

BAB VI

KONSEP IDEAL DARI PERJANJIAN BAKU TERKAIT ASAS KESEIMBANGAN

A. Justifikasi Asas Keseimbangan ke Dalam Norma Hukum

Keberlakuan dari perjanjian baku harus dijustifikasi oleh norma-norma hukum. Dengan menafsirkan norma-norma hukum yang mengatur ihwal kesahan perjanjian dan pembentukannya. Di dalam suatu sistem hukum, asas-asas hukum adalah (dan berfungsi sebagai) norma penilai-penguji fundamental. Bila pembuat undang-undang memutuskan untuk menambahkan norma-norma hukum baru ke dalam tata hukum arah upaya penambahan tersebut akan turut ditentukan oleh asas-asas hukum. Asas-asas hukum memuat ukuran-ukuran penilai-penguji dan memberikan arahan penting berkenaan dengan cara bagaimana norma hukum harus diimplementasikan. Namun demikian, sama seperti aturan hukum positif, asas-asas hukum pun dapat kehilangan keberlakuannya, karena juga tata nilai yang difungsikan sebagai ukuran untuk menilai menguji sebagaimana tercakup di dalam asas-asas hukum tidak kebal terhadap perubahan. Peran dan makna asas hukum dapat berubah dan mengabur, mengikuti perubahan perundang-undangan, putusan-putusan pengadilan, atau kesadaran hukum. Bahkan bersamaan dengan itu dapat ditemukan asas hukum baru.

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. Pendapat dari JM. Smits ini akan digunakan untuk mengkaji perumusan masalah pertama.

Asas-asas hukum haruslah diperjuangkan bukanlah pada tataran penilaian rasio manusia, melainkan pada tataran kesusilaan. Asas-asas hukum tidak sekedar bersifat umum, melainkan bersifat terberi dan niscaya. Bila tidak demikian maka hilanglah karakternya sebagai asas, demikian dikatakan J.C.M. Leijtjen yang dikutip oleh Herlien Budiono.

Sistem hukum perjanjian memiliki sejumlah asas umum³⁵¹ sebagai berikut :

- 1) Asas kebebasan berkontrak, bebas menentukan isi perjanjian dan dengan siapa melakukan perjanjian
- 2) Asas Konsensualisme, persesuaian kehendak
- 3) Asas Kepercayaan, dengan kepercayaan ini para pihak mengikatkan diri
- 4) Asas kekuatan mengikat, pacta sunt servanda
- 5) Asas persamaan hukum, persamaan derajat para pihak
- 6) Asas keseimbangan, merupakan kelanjutan dari asas persamaan
- 7) Asas kepastian hukum, sebagai undang-undang bagi para pihak
- 8) Asas moral, berdasarkan kesusilaan bagi perikatan wajar
- 9) Asas kepatutan, hubungan perjanjian ditentukan juga oleh rasa keadilan masyarakat
- 10) Asas kebiasaan, perjanjian tidak hanya mengikat untuk apa yang secara tegas dinyatakan tetapi juga kebiasaan

Secara khusus penjelasan tentang asas keseimbangan dalam perjanjian menghendaki kedua pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian. Asas keseimbangan ini merupakan kelanjutan dari asas persamaan. Kreditur mempunyai kekuatan untuk menuntut prestasi dan jika diperlukan dapat menuntut pelunasan prestasi melalui kekayaan debitur. Namun demikian, kreditur memikul pula beban untuk melaksanakan perjanjian itu dengan itikad baik. Dapat dilihat disini bahwa kedudukan kreditur yang kuat diimbangi

³⁵¹ Mariam Darus Badruzaman, Hukum Perikatan dalam KUHPerdara Buku Ketiga, Penerbit Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2015, hlm. 84.

dengan kewajibannya untuk memperhatikan itikad baik sehingga kedudukan kreditur dan debitur seimbang.

Asas keseimbangan mengupayakan pencapaian suatu keadaan seimbang sehingga arus pengalihan kekayaan berlangsung secara absah bukan hanya karena fakta dan keadaan, tetapi juga berpengaruh terhadap kekuatan mengikat secara yuridis. Ketidakseimbangan itu sendiri, dapat terjadi karena perilaku para pihak, pelaksanaan perjanjian dan atau sebagai akibat dari substansi perjanjian baku.

Asas keseimbangan penting untuk di normatiskan dalam bentuk perundang-undangan nasional agar mengikat semua masyarakat dalam setiap transaksinya. Daya ikat undang-undang dapat menjadi pemaksa para pihak untuk mematuhi perundangan bermateri perjanjian.

B. Menyeimbangkan Para Pihak dalam Perjanjian Baku

Kedudukan para pihak yang tidak setara dapat dikurangi dengan melibatkan pihak-pihak ketika pembentukan perjanjian atau setidaknya ada negosiasi yang memungkinkan perubahan atas saran salahsatu pihak. Pembentukan perjanjian yang diawali dengan tatacara yang tidak mencerminkan kesetaraan ataupun keseimbangan, dapat menjadi penyebab ketidakseimbangan.

Kebebasan individu untuk mengikatkan dirinya (ke dalam suatu kontrak) didayagunakan untuk mewujudkan pertukaran barang dan jasa. Manusia memiliki kebebasan mengikatkan diri untuk memberi, melakukan atau tidak melakukan sesuatu, bahkan tanpa perlu menenima kembali sesuatu imbalan, baik dalam artian materiil maupun yuridis. Asas bahwa kita terikat pada janji yang telah dibuat mengandalkan adanya kebebasan individu di dalam masyarakat untuk turut serta dalam lalu lintas hukum. Di samping itu, asas ini mengimplikasikan pula eksistensi asas lainnya, yakni kebebasan berkontrak. Hak untuk turut serta dalam suatu perjanjian dan terbebas dari campur tangan pihak lain merupakan hak asasi yang diakui dalam setiap masyarakat

demokratis. Rakyat adalah subjek dari pemegang kedaulatan dan warga memiliki sejumlah hak yang tidak dapat diasingkan darinya yang dinamakan hak-hak dasar atau hak asasi. Ini adalah hak-hak yang secara objektif dan alamiah melekat pada setiap manusia dan harus diakui dan dihormati penguasa.

Setiap orang bebas untuk memilih dan memasuki hubungan-hubungan hukum. Sekalipun asas ini tidak secara eksplisit dimaktubkan ke dalam perundang-undangan, kebebasan berkontrak ini muncul dalam pengakuan umum serta pengaturan kontrak. Kebebasan berkontrak karenanya bersifat mendasar dikaitkan pada kehendak individu, yang telah diejawantahkan atau diungkap, dengan akibat-akibat hukum tertentu. Para pembela asas kebebasan berkontrak berkenaan dengan hal di atas mencukupkan diri dengan mengajukan argumen bahwa hukum keperdataan bahkan juga seluruh masyarakat barat menerima dan mengakui asas tersebut.

Kebebasan berkontrak dibatasi dalam hal pelaksanaannya, dalam situasi konkret bertabrakan dengan kepentingan dan tingkatan yang lebih tinggi. Kebebasan individu sangat bergantung pada relasi timbal balik individu-masyarakat dan harus dilindungi serta dijamin oleh hukum objektif. Hukum objektiflah yang menetapkan lebih, kadang-kadang kurang, apa yang seharusnya menjadi hukum, bila seseorang mengikatkan diri ke dalam kontrak dan dalam kondisi dari situasi seperti apa keterikatan tersebut muncul. Tujuan hukum objektif tersebut adalah untuk menjaga keseimbangan hubungan timbal balik, baik individu satu sama lain maupun antara individu dan masyarakat. Selama seseorang tidak melanggar undang-undang, kesusilaan, atau ketertiban umum, maka ia bebas melakukan perjanjian apa pun. Asas kebebasan berkontrak berarti bahwa aturan perundang-undangan berkenaan dengan hukum perjanjian dan hukum perikatan pada prinsipnya harus dipandang sebagai hukum yang bersifat mengatur (*regelend recht*). Hukum yang memaksa baru akan tampil bila pembuat undang-undang berkehendak memberikan perlindungan khusus pada salah satu pihak. Hukum memaksa demikian juga

akan muncul bila terkait tidak saja pada kepentingan para pihak, tetapi atau justru pada kepentingan-kepentingan pihak ketiga.

Istilah-istilah, seperti “konsensualisme, kekuatan mengikat, dan kebebasan berkontrak”, sebagaimana dapat ditangkap oleh pancaindra dalam bentuk tanda-tanda hitam di atas kertas putih dan muncul dalam kalimat-kalimat penuh tidak akan memberikan pemahaman apa pun terhadap arti kata-kata tersebut. Asas kesederajatan manusia (*geliftheidsbeginsel*) yang dipositifkan di dalam undang-undang dasar Belanda dan juga istilah-istilah, seperti “konsensualisme, kekuatan mengikat, dan kebebasan berkontrak” baru akan bermakna jika tanda-tanda (symbol) tersebut ditafsirkan sebagai aksara sebagaimana dipergunakan dalam bahasa Belanda atau bahasa Indonesia, yang bersama-sama membentuk kata dan kalimat, dan pada gilirannya merujuk pada makna. Pengertian yang dirujuk acap kali bermakna ganda dan baru memperoleh makna yang lebih spesifik jika ditempatkan dalam konteks keseluruhan teks dan tata nilai atau budaya yang melingkupinya. Suatu pengamatan hanya dapat ditafsir berangkat dari prapemahaman tertentu dalam kerangka bahasa dan budaya tertentu. Lebih dari yang disadari, manusia sangat terkait pada budaya dan tradisi pikir dari bahasa tempat ia bertumbuh kembang. Orang bahkan bertindak beranjak dari realitassebagaimana Ia memaknakannya. Orang dalam pergaulan satu dengan lainnya merujuk pada realitas sosial yang dilandasi dan dimaknai berdasarkan konsep-konsep normatif yang bersifat komunal. Untuk mengamati perilaku manusia, ilmu-ilmu sosial membutuhkan metode tersendiri, yakni hermeneutik. Kegiatan orang dari sudut pandang hermeneutika selalu terkait dengan tujuan-tujuan normatif. Hermeneutika telah berkembang menjadi suatu metode untuk menafsirkan perilaku manusia pada umumnya. Tujuan dari hermeneutika sesungguhnya sangat praktis: meningkatkan pemahaman kita atas situasi sendiri dengan cara melakukan perbandingan dengan model-model kehidupan dari sumber berbeda. Asas-asas, seperti konsensualisme, kekuatan mengikat, dan kebebasan berkontrak dengan

demikian juga harus ditafsirkan dengan mendayagunakan metode ini, dalam arti kita sendirah yang memaknai perilaku konkret manusia. Hal ini tidak dapat dungkap melalui pengamatan eksternal, tetapi sebaliknya harus dipahami dan dalam :“Berpikir tentang hukum merujuk pada suatu kegiatan intelektual, yakni mencari hukum sebagaimana muncul dalam kenyataan social”.

Setiap masyarakat memiliki cara bernalar khas berkenaan dengan pertimbangan-pertimbangan moral, yang dapat kita kembalikan pada putusan-putusan mengenai fakta hukum, yang dapat dikembangkan lebih lanjut. Fakta hukum tersebut kemudian harus ditafsirkan dengan beranjak pada norma-norma. Norma-norma tersebutlah yang (di dalam hukum) memberikan makna kepada fakta tersebut. Sebaliknya, norma-norma yuridis baru akan terwujud dan bermakna dalam kaitan dengan fakta konkret. Dengan kata lain, proses di atas bersifat dialektikal.

Tinjauan terhadap perjanjian baku yang biasa digunakan di Indonesia, baik berdasarkan KUHPerdara maupun Muamalah, diperlukan agar dapat mendapatkan kerangka konsep untuk menerapkan asas keseimbangan dalam perjanjian yang mampu mencerminkan keseimbangan dan keadilan.

Penulis sependapat dengan hasil analisis Herlien Budiono, bahwa asas keseimbangan itu menyemangati dan sekaligus juga menjadi operasionalisasi dari asas-asas hukum perjanjian baik dari hukum perjanjian Indonesia maupun hukum perjanjian Belanda. Dalam hukum perjanjian Belanda penerapan asas keseimbangan itu terwujud dari keharusan untuk mengacu pada susila, itikad baik, kepatutan, dan kepantasan dalam melaksanakan hak dan kewajiban yang timbul oleh suatu perjanjian, dan juga dalam konstruksi penyalahgunaan keadaan. Asas keseimbangan dapat dipandang dan dioperasikan sebagai titik harmonisasi upaya pembangunan hukum perjanjian Indonesia pada tuntutan modern, selain itu menjadi saringan untuk menerima pranata hukum perjanjian baik yang berasal dari lingkungan hukum civil law, common law maupun

hukum Islam (muamalah) dan mengolahnya menjadi bagian dari sistem hukum nasional Indonesia.

Asas-asas hukum perjanjian terbentuk bersamaan dengan norma (yang termuat dalamnya). Asas-asas tersebut baru dikatakan bermakna bila diamali atau ditemukan. Dengan kata lain, asas-asas hukum “pada dasarnya tersembunyi” dibalik norma-norma (masyarakat) Indonesia dan baru terwujud bila ditemukan dan dirumuskan.

Dalam konsep-konsep, seperti konsensualisme, kekuatan mengikat, kebebasan berkontrak, dan keseimbangan sarat dengan pengharapan normatif perihal pengembangan ideal dari suatu peran sosial, selaras dengan aturan-aturan sosial yang ditetapkan oleh tradisi, norma-norma, masyarakat yang bersangkutan. Apa makna sesungguhnya dari asas tersebut dalam suatu masyarakat tidaklah dapat ditetapkan sekadar melalui atau dari pengamatan perilaku eksternal. Seseorang yang tanpa suatu prapengetahuan mengamati perilaku eksternal orang Indonesia misalnya turut serta dalam musyawarah desa yang membahas persoalan tuntutan dikembalikannya satu bidang tanah yang ditelantarkan pada kepemilikan bersama masyarakat desa, tidak akan dapat memahami apa yang sesungguhnya terjadi terkecuali ia mengetahui fungsi dan peranan hak ulayat. Seseorang harus terlebih dahulu mampu menguasai cara interpretasi normatif terhadap kenyataan sebagaimana dipergunakan anggota masyarakat yang bersangkutan bila ia hendak memahami realitas sosial. Seorang pengamat lagipula hanya dapat melihat dan mencatat perilaku-perilaku eksternal, tetapi tidak pernah dapat mengungkap alasan-alasan mengapa perilaku tersebut dilakukan.

Sebagaimana ia memaknainya. Orang dalam pergaulan satu dengan lainnya merujuk pada realitas sosial yang dilandasi dan dimaknai berdasarkan konsep-konsep normatif yang bersifat komunal. Untuk mengamati perilaku manusia, ilmu-ilmu sosial membutuhkan metode tersendiri yakni hermeneutik. Kegiatan orang dari sudut pandang hermeneutika selalu terkait dengan tujuan-

tujuan normatif. Hermeneutika telah berkembang menjadi suatu metode untuk menafsirkan perilaku pada umumnya. Tujuan dari hermeneutika sesungguhnya sangat praktis: meningkatkan pemahaman kita atas situasi sendiri dengan cara melakukan perbandingan dengan model-model kehidupan dari sumber berbeda. Asas-asas, seperti konsensualisme, kekuatan mengikat, dan kebebasan berkontrak dengan demikian juga harus ditafsirkan dengan mendayagunakan metode ini, dalam arti kita sendirilah yang memaknai perilaku konkret manusia. Hal ini tidak dapat diungkap melalui pengamatan eksternal, tetapi sebaliknya harus dipahami dari dalam.

Berpikir tentang hukum merujuk pada suatu kegiatan intelektual, yakni mencari hukum “sebagaimana muncul dalam kenyataan sosial”. Setiap masyarakat memiliki cara bernalar khas berkenaan dengan pertimbangan-perimbangan moral, yang dapat kita kembalikan pada putusan-putusan mengenai fakta hukum, yang dapat dikembangkan lebih lanjut. Fakta hukum tersebut kemudian harus ditafsirkan dengan beranjak pada norma-norma. Norma-norma tersebutlah yang (di dalam hukum) memberikan makna kepada fakta tersebut. Sebaliknya, norma-norma yuridis baru akan terwujud dan bermakna dalam kaitan dengan fakta konkret. Dengan kata lain, proses di atas bersifat dialektikal.

Asas-asas hukum terbentuk bersamaan dengan norma (yang termuat dalamnya). Asas-asas tersebut baru dikatakan bermakna bila diamati atau ditemukan. Dengan kata lain, asas-asas hukum “pada dasarnya tersembunyi” dibalik norma-norma (masyarakat) Indonesia dan baru terwujud bila ditemukan dan dirumuskan.

Kita hidup dalam dunia yang mengenal dan mengakui ragam ideal dan nilai-nilai yang satu sama lain bertentangan dan tidak sepadan. Istilah-istilah, seperti hak asasi, kebebasan, kesederajatan, ataupun persaudaraan galibnya diterima sebagai konsep-konsep universal, tetapi karena dunia begitu terfragmentasi, maka yang kerap muncul adalah pemaknaan yang bersifat

relatif, terikat waktu-tempat dan budaya setempat. Asas-asas hukum memiliki maknanya sendiri, tetapi cara bagaimana pemaknam tersebut dilakukan dapat beragam sesuai tempat dan budaya masyarakat yang bersangkutan serta berubah mengikuti perubahan pandangan dan perkembangan masyarakat. Beranjak dari hermeneutika, kita dapat menafsirkan dan menguraikan konsep atau pengertian, seperti konsensualisme, kekuatan mengikat, dan kebebasan berkontrak dengan perkembangan kehidupan hukum (masyarakat) Indonesia.

Landasan pemikiran dari asas-asas konsensualisme, kekuatan mengikat, dan kebebasan berkontrak adalah berbeda dengan asas keseimbangan, perbedaan dari mulai dari titik tolak landasan pemikiran (Indonesia) asas keseimbangan. Penekanan ekstrem pada asas kebebasan berkontrak yang tumbuh kembang dalam paham liberalisme abad ke-19 dibatasi oleh campur tangan penguasa hukum semakin lama bergeser dari semata urusan privat menjadi urusan masyarakat (publik), apa yang terjadi ialah kecenderungan semakin mundurnya unsur-unsur hukum privat yang digantikan oleh elemen hukum publik. Hukum-hukum dasar Indonesia dilandaskan pada mikiran gotong royong dan kekeluargaan yang termaktub dalam Pancasila, kehendak bebas individu dalam semangat komunal. Hal ini sekaligus merupakan pengakuan akan kehendak bebas dari individu, tetapi kebebasan individu yang mengenal batas-batas. Sebagai akibat lalu lintas ekonomi dan yuridis modern, maka masyarakat Indonesia dipengaruhi oleh (paham) individualisme dan muncul pula kecenderungan semakin luntarnya semangat komunal, sampai tingkat tertentu, di kota-kota besar

Dalam perspektif Hukum Ekonomi Islam landasan yang digunakan sebagai pedoman pada perjanjian baku yang ideal adalah Al Quran, Surah 2, Al-Baqoroh ayat 282 dan ayat 283 :

“Wahai orang yang beriman apabila kamu membuat perjanjian utang piutang untuk jangka tertentu, maka tulislah itu. Dan hendaklah seorang penulis menulis (perjanjian) di antara kamu dengan jujur, dan janganlah seorang penulis menolak untuk menulis sebagaimana Allah telah

mengajarkan kepadanya, maka hendaklah ia menulis. Dan hendaklah orang yang berutang mengimla'kan dan memenuhi kewajibannya kepada Allah, Tuhannya, dan tak mengurangi utangnya sedikitpun. Tetapi jika orang yang berutang tak sehat ingatannya, atau lemah (keadaannya), atau tak mampu mengimla'kan sendiri, hendaknya walinya mengimla'kan itu dengan jujur. Dan panggillah kesaksian dua orang saksi dari orang laki-laki kamu, tetapi jika tak ada dua orang laki-laki, maka (panggillah) seorang laki-laki dan orang perempuan sebagai saksi diantara orang yang kamu pilih, sehingga jika salah seorang diantara mereka berbuat salah, maka yang satu dapat mengingatkan yang lain. Dan para saksi tak boleh menolak apabila mereka dipanggil. Dan janganlah enggan menulis itu, baik yang kecil maupun yang besar, sesuai dengan waktu yang ditentukan. Ini adalah yang paling adil menurut Allah, dan paling benar dalam persaksian, dan cara yang paling baik untuk menghilangkan keraguan. Tetapi jika barang itu barang dagangan yang kamu jual belikan diantara kamu dari tangan ke tangan, maka tak ada cacat bagi kamu jika kamu tak menuliskan itu. Dan ambillah saksi jika kamu melaksanakan jual beli. Dan janganlah berbuat yang merugikan penulis atau saksi. Dan apabila kamu berbuat (demikian), maka ini adalah pendurhakaan dipihak kamu. Dan bertakwalah kepada Allah, dan Allah mengajar kamu. Dan Allah Yang Mahatahu akan segala sesuatu.” (ayat : 282)

“Dan apabila kamu sedang bepergian dan tak menemukan seorang penulis, maka barang jaminan dapat diambil. Tetapi jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, hendaklah orang yang diberi kepercayaan, menyerahkan barang yang dipercayakan kepadanya, dan hendaklah ia bertaqwa kepada Allah, Tuhannya. Dan janganlah kamu menyembunyikan kesaksian. Dan barang siapa menyembunyikan itu, maka sesungguhnya hatinya berdosa. Dan Allah itu Yang Maha Tahu akan apa yang kamu kerjakan.”(ayat : 283).

Anjuran untuk menuliskan hutang piutang, dengan penulis yang jujur untuk melindungi kedua belah pihak, Juru tulis harus mengetahui keadilan dan terkenal dengan keadilannya pandai membuat kalimat yang memenuhi dan sesuai dengan jenis perjanjiannya. “Dan hendaklah orang yang berutang mengimla'kan dan memenuhi kewajibannya kepada Allah, Tuhannya, dan tak mengurangi utangnya sedikitpun” : yang berhutang yang mengimla'kan perjanjian tertulis itu karena dia dalam posisi lemah dengan demikian dia faham dengan apa yang ditulis. Kemudian, larangan mengambil keuntungan

melalui riba merupakan pengajawantahan kekejaman dan kekerasan hati diimbangi dengan anjuran sedekah dan infaq yang mencerminkan rasa kasih sayang.

Faktanya aqad berbasis muamalah juga dibuat dalam bentuk standard kontrak yang cenderung menghilangkan makna kesamaan (*Al-Musawah*), keseimbangan dan keadilan (*Al-Adalah*). Beberapa klausul memberatkan debitur dan klausul yang membatasi tanggungjawab kreditur, misalnya dalam aqad ijarah *muntahiya bittamlik* (sewa-beli) terdapat klausul yang mewajibkan pembayaran seluruhnya apabila pembeli sewa menunggak dua kali berturut-turut. Dalam aqad jual beli tercantum klausul barang yang sudah dibeli tidak bisa dikembalikan atau ditukar. Diperlukan konsep baru yang dapat memenuhi keadilan yang sesuai dengan tujuan disyariatkannya muamalah.

Perjanjian baku yang kurang mencerminkan keseimbangan dan keadilan faktanya tetap diterima oleh pihak debitur karena beberapa alasan yang berkaitan dengan kebutuhan akan modal dan jasa. Asas-asas pokok serta asas keseimbangan secara bersama-sama merupakan jawaban atas pertanyaan mengapa suatu perjanjian yang terbentuk secara absah karena munculnya situasi yang tidak seimbang terdapat dipertanyakan kekuatan mengikatnya. Sebagai ilustrasi disajikan contoh berikut. A telah membeli dan B satu bangunan dan telah memberitahu B bahwa bangunan tersebut akan Ia pergunakan sebagai restoran. B kemudian mengatakan bahwa izin usaha restoran dijamin akan diberikan bagi bangunan tersebut. Setelah menutup perjanjian jual beli, ternyata A tidak berhasil memperoleh izin usaha bagi bangunan dimaksud. A menuntut pembatalan dan kontrak jual beli karena adanya kekeliruan-kesesatan (*dwaling*). Bagaimana menjelaskan fakta bahwa adalah rasion jika terjadi situasi yang muncul akibat perjanjian yang ditutup karena kekeliruan, untuk menyatakan dapat dibatalkannya perjanjian tersebut?

Keterikatan (kekuatan mengikat), pada perkataan dan perbuatan (konsensualisme) dan kebebasan berkontrak adalah asas-asas yang menjamin

dan melingkupi hak fundamental individu. Berdasarkan kekuatan asas-asas inilah, maka dalam hukum perdata, pihak-pihak diberi kebebasan untuk mengadakan perjanjian atau tidak, satu sama lainnya. Kontrak yang dibuat secara absah oleh para pihak (A dan B) akan memunculkan akibat hukum bagi keduanya. Namun demikian, asas-asas pokok tersebut tidak berlaku secara mutlak karena ihwal dapat dibatalkan mengalir atau bersumber dan asas keseimbangan.

Pengakuan akan eksistensi asas keseimbangan mengimplikasikan harus turut diperhitungkannya kemungkinan munculnya situasi tidak seimbang di antara para pihak. Situasi atau keadaan yang merupakan alasan utama bagi pembatalan perjanjian—*in casu* (perjanjian jual beli antara A dan B)—di sini sejalan dengan ajaran tentang kesesatan; pembenaran untuk menuntut pembatalan perjanjian karena adanya kesesatan atau kekeliruan. Asas keseimbangan memenuhi—dalam hukum kontrak Indonesia—tugas atau fungsi memberikan landasan pembenaran bagi kekuatan mengikatnya perjanjian.

Terkait dengan penelitian yang Penulis teliti, asas keseimbangan dilihat dari kesimbangan antara hak dan kewajiban dari suatu perjanjian. Hak dan kewajiban adalah konsep kunci dalam yurisprudensi dan etika yang sama dimana hak berisi tuntutan pada kondisi baik dan kewajiban diharapkan untuk menyumbang menjadi baik. Adanya hak pada seseorang berarti bahwa ia mempunyai suatu keistimewaan tersebut; adanya suatu kewajiban pada seseorang berarti bahwa diminta daripadanya suatu sikap atau tindakan yang sesuai dengan keistimewaan yang ada pada orang lain.

Asas-asas pokok serta asas keseimbangan secara bersama-sama merupakan jawaban atas pertanyaan mengapa suatu perjanjian yang terbentuk secara absah karena munculnya situasi yang tidak seimbang tetap dapat dipertanyakan kekuatan mengikatnya. Sebagai ilustrasi diajukan contoh berikut. A telah membeli dari B satu bangunan dan telah memberitahu B bahwa

bangunan tersebut akan a pergunakan sebagai restoratif kemudian mengatakan bahwa izin usaha restoran dijamin akan diberikan bagi bangunan tersebut. Setelah menutup perjanjian jual beli, ternyata A tidak berhasil memperoleh izin usaha bagi bangunan dimaksud. A menuntut pembatalan dan kontrak jual beli karena adanya kekeliruan kesesatan (*dwaling*). Bagaimana menjelaskan fakta bahwa adalah rasional jika terjadi situasi yang muncul akibat perjanjian yang ditutup karena kekeliruan, untuk menyatakan dapat dibatalkannya perjanjian tersebut?

Keterikatan (kekuatan mengikat), pada perkataan dan perbuatan (konsensualisme) dan kebebasan berkontrak adalah asas-asas yang menjamin dan melingkupi hak fundamental individu. Berdasarkan kekuatan asas-asas inilah, maka dalam hukum perdata, pihak-pihak diberi kebebasan untuk mengadakan perjanjian atau tidak, satu sama lainnya. Kontrak yang dibuat secara absah oleh para pihak (A dan B) akan memunculkan akibat hukum bagi keduanya. Namun demikian, asas-asas pokok tersebut tidak berlaku secara mutlak karena ihwal dapat dibatalkan mengalir atau sumber dari asas keseimbangan. Maksud dan tujuan perjanjian adalah untuk menggunakan bangunan tersebut sebagai restoran. Tujuan ini tidak tercapai oleh perjanjian yang telah dibuat. Maka dari itu, keabsahan dan kekuatan mengikat perjanjian dapat dipertanyakan. Pengakuan akan eksistensi asas keseimbangan mengimplikasikan harus turut diperhitungkannya kemungkinan munculnya situasi tidak seimbang di antara para pihak. Situasi atau keadaan yang merupakan alasan utama bagi pembatalan perjanjian in casu (perjanjian jual beli antara A dan B)—di sini sejalan dengan ajaran tentang kesesatan; membenaran untuk menuntut pembatalan perjanjian karena adanya kesesatan atau kekeliruan. Asas keseimbangan memenuhi dalam hukum kontrak Indonesia tugas atau fungsi memberikan landasan membenaran bagi kekuatan mengikatnya perjanjian.

Berdasarkan ciri-ciri yang memperlihatkan ketidakseimbangan pada perjanjian baku, maka penting dilakukan beberapa langkah yaitu :

1. Menetapkan perundangan nasional tentang perjanjian

Oleh karena itu harus ada persyaratan perundangan yang menetapkan bahwa suatu keadaan atau kondisi yang tidak seimbang, kemudian ditetapkan akibat-akibat hukum yang ditimbulkan dari ketidakseimbangan itu. Seharusnya dari titik tolak ketidakseimbangan dapat dihubungkan dengan aturan baku. Berkaitan dengan penelitian ini maka penting untuk penetapan perundangan tentang perjanjian nasional.

Pengaturan tentang perjanjian merupakan salah satu wujud perlindungan hukum yang bersifat preventif. Didalamnya diatur tentang penggunaan klausula baku terutama hak dan kewajiban yang tertuang dalam bentuk undang-undang. Adanya addendum atau perubahan perjanjian memungkinkan debitur memberikan usul dalam perspektif kepentingannya. Perubahan itu dapat meliputi : perubahan sebelum pelaksanaan perjanjian maupun saat pelaksanaan perjanjian dan kemungkinan penjadualan kembali pembayaran.

Perlindungan hukum preventif dapat berupa penerbitan dan penetapan peraturan perundangan yang bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa akibat dari pelanggaran hukum. Upaya ini diwujudkan dengan membentuk aturan-aturan hukum yang bersifat normatif.

2. Menetapkan kriteria keseimbangan dan ketidakseimbangan

Kriteria keseimbangan tidak dicari pada saat situasi faktual tertentu, tetapi sebaiknya lebih terfokus pada kondisi saat terbentuknya perjanjian, substansi perjanjian dan pelaksanaan perjanjiannya. Dengan demikian akan mengarah pada penilaian kerugian pihak yang dirugikan karena kondisi tidak seimbang tersebut.

Dalam perjanjian timbal balik, kualitas dari prestasi yang diperjanjikan akan dijustifikasi oleh tertib hukum. pada konteks penilaian subjektif perjanjian harus ditolak apabila terlihat atau ada indikasi bahwa kedudukan salah satu pihak lebih kuat terhadap pihak lainnya dan kedudukan tidak seimbang ini sangat dapat mempengaruhi cakupan, muatan, isi, maksud, pelaksanaan dan tujuan perjanjian. Akibat yang timbul dari ketidaksetaraan prestasi maka akan timbullah ketidakseimbangan. Apabila kedudukan yang demikian berpengaruh terhadap hubungan pemenuhan prestasi timbal balik, hal ini sudah dapat dikatakan mengacaukan keseimbangan dalam perjanjian. Pihak yang dirugikan dapat menjadi dasar untuk mengajukan ketidakabsahan perjanjian. Bila terjadinya ketidakseimbangan, fokus perhatian akan tertuju pada kesetaraan yang terkait dengan cara bagaimana perjanjian terbentuk dan tidak pada hasil akhir dari prestasi yang ditawarkan secara bertimbal balik.

Ada faktor-faktor yang dapat mempengaruhi keseimbangan perjanjian yaitu; cara terbentuknya perjanjian yang melibatkan pihak-pihak dengan kedudukan yang tidak setara dan/atau ketidaksetaraan prestasi-prestasi yang dijanjikan. Prinsip yang mendasar yaitu melandaskan pada asas-asas hukum perjanjian dan asas keseimbangan. Faktor yang menentukan keseimbangan bukan kesetaraan prestasi yang diperjanjikan semata, tetapi kesetaraan para pihak, yaitu keadilan pada perjanjian yang ingin dijunjung tinggi.

Konsep baru tentang asas keterikatan kontraktual dikembangkan oleh Herlien Budiono yang di ekstraksi dari cara berfikir khas Indonesia yang dilandaskan atau bersumber pada cara pandang kekeluargaan, tolong menolong dan gotong royong yang mengimplikasikan titik tolak upaya mencari keseimbangan. Dalam suatu perjanjian, kehendak para pihak diungkapkan dalam bentuk janji-janji. Secara faktual orang melakukan perjanjian didorong dan didasari oleh suatu tujuan tertentu. Adanya keterikatan dalam wujud perjanjian yang dibuat para pihak menimbulkan

kekuatan mengikat untuk di penuhi atau dilaksanakannya janji. Dengan demikian tujuan para pihak dapat tercapai.

Perjanjian dibuat sebagai upaya agar terjadi perubahan yang berkaitan dengan pertukaran benda-benda ekonomis maupun jasa sebagai suatu pergeseran “sukarela”. Pelaksanaan perjanjian selalu diiringi dengan penyerahan benda, jasa ataupun hak tertentu, seperti pada perjanjian jual-beli penjual menyerahkan barang yang diinginkan pembeli setelah menyerahkan sejumlah uang sesuai harga barang. Tercapainya tujuan dari perjanjian dilandasi oleh kehendak yang telah diungkapkan dalam wujud janji-janji para pihak.

Kedudukan para pihak saat bernegosiasi sangat dipengaruhi *bargaining power* para pihak. Jika *bargaining power* tidak seimbang maka suatu perjanjian dapat menjurus atau menjadi *unconscionable* dalam konsep *common law*.³⁵² Karena itu, hak dan kewajiban masing-masing pihak haruslah disusun secara seimbang dalam kedudukan masing-masing pihak yang seimbang.³⁵³ Perbedaan posisi para pihak ketika perjanjian kredit diadakan yaitu tidak memberikan kesempatan kepada debitur untuk melakukan *real bargaining* dengan kreditur memberikan ketidakseimbangan para pihak.³⁵⁴

3. Pendayagunaan asas keseimbangan sebagai asas pokok dalam hukum perjanjian di Indonesia

Mendayagunakan asas keseimbangan sebagai pelengkap, memberikannya peran subsider untuk mengisi kekosongan-kekosongan yang tidak tercakup oleh aturan ataupun asas-asas hukum lainnya, atau memfungsikan asas keseimbangan sebagai asas pokok keempat yang mandiri

³⁵² Sutan Remy Sjahdeini, *Op.Cit*, hlm. 204.

³⁵³ Pengertian keseimbangan-seimbang atau *evenwichtig-evenwichting* (Belanda) atau *equality-equal-equilibrium* (Inggris) bermakna leksikal sama, sebanding menunjuk pada suatu keadaan, posisi, derajat, berat dan lain-lain. Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit*, hlm. 26.

³⁵⁴ Mariam Darus Badruzaman, *Op.Cit*, hlm. 52.

dari hukum kontrak Indonesia.

Mengenai alternatif pertama, apabila asas keseimbangan hanyalah sebagai pelengkap maka asas keseimbangan bukanlah asas pokok dalam suatu perjanjian. Asas keseimbangan dengan sendirinya tercapai apabila ketiga asas lainnya dalam hukum kontrak yaitu konsensualisme, kekuatan mengikat dan kebebasan berkontrak telah difungsikan dengan baik dalam suatu perjanjian. Dalam keadaan demikian, maka asas keseimbangan hanyalah menjadi pelengkap sebab dengan berfungsi secara baik asas konsensualisme, kekuatan mengikat dan kebebasan berkontrak maka dengan sendirinya telah terjadi keseimbangan dalam suatu perjanjian.

Hal berbeda terjadi dengan alternatif kedua dimana asas keseimbangan ditempatkan sederajat dengan asas konsensualisme, kekuatan mengikat dan kebebasan berkontrak yang berdiri secara mandiri dan merupakan asas pokok dalam suatu perjanjian. Artinya, meskipun asas konsensualisme, kekuatan mengikat dan kebebasan berkontrak telah difungsikan dengan baik namun belum tentu suatu perjanjian telah menjadi seimbang. Suatu perjanjian akan seimbang apabila memenuhi syarat asas konsensualime, kekuatan mengikat, kebebasan berkontrak dan asas keseimbangan.

Tentang peranan asas keseimbangan tersebut, Herlien Budiono berpendapat bahwa konsep-konsep konsensualisme, kekuatan mengikat, kebebasan berkontrak dan keseimbangan sarat dengan pengharapan normatif perihal pengembanan ideal dari suatu peran sosial, selaras dengan aturan-aturan sosial yang diterapkan oleh tradisi, norma-norma serta sejarah masyarakat yang bersangkutan.³⁵⁵ Dengan demikian untuk menilai apakah suatu perjanjian telah seimbang tidak saja dinilai dari hukum positif tetapi harus pula dilihat apakah perjanjian tersebut telah

³⁵⁵ *Ibid.* hlm. 377.

adil bagi masyarakat atautkah tidak.

Berkaitan dengan daya kerja asas keseimbangan, Agus Yudha Hernoko berpendapat bahwa asas keseimbangan mempunyai daya kerja baik pada proses pembentukan maupun pelaksanaan kontrak.³⁵⁶ Dalam keadaan terjadinya ketidakseimbangan baik pada saat pembentukan/penyusunan perjanjian, isi perjanjian maupun pelaksanaan perjanjian, asas keseimbangan hadir dengan menawarkan suatu pertanggungjawaban umum pemberlakuan keragaman norma serta juga untuk menilai dan menetapkan apakah terjadi keterikatan perjanjian yang adil.³⁵⁷

Ketidakseimbangan kedudukan para pihak dalam membuat kesepakatan maupun menyusun klausula perjanjian kredit bank, menjadikan kesepakatan senyatanya tidak terwujud dan jika lahir kesepakatan maka kesepakatan tersebut lahir atas dasar keterpaksaan. Lahirnya kesepakatan atas dasar keterpaksaan menjadikan perjanjian kredit bank menjadi tidak seimbang oleh karena kesepakatan yang dibuat tidak berdasarkan kebebasan membuat kesepakatan atau merupakan kesepakatan terpaksa atau kesepakatan sepihak. Keadaan tidak bebas membuat kesepakatan atau kesepakatan yang dibuat dalam keadaan terpaksa atau kesepakatan atas dasar kemauan sepihak bukanlah kesepakatan yang dimaksudkan dalam Pasal 1338 KUH Perdata, sebab hakekatnya kesepakatan adalah perjumpaan kehendak kedua belah pihak secara bebas dan leluasa.

Kesepakatan dalam perjanjian kredit bank akan terwujud apabila terdapat kepercayaan diantara para pihak mengenai kesungguhan pihak lainnya mengikatkan diri dalam perjanjian, kejujuran, keterusterangan dan itikad baik. Kepercayaan tersebut lebih ditujukan pada keyakinan bahwa

³⁵⁶ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit*, hlm. 82.

³⁵⁷ Herlien Budiono, *Op.Cit*, hlm. 358.

pihak lainnya akan memenuhi prestasinya secara optimal.³⁵⁸ Dengan lahirnya kepercayaan maka tidak akan ada keraguan untuk menyepakati suatu perjanjian. Dalam hal ini Subekti berpendapat bahwa untuk melahirkan perjanjian cukup dengan sepakat saja dan perjanjian itu (dan dengan demikian perikatan yang ditimbulkan karenanya) sudah dilahirkan pada saat atau detik tercapainya konsensus sebagaimana di atas pada detik tersebut perjanjian sudah jadi dan mengikat, bukannya pada detik-detik yang lain yang terkemudian atau yang sebelumnya.³⁵⁹

Kesepakatan para pihak dalam perjanjian menimbulkan kekuatan mengikat perjanjian sebagaimana layaknya undang-undang,³⁶⁰ dan berlaku sebagai tuntutan kepastian hukum bahwa orang yang hidup dalam masyarakat yang teratur harus dipegang perkataannya atau ucapannya.³⁶¹ Tidak ada alasan bagi para pihak untuk melanggar isi perjanjian tersebut, selayaknya kewajiban tunduk pada undang-undang tanpa pengecualian. Terhadap kondisi ketidakseimbangan dalam perjanjian kredit bank, Sutan Remy Sjahdeini berpendapat bahwa ketidakseimbangan *bargaining position* sering melahirkan perjanjian yang berat sebelah atau timpang, tidak adil dan melanggar aturan-aturan kepatutan, untuk itu negara perlu campur tangan untuk melindungi pihak yang lemah.³⁶²

4. Memberi Kesempatan pada Pemerintah untuk Mengesahkan Klausula Baku

Pemerintah dapat menetapkan legalitas dalam tahapan pra perjanjian dan perjanjiannya, seperti tentang kesepakatan dan negosiasi substansi perjanjian sampai dengan pelaksanaan perjanjian. Apabila suatu

³⁵⁸ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit*, hlm. 121.

³⁵⁹ H.P.Panggabean, *Op.Cit*, hlm. 18.

³⁶⁰ Lihat Pasal 1338 KUH Perdata.

³⁶¹ H.P.Panggabean, *Op.Cit*, hlm. 19.

³⁶² Sutan Remy Sjahdeini, *Op.Cit*, hlm. 9.

perjanjian baku berpotensi tidak seimbang maka dapat dilakukan pemulihan yaitu negosiasi ulang untuk pemulian keseimbangan. Dalam negosiasi ulang nilai kepatutan dan kelayakan memiliki peranan penting dalam proses menentukan muatan baru dan isi perjanjian. Perdamaian (*schikking*), mediasi atau campurtangan hakim. Negosiasi ulang dapat pula berisi penyesuaian dengan cara mengurangi prestasi secara setara antara kreditur-debitur.

Dalam legislasi hukum perjanjian, pemerintah dapat mengusulkan bahwa perjanjian baku dibuat para pihak bukanlah merupakan undang-undang, akan tetapi hanya sebagai sarana penegas bahwa telah terjadi hubungan hukum, sekalipun dengan asas kebebasan berkontrak para pihak bebas menentukan isi perjanjian. Tetapi bukan berarti perjanjian itu bersifat independen tetapi harus tetap menyesuaikan ketentuan perundangan lainnya yang terkait.

Para pihak yang dirugikan kepentingannya karena klausula eksenerasi dapat menyertakan organisasi konsumen dalam rangka melakukan perundingan dengan kreditur. Jika kreditur menolak undang-undang memberi kewenangan kepada ombudsman untuk mengubah klausula eksenerasi tersebut.

Campur tangan negara memberikan perlindungan hukum yang seimbang dapat dilihat dalam bentuk terbitnya Undang-Undang RI Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Kehadiran Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen ini untuk memberikan keseimbangan atau kesetaraan perlindungan antara konsumen (nasabah debitur) dengan produsen (bank kreditur) sesuai dengan asas kebebasan berkontrak.³⁶³ Menurut Ahmadi Miru, hal ini menunjukkan fungsi hukum sebagai sarana yang menyeimbangkan kepentingan-

³⁶³ N.H.T. Siahaan, *Hukum Konsumen (Perlindungan Konsumen dan Tanggung Jawab Produk)*, Panta Rei, Bogor, Desember 2005, hlm. 114.

kepentingan yang ada dalam masyarakat sebagaimana yang dikemukakan oleh Roscoe Pound.³⁶⁴

Pasal 18 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen tersebut secara tegas mengatur pelarangan pencantuman klausula yang tidak seimbang, yaitu :³⁶⁵

1. Pelaku usaha dalam menawarkan barang dan/atau jasa yang ditujukan untuk diperdagangkan dilarang membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan/atau perjanjian apabila :
 - a. Menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha.
 - b. Menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali barang yang dibeli konsumen.
 - c. Menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali uang yang dibayarkan atas barang dan/atau jasa yang dibeli oleh konsumen.
 - d. Menyatakan pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha baik secara langsung maupun tidak langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran.
 - e. Mengatur perihal pembuktian atas hilangnya kegunaan barang atau pemanfaatan jasa yang dibeli oleh konsumen.
 - f. Memberi hak kepada pelaku usaha untuk mengurangi manfaat jasa atau mengurangi harta kekayaan konsumen yang menjadi obyek jual beli jasa.
 - g. Menyatakan tunduknya konsumen kepada peraturan yang berupa aturan baru, tambahan, lanjutan dan/atau pengubahan lanjutan yang dibuat sepihak oleh pelaku usaha dalam masa konsumen memanfaatkan jasa yang dibelinya.
 - h. Menyatakan bahwa konsumen memberi kuasa kepada pelaku usaha untuk pembebanan hak tanggungan, hak gadai atau hak jaminan terhadap barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran.
2. Pelaku usaha dilarang mencantumkan klausula baku yang letak atau bentuknya sulit terlihat atau tidak dapat dibaca secara jelas, atau yang pengungkapannya sulit dimengerti.
3. Setiap klausula baku yang telah ditetapkan oleh pelaku usaha pada dokumen atau perjanjian yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dinyatakan batal demi hukum.

³⁶⁴ Ahmadi Miru, *Op.Cit.*, hlm. 70.

³⁶⁵ Republik Indonesia, Undang-Undang RI Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen.

4. Pelaku usaha wajib menyesuaikan klausula baku yang bertentangan dengan undang-undang ini.

Adanya pelarangan pencantuman klausula baku dalam keadaan-keadaan tertentu menunjukkan bahwa : klausula baku sering disalahgunakan dan menjadi penyebab tidak seimbangnya isi suatu perjanjian, dan klausula baku tidak absolut dilarang, dapat digunakan dalam perjanjian asalkan memenuhi keadaan-keadaan yang disyaratkan undang-undang. Sekilas terlihat bahwa Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen tidak memberikan perlindungan hukum yang seimbang diantara pelaku usaha dengan konsumen. Hal tersebut dapat difahami oleh karena kehadiran Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen adalah untuk melindungi konsumen dari berbagai tindakan kesewenang-wenangan pelaku usaha dalam menetapkan berbagai persyaratan yang sudah tidak seimbang.

Adanya pengaturan tentang perlindungan konsumen terutama pada peraturan yang berkaitan dengan klausula baku, sedikit banyak menyadarkan masyarakat bahwa mereka sebagai pihak dalam perjanjian memiliki hak yang sejajar dengan pihak lainnya dalam perjanjian itu.³⁶⁶ Karena itu, kehadiran Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen ditujukan untuk menyeimbangkan neraca kedudukan pelaku usaha dan konsumen dalam hubungan perjanjian. Dengan kedudukan neraca yang seimbang niscaya memberikan keadilan bagi para pihak.

Berdasarkan hak dan kewajiban konsumen dan pelaku usaha, maka daya kerja asas keseimbangan mempunyai makna imperatif yang memaksa para pihak tunduk dengan tujuan akan dicapai keseimbangan hak dan

³⁶⁶ Djoni S. Gazali dan Rachmadi Usman, *Op.Cit*, hlm. 358.

kewajiban para pihak.³⁶⁷ Kewajiban memberikan perlindungan tersebut bukan hanya kewajiban pemerintah semata akan tetapi juga sebagai kewajiban pihak berekonomi kuat. Pemberian perlindungan oleh pihak berekonomi kuat kepada pihak berekonomi lemah menunjukkan adanya itikad baik pihak berekonomi kuat dalam menyusun suatu perjanjian. Demikian pula pihak berekonomi lemah juga memiliki kewajiban memberi perlindungan terhadap pihak berekonomi kuat dalam hal turut melindungi keselamatan modal pihak berekonomi kuat yang dikucurkan padanya. Pentingnya keseimbangan hak dan kewajiban setiap pihak dalam perjanjian menjadikan keseimbangan tersebut merupakan asas hukum dalam suatu perjanjian.

Hak dan kewajiban para pihak sebagai bentuk keseimbangan pelaksanaan perjanjian terdapat dalam UU Nomor 10 Tahun 1998 tentang perbankan dan UU Nomor 2 Tahun 1992 tentang Usaha Perasuransian.

1. Undang-Undang Perbankan

a. Bentuk Hubungan Hukum Perjanjian Kredit Bank

Dalam KUH Perdata ternyata tidak terdapat suatu bentuk hubungan hukum khusus atau lembaga perjanjian khusus yang namanya “Perjanjian Kredit Bank”. Oleh karena itu, penetapan mengenai bentuk hubungan hukum antara bank dan nasabah debitur, yang disebut “Perjanjian Kredit Bank” itu, harus digali dari sumber-sumber di luar KUH Perdata.

Marhaenis Abdul Hay dalam bukunya Hukum Perdata berpendapat bahwa pengertian perjanjian kredit mendekati pada pengertian perjanjian pinjam-mengganti, sehingga dalam masalah sengketa perjanjian kredit tersebut dapat mempergunakan dasar hukum perjanjian pinjam-mengganti menurut KUH Perdata tersebut.

³⁶⁷ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit*, hlm. 82.

Ketentuan umum dalam pinjam--mengganti menurut KUH Perdata dapat dipergunakan untuk perjanjian kredit seperti yang dimaksudkan oleh Undang-undang Pokok Perbankan 1967. Perjanjian kredit merupakan hal yang khusus (*lex specialis*) dari perjanjian pinjam-mengganti.

Dalam bukunya yang lain, yaitu Hukum Perbankan di Indonesia, bahkan Marhaenis Abdul Hay lebih tegas mengemukakan, yaitu seperti yang dikutip oleh Mariam Darus Badruzaman, bahwa perjanjian kredit identik dengan perjanjian pinjam-mengganti dalam Bab XIII Buku HI KUH Perdata.

Pendapat Marhaenis Abdul Hay tersebut telah ditentang oleh Mariam Darus Badruzaman. Menurut Mariam Darus Badruzaman, konsekuensi logis dari pendirian Marhaenis Abdul Hay ini adalah bahwa perjanjian kredit bersifat riil. Sehubungan dengan tanggapannya terhadap pendapat Marhaenis Abdul Hay tersebut, lebih lanjut Mariam Darus Badruzaman mempertanyakan apakah memang benar bahwa perjanjian kredit identik dengan perjanjian pinjam-mengganti dan dengan demikian perjanjian kredit bersifat riil.

Menurut Mariam Darus Badruzaman, perjanjian kredit bank adalah "Perjanjian Pendahuluan" (*voorovereenkoms*) dan penyerahan uang. Perjanjian Pendahuluan ini merupakan hasil permufakatan antara pemberi dan penerima pinjaman mengenai hubungan-hubungan hukum antara keduanya. Perjanjian ini bersifat konsensual (*pacta de contrahendo*) obligator, yang dikuasai oleh Undang-undang Pokok Perbankan 1967 dan Bagian Umum KUH Perdata. "Penyerahan uangnya" sendiri, adalah bersifat riil. Pada saat penyerahan uang dilakukan, barulah berlaku ketentuan yang dituangkan dalam model perjanjian kredit bagi kedua pihak.

Dalam menghadapi sengketa mengenai hubungan hukum antara

bank dan nasabah debitur, Mahkamah Agung RI telah bersikap apriori atau *take it for granted* untuk menerapkan begitu saja hubungan hukum *verbruikening* yang diatur oleh Pasal 1754 KUH Perdata. Sebagai contoh misalnya putusan Mahkamah Agung RI No. 4434K/Pdt/1986 tanggal 20 Agustus 1988 yaitu putusan mengenai sengketa perjanjian kredit antara Bank Pacific Cabang Samarinda dan debitumya, Pengurus Persero CV Pelita Abadi. Sengketa ini di tingkat pertama telah diputus oleh Pengadilan Negeri Samarinda *cfm*.

Putusan No. 15/Pdt.G/1985 dan di tingkat banding diputus oleh Pengadilan Thggi di Banjarmasin *cfm*. Putusan No. 57/Perd/1986 tanggal 28 Agustus 1986. Baik Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi maupun Mahkamah Agung di dalam pertimbangan mereka masing-masing telah tidak terlebih dahulu mempermasalahkan dan menetapkan apa bentuk hubungan hukum antara PT Bank Pacific Cabang Samarinda dan CV Pelita Abadi *eq*. persero pengurusnya yang menjadi debitur bank tersebut. Baik Pengadilan Negeri maupun Pengadilan Tinggi, dengan tidak menganggap perlu mempermasalahkan terlebih dahulu bentuk hubungan hukum antara PT Bank Pacific Cabang Samarinda dan CV Pelita Abadi, telah menerapkan begitu saja hubungan hukum *verbruikening* yang diatur oleh Pasal 1754 KUH Perdata terhadap hubungan hukum itu. Penerapan hubungan hukum yang demikian ini telah tidak pula dipermasalahkan oleh Mahkamah Agung RI pada waktu Mahkamah Agung RI memutuskan perkara riil. Dengan demikian kesimpulannya adalah bahwa yurisprudensi Mahkamah Agung RI, telah bersikap apriori atau *take it for granted* bahwa hubungan hukum antara bank dan nasabah debitur adalah hubungan hukum *verbruikening*.

Menurut hukum Inggris, perjanjian kredit bank termasuk *loan of money*. Apakah yang dimaksudkan dengan *loan of money*? Adalah

mengerahkan bahwa sampai sekarang tidak terdapat definisi hukum yang resmi mengenai *loan of money*, baik di dalam yurisprudensi yang diputus oleh pengadilan-pengadilan Inggris maupun Skotlandia. Oleh karena itu orang merujuk kepada definisi yang diberikan oleh para ahli hukum. Salah satu dari definisi-definisi itu adalah definisi yang diketengahkan oleh Chilly dalam buku *Chitty on Contracts, Specific Contracts*. Oleh Chitty, *loan of money* didefinisikan sebagai berikut:

A contract of loan of money is a contract where by one person lends or agrees to lend a sum of money to another, in consideration of a promise express or implied to repay that sum on demand, or at a fixed or determinable future time, or conditionally upon an event which is bound to happen, with or without interest.

Oleh Burgess definisi Chitty ini dianggap merupakan definisi mengenai *loan of money* yang paling otoritatif (*most authoritative definition*).

Dari kata-kata yang berbunyi “*or conditionally upon an event which is bound to happen...*” dalam definisi yang diberikan oleh Chitty itu dapat disimpulkan bahwa suatu perjanjian *loan of money* dapat bersifat riil maupun konsensual. Hal tersebut tergantung kepada: apakah perjanjiannya digantungkan pada suatu syarat tangguh (*condition precedent*) atau tidak bersyarat tangguh. Bila tidak bersyarat tangguh, maka perjanjian *loan of money* merupakan perjanjian riil, sedangkan sebaliknya apabila bersyarat tangguh, maka perjanjian *loan of money* merupakan perjanjian konsensual.

Perjanjian kredit bank selalu merupakan perjanjian yang bersifat konsensual sebagaimana penjelasan di bawah ini. Bagi perjanjian kredit yang jelas-jelas mencantumkan syarat-syarat tangguh atau klausul *conditions precedent*, tidak dapat dibantah lagi bahwa perjanjian itu merupakan perjanjian yang konsensual sifatnya. Yang dimaksud dengan syarat-syarat tangguh atau *conditions precedent*

pada suatu perjanjian kredit ialah fakta atau peristiwa yang harus dipenuhi atau terjadi terlebih dahulu setelah perjanjian ditandatangani oleh para pihak sebelum bank berkewajiban untuk menyediakan kredit dan sebaliknya sebelum nasabah debitur berhak menggunakan kreditnya. Dengan kata lain setelah perjanjian kredit ditandatangani oleh bank dan nasabah debitur, nasabah debitur belum berhak menggunakan atau melakukan penarikan kredit. Atau sebaliknya pula setelah ditandatanganinya perjanjian kredit oleh kedua belah pihak, belumlah menimbulkan kewajiban bagi bank untuk menyediakan kredit sebagaimana yang diperjanjikan. Hak nasabah debitur untuk dapat menarik kredit atau kewajiban bank untuk menyediakan kredit, masih tergantung kepada telah dipenuhinya seluruh syarat-syarat tangguh atau *conditions precedent* yang ditentukan di dalam perjanjian kredit tersebut. Dengan demikian, perjanjian kredit yang mengandung syarat-syarat tangguh atau *conditions precedent* merupakan perikatan bersyarat dengan syarat-syarat tangguh sebagaimana yang dimaksudkan oleh Pasal 1253 jo 1263 KUH Perdata. Dengan demikian, maka perjanjian kredit yang mengandung syarat-syarat tangguh atau *conditions precedent* itu adalah jelas merupakan perjanjian konsensual dan bukan perjanjian riil. Namun bagaimanakah halnya dengan perjanjian kredit yang tidak mengandung syarat-syarat tangguh atau *conditions precedent* seperti yang banyak juga digunakan oleh bank-bank di Indonesia?

Setiap penarikan kredit oleh nasabah debitur, bukan saja pada penarikan untuk pertama kalinya, selalu saja dikaitkan dengan suatu prakondisi atau syarat pendahuluan tertentu. Dalam kaitan ini, Burgess mengemukakan bahwa ada dua macam *precondition*. *Precondition* yang pertama berkaitan dengan penggunaan kredit untuk pertama kalinya oleh nasabah debitur. *Precondition* yang pertama ini, dimuat

dalam klausul *conditions precedent*. *Precondition* yang kedua berkaitan dengan pemakaian kredit untuk Selanjutnya. Dalam praktik perbankan di Indonesia, prakondisi yang kedua ditentukan sebagai klausul “batas izin tarik kredit”. Bila misalnya batas tarik kredit ditentukan sebesar 70% dari stock bahan baku, maka prakondisi untuk setiap kali nasabah debitur dapat diizinkan oleh bank untuk menggunakan kreditnya, adalah apabila nasabah debitur telah dapat membuktikan bahwa jumlah stock bahan baku yang telah ada di dalam gudang penyimpanan nasabah debitur berjumlah sekurang-kurangnya 100/70 dari outstanding kredit pada saat penarikan kredit, ditambah jumlah kredit yang masih akan ditarik. Dengan kata lain, jumlah penarikan kredit berikutnya ditambah dengan jumlah outstanding kredit pada saat penarikan kredit tidak akan melebihi 70% dari nilai stock bahan baku yang sudah tersedia, yang harus dibuktikan oleh nasabah debitur dengan menyerahkan laporan stock bahan baku. Untuk verifikasi atas kebenaran stock bahan baku tersebut, bank dapat melakukan pemeriksaan *on the spot* di lokasi gudang perusahaan nasabah debitur.

Dari penjelasan tersebut di atas, jelaslah bahwa sekalipun di dalam perjanjian kredit tidak dimuat syarat-syarat tangguh atau klausul *conditions precedent*, namun dikaitkan dengan klausul batas izin tarik kredit, maka suatu perjanjian kredit selalu bersifat konsensual. Mengingat bahwa sifat perjanjian kredit adalah perjanjian konsensual, maka penulis sependapat dengan Mariam Darus Badruzaman bahwa perjanjian kredit bank bukanlah suatu perjanjian pinjam-mengganti atau pinjam-meminjam (*verbruiklening*) yang diatur dalam Bab Ketigabelas, Buku III KUH Perdata. Secara lebih khusus dapatlah penulis tegaskan bahwa perjanjian kredit bank bukanlah merupakan perjanjian peminjaman-uang, yaitu perjanjian

pinjam-mengganti atau pinjam-meminjam (*verbruiklening*) yang objek perjanjiannya adalah uang.

Perjanjian peminjaman-uang yang dimaksudkan dalam Pasal 1765 Jo 1754 KUH Perdata, tidaklah identik dengan perjanjian *loan of money* menurut hukum Inggris. Seperti telah diterangkan di atas, bahwa perjanjian *loan of money* dapat merupakan perjanjian riil atau konsensuil, yaitu tergantung kepada apakah perjanjian itu tidak bersyarat tangguh atau bersyarat tangguh, sedangkan perjanjian peminjaman-uang, yang merupakan jenis perjanjian pinjam-mengganti atau pinjam-meminjam (*verbruiklening* adalah perjanjian riil). Mengenai perjanjian pinjam-meminjam di dalam KUH Perdata didefinisikan oleh Pasal 1754 sebagai berikut:

Pinjam-meminjam ialah perjanjian yang menentukan bahwa pihak pertama menyerahkan sejumlah barang yang menghabis karena pemakaian kepada pihak kedua, dengan syarat bahwa pihak kedua akan mengembalikan kepada pihak pertama barang yang sejenis dalam jumlah dan keadaan yang sama pula.

Definisi yang diberikan oleh Pasal 1754 KUH Perdata tersebut, jelas menunjukkan bahwa perjanjian pinjam-meminjam adalah perjanjian riil.

Sifatnya yang konsensuil dari suatu perjanjian kredit bank itulah yang merupakan ciri *pertama* yang membedakan perjanjian kredit bank dari perjanjian peminjaman-uang yang bersifat riil. Dengan kata lain bahwa perjanjian kredit adalah perjanjian *loan of money* menurut hukum Inggris yang dapat bersifat riil maupun konsensuil, tetapi bukan perjanjian peminjaman-uang menurut hukum Indonesia yang bersifat riil.

Di samping alasan bahwa perjanjian kredit merupakan perjanjian konsensuil, masih ada dua ciri lain sebagai ciri kedua dan ketiga dari

perjanjian kredit yang membedakan perjanjian kredit dari perjanjian peminjaman-uang. Ciri yang berupa syarat mengenai tujuan kredit dan syarat mengenai cara penggunaan kredit itu.

Menurut ketentuan Pasal 1755 KUH Perdata, uang yang diperoleh oleh peminjam uang (debitur) dari pihak yang meminjamkan uang (kreditur) sebagai hasil perjanjian peminjaman-uang, menjadi milik debitur. Oleh karena itu, maka pada perjanjian peminjaman-uang, debitur sebagai pemilik uang berkuasa penuh untuk menggunakan uang tersebut untuk segala keperluan apa saja menurut kehendaknya, di mana kreditur tidak berhak untuk mencampuri tujuan pemakaian uang tersebut. Tidaklah demikian halnya dengan perjanjian kredit bank. Pada perjanjian kredit bank, penggunaan kredit harus dilakukan sesuai dengan tujuan kredit sebagaimana ditetapkan di dalam perjanjian kredit. Pemakaian kredit oleh nasabah debitur yang menyimpang dari tujuan kredit, memberikan hak kepada bank (kreditur) untuk mengakhiri perjanjian kredit tersebut secara sepihak dan untuk seketika dan sekaligus menagih seluruh outstanding kredit. Penyimpangan penggunaan kredit dari tujuan kredit, sebagaimana ditetapkan di dalam perjanjian kredit, merupakan *event of default*.

Ciri *kedua* dari perjanjian kredit yang membedakannya dari perjanjian peminjaman-uang ialah bahwa kredit yang diberikan oleh bank kepada nasabah debitur tidak dapat digunakan secara leluasa untuk keperluan atau tujuan yang tidak tertentu oleh nasabah debitur, seperti yang dapat dilakukan oleh peminjaman-uang (debitur) pada perjanjian peminjaman-uang yang biasa. Mengingat pada perjanjian kredit bank, kredit harus digunakan sesuai dengan tujuan yang ditetapkan di dalam perjanjian kredit, dan pemakaian yang menyimpang dari tujuannya itu menimbulkan hak kepada bank untuk mengakhiri perjanjian kredit secara sepihak, maka berarti nasabah

debitur bukan merupakan pemilik mutlak dari kredit yang diperolehnya berdasarkan perjanjian kredit itu, sebagaimana bila seandainya perjanjian kredit itu adalah perjanjian peminjaman-uang. Dengan kata lain perjanjian kredit bank tidak mempunyai ciri yang sama dengan perjanjian pinjam-meminjam atau pinjam-mengganti (*verbruiklening*). Oleh karena itu, terhadap perjanjian kredit bank tidak berlaku ketentuan-ketentuan Bab Ketigabelas, Buku 111 KUH Perdata.

Ciri ketiga dari perjanjian kredit bank yang membedakannya dari perjanjian peminjaman-uang ialah mengenai syarat cara penggunaannya. Kredit bank hanya dapat digunakan menurut cara tertentu, yaitu dengan menggunakan cek atau perintah pemindah bukuan (lazimnya dengan menerbitkan bilyet giro). Cara lain hampir dapat dikatakan tidak mungkin atau tidak diperbolehkan. Memang mungkin bahwa penarikan kredit dilakukan dengan cara menyerahkan kuitansi oleh nasabah debitur, namun hal ini dilakukan hanya dengan persetujuan khusus dari bank dan untuk kasus yang sangat khusus pula. Dilihat dari hal ini, maka perjanjian kredit bank berbeda dengan perjanjian peminjaman-uang yang lazim. Pada perjanjian peminjaman-uang yang biasa, uang yang dipinjamkan diserahkan seluruhnya oleh kreditur ke dalam kekuasaan debitur dengan tidak disyaratkan bagaimana caranya debitur akan menggunakan uang pinjaman itu. Pada perjanjian kredit bank, kredit tidak pernah diserahkan oleh bank ke dalam kekuasaan mutlak nasabah debitur. Kredit selalu diberikan dalam bentuk rekening koran yang penarikan atau penggunaannya selalu di bawah pengawasan bank.

b. Asas-Asas Khusus Dan Hubungan Hukum antara Bank dan Nasabah

1) Hubungan Kepercayaan (*Fiduciary Relation*)

Menurut Symons, Jr. bahwa hubungan antara bank dan nasabah bukanlah hanya sekedar hubungan debitur-kreditur semata, tetapi lebih dari itu. Dilihat dari transaksi *loan* dan deposit adalah memang hubungan debitur-kreditur. Namun mengingat status bank yang unik di dalam masyarakat kita di mana bank adalah *a place of special safety and probity*, maka hubungan tersebut adalah suatu *fiduciary*.

Menurut Symons, Jr. dengan menyebut hubungan bank dan nasabah adalah sebagai hubungan debitur-kreditur, hanya memberikan sugesti tentang penetapan kewajiban yang sangat sempit istilah itu berkonotasi pada suatu janji yang tak bersyarat oleh debitur untuk membayar sejumlah uang yang sudah pasti jumlahnya pada suatu waktu tertentu kepada kreditur yang telah menyediakan uang tersebut. Hal itu lebih lanjut memberikan konotasi bahwa debitur tidak mempunyai kewajiban lain, kecuali ditentukan secara tegas, khususnya yang menyangkut penggunaan uang yang dipinjam itu. Sebagai contoh misalnya dalam hal deposito bank. Bank dapat menggunakan uang itu dengan bebas menurut kehendaknya. Tetapi hubungan bank dan nasabah tidak semata-mata hanya hubungan debitur-kreditur saja, hubungan tersebut juga sebagai suatu *fiduciary relation*.

Ogilvie dalam bukunya *Canadian Banking Law* mengemukakan sebagai:³⁶⁸

The banker and customer relationship is no longer simply one of debtor and creditor. In the past three decades the courts, slowly but steadily, have found that in special circumstances banks are subject to additional higher duties in tort or as a fiduciary over and above their contractual duties, whether derived from an express contract or the common law.

³⁶⁸ Edward L. Symons, Jr. dan James. White. *Banking Law, Teaching and Materials*. Second Edition. St. Paul, West Publishing Co., Minnesota, 1984, hlm. 285.

Evolusi dari kewajiban-kewajiban istimewa dari bank tersebut, yaitu yang oleh Ogilvie disebut *superadded obligations*, dapat dilacak kembali sejak tahun 1959 dengan diputuskannya oleh hakim Salmon J. dalam perkara Woods V. Martin Banks (1959). Dalam perkara itu pengadilan meyarankan, sekalipun secara tentatif bahwa sebuah bank mempunyai *fiduciary duty* atau *a duty of reasonable care* terhadap nasabah. Kemudian gambaran mengenai kewajiban-kewajiban istimewa dari bank terlihat pula dalam perkara Hedly, Byrne & Co Ltd Keller and Partners Ltd. (1964) dan perkara Lloyds Bank Ltd. v. Bundy.

Dari putusan-putusan pengadilan Kanada tersebut dapat diketahui bahwa selain dari kewajiban-kewajiban yang ada berdasarkan suatu kontrak biasa, dalam hubungan antara bank dan nasabah, bank juga mempunyai kewajiban-kewajiban lain. Kewajiban-kewajiban tersebut tidak terdapat sebelumnya dalam *common law* baik berupa *express terms* (syarat-syarat tertulis) maupun *implied terms* (syarat-syarat yang sekalipun tidak tertulis tetapi tersirat sebagai bagian dari suatu kontrak). Berdasarkan putusan-putusan pengadilan Kanada tersebut, menurut Ogilvie dua hal telah jelas, yaitu.

First, it is well-established that banks are subject to superadded obligations in law. It is no longer possible to say that the banker and customer relationship is merely one of contract. Secondly, the trend since the mid-1970 is toward defining the fundamental nature of the superadded obligation as fiduciary.

Unsur-unsur kunci dari formulasi dari kewajiban yang disebut *fiduciary obligations*, sebagaimana telah disetujui oleh pengadilan-pengadilan, adalah *trust* (kepercayaan), *reliance* (pengendalian), dan *resulting loss* (mengalami kerugian). Disimpulkan oleh Ogilvie antara lain:

A fiduciary relationship is simply one in which one party places confidence or trust in another to the extent that the party relies on the conduct or advice of that other and by so doing suffers loss.

Sebagai contoh dari *superadded obligation*, atau secara spesifik disebut juga *fiduciary obligation* dari bank adalah kewajiban bank kepada nasabah untuk memberikan *advis finansial* atau investasi (*giving financial or investment advice*). Apakah bank-bank di Kanada dapat memberikan advis mengenai investasi nasabah yang melibatkan unsur *discretion* telah beberapa lamanya tidak memperoleh kepastian, yaitu apakah hal itu memang diharuskan oleh undang-undang sekalipun tidak diperjanjikan dalam hubungan antara bank dan nasabah. Tadinya pengadilan-pengadilan Kanada berpendapat bahwa seorang pejabat atau pegawai bank yang telah memberikan advis, maka bank tersebut tidak dapat dimintai pertanggungjawaban apabila nasabah mengalami kerugian sebagai akibat tindakan nasabah yang bertindak berdasarkan advis tersebut. Alasannya oleh karena Undang-undang perbankan tidak memuat ketentuan yang tegas mengenai pemberian advis oleh pejabat bank kepada nasabahnya, juga karena pemberian advis tidak dapat ditafsirkan sebagai bagian dari bisnis perbankan. Namun akhir-akhir ini telah diterima bahwa bank juga bertugas memberikan advis kepada nasabah, meskipun undang-undang perbankan melarang pemberian advis oleh bank untuk masalah-masalah tertentu misalnya mengenal *portfolio management*.³⁶⁹

Alvin C. Herrell menunjukkan adanya evolusi dari hubungan itu berdasarkan pengamatan atau penelitiannya terhadap putusan-putusan pengadilan di beberapa negara bagian Amerika Serikat. Antara lain

³⁶⁹ Ogilvie, M.H., *Canadian Banking Law*, Thomson Professional Publishing Canada, Toronto, 1991, hlm. 433.

putusan pengadilan Oklahoma dalam perkara *Djowharzadeh v. City National Bank and Trust* dan putusan pengadilan Idaho dalam perkara *Peterson v. Idaho First National Bank*.

Dan uraian Alvin C. Herrell dapat diketahui bahwa pengadilan-pengadilan di Amerika Serikat berpendapat bahwa hubungan antara bank dan nasabah sebagai *fiduciary relation* karena status bank yang istimewa di dalam masyarakat sebagai lembaga yang jasa-jasanya berpengaruh besar terhadap kesejahteraan masyarakat. Pengadilan berpendapat bahwa “... *the Nature of the bank-customer relationship, ... to be 'special' and 'quasi fiduduty' in nature because it involves vital publics services affecting the public welfare*”. Demikian menurut putusan perkara *Shaw v. Union Bank and Trust*. Selain itu bank-bank ada dan beroperasi hampir seluruhnya dengan menggunakan dana masyarakat (*public funds*) dan menginvestasikannya berdasarkan kepercayaan masyarakat (*public trust*). Kekuasaan finansialnya di dalam masyarakat boleh dikatakan mengambil kedudukan monopoli di dalam bidang pemberian pinjaman. Salah satu tujuan dari sistem ini adalah memastikan bahwa bank-bank tidak berkompetisi secara finansial dengan nasabah-nasabah mereka, tetapi harus melayani kebutuhan-kebutuhan finansial masyarakat secara adil dan sama rata. Secara implisit dituntut bahwa bank-bank tidak menggunakan kedudukan mereka yang menguntungkan itu untuk merugikan nasabah mereka, baik secara langsung atau tidak langsung. Demikian ditegaskan di dalam perkara *Djowharzadeh v. City National Bank and Trust*.

Undang-undang No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan menegaskan dalam penjelasan Pasal 29 bahwa “...bank terutama bekerja dengan dana dan masyarakat yang disimpan pada bank atas dasar kepercayaan.” Yang dimaksudkan dengan kalimat itu ialah

bahwa nasabah penyimpan dana dalam berhubungan dengan bank dalam rangka simpanannya pada bank itu dilandasi oleh kepercayaan bahwa bank tersebut akan berkemauan dan berkemampuan untuk membayarkan kembali simpanan nasabah penyimpan dana itu pada waktu ditagih. Dengan demikian maka hubungan bank dan nasabah penyimpan dana adalah hubungan pinjam-meminjam uang antara debitur (bank) dan kreditur (nasabah penyimpan dana) yang dilandasi oleh asas kepercayaan. Dengan kata lain bahwa menurut Undang-undang Perbankan 1992 hubungan antara bank dan nasabah penyimpan dana bukan sekedar hubungan kontraktual biasa antara debitur dan kreditur yang diliputi oleh asas-asas umum dan hukum perjanjian tetapi juga hubungan kepercayaan atau *fiduciary relation* yang diliputi asas kepercayaan. Dengan demikian Undang-undang Perbankan 1992 secara eksplisit mengakui bahwa hubungan antara bank nasabah penyimpan dana adalah hubungan kepercayaan (*fiduciary relation*). Dari uraian-uraian di atas maka konsekuensi dari pengakuan bahwa hubungan antara bank dan nasabah penyimpan dana adalah suatu *fiduciary relation* ialah bahwa bank tidak boleh hanya memperhatikan kepentingannya sendiri semata-mata, tetapi juga harus memperhatikan kepentingan nasabah penyimpan dana.

Undang-undang No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan baru memberi sifat hubungan bank dan nasabah penyimpan dana sebagai hubungan kepercayaan dalam arti yang sempit. Artinya baru dalam kaitannya dengan penyimpanan dana. Bagaimana kaitannya dengan pemberian kredit bank?

Pengadilan-pengadilan di manca negara dan kalangan bisnis perbankan internasional bahwa hubungan antara bank dan nasabah, baik nasabah penyimpan dana maupun nasabah debitur, mempunyai sifat sebagai hubungan kepercayaan atau *fiduciary relation* yang

membebankan kewajiban-kewajiban kepercayaan (*fiduciary obligations*) kepada bank terhadap nasabahnya, maka masyarakat bisnis dan perbankan Indonesia telah melihat pula bahwa hubungan antara bank dan nasabah adalah hubungan kepercayaan. Di dalam praktik, memang nasabah selalu percaya bahwa apa yang dikemukakan oleh pejabat bank (informasi) sebagai terpercaya kebenarannya dan boleh diandalkan. Di dalam praktik nasabah bukan saja terbatas meminta informasi tetapi yang lebih sering malahan meminta advis dari bank mengenai urusan-urusan finansialnya. Bahkan tidak jarang juga meminta advis mengenai bisnisnya. Tetapi memang masyarakat Indonesia masih belum mempunyai persepsi bahwa bank harus bertanggung jawab apabila nasabah sampai mengalami kerugian karena telah bertindak sesuai dengan advisnya itu.

Dari pengertian kredit, dapat pula disimpulkan bahwa hubungan antara bank dan nasabah debitur bukan sekedar hubungan kontraktual biasa tetapi juga merupakan hubungan kepercayaan. Munn dan Garcia dalam *Encyclopedia of Banking and Finance* mengemukakan bahwa kredit (*credit*) berasal dari kata Latin *credo* yang berarti “saya percaya”. Menurut Ettinger dan Golieb, kredit (*credit*) berasal dari kata Latin *creditum* yang berarti kepercayaan (*trust*). Savelberg mengemukakan bahwa kata kredit berasal dari kata Romawi *credere*, artinya kepercayaan (Belanda: *vertrouwen*, Inggris: *belief (trust or confidence)*).³⁷⁰

Sekalipun berbeda-beda keterangan yang diberikan oleh para penulis mengenai asal-usul kata kredit (*credit*) namun dari keterangan-keterangan tersebut di atas ada satu persamaan yang dapat ditarik,

³⁷⁰ Munn, Glenn G, *Encyclopedia of Banking and Finance*, Eight Edition, Bankers Publishing Company, Boston, 1984, hlm. 229.

yaitu bahwa kredit berarti kepercayaan. Seperti dikatakan oleh Ettinger dan Golieb bahwa sulit untuk memikirkan kredit tanpa adanya kepercayaan. Di dalam bisnis yang diberikan atau yang diterima sebagai penukar dari uang, barang atau jasa adalah kepercayaan.

Oleh karena bank hanya bersedia memberikan kredit kepada nasabah debitur atas dasar kepercayaan bahwa nasabah debitur mampu dan mau membayar kembali kredit tersebut, maka juga hubungan antara bank dan nasabah debitur, yaitu hubungan perjanjian kredit, bukanlah sekedar hubungan kontraktual biasa antara kreditur dan debitur tetapi juga hubungan kepercayaan (*fiduciary relation*).

2) Hubungan Kerahasiaan (*Confidential Relation*)

Hubungan antara bank dan nasabah, baik itu hubungan antara bank dan nasabah penyimpan dana maupun hubungan antara bank dan nasabah debitur, diliputi oleh ketentuan mengenai rahasia bank. Di Inggris kewajiban bank untuk merahasiakan (*duty of secrecy*) mengenai urusan-urusan nasabahnya diatur sebagai kewajiban yang tersirat (*implied duty*). Intinya bahwa kewajiban itu bukan kewajiban yang tegas dicantumkan di dalam kontrak antara bank dan nasabah, tetapi tersirat sebagai diperjanjikan demikian. Di Inggris kewajiban bank untuk merahasiakan urusan-urusan nasabahnya itu merupakan kewajiban perdata. Kewajiban bank untuk merahasiakan itu tidak terbatas hanya kepada informasi mengenai keadaan rekening nasabah tetapi mengenai semua informasi yang berasal dari rekening tersebut. Dalam perkara *Tournier v. National Provincial Bank* (1924) pengadilan telah mempertimbangkan apakah kewajiban bank untuk merahasiakan itu (*the banker's duty of secrecy*) juga meliputi informasi yang berasal dari sumber-sumber lain selain dari rekening nasabah. Para hakim berselisih pendapat mengenai masalah tersebut dan oleh karena tidak terdapat pengaturan yang definitif mengenai hal

tersebut, maka adalah paling aman bagi bank untuk beranggapan bahwa kewajiban untuk merahasiakan tersebut menyangkut juga semua informasi semacam itu. Pengadilan juga mempertimbangkan apakah kewajiban tersebut sampai menyangkut informasi yang diperoleh oleh bank sebelum terjalinnya hubungan antara bank dengan nasabah dan termasuk setelah hubungan tersebut berakhir. Sekali lagi para hakim berselisih pendapat mengenai hal ini, dan sekali lagi bank sebaiknya mengambil pendekatan yang hati-hati.

Dalam *Tournier's case* tersebut, telah diputuskan bahwa bank berhak untuk mengungkapkan informasi mengenai urusan-urusan nasabahnya hanya dalam empat keadaan saja: pertama, apabila pengungkapan tersebut diharuskan oleh hukum; kedua, apabila bank berkewajiban untuk melakukan pengungkapan kepada masyarakat; ketiga, apabila pengungkapan dikehendaki demi kepentingan bank; dan keempat, apabila nasabah memberikan persetujuannya. Di bawah ini dijelaskan satu demi satu seperti yang diuraikan oleh Fidler.

Ada situasi-situasi di mana bank-bank dapat diharuskan oleh hukum untuk mengungkapkan informasi mengenai urusan-urusan nasabah mereka. Bank-bank misalnya, dapat diminta untuk menyediakan salinan-salinan dalam pembukuannya sebagai bukit dalam pemeriksa pengadilan (*judicial proceedings*), dan dapat diharuskan untuk mengungkapkan informasi dalam rangka *garnishee proceedings*, atau apabila *writ of sequestration* telah dikeluarkan. Bank dapat diharuskan menyampaikan informasi kepada pemilik (*inspectors*) yang ditunjuk oleh *Department of Trade* (Companies Act 1948, s.167), untuk memberikan buku-buku dan surat-surat kepada *Department of Trade* (Companies Act 1961, ss.109-16), atau kepada pengadilan (Companies Act 1948, s.268), atau kepada orang yang disebut oleh pengadilan (Companies Act 1948, s.334), atau

memberikan bantuan kepada *Director of Public Prosecutions* (Companies Act 1948, s.334).

Pengungkapan informasi mengenai urusan-urusan nasabah, kemungkinan akan diperlukan demi kepentingan bank itu sendiri bilamana terjadi sengketa di pengadilan antara bank dan nasabahnya. Sebagaimana dikatakan oleh Bankes LJ dalam *Tournier's case* bahwa *a simple instance is where the bank issues a writ claiming payment of an overdraft stating on the face of the writ the amount of the overdraft*. Pengungkapan informasi demi kepentingan bank tersebut, mungkin pula diperlukan apabila ada sengketa di pengadilan antara bank dengan pihak ketiga, seperti misalnya sengketa dengan seorang penjamin. Dalam perkara *Sunderland v. Barclay's Bank* (1938)³⁷¹, pengungkapan demi kepentingan bank telah ditafsirkan dengan sangat bermurah hati yang menguntungkan bank. Dalam *Sunderland's case*, bank telah mengungkapkan kepada suami dari nasabahnya bahwa berkenaan dengan cek-cek yang telah ditarik oleh nasabah untuk pemegang bukunya (*book maker*), bank telah menolak mengabulkan permintaan nasabah untuk memperoleh fasilitas cerukan (*overdraft facility*). Nasabah yang bersangkutan yang bersangkutan telah menggugat bank dengan alasan bahwa bank telah melanggar kewajibannya untuk merahasiakan (*breach of its duty of secrecy*), tetapi telah diputuskan oleh pengadilan bahwa pengungkapan informasi oleh bank kepada suami nasabah itu adalah dilakukan demi kepentingan bank dan oleh karena itu diizinkan.

Mengenai pengecualian yaitu adanya persetujuan nasabah baik secara tegas maupun secara tersirat (*express or implied consent*), dua di antara hakim-hakim tersebut telah mengutip sebagai contoh adalah

³⁷¹ The Times, 25th November, *Five Legal Decisions Affecting Bankers*, hlm. 163.

dalam hal nasabah memberikan referensi-referensi bank (*bankers' references*), meskipun untuk dapat menentukan jangkauan sampai sejauh mana pengungkapan informasi itu diizinkan terganiung kepada fakta-fakta dari tiap-tiap perkara. Contoh lain adalah seorang nasabah yang memberikan kewenangan kepada banknya untuk mengungkapkan urusan-urusannya dalam rangka membantu akuntannya.

Oleh karena permintaan yang menyangkut status seringkali diterima bukan dari nasabah tetapi dari bank-bank pihak ketiga yang menghendaki informasi, maka mungkin tidak terdapat pegangan yang dapat menjelaskan bahwa sebenarnya pengungkapan informasi oleh bank untuk memenuhi pertanyaan (*inquiry*) seperti itu dapat dibenarkan. Seseorang yang menerima pembayaran dengan cek harus mengetahui bahwa si pembayar mempunyai suatu rekening pada bank terhadap mana cek itu ditarik, dan tentunya dapat diduga bahwa orang itu dapat saja mengajukan pertanyaan melalui banknya sendiri mengenai nasabah itu (pembayar) tanpa persetujuan dari nasabah tersebut. Mungkin dapat merupakan suatu tindakan pencegahan yang bijaksana bagi bank-bank, untuk memasukkan ke dalam formulir pembukaan rekening mereka adanya pemberian wewenang dan nasabah kepada bank untuk dapat menjawab semua pertanyaan (*inquiries*) yang menyangkut nasabah dan menyangkut urusan-urusan keuangannya yang menurut bank adalah *bonafide*.

Bila di Inggris ketentuan atau kewajiban rahasia bank merupakan ketentuan perdata, di Indonesia ditentukan sebagai ketentuan pidana oleh Undang-undang Perbankan 1992. Oleh undang-undang tersebut rahasia bank diatur dalam Pasal 40 s.d. 45 dan 47.

Yang wajib dirahasiakan oleh bank menurut Pasal 40 undang-undang tersebut ialah keadaan keuangan dan hal-hal lain dari

nasabahnya, yang wajib dirahasiakan oleh bank menurut kelaziman dalam dunia perbankan. Ketentuan itu dikecualikan untuk kepentingan perpajakan dan untuk kepentingan peradilan dalam perkara pidana (Pasal 41 dan 42). Untuk mendapatkan pengecualian untuk kepentingan perpajakan dilakukan berdasarkan perintah tertulis dari Menteri Keuangan (Pasal 41). Apabila polisi, jaksa atau hakim untuk kepentingan peradilan dalam perkara pidana ingin mendapatkan keterangan mengenai keadaan keuangan nasabah dari sesuatu bank, polisi, jaksa atau hakim tersebut harus memperoleh izin terlebih dahulu dari Menteri Keuangan atas permintaan Kepala Kepolisian Republik Indonesia. Jaksa Agung, atau Ketua Mahkamah Agung (Pasal 42). Dalam perkara perdata antara bank dengan nasabahnya dan dalam rangka rukur-menukar informasi antarbank, bank boleh memberikan keterangan mengenai keadaan keuangan nasabahnya tanpa izin dari Menteri Keuangan.

Keterikatan bank akan ketentuan atau kewajiban merahasiakan keadaan keuangan nasabahnya itu menunjukkan bahwa hubungan antara bank dan nasabah, baik nasabah penyimpan dana maupun nasabah debitur, dilandasi oleh asas kerahasiaan. Dengan demikian maka hubungan antara bank dan nasabah adalah hubungan kerahasiaan atau *confidential relation*.

3) Hubungan Kehati-Hatian (*Prudential Relation*)

Undang-undang Perbankan 1992 juga menegaskan bahwa “Perbankan Indonesia dalam melakukan usahanya ... menggunakan prinsip kehati-hatian” (Pasal 2). “Bank... wajib melakukan usaha sesuai dengan prinsip kehati-hatian” (Pasal 29 ayat (3)). “Dalam memberikan kredit dan melakukan kegiatan usaha lainnya, bank wajib ... tidak merugikan kepentingan nasabah yang mempercayakan dananya kepada bank” (Pasal 29 ayat (4)). “... agar lembaga perbankan

di Indonesia ... mampu melindungi secara baik dana yang dititipkan masyarakat kepadanya (Penjelasan Umum). “Peningkatan perlindungan dana masyarakat yang dipercayakan kepada lembaga perbankan melalui penerapan prinsip kehati-hatian (Penjelasan Umum).

Prinsip kehati-hatian oleh Undang-undang Perbankan 1992 telah diambil sebagai terjemahan dari *prudential principle* yang terkait dalam pengertian *prudent banking* yang sudah dikenal di kalangan perbankan. *Prudential* diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia dengan *arif*. Sedangkan *prudentiality principle* seyogianya diterjemahkan dengan *prinsip kearifan*.

Ketentuan Undang-undang Perbankan 1992 yang mewajibkan bank untuk melakukan usahanya sesuai dengan prinsip kehati-hatian dihubungkan dengan kewajiban bank untuk tidak merugikan kepentingan nasabah yang mempercayakan dananya kepada bank, merupakan penegasan bahwa sekalipun pada hakikatnya uang yang disimpan oleh nasabah penyimpan dana telah menjadi milik bank sejak disetorkan dan selama dalam penyimpanan bank tetapi bank tidak mempunyai kebebasan mutlak untuk menggunakan uang itu seperti halnya apabila bank adalah kreditur biasa dalam perjanjian *verbruiklening*, atau secara khusus perjanjian pinjam-meminjam uang. Bank harus atau hanya boleh menggunakan uang itu sedemikian rupa untuk tujuan dan dengan cara yang dapat menjamin kepastian bahwa bank itu nantinya akan mampu membayar kembali dana masyarakat yang disimpan kepadanya apabila ditagih oleh para penyimpannya. Dalam hal dana itu dipakai untuk pemberian kredit, maka bank hanya boleh memberikan kredit dengan menggunakan dana yang berasal dari simpanan masyarakat itu kepada nasabah yang telah diyakini benar oleh bank mempunyai kemampuan dan kesanggupan untuk melunasi

utangnya sesuai dengan yang diperjanjikan.

Karena apabila tidak demikian, maka risiko yang dihadapi oleh bank dapat berpengaruh pula kepada keamanan dana masyarakat tersebut.³⁷² Mengingat hal yang demikian ini, maka hubungan antara bank dan nasabah nyimpan dana adalah hubungan kontraktual antara debitur dan kreditor dilandasi oleh asas kehati-hatian (*prudentiality principle*). Oleh karena itu, hubungan antara bank dan nasabah penyimpanan dana adalah juga suatu hubungan kehati-hatian atau *prudential relation*.

Prinsip kehati-hatian itu harus dijalankan oleh bank tidak hanya karena dihubungkan dengan kewajiban bank untuk tidak merugikan kepentingan nasabah yang mempercayakan dananya kepada bank, tetapi juga karena kedudukan bank yang istimewa dalam masyarakat, yaitu sebagai bagian dari sistem moneter yang menyangkut kepentingan semua anggota masyarakat yang bukan hanya nasabah penyimpanan dana dari bank itu saja.

Pelaksanaan prinsip kehati-hatian itu harus pula tercermin dalam kaitannya dengan kewajiban bank berperanserta dalam pengelolaan lingkungan hidup. Dikaitkan dengan ketentuan Undang-undang No. 4 tahun 1982 tentang “Ketentuan-Ketentuan Pokok Pengelolaan Lingkungan Hidup”, yang mengharuskan perbankan untuk menempuh kebijakan perkreditan yang berwawasan lingkungan sebagaimana akan penulis uraikan dalam Bab V infra, maka prinsip atau asas kehati-hatian tersebut menghendaki bank hanya memberikan kredit kepada nasabah debitur atau proyek yang memperhatikan AMDAL.

³⁷² Penjelasan Pasal 11 Undang-undang No. 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan.

2. Undang-Undang Usaha Perasuransian

Asuransi merupakan salah satu jenis perjanjian khusus yang diatur dalam KUHD. Sebagai perjanjian, maka ketentuan syarat-syarat sah suatu perjanjian dalam KUHPdata berlaku juga bagi perjanjian asuransi. Karena perjanjian asuransi merupakan perjanjian khusus, maka di samping ketentuan syarat-syarat sah suatu perjanjian, berlaku juga syarat-syarat khusus diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Dagang. Syarat-syarat sah suatu perjanjian diatur dalam Pasal 1320 KUHPdt. Menurut ketentuan pasal tersebut, ada 4 (empat) syarat sah suatu perjanjian, yaitu kesepakatan para pihak, kewenangan berbuat, objek tertentu, dan kausa yang halal. Syarat yang diatur dalam KUHD adalah kewajiban pemberitahuan diatur dalam Pasal 251 KUHD.³⁷³

a. Kesepakatan (*Consensus*)

Tertanggung dan penanggung sepaat mengadakan perjanjian asuransi. Kesepakatan tersebut pada pokoknya meliputi:

- 1) benda yang menjadi objek asuransi;
- 2) pengalihan risiko dan pembayaran premi;
- 3) evenemen dan ganti kerugian;
- 4) syarat-syarat khusus asuransi;
- 5) dibuat secara tertulis yang disebut polis.

Pengadaan perjanjian antara tertanggung dan penanggung dapat dilakukan secara langsung atau secara tidak langsung. Dilakukan secara langsung artinya kedua belah pihak mengadakan perjanjian asuransi melalui perantara. Dilakukan secara tidak langsung artinya kedua belah pihak mengadakan perjanjian asuransi melalui jasa perantara. Penggunaan jasa perantara memang dibolehkan menurut undang-undang. Dalam Pasal

³⁷³ Abdulkadir Muhammad, S.H., *Hukum Asuransi Indonesia*, PT Citra Adytia Bakti, Bandung, 2011, hlm. 49

260 KUHD ditentukan, apabila asuransi diadakan dengan perantara seorang makelar, maka polis yang sudah ditandatangani harus diserahkan dalam waktu 8 (delapan) hari setelah perjanjian dibuat. Dalam Pasal 5 huruf (a) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1992 ditentukan, Perusahaan Pialang Asuransi dapat menyelenggarakan usaha dengan bertindak mewakil bertanggung dalam rangka transaksi yang berkaitan dengan kontrak asuransi. Perantara dalam KUHD disebut makelar, dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1992 disebut Pialang.³⁷⁴

Kesepakatan antara bertanggung dan penanggung dibuat secara bebas. Artinya tidak berada di bawah pengaruh, tekanan, atau paksaan pihak tertentu. Kedua belah pihak sepakat menentukan syarat-syarat perjanjian asuransi sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku. Dalam Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1992 ditentukan bahwa penutupan asuransi atas objek asuransi harus didasarkan pada kebebasan memilih penanggung kecuali bagi Program Asuransi Sosial. Ketentuan ini dimaksudkan untuk melindungi hak bertanggung agar dapat secara bebas memilih perusahaan asuransi sebagai penanggungnya. Hal ini dipandang perlu mengingat bertanggung adalah pihak yang paling berkenyamanan atas objek yang diasuransikan, jadi sudah sewajarnya apabila mereka secara bebas tanpa pengaruh dan tekanan dari pihak mana pun dalam menentukan penanggungnya.³⁷⁵

a. Kewenangan (*Authority*)

Kedua pihak bertanggung dan penanggung wenang melakukan perbuatan hukum yang diakui oleh undang-undang. Kewenangan berbuat tersebut ada yang bersifat subjektif dan ada yang bersifat objektif. Kewenangan subjektif artinya kedua pihak sudah dewasa, sehat ingatan,

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ *Ibid.*

tidak berada di bawah perwakilan (*trusteeship*), atau pemegang kuasa yang sah dengan objek asuransi karena benda tersebut adalah kekayaan milik sendiri. Penanggung adalah pihak yang sah mewakili perusahaan asuransi berdasarkan anggaran dasar perusahaan. Apabila asuransi yang diadakan itu untuk kepentingan pihak ketiga, maka tertanggung yang mengadakan asuransi itu mendapat kuasa atau pembenaran dari pihak ketiga yang bersangkutan.³⁷⁶

Kewenangan pihak tertanggung dan penanggung tersebut tidak hanya dalam rangka mengadakan perjanjian asuransi, tetapi juga dalam hubungan internal di lingkungan Perusahaan Asuransi bagi penanggung dan hubungan dengan pihak ketiga bagi tertanggung, misalnya jual beli objek asuransi, asuransi untuk kepentingan pihak ketiga. Dalam hubungan dengan perkara asuransi di muka pengadilan, pihak tertanggung dan penanggung adalah berwenang untuk bertindak mewakili kepentingan pribadinya atau kepentingan Perusahaan Asuransi.³⁷⁷

Hal tersebut di atas merupakan perbedaan antara Undang-Undang Perbankan dan Undang-Undang Usaha Perasuransian. Undang-undang tersebut tentu memiliki perjanjian yang berbeda.

Dalam kegiatan ekonomi perjanjian merupakan instrumen penting yang berpengaruh pada perubahan-perubahan ekonomi termasuk didalamnya pembagian barang dan jasa. Pemberdayaan ekonomi lemah karena pergeseran harta kekayaan secara adil yang dapat menyebabkan pengayaan para pihak. Rasionya, perjanjian menegajawantah dalam maksud dan tujuan untuk menciptakan keadaan yang lebih baik bagi kedua belah pihak hingga dapat mencapai keadilan hukum.

Beroperasinya Bank Muamalah sebagai bank syariah maka berkembang pula bentuk dan isi perjanjian berdasarkan Hukum Islam. Sumber

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Ibid.*

utama dalam perjanjian muamalah adalah Al Quran, Hadist, dan Fatwa. Kitab suci Al-Quran dalam praktiknya ditafsirkan lebih lanjut dalam Fiqih, untuk perjanjian atau aqad termasuk Fiqih Muamalah. Demikian pula dengan Penyusunan Kompilasi Hukum Ekonomi Islam (KHES) berdasarkan Al-Quran, dan fiqih muamalah, di Al-Quran terutama Surah 2 : Al-Baqarah ayat 282 dan ayat 283. Transaksi yang formulanya tidak cermat, perjanjian untung-untungan dan riba, akan merugikan salah satu pihak dinyatakan terlarang dan berdosa. Dalam QS. Al Bakarah (2) : 282. Bentuk tertulis wajib dilakukan para pihak untuk perjanjian dengan kewajiban dengan jangka waktu atau bertahap (tidak sekaligus).

Al-Quran mengatur perjanjian secara rinci dan terukur, hak milik atas suatu kebendaan tertentu seketika muncul dari perjanjian. Pernyataan timbal balik disebut juga *ijab-qobul*, akan tetapi dalam praktek bentuk perjanjian tetaplah perjanjian baku yang tidak memungkinkan para pihak untuk bernegosiasi secara seimbang.

Pada hakekatnya hukum-hukum muamalah adalah bersifat terbuka, Allah SWT dalam Al-Quran mengatur ketentuan yang bersifat “garis besar” saja. Selebihnya terbuka bagi mujtahid untuk mengembangkannya melalui pemikirannya selama tidak bertentangan dengan Al-Quran dan Hadist. Dalam Al-Quran dan Hadist tidak disebutkan secara tegas dan langsung tentang tata cara membuat akad atau perjanjian, tetapi bukan berarti tidak boleh membuat perjanjian. Prinsip dasar secara substansial sudah di atur dalam Al-Quran.³⁷⁸

Asas keseimbangan dalam akad dapat dilihat dari ketentuan-ketentuan yang disebut rukun atau unsur-unsur akad, yaitu sebagai berikut:

1. Para pihak yang membuat akad (*'aqidain*), Para pihak yang beraqad atau disebut juga dengan subjek akad (subjek hukum). Subjek akad, dapat

³⁷⁸Lihat QS. Al-Maidah ayat 2 : tolong menolong dalam kebaikan.

berbentuk orang perorang dan dapat juga dalam bentuk badan hukum (*syirkah*) para pihak harus memenuhi syarat yaitu *aqil baligh*³⁷⁹, ini adalah wujud dari kesetaraan para pihak.

2. Pernyataan kehendak para pihak (*shighat 'aqd*), *Shighat akad* atau *ijab kabul* (serah terima), yaitu perkataan atau tulisan sebagai wujud kehendak kedua belah pihak. Syarat *shighat 'aqd* di antaranya, yaitu: *Jala'ul ma'na, Tawafuq/tathabuq bainal qab wal Kabul, Jazmul iradataini, Ittishad al-Kabul bil-hijab*.³⁸⁰
3. Objek akad (*mahallul 'aqd*), Syarat objek akad, yaitu: halal menurut syara', bermanfaat (bukan merusak atau digunakan untuk merusak), dimiliki sendiri atau atas kuasa pemilik, dapat diserahterimakan (benda dalam kekuasaan), dengan harga jelas.
4. Tujuan akad (*maudhu' al-'aqd*), syarat akad atau *maudhu'u 'aqd* atau dalam istilah hukum perjanjian disebut "Prestasi". Tujuan ini sesuai dengan jenis akadnya, seperti tujuan dalam jual beli (*buyu' /ba'i*) ialah menyerahkan barang dan penjual kepada pembeli dengan ganti/bayaran (*iwadh*), dalam hibah ialah menyerahkan barang kepada penerima hibah (*mauhub*) tanpa ganti (*iwadh*) dan pada akad sewa (*ijarah*) ialah memberikan manfaat dengan ganti (*iwadh*). Syarat *maudhu' al-'aqd* yaitu : baru ada pada saat dilaksanakan akad, berlangsung mulai adanya akad hingga berakhirnya akad, tujuan akad harus dibenarkan syara'

³⁷⁹ *Baligh* adalah ukuran kematangan yang ditandai adanya "tanda-tanda kedewasaan", sedangkan *aqil* adalah tidak cacat akal pikirannya penentuan syarat ini sebagai dasar pembebanan kewajiban dan tanggungjawab.

³⁸⁰ Penjelasan tentang syarat *shigot 'aqd* yaitu ;

- a. *Jala'ul ma'na* (dinyatakan dengan ungkapan yang jelas dan pasti maknanya), sehingga dapat dipahami jenis akad yang dikehendaki.
- b. *Tawafuq/tathabuq bainal qab wal Kabul* (persesuaian antara ijab dan kabul).
- c. *Jazmul iradataini* (ijab dan kabul mencerminkan kehendak masing-masing pihak secara pasti, mantap) tidak menunjukkan adanya unsur keraguan dan paksaan.
- d. *Ittishad al-Kabul bil-hijab*, di mana kedua pihak dapat hadir dalam suatu majelis.

Dalam Pasal 29 KHES, akad yang sah adalah akad yang disepakati dalam perjanjian, tidak mengandung unsur *ghalath* atau *khilaf*, dilakukan di bawah *ikrah* atau paksaan, *taghrir* atau tipuan, dan *ghulan* atau penyamaran. Jadi bila ada suatu akad mengandung salah satu dari yang tersebut pada Pasal 29, maka akad dapat dibatalkan oleh pihak yang dirugikan akibat pihak lain melakukan *ghalath*, *ikrah*, *taghrirdan ghulan* dari pembentukan akad, pelaksanaan akad sampai pemenuhan prestasi.

Dari dua belas asas dalam aqad, salah satunya adalah : Asas *Taswiyah*³⁸¹ (kesetaraan) berkedudukan penting dalam akad, Islam mengharuskan dalam aktivitas bisnis untuk berbuat adil tidak terkecuali pada pihak yang tidak disukai sekalipun. Para pihak dalam setiap aqad memiliki kedudukan yang setara dan mempunyai hak dan kewajiban yang seimbang. Asas ini memberikan landasan bahwa pembentukan akad diawali dengan mendudukan para pihak pada kedudukan yang setara untuk pencapaian keadilan. Asas *Taswiyah* erat hubungannya dengan penentuan hak dan kewajiban yang dibebankan pada kedua belah pihak sebagai bentuk prestasi yang harus dipenuhi. Landasan dari asas ini adalah Q.S Al-Hujarat ayat 13 yang menunjukkan bahwa manusia diciptakan berbeda-beda dengan segala kelebihan dan kekurangannya supaya dapat saling melengkapi dan bekerjasama. Akad adalah bentuk tolong menolong dalam kebaikan dan Allah melarang orang melakukan kezaliman pada orang lain.

Hubungan kontraktual para pihak pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dalam hubungannya dengan masalah keadilan. Kontrak sebagai wadah yang mempertemukan kepentingan satu pihak dengan pihak lain menuntut bentuk pertukaran kepentingan yang adil. Oleh karena itu, sangat tepat dan mendasar apabila dalam melakukan analisis tentang asas

³⁸¹Pasal 21 ayat (f) KHES.

proporsionalitas dalam kontrak justru dimulai dari aspek filosofis keadilan berkontrak.

Dari beberapa perbedaan tentang keadilan tersebut dalam Bab II, keadilan distributif dipandang segala awal mula segala jenis teori keadilan. Dinamika keadilan yang berkembang di masyarakat dalam telaah para ahli pada umumnya berlandaskan pada teori keadilan distributif, meskipun dengan berbagai versi dan sisi pandangnya masing-masing. Oleh karena itu menurut saya, melakukan telaah kritis mengenai hubungan kontraktual para pihak, khususnya dalam kontrak komersial, tentunya harus dilandasi pemikiran proporsional yang terkandung dalam keadilan distributif. Keadilan dalam berkontrak lebih termanifestasi apabila pertukaran kepentingan para pihak terdistribusi sesuai dengan hak dan kewajibannya secara proporsional.

Dalam teori etika modern terdapat dua prinsip untuk keadilan distributif, yaitu prinsip formal dan prinsip materiil. Kedua prinsip tersebut dapat dijabarkan sebagai berikut:

- a. Prinsip formal, sebagaimana yang dikemukakan Aristoteles bahwa, "*equals ought to be treated equally and unequals may be treated unequally*". Prinsip ini beranjak dari asumsi "untuk hal-hal yang sama diperlakukan secara sama" (dengan syarat seluruh kondisi dalam keadaan "*ceteris paribus*"). Prinsip ini menolak adanya perbedaan perlakuan (diskriminasi).
- b. Prinsip materiil, prinsip ini mempunyai karakter melengkapi prinsip formal. Prinsip ini bersanding secara korelatif dengan prinsip formal yang menekan pada aspek formalitas prosedural, dengan tetap memerhatikan aspek substantif terhadap penghargaan perlakuan kepada masing-masing pihak.

Hal yang sama dikemukakan oleh L.J. van Apeldoorn, J. van Kan dan J.H. Beekhuis, bahwa keadilan itu memperlakukan sama terhadap hal yang sama dan memperlakukan yang tidak sama sebanding dengan ketidaksamaannya. Asas keadilan tidak menjadikan persamaan hakiki dalam pembagian kebutuhan-kebutuhan hidup. Hasrat akan persamaan dalam bentuk

perlakuan harus membuka mata bagi ketidaksamaan dan kenyataan-kenyataan. Terkait dengan pandangan tersebut, perlu diperhatikan makna keadilan dari suatu asas yang menentukan “bentuk” menjadi asas yang memberikan “isi” dari suatu standar atau ukuran.

Beauchamp dan Bowie mengajukan enam prinsip agar keadilan distributif terwujud, yaitu apabila diberikan:

- a. Kepada setiap orang bagian yang sama;
- b. Kepada setiap orang sesuai dengan kebutuhan individualnya;
- c. Kepada setiap orang sesuai dengan haknya;
- d. Kepada setiap orang sesuai dengan usaha individualnya;
- e. Kepada setiap orang sesuai dengan kontribusinya;
- f. Kepada setiap orang sesuai dengan jasanya (merit).

Sehubungan dengan hakikat keadilan dalam kontrak, beberapa sarjana mengajukan pemikirannya tentang keadilan yang berbasis kontrak, antara lain John Locke, Rosseau, Immanuel Kant, serta John Rawls. Para pemikir tersebut menyadari bahwa tanpa kontrak serta hak dan kewajiban yang ditimbulkannya, maka masyarakat bisnis tidak akan berjalan. Oleh karena itu tanpa adanya kontrak, orang tidak akan bersedia terikat dan bergantung pada pernyataan pihak lain. Kontrak memberikan sebuah cara dalam menjamin bahwa masing-masing individu akan memenuhi janjinya, dan selanjutnya hal ini memungkinkan terjadinya transaksi di antara mereka.

John Locke, Rosseau, dan Immanuel Kant, meskipun teori keadilannya berbasis kontrak, namun oleh John Rawls dikritik karena cenderung bersifat utilitarianisme dan intuisiisme. Teori keadilan Rawls merupakan teori yang dianggap fenomenal dan paling banyak diperdebatkan oleh para ahli. Teori keadilan Rawls berlitik tolak dan kritiknya atas kegagalan teori-teori keadilan yang berkembang sebelumnya. Kegagalan tersebut disebabkan oleh substansinya yang sangat dipengaruhi baik utilitarianisme maupun intuisiisme.

Seperti halnya Robert Nozick dan Ronald Dworkin, Rawls mengkritik utilitarianisme yang dipelopori Jeremy Bentham dan dikembangkan oleh John Stuart Mill, sebagai pandangan moral yang sangat dominan dengan pemahamannya yang mengajarkan bahwa benar salahnya peraturan atau tindakan manusia tergantung pada konsekuensi langsung dan peraturan atau tindakan tertentu yang dilakukan. Dengan demikian, baik buruknya tindakan manusia secara moral sangat tergantung pada baik buruknya konsekuensi tindakan tersebut bagi manusia. Dworkin menyebutnya sebagai teori “*goalbased theory*”, menyatakan bahwa utilitarianisme gagal untuk menjamin keadilan sosial karena lebih mendahulukan asas manfaat daripada asas hak. Oleh karena itu, utilitarianisme tidak tepat untuk dijadikan basis untuk membangun suatu konsep keadilan.

Kelemahan pokok teori-teori kontrak yang berbasis utilitarianisme adalah:

- a. Keadilan sulit dijamin karena pengambilan keputusan lebih ditentukan oleh prinsip manfaat daripada prinsip hak;
- b. Keadilan sebagai sebuah nilai juga tidak mendapat prioritas terhadap pertimbangan-pertimbangan ekonomis;
- c. Keadilan seakan dapat dikompensasi melalui keuntungan-keuntungan ekonomis atau keuntungan-keuntungan sosial lainnya;
- d. Pada taraf ini ketidakadilan akan mudah muncul dan bersamaan dengan itu penghargaan pada hak dan martabat manusia juga hilang dan diremehkan.

Karena kecenderungannya untuk memberikan manfaat paling besar bagi sebanyak mungkin anggota masyarakat, “*the greatest benefit for the greatest number of people*” atau disebut juga “*felicific calculus*”, maka utilitarianisme cenderung menganggap bahwa kebahagiaan setiap orang adalah sama. Lebih dari itu kepuasan yang umumnya dipahami dalam arti kepuasan material, diangkat menjadi ukuran yang dianggap valid dan mengikat. Sehingga seolah-olah kepuasan dapat dikalkulasi secara matematis, meski sesungguhnya kepuasan tidak pernah dapat dikalkulasi secara matematis.

Dari aspek moral, dengan lebih mengutamakan asas manfaat (*the good*) dan mengesampingkan asas hak (*the right*), tampaknya *utilitarianisme* mempunyai tujuan baik, yakni berupaya melalui pendekatan teleologis, menjembatani jurang antara prinsip hak dan prinsip manfaat, namun dalam praktiknya paham ini gagal memainkan peranannya. Tegasnya menurut beberapa kritikus, *utilitarianisme* tidak mampu menghadapi dua jenis permasalahan moral, yaitu: masalah yang berkaitan dengan hak dan masalah yang berkaitan dengan keadilan.

Menurut Rawls, adalah tidak adil mengorbankan hak dan satu atau beberapa orang hanya demi keuntungan ekonomis yang lebih besar bagi masyarakat secara keseluruhan. Sikap ini justru bertentangan dengan keadilan sebagai *fairness*, yang menuntut prinsip kebebasan yang sama sebagai basis yang melandasi pengaturan kesejahteraan sosial. Oleh karenanya pertimbangan ekonomis tidak boleh bertentangan dengan prinsip kebebasan dan hak yang sama bagi semua orang. Dengan kata lain, keputusan sosial yang mempunyai akibat bagi semua anggota masyarakat harus dibuat atas dasar hak (*right based weight*) daripada atas dasar manfaat (*good-based weight*). Hanya dengan itu keadilan sebagai *fairness* dapat dinikmati semua orang.

Rawls juga mengkritik *intuitionisme* karena tidak memberi tempat memadai pada asas rasionalitas. *Intuitionisme* dalam proses pengambilan keputusan (moral) lebih mengandalkan kemampuan intuisi manusia. Dengan demikian, pandangan ini juga tidak memadai apabila dijadikan pegangan dalam mengambil keputusan, terutama pada waktu terjadinya konflik antara norma-norma moral.

Dengan mengambil pelajaran dan kegagalan teori-teori sebelumnya, Rawls mencoba menawarkan suatu bentuk penyelesaian yang terkait dengan problematika keadilan dengan membangun teori keadilan berbasis kontrak. Menurutnya suatu teori keadilan yang memadai harus dibentuk dengan

pendekatan kontrak, dimana asas-asas keadilan yang dipilih bersama benar-benar merupakan hasil kesepakatan bersama dan semua person yang bebas, rasional, dan sederajat. Hanya melalui pendekatan kontrak sebuah teori keadilan mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara adil bagi semua orang. Oleh karenanya dengan tegas Rawls menyatakan, suatu konsep keadilan yang baik haruslah bersifat kontraktual, konsekuensinya setiap konsep keadilan yang tidak berbasis kontraktual harus dikesampingkan demi kepentingan keadilan itu sendiri.

Dalam konteks ini Rawls menyebut "*justice as fairness*" yang ditandai adanya prinsip rasionalitas, kebebasan, dan kesamaan. Oleh karena itu, diperlukan prinsip-prinsip keadilan yang lebih mengutamakan asas hak daripada asas manfaat. Rawls merumuskan dua prinsip keadilan distributif, sebagai berikut:

- a. Prinsip I *the greatest equal principle*, bahwa setiap orang harus memiliki hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Ini merupakan hal yang paling mendasar (hak asasi) yang harus dimiliki semua orang. Dengan kata lain, hanya dengan adanya jaminan kebebasan yang sama bagi semua orang, maka keadilan akan terwujud (Prinsip Kesamaan Hak);
- b. Prinsip II, ketidaksamaan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga perlu diperhatikan asas atau prinsip berikut:
 - (1) *the different principle*; dan
 - (2) *the principle of fair equality of opportunity*.

Prinsip ini diharapkan memberikan keuntungan terbesar bagi orang-orang yang kurang beruntung, serta memberikan penegasan bahwa dengan kondisi dan kesempatan yang sama, semua posisi dan jabatan harus terbuka bagi semua orang (Prinsip Perbedaan Objektif).

Dengan penekanannya yang begitu kuat pada pentingnya memberi peluang yang sama bagi semua pihak, Rawls berusaha agar keadilan tidak

terjebak dalam ekstrem kapitalisme di satu pihak dan sosialisme di lain pihak. Rawls memberikan pedoman untuk menerapkan masing-masing prinsip tersebut di atas, yaitu : Prinsip I, *the greatest equal principle*, harus lebih diprioritaskan, apabila terjadi konflik dilihat prinsip II Prinsip II, *the principle of (fair) equality of opportunity* harus lebih diprioritaskan, kemudian perhatikan *the different principle*.

Keadilan harus dipahami sebagai *fairness*, dalam arti bahwa tidak hanya mereka yang memiliki bakat dan kemampuan yang lebih baik saja yang berhak menikmati pelbagai manfaat sosial lebih banyak, tetapi keuntungan tersebut juga harus membuka peluang bagi mereka yang kurang beruntung untuk meningkatkan prospek hidupnya. Dalam kaitannya dengan hal tersebut, pertanggungjawaban moralitas “kelebihan” dan mereka yang beruntung harus ditempatkan pada “bingkai kepentingan” kelompok mereka yang kurang beruntung. “*The different principle*” tidak menuntut manfaat yang sama (*equal benefits*) bagi semua orang, melainkan manfaat yang sifatnya timbal balik (*reciprocal benefits*), misalnya, seorang pekerja yang terampil tentunya akan lebih dihargai dibandingkan dengan pekerja yang tidak terampil. Di sini keadilan sebagai *fairness* sangat menekankan asas resiprositas, namun bukan berarti sekadar “*simply reciprocity*”, di mana distribusi kekayaan dilakukan tanpa melihat perbedaan-perbedaan objektif di antara anggota masyarakat. Oleh karenanya, agar terjamin suatu aturan main yang objektif maka keadilan yang dapat diterima sebagai *fairness* adalah *pure procedural justice*, artinya keadilan sebagai *fairness* harus berproses sekaligus terefleksi melalui suatu prosedur yang adil untuk menjamin hasil yang adil pula.

Menarik untuk digarisbawahi bahwa konsep kesamaan menurut Rawls harus dipahami sebagai “kesetaraan kedudukan dan hak”, bukan dalam arti “kesamaan hasil” yang dapat diperoleh semua orang. Kebebasan yang ada selalu dalam kebebasan yang “tersituasi” (dalam konteks “ini” dan “di sini”), sehingga disandarkan pada berbagai kondisi, keadaan-keadaan dan kualitas

masing-masing. Tentunya pandangan ini semakin membuka mata mereka yang senantiasa menuntut hasil yang sama tanpa memandang proses (prosedur) dan awal hingga akhir. Bagi Rawls kesamaan hasil bukanlah alasan untuk membenarkan sebuah prosedur. Keadilan sebagai fairness atau sebagai *pure procedure justice* tidak menuntut setiap orang yang terlibat dan menempuh prosedur yang sama juga harus mendapat hasil yang sama. Sebaliknya, hasil prosedur yang *fair* itu harus diterima sebagai adil, juga apabila setiap orang tidak mendapat hasil yang sama.

Dengan demikian, konsep keadilan yang lahir dan suatu prosedur yang diterima oleh semua pihak juga harus diterima sebagai konsep yang pantas berlaku untuk umum. Oleh karena itu, harus dipahami bahwa keadilan tidak selalu berarti semua orang harus selalu mendapatkan sesuatu dalam jumlah yang sama, tanpa memerhatikan perbedaan-perbedaan yang secara objektif ada pada setiap individu.

Meskipun teori keadilan Rawls dalam banyak hal efektif memecahkan problem sosial kemasyarakatan, namun pada sisi lain teori ini juga dikritik, khususnya teori kedua (*the different principle*). Menurut mereka yang mengajukan knitik terhadap Rawls, terdapat beberapa kelemahan yang perlu dicermati, yaitu:

Bahwa teori Rawls (*the different principle*) justru menimbulkan ketidakadilan karena adanya peluang intervensi pemerintah untuk melanggar hak seseorang. Selain itu, prinsip ini juga mengorbankan usaha dan kegigihan orang dalam mencapai taraf kesejahteraan tertentu, justru dikesampingkan demi kepentingan mereka yang tidak beruntung. Padahal konsep Rawls tentang “*justice as fairness*” sangat menekan prinsip hak yang dilandasi rasionalitas, kebebasan dan kesamaan.

Tampaknya dalam konteks tersebut Rawls dianggap masih sulit melepaskan pengaruh utilitarianisme, terbukti dengan menempatkan kebebasan individu untuk dalam kondisi tertentu tunduk pada kepentingan umum. Hal ini

tampak jelas dalam konsep “*maximin strategy*” (maksimum-minimum) dalam proses pemilihan prinsip-prinsip keadilan yang diajukan Rawls untuk menghindari konsekuensi-konsekuensi yang merugikan. Tabel keberuntungan (*gain and loss*) yang digunakan untuk menjelaskan konsep “*maximin strategy*” tampak jelas bagaimana proses pengambilan keputusan tersebut lebih mengarah dan masuk dalam ranah konsep utilitarianisme.

Kritik terhadap teori keadilan Rawls diperkuat oleh pandangan Manuel G. Velasquez, yang menyatakan bahwa meskipun konsep hak secara umum menolak standar-standar utilitarianisme, namun tidak berarti terbebas dari pertimbangan-pertimbangan utilitarian. Apabila keuntungan atau kerugian yang diterima masyarakat cukup besar, maka hal itu dapat dijadikan alasan untuk melampaui batas hak seseorang dalam mencari kepentingan atau tujuan-tujuannya.

Meskipun banyak kritik yang diajukan terhadap teori Rawls, namun para pendukungnya masih mengklaim bahwa keuntungan-keuntungan dan teori ini lebih besar dibandingkan kekurangannya. Para pendukung Rawls mengajukan beberapa alasan, sebagai berikut:

- a. Teori ini mempertahankan nilai-nilai dasar yang terdapat dalam keyakinan-keyakinan moral kita: kebebasan, persamaan hak dalam memperoleh kesempatan, dan pertimbangan terhadap kelompok masyarakat yang kurang beruntung.
- b. Teori ini cocok dengan institusi-institusi ekonomi dasar dimasyarakat Barat, karena tidak menolak: (i) sistem pasar; (ii) insentif kerja; ataupun (iii) perbedaan dalam pembagian tenaga kerja. Sebaliknya, dengan mensyaratkan sistem kerja yang tidak sama agar bisa memberikan keuntungan bagi orang-orang yang kurang beruntung, dan dengan mensyaratkan persamaan hak dalam memperoleh kesempatan, teori ini menunjukkan bagaimana perbedaan-perbedaan dalam pembagian tenaga kerja dan pasar bebas dapat dikompensasikan dan otomatis juga menjadi adil.

- c. Teori ini mencakup unsur-unsur komunitarian dan individualistis yang terdapat dalam budaya Barat. Prinsip perbedaan mendorong orang-orang berbakat untuk menggunakan keahliannya dalam cara-cara yang mampu meningkatkan keuntungan bagi warga masyarakat lainnya yang kurang beruntung, yang dalam hal ini mendorong jenis pertimbangan komunitarian. Prinsip keadilan sederajat memberikan hak pada setiap individu untuk berusaha meraih kepentingan-kepentingan khusus mereka.
- d. Teori ini juga mempertimbangkan kriteria kebutuhan, kemampuan, usaha, dan kontribusi. Prinsip perbedaan mendistribusikan keuntungan sesuai dengan kebutuhan, sedangkan prinsip kesamaan hak dalam memperoleh kesempatan mendistribusikan keuntungan dan beban menurut kemampuan dan kontribusi seseorang.
- e. Bahwa ada pembenaran moral yang diberikan oleh posisi awal. Posisi awal didefinisikan sedemikian rupa, sehingga orang-orang dalam posisi ini mampu memilih prinsip yang mempertimbangkan kepentingan semua orang, dan hal ini menurut mereka adalah yang menjadi esensi moralitas.

Robert Nozick yang dikenal sebagai filsuf libertarian dan juga kolega Rawls di Universitas Harvard mempunyai pandangan yang berbeda mengenai keadilan distributif. Nozick mengajukan pemikiran liberalistisnya tentang keadilan dengan menyebut teori keadilan distributifnya sebagai "*The entitlement theory*" ("teori pemilikan hak" atau "teori landasan hak"). Semua jenis distribusi keuntungan dan beban adalah adil jika memungkinkan individu melakukan pertukaran barang secara bebas. Nozick menyatakan prinsip ini sebagai prinsip dasar keadilan distributif:

Dari setiap orang sesuai dengan apa yang dipilih untuk dilakukan, bagi setiap orang sesuai dengan apa yang mereka lakukan untuk diri mereka sendiri (mungkin dengan bantuan orang lain), dan apa yang dipilih orang lain untuk dilakukan baginya dan mereka pilih untuk diberikan padanya atas apa yang telah mereka berikan sebelumnya dan belum diperbanyak atau dialihkan.

Nozick mengembangkan teori keadilannya, melalui pendekatan pasar bebas yang radikal dan menempatkan peran negara sebagai penjaga malam, artinya campur tangan negara terhadap kebebasan individu harus dibatasi seminimal mungkin (prinsip ‘minimal state’). Menurut Nozick seseorang dianggap memiliki sesuatu yang adil, apabila pemilikan itu berasal dan keputusan bebas yang mempunyai landasan “hak”. Terkait dengan hal itu, ada tiga kemungkinan yang melahirkan tiga prinsip, yaitu:

- a. Prinsip “*original acquisition*”, perolehan sesuatu untuk pertama kalinya, misalnya dengan memproduksi sendiri.
- b. Prinsip “*transfer*”, kepemilikan sesuatu berdasarkan adanya transfer atau diberikan melalui orang lain.
- c. Prinsip “*rectification of injustice*”, perolehan kembali Sesuatu yang sebelumnya diambil dan diri seseorang. Dalam hal ini setiap intervensi dari luar merupakan pelanggaran terhadap kebebasan.

Nozick mengajukan keberatan terhadap prinsip materiil dan keadilan distributif (tradisional), karena prinsip itu mempunyai dua kelemahan, yaitu bersifat ahistoris dan sudah terpolakan sebelumnya (patterned). Dikatakan ahistoris karena tidak memerhatikan bagaimana pembagian itu sampai terjadi, hal itu merupakan “*end state principles*”, sekadar memerhatikan hasil akhir tanpa melihat prosesnya. Keberatan ini juga diajukan oleh Nozick terhadap prinsip perbedaan (*the different principle*) Rawls. Oleh karena itu melalui tiga prinsipnya tersebut Nozick tidak sekedar menekankan pada hasil pembagian, tetapi juga mempertanggungjawabkan proses yang melandasi pembagian atau pemilikan. Prinsip Nozick jelas menekankan pada prinsip hak, artinya harus ada pengakuan terhadap hak individu yang bebas dalam melakukan proses pertukaran yang fair.

Pandangan Libertarian Nozick ternyata menurut para kritikus juga mengandung sejumlah masalah. Terdapat dua kritik mendasar terkait pandangan Nozick, yaitu:

- a. Pertama, pandangan ini mengabadikan sebuah nilai tertentu (kebebasan dari paksaan orang lain) dan mengorbankan semua hak dan nilai-nilai lain tanpa memberikan alasan persuasif mengapa hal tersebut perlu dilakukan.
- b. Kedua, bahwa prinsip Libertarian atas keadilan distributif akan menciptakan perlakuan yang tidak adil terhadap orang-orang yang kurang beruntung.

Terlepas dari pelbagai kritik terhadap teori Rawls, namun harus diakui sebagaimana dikemukakan para pemikir filsafat modern bahwa pokok-pokok pikiran tentang keadilan Rawls merupakan teori yang brilian dan orisinal bahkan mendekati teori komprehensif. Beranjak dan pemikiran Rawls, Nozick maupun sarjana lain, kiranya dalam memahami pola hubungan kontraktual di antara pelaku bisnis yang mengarah pada makna keadilan harus didistribusikan pada kerangka dan konteks yang proporsional.

Terkait dengan kompleksitas hubungan kontraktual dalam dunia bisnis, khususnya terkait dengan aspek keadilan dalam kontrak komersial, maka berdasarkan pikiran-pikiran tersebut di atas kita tidak boleh terpaku pada perbedaan keadilan klasik. Artinya analisis keadilan dalam kontrak komersial harus memadukan konsep kesamaan hak dalam pertukaran (prestasi - kontra prestasi) sebagaimana dipahami dalam konteks keadilan komutatif maupun konsep keadilan distributif sebagai landasan hubungan kontraktual.

Memahami keadilan dalam kontrak komersial tidak boleh membawa kita kepada sikap monistic (paham tunggal), namun lebih dan itu harus bersikap komprehensif. Dalam keadilan komutatif yang menjadi landasan hubungan antarperson, termasuk kontrak, hendaknya tidak dipahami sebagai kesamaan semata karena pandangan ini akan menghasilkan ketidakadilan ketika dihadapkan dengan ketidakseimbangan para pihak yang berkontrak. Dalam keadilan komutatif di dalamnya terkandung pula makna distribusi-proporsional. Demikian pula dalam keadilan distributif yang dipolakan dalam hubungan negara dengan warga negara, konsep distribusi-proporsional yang terkandung di dalamnya dapat ditarik ke perspektif hubungan kontraktual para pihak.

Telaah komprehensif tentang keadilan tidak lengkap apabila tidak dikupas secara kritis perkembangannya dengan “*equity*”. Sejak zaman Yunani, Plato, Aristoteles, hingga Romawi telah disadari bahwa *equity* diperlukan untuk melengkapi keberlakuan keadilan. Menurut Aristoteles “*epieikeia*” (*equity*; *billijkheid*, kepatutan) merupakan penjaga dari pelaksanaan undang-undang, karena *equity* terletak di luar undang-undang (hukum) yang menuntut keadilan dalam keadaan dan situasi tertentu. *Equity* merupakan gagasan *fairness* dalam pelaksanaan hukum, dengan demikian memberi peluang untuk penilaian yang melengkapi sifat umum dan undang-undang. Duynstee memberikan definisi *equity* (*aequitas*, *billijkheid*, kepatutan) sebagai kebajikan yang mendorong manusia untuk menggunakan apa yang menjadi haknya untuk berbuat secara rasional (menurut akal sehatnya). G. W. Paton menegaskan bahwa *equity* dalam pelaksanaannya tidak berlawanan dengan hukum, bahkan pengaruhnya semakin kuat dalam penyelesaian sengketa ketika aspek hukum tidak mengaturnya.

Dalam praktik tidak jarang dijumpai wujud keadilan yang seharusnya berwatak kebajikan (*virtue*) ternyata justru menjadi bentuk pengingkaran terhadap keadilan itu sendiri. Karakter keadilan adalah objektif, zakelijk dan umum, berarti keadilan yang demikian itu mutlak, memaksa dan dalam pelaksanaannya terlalu abstrak, sehingga tidak mempertimbangkan situasi keadaan person-person serta terlalu menyamaratakan. Kualitas individu serta kondisi-kondisi tertentu seharusnya juga menjadi perhatian dengan tanpa bermaksud mereduksi keadilan itu sendiri, tetapi lebih dan itu justru menyempurnakan keberlakuannya. Oleh karena itu, dalam praktik dan perkembangannya keadilan dikoreksi dan disandingkan dengan “*equity*” (*aequitas* — kepatutan).

Equity tidak bermaksud untuk mengubah atau mengurangi keadilan, melainkan sebatas memberikan koreksi dan atau melengkapi dalam keadaan individu tertentu, kondisi serta kasus tertentu. Melalui penerapan *equity* dalam praktik maka *maxim* “*summa iustitia summa iniuria*” tidak akan terjadi, karena

dengan adanya *equity* pemberlakuan nilai keadilan dalam hubungan antara individu dikembalikan pada proporsi yang sewajarnya. Hal ini dikarenakan *equity* sangat mempertimbangkan aspek-aspek penting yang melingkupi suatu kasus, yaitu: (a) Iktikad baik; (b) Maksud para pihak; (c) Situasi atau keadaan-keadaan dan lain-lain.

Eksistensi *equity* sebagai pelengkap keadilan, dalam praktik telah banyak dikembangkan, terutama melalui putusan-putusan pengadilan. Dalam sistem *common law* (di Inggris) perkembangan *equity* beranjak dari sejarah pengadilan (*Royal Court* atau *King's Court*) pada waktu Raja Henry II dengan sistem *writ* yang memberlakukan *common law* yang bersumber pada putusan pengadilan. Sistem *writ* yang mendasarkan pada *common law* ini dalam menyelesaikan perkara dianggap tidak memberikan keadilan, sehingga kemudian orang berpaling pada pengadilan gereja (pimpinan gereja *Lord of Chancellor*) yang bersumber pada hukum gereja. Dengan semakin banyaknya perkara yang diajukan ke pengadilan gereja ini, maka kemudian lembaga ini berkembang sehingga menjadi pengadilan tersendiri yang diberi nama *Court of Chancery*.

Court of Chancery tidak dimaksudkan untuk menciptakan hukum baru atau mengubah *common law*, melainkan:

- a. Semata-mata memperbaiki kondisi masyarakat, di mana hukum dan keadilan harus ditegakkan;
- c. *Court of Chancery* mengikuti *common law*;
- d. Apabila *common law* tidak mampu memberikan keadilan dalam suatu sengketa, maka *equity* muncul untuk mengintervensi kelemahan *common law* dengan memberikan penyelesaian.

Meskipun dalam penanganan perkara baik yang mendasarkan pada *common law* dan *equity* pada mulanya berjalan seiring, namun ada periode di mana kedua sistem tersebut saling berseberang (konflik dalam penanganan sengketa). Bahkan rivalitas ini mencapai puncaknya dalam *Earl of Oxford's*

Case dengan putusan, jika terjadi konflik antara *common law* dengan *equity*, maka *equity* yang lebih unggul (“*when it was decided that where common law and equity were in conflict, equity should prevail*”). Selanjutnya melalui *Judicature Act* pada tahun 1873-1875 dilakukan reorganisasi pengadilan, baik *Royal Court* yang menangani perkara-perkara berdasar *common law* maupun *Court of Chancery* yang menangani perkara-perkara berdasarkan *equity* menjadi satu atap. Artinya, baik itu menyangkut perkara *common law* maupun *equity* dapat diajukan pada salah satu pengadilan tersebut.

Pada periode berikut *equity* berkembang menjadi “*a system of case law*” yang mengikat berdasarkan asas *precedent* yang sejalan dengan peran hakim sebagai “*judge made law*”. *Equity* mempunyai arti penting karena fungsi *equity*, pertama, melengkapi kekurangan-kekurangan *common law*, dan kedua, mengadakan koreksi terhadap *common law*. Francis dalam bukunya “*Maxims of Equity*” telah mencoba merumuskan pedoman *equity* melalui beberapa *maxim*, sebagai “*rule of reason*”. Beberapa *maxim* yang cukup signifikan dan penting, antara lain:

- a. *Equity looks on as done that which ought to be done.*
- b. *Equity follows the law.*
- c. *He or she who comes into equity must come with clean hands.*
- d. *He or she who seeks equity must do equity.*
- e. *Equity does not allow a statute to be made an instrument of fraud.*
- f. *Equality is equity.*
- g. *Equity acts in personam.*
- h. *Equity will not assist a volunteer.*
- i. *Equity look to intent not form.*
- j. *Equity will not suffer a wrong to be without a remedy.*
- k. *Where the equities are equal, the law prevailss.*
- l. *Where the equities are equal, the first in time prevails.*
- m. *Equity aids the dilligent not the tardy.*

G. E. Dal Pont mengemukakan beberapa prinsip etis tentang *equity* yang bersifat fundamental dalam beberapa maxim, sebagai berikut:

- a. *A person who seeks equity must do equity.*
- b. *A person who comes to equity must come with clean hands.*
- d. *Equity will not suffer a wrong without a remedy.*
- e. *Equity will not allow a statute to be used as an instrument of fraud.*
- f. *Equity does looks to intent rather than form.*
- g. *Equity assists the dilligent and not the tardy.*
- h. *Equity acts in personam.*
- i. *Equity is equality.*
- j. *Equity will not assist a volunteer.*
- k. *Equity will not perfect an imperfect gift.*
- l. *Equity considers done that which ought to have been done.*

Contoh *equity* yang banyak diputuskan oleh pengadilan di negara-negara common law, yaitu:

- a. *Injunction*, yaitu putusan yang melarang salah satu pihak melakukan sesuatu yang akibat rusakannya tidak akan dapat diperbaiki lagi bila tidak dilarang atau diberhentikan sementara waktu. Dalam perspektif BW hal ini dapat disepadankan dengan ketentuan Pasal 1341 BW (*actio pauliana*).
- b. *Specific performance*, putusan hakim yang mewajibkan pelaksanaan dan kewajiban yang telah disepakati dalam suatu kontrak atau dan sumber lainnya.

Sementara itu dalam sistem *civil law*, prinsip *equity* (*equitable principles*) tercakup dalam asas-asas itikad baik, kepatutan dan kelayakan atau kepatutan (*goeder trouw, redelijkheid en billijkheid*). Yurisprudensi yang merumuskan penyalahgunaan hak, yang semula dibatasi pada pelanggaran undang-undang, kemudian didasarkan pada hukum, dan pada perkembangan terakhir berdasarkan *equity*. Dalam hal ini hakim dituntut untuk memperhitungkan situasi dan keadaan yang melingkupi mereka yang

melakukan pelanggaran. Pertimbangan-pertimbangan atas dasar *equity* ini diharapkan mengarahkan hakim pada putusan yang seadil-adilnya berdasarkan kepatutan, *et aequo et bono*.

Dalam lingkup KUH Perdata, contoh implementasi prinsip *equity* tampak jelas dalam rumusan Pasal 1339 KUH Perdata, yaitu:

“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 (*billijkheid*), kebiasaan, atau undang-undang.”

Substansi Pasal 1339 KUH Perdata ini menggarisbawahi pentingnya kepatutan (*equity, billijkheid*) dalam kaitannya dengan keterikatan kontraktual para pihak, disamping apa yang telah disepakati dalam kontrak. Pasal 1339 KUH Perdata tersebut di atas, khususnya yang berhubungan dengan kepatutan (*billijkheid*), pada umumnya selalu dihubungkan dengan Pasal 1338 Ayat 3 BW, bahwa “perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik”.

Dalam Burgerlijk Wetboek “*equity*” merupakan elemen paling penting dalam hubungan kontraktual para pihak, sebagaimana diatur dalam Pasal 6: 2 NBW. Menurut Arthur S. Hartkamp, “*one of the most important elements of Book 6 is the role of good faith in juridical relationships. In Art. 2 of Book 6 it is expressly stated that good faith (which in the law of obligations will be renamed “reasonableness and equity”) cannot only supplements obligations arising from contract or from other sources, but can also extinguish them or exclude their application.* (garis bawah oleh saya) Dengan demikian, menurut NBW ‘*reasonableness and equity*’ mempunyai hubungan yang erat dengan ‘*good faith*’ (iktikad baik tidak lain adalah kepatutan dan keadilan, atau *redelijkheid en billijkheid*) yang melandasi hubungan hukum para pihak.

Berdasarkan kajian teoritis terurai di atas, maka untuk menyeimbangkan para pihak dalam perjanjian dapat ditempuh prosedur sebagai berikut :

- 1) Para pihak melakukan pra perjanjian untuk dapat mempelajari substansi atau isi perjanjian baku
- 2) Memberi kesempatan pada para pihak bernegosiasi substansi pokok pada perjanjian baku
- 3) Pengawasan terhadap penerapan klausula aksesorasi
- 4) Melalui peraturan perundangan tentang perjanjian ditetapkan bahwa : perjanjian baku bukanlah undang-undang akan tetapi bentuk penegasan pada hubungan hukum antara para pihak.

Hakikat keadilan pada akhirnya kembali pada pemenuhan hak dan kewajiban dalam hubungan kehidupan yang manusiawi yang didasarkan pada keseimbangan hak dan kewajiban. Keadilan menuntut tindakan proporsional terhadap pihak lain maupun masyarakat beserta nilai-nilai yang berlaku. Perjanjian baku seharusnya tidak berisi klausula yang isinya menyatakan bahwa debitur tunduk pada peraturan baru, tambahan ataupun perubahan secara sepihak oleh kreditur. Ketika merancang dan merumuskan perjanjian dalam bentuk baku, kreditur melihat pada ketentuan mengenai pelarangan untuk memuat klausul yang menyatakan pengalihan tanggungjawab, pemberian kuasa debitur kepada kreditur, baik secara langsung maupun tidak langsung untuk melakukan tindakan secara sepihak berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian. Selain itu kreditur seharusnya memberikan waktu yang cukup pada debitur untuk membaca dan memahami isi perjanjian.