikad baik menurut Pasal 1338 ayat (3) KUHPPerdata bersifat dinamis. Dinamis disini dapat diartikan bahwa perbuatan harus dilaksanakan dengan kejujuran yang berjalan dalam hati sanubari seorang manusia. Manusia sebagai anggota masyarakat harus jauh dari sifat yang merugikan pihak lain, atau mempergunakan kata-kata yang membingungkan pada saat kedua belah pihak membuat suatu perjanjian. Para pihak dalam suatu perjanjian tidak boleh mempergunakan kelalaian pihak lain untuk menguntungkan diri pribadi.

Itikad baik yang dimaksud dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPPerdata tidak harus ditafsirkan secara gramatikal, bahwa itikad baik tersebut hanya muncul pada tahap pelaksanaan perjanjian saja. Itikad baik harus dilihat sebagai keseluruhan proses kontraktual, artinya itikad baik harus melandasi hubungan para pihak pada keseluruhan tahap perjanjian. Dengan demikian fungsi itikad baik yang dimaksud disini bersifat dinamis karena melingkupi keseluruhan proses perjanjian tersebut.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Subekti dan Tjitrosudibio, *Indonesia, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP)*, Pasal 1338 ayat (3).

¹⁸⁷ Hendry Campbell Black, Henry, *Black’s Law Dictionary*, Sixth Edition, West Publishing Co, St. Paul, 1990, hlm. 693.

¹⁸⁸ Yudha Agus Hernoko, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Prenada Media Group, Jakarta, 2010, hlm. 121.

Ada dua hal penting mengenai itikad baik dalam rumusan Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara, yaitu:

- a. Pelaksanaan prestasi dalam tiap-tiap perjanjian, sebagai sesuatu yang disepakati dan disetujui oleh para pihak, harus dihormati sepenuhnya, sesuai kehendak para pihak pada saat perjanjian ditutup. Meskipun demikian, tidaklah mudah untuk menjelaskan dan menguraikan kembali kehendak para pihak, terlebih lagi jika pihak yang terkait dengan perjanjian tersebut sudah tidak ada lagi, adalah suatu badan hukum yang pengurusnya pada saat perjanjian dibuat tidak lagi menjabat, ataupun dalam hal terjadi pengingkaran terhadap perjanjian tersebut oleh salah satu pihak dalam perjanjian; dan
- b. Perjanjian yang dibuat di antara para pihak, tidak boleh dimaksudkan untuk merugikan kepentingan debitur maupun kreditur maupun pihak lain atau pihak ketiga lainnya di luar perjanjian.

Hal yang terkait dengan itikad baik, dapat kita temukan juga dalam Pasal 1235 KUHPerdara, yang menyatakan bahwa:¹⁸⁹ Dalam tiap-tiap perikatan untuk memberikan sesuatu adalah termaktub kewajiban si berutang untuk menyerahkan kebendaan yang bersangkutan dan untuk merawatnya sebagai seorang bapak rumah yang baik, sampai pada saat penyerahan.

Kewajiban yang terakhir ini adalah kurang atau lebih luas terhadap perjanjian-perjanjian tertentu, yang akibat-akibatnya mengenai hal ini ditunjuk dalam bab-bab yang bersangkutan.

Dikaitkan dengan Pasal 1237 KUHPerdara yang menyatakan bahwa:¹⁹⁰ Dalam hal adanya perikatan untuk memberikan suatu kebendaan tertentu, kebendaan itu semenjak perikatan dilahirkan, adalah atas tanggungan si

¹⁸⁹ Subekti dan Tjitrosudibio, *Indonesia, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP)*, Pasal 1235.

¹⁹⁰ *Ibid.*

berpiutang. Jika si berutang lalai akan menyerahkannya, maka semenjak saat kelalaian, kebendaan adalah atas tanggungannya.

Dari penjelasan mengenai Pasal 1235 dan Pasal 1237 KUHPerdara di atas, dapat kita lihat bahwa meskipun kebendaan yang harus diserahkan oleh debitur, dan risiko atas kebendaan sudah beralih pada kreditur, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tetap melindungi kepentingan kreditur yang berhak atas penyerahan kebendaan tersebut. Debitur yang diwajibkan untuk menyerahkan kebendaan tersebut, sebagai itikad baik pemenuhan perikatan tersebut, diwajibkan untuk merawatnya hingga saat penyerahan.

Meskipun demikian, tiap orang berpiutang boleh mengajukan batalnya segala perbuatan yang tidak diwajibkan yang dilakukan oleh si berutang dengan nama apapun juga, yang merugikan orang-orang berpiutang, asal dibuktikan, bahwa ketika perbuatan dilakukan, baik si berutang maupun orang dengan atau untuk siapa si berutang itu berbuat, mengetahui bahwa perbuatan itu membawa akibat yang merugikan orang-orang berpiutang.

Hak-hak yang diperolehnya dengan itikad baik oleh orang-orang pihak ketiga atas barang-barang yang menjadi pokok perbuatan yang batal itu, dilindungi. Untuk mengajukan hal batalnya perbuatan-perbuatan yang dilakukan dengan cuma-cuma oleh si berutang, cukuplah si berpiutang membuktikan bahwa si berutang pada waktu melakukan perbuatan itu tahu, bahwa ia dengan berbuat demikian merugikan orang-orang yang mengutangkan padanya, tak peduli apakah orang yang menerima keuntungan juga mengetahuinya atau tidak.

Dari uraian Pasal 1341 KUHPerdara di atas, dapat kita ketahui bahwa segala perjanjian yang dibuat oleh debitur dan pihak ketiga yang mengetahui bahwa perjanjian tersebut akan merugikan kepentingan kreditur dari debitur tersebut adalah perjanjian yang dilakukan tidak dengan itikad baik, dan karenanya memberikan hak kepada kreditur yang dapat membuktikan itikad tidak baik tersebut untuk meminta pembatalan perjanjian yang merugikan kepentingannya tersebut.

Itikad baik dalam kontrak dibedakan antara itikad baik pra kontrak (*precontractual good faith*) dan itikad baik pelaksanaan kontrak (*good faith on contract performance*). Kedua macam itikad baik tersebut memiliki makna yang berbeda.

Itikad baik di dalam fase prakontrak disebut juga sebagai itikad baik subjektif. Kemudian itikad baik dalam fase pelaksanaan kontrak disebut itikad baik objektif. Itikad baik prakontrak, adalah itikad yang harus ada pada saat para pihak melakukan negoisasi. Itikad baik prakontrak ini bermakna kejujuran (*honesty*). Itikad baik ini disebut itikad baik yang bersifat subjektif, karena didasarkan pada kejujuran para pihak yang melakukan negosiasi.¹⁹¹

Itikad baik pelaksana kontrak yang disebut sebagai itikad baik objektif mengacu kepada isi perjanjian. Isi perjanjian harus rasional dan patut. Isi kontrak adalah kewajiban dan hak tersebut harus rasional dan patut. Itikad baik pelaksanaan kontrak juga dapat bermakna melaksanakan secara rasional dan patut.

Itikad baik dalam pelaksanaan kontrak merupakan lembaga hukum yang berasal dari hukum Romawi yang kemudian diserap oleh *civil law*. Belakangan, asas ini diterima pula hukum kontrak di negara-negara yang menganut *common law*, seperti Amerika Serikat, Australia, dan Kanada. Bahkan asas ini diterima pula oleh hukum internasional seperti Artikel 1.7 UNIDROT dan Artikel 1.7 *Convention Sales of Goods*.¹⁹² Asas ini ditempatkan sebagai asas yang paling penting (*super eminent principle*) dalam kontrak.¹⁹³ Ia menjadi suatu ketentuan fundamental dalam hukum kontrak, dan mengikat para pihak dalam kontrak.¹⁹⁴

¹⁹¹ Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia Dalam Perspektif Perbandingan (Bagian Pertama)*, (Yogyakarta : FH UII Press, 2013), hlm. 91.

¹⁹² Lihat Mary E. Heston, "The Keeper of the Flame: Good Faith and Fair Dealing in International Trade," *Loyola Los Angeles Law Review*, Vol 25 April 1996, hlm. 160.

¹⁹³ A.F. Mason "Contract, Good Faith and Equitable Standard in Fair Dealing," *The Law Quarterly Review*, Vol 116, January, 2000, hlm. 66.

¹⁹⁴ Jeffery M. Judd, "The Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing Examining Employee Good Faith Duties," *The Hastings Law Journal*, Vol 39, January, 1998, hal. 483.

Itikad Baik dalam Prakontrak didasarkan pada *Culpa in Contrahendo* adalah Salah satu bentuk kewajiban para pihak dalam bernegosiasi dan menyusun perjanjian harus berperilaku dengan itikad baik. Negosiasi dan penyusunan perjanjian tidak boleh dilakukan dengan itikad buruk. Ini menjadi kewajiban umum bagi para pihak dalam hubungan prakontrak. Menurut Robert S. Summer, bentuk itikad buruk dalam negosiasi dan penyusunan perjanjian mencakup negosiasi tanpa maksud yang serius untuk mengadakan kontrak, penyalahgunaan keadaan untuk menggagalkan negosiasi, mengadakan kontrak tanpa memiliki maksud untuk melaksanakannya, tidak menjelaskan fakta material dan mengambil keuntungan dari lemahnya posisi tawar pihak lain dalam kontrak.¹⁹⁵

Di beberapa negara dengan sistem *civil law*, seperti Italia telah memiliki ketentuan legalisasi yang mewajibkan negosiasi dan penyusunan kontrak harus dilakukan dengan itikad baik. Sehubungan dengan hal ini Pasal 1337 *Civil Code* Italia yang menentukan:¹⁹⁶

“Trattative e responsabilit  precontractualale. Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione de contratto, devono comportarsi secondo buona fede” (Pre Contractual Liability. The parties in the conduct of negotiation and formation of the contract, shall conduct themselves according to good faith).

Di Negeri Belanda, walaupun tidak dijumpai satu ketentuan dalam BW (Baru) yang mengatur kewajiban umum itikad baik dalam hubungan prakontrak, tetapi, yurisprudensi telah mengakui adanya kewajiban tersebut.

Pasca perang dunia kedua, di Negeri Belanda terjadi perkembangan hukum kontrak yang menarik untuk dikaji. Pada era ini terjadi perluasan ruang lingkup itikad baik dalam kontrak sebagaimana dimaksud Pasal 1374 BW (lama)

¹⁹⁵ Robert S. Summer, “Good Faith in General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code.” hlm. 220.

¹⁹⁶ Guido Alpa, “Italia”, Ewoud H. Hondius, ed., *Pre Contractual Liability, Reports to the XIIIth, Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990* (Deventer: Kluwer, 1991), hlm. 197

Belanda. Itikad baik tidak hanya berkenaan dengan hubungan kontraktual. Hoge Raad, pada akhirnya menganggap bahwa itikad baik sebagai suatu asas hukum yang menguasai semua hubungan hukum.¹⁹⁷

Hoge Raad pada 1957 dalam perkara *Baris v Riezenkamp*, HR 15 November 1957, NJ 1958, 67 memutuskan bahwa hubungan prakontrak merupakan suatu hubungan hukum yang dikuasai itikad baik (*van een rechtsverhouding die door de goede trouw beheerst wordt*).¹⁹⁸

Itikad baik pada tahap prakontrak merupakan kewajiban untuk memberitahukan atau menjelaskan dan meneliti fakta material bagi para pihak yang berkaitan dengan pokok yang dinegosiasikan itu. Sehubungan dengan hal ini, putusan-putusan Hoge Raad menyatakan bahwa para pihak yang bernegosiasi masing-masing memiliki kewajiban itikad baik, yakni kewajiban untuk meneliti (*onderzoekplicht*) dan kewajiban untuk memberitahukan atau menjelaskan (*meddelingsplicht*). Misalnya negosiasi dalam jual beli rumah, orang yang akan membeli rumah tersebut wajib meneliti apakah ada rencana resmi mengenai rumah itu, misalnya rencana pencabutan hak milik. Jika dia tidak melakukan kewajiban tersebut. Ternyata hak milik atas tanah tersebut dicabut, maka dia tidak dapat menuntut pembatalan kontrak karena adanya kesesatan. Di pihak lain, penjual memiliki kewajiban untuk menjelaskan semua informasi yang dia ketahui dan penting bagi pembeli. Kalau dia telah menyatakan demikian itu, pembeli dapat mempercayai pernyataan itu, dan pembeli itu tidak perlu meneliti lagi. Hakim harus mempertimbangkan kewajiban-kewajiban itu satu dengan ukuran itikad baik.¹⁹⁹

Di Perancis terjadi evolusi yang berkaitan dengan makin berkembangnya kewajiban menjelaskan fakta material dalam fase prakontrak. Kewajiban tersebut sekarang ini tidak hanya ada dalam bidang-bidang tradisional seperti kontrak jual

¹⁹⁷ Ridwan Khairandy, *Op.Cit.*, hlm. 150.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.*

beli dan asuransi, tetapi juga telah mencakup misalnya perjanjian pinjam-meminjam uang dan wara laba. Tidak hanya berlaku bagi penjual, tetapi juga bagi dokter, mengadakan kontrak dengan klien mereka.²⁰⁰

Kewajiban untuk menjelaskan tersebut muncul melalui legalisasi dan evolusi yurisprudensi. Legislasi tampaknya makin bergerak ke arah pembahasan dari suatu kewajiban umum akan keterbukaan dalam konteks hubungan antara konsumen dan produsen atau *professional*. Pasal 2 Undang-Undang Nomor 60 Tahun 1992 berkaitan dengan perlindungan konsumen menentukan:²⁰¹

“Before the conclusion of a contract, every profesional selling goods or providing service must put the consumer in a situation where he is able to know the essential characteristics of the goods or the service. In addition, the professional seller of goods must tell sonsumer the period during wglich it is likely that spare parts needed for using the goods will be available on the market. This period must be brought to the knowledge of the professional by the manucacturer or by the importer”.

Paralel dengan perkembangan legislasi, yutisprudensi juga berhasil mengembangkan kewajiban untuk menjelaskan dengan basis hukum ketentuan civil code yang berkaitan dengan tidak adanya kata sepakat (*vices du consentenment*).²⁰²

Kontras dengan pemrkembangan diatas, hukum kontrak Inggris secara tradisional menolak pembebanan kewajiban menjelaskan dalam proses negoisasi dan penyusunan kontrak. Asas *caveat emptor* masih menjadi salah satu asas yang fundamental. Hanya ada beberapa pengecualian terhadap asas tersebut, seperti

²⁰⁰ Muriel Fabre-Magnan, “*Duties of Disclosure and French Contract of Law, Contribution to an Economic Analysis*,” Jack Beaston dan Daniel Friednab, eds., *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford: Clarebdon Press, 1995), hlm. 99.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Code Civil Perancis menentukan empat syarat bagi sahnya kontrak: Pertama, para pihak memiliki kesepakatan memiliki kesepakatan bebas untuk mengadakan kontrak. Kedua, Para pihak yang mendakan kontrak harus memiliki kecakapan untuk mengadakan kontrak. Ketiga, harus ada objek tertentu. Keempat, kontrak tersebut harus memiliki kausa hukum yang halal.

kontrak *ubrrimae fidei* atau dalam kondisi tertentu yang secara tegas diwajibkan oleh undang-undang.²⁰³

Alasan utama penolakan sarjana hukum *common law* terhadap kewajiban di atas dapat dilihat dari penjelasan Marshall CJ dalam kasus *Laidlaw v. Organ*, 15 US (2 Wheat) 178 (1817):

“[it] would be difficult to circumscribe the contrary doctrine within proper limits, where the means of intelligence are equally accessible to both parties but at the same time, each party must take care not to say or do anything tending impose upon the other.”

Dalam kasus *Smith v. Hughes*, LR 6 QB 597 (1871), berkaitan dengan kontrak jual beli gandum khusus. Pembeli menginginkan gandum lama dan meyakini bahwa gandum yang ada benar-benar lama. Penjual mengetahui ini dan juga mengetahui bahwa gandum tersebut secara faktual adalah baru, tetapi tidak memberitahunya atau tidak mencoba membetulkan kesalahan tersebut. Sehubungan dengan *Cockburn* menyatakan.²⁰⁴

“The question is whether, under such circumstances, the passive acquiescence of the seller in self-deception of the buyer will entitle the latter to avoid the contract. I am of the opinion that it will not ... I take the true rule to be that where a specific article is offered for sale, without express warranty, or without circumstances from which the law will imply a warranty ... and the buyer has full opportunity of inspecting and forming his own judgment, the rule caveat emptor applies.”

Di sini terjadi perbedaan yang mendasar antara *civil law* dan *common law*. *Civil law* telah mengikuti asas *caveat venditor*, sedangkan *common law* masih mengikuti asas *caveat emptor* yang berkembang dalam kontrak jual beli pada abad sembilan belas. Dalam kasus *Smith v Hughes* di atas, dinyatakan

²⁰³ Lihat juga *Piere Legrand*, “*Pre-Contractual and Information: English and French Law Compared*,” *Ox JLS*, Vol 6 (1986), hlm. 322.

²⁰⁴ *Barry Nicholas*, “*The Pre-contractual Obligation*,” *Disclose Information: English Report*”, *Donald Harris dan Denis Tallon*, eds., *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons* (Oxford: Clarendon Press, 1989), hlm. 169.

bahwa tidak ada kewajiban hukum bagi *vendor* untuk memberitahukan kekeliruan pembeli yang tidak disebabkan perbuatan *vendor*.²⁰⁵

Dengan demikian, secara umum tidak ada dasar iktikad baik mewajibkan salah satu pihak dalam kontrak untuk menjelaskan fakta material ketika akan mengadakan kontrak.

Belakangan dengan makin melemahnya asas *caveat emptor*, legislasi Inggris, misalnya melalui Undang-Undang Perlindungan konsumen, telah pula membebaskan kewajiban untuk menjelaskan oleh produsen atau professional.

Pada 1982, Hoge Raad dalam perkara *Plas v. Valburg*, HR 18 mu 1982, NJ 1983, 723 memutuskan bahwa proses negosiasi kontrak dapat dibagi dalam tiga tahapan:²⁰⁶

1. Tahap pertama (*initial stage*), pada tahap ini penentuan negosiasi tidak akan menimbulkan hak untuk menuntut atas kerugian yang terjadi selama proses negosiasi. Di sini para pihak bebas untuk menghentikan negosiasi, dan tidak ada kewajiban untuk memberika ganti rugi.
2. Tahap kedua (*continuing stage*), negosiasi dapat dihentikan oleh salah satu pihak, walaupun dengan kewajiban untuk memberikan ganti rugi kepada pihak yang telah mengeluarkan biaya.
3. Tahap ketiga (*final stage*) adalah tahap dimana satu pihak diperbolehkan lagi menghentikan negosiasi yang bertentangan dengan iktikad baik. Pelanggaran terhadap kewajiban melahirkan kewajiban untuk memberikan ganti rugi kepada pihak lain atas segala biaya yang telah dikeluarkan dan juga kehilangan keuntungan yang diharapkan.

²⁰⁵ Fridrich Kessler dan Edith Fine “*Culpain Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative study.*” *Harvard Law Revzew*, Vol. 77 (January 1964), hlm. 439.

²⁰⁶ Sjef van Erf “*The Pre-contractual Srage*” dalam Arthur Hartkamp, et.al, eds., *Tourd a European Civil Code* (Nijmegen: ArsAequi Libri, 1998), hlm 212. Lihat pula Jan M. Van Dunne, “Netherland,” Ewoud H. Hondius, ed., *Pre Contractual Liability*, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal Canada, 18-24 August 1990 (Deventer: Kluwer, 1991), hlm. 230.

Duduk perkara kasus *Plas v. Valburg* ini sendiri secara dapat dijelaskan sebagai berikut:²⁰⁷

Kotapraja Valburg mengadakan negosiasi kontrak pemborongan (*tender*) dengan seorang pemborong (*Plas Bouwonderneming BV*) mengenai rencana pemborongan pembuatan kolam renang Kotapraja Valburg. Proposal penawaran yang diajukan Plas adalah proposal yang terbaik, dengan harga Nf 1,300,000 juta tiga ratus ribu gulden). Memang di sini tidak ada tender resmi walikota setuju dengan rencana tersebut dan sesuai pula dengan anggaran kotapraja yang tersedia. Pada 9 Januari 1975 diumumkan bahwa penawaran Plas adalah yang terendah. Keputusan penunjukkan tersebut masih menunggu persetujuan dewan kota. Dewi kota belakangan mengambil inisiatif untuk mengadakan tender alternatif dengan perusahaan lain dengan penawaran yang lebih rendah Ketika negosiasi Plas dengan walikota Valburg yang sudah hampir selesai dengan hasil yang memuaskan, tiba-tiba Dewan Kota Kotapraja Valburg mengakhiri atau menghentikan negosiasi tersebut. Pada 1 Juni 1975 Kotapraja Valburg mengadakan perjanjian dengan pemborong yang lain, yakni Ars BV. Kemudian Plas menuntut ganti rugi. Dalam pertimbangannya Hoge Raad antara lain menyatakan bahwa kadang-kadang negosiasi untuk membuat perjanjian sudah sampai pada tahap atau fase yang sedemikian rupa jika diakhiri oleh salah satu pihak bertentangan dengan iktikad baik yang berlaku dalam hubungan hukum pra kontraktual, karena pihak lain mempercayai bahwa bagaimanapun suatu perjanjian tentu akan dibuat, dan pengakhiran sepihak dalam situasi itu mewajibkan pihak yang mengakhiri negoasiasi kontrak itu untuk mengganti kerugian pihak lain tersebut.

Putusan Hoge Raad yang berkaitan dengan tahap ketiga (tahap terakhir atau final) dalam negosiasi tersebut tidak hanya menarik banyak perhatian di Belanda, tetapi juga di luar negeri. Catatan yang pertama yang dibuat berkaitan

²⁰⁷Ridwan Khairandy, *Op.Cit.*, hlm. 154.

dengan hal ini sampai sekarang hanya ada satu kasus yang diputuskan Hoge Raad yang pada tahap ketiga ini rupanya mencakup suatu pembayaran kerugian atas keuntungan diharapkan. Catatan yang kedua berkaitan dengan tolok ukur (*test*) yang digunakan untuk memutus jika tahap ketiga itu telah dicapai. Pada 1982, hal tersebut dirumuskan: “*If the parties, from both side, could trust that some contract would, in any case, ensue from the negotiations*”. Tolak ukur ini dinyatakan dengan cara yang lain dalam kasus-kasus berikutnya.²⁰⁸

Putusan Hoge Raad dalam perkara *Plas v. Palburg* tersebut mulai mengubah pendapat yang dominan di kalangan sarjana hukum belanda mengenai dasar hukum hubungan prakontrak tersebut. Sampai dengan 1982, pendapat atau pandangan yang dominan dasar hubungan prakontrak adalah perbuatan melawan hukum. Arah baru ini menjadikan itikad baik sebagai dasar kewajiban umum dan *fair dealing* tahapan prakontrak.²⁰⁹

Pendekatan terhadap kewajiban pra kontrak semacam itu berkaitan erat atau dipengaruhi yurisprudensi Jerman. Kasus yang pertama kali berkaitan dengan hal ini adalah suatu kasus yang biasa disebut sebagai *Linoleum case*, *Reichsgericht* 7 December 1911, RGZJ 78, 239. Kasus ini berkaitan dengan seorang pelanggan (*customer*) dan anak kecilnya yang terluka oleh *rools linoleum* yang jatuh dari atas mereka setelah pelayan memindahkan *rools* untuk memperlihatkan *rools linoleum* kepada pelanggan yang ingin melihatnya. Mahkamah Agung Jerman (*Reichsgericht*) menentukan bahwa kerugian yang terjadi pada saat kontrak sedang dipersiapkan atau dinegosiasikan. Hubungan diantara para pihak tidak bersifat koinsidental, tetapi kuasi kontrak (*quasi-contractual*). Pelayan atau penjual memiliki kewajiban untuk berlaku cermat atau hati-hati terhadap kesehatan atau kekayaan pelanggan.²¹⁰

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*

Pandangan Mahkamah Agung Jerman di atas sangat dipengaruhi oleh doktrin yang diajarkan seorang sarjana huku terkemuka Jerman, yakni Rudolf von Jhering yang terkenal dengan doktrin *culpa in contrahendo*.²¹¹ Diakui juga bahwa pengakuan perkembangan doktrin iktikad pada tahapan prakontrak di berbagai negara *civil law*, seperti Swiss, Austria, dan Italia sangat dipengaruhi oleh pikiran-pikiran Rudolf von Jhering.

Jhering merumuskan doktrin *culpa in contrahendo* sebagai suatu upaya hukum untuk mengatasi kondisi hukum kebiasaan saat ini (*gemeines recht*) yang tidak kondusif.²¹² Misalnya seorang pembeli yang memesan suatu barang senilai f. 100 founds, padahal sesungguhnya yang ia maksudkan hanyalah f. 10 founds, dia tidak bertanggungjawab bagi biaya pengangkutan barang yang dibayar penjual yang ia tolak. Dasar tidak bertanggungjawabnya itu disebabkan pandangan yang mengakar saat itu bahwa kontrak tunduk kepada teori kehendak sehingga yang berlaku adalah apa yang dimaksudkan oleh pembeli, ini hanyalah sepuluh founds. Hal tersebut berbeda dengan ajaran *culpa in contrahendo* yang menyatakan atau mengajarkan pihak yang bertanggungjawab bagi kesalahan tersebut harus bertanggungjawab terhadap kerugian yang diderita oleh pihak yang tidak bersalah yang mendasarkan dirinya pada *faulty impression of a binding contract*.²¹³

Dasar doktrin Jhering ini ditemukan dalam hukum Romawi. Didasarkannya pada suatu dasar tuntutan yang disebut dengan *actio legis aquillae*.²¹⁴ Ajaran kewajiban ini diterapkan dan diperluas dalam transaksi

²¹¹Werner Lorenz, "Germany," Ewoud H. Hondius, ed., *Precontractual Liability, Responsto the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24., August 1990* (Deventer: Kluwer, 1991), hlm. 159.

²¹²Friedrich Kessler dan Edith Fine, *Op.Cit.*, hlm. 402

²¹³Steven A. Mirmina, "A Comparative Survey of *Culpa in Contrahendo*, focusing on its Origins in Roman, German, and French Law as well as Its Application in American Law," *Connecticut Journal on International Law*, Vol 8 (1992), hlm. 81.

²¹⁴*Actio legis Aquilliae* tindakan hukum berdasarkan *lex Aquillia*, yakni suatu tindakan hukum suatu kerugian yang menimpa kekayaan orang lain baik karena kesengajaan maupun karena kealpaan.

komersial modern untuk membebaskan kewajiban dan tanggung jawab para pihak yang melakukan hubungan non kontraktual.²¹⁵

Satu hal yang sangat penting dalam doktrin *culpa in contrahendo*, menggunakan istilah *offerte* seperti istilah yang biasa digunakan di Amerika sebagai *offer*. Kedua istilah ini tidak serupa benar. Ketika orang Amerika menyebut istilah *offer*, mereka umumnya mengacu kepada satu tahapan dalam negosiasi di mana *offeree* berwenang membuat kontrak melalui penerimaannya (*acceptance*). *Offerte* (penawaran) memiliki makna yang lebih luas. Jhering menggunakan istilah itu dengan makna suatu tawaran untuk mengadakan negosiasi. Ini adalah inti ajarannya. Dengan makna yang lebih luas ini, dia mengemukakan adanya kewajiban prakontrak. misalnya, seorang pelayan toko Jerman membuka pintu tokonya kepada publik, ini adalah *offerte*. Orang-orang datang dan masuk, lihat-lihat membeli atau tidak membeli barang-barang tertentu. Pada sarjana hukum Amerika tidak akan mengatakan bahwa itu adalah *offer* sampai pelayan toko mengemukakan harga barang tersebut, atau pelayan toko itu membawa barang tersebut ke meja pembayaran untuk jual beli itu. Oleh karena itu, bagi orang Jerman. Kewajiban *culpa in contrahendo* akan dimulai ketika pelayan membuka tokonya, sedangkan bagi orang Amerika kewajiban itu akan dimulai setelah penawaran untuk mengadakan kontrak jual-beli.²¹⁶

Ada tiga dasar sumber utama hukum Romawi lain yang kalau dikombinasikan akan membentuk dasar doktrinal *culpa in contrahendo*. Pertama, *actio emti*, merupakan suatu konsep dalam hukum Romawi yang secara mendasar menyatakan bahwa *there is more to a contract relationship than fulfillment of the terms*. Misalnya, jika satu pihak dalam kontrak membatalkan *abinitio*, dan dia melepaskan atau membebaskan kewajiban yang ia pikul, dia tidak bebas sepenuhnya dari kewajiban tersebut. Dia harus membayar ganti rugi atas kerugian orang lain, bergantung pada suatu keadaan tertentu. Kedua, *actio*

²¹⁵ Ridwan Khairandy, *Op.Cit.*, hlm. 157.

²¹⁶ *Ibid.*

venditi, membolehkan pembatalan suatu kontrak kalau suatu syarat yang mendahuluinya tidak terjadi. Misalnya, “Saya akan memberikan tiket pertunjukkan bola jika Presiden Bush terpilih kembali”. Di ada kontrak dengan suatu syarat tertentu. Hukum Romawi menyatakan bahwa kalau persyaratan itu tidak dipenuhi (Presiden Bush tidak terpilih kembali), ada *kewajiban tambahan yang timbul dan kewajiban kontraktual yang dibatalkan*. Ketiga, hak terhadap *revindictio* (*revocation*), juga menjadi pendukung doktrin *culpa in contrahendo*. Dasar tuntutan dalam hukum Romawi ini membolehkan suatu *true owner of a good to reclaim it from the possessor, even if the possessor had bought the good without that its seller (e.g., a thief) was not a true owner*. Di sini tidak ada hubungan kontraktual diantara pembeli dan penjual, meski demikian ia mendorong adanya kewajiban kontraktual. Jhering menyatakan bahwa hak menuntut menurut hukum Romawi mendukung adanya kewajiban dalam ketiadaan suatu kontrak.²¹⁷

Jhering menerapkan *culpa in contrahendo* kepada situasi selain situasi komersial. Kalau satu pihak membuat suatu penawaran, tetapi tidak serius, atau satu pihak melakukan kesalahan sepihak dalam menyampaikan penawarannya, atau satu pihak mengetahui atau seharusnya mengetahui hal yang ada tidak mungkin dilakukan, perilaku salah ini akan menyebabkan dia bertanggungjawab bagi “*negative interest*” dan pihak yang tidak bersalah yang didasarkan pada keabsahan kontrak.²¹⁸ Menurut *Bundesgerichtshof* dalam putusannya pada 14 Juli 1967 menyatakan bahwa suatu kesalahan dalam negosiasi kontrak menimbulkan tanggung jawab. Tangung jawab semacam itu dapat juga timbul manakala salah satu pihak yang negosiasi menghentikan negosiasi dan tidak jadi menutup kontrak tersebut dan kejadian tersebut mengakibatkan adanya kerugian bagi pihak lainnya. Sehubungan dengan hal ini, *Bundesgerichtshof* menyatakan:²¹⁹

²¹⁷ *Ibid.* hlm. 83

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ E. Allan Farnsworth. “*Pre-contractual Liability and Preliminary Agreement: Fair Dealing and Failed Negotiations*”, *Columbia Law Review*, Vol 87 No.2 (March 1987), hlm. 240

“the mere breaking off negotiation by one party does not, without more, constitute a fault in contract negotiation ... (E)ither of the parties can create or strengthen in the other party, simply by the fact that he participates in such negotiation, the new or kss certain assumption that he is ready to contract. But this alone does not reduce his freedom of decision respecting the conclusion of the contract and does not yet render him ... liable, if he breaks off negotiation”

Secara tradisional hukum perjanjian *common law* tidak mengakui keberadaan suatu kewajiban (kontraktual) hingga proses negosiasi mengkristal dalam pembentukan kontrak. Salah satu pihak yang mengadakan negosiasi setiap saat dapat menghentikan negosiasi tersebut dengan alasan apa pun juga tanpa adanya suatu tanggung jawab. Tidak ada kewajiban untuk bertanggungjawab terhadap kerugian yang timbul atas segala biaya telah dikeluarkan dan keuntungan yang diharapkan akibat penghentian negosiasi dalam fase prakontrak ini. Hukum kontrak *common law* Inggris masih belum dapat menerima kewajiban bahwa negosiasi kontrak harus didasarkan pada iktikad baik.²²⁰

Belakangan ajaran iktikad baik dalam negosiasi dan penyusunan kontrak tersebut mulai diterima di kalangan pakar atau sarjana hukum Amerika Serikat. Namun demikian, Robert S. Summer masih menemukan fakta bahwa pengadilan-pengadilan di Amerika Serikat menghalangi penerapan iktikad baik dalam proses negosiasi dan pembentukan kontrak.²²¹ *Section 1-201 UCC* sendiri hanya mengatur persyaratan umum iktikad baik dalam pelaksanaan dan penegak (hukum) kontrak, dan tidak mengakui adanya iktikad baik dalam proses negosiasi dan pembentukan kontrak.

Dalam perkembangannya, beberapa kasus tertentu, seperti kontrak konstruksi, ajaran *culpa in contrahendo* mulai dapat diterima dalam *case law* Amerika Serikat.

²²⁰ Ridwan Khairandy, *Op.Cit.*, hlm. 159.

²²¹ *Ibid.*, hlm. 160.

Di Amerika Serikat, umumnya proyek konstruksi publik diserahkan kepada kontraktor umum (*general contractors*) melalui lelang publik. Kontraktor umum kemudian mencari penawaran dari para subkontraktor, yakni siapa yang dapat melaksanakan pekerjaan pada harga yang lebih rendah. Banyak uang yang mungkin, dikeluarkan subkontraktor dalam menyiapkan estimasi tawaran mereka. Kontraktor umum kemudian mengumpulkan penawaran dari para subkontraktor, dan mendasarkan dirinya pada harga penawaran yang terendah.²²²

Dalam kasus *Drennan v. Star Paving Co*, 51 Cal .2d 409, 333 P.21) 757 (1958), Hakim Traynor membangun suatu ketentuan tanggung jawab prakontrak setelah seorang subkontraktor mengajukan suatu penawaran (*bid*) kepada kontraktor umum, mengetahui bahwa kontraktor umum akan menyandarkan dirinya pada hal itu dalam membuat penawarannya, subkontraktor tidak boleh menarik kembali penawarannya dengan atau tanpa adanya tanggung jawab hukum. sebelum kontrak umum diadakan, tidak ada kontrak antara subkontraktor dan kontraktor umum. Dalam kasus ini, tergugat tidak meyakinkan bahwa dia hanya membuat suatu penawaran (*offer*) kepada kontraktor umum dan menarik kembali penawaran itu sebelum dilakukan penerimaan (*acceptance*). Hakim menganalisis kasus tersebut melalui section 90 *promissory estoppels* dan menyimpulkan Bahwa tergugat *made a promise which reasonably induced reliance, and injustice could only be avoided by enforcement of the promise. Reliance damage* yang dinilai sebagai perbedaan antara janji yang dilaksanakan (penawaran tergugat) dan penawaran yang sesungguhnya (jumlah yang oleh penggugat dibayar pada penawar yang paling rendah).²²³

Dalam hal ini, *culpa in contrahendo* dan *promissory estoppel* bekerja secara *equal*. Penawaran subkontraktor dipandang sebagai suatu janji dan *reliance damage are granted*. Jika kondisinya adalah sebaliknya, dan di sana ada

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*

suatu *situation of bid shopping*²²⁴ and rather than the subcontractor being the blameworthy party in not performing his promise, general contractor is now culpable for not bargaining in good faith, *Ipa in contrahendo* menjadi upaya hukum yang lebih baik daripada *promissory estoppels*.²²⁵

Dengan uraian di atas terlihat jelas, bahwa iktikad pra kontrak cara langsung dapat berfungsi sebagai pembatas baru kebebasan berkontrak. Kontrak tidak semata-mata didasarkan kesepakatan para pihak, tetapi juga memperhatikan kondisi objektif yang meliputi kesepakatan itu. Bahkan secara mendasar diciptakannya doktrin *culpa in contrahendo* ini oleh Jhering ditujukan untuk mengatasi pandang hukum yang mengakar saat itu di mana kontrak didasarkan kepa teori kehendak.

Dengan doktrin ini dapat dijangkau suatu upaya hukum bagi pihak yang ternyata tidak serius dalam bernegosiasi di mana akibat keadaan tersebut dapat merugikan pihak lainnya. Doktrin ini dapat pula menjadi dasar upaya hukum terhadap pihak yang menghentikan atau membatalkan negosiasi di mana pembatalan atau pengakhiran negosiasi dapat merugikan pihak lainnya.

Itikad Baik dalam Pra-perjanjian Mewajibkan para pihak untuk Menjelaskan dan Meneliti Fakta Material. Dari beberapa putusan pengadilan di Indonesia yang berkait dengan penerapan iktikad baik dalam negosiasi dan penyusunan perjanjian, terlihat bahwa sesungguhnya tidak secara tegas menunjuk bahwa putusan tersebut diderivasi dan iktikad baik dalam negosiasi dan penyusunan perjanjian yang merupakan perluasan doktrin iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak. Kasus-kasus yang ada didomin oleh perkara yang berkaitan dengan jual beli dan berkaitan pula dengan peralihan hak. Dari sisi ini,

²²⁴ *Bid shopping* terjadi kalau setelah subkontraktor mengajukan penawaran kepada kontraktor umum, the general “shops around” untuk melihat kalau subkontraktor akan mengajukan yang lebih rendah dari yang paling rendah. Industri tidak mengakui pandangan ini sebagai suatu ethical action, khususnya setelah penyerahan kontrak umum. Ada kekhawatiran bahwa subkontraktor akan menawarkan begitu rendah agar mendapat keuntungan, mereka mengambil “shortcuts” dan menggunakan material dan buruh yang rendah mutunya.

²²⁵ *Ibid.*

sesungguhnya permasalahan tersebut dapat didekati dan sisi iktikad baik yang bersifat subjektif dalam peralihan hak yang diatur Pasal 530 — (*bezit* dengan iktikad baik) dan Pasal 1386 (pembayaran dengan iktikad baik) KUHPerdara Indonesia. Namun demikian, oleh karena perkara-perkara ini tetap berkaitan proses terbentuknya kontrak, maka sesungguhnya ia juga dapat menjadi bagian dan iktikad baik proses negosiasi penyusunan perjanjian Perkara yang dlibahas di bawah ini tidak seluruhnya didasarkan pada KUHPerdara, tetapi ada yang didasarkan pada hukum adat.²²⁶

Dalam perkara Andrianus Hutabarat dan ST. *Osman Hutabarat v* Kristian Situmeang dan Heini Panjaitan, Putusan Mahkamah Agung tanggal 5 November 1958 No. 242 K/Sip/1958, Mahkamah Agung telah menerapkan itikad baik proses negosiasi dan pembuatan perjanjian. Di sini ukuran atau standar itikad baik didasarkan pada kejujuran pihak penjual. Tergugat II seharusnya memberikan keterangan atau penjelasan fakta material kontrak jual beli tersebut. Semestinya ia menjelaskan bahwa tanah yang akan dijual itu mengandung cacat hukum atau tidak. Apalagi jika dikaitkan dengan fakta di atas bahwa pihak penjual (tergugat II) tidak boleh menjual tanah tersebut kepada pihak lain tanpa persetujuan pihak ahli waris lainnya. Penjual di sini tidak melakukan kewajiban tersebut masih berada dalam status sengketa. Di sini tergugat I selaku pembeli, tidak mengetahui bahwa adanya persyaratan-persyaratan tertentu yang diletakkan atas tanah tersebut dan lagi pula tergugat I telah melakukan transaksi jual beli tersebut dihadapan kepala kampung setempat. Mengingat transaksi jual beli tersebut telah dilakukan di hadapan kepala kampung, maka pembeli memiliki keyakinan bahwa jual beli itu tidak mengandung cacat hukum. Di sini Mahkamah Agung menyimpulkan bahwa jika pembeli (tergugat I) tidak mengetahui adanya cacat hukum tersebut, maka ia adalah pembeli yang beritikad baik. Jika dikaitkan dengan Pasal 531 KUHPerdara Indonesia, seseorang pembeli

²²⁶Ridwan Khairandy, *Op.Cit.*, hlm. 162.

dapat dikatakan beritikad baik manakala ia memperoleh kebendaan dengan cara memperoleh hak milik di mana ia tidak mengetahui adanya cacat hukum yang terkandung di dalamnya.

Hakim dalam perkara ini tidak menelusuri lebih lanjut apakah pembeli juga sedemikian rupa telah melakukan kewajiban menjelaskan fakta material yang berkaitan dengan transaksi yang bersangkutan. Dengan penelusuran ini akan dapat diketahui apakah pembeli setelah meneliti fakta material yang berkaitan transaksi yang ada, ternyata betul-betul tidak mengetahui adanya cacat hukum, maka ia dapat dikategorikan sebagai pembeli yang beritikad baik. Apabila setelah mengetahui adanya cacat tersebut tetap juga membeli tanah tersebut, maka ia adalah pembeli yang beritikad buruk.²²⁷

Penerapan kewajiban iktikad baik dalam negosiasi dan penyusunan kontrak juga terlihat perkara Nyi Hajiami, Nyi Siti, dan Nyi Anti v. Ahud dan Mardjuk, putusan Mahkamah Agung tanggal 10 Januari 1957, No 120K/SIP. Sama dengan perkara yang disebutkan terlebih dahulu, pengadilan juga hanya melihat pada adanya kewajiban penjual untuk melakukan penjelasan fakta material tanah yang dijual kepada pembeli itu. Pembeli tidak diberikan kewajiban untuk melakukan penelitian. Selain itu, baik dalam perkara yang pertama maupun yang kedua, pengadilan tidak menjelaskan iktikad baik dalam pelaksanaan perjanjian, pembuatan perjanjian, atau apakah iktikad baik dalam perjanjian jual beli yang berkaitan dengan peralihan hak.

Pendirian yang berlainan dijumpai dalam perkara Christine Kadiman v. Liem Giok Lian cs, Putusan Mahkamah Agung Nomor: 3699 K/ PDT/1996, tanggal 1 Maret 2000. Dalam perkara ini Mahkamah Agung tetap memegang pendirian bahwa para pihak harus beriktikad baik pada saat membuat suatu perjanjian, dan iktikad baik di sini dibebankan kepada kedua belah pihak.

²²⁷ Ridwan Khairandy, *Op.Cit.*, hlm. 164.

Pelawan (Christine Kadiman) sebelum membeli rumah dan tanah tersebut sudah mengetahui proses terjadinya atau terbitnya sertifikat atas nama Liem Hwie Kiong alias Danu Surjadi. Ketika itu Liem Hwie Kiong masih belum dewasa. Pelawan sebelum membeli tanah tersebut dari nama Liem Hwie Kiong, seharusnya mengadakan penelitian atau paling menduga terhadap keabsahan sertifikat HGU atas nama Liem Hwie Kiong tersebut. Apakah mungkin seorang anak yang belum cukup umur dan belum dapat mencari nafkah sendiri telah mampu membeli sebidang tanah HGU yang di atasnya berdiri sebuah rumah. Selain itu pelawan telah mengetahui bahwa yang membeli tanah tersebut adalah ayah Liem Hwie Kiong yang di atasnamakan Liem Hwie Kiong, padahal masih ada 6 orang anak lainnya.²²⁸

Oleh karena pelawan telah mengetahui adanya cacat hukum tersebut, bukanlah seorang pembeli yang beritikad baik. Sehubungan bukanlah seorang pembeli yang beritikad baik. Mengenai hal ini Pasal 532 KUHPerdara menyatakan bahwa seorang berada dalam posisi beritikad buruk, manakala ia mengetahui bahwa yang memegang kebendaan itu bukanlah pemilik kebendaan tadi.

Pendirian di atas dianut oleh Mahkamah Agung perkara Fatimah cs v. M. Saleh, Putusan Mahkamah Agung Nomor 4340/K/pdt 1986 tanggal 28 Juni 1988. Di sini Mahkamah Agung selain membebaskan kewajiban penjual untuk menjelaskan fakta material, pembeli juga harus memiliki kewajiban untuk meneliti fakta material yang berkaitan dengan transaksi tersebut.

Dalam kasus di atas dapat diangkat suatu abstrak bahwa untuk menentukan apakah pembeli beritikad baik (*good Faith*) atau beritikad buruk (*bad Faith*) dalam transaksi jual-beli tanah dapat dipergunakan kriteria: pembeli setelah membaca surat jual beli tanah, kemudian menemukan keterangan di dalamnya yang isinya saling bertentangan satu dengan lainnya sehingga

²²⁸ Ridwan Khairandy, *Op.Cit.*, hlm. 165.

menimbulkan kecurigaan atau keragu-raguan, siapkah sebenarnya pemilik tanah yang menjadi objek jual-beli ini, pembeli seharusnya meneliti masalah ini. Bilamana tidak, bahkan transaksi terus dilanjutkan padahal kemudian ternyata tanah tersebut bukan milik penjual, maka pembeli yang demikian ini termasuk pembeli yang beriktikad buruk (*bad faith*) dan tidak akan dilindungi hukum²²⁹

Dari perkara ini, Mahkamah Agung sudah membebaskan adanya kewajiban pihak pembeli untuk meneliti fakta material yang berkaitan dengan perjanjian yang bersangkutan. Adanya keterangan yang saling bertentangan seharusnya mendorong pembeli untuk meneliti fakta material tersebut. Seharusnya penekanan kewajiban tidak hanya dikaitkan dengan adanya keragu-raguan seperti yang muncul dalam perkara, tetapi kewajiban itu ditekankan pada setiap transaksi yang dilakukan pembeli. Memang tidak dapat dipungkiri, biasanya hal untuk meneliti tersebut berawal dari adanya keraguan terhadap fakta material itu.

2. Asas keseimbangan dalam Hukum Islam

Asas keseimbangan dalam perjanjian syariah adalah ruh dari adanya keadilan melalui prinsip kesamaan (*Musawah*) dan prinsip keadilan (*Al-adalah*). Al Quran dan sunnah sebagai sumber hukum utama syariah Islam secara otomatis inheren dalam sistem sumber hukum perjanjian. Dalam ekonomi Islam secara *sunatullah* (*by the nature*) hubungan kontraktual para pihak berdasarkan pada hukum yang hidup dalam masyarakat. Akan tetapi perkembangan peradaban manusia mendorong adanya perubahan-perubahan pada proses transaksi yang diikuti bentuk-bentuk perjanjian seperti yang dikenal sampai dengan sekarang.

Dalam ekonomi Islam yang menjadi bagian penting adalah bahwa semua perjanjian atau aqad harus dinyatakan secara tertulis : “..... dan janganlah kamu

²²⁹ Ali Budiarto, *Kompilasi Abstrack Hukum Putusan Mahkamah Agung tentang Tanah*, Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 2000, hlm. 69.

jemu menulis utang itu, baik kecil maupun besar sampai batas waktu membayarnya. Yang demikian itu lebih adil di sisi Allah dan lebih menguatkan persaksian dan lebih dekat kepada tidak (menimbulkan) keraguanmu... (QS. Al-Baqarah : 282). Kata uqud adalah bentuk jama dari kata mengikat, perjanjian atau kontrak. Aqad dalam terminology fiqh adalah perikatan antara ijab (penawaran) dan qobul (penerimaan). Dapat dikatakan bahwa Hukum Islam yang mengatur muamallah telah mengandung asas keseimbangan. Untuk itu akan diuraikan asas-asas perjanjian dalam muamallah untuk dapat menyatakan asas keseimbangan telah tercantum dalam sumber-sumber hukumnya.

Adapun asas-asas perjanjian dalam Hukum Islam terdapat aturan dalam Pasal 21 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) disebutkan ada beberapa asas-asas akad, yaitu:

- a) *Ikhtiyari* atau sukarela: setiap akad dilakukan atas kehendak para pihak, terhindar dari keterpaksaan karena tekanan salah satu pihak atau pihak lain.
- b) *Amanah* atau menepati janji: setiap akad wajib dilaksanakan oleh para pihak sesuai dengan kesepakatan yang ditetapkan oleh yang bersangkutan dan pada saat yang sama terhindar dari cedera-janji.
- c) *Ikhtiyati* atau kehati-hatian: setiap akad dilakukan dengan pertimbangan yang matang dan dilaksanakan secara tepat dan cermat.
- d) *Luzum* atau tidak berobah: setiap akad dilakukan dengan tujuan yang jelas dan perhitungan yang cermat, sehingga terhindar dari praktik spekulasi atau maisir.
- e) Saling menguntungkan: setiap akad dilakukan untuk memenuhi kepentingan para pihak sehingga tercegah dari praktik manipulasi dan merugikan salah satu pihak.
- f) *Taswiyah* atau kesetaraan: para pihak dalam setiap akad memiliki kedudukan yang setara, dan mempunyai hak dan kewajiban yang seimbang.

- g) Transparansi: setiap akad dilakukan dengan pertanggungjawaban para pihak secara terbuka.
- h) Kemampuan: setiap akad dilakukan sesuai dengankemampuan para pihak, sehingga tidak menjadi beban yang berlebihan bagi yang bersangkutan.
- i) *Taisir* atau kemudahan: setiap akad dilakukan dengan cara saling memberi kemudahan kepada masing-masing pihak untuk dapat melaksanakannya sesuai dengan kesepakatan.
- j) Iktikad baik: akad dilakukan dalam rangka menegakan kemaslahatan, tidak mengandung unsur jebakan dan perbuatan buruk lainnya.
- k) Sebab yang halal: tidak bertentangan dengan hukum, tidak dilarang oleh hukum dan tidak haram.²³⁰

Sumber hukum atau Dalil dari asas akad atau asas perjanjian syariah yaitu.²³¹

1) Asas *Al-Ilahiyyah* (Ketuhanan)

Asas *Al-Ilahiyyah* yaitu asas ke-Tuhanan. Yaitu semua perbuatan manusia adalah ketentuan Allah SWT, dan segala sesuatu adalah milik Allah SWT. Dalil asas ini adalah QS Al-Hadiid (57) ayat 4:

هُوَ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ اسْتَوَىٰ عَلَى الْعَرْشِ يَعْلَمُ مَا يَلْجُ
فِي الْأَرْضِ وَمَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَمَا يَنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ وَمَا يَرْجِعُ فِيهَا وَهُوَ مَعَكُمْ أَيْنَ مَا كُنْتُمْ
وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ (٤)

Artinya: “Dialah yang menciptakan langit dan bumi dalam enam masa: Kemudian dia bersemayam di atas ‘arsy²³² dia mengetahui apa yang masuk ke dalam bumi dan apa yang keluar daripadanya dan apa yang turun dan langit dan apa yang naik kepada-Nya²³³. dan dia bersama kamu di mana saja kamu berada. dan Allah Maha melihat apa yang kamu kerjakan.”

²³⁰ Perma Nomor 2 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.

²³¹ Mardani, *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 20.

²³² Bersemayam di atas ‘Arsy ialah satu sifat Allah yang wajib kita imani, sesuai dengan kebesaran Allah dan kesucian-Nya.

²³³ Yang dimaksud dengan yang naik kepada-Nya antara lain amal-amal dan do’a-do’a hamba.

Firman-Nya dalam QS. Al-Maidah (5) ayat 120:

لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ (١٢٠)

Artinya: “Kepunyaan Allah-lah kerajaan langit dan bumi dan apa yang ada di dalamnya; dan dia Maha Kuasa atas segala sesuatu.”

2) Asas *Nubuwwah* (Kenabian)

Yang penulis maksud dengan asas *Nubuwwah* adalah Nabi Muhammad sebagai suri tauladan bagi umatnya dalam segala aspek kehidupan, termasuk dalam hal *muamalah* dan dalam melakukan kontrak syariah. Nabi sebagai suri tauladan terdapat dalam QS. Al-Ahzab (33) ayat 21:

لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ
كَثِيرًا (٢١)

Artinya: “Sesungguhnya telah ada pada (diri) Rasulullah itu suri teladan yang baik bagimu (yaitu) bagi orang yang mengharap (rahmat) Allah dan (kedatangan) hari kiamat dan dia banyak menyebut Allah.”

Suri tauladan yang harus diambil oleh umatnya dalam hal bisnis ialah beliau pedagang (*bisnismen*) yang jujur (*shiddiq*), dapat dipercaya (*amanah*), cerdas (*fathanah*), transparan dan akuntabilitas (*tabligh*).

3) Asas *Ibadah*

Asas *ibadah* yaitu melakukan kontrak syariah diniatkan sebagai ibadah kepada Allah swt. Karena tujuan utama manusia diciptakan Allah adalah untuk ibadah. Dalil tentang asas Ibadah yaitu QS. Adzariyat (51) ayat 56:

وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ (٥٦)

Artinya: “Dan Aku tidak menciptakan jin dan manusia melainkan supaya mereka mengabdikan kepada-Ku.”

4) Asas *Ibahah* (Boleh)

Asas *ibahah* adalah asas umum hukum Islam dalam bidang muamalat secara umum. Sebagaimana kaidah Fiqh “*Al-ashlu fi al-muamalah al-ibahah lila maa dalla ‘ala tahrimihi*” (hukum asal dalam bidang muamalah adalah ibahah (boleh), kecuali ada dalil yang melarangnya).

5) Asas *Huriyyah* (Kebebasan)

Asas *huriyyah*, yaitu asas kebebasan, maksudnya para pihak yang melakukan akad syariah harus mempunyai kebebasan berkontrak (*freedom of contract*), tidak ada paksaan (*al-ikrah*), tetapi harus dilakukan dengan penuh kesadaran. Beberapa ayat yang berbicara tentang asas *huriyyah*, di antaranya QS. Al-Baqarah (2) ayat 256:

لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ فَقَدْ
اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لَا انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (٢٥٦)

Artinya: “Tidak ada paksaan untuk (memasuki) agama (Islam); sesungguhnya telah jelas jalan yang benar daripada jalan yang sesat. Karena itu barang siapa yang ingkar kepada Thaghut²³⁴ dan beriman kepada Allah, maka sesungguhnya ia telah berpegang kepada buhul tali yang amat kuat yang tidak akan putus. Dan Allah Maha Mendengar lagi Maha Mengetahui.”

QS. Al-Maidah (5) ayat 1:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُثَلَّى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحَلَّى
الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ (١)

Artinya: “Hai orang-orang yang beriman, penuhilah aqad-aqad itu²³⁵. Dihalalkan bagimu binatang ternak, kecuali yang akan dibacakan kepadamu. (Yang demikian itu) dengan tidak menghalalkan berburu ketika kamu sedang

²³⁴ *Thaghut* ialah setan dan apa saja yang disembah selain dari Allah S.W.T.

²³⁵ *Aqad* (perjanjian) mencakup: janji prasetia hamba kepada Allah dan perjanjian yang dibuat oleh manusia dalam pergaulan sesamanya.

mengerjakan haji. Sesungguhnya Allah menetapkan hukum-hukum menurut yang dikehendaki-Nya.”

QS. Ar-Rum (30) ayat 30:

فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ
الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ (٣٠)

Artinya: “Maka hadapkanlah wajahmu dengan lurus kepada Agama Allah; (tetaplah atas) fitrah Allah yang telah menciptakan manusia menurut fitrah itu. Tidak ada perubahan pada fitrah Allah. (Itulah) agama yang lurus; tetapi kebanyakan manusia tidak mengetahui²³⁶”

QS. Al-Hijr (15) ayat 29:

فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ (٢٩)

Artinya: “Maka apabila Aku telah menyempurnakan kejadiannya, dan telah meniupkan kedalamnya ruh (ciptaan)Ku, maka tunduklah kamu kepadanya dengan bersujud²³⁷”.

6) Asas *Musawwah* (Kesamaan/Equality)

Asas *musawwah* yaitu, asas kesamaan atau kesederajatan para pihak yang melakukan akad/kontrak syariah. Dalil tentang asas *musawwah*, yaitu firman Allah SWT dalam QS. Al-Hujarat (49) ayat 13:

يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ
عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ (١٣)

Artinya: “Hai manusia, Sesungguhnya kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling mengenal. Sesungguhnya orang yang

²³⁶ Fitrah Allah: maksudnya ciptaan Allah. Manusia diciptakan Allah mempunyai naluri beragama yaitu agama tauhid. Kalau ada manusia tidak beragama tauhid, Maka hal itu tidaklah wajar. Mereka tidak beragama tauhid itu hanyalah lantaran pengaruh lingkungan.

²³⁷ Dimaksud dengan sujud di sini bukan menyembah, tetapi sebagai penghormatan.

paling mulia diantara kamu di sisi Allah ialah orang yang paling taqwa di antara kamu. Sesungguhnya Allah Maha mengetahui lagi Maha Mengenal.”

7) Asas 'Adalah (Keadilan)

Asas 'Adalah yaitu asas keadilan, di mana para pihak yang melakukan kontrak syariah, tidak boleh ada yang terzalimi. Asas ini menunjukkan adanya posisi yang seimbang di antara para pihak.

QS. Asyura' (42) ayat 15:

فَلْيَذْوَغِ فَأَذْغِ وَأَسْتَقِيمَ كَمَا أَمَرْتُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَقُلْ آمَنْتُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ
وَأَمَرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمْ اللَّهُ رَبُّنَا وَرَبُّكُمْ لَنَا أَعْمَالُنَا وَلَكُمْ أَعْمَالُكُمْ لَا حُجَّةَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ اللَّهُ
يَجْمَعُ بَيْنَنَا وَإِلَيْهِ الْمَصِيرُ (١٥)

Artinya: “Maka karena itu serulah (mereka kepada agama ini) dan tetaplah²³⁸ sebagaimana diperintahkan kepadamu dan janganlah mengikuti hawa nafsu mereka dan katakanlah: “Aku beriman kepada semua Kitab yang diturunkan Allah dan aku diperintahkan supaya berlaku adil diantara kamu. Allah-lah Tuhan kami dan Tuhan kamu. Bagi kami amal-amal kami dan bagi kamu amal-amal kamu. Tidak ada pertengkaran antara kami dan kamu, Allah mengumpulkan antara kita dan kepada-Nyalah kembali (kita)”.

QS. An-Nahl (16) ayat 90:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ
وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ (٩٠)

Artinya: “Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat, dan Allah melarang dari perbuatan keji, kemungkaran dan permusuhan. Dia memberi pengajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pelajaran.”

QS. Al-Maidah (5) ayat 8:

²³⁸ Maksudnya: tetaplah dalam agama dan lanjutkanlah berdakwah.

أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ (٨)

Artinya: “Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. Dan bertakwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan.”

QS. Al-'A'raf (7) ayat 29:

قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ وَأَقِيمُوا وُجُوهَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَادْعُوهُ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ كَمَا بَدَأَكُمْ تَعُودُونَ (٢٩)

Artinya: Katakanlah: “Tuhanku menyuruh menjalankan keadilan. Dan (katakanlah): “Luruskanlah muka (diri)mu²³⁹ di setiap sembahyang dan sembahlah Allah dengan mengikhlaskan ketaatanmu kepada-Nya. Sebagaimana Dia telah menciptakan kamu pada permulaan (demikian pulalah kamu akan kembali kepada-Nya).”²⁴⁰

Menurut KHES (Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah) dalam Pasal 20 ayat 1 yang dimaksud dengan Akad adalah kesepakatan dalam suatu perjanjian antara dua pihak atau lebih untuk melakukan dan atau tidak melakukan perbuatan hukum tertentu. Menurut hukum Islam perikatan adalah segala aturan hukum Islam yang terkait dengan hubungan antar manusia (*hablum minannas*) yang membahas persoalan dengan harta benda (*maal*) dan hal-hal yang terkait dengannya.²⁴¹

Sedangkan menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam menjalankan bisnis, satu hal yang sangat penting adalah masalah akad (perjanjian). Akad sebagai salah satu cara untuk memperoleh harta dalam syariat Islam yang banyak

²³⁹ Maksudnya: tumpahkanlah perhatianmu kepada sembahyang itu dan pusatkanlah perhatianmu semata-mata kepada Allah.

²⁴⁰ Mardani, *Op., Cit*, hlm. 26.

²⁴¹ Perma No.2 Tahun 2008, Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

digunakan dalam kehidupan sehari-hari. Akad merupakan cara yang diridhai Allah dan harus ditegakkan isinya. Al-Quran surat al-Maaidah (5) ayat 1 menyebutkan: “Hai orang-orang yang beriman, penuhilah akad-akad itu”. Kata “akad” berasal dari bahasa Arab al-aqdu dalam bentuk jamak disebut al-uquud yang berarti ikatan atau simpul tali. Menurut para ulama fiqh, kata akad didefinisikan sebagai hubungan antara ijab dan kabul sesuai dengan kehendak syariat yang menetapkan adanya pengaruh (akibat) hukum dalam objek perikatan. Rumusan akad di atas mengindikasikan bahwa perjanjian harus merupakan perjanjian kedua belah pihak untuk mengikatkan diri tentang perbuatan yang akan dilakukan dalam suatu hal yang khusus. Akad ini diwujudkan pertama, dalam ijab dan kabul. Kedua, sesuai dengan kehendak syariat. Ketiga, adanya akibat hukum pada objek perikatan.²⁴²

Rukun akad menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) dalam Pasal 22 Rukun Akad terdiri atas :

- a) Pihak-pihak yang berakad;
- b) Obyek akad;
- c) Tujuan pokok akad; dan
- d) Kesepakatan.

Didalam pasal 23 KHES pihak-pihak yang berakad adalah orang, persekutuan, atau badan usaha yang memiliki kecakapan dalam melakukan perbuatan hukum. Di dalam pasal 24 KHES yang dimaksud dengan obyek akad adalah *amwal* atau jasa yang dihalalkan yang dibutuhkan oleh masing-masing pihak. Dan didalam pasal 25 KHES akad bertujuan untuk memenuhi kebutuhan hidup dan pengembangan usaha masing-masing pihak yang mengadakan akad.

Dalam aqad muamalah fatwa merupakan sumber hukum yang harus dijadikan panduan dalam praktek, demikian juga dengan beberapa jenis aqad

²⁴² Mardani, *Fiqh, Ekonomi Syariah*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2013, hlm. 71.

yang dijalankan oleh muslim pada umumnya. Fatwa itu kemudian digunakan juga dalam operasional dalam dunia perbankan syariah.

Fatwa mendefinisikan *murabahah* sebagai : “menjual suatu barang dengan menegaskan harga belinya kepada pembeli dan pembeli membayarnya dengan harga yang lebih sebagai laba”²⁴³ ditetapkannya kebolehan *murabahah* dengan dalil pada QS. Al-Baqarah (2) ayat 275 yang diterjemahkan : “Dan Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba “ selanjutnya karena *murabahah* umumnya dilakukan dengan cara cicilan maka fatwa memutuskan kebolehan untuk meminta jaminan kepada nasabah pembiayaan. Dalam menetapkan hukum ini Dewan bersandar pada QS. Al-Baqarah (2) ayat 283 : “Jika kamu dalam perjalanan (dan bermuamalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis maka hendaknya ada barang tanggungan yang dipegang (oleh orang yang berpiutang)”²⁴⁴

Dalam menetapkan hukum kebolehan *ijarah* (pertukaran)²⁴⁵ dengan berdalil pada QS.Al-Baqarah (2) ayat 233 dan Dewan men-tarjih pendapat *jumhur* yang bersepakat atas kebolehan *ijarah* dan me-marjuh-kan pendapat minoritas yang melarang.²⁴⁶

Mudharabah adalah bentuk kerjasama antara dua atau lebih pihak, dimana pemilik modal (*shahibul mal*) mempercayakan sejumlah modal kepada pengelola (*mudharib*) dengan suatu perjanjian. Kerjasama ini dengan kontribusi seratus persen modal dari *shahibul mal* dan keahlian dari *mudharib*. *Mudharabah* diperbolehkan²⁴⁷ dengan sandaran hadits :

²⁴³ Dewan Syariah Nasional, *Himpunan Fatwa Dewan Syariah Nasional*, hal. 21

²⁴⁴ Dewan Syariah Nasional, *Fatwa Tentang Murabahah*, hal.27

²⁴⁵ Ada pendapat minoritas yang melarang *ijarah* karena obyek transaksi belum ada/nyata ketika aqad dilakukan. Dewan Syariah Nasional memperbolehkan: meskipun tidak ada saat aqad tetapi obyek dapat segera ketika barang itu dimanfaatkan, selin itu dengan bersandar pada dalil yang menjustifikasikan yaitu kebutuhan masyarakat dalam rangka kemaslahatan.

²⁴⁶ Nur Hidayah, *Fatwa-fatwa DSN atas Aspek Hukum Islam Perbankan Syariah di Indonesia*, Al-Adalah, Vol.X, No. 1 Januari 2011, hal. 22

²⁴⁷ Fatwa DSN Indonesia N0.07/DSN-MUI/2000 Tentang Pembiayaan Mudharabah (Qiradh)

Nabi bersabda, “ada tiga hal yang mengandung berkah : jual beli secara tidak tunai, mudharabah, dan mencampur gandum dengan jewawut untuk keperluan rumahtangga, bukan untuk dijual. (Ibn Majah dari Shuhaib).

Aqad ini bersifat amanah maka dalam *mudharabah* tidak ada ganti kerugian, para pihak berkontribusi sesuai fungsinya. Apabila ada keuntungan keduanya berhak atas nisbah keuntungan sesuai kesepakatan, akan tetapi bila merugi *shahib al-mal* (bank) menanggung kerugian dengan mengacu pada kaidah “keuntungan harus disertai oleh kesediaan menanggung resiko”. Fatwa berupaya memperkecil resiko kerugian dengan memperbolehkan *shahib al-mal* (bank) meminta *mudharib* (nasabah/pengelola) menyediakan jaminan dana tersebut.

3. Perjanjian Baku Dalam Perspektif Kitab Undang-undang Hukum Perdata dan Hukum Islam

Istilah perjanjian merupakan terjemahan dari kata *overeenkomst* (Belanda) yang diterjemahkan dengan persetujuan/perjanjian.²⁴⁸ Pasal 1313 KUH Perdata berbunyi “Perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu pihak atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.”. Definisi perjanjian dari pasal ini adalah :

- a. tidak jelas, karena setiap perbuatan dapat disebut perjanjian,
- b. tidak tampak asas *konsensualisme*,
- c. bersifat *dualiasme*.

Tidak jelasnya definisi ini disebabkan di dalam rumusan tersebut hanya disebutkan perbuatan saja, sehingga yang bukan perbuatan hukum pun disebut dengan perjanjian, karena kelemahan tersebut maka para ahli hukum mengemukakan sendiri arti kata perjanjian.

Menurut Van Dunne dalam Salim HS., yang diartikan dengan perjanjian adalah suatu hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata

²⁴⁸ R. Subekti, R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2003, hlm. 338.

sepakat untuk menimbulkan akibat hukum. Teori tersebut tidak hanya melihat perjanjian semata-mata, tetapi juga harus dilihat perbuatan – perbuatan sebelumnya atau yang mendahuluinya.²⁴⁹

Subekti memberikan perumusan perjanjian sebagai berikut : “Perjanjian adalah peristiwa hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum”.²⁵⁰

Sedangkan menurut Sudikno Mertokusumo, perjanjian adalah suatu hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum. Maksudnya, kedua pihak tersebut sepakat untuk menentukan peraturan atau kaidah atau hak dan kewajiban yang mengikat mereka untuk ditaati dan dilaksanakan. Kesepakatan tersebut adalah untuk menimbulkan akibat hukum, yaitu menimbulkan hak dan kewajiban, sehingga apabila kesepakatan itu dilanggar maka akan ada akibat hukumnya atau sanksi bagi si pelanggar.²⁵¹

Berdasarkan pendapat – pendapat di atas, maka dapat ditarik kesimpulan bahwa perjanjian adalah perbuatan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan hak dan kewajiban.

Syarat sahnya perjanjian diatur di dalam Pasal 1320 KUH Perdata, antara lain :

a. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya

Kesesuaian, kecocokan, pertemuan kehendak dari yang mengadakan perjanjian atau pernyataan kehendak yang disetujui antara pihak- pihak. Unsur kesepakatan²⁵² :

- 1) *Offerte* (penawaran) adalah pernyataan pihak yang menawarkan.
- 2) *Acceptasi* (penerimaan) adalah pernyataan pihak yang menerima

²⁴⁹ Salim HS, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hlm. 160.

²⁵⁰ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, PT. Intermasa, Jakarta, 2002, hlm. 1.

²⁵¹ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberti, Yogyakarta, 1986, hlm. 97-98.

²⁵² Mariam Darus Badruzaman, *KUHPerdata Buku III (Bandung : Alumni, 2006)*, hal. 98.

penawaran.

b. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan

Kecakapan bertindak adalah kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum. Orang – orang yang akan mengadakan perjanjian haruslah orang yang cakap dan wenang untuk melakukan perbuatan hukum.

Dalam Pasal 1330 KUH Perdata diterangkan orang-orang yang tidak berwenang untuk melakukan perbuatan hukum yaitu:

- 1) anak di bawah umur atau belum dewasa,
- 2) orang yang ditaruh di bawah pengampuan,
- 3) istri.

Seorang istri dalam perkembangannya dapat melakukan perbuatan hukum sebagaimana yang diatur dalam Pasal 31 Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. SEMA Nomor 3 Tahun 1963.²⁵³

Syarat -syarat perjanjian dalam KUH Perdata adalah sebagai berikut :

a. Suatu hal tertentu

Suatu hal tertentu berkaitan dengan objek perjanjian (Pasal 1332 sampai dengan Pasal 1334 KUHPerdata). Objek perjanjian yang dapat dikategorikan dalam pasal tersebut²⁵⁴ :

- 1) Objek yang akan ada, asalkan dapat ditentukan jenis dan dapat dihitung.
- 2) Objek yang dapat diperdagangkan (barang-barang yang dipergunakan untuk kepentingan umum tidak dapat menjadi objek perjanjian).

b. Suatu sebab yang halal

Dalam Pasal 1320 KUH Perdata tidak dijelaskan pengertian *oorzaak* (*causa* yang halal), dan hanya disebutkan *causa* yang terlarang di dalam Pasal 1337 KUH Perdata. Suatu sebab dalah terlarang apabila bertentangan dengan undang – undang, kesusilaan, dan ketertiban umum. *Hoge Raad* sejak tahun

²⁵³ Salim HS., *Op. Cit.*, hlm. 165

²⁵⁴ Mariam Darus Badruzaman, *Op.Cit.*, hlm. 104

1927 mengartikan *oorzaak* sebagai suatu yang menjadi tujuan para pihak.²⁵⁵

Dua syarat pertama disebut syarat *subjektif* karena mengenai para pihak dalam suatu perjanjian, bila syarat ini tidak dipenuhi maka perjanjian dapat dibatalkan (untuk membatalkan perjanjian itu harus ada inisiatif minimal dari salah satu pihak yang merasa dirugikan untuk membatalkannya). Sedangkan dua syarat yang terakhir disebut syarat *objektif* karena mengenai perjanjiannya sendiri atau objek dari perjanjian yang dilakukan, bila syarat tersebut tidak dipenuhi maka perjanjian batal demi hukum (sejak semula dianggap tidak pernah ada perjanjian sehingga tidak perlu pembatalan).²⁵⁶

Sejak terjadi kata sepakat antara para pihak atau sejak pernyataan sebelah-menyebelah bertemu yang kemudian diikuti sepakat, kesepakatan itu sudah cukup secara lisan saja.²⁵⁷

Kesepakatan itu penting diketahui karena merupakan awal terjadinya perjanjian. Untuk mengetahui kapan kesepakatan itu terjadi ada beberapa macam teori / ajaran, yaitu :²⁵⁸

- a. Teori Pernyataan, mengajarkan bahwa sepakat terjadi saat kehendak pihak yang menerima tawaran menyatakan bahwa ia menerima penawaran itu, misalnya saat menjatuhkan bolpoin untuk menyatakan menerima. Kelemahannya sangat teoretis karena dianggap terjadinya kesepakatan secara otomatis.
- b. Teori pengiriman, mengajarkan bahwa sepakat terjadi pada saat kehendak yang dinyatakan itu dikirim oleh pihak yang menerima tawaran. Kelemahannya adalah bagaimana hal itu bisa diketahui? Bisa saja walaupun sudah dikirim tetapi tidak diketahui oleh pihak yang menawarkan.

²⁵⁵ Salim HS., *Op. Cit.*, hlm. 166.

²⁵⁶ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, 1987, hlm. 20.

²⁵⁷ C.S.T. Kansil, *Hukum Perdata I (Termasuk Asas-Asas Hukum Perdata)*, PT. Pradnya Paramita, Jakarta, 1991, hlm. 229.

²⁵⁸ Salim HS, *Perkembangan Hukum Kontrak Innominaat di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hlm. 30-31.

- c. Teori Pengetahuan, mengajarkan bahwa pihak yang menawarkan seharusnya sudah mengetahui bahwa tawarannya diterima (walaupun penerimaan itu belum diterimanya dan tidak diketahui secara langsung). Kelemahannya, bagaimana ia bisa mengetahui isi penerimaan itu apabila ia belum menerimanya.
- d. Teori Penerimaan, mengajarkan kesepakatan terjadi pada saat pihak yang menawarkan menerima langsung jawaban dari pihak lawan.

Isi perjanjian adalah :

- a. Hal – hal yang dengan tegas ditentukan dalam perjanjian.
- b. Segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang – undang (Pasal 1339 KUH Perdata).

Hal – hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan dianggap secara diam – diam dimasukkan dalam perjanjian meskipun dengan tidak tegas dinyatakan (Pasal 1347 KUH Perdata).²⁵⁹ Perjanjian yang secara tegas dinyatakan dapat berupa tanda, lisan, dan tulisan (dengan akta dibawah tangan dan dengan akta autentik).²⁶⁰

Unsur-unsur dalam perjanjian dibagi dua, yaitu unsur pokok (*essensialia*) dan unsur yang bukan pokok (*naturalia* dan *aksidentalialia*).²⁶¹

- a. Unsur Essensialia

Merupakan bagian dari perjanjian yang mutlak harus ada, tanpa bagian ini, perjanjian tersebut tidak memenuhi syarat sebagai perjanjian. Yang dimaksud *essensialia* adalah sesuatu yang harus ada yang merupakan hal pokok sebagai syarat yang tidak boleh diabaikan dan harus dicantumkan dalam suatu perjanjian. Syarat ini memang ditentukan oleh undang-undang karena bila tidak maka suatu perjanjian menjadi tidak sah dan tidak mengikat.

²⁵⁹ Abdul Halim dan Teguh Prasetyo, *Bisnis E-Commerce*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006, hlm. 98.

²⁶⁰ Handri Raharjo, *Hukum Perjanjian di Indonesia*, PT. Buku Kita, Jakarta 2009, hlm. 48.

²⁶¹ Soeyono dan Siti Ummu Adillah, *Diktat Mata Kuliah Hukum Kontrak*, Bagian Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Sultan Agung, Semarang, 2003, hlm. 6.

Contoh, perjanjian jual beli yang merupakan unsure *essensialia* adalah barang dan harga.

b. Unsur *Naturalia*

Merupakan bagian yang oleh undang-undang ditentukan sebagai peraturan yang bersifat mengatur. *Naturalia* adalah ketentuan hukum umum, suatu syarat yang biasanya dicantumkan dalam perjanjian. Namun tanpa pencantuman syarat yang dimaksud itupun, suatu perjanjian tetap sah dan tidak mengakibatkan suatu perjanjian menjadi tidak mengikat, misalnya penjual menjamin terhadap cacat tersembunyi.

c. Unsur *Accidentalialia*

Merupakan bagian yang oleh para pihak ditambahkan dalam perjanjian karena tidak ada aturannya dalam undang-undang. *Accidentalialia* adalah suatu syarat yang tidak harus ada, tetapi dicantumkan juga oleh para pihak untuk keperluan tertentu dengan maksud khusus sebagai suatu kepastian. Contoh, dalam perjanjian sewa menyewa secara khusus diperjanjikan bahwa apabila dikemudian hari perjanjian tersebut berakhir, maka si penyewa diwajibkan untuk menyerahkan semua kwitansi pembayaran yang pernah dilakukan oleh penyewa kepada yang menyewakan, seperti kwitansi listrik, air, PBB, dan lain sebagainya.

Terkait dengan Akad atau perjanjian berasal dari bahasa arab yang berarti ikatan atau simpulan baik ikatan yang nampak (*hissy*) maupun tidak nampak (*ma'nawi*).²⁶² kamus almawrid, menerjemahkan aqad sebagai *contract and agreement* atau kontrak dan perjanjian.²⁶³ Sedangkan *akada* dan kontrak menurut istilah adalah suatu kesepakatan atau komitmen bersama baik lisan, isyarat, maupun tulisan antara dua belah pihak atau lebih yang memiliki implikasi hukum yang mengikat untuk melaksanakannya.

²⁶² Fayruz Abadyy Majd Al-Din Muhammad Ibn Ya'qub, *AL- Qamus al- Muhit*, Jilid 1. tt., D-Jayl, Beirut, hlm. 327.

²⁶³ Munir al Ba'labakyy, *Qamus al- Mawrid*, Dar al 'Ilmi al-Malayyin, Beirut, 1990, hlm. 770.

Sehubungan dengan pengertian hukum perjanjian dalam literatur hukum, terdapat berbagai istilah yang sering dipakai sebagai rujukan di samping istilah “hukum perikatan” untuk menggambarkan ketentuan hukum yang mengatur transaksi dalam masyarakat. Ada yang menggunakan istilah “hukum perutangan”, “hukum perjanjian” ataupun “hukum kontrak”. Masing-masing istilah tersebut mempunyai artikulasi yang berbeda satu dengan yang lainnya.²⁶⁴

Istilah hukum perutangan biasanya diambil karena suatu transaksi mengakibatkan adanya konsekuensi yang berupa suatu peristiwa tuntutan. ²⁶⁵ Hukum perjanjian digunakan apabila melihat bentuk nyata dari transaksi. Hal ini mengacu pada pengertian perjanjian menurut subekti, yaitu suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu. Apabila pengaturan hukum tersebut mengenai perjanjian dalam bentuk tertulis maka sering disebut hukum kontrak. Sedangkan digunakan hukum perikatan untuk menggambarkan bentuk abstrak dari terjadinya keterikatan para pihak yang mengadakan transaksi tersebut, yang tidak hanya timbul dari adanya perjanjian dari kedua belah pihak, namun juga dari ketentuan yang berlaku di luar perjanjian tersebut yang mengakibatkan terikatnya para pihak untuk melaksanakan tindakan hukum tertentu. Di sini tampak bahwa hukum perikatan memiliki pengetahuan yang lebih luas dari sekedar hukum perjanjian.

Hukum perjanjian merupakan terjemahan dari Bahasa Inggris, yaitu *contract of law*, sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan *overeenscomrecht*. Lebih lengkap lagi Salim HS mengartikan hukum perjanjian sebagai “keseluruhan dari kaidah-kaidah hukum yang mengatur hubungan

²⁶⁴ Gemala Dewi, dkk, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Cetakan ke-2. Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2006, hlm. 1.

²⁶⁵ Bandingkan dengan pengetahuan perikatan menurut subekti yaitu, suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan atas pihak yang satu berhak menuntut suatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu. Lihat Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 1995, hlm. 123.

hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kesepakatan untuk menimbulkan akibat hukum”²⁶⁶.

Definisi tersebut didasarkan pada pengetahuan Van Dunne, yang tidak hanya mengkaji kontrak pada tahap *kontraktual* semata-mata, tetapi juga harus diperhatikan perbuatan sebelumnya yang mencakup tahap *prokontraktual* dan *post kontraktual*. *Pracontractual* merupakan tahap penawaran dan penerimaan.

Dalam perkembangan hubungan bisnis maka perjanjian berkembang pula seiring kebutuhan masyarakat, maka perjanjian dapat dibedakan menjadi dua yaitu perjanjian konvensional yang bersumber dari KUHPerdara dan perjanjian Syariah yang bersumber pada Al-Quran dan Hadist. Pada dasarnya perjanjian yang berdasarkan KUHPer maupun Syariah memiliki pola pola yang sama, seperti : 1). Jual- beli dalam Syariah Murobahah, istishna dan salam, 2). Sewa – menyewa dalam syariah ijarah, 3). Sewa beli dalam syariah Ijarah muntahiya bittamlik, 4). Pengembalian utang dalam bentuk hawalah.

Beberapa hal penting yang membedakan hukum perjanjian berdasarkan KUH Perdata dan perjanjian berdasarkan Hukum Ekonomi Islam, dapat diuraikan sebagai berikut :

a. Sumber Perjanjian Hukum Islam dan KUHPerdara

Walaupun sudah dijelaskan terdahulu yaitu dalam pembahasan mengenai *Perjanjian, Perikatan dan Kontrak vs Akad, Iltizam dan Tasharrufaat (Tinjauan Etimology dan Terminology)*, namun mengulang kembali pembahasan tersebut untuk menemukan kembali ungensi pemahaman terhadap aspek kebahasaan, dalam pembahasan ini, tidaklah menjadi sesuatu yang berlebihan.

Menurut Hendi Suhendi perjanjian adalah suatu hubungan hukum di lapangan harta kekayaan dimana seseorang berjanji (dianggap berjanji) kepada

²⁶⁶ Salim H.S., *Hukum Kontrak: Teknik dan Penyusunan Kontrak*, Cetakan ke-4, Sinar Grafika, Jakarta, 2006, hlm. 3.

seseorang yang lain atau kedua pihak saling berjanji untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu.²⁶⁷

Van Dunne sebagaimana dikutip dari Salim mengartikan perjanjian sebagai suatu hubungan hukum antara dua belah pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum.²⁶⁸ Oleh sebab itu, dalam fiqh muamalah dikatakan bahwa ketika proses perjanjian telah terjadi maka dari perjanjian tersebut menimbulkan suatu hubungan yang disebut perikatan.

Untuk memahami secara detail mengenai perbedaan antara perjanjian dan perikatan Yusuf Musa menjelaskan bahwa perjanjian itu hanya sebatas pernyataan untuk melakukan sesuatu. Sedangkan perikatan adalah pelaksanaan dari pernyataan tersebut sehingga menimbulkan hubungan antara kedua orang itu, yaitu tuntutan dan menuntut.²⁶⁹ Sementara dalam pasal 1313 KUH Perdata disebutkan bahwa perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melakukan suatu hal.²⁷⁰

Dengan demikian, setelah adanya perjanjian yang menimbulkan perikatan maka timbulah yang dinamakan *kontrak* atau oleh Hasanuddin Rahmad disebut perjanjian tertulis sebagai media atau bukti kedua belah pihak.

Charless I. Knap dan Nathan M. Crystal menjelaskan bahwa *contract is: an agreement between two or more people not merely a shared belief, but*

²⁶⁷ Ridwan Syahrani, *Seluk- Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Alumni, Bandung, 1992. Hlm. 256. Sedangkan menurut bahasa *perjanjian* berasal dari bahasa arab yang berarti *arribtu* (ikatan), *aqdatun* (akad) dan *al 'ahdu* (janji). Lihat Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, Rajawali Press, Jakarta, 2005, hlm. 44.

²⁶⁸ *Ibid*, hlm. 25-27. Sebenarnya banyak sekali definisi-definisi perjanjian yang tertuang dalam berbagai buku fikih muamalah seperti definisi yang disampaikan oleh Prof. Sri Sadewi Maschoen Sofwan, Prof. Dr. Wirdjono Prodjodikoro dan KRMT Tirtodiningran. Namun, ke semua definisi tersebut berakhir pada kalimat bahwa *perjanjian* adalah sebagai perbuatan hukum sebagai pengikat diri terhadap seseorang atau lebih. Lihat. Syamsuddin Melila, A. Qirom, *Pokok- Pokok Hukum Perjanjian Serta Perkembangannya*, Liberty, Yogyakarta, 1985, hlm. 7-8.

²⁶⁹ Yusuf Musa, *Al Fiqh Al Islami*, Dar Al Kutub Al Hadistah, Beirut, 1956, hlm. 320.

²⁷⁰ Salim HS, dalam bukunya mengkritik isi pasal tersebut karena di nilai tidak spesifik dalam mengartikan kata perbuatan/peristiwa. Menurutnya seharusnya kata perbuatan tersebut di tambah menjadi perbuatan hukum. Lihat Salim, HS, *Ibid.*, hlm. 27.

common understanding as to something that is to be done in the future. By one or both of them. Kontrak adalah suatu persetujuan antara dua orang atau lebih tidak hanya memberikan kepercayaan tapi secara bersama-sama saling pengertian untuk melakukan sesuatu pada masa mendatang oleh seseorang atau keduanya.

Maka jika sudah melalui proses penulisan atau penuangan perjanjian dalam tulisan yang mengaitkan undang- undang untuk mengaturnya. Undang-undang tersebut berhak mengatur baik hak atau kewajiban antara kedua belah pihak. Karena undang- undang dalam hal berperan sebagai sumber perikatan yang disebabkan karena perbuatan manusia dalam hal ini kedua belah pihak yang memaksa.

Sebagai skala perbandingan untuk mengkomparasikan antara sumber perikatan dalam syari'ah dan konvensional maka menarik untuk mengutip Ahmad Mustafa Az Zarqo dalam Hasanuddin Rahmad mengatakan bahwa sumber-sumber perikatan dalam Islam terdiri dari lima hal yang disebut sebagai *mashadir al iltizam*, yaitu; akad, kehendak sepihak, perbuatan merugikan, perbuatan bermanfaat, dan syara.²⁷¹

b. Hubungan Hukum Suatu Perjanjian Hukum Islam dan KUHPdata

Dalam ajaran Islam terkait masalah perikatan atau yang lebih dikenal dengan istilah akad. Sesuai dengan definisi sebelumnya maka dapat disimpulkan bahwa hubungan hukum yang terjadi antara pihak- pihak yang melakukan akad tersebut terdiri dari tiga hal pokok, yaitu: hubungan untuk melakukan sesuatu, tidak melakukan sesuatu dan kepemilikan sebagaimana telah dibahas mengenai sumber perikatan syari'ah sebelumnya. Yang pada intinya hubungan hukum yang terjadi dalam perikatan syari'ah tidak jauh berbeda dengan hubungan hukum yang terjadi dalam perikatan konvensional.

²⁷¹ Hasanuddin Rahmad, *Contrac Drafting–Seri Keterampilan Merancang Bisnis*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm. 6.

Namun demikian tetap, kedua perikatan itu memiliki perbedaan- perbedaan yang cukup mendasar.

Dalam hal suatu perhubungan hukum mengenai suatu benda, hukum KUHPdata membedakan antara hak terhadap suatu benda dan hak terhadap orang, sedemikian rupa bahwa, meskipun suatu perjanjian adalah mengenai suatu benda, perjanjian itu tetap merupakan perhubungan hukum antara orang dan orang, lebih tegas lagi antara seorang tertentu dan orang lain tertentu. Artinya hukum KUHPdata tetap memandang suatu perjanjian sebagai hubungan hukum dimana seorang tertentu, berdasar atas suatu perjanjian, berwajib untuk melakukan sesuatu hal, dan orang tertentu berhak menuntut pelaksanaan kewajiban itu.

Dalam KUHPdata, ada tersebut suatu macam perikatan yang dinamakan "*natuurlijke verbintenis*" secara tegas tidak diberikan apa yang dimaksud dengan perikatan semacam itu. Satu-satunya pasal yang memakai istilah tersebut ialah pasal 1359 ayat 2, yang hanya menerangkan, bahwa terhadap "*natuurlijke verbintenis*", tidaklah diperkenankan untuk meminta apa yang telah dibayarkan itu. Dengan kata lain apa yang sudah dibayarkan tetap menjadi hak si berpiutang, karena pembayaran tersebut dianggap sah. Artinya tidak termasuk dalam golongan pembayaran yang tidak diwajibkan, seperti yang dimaksudkan dalam ayat 1 pasal 1359.²⁷²

c. Akibat Hukum Perjanjian

Sebagaimana telah dijelaskan diatas, perjanjian bukanlah perikatan moral tetapi perikatan hukum yang memiliki akibat hukum. Akibat hukum dari perjanjian yang sah adalah berlakunya perjanjian sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Yang dimaksud dengan berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya, adalah bahwa kesepakatan yang dicapai oleh para pihak dalam perjanjian mengikat para pihak sebagaimana

²⁷² *Ibid.*

mengikatnya suatu undang- undang. Para pihak dalam perjanjian tidak boleh keluar dari perjanjian secara sepihak, kecuali apabila telah disepakati oleh para pihak atau apabila berdasarkan pada alasan- alasan yang diatur oleh undang- undang atau hal-hal yang disepakati dalam perjanjian.

Sekalipun dasar mengikatnya perjanjian berasal dari kesepakatan dalam perjanjian, namun perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga mengikat untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan oleh kepatutan, dan kebiasaan atau undang- undang. Untuk itu setiap perjanjian yang disepakati harus dilaksanakan dengan itikad baik dan adil bagi semua pihak.

d. Sebab-sebab Berakhirnya Perjanjian

Terpenuhinya prestasi atau perikatan yang disepakati dan syarat- syarat tertentu dalam perjanjian dapat menjadi sebab berakhirnya perjanjian, misalnya habisnya jangka waktu yang telah disepakati dalam perjanjian atau dalam *loan agreement*, semua hutang dan bunga atau denda jika ada telah dibayarkan. Secara keseluruhan, KUHPerdara mengatur faktor-faktor lain yang dapat menyebabkan berakhirnya perjanjian yang sebenarnya jika dibandingkan dengan berakhirnya perikatan dalam hukum syar'i tidak jauh berbeda jika tidak mengatakannya sama, diantaranya karena:²⁷³

1) Pembayaran

Pembayaran tidak selamanya diartikan dalam bentuk penyerahan uang semata, tetapi terpenuhinya sejumlah prestasi yang diperjanjikan juga memenuhi unsure pembayaran

2) Penawaran Pembayaran, diikuti Dengan Penyimpanan atau Penitipan

Pemenuhan prestasi dalam suatu perjanjian sepatutnya dilaksanakan sesuai hal yang diperjanjikan termasuk waktu pemenuhannya, namun tidak jarang prestasi tersebut dapat dipenuhi sebelum waktu yang

²⁷³ *Ibid.*

diperjanjikan. Penawaran dan penerimaan pemenuhan prestasi sebelum waktunya dapat menjadi sebab berakhirnya perjanjian, misalnya perjanjian pinjam-meminjam yang pembayarannya dilakukan dengan cicilan, apabila pihak yang berhutang dapat membayar semua jumlah pinjamannya sebelum jatuh tempo, maka perjanjian dapat berakhir sebelum waktunya.

3) Pembaharuan Hutang

Pembaharuan hutang dapat menyebabkan berakhirnya perjanjian, sebab munculnya perjanjian baru menyebabkan perjanjian lama yang diperbaharui berakhir. Perjanjian baru bias muncul karena berubahnya pihak dalam perjanjian, misalnya perjanjian novasi dimana terjadi pergantian pihak debitur atau karena berubahnya perjanjian pengikatan jual beli menjadi perjanjian sewa, karena pihak pembeli tidak mampu melunasi sisa pembayaran.

4) Perjumpaan Hutang Dan Kompensasi

Perjumpaan hutang terjadi karena antara kreditur dan debitur saling berhutang terhadap yang lain, sehingga utang keduanya dianggap terbayar oleh piutang mereka masing-masing.

5) Percampuran Hutang

Berubahnya kedudukan pihak atau suatu objek perjanjian juga dapat menyebabkan terjadinya percampuran hutang yang mengahirir perjanjian, contohnya penyewa rumah yang berubah menjadi pemilik rumah karena dibelinya rumah sebelum waktu sewa berakhir maka sementara masih ada tunggakan sewa yang belum dilunasi.

6) Pembebasan Hutang

Pembebasan hutang dapat terjadi karena adanya kerelaan pihak kreditur untuk membebaskan debitur dari kewajiban membayar hutang, sehiongga dengan terbebasnya debitur dari kewajiban pemenuhan hutang, maka hal yang disepakati dalam perjanjian sebagai syarat sahnya perjanjian menjadi

tidak ada padahal suatu perjanjian dengan demikian berakhirilah perjanjian.

7) Musnahnya Barang yang Terhutang

Musnahnya barang yang diperjanjikan juga menyebabkan tidak terpenuhinya syarat perjanjian karena barang sebagai hal (objek) yang diperjanjikan tidak ada, sehingga berimplikasi pada berakhirnya perjanjian yang mengaturnya.

8) Kebatalan atau Pembatalan²⁷⁴

Tidak terpenuhinya syarat sah perjanjian dapat menyebabkan perjanjian berakhir, misalnya karena pihak yang melakukan perjanjian tidak memenuhi syarat kecakapan hukum. Tata cara pembatalan yang disepakati dalam perjanjian juga dapat menjadi dasar berakhirnya perjanjian. Terjadinya pembatalan suatu perjanjian yang tidak diatur perjanjian hanya dapat terjadi atas dasar kesepakatan pra pihak sebagaimana diatur dalam pasal 1338 KUHPerdara atau dengan putusan pengadilan yang didasarkan pada pasal 1266 KUHPerdara.

9) Berlakunya Suatu Syarat Batal

Dalam pasal 1265 KUHPerdara diatur kemungkinan terjadinya pembatalan perjanjian oleh karena terpenuhinya syarat batal yang disepakati dalam perjanjian.

10) Lewatnya Waktu (Daluarsa)

e. Perbedaan Perjanjian sebagai Sumber Akad dalam Perikatan Syari'ah dan Perjanjian dalam Perikatan berdasarkan KUH Perdata

Hakikat antara perikatan dan perjanjian pada dasarnya sama, yaitu merupakan hubungan hukum antara pihak-pihak yang diikat di dalamnya, namun pengertian perikatan lebih luas dari perjanjian, sebab hubungan hukum

²⁷⁴ Wirjono Prodjodikoro, *Op.Cit.*, hlm. 196.

yang ada dalam perikatan munculnya tidak hanya dari perjanjian tetapi juga undang- undang. Hal lain yang membedakan keduanya adalah bahwa perjanjian pada hakikatnya merupakan hasil kesepakatan para pihak, jadi sumbernya benar-benar kebebasan pihak-pihak yang ada untuk diikat dengan perjanjian sebagaimana diatur dalam pasal 1338 KUHPerdara. Sedangkan perikatan selain mengikat karena adanya kesepakatan juga mengikat karena diwajibkan oleh undang- undang, contohnya perikatan antara orang tua dengan anaknya muncul karena adanya kesepakatan dalam perjanjian diantaranya ayah dan anak tetapi perintah undang- undang.

Selain itu, perbedaan antara perikatan dan perjanjian juga terletak pada konsekuensi hukumnya.²⁷⁵ Pada perikatan masing- masing pihak mempunyai hak hukum untuk menuntut pelaksanaan prestasi dari masing- masing pihak yang telah terikat. Sementara pada perjanjian tidak ditegaskan tentang hak hukum yang dimiliki oleh masing- masing pihak yang berjanji apabila salah satu dari pihak yang berjanji tersebut ternyata ingkar janji, terlebih karena pengertian perjanjian dalam pasal 1313 KUHPerdara menimbulkan kesan seolah-olah hanya merupakan perjanjian sepihak saja. Definisi pasal tersebut menggambarkan bahwa tindakan dari satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih, tidak hanya merupakan suatu perbuatan hukum yang mengikat tetapi dapat pula merupakan perbuatan tanpa konsekuensi hukum.

Konsekuensi hukum lainnya yang muncul dari pengertian itu adalah bahwa oleh karena dasar perjanjian adalah kesepakatan para pihak, maka tidak dipenuhinya suatu prestasi dalam perjanjian menimbulkan ingkar janji (wanprestasi), sedangkan tidak dipenuhinya suatu prestasi dalam perikatan menimbulkan konsekuensi hukum sebagai perbuatan melawan hukum.

²⁷⁵Dadan Muttaqien, *"Perjanjian: Pengertian Pokok dan Teknik Perancangan"*, Makalah, FIAI-UII, 2009.

Terkait dengan perbedaan perjanjian sebagai sumber akad dalam perikatan syari'ah dan perjanjian dalam perikatan konvensional terdapat prinsip hukum. Prinsip hukum dalam hukum Islam dan KUH Perdata memiliki persamaan dan perbedaan. Itu bisa ditolak karena keduanya adalah sistem hukum yang berbeda. Namun, keduanya memiliki titik temu yang dapat digunakan sebagai tautan pertama. Tautan ini dapat ditingkatkan untuk menentukan konten kontrak.

Pasal 29 ayat (1) dan (2) Konstitusi Indonesia menegaskan bahwa negara tersebut didasarkan pada keyakinan pada satu-satunya Tuhan. Selain itu, orang Indonesia dijamin untuk percaya dan menyembah agama mereka sendiri. Dari artikel ini, Marjono menjelaskan bahwa makna "penyembahan" dalam Islam meliputi 'ubudiyah/mahdoh dan muamalah. Aturan ibadah muamalah adalah "mubah", atau diperbolehkan. Setiap muslim bebas melakukan apa yang mereka inginkan selama tidak bertentangan dengan Al-Qur'an andas-Sunnah, termasuk hukum kontrak. Ini menjadi titik pertemuan hukum kontrak menurut KUHPerdata.

Hukum kontrak dalam *civil law* mengadopsi sistem terbuka di mana para pihak bebas untuk memiliki kontrak kepada semua orang, menentukan persyaratan, implementasi, bentuk, dan memilih kontrak dalam Kode Sipil atau di luar KUHPerdata. Sistem terbuka ini memiliki kesamaan dengan sistem "mubah". Ini menjadi dasar pengembangan bentuk kontrak yang sesuai pada dua sistem. Dengan demikian, prinsip kontrak dalam KUH Perdata akan disesuaikan dengan Hukum Islam dan masing-masing dibatasi untuk tidak saling bertentangan. Prinsip Kebebasan (Al-Hurriyah) memiliki persamaan dengan prinsip kebebasan kontrak dalam Pasal 1338 *civil law*. Kedua prinsip ini memberi kesempatan kepada setiap individu untuk membuat kontrak berdasarkan kemauan dan kepedulian yang ingin diselesaikan. Namun, kebebasan ini masih memiliki batasan. Hukum Islam memberikan batasan "sesuatu diperbolehkan sampai ada hukum yang menunjukkan hal itu

dilarang", berdasarkan hadits AlBazar dan At-Tabrani "Segala sesuatu yang telah diizinkan oleh Allah adalah halal dan segala sesuatu yang telah dilarang oleh Allah adalah haram dan segala sesuatu yang dibiarkan diam diampuni. Dengan demikian, terimalah dengan pengampunan Allah. Allah benar-benar tidak pernah melupakan apapun. *Civil Law* memiliki batasan berdasarkan Konstitusi, kesusilaan, ketertiban umum, yaitu persyaratan "halal / diizinkan". "Halal" sangat terkait dengan ketentuan kontrak. Baik hukum Islam dan civil law memerlukan objek kontrak harus diizinkan hal-hal tertentu dengan penyebab yang diizinkan. Meskipun pembatasan "halal" dari setiap sistem hukum ditafsirkan secara berbeda.

Prinsip kesetaraan (Al-Musawah) dalam Hukum Islam mirip dengan prinsip keseimbangan dalam KUHPerdata. Prinsip Al-Musawah adalah dari kata-kata Allah dalam Surat An-Nahl Ayat 71, "Dan Allah telah menyukai sebagian dari kamu di atas yang lain dalam persediaan". Ayat ini menunjukkan kekuatan dan kelemahan setiap manusia yang harus saling melengkapi. Dengan demikian, manusia memiliki kesempatan yang sama untuk membuat kontrak dengan posisi yang sama. Ini sama dengan prinsip keseimbangan berdasarkan pada Kode Sipil. Kreditor berhak meminta pencapaian yang telah disepakati, sementara debitur memiliki kewajiban untuk melakukan suatu pencapaian.²⁷⁶

f. Akad dalam Perspektif Hukum Islam dan KUH Perdata²⁷⁷

- 1) Dalam pandangan hukum Islam, Akad itu harus ada sebuah ungkapan tentang adanya *ijab* dan *kabul* (serah terima), sedangkan KUH Perdata tidak terlalu memperhatikan hal tersebut.
- 2) Adanya pernyataan tentang *ijab* dan *kabul* oleh Islam dipandang sebagai sesuatu yang harus dilaksanakan demi sahnya sebuah akad, namun dalam

²⁷⁶ Siti Hamidah, Mohammad Bakri, Abdul Rachmad Budiono, Bambang Winarno, *The Harmonization of Islamic Law and Civil Code in the Murabahah Contract: A Case in Indonesia*, Journal of Law, Policy and Globalization, Vol.58, Faculty of Law, Brawijaya University, 2017.

²⁷⁷ Dikutip dari Asmuni Mth, "Beberapa Catatan Tentang Akad", *Artikel FIAI-UII*, 2009.

KUH Perdata syarat sah perjanjian itu harus mengacu kepada undang-undang yang berlaku.

- 3) Persyaratan sah dan tidak sebuah akad (perjanjian) sesuai dengan yang diperintahkan oleh Syariat Islam, bukan hasil dari pemikiran seseorang, misalnya berupa perundangan.
- 4) Syarat sahnya sebuah akad dalam Islam tercipta atas dasar kemaslahatan, sehingga hasil akhir dari sebuah Akad, apakah nantinya itu bermanfaat atau tidak, sangat diperhatikan oleh hukum Islam. Sedangkan dalam perjanjian berdasarkan KUH Perdata mengacu pada syarat sahnya perjanjian yang telah ditetapkan tidak mengaitkan dengan kemaslahatan umat.

Persamaan perjanjian berdasarkan hukum Islam dan Kitab Undang-undang Hukum Perdata secara umum terlihat banyak kesamaan tentang hukum perjanjian antara kedua sistem hukum tersebut (seperti pada uraian diatas). Keduanya mengatur tentang unsur-unsur perjanjian, syarat-syarat perjanjian, kebebasan membuat perjanjian dan berakhirnya suatu perjanjian. Walaupun terdapat perbedaan dalam rinciannya yang disebabkan filosofi hukum, istilah yang digunakan, sumber hukum dan proses pencarian kedua hukum tersebut.

Dalam membangun keseimbangan antara para pihak dalam perjanjian²⁷⁸ di Indonesia belum tercipta dengan baik. Keseimbangan dalam perjanjian berarti para pihak berada dalam pengertian memiliki kedudukan yang sederajat, sebagai contoh perjanjian hubungan antara pihak rumah sakit dengan pasiennya, perjanjian antara atasan dan bawahan dalam perjanjian kerja maupun perjanjian antara pihak bank dan debiturnya seperti perjanjian kredit. Perkembangan hukum perjanjian di Indonesia dalam hal adanya perjanjian para pihak sebagaimana diatur berdasarkan Pasal 1313 Kitab Undang-undang Hukum Perdata tidak berarti telah menerapkan asas kebebasan berkontrak yang berlaku secara

²⁷⁸ Mariam Darus Badruzaman, *Kerangka Dasar Hukum Perjanjian (Kontrak), Dalam Hukum Kontrak Indonesia*, ELIPS, Jakarta, 1998, hlm. 23.

universal diseluruh dunia dalam pembentukan suatu perjanjian. Namun, perjanjian tersebut harus dilandasi adanya keseimbangan para pihak.

Praktek pelaksanaan perjanjian diantara para pihak di Indonesia secara faktuil lebih kepada menyetujui atau tidak menyetujui atau tanda tangan dan tidak tandatangan sebagai wujud dari persetujuan, seperti contohnya perjanjian kredit baku kredit perbankan. Dengan demikian, perjanjian yang dilakukan para pihak tersebut dapat juga menimbulkan ketidakseimbangan bagi para pihak, secara ideal seharusnya perjanjian menempatkan para pihak dalam kedudukan yang seimbang. Perjanjian dengan para pihak berada dalam keseimbangan dapat memberikan jaminan keadilan.²⁷⁹

Perjanjian menurut Hukum Islam didasarkan pada prinsip *wasathiyah* yakni imbang dan harmonis sesuai dengan tabiat dan karakter Hukum Islam yang terdiri dari *takamul* (sempurna bulat dan tuntas), *wasathiyah* (imbang dan harmonis) serta *harakah* (bergerak dan berkembang) sesuai dengan perkembangan zaman.²⁸⁰ Dalam menanggulangi teori *wasathiyah* dalam bidang *mu'amalah*, hukum Islam senantiasa memelihara keserasian hubungan antara kedua belah pihak, senantiasa menghindarkan kedzaliman dari suatu pihak ke pihak yang lain. Hukum Islam menjamin kelancaran hubungan yang baik, naik dalam bidang *mu'amalah maddiyah* maupun *mu'amalah adabiyah*²⁸¹

Perjanjian merupakan aspek yang sangat penting dalam kegiatan bisnis baik yang dilakukan antar individu dalam satu negara maupun hubungan antar perusahaan yang bersifat lintas batas negara. Perjanjian-perjanjian tersebut terlahir dengan adanya kesepakatan antara minimal dua pihak yang terkait. Sudah dapat dipastikan bahwa adanya kesepakatan tersebut didasarkan pada kebebasan berkontrak para pihak yang terkait. Salah satunya yaitu asas kebebasan berkontrak.

²⁷⁹ Otje Salman, *Ikhtisar Filsafat Hukum*, Armico, Bandung, 1992, hlm. 10.

²⁸⁰ Mardani, *Hukum Islam, Pengantar Hukum Islam di Indonesia*, Pustaka Pelajar, Jakarta, 2015, hlm. 25.

²⁸¹ Sholikhul Hadi, *Fiqh Muamalah*, Nora Media Enterprise, Kudus, 2011, hlm. 4-5.

Telah diketahui secara umum yang dimaksud dengan perjanjian baku ialah perjanjian yang hampir seluruh klausul-klausulnya sudah dibakukan oleh pemakainya dan pihak yang lain pada dasarnya tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan. Yang belum dibakukan hanyalah beberapa hal saja, misalnya yang menyangkut jenis, harga, jumlah, warna, tempat, waktu dan beberapa hal lainnya yang spesifik dan obyek yang diperjanjikan. Dengan kata lain yang dibakukan bukan formulir perjanjian tersebut tetapi klausul-klausulnya. Oleh karena itu suatu perjanjian yang dibuat dengan akta notaris, bila dibuat oleh notaris dengan klausul-klausul yang hanya mengambil alih saja klausul-klausul yang telah dibakukan oleh salah satu pihak, sedangkan pihak yang lain tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan atas klausul-klausul itu, maka perjanjian yang dibuat dengan akta notaris itu pun adalah juga perjanjian baku. Untuk menyebutkan beberapa contoh mengenai penggunaan perjanjian baku di dalam berbagai transaksi adalah polis asuransi, konosemen perkapalan (*bill of lading*), perjanjian jual-beli mobil, perjanjian credit card, transaksi-transaksi perbankan seperti perjanjian rekening koran dan perjanjian kredit bank, perjanjian jual-beli rumah dari perusahaan real estate, perjanjian sewa, dan masih banyak lagi contoh-contoh lainnya.

Persoalan yang hendak dikaji dalam Penulisan Disertasi ini adalah mengkaji asas keseimbangan dalam hukum perjanjian. Ketentuan dalam suatu perjanjian dapat menjadi tidak patut atau tidak adil apabila perjanjian itu terbentuk pada suatu hubungan atau keadaan yang tidak seimbang. Apabila ketidakpatutan atau ketidakadilan itu terjadi pada suatu hubungan para pihak yang tidak seimbang maka keadaan ini dinamakan *Undue Influence* (pengaruh tidak pantas). Sedangkan bila ketidakadilan terjadi pada suatu keadaan (bukan

hubungan) yang tidak seimbang, maka hal ini dinamakan unconscionability (ketidakadilan).²⁸²

Perkembangan perjanjian di Indonesia baik perjanjian kredit, perjanjian kredit dengan hak tanggungan, perjanjian asuransi, perjanjian kerja, perjanjian tambang, perjanjian jual beli dan lain sebagainya banyak yang mengenyampingkan asas keseimbangan para pihak. Perkembangan perjanjian di Indonesia juga sangat di pengaruhi dengan hukum perdata barat yang bersumber dari Kitab Undang-undang Hukum Perdata dan hukum Islam. Perjanjian yang di dasarkan pada hukum perdata barat dengan bersumber dari Kitab Undang-undang Hukum Perdata adalah perjanjian-perjanjian yang banyak digunakan dalam dunia perbankan konvensional maupun asuransi. Sementara, perjanjian berdasar hukum Islam misalnya perjanjian syariah, sebagai contoh perjanjian ekonomi syariah yang dilaksanakan menurut prinsip syariah antara lain meliputi: bank syariah, lembaga mikro keuangan syariah, asuransi syariah, reasuransi syariah, reksadana syariah, obligasi syariah dan surat berharga berjangka menengah syariah, sekuritas syariah, pembiayaan syariah, pegadaian syariah, dana pensiun lembaga keuangan syariah, dan bisnis syariah.²⁸³

Perjanjian yang menganut asas keseimbangan tentu mengedepankan keadilan, keadilan merupakan salah satu tujuan hukum. Tujuan hukum memang tidak hanya keadilan, tetapi juga kepastian hukum dan kemanfaatan.²⁸⁴ Dalam Kamus istilah Hukum mengartikan kata adil yaitu sama berat, tidak berat sebelah, tidak memihak, berpihak kepada yang benar, berpegang pada kebenaran dan sepatutnya tidak sewenang-wenang.²⁸⁵ Keputusan yang adil berarti keputusan yang tidak berat sebelah, berpihak pada yang benar dan tidak

²⁸² Hardijan Rusli, *Hukum Perjanjian Indonesia dan Common Law*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993, hlm. 113.

²⁸³ Mardani, *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm. 14.

²⁸⁴ Darji Darmodihardjo dan Sidartha, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2008, hlm. 155.

²⁸⁵ Kamus hukum on-line, <https://kamuslengkap.com>.

sewenang-wenang. Bentuk rumusan negatif selalu menyisakan pertanyaan-pertanyaan, karena rumusan negatif selalu belum jelas, karena terbuka pada banyak kemungkinan. Kalau sudah diberi penjelasan apa yang dimaksud “berat sebelah,” “memihak,” dan “sewenang-wenang,” masih ada banyak kemungkinan yang dimaksud dengan tidak berat sebelah, tidak memihak, dan tidak sewenang-wenang itu. Apakah ukurannya bahwa keputusan itu tidak berat sebelah, tidak memihak, dan tidak sewenang-wenang? Apakah yang dimaksud tidak berat sebelah, tidak memihak, dan tidak sewenang-wenang itu? ²⁸⁶

Asas keseimbangan dalam perjanjian dapat dilihat dalam tabel berikut ini :

Tabel 1.
Asas Keseimbangan dalam Perspektif Hukum Perjanjian Dalam Hukum Hukum Islam dan Hukum KUH Perdata

Hukum Islam	KUH Perdata
<p>Asas keseimbangan dalam aqad muamalah yaitu:</p> <p>Keseimbangan dalam transaksi (keseimbangan antara yang diberi dan diterima), aqad dapat dibatalkan bila terjadi ketidakseimbangan prestasi yang mencolok.</p> <p>Keseimbangan memikul resiko, tercermin dalam larangan riba dimana debitur memikul segala resiko.</p>	<p>Asas keseimbangan dalam perspektif KUHPerdata adalah asas yang menghendaki kedua belah pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian. Kreditur mempunyai kekuatan untuk menuntut prestasi dan jika diperlukan dapat menuntut pelunasan prestasi melalui kekayaan debitur, namun debitur memikul pula kewajiban untuk melaksanakan perjanjian itu dengan itikad baik</p>

Dari tabel tersebut di atas terkait dengan perspektif etika, adil berarti ‘memberikan kepada seseorang atau komunitas apa yang menjadi hak orang atau komunitas itu. Perjanjian berdasarkan Syariah Islam memiliki landasan filosofi keagamaan yang bernilai religius sehingga memiliki hubungan vertikal (manusia

²⁸⁶ Yoachim Agus Tridiatno, *Keadilan Restoratif*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2015, hlm. 9.

dengan Allah SWT) dan hubungan horizontal manusia dengan manusia lainnya juga benda dan lingkungan yang menjadi obyek *aqad* perjanjian. Sedangkan perjanjian berdasarkan KUHPdata berfilosofi sekuler-individual-liberal, hanya menghubungkan manusia dengan manusia lainnya, jadi hubungan hanya bersifat horizontal.

4. Perjanjian Baku

Perjanjian baku adalah konsep janji-janji tertulis yang isinya dibakukan. Disusun tanpa menegosiasikan isinya dan lazim dituangkan ke dalam bentuk formulir. Istilah perjanjian baku berasal dari terjemahan bahasa Inggris, yaitu *standard contract*,²⁸⁷ sangat lazim digunakan pada perjanjian perbankan. Selain itu, dikenal juga dengan sebutan *take it or leave it* nasabah berhak melakukan pilihan menyetujui atau menolak perjanjian. Dalam perjanjian seperti ini, model, rumusan dan ukuran yang menjadi pedoman telah dibakukan dan tidak dapat diganti atau diubah lagi. Perjanjian itu, semua dibuat berbentuk formulir yang berisi syarat-syarat baku. Perjanjian baku dibuat secara sepihak oleh bank. Berdasarkan beberapa perumusan tentang perjanjian baku dapat disimpulkan bahwa perjanjian baku merupakan perjanjian tertulis yang bentuk dan isinya telah dipersiapkan terlebih dahulu, mengandung syarat-syarat baku dan dibuat oleh salah satu pihak kemudian diajukan kepada pihak lain untuk disetujui.

Sutan Remy Sjahdeini mengartikan kontrak standar sebagai perjanjian yang hampir seluruh klausula-klausulanya dibakukan oleh pelaku usaha dan pihak lain pada dasarnya tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan. Adapun yang belum dibakukan hanya beberapa hal, misalnya

²⁸⁷ Salim HS, *Perkembangan Hukum Kontrak di Luar KUH Perdata*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 145.

menyangkut jenis, harga, jumlah, tempat, waktu dan beberapa hal yang spesifik dari objek yang diperjanjikan.²⁸⁸

Terhadap istilah *standaard contract* itu, penulis di Indonesia cenderung menerjemahkan dengan istilah perjanjian baku, perjanjian standar, kontrak baku. Mariam Darus menerjemahkan *standaard contract* itu dengan perjanjian baku, yaitu perjanjian yang isinya dibakukan dan dituangkan dalam bentuk formulir.

Kontrak standar/kontrak baku adalah kontrak berbentuk tertulis yang telah digandakan berupa formulir-formulir, yang isinya telah distandarisasikan atau dibakukan terlebih dahulu secara sepihak oleh pihak yang menawarkan, dalam hal ini pelaku usaha dan ditawarkan secara massal tanpa mempertimbangkan perbedaan kondisi yang dimiliki konsumen.

Bentuk perjanjian perbankan, misalnya, selalu berbentuk perjanjian baku (*standard contract*), sedangkan dasar hukum perjanjian baku adalah asas kebebasan berkontrak. Dalam perjanjian baku meskipun syarat ditentukan pihak kreditur, pihak debitur masih memiliki kebebasan meskipun sangat kecil, yaitu debitur dapat menerima atau tidak syarat-syarat yang diajukan sepihak oleh kreditur.

Perjanjian baku telah dikenal dalam masyarakat dan sangat berperan terutama dalam dunia usaha. Perjanjian baku adalah suatu perjanjian yang didalamnya telah terdapat syarat-syarat tertentu yang dibuat oleh salah satu pihak, yang umumnya disebut perjanjian adhesie atau perjanjian baku. Nama perjanjian adhesie adalah yang paling tua yang oleh Saleilles, ahli hukum Perancis yang besar, dilaksanakan dalam masyarakat dan begitu cepat menjadi terkenal (*“Contract d’adhésion”, “adhesion contract”*). Dalam tahun-tahun kemudian istilah perjanjian baku mulai dikenal dalam masyarakat bahwa yang terpenting dalam kedua istilah diatas terdapat aspek-aspek yang berbeda. Yang pertama sifat adhesie yaitu: *“take it or leave it”*.

²⁸⁸ Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 1993, hlm. 17.

Pihak lawan dan yang menyusun kontrak, umumnya disebut “*adherent*”, berhadapan dengan yang menyusun kontrak ia tidak mempunyai pilihan. Dalam hal ini penyusun kontrak mempunyai kedudukan monopoli, atau dengan demikian dikehendaki bahwa perusahaan lain supaya mempergunakan syarat-syarat yang sama. Terserah mau mengikuti atau menolak. Penyusun kontrak bebas dalam membuat redaksinya, sehingga pihak lawan berada dalam keadaan dibawah kekuasaannya.

Disamping itu muncullah istilah perjanjian baku. Ciri dari materi ini adalah adanya sifat uniform dan syarat-syarat perjanjian untuk semua perjanjian yang sama. Keuntungan dan penyusun kontrak adalah nyata bahwa semua pelanggan dalam perusahaan akan mempunyai syarat-syarat yang sama dalam mengadakan transaksi perdagangan. Demikian pula bagi peserta perjanjian akan mendapat keuntungan dengan menghemat biaya dalam hal penyerahan jasa atau barang sesuai dengan harga yang normal berlaku dalam mekanisme pasar. Bermanfaat kiranya dilihat dari sudut ekonomi banyak aspek-aspek untuk dibakukan dalam organisasi perusahaan yang saling bergantung.²⁸⁹

Menurut Hondius, syarat-syarat baku dalam perjanjian adalah syarat-syarat konsep tertulis yang dimuat dalam beberapa perjanjian yang masih akan dibuat, yang jumlahnya tidak tertentu, tanpa merundingkan lebih dulu isinya.²⁹⁰ Syarat baku umumnya juga dinyatakan sebagai perjanjian baku. Jadi pada azasnya isi perjanjian yang dibakukan adalah tetap dan tidak dapat diadakan perundingan lagi. Inilah yang menimbulkan masalah bahwa kebebasan berkontrak telah digerogeti dan akhirnya apakah masih dapat dikatakan adanya persesuaian kehendak dari pihak-pihak yang seimbang dalam perjanjian. Secara yuridis yaitu

²⁸⁹ J. Van Dunné, *Verbintenissenrecht in ontwikkeling* Kluwer-Deventer, 1987, hlm. 3.

²⁹⁰ Hondius E.H, *Syarat-Syarat Eksonerasi Atau Syarat-Syarat Untuk Pengecualian Tanggung Jawab*, Compendium Hukum Belanda, 1978, hlm. 140.

siapa yang menandatangani suatu perjanjian baku telah terikat dengan isi dan perjanjian itu, meskipun pihak lain tidak punya pilihan.²⁹¹

Timbulnya produksi massal dari pabrik-pabrik dan perusahaan-perusahaan pada akhir abad 19, pada permulaan tidak membawa perubahan apa-apa. Tetapi standarisasi dan produksi ternyata membawa desakan yang kuat untuk pembakuan dan perjanjian-perjanjian.

Dalam hal penjualan produk-produk secara besar-besaran telah terikat dengan keterbatasan-keterbatasan yang untuk mengadakan perundingan-perundingan adalah tidak mungkin sehingga perlu adanya pembakuan-pembakuan dalam perjanjian misalnya, tenggang waktu penyerahan, lamanya garansi, mutu, jumlah, harga dan sebagainya.²⁹²

Demikian pula dibidang perbankan, dibidang pengangkutan, asuransi, perhotelan dan lain-lain perjanjian baku diperlukan untuk sejumlah besar ikatan-ikatan kerjasama, hubungan saling ketergantungan dalam perkembangan ekonomi pada waktu sekarang dengan menyusun formulir-formulir yang diperlukan dibidang masing-masing.

Ada dua cara untuk mengatur hubungan antara para anggota masyarakat yaitu dengan Perundang-undangan dan Perjanjian. Kaidah-kaidah yang dibentuk oleh perundang-undangan adalah heteronoom dan umum. Kaidah-kaidah berasal dari penguasa, kekuatan mengikatnya tidak tergantung dari kesepakatan dan mereka para pihak dan ini berlaku untuk sejumlah besar peristiwa-peristiwa. Kaidah perjanjian adalah otonom dan individual. Kaidah-kaidah perjanjian dibentuk oleh yang bersangkutan sendiri. Kesepakatan adalah suatu syarat untuk kekuatan mengikat daripadanya.

Kaidah-kaidah perjanjian itu hanya berlaku untuk satu hubungan individual. Apakah kedua-duanya diatas masih ada tempat untuk perjanjian baku,

²⁹¹ Mr. FAJ. Gras, *De sociale werkelijkheid van het standaard kontrak*, Kobra Amsterdam, 1984, hlm. 4-5.

²⁹² *Ibid.* hlm. 12-13.

yang isinya disusun tanpa perundingan yang jumlahnya tidak tertentu untuk perjanjian-perjanjian yang akan dibuat dikemudian, dengan sifat tertentu, dan apa dasar ikatan itu?

Menurut Nieuwenhuis mengemukakan dua alasan mengapa ada perjanjian baku? Pertama, Ketentuan-ketentuan hukum pelengkap yang menurut sifatnya adalah berlaku secara sangat umum. Perjanjian jual-beli yang diatur dalam KUHPer berlaku untuk semua perjanjian dimana pihak yang satu untuk menyerahkan barang dan pihak yang lain membayar harga yang telah disepakati (Pasal 1457). Hal ini tidak mengatur secara khusus untuk barang-barang tertentu yang harus diserahkan oleh penjual. Lemari es mempunyai syarat-syarat penyerahan yang lain dengan penyerahan meja kursi. Maka dan itu dibutuhkan pelengkap pada hukum pelengkap itu, peranan ini diisi oleh perjanjian baku, jadi memerinci pelaksanaan lebih lanjut daripada hukum pelengkap yang ada. Kedua, tidak hanya melengkapi tetapi juga menyimpang dan hukum pelengkap. Pengusaha yang tidak senang terhadap syarat pernyataan lalai (*ingebreke stelling*, Pasal 1243) dapat membebaskan diri dari kewajiban itu dicantumkan dalam perjanjian baku.²⁹³

Menurut Asser-Rutten, asas-asas hukum perjanjian yang diatur dalam pasal 1338 KUH Perdata ada tiga, yaitu:

1. Asas Konsensualisme, bahwa perjanjian yang dibuat umumnya bukan secara formal tetapi konsensual, artinya perjanjian itu selesai karena persetujuan kehendak atau konsensus semata-mata.
2. Asas Kekuatan mengikat dan perjanjian, bahwa pihak-pihak harus memenuhi apa yang telah dijanjikan, sesuai dengan pasal 1338 KUHPer, bahwa perjanjian berlaku sebagai Undang-undang bagi para pihak.
3. Asas Kebebasan berkontrak, bahwa orang bebas, membuat atau tidak membuat perjanjian, bebas menentukan isi, berlakunya dan syarat-syarat

²⁹³ Nieuwenhuis, *Drie begiusele van Contractenrecht*, Kluwer-Deventer, 1979, hlm. 133-134.

perjanjian, dengan bentuk tertentu atau tidak dan bebas memilih undang-undang mana yang akan dipakai untuk perjanjian itu.²⁹⁴

Dari ketiga asas ini yang paling penting, ialah kebebasan berkontrak, yang dalam bahasa asing disebut : *Contractsvrijheid, contracteer vrijheid atau partij - auto,winie freedom of contract*. Sesuai dengan pernyataan Asser-Rutten : “Azas kebebasan berkontrak tidak ditulis dengan kata-kata yang banyak didalam undangundang tetapi seluruh hukum perdata kita didasarkan padanya”.

Maka dari itu kalau kita bicara tentang perjanjian adhesi atau perjanjian baku dan menempatkan secara dogmatis dalam asas-asas hukum perjanjian yang dikemukakan oleh Asser-Rutten pada abad terdahulu secara klasik tentu akan terjadi tubrukan dengan asas-asas dan hukum perjanjian, kebebasan berkontrak atau *partij autonomie*, terutama dengan persesuaian kehendaknya sebagai dasar dari perjanjian. Kalau kebebasan kehendak dari pihak-pihak yang bersangkutan dipegang teguh maka kadang-kadang akan dapat mengurangi kebebasan dari salah satu pihak. Andai kata orang tidak membaca syarat-syarat perjanjian atau membaca tetapi tidak mengerti maksudnya dan menandatangani perjanjian itu, maka persesuaian kehendak telah berlaku. Untuk itu perlu memperhalus sistemnya dengan menggunakan jasa baik dan azas kepercayaan (*vertrouwens beginsel*) dan telah terbukti, demikian ajaran kepercayaan telah mengganti ajaran kehendak (*wilsleer*). Pikiran persesuaian kehendak yang merupakan ajaran umum, dalam perjalanan puluhan tahun terakhir ini telah ditinggalkan. Kehendak tidak lagi merupakan hal yang esensial dan perbuatan hukum, ia adalah dibawah norma-norma pergaulan masyarakat yaitu suatu hal yang penting untuk menafsirkan perbuatan hukum. Sebagaimana diketahui perkembangan hukum perjanjian telah mengalami perubahan sesuai dengan perubahan pandangan yang hidup dalam masyarakat.

²⁹⁴ Asser-Rutten, *Verbintenissenrecht, de verbintenis in het algemeen*, W.E.J, Tjeenk Willink-Zwolle 1968, hlm. 23.

Corak individualisme/liberalisme yang bercokol pada waktu itu semenjak abad ke-19 telah ditinggalkan dan menuju ke bentuk-bentuk hukum perjanjian yang sosial sifatnya. Titik tolak hukum tidak lagi pada individu tetapi pada masyarakat. Kebutuhan-kebutuhan masyarakat memaksa pemikiran lebih lanjut untuk memperbaiki masyarakat itu.²⁹⁵

Arrest Lindebaum dan Cohen, tanggal 31 Januari 1919 memberikan pengertian yang luas terhadap perbuatan yang melawan hukum yaitu antara lain berdasar atas ketidakpatutan dalam pergaulan masyarakat. Juga memberikan pengertian yang luas untuk iktikad baik dan kepatutan (pasal-pasal 1338, 1339 KUHPer) dalam menafsirkan suatu perjanjian. Kemudian dianutnya teori kepercayaan (*vertrouwens theorie*) dan meninggalkan teori kehendak (*wilsteorie*) untuk timbulnya suatu perjanjian. Pendapat klasik, bahwa definisi perbuatan hukum adalah perbuatan untuk menimbulkan akibat hukum yang dikehendaki.

Disini yang penting adalah kehendak dari pembuat untuk menimbulkan akibat hukum, apabila kehendak ini tidak ada atau cacat, maka perbuatan hukum itu batal atau dapat dibatalkan. Mengingat bahwa kehendak adalah gejala *psychis* yang tidak dapat langsung diamati tentu akan mengalami kesulitan untuk menetapkan. Dengan demikian kita akan menerima sesuatu yang berdasar pengiraan belaka dan kehendak nyata pada waktu orang melakukan perbuatan. Inilah yang disebut penafsiran historis psikologis.

Akhirnya sampailah pada suatu pandangan baru dalam hukum perjanjian yaitu metode penafsiran yang normatif, yang menafsirkan secara normatif dari perbuatan-perbuatan hukum. Menurut hipotesa kerja dari Van Dunné terhadap perbuatan hukum ialah: berbuat atau tidak berbuat berdasarkan norma-norma hukum yang berlaku dengan melihat sifat dan perbuatan itu, keadaan dan cara

²⁹⁵ Pitlo, *Het verbintenissenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek Algemeen deel*, HD, Tjeenk Willink By, Groningen, 1974, hlm. 39.

perbuatan itu dilakukan menimbulkan akibat hukum yang dipertanggungjawabkan kepada yang melakukan perbuatan.²⁹⁶

Proses untuk mempertanggungjawabkan ini dinamakan penafsiran. Jadi penafsiran disini ialah: menetapkan akibat-akibat hukum yang dipertanggungjawabkan kepada yang melakukan perbuatan. Dari penjabaran diatas nyatalah sifat normatif dan penafsiran. Perbuatan hukum penawaran dan perbuatan hukum penerimaan. Sesuai dengan ajaran umum menyatakan bahwa perjanjian adalah perbuatan hukum dua pihak (*tweezijdige rechtshandeling*) berdasarkan atas persesuaian kehendak. Tetapi pandangan baru ini menyatakan bahwa perjanjian adalah hubungan hukum antara perbuatan hukum penawaran dan perbuatan hukum penerimaan.²⁹⁷

Jadi dapat disimpulkan bahwa perjanjian adalah suatu hubungan hukum antara dua pihak dimana masing-masing melakukan perbuatan-perbuatan hukum sepihak yaitu penawaran dan penerimaan. Demikian pula kalau pandangan baru ini diterapkan terhadap perjanjian baku, maka pihak yang telah menerima melakukan perbuatan hukum penerimaan yang akibat hukumnya dapat dipertanggungjawabkan kepadanya.

Sebenarnya kenyataan sosial tentang perjanjian baku bukanlah mengenai pembakuan dalam hal hubungan pada umumnya, tetapi hanya mengenai ketidakseimbangan kedudukan antara para pihak dalam perjanjian baku, yaitu konsumen dan perusahaan. Perjanjian baku dilihat dari kedudukan konsumen merupakan masalah sosial yaitu terhadap perusahaan maka kebebasannya berubah menjadi tidak bebas, dan tidak mengenai hubungan antara para perusahaan sendiri.²⁹⁸

Demikian pula Van Dunné menjelaskan mengenai sifat sepihak dari perjanjian *adhesive*, hal ini dimaksudkan bahwa syarat-syarat itu berasal dari satu

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ J. Van Dunné, *Op.Cit.*, hlm.1-3.

²⁹⁸ FAJ. Gras, *Op.Cit.*, hlm. 64.

pihak yaitu pihak yang ekonomis kuat. Termasuk didalamnya dengan perkataan lain menguntungkan satu pihak. Dengan demikian dapat pula menggunakan kesempatan itu untuk menyalahgunakan keadaan pada pihak lain.²⁹⁹

Syarat eksonerasi (*exoneratie*) adalah syarat yang berisi untuk membebaskan atau membatasi tanggung jawab seorang dalam melaksanakan perjanjian. Kalau orang mencetakan foto di studio foto, mencuci pakaian di tukang binatu maka surat tanda bukti yang kita terima mencantumkan syarat kalau foto suatu pakaian tidak diambil dalam waktu 3 bulan studio foto atau tukang binatu tidak bertanggung jawab atas foto yang dicetak atau pakaian yang dicuci.

Demikian pula kalau kita membeli barang di toko maka tanda terima pembayaran dibubuhi syarat "Barang yang telah dibeli tidak dapat dikembalikan atau ditukar". Syarat eksonerasi ini adalah termasuk pula sebagai perjanjian baku. Orang tidak ingin menderita kerugian terlalu besar terhadap perbuatan atau perjanjian yang ia buat, ia berusaha membebaskan atau membatasi tanggungjawabnya dengan mencantumkan syarat-syarat itu dalam perjanjiannya.

Syarat pembebasan tanggung jawab secara tidak langsung yaitu dengan memperluas alasan-alasan keadaan memaksa (*overmacht*) bahwa pemogokan buruh, peperangan atau larangan ekspor dianggap sebagai keadaan memaksa. Tidak hanya secara tidak langsung saja tetapi bentuk lain dari eksonerasi adalah syarat garansi dalam jual beli barang; yang sebetulnya 30 tahun daluwarsa tetapi pembeli hanya harus memberitahukan dalam waktu 8 hari saja kalau ada cacat dan minta ganti kerugian, kalau tidak dengan penghukuman hapusnya hak-hak yang ada; atau ia sebenarnya bisa mendapatkan ganti kerugian sepenuhnya tetapi ia terbatas hanya menerima suku cadang secara cuma-cuma saja.

Jadi syarat garansi ini merupakan syarat-syarat eksonerasi anggapan saja bahwa si pemberi garansi membatasi kewajibannya yang secara normal berlaku tidak demikian. Perlindungan ini dapat melalui ajaran penyalahgunaan keadaan

²⁹⁹ J. Van Dunné, *Op.Cit.* hlm. 9.

dan ajaran itikad baik. Kalau melalui ajaran kekhilafan tidak dapat berbuat banyak untuk membatalkan perjanjian baku, karena dengan menandatangani perjanjian ia dianggap mengetahui isi dan syarat-syarat perjanjian, sehingga dengan didasarkan pada “dapat dimaafkan” (*verschoonbaarheid*) yaitu kekhilafan tidak dapat dimintakan kalau orang yang meminta itu berdasar atas kebodohnya.

Mengenai ajaran penyalahgunaan keadaan yaitu apabila seorang mengetahui atau seharusnya mengerti bahwa pihak lain karena keadaan-keadaan tertentu (misalnya dalam keadaan kepicikan, keadaan jiwa yang abnormal atau tidak berpengalaman) tergerak untuk melakukan perbuatan-perbuatan hukum. Penyalahgunaan keadaan dalam istilah Inggris disebut *Undue Influence*, pokoknya untuk berhasilnya gugatan berdasarkan penyalahgunaan keadaan pada hakekatnya disyaratkan adanya tindakan yang merugikan orang lain atau tindakan untuk mengambil keuntungan oleh yang menyalahgunakan itu.

Dalam hal keadaan kepicikan dan tidak berpengalaman sebenarnya keadaan ini adalah sesaat saja. Ia dapat menguasai perbuatannya sepenuhnya dan mengetahui apa yang ia perbuat akan tetapi pada saat itu ia kehilangan penguasaan dan pengetahuannya. Demikian pula melakukan perbuatan dibawah keadaan jiwa yang abnormal meliputi ketidakmampuan seorang untuk menimbang-nimbang dalam memberikan keputusannya.

Keadaan jiwa yang abnormal ini dapat terjadi dalam bentuk yang ringan, misalnya dalam keadaan tertekan, sedangkan ia mengetahui akibat dan perbuatannya, ia dapat bertanggung jawab atas perbuatannya. Hal ini tidak dilindungi oleh hukum, namun apabila ada orang yang menyalahgunakan keadaan ini maka ia perlu mendapat perlindungan. Mengenai perjanjian yang dibuat dengan orang yang dalam keadaan ketergantungan, bagaimana juga orang yang dalam keadaan ini merasa tidak bebas untuk memutuskan sesuatu. Penyalahgunaan terhadap orang yang demikian itu dapat terjadi dalam beberapa bentuk. Ketergantungan *psychis* yaitu bahwa salah satu pihak melakukan

pengaruh kejiwaan pada pihak lain sedemikian rupa sehingga kemampuan untuk memberi keputusan ada di bawah pengaruhnya. Ini juga disebut keunggulan kejiwaan.

Di dalam lalu lintas hukum maka pihak yang lemah dalam hal ini harus menanggung sendiri kelemahannya itu, namun pengaruh itu dapat menimbulkan tanggung jawab (misalnya: perwalian). Ketergantungan praktis yaitu orang yang merasa dirinya dalam keadaan terjepit atau terdesak. Ini juga disebut adanya keunggulan ekonomis. Orang yang dalam keadaan terdesak merasa dirinya tidak bebas dalam memberikan keputusannya. Hal ini banyak terjadi dalam masyarakat antara lain dalam menandatangani perjanjian baku yang menimbulkan penyalahgunaan keadaan.

Lain halnya dengan keadaan darurat yaitu adanya orang yang menawarkan pertolongan kepada orang lain yang dalam kesulitan, dalam hal ini pihak yang kuat berbuat agar orang yang dalam kesulitan itu terhindar dan kesulitan tanpa dengan mengambil keuntungan apa-apa, berlainan dengan ketergantungan yang praktis seperti yang disebutkan di muka. Di dalam hukum positif telah mengenal pula bahwa kalau salah satu pihak merugikan pihak lain sebagai akibat dari penyalahgunaan keadaan, HR dalam hal ini memutuskan bahwa perjanjian itu adalah bertentangan dengan kesusilaan, pasal 1337 KUHP³⁰⁰ yaitu perkara mengenai bengkel mobil (*Bovag*). Seorang telah menyuruh membuat betul mobilnya di suatu bengkel. Kemudian salah seorang montir dari bengkel itu mengendarai mobilnya dan menubruk sehingga menimbulkan kerusakan dan bengkel mobil tersebut harus bertanggung gugat atas kerugian itu.

Tetapi pemilik bengkel menunjuk syarat-syarat baku dari peraturan *Bovag* bahwa pemilik mobil harus tetap menanggung terhadap kerusakan itu. HR mempertimbangkan bahwa pihak yang satu dibawah tekanan dari suatu keadaan dan terpaksa menerima beban yang berat yang tidak seimbang, hal ini merupakan

³⁰⁰ Pitlo, *Op.Cit.*, hlm. 223.

sebab yang tidak diperbolehkan. Dalam hal ini apabila pemilik mobil harus xnenanggung kerugian akibat kecelakaan itu ia menerima beban yang berat sehingga ia tidak ada pilihan lain daripada menerimanya, inilah merupakan sebab yang tidak diperbolehkan karena bertentangan dengan kesusilaan.

Jadi kalau perjanjian baku yang syarat-syaratnya berisi penyalahgunaan keadaan adalah bertentangan dengan kesusilaan dan merupakan sebab yang tidak diperbolehkan, akibatnya adalah batal demi hukum. Kebanyakan ahli hukum lebih suka melihat kalau HR mengakui bahwa penyalahgunaan keadaan itu sebagai analogi dari cacat kehendak yang keempat bersama-sama dengan paksaan, kekhilafan dan penipuan.

Perlindungan debitur terhadap perjanjian baku melalui iktikad baik ialah yang tercantum dalam pasal 1338 ayat 3, bahwa semua perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik. Menurut Pitlo tidak lain berarti bahwa kita harus menafsirkan perjanjian itu menurut kepatutan dan keadilan. Menafsirkan suatu perjanjian adalah : menetapkan akibat-akibat daripadanya. Mengacu pada iktikad baik orang dapat merobah atau melengkapi perjanjian diluar kata-kata aslinya.³⁰¹ Tetapi HR di negeri Belanda tetap tidak mau mengakui bahwa azas itikad baik dapat menyampingkan isi perjanjian, sampai pada arrest HR tahun 1967 perkara mengenai HBU dan Saladin.

Meskipun Saladin gagal menggugat HBU (*Hollandse Bank Unie*) bahwa syarat eksonerasi itu bertentangan dengan itikad baik tetapi setidaknya-tidaknya HR telah mempertimbangkan bahwa azas itikad baik dapat menilai apakah syarat eksonerasi dari Bank itu sah atau tidak. Dan mulai saat itu azas itikad baik dapat dipakai untuk menilai apakah syarat eksonerasi (perjanjian baku) itu sah atau tidak.

Dalam buku *Contractenrecht* III, yang disitir oleh RJH. Engels dinyatakan: Kerugian dapat disebabkan oleh: (i) Kesengajaan sendiri; (ii) Kesalahan besar

³⁰¹ *Ibid.*, hlm. 233.

sendiri; (iii) Kesalahan ringan sendiri; (iv) Kesengajaan atau kesalahan oleh orang-orang bawahan.

Eksonerasi untuk kesengajaan pada umumnya dianggap bertentangan kesusilaan (Pasal 1335 dan Pasal 1337 KUHP). Meskipun tidak ada keputusan umum dan HR. Eksonerasi untuk kesalahan besar, tidak jelas maka harus diteliti dari satu peristiwa ke peristiwa yang lain, apakah sudah melampaui batas-batas yang diizinkan. Eksonerasi untuk kesalahan ringan yang dibuat sendiri umumnya diterima, hanya saja Houwing berpendapat bahwa disinipun tidak dapat diberi peraturan umum. Hendaknya selalu harus diteliti maksud dan pihak-pihak yang bersangkutan dan keadaannya. Eksonerasi untuk kesengajaan atau kesalahan dan orang-orang bawahan dengan tegas diperbolehkan oleh HR.³⁰² Eksonerasi untuk kesalahan besar seperti tersebut diatas memang belum ada kesatuan pendapat. Pitlo berpendapat, orang boleh menibebaskan atau membatasi ketidak hati-hatian sendiri, tetapi apabila bertentangan dengan kesusilaan maka syarat pembebasan itu adalah tidak patut dan batal. Terhadap kesalahan besar sendiri syarat itu adalah batal.

Demikian juga Rutten dengan menarik pendapat dari Cleveringa mengenai Pasal 476 dan Pasal 524 KUHD dalam membedakan antara “Kesalahan besar” dan “Ketidakhati-hatian yang besar”. Kesalahan besar dapat diartikan sebagai perbuatan yang bukan kesengajaan tetapi perbuatan itu adalah perbuatan yang tidak patut dan tercela yang menurut manusia yang normal menimbulkan kesan yang tidak susila. Pembebasan atau pembatasan tanggung jawab yang demikian itu adalah tidak diperkenankan.³⁰³ Mengenai pembebasan tanggung jawab yang dilakukan oleh bawahan, Mijnsen memberi peringatan bahwa hal itu tidak selalu diperbolehkan.

Dalam banyak hal undang-undang menentukan bahwa peraturan tanggung jawab tertentu tidak boleh dihindari, dengan demikian pembebasan atau

³⁰² RHJ. Engels, *Op.Cit.*, 161-162.

³⁰³ Rutten, *Op.Cit.*, hal. 264.

pembatasan tanggung jawab dan bawahan juga tidak diperkenankan. Misalnya : Pasal 471 KUHD tentang pengangkutan dilaut dan Pasal 321, 524 KUHD³⁰⁴

Perihal “*exemption clause*” ini Treitel menjelaskan : “*An exemption clause can be incorporated in the contract by signature or by notice*”:

1. *By signature* (penandatanganan)

Seorang yang menandatangani surat perjanjian adalah terikat oleh syarat-syarat yang ada meskipun ia tidak membacanya. Juga tidak peduli apakah ia mengerti bahasa Inggris atau tidak.

2. *By notice* (pemberitahuan)

Apabila syarat eksonerasi telah tercetak diatas surat yang diserahkan dari satu pihak kepada yang lain, atau diumumkan pada waktu perjanjian itu dibuat, syarat itu akan teninasuk dalam perjanjian apabila syarat itu telah diberitahukan secara patut kepada pihak lawannya.³⁰⁵

Sehubungan dengan ini Anson lebih jelas menyatakan bahwa pemberitahuan itu harus seketika dengan perjanjiannya : “Supaya syarat itu mengikat sebagai bagian daripada perjanjian haruslah diberitahukan kepada pihak yang mengadakan perjanjian sebelum atau pada waktu perjanjian itu dibuat. Apabila tidak dikomunikasikan kepadanya sampai sesudah dibuatnya perjanjian maka tidak akan mempunyai akibat kecuali kalau terbukti bahwa pihak-pihak telah membuat perjanjian baru atas dasar yang lain”.³⁰⁶

Tetapi untuk perjanjian baku hendaknya pembatasannya harus lebih berat atau lebih ketat lagi. Disini diharapkan kewaspadaan yang tinggi dan hakim didalam mengadakan penilaian tentang syarat-syarat baku, apakah tidak bertentangan dengan iktikad baik, kesusilaan baik dan tidak menyalahgunakan keadaan pihak lawan.³⁰⁷

³⁰⁴ Mijnsen, *Fouten van Hulp Personen*, 1978, hal. 28-29.

³⁰⁵ Treitel, *The Law of Contract*, third edition, Stevens & Sons, 1970, hlm. 173-174.

³⁰⁶ Anson's, *Law of Contract*, cetakan 24, 1974, hlm. 152.

³⁰⁷ ELIPS, *Hukum Kontrak Di Indonesia*, Proyek Elips, Jakarta, 1998, hlm. 144-156.

Karakteristik dalam perjanjian baku yang berkembang menunjukkan arah efisiensi dan efektivitas kerja sehingga dibuat oleh salah satu pihak saja (biasanya yang kedudukan ekonominya lebih kuat) dan tidak melalui musyawarah atau perundingan tentang isi perjanjian. Klausula yang ada dalam perjanjian distandarisasi dan dibuat secara massal dalam bentuk tertulis.

Jenis perjanjian baku dapat dibagi dalam empat jenis yaitu :³⁰⁸

- a. Perjanjian baku sepihak, perjanjian yang isinya ditentukan oleh pihak yang kuat kedudukan dalam perjanjian itu, biasanya kreditur lebih kuat posisi ekonominya dibandingkan debitur.
- b. Perjanjian baku timbal balik, perjanjian yang isinya ditentukan kedua belah pihak.
- c. Perjanjian baku yang ditetapkan pemerintah terhadap perbuatan-perbuatan hukum tertentu, misalnya perjanjian yang berobyek tanah.
- d. Perjanjian baku yang ditentukan di lingkungan notaris atau advokat.

Menurut Mariam Darus Badruzaman perjanjian baku memiliki ciri-ciri, yaitu :

- 1) Isinya ditetapkan secara sepihak oleh kreditur yang posisinya relative lebih kuat daripada debitur
- 2) Debitur tidak ikut menentukan isi perjanjian
- 3) Terdorong oleh kebutuhannya, debitur terpaksa menerima isi perjanjian
- 4) Berbentuk tertulis
- 5) Dipersiapkan terlebih dahulu secara massal maupun individual³⁰⁹

Klausula eksonerasi sering dicantumkan dalam perjanjian baku oleh pelaku usaha untuk menghindarkan diri untuk memenuhi kewajibannya membayar ganti rugi seluruhnya atau terbatas yang terjadi karena ingkar janji atau perbuatan lainnya. Klausula eksonerasi merupakan syarat yang berisi pembebasan

³⁰⁸ Mariam Darus Badruzaman, dalam Salim HS, *Op.Cit*, hlm. 156.

³⁰⁹ Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, Alumni, Bandung, 2004, hlm. 51.

atau pembatasan tanggungjawab pembuat dalam melaksanakan perjanjian.. klausula ini dibuat secara sepihak tujuannya adalah untuk mengurang atau meniadakan resiko-resiko yang dapat terjadi selama pelaksanaan perjanjian.

Dalam perjanjian baku, kebebasan untuk melakukan dan menentukan isi kontrak serta pemberian kesepakatan terhadap kontrak tidaklah sebebas melakukan perjanjian secara langsung yang melibatkan para pihak untuk bernegosiasi tentang isi perjanjian. Keadaan demikian memunculkan pendapat bahwa perjanjian bukanlah perjanjian akan tetapi undang-undang swasta (*legio particuliere wetgever*), syarat-syarat yang ditentukan kreditur adalah “undang-undang”.

Perjanjian baku/standar/adhesi dimaknai sebagai perjanjian yang hampir seluruh klausul-klausulnya sudah dibakukan oleh pemakainya dan pihak yang lain pada dasarnya tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan. Menurut Sutan Remy Sjahdeini, yang belum dibakukan hanyalah beberapa hal misalnya menyangkut jenis, harga, jumlah, warna, tempat, waktu dan beberapa hal lainnya yang spesifik dari obyek yang diperjanjikan.³¹⁰

Untuk membedakan apakah suatu perjanjian kredit bank merupakan perjanjian baku atau tidak maka sebagai pembeda adalah karakteristik perjanjian itu sendiri. Mengenai karakteristik perjanjian baku telah dirumuskan Sudaryatmo sebagai berikut :³¹¹

1. Isinya ditetapkan secara sepihak oleh pihak yang posisinya dapat lebih kuat.
2. Pihak yang menjadi debitur sama sekali tidak turut menentukan isi perjanjian.
3. Bentuknya tertulis.
4. Telah terlebih dahulu dipersiapkan secara massal.

³¹⁰ Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, PT. Pustaka Utama Graffiti, Jakarta, Agustus 2009, hlm. 74.

³¹¹ Lukman Santoso AZ, *Hak dan Kewajiban Hukum NNasabah Bank*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2011, hlm. 71.

Berdasarkan karakteristik tersebut, maka perjanjian baku bukan hanya sekedar format klausulanya saja yang telah dibakukan dalam bentuk tertulis, akan tetapi juga membatasi partisipasi pihak nasabah debitur dalam merumuskan klausula perjanjian. Artinya, dalam perjanjian baku telah terjadi pembatasan hak kebebasan berkontrak dari nasabah debitur.

Perjanjian baku/standar/adhesi dianggap memaksakan pihak lain yang posisinya lemah untuk menerima syarat-syarat baku yang disiapkan pihak yang berposisi kuat. Dalam keadaan demikian, perjanjian baku dianggap berat sebelah karena perjanjian itu hanya atau terutama mencantumkan hak pihak bank saja tanpa mencantumkan kewajiban pihak bank, sebaliknya hanya atau terutama mencantumkan kewajiban pihak debitur saja tanpa menyebutkan hak debitur.³¹²

Munir Fuady mengemukakan faktor-faktor penyebab perjanjian baku menjadi tidak seimbang, yaitu :³¹³

1. Kurang adanya atau bahkan tidak adanya kesempatan bagi salah satu pihak untuk melakukan tawar-menawar, sehingga pihak yang kepadanya disodorkan perjanjian tidak banyak kesempatan untuk mengetahui isi perjanjian tersebut.
2. Karena penyusunan perjanjian yang sepihak, pihak penyedia dokumen biasanya memiliki cukup banyak waktu untuk memikirkan klausula-klausula dalam dokumen tersebut, bahkan mungkin saja sudah berkonsultasi dengan ahli, atau dokumen tersebut justru dibuat oleh ahli sedangkan debitur tidak banyak kesempatan untuk memahami dokumen tersebut dan seringkali tidak familiar dengan klausula-klausula tersebut.
3. Pihak yang kepadanya disodorkan perjanjian baku menempati kedudukan

³¹² Sutan Remy Sjahdeini, *Op.Cit.*, hlm. 79.

³¹³ Gazali, Djoni S. dan Rachmadi Usman, *Hukum Perbankan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm. 324.

yang sangat tertekan, sehingga hanya dapat bersikap *take it or leave it*.

Meskipun demikian, kehadiran bentuk perjanjian baku/standar/adhesi dalam praktik perbankan sesungguhnya ditujukan untuk memenuhi tuntutan kebutuhan masyarakat itu sendiri.³¹⁴ Digunakannya perjanjian baku/standar/adhesi dalam praktek perbankan secara khusus disebabkan oleh :

1. Makin banyak perusahaan-perusahaan yang dalam transaksi bisnisnya sehari-hari menggunakan perjanjian-perjanjian baku.
2. Makin banyaknya penduduk Indonesia yang dalam kehidupannya sehari-hari sangat membutuhkan jasa-jasa yang ditawarkan oleh perusahaan-perusahaan tersebut di atas, pada umumnya para konsumen yang kedudukannya lemah berhadapan dengan perusahaan-perusahaan yang kuat dan karena itu kedudukan konsumen yang lemah perlu dilindungi.
3. Makin banyaknya perusahaan-perusahaan asing yang bertransaksi dengan perusahaan-perusahaan Indonesia menggunakan perjanjian-perjanjian baku yang biasanya digunakan di negara asalnya.

Alasan lainnya, disatu sisi perjanjian baku menjadikan waktu dibuatnya perjanjian kredit menjadi lebih efisien dan dipandang efektif karena menghemat hal-hal yang perlu dinegosiasikan.

Perlunya campur tangan negara sesuai dengan teori : H.L.A. Hart dalam *The Minimum Content of Natural Law* (teori perlindungan minimum) : bahwa sifat manusia yang rentan (*vulnerable*) merupakan salah satu alasan perlunya ada hukum.³¹⁵ Dalam kaitan pembuatan perjanjian baku, diperlukan campur tangan Negara dalam wujud pembuatan aturan hukum maupun penyelesaian perkara-perkara yang timbul dari perjanjian baku melalui pengadilan untuk memberi

³¹⁴ Sutan Remy Sjahdeini, *Op.Cit.*, hlm. 78.

³¹⁵ H.L.A. Hart, *The Concept Of Law*, Clarendon Press, Oxford Great Britain, 1981, hlm. 189

perlindungan pada pihak yang lemah atau bargaining powernya lebih rendah akibat keterbatasan terhadap akses, informasi, pendidikan dan modal.

Pengaturan perjanjian baku dikaitkan dengan fungsi Negara sebagai *regulator* (pengatur) dan *umpire* (pengawas atau wasit). W. Friedmann membagi fungsi Negara menjadi 4³¹⁶ yaitu : fungsi Negara sebagai *provider* (penjamin) kesejahteraan rakyat, fungsi Negara sebagai *regulator* (pengatur), fungsi Negara sebagai *entrepreneur* (pengusaha) atau menjalankan sektor-sektor tertentu melalui *state owned corporations* dan fungsi Negara sebagai *umpire* (pengawas, wasit) untuk merumuskan standar-standar yang adil mengenai kinerja sektor ekonomi termasuk perusahaan Negara.

Negara memiliki kewenangan sebagai regulator dan penengah atau wasit. Negara sebagai regulator memfungsikan diri sebagai pembuat peraturan hukum ataupun pedoman pembuatan perjanjian baku untuk melindungi pihak yang lemah terhadap pihak yang memiliki modal atau nilai tawar yang lebih tinggi sehingga keseimbangan dapat tercapai. Negara sebagai pengawas berwenang merumuskan standar-standar yang adil mengenai kinerja sektor ekonomi.

C.Kerangka Berfikir

Di Indonesia Hukum Perjanjian masih berlandaskan pada Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH Perdata) yang berasal dari zaman kolonial Belanda. Berlakunya KUH Perdata di Hindia Belanda tidak lepas dari asas konkordansi yang menyelaraskan perundangan di Hindia Belanda dengan yang berlaku di Belanda, ini ditujukan untuk orang-orang golongan eropa yang tinggal di Hindia Belanda. Sedangkan bagi golongan bumi putera berlakulah hukum adat. Setelah merdeka masih berlaku KUH Perdata dengan ketentuan peralihan, namun bukan berarti Indonesia merdeka tidak menginginkan undang-undang Hukum Perdata secara Nasional yang bersumber pada landasan Filosofi Negara Indonesia

³¹⁶ Wolfgang Friedmann, *The State and The Rule Of Law in a Mixed Economy* , Stevens and Sons, London, 1971, hlm. 3

merdeka. Konsekuensi dari sistem hukum nasional yang sedianya harus diwujudkan dengan landasan Pancasila dan UUD 1945. Sistem hukum nasional tersebut seharusnya melandasi daya kekuatan mengikat dalam hukum perjanjian Indonesia, tetapi hingga saat ini peraturan perundangan tentang perjanjian belum ditetapkan secara nasional.

Seiring perkembangan masyarakat dengan berbagai ragam kebutuhan dibidang perekonomian, maka kebutuhan masyarakat yang berkaitan dengan perjanjian semakin luas dan kompleks. Perjanjian banyak dibuat masyarakat dengan berlandaskan hukum barat yang bersumber dari KUH Perdata, sebagian besar bentuk formal perjanjian masih bersumber dari KUH Perdata.

Di sisi lain perkembangan kesadaran umat Islam untuk menjalankan Syariat Islam terwujud nyata dari pesatnya perkembangan hukum perjanjian yang berlandaskan pada hukum ekonomi Islam (muamalah). Hukum perjanjian nasional harus dapat mencakup hukum barat, hukum Islam dan hukum adat serta pandangan hidup bangsa.

Asas hukum memiliki peranan penting dalam hukum, demikian pula halnya dengan hukum perjanjian. Asas-asas Perjanjian menurut Kitab Undang-undang Hukum Perdata yaitu asas kebebasan berkontrak, asas Konsensualisme, asas *Pacta Sunt Servanda*, asas itikad baik (*Goede Trouw*), asas Kepribadian (personalitas). Sedangkan asas perjanjian menurut Hukum Ekonomi Islam (Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah/KHES) asas-asas akad, yaitu: *Ikhtiyari* atau sukarela, amanah atau menepati, *ikhtiyati* atau kehati-hatian, *luzum* atau tidak berobah, saling menguntungkan, *taswiyah* atau kesetaraan, transparansi, kemampuan, *taisir* atau kemudahan, iktikad baik, sebab yang halal. Asas keseimbangan bukanlah asas pokok dalam perjanjian, akan tetapi merupakan asas tambahan yang sesuai dengan jiwa dan kepribadian orang Indonesia yang memiliki pandangan hidup Pancasila. Perjanjian merupakan perwujudan tolong menolong dalam semangat kekeluargaan dan gotong royong.

Keseimbangan adalah asas yang menempatkan keseimbangan hubungan antara kepentingan perseorangan dan kepentingan umum, keseimbangan antara kepentingan kedua-dua pihak. Asas keseimbangan dapat difahami sebagai asas yang mencerminkan asas yang layak dan asas yang adil. Untuk itu asas keseimbangan harus memiliki karakteristik tertentu, harus konsisten terarah pada kebenaran logika kongkret.

Perjanjian dibuat untuk mencapai tujuan tertentu bagi kedua-dua pihak, umumnya berupa pembagian dan pertukaran benda-benda ekonomis berupa barang dan jasa secara adil. Untuk mencapai keadilan tersebut, prestasi haruslah diimbangi dengan kontraprestasi. Keseimbangan yang dimaksudkan diantaranya adalah kesetaraan para pihak, ketidaksetaraan prestasi dalam perjanjian timbal balik mencerminkan telah terjadi ketidakseimbangan.

Ada beberapa faktor yang dapat menyebabkan ketidakseimbangan : terbentuknya perjanjian dengan para pihak yang tidak setara, ketidaksetaraan prestasi-prestasi yang diperjanjikan dan ketidaksetaraan kepentingan. Posisi tawar yang setara mendukung keadaan dimana para pihak berada dalam situasi yang seimbang, dengan asumsi bahwa seimbang berarti tidak ada yang dirugikan. Kerugian yang dimaksud adalah kerugian dalam bentuk apapun disebabkan oleh pihak lain yang mengambil kesempatan untuk meraih keuntungan, padahal bukanlah haknya.

Ketidakseimbangan terjadi bila salahsatu pihak yang lebih kuat mengambil keuntungan dari situasi yang lebih menguntungkan daripada pihak yang posisi tawarnya lebih rendah sehingga dengan keterpaksaan menerima perjanjian dengan klausula yang tidak wajar dan menguntungkan salahsatu pihak saja. Hubungan hukum para pihak dalam perjanjian harus dilindungi dari kemungkinan timbulnya ketidakseimbangan.

Aspek-aspek dalam perjanjian yang dapat dijadikan kajian untuk mengukur keseimbangan yaitu perbuatan para pihak, isi perjanjian dan pelaksanaan perjanjian. Ketiga aspek tersebut sebagai awalan untuk mengkaji

asas keseimbangan dalam perjanjian. Idealnya, peraturan perundangan setidaknya dapat menetapkan tolak ukur baku atau indikator tertentu untuk menetapkan ada tidaknya situasi ketidakseimbangan yang berdampak pada ketidakadilan.

Apabila perjanjian sudah dalam situasi dan kondisi tidak seimbang, maka diperlukan suatu tindakan para pihak yang dapat mengembalikannya sehingga pada kondisi seimbang lagi. Dapat dikatakan bahwa pemulihan ketidakseimbangan agar seimbang kembali sebagai upaya mengeliminir perselisihan, pemulihan yang dimaksud dapat berupa perundingan ulang untuk menyesuaikan kehendak para pihak. Dengan demikian asas keseimbangan dapat mewujudkan keadilan hukum.

D. Penelitian yang Relevan dan Kebaruan Penelitian

Penelitian yang relevan merupakan hasil penelitian yang terdahulu yang digunakan sebagai acuan dan pembanding penelitian yang dilakukan. Adapun hasil penelitian yang relevan dalam penelitian ini adalah :

1. Sutan Remy Sjahdeini³¹⁷ dalam disertasinya yang berjudul “Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia”, menganalisis keseimbangan berkontrak pada hubungan antara bank-nasabah, menyimpulkan bahwa keseimbangan para pihak hanya akan terwujud apabila berada pada posisi yang sama kuat. Oleh karena itu, dengan membiarkan hubungan kontraktual para pihak semata-mata pada mekanisme kebebasan berkontrak, sering kali menghasilkan ketidakadilan apabila salah satu pihak berada dalam posisi yang lemah. Dengan demikian, negara seharusnya campur tangan untuk melindungi pihak yang lemah dengan menentukan klausula tertentu yang harus dimuat atau dilarang dalam suatu kontrak. Mencermati pandangan tersebut, tampaknya Sutan Remi

³¹⁷ Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia, Disertasi*, (Jakarta : Universitas Indonesia, 1993).

- Sjahdeini memahami keseimbangan para pihak yang berkontrak (bank-nasabah) dari posisi atau kedudukan para pihak yang (seharusnya) sama.
2. Ahmadi Miru³¹⁸, dalam disertasinya yang berjudul “Prinsip-prinsip Perlindungan Hukum bagi Konsumen di Indonesia”, menyatakan bahwa keseimbangan antara konsumen-produsen dapat dicapai dengan meningkatkan perlindungan terhadap konsumen karena posisi produsen lebih kuat dibandingkan dengan konsumen. Dengan demikian, pikiran tersebut sejalan dengan sarjana lain yang menegaskan bahwa asas keseimbangan diartikan sebagai keseimbangan posisi para pihak.
 3. Herlien Budiono³¹⁹ dalam disertasinya yang berjudul “Asas Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia, Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-Asas Wigati Indonesia” yang judul aslinya adalah “*Het Evenwichtsbeginsel voor Indonesisch Contractrecht, Contractenrecht op Indonesische Beginselen Gescheid*”, dalam analisisnya menemukan dan mengetengahkan bahwa, baik pihak dalam perjanjian terdapat suatu kewajiban untuk mengadakan penyelidikan dalam batas-batas yang wajar terhadap pihak lawan sebelum menandatangani kontrak atau masing-masing pihak harus menaruh perhatian yang cukup dalam menutup kontrak yang berkaitan dengan iktikad baik.

Dari ketiga judul disertasi di atas, kebaruan dalam penelitian adalah untuk menemukan penerapan asas keseimbangan diantara para pihak ketika membentuk/membuat perjanjian, kemudian perkembangan hukum perjanjian yang menerapkan asas keseimbangan ditengah berlakunya hukum barat dan hukum Islam dan mewujudkan keadilan hukum dalam pelaksanaan perjanjian di Indonesia, sehingga dapat dijadikan suatu terobosan yang baru terkait asas

³¹⁸ Ahmadi Miru, *Prinsip-Prinsip Perlindungan Hukum Bagi Konsumen di Indonesia, Disertasi*, (Surabaya : Program Pascasarjana Universitas Airlangga, 2000).

³¹⁹ Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia, Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-Asas Wigati Indonesia, Disertasi*, (Belanda : Universitas Leiden, 2001).

keseimbangan dalam praktek hukum perjanjian hukum di Indonesia yang secara faktual masih memberlakukan hukum barat yang bersumber KUHPerdara dan Hukum Islam yang tercermin dalam KHES.

