

A close-up photograph of a hand holding a blue ballpoint pen, signing a document. The document has a green header and some text. The background is a solid light green color.

Prof. Dr. Ridwan Khairandy, S.H., M.H.

**Hukum Kontrak Indonesia
dalam Perspektif
Perbandingan**

2013

I

PENGERTIAN DAN PENGATURAN HUKUM PERIKATAN

A. Pengertian Perikatan

Hukum perikatan (*verbintenissenrecht, law of obligation*) merupakan konsep hukum yang khas dalam sistem *Civil Law*. Lembaga hukum ini berasal dari tradisi hukum (*legal tradition*) Romawi. Hukum perikatan di dalam sistem *Civil Law*, seperti yang dianut Perancis, Jerman, Belanda, Spanyol, dan Indonesia merupakan satu kesatuan yang mencakup hukum kontrak dan perbuatan melawan hukum. Kedua bidang hukum tersebut ditempatkan pada kategori yang umum, yakni hukum perikatan.¹

Sistem *Common Law* tidak mengenal penyatuan tersebut. Hukum modern Inggris menempatkan bidang hukum kontrak (*contract*) dan perbuatan melawan hukum (*tort*) ke dalam dua kompartemen yang terpisah. Di dalam hukum Inggris ada dikotomi yang tegas antara kontrak dan perbuatan melawan hukum.²

Di dalam sistem hukum Indonesia, perikatan ditempatkan dalam Buku III Het Burgerlijk Wetboek voor Indonesie (diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia menjadi Kitab Undang-Undang Perdata, di dalam buku ini selanjutnya disebut dengan KUHPerdata) tentang Perikatan (*van verbintenissen*).³ Di sini diatur perikatan yang lahir dari perjanjian (kontrak) dan perikatan yang lahir karena undang-undang seperti perbuatan melawan hukum, perwakilan sukarela, dan pembayaran yang

¹ John Bell, et.al, *Principles of French Law* (Oxford: Oxford University Press, 1998), hlm 304.

² Peter de Cruz, *A Modern Approach to Comparative Law* (Deventer: Kluwer, 1993), hlm 171.

³ Sebenarnya terjemahan tersebut tidak memiliki kekuatan hukum karena terjemahan yang ada bukan terjemahan resmi yang berlaku ditentukan berdasar undang-undang. Terjemahan tidak resmi yang sejak dulu banyak dipakai adalah terjemahan Subekti. Sesuai dengan Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Burgerlijk Wetboek voor Indonesie0 (BW) masih berlaku di Indonesia, tetapi yang perlu diingat bahwa yang masih berlaku itu adalah BW yang asli yaitu BW yang dirumuskan dalam bahasa Belanda yang dimuat dalam S. 1847-23, bukan terjemahan tidak resmi yang ada selama ini.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

tidak terutang. Kesemua bidang hukum tersebut dicakup dalam satu generik, yakni hukum perikatan.

Makna kata perikatan atau *verbinten* atau *obligation* dapat ditelusuri sumber lama dalam hukum Romawi. Istilah pertama yang digunakan adalah *obligare*. Kemudian dikenal pula istilah *obligatio*. Secara literal *obligatio* bermakna “seseorang mengikatkan diri”. Dewasa ini kata *obligatio* tersebut bermakna lebih luas. Kata tersebut mengacu kepada suatu hubungan yang bertimbalbalik yang memperlihatkan seseorang memiliki hak personal untuk menuntut dari orang lain sebagai suatu kewajiban yang harus dipenuhi. Pihak yang memiliki kewajiban tersebut disebut sebagai debitor, sedangkan pihak lainnya yang berhak untuk menuntut pemenuhan kewajiban tersebut adalah kreditor.⁴

Dalam hukum Romawi, *obligatio* dapat mengindikasikan *vinculum iuris*⁵ yang dapat dilihat dari arah manapun, dapat merujuk kepada hak kreditor dan kewajiban debitor. Hal ini membuat kesulitan untuk mengartikan gagasan Romawi tersebut ke dalam bahasa Inggris. Dalam bahasa Inggris, kata *obligation* semata-mata berorientasi kepada kewajiban seseorang, bukan kepada hak seseorang. Dengan kata “*my obligation*”, hanya berarti kewajiban saya, bukan hak saya.⁶

Berkaitan kata kewajiban atau ikatan hukum itu, bahasa Perancis hanya mengenal satu kata yakni *obligation*. Bahasa Belanda menggunakan dua kata yang berbeda, yakni *verbinten* (perikatan) dan *verplichting* atau *rechtsplicht* (kewajiban hukum). Tidak semua kewajiban hukum adalah perikatan.⁷

Obligation ini dalam bahasa Belanda dikenal dengan *verbinten*. *Verbinten* berasal dari kata kerja *verbinden* yang bermakna mengikat.⁸ Dengan demikian *verbinten* bermakna ikatan atau perikatan. Istilah *verbinten* tersebut

⁴ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundation of the Civilian Tradition* (Oxford: Oxford University Press, 1996), hlm 1.

⁵ Di dalam Latin for Lawyer, *vinculum iuris* diterjemahkan sebagai “ikatan hukum”. Lihat Lazar Emanuel, *Latin for Lawyer, The Language of the Law* (New York: Emanuel Publishing Corp), 1999, hlm 440.

⁶ *Ibid.*

⁷ Jeroen Choros, et.al (eds), *Introduction to Dutch Law* (The Netherlands: Kluwer Law Internasional), 2006), hlm 136.

⁸ Marianne Termorshuizen, *Kamus Hukum Belanda – Indonesia* (Jakarta: Djambatan, 2002, hlm 455.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

oleh R. Subekti⁹ dan J. Satrio¹⁰ disepadankan dengan istilah perikatan. Sri Soedewi Masjchoen Sofwan¹¹ menggunakan istilah yang lain, yakni perutangan. Wirjono Prodjodikoro menggunakan istilah perjanjian sebagai padanan istilah *verbinteniss*.¹² M. Yahya Harahap menggunakan kata perjanjian sebagai padanan *verbinteniss*.¹³ Dalam buku ini digunakan istilah perikatan sebagai padanan istilah *verbinteniss*.

Di dalam KUHPerdato Indonesia, dan bahkan KUHPerdato Belanda yang baru tidak ditemukan definisi perikatan. Makna perikatan ini dapat ditelusuri dari doktrin atau pendapat pakar-pakar hukum perdata.¹⁴

C.J.H. Brunner dan G.T. de Jong, menjelaskan perikatan sebagai hubungan hukum (*rechtsverhouding*) antara dua pihak berdasarkan satu pihak, yakni debitor (*schuldenaar* atau *debiteur*), memiliki suatu prestasi yang terletak di bidang kekakayaan (*vermogen*), dan kreditor (*schuldeiser* atau *crediteur*) memiliki hak untuk menuntut pemenuhan prestasi tersebut.¹⁵

Hal yang sama juga dikemukakan oleh Subekti. Perikatan oleh Subekti didefinisikan sebagai hubungan hukum (mengenai kekayaan harta benda) antara dua orang atau lebih dimana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu dari pihak yang lain dan yang memberi hak pada satu pihak untuk menuntut sesuatu dari pihak lainnya dan lainnya diwajibkan memenuhi tuntutan itu.¹⁶

Dengan mengutip pendapat Hofman, Setiawan menyatakan bahwa perikatan adalah suatu hubungan hukum antara sejumlah terbatas subjek-subjek hukum sehubungan dengan seorang atau beberapa orang daripadanya (debitor atau para debitor) mengikatkan diri untuk bersikap menuntut cara-cara tertentu terhadap

⁹ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata* (Jakarta: PT Intermasa, 1988), hlm 122.

¹⁰ J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan pada Umumnya* (Bandung: Alumni, 1993) hlm 11.

¹¹ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Perutangan, Bagian A* (Yogyakarta: Seksi Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Gadjahmada, 1990), hlm 1.

¹² Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Perjanjian* (Bandung: Mandar Maju, 2000), hlm 2.

¹³ M. Yahya Harahap, *Segi-Segi Hukum Perjanjian* (Bandung: Alumni, 1986), hlm 6.

¹⁴ Lihat C.J.H. Brunner dan G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht Algemeen* (Deventer: Kluwer, 2001), hlm 8.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Subekti, *loc.cit.* Lihat juga Subekti, *Hukum Perjanjian* (Jakarta: PT Intermasa, 1984), hlm 1.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

pihak lain, yang berhak atas sikap yang demikian. Kemudian dengan mengutip pendapat Pitlo, Setiawan juga menyatakan bahwa perikatan adalah suatu hubungan hukum yang bersifat harta kekayaan antara dua orang atau lebih, atas dasar mana pihak yang satu berhak (kreditor) dan pihak lain memiliki kewajiban (debitor) atas suatu prestasi.¹⁷

M. Yahya Harahap dengan menggunakan istilah perjanjian mendefinisikan perikatan sebagai hubungan hukum kekayaan atau harta benda antara dua orang atau lebih yang memberi kekuatan hak pada satu pihak untuk memperoleh prestasi dan sekaligus mewajibkan pada pihak lain untuk menunaikan prestasi.¹⁸

J. Satrio dengan memperhatikan substansi isi Buku III KUHPdata merumuskan perikatan sebagai hubungan dalam hukum kekayaan, dimana di satu pihak ada hak dan di lain pihak ada kewajiban.¹⁹

Dari definisi-definisi di atas dapat disimpulkan bahwa dalam suatu perikatan paling sedikit terdapat satu hak dan satu kewajiban. Suatu persetujuan dapat menimbulkan satu atau beberapa perikatan, bergantung pada jenis persetujuannya. Untuk memperjelas hal tersebut dapat dikemukakan contoh sebagai berikut:²⁰

1. A menitipkan sepedanya dengan cuma-cuma kepada B. Dengan hubungan ini terjadi perikatan antara A dan B yang menimbulkan hak pada A untuk menerima kembali sepeda tersebut, dan kewajiban B untuk menyerahkan sepeda tersebut;
2. X menjual mobil kepada Y, maka timbul perikatan antara X dan Y yang menimbulkan:
 - a. kewajiban bagi X untuk menyerahkan mobilnya dan hak Y atas penyerahan mobil tersebut;

¹⁷ R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan* (Bandung: Binacipta, 1986), hlm 2.

¹⁸ M. Yahya Harahap, *op.cit*, hlm 6.

¹⁹ J. Satrio, *op.cit*, hlm 12.

²⁰ R. Setiawan, *op.cit*, hlm 3.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

- b. hak pada X untuk menerima pembayaran, dan kewajiban bagi Y untuk melakukan pembayaran kepada X.

Di dalam suatu perbuatan melawan hukum, misalnya ada seorang pengemudi yang bernama A mengendara mobil dalam keadaan mengantuk. Karena mengantuk maka dia kurang konsentrasi dalam mengendara mobil, dan mengakibatkan dia menabrak rumah orang lain. Pemilik rumah (B) menderita kerugian. Dalam peristiwa ini timbul suatu perikatan di mana A sebagai pelaku perbuatan melawan hukum memiliki kewajiban untuk memberikan ganti rugi kepada B. Kemudian B sebagai korban memiliki hak untuk menuntut ganti rugi kepada A.

B. Unsur-Unsur Perikatan

Berdasarkan pengertian perikatan yang dibangun para pakar hukum di atas, dapat ditarik unsur-unsur yang melekat di dalam perikatan, yakni:

1. hubungan hukum (*rechtsverhouding* atau *rechtsbetreking*, *legal relationship*);
2. kekayaan (*vermogen*, *patrimonial*);
3. para pihak (*partijen*, *parties*); dan
4. prestasi (*prestatie*, *performance*).

Ad. 1. Hubungan Hukum

Hubungan hukum adalah hubungan yang diatur dan diakui oleh hukum. Hubungan hukum ini pada akhirnya akan menimbulkan akibat hukum tertentu. Di dalam hubungan hukum, hubungan antara dua pihak yang di dalamnya melekat hak pada satu pihak dan kewajiban pada pihak lainnya. Hubungan ini diatur dan memiliki akibat hukum tertentu. Hak dan kewajiban para pihak ini dapat dipertahankan di hadapan pengadilan.

Misalnya di dalam perjanjian jual beli mobil, pembeli memiliki kewajiban untuk melakukan pembayaran harga mobil tersebut. Penjual memiliki kewajiban untuk menyerahkan barang dan menyerahkan hak milik atas barang dimaksud. Di sisi lain, hubungan ini melahirkan hak bagi masing-masing pihak. Pembeli

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

memiliki hak atas penyerahan barang dan hak milik atas barang tersebut. Penjual memiliki hak untuk menerima pembayaran harga barang tersebut. Apabila salah satu pihak tidak melaksanakan kewajibannya, hukum dapat memaksakan agar kewajiban tersebut ditunaikan atau dipenuhi.

Jika ada seseorang berjanji kepada temannya untuk menonton suatu konser musik, dan ternyata orang yang berjanji tidak memenuhi janjinya, tidak ada akibat hukum yang muncul dari peristiwa ingkar janji tersebut. Hubungan tersebut hanyalah hubungan moral dan hubungan sosial, bukan hubungan hukum. Pemenuhan kewajiban dalam hubungan semacam ini tidak dapat dipaksakan. Manakala satu pihak tidak melaksanakan kewajibannya, pihak lainnya tidak dapat menuntut pemenuhan kewajiban itu. Tidak ada akibat hukum apabila dia mengingkari janjinya atau tidak memenuhi kewajibannya.

Ad. 2. Dalam Bidang Hukum Kekayaan

Hukum kekayaan (*vermogensrecht*) adalah ketentuan hukum yang berkaitan hak dan kewajiban yang dapat dinilai dengan kekayaan. Kekayaan ini adalah keseluruhan hak dan kewajiban orang (*personen*).²¹ Hubungan para pihak dalam perikatan harus merupakan hubungan hukum dalam bidang hukum harta kekayaan. Hubungan hukum dalam hukum harta kekayaan adalah hubungan hukum yang timbul dari perikatan berupa hak dan kewajiban itu harus memiliki nilai uang atau setidaknya dapat dijabarkan dengan sejumlah uang tertentu. Jadi, untuk menentukan apakah hubungan hukum itu merupakan, tolok ukur yang dipakai adalah hubungan tersebut harus dapat dinilai dengan sejumlah uang.

Sehubungan dengan ini, J. Satrio memberikan ilustrasi sebagai berikut: Jika seorang debitor wanprestasi, kreditor harus mengemukakan adanya kerugian finansial agar dapat menuntut debitor berdasarkan ketentuan Buku III KUHPerdara.²²

²¹ B.T.M van der Wiel, *Verbintenissenrecht* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2009), hlm 9

²² J. Satrio, *op.cit*, hlm 15.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Sebenarnya ciri nilai uang tersebut pada mulanya memang tidak perlu. Hukum perjanjian pada zaman Romawi dan abad pertengahan menganut sistem tertutup. Perjanjian di luar *Code Civil* (di luar perjanjian bernama) hanyalah perikatan moral. Kemudian seiring dengan makin meluasnya bidang hukum dan dianut sistem terbuka dalam hukum perjanjian, orang merasakan perlunya suatu ciri untuk membedakan perikatan dari hubungan lain, ditemukan ciri yang menjadikan uang sebagai tolok ukur dari suatu prestasi dalam perikatan.²³

Tolok ukur tersebut tidak dapat dipertahankan lagi karena di dalam masyarakat terdapat juga hubungan hukum yang tidak dapat dinilai dengan sejumlah uang, tetapi jika hubungan ini tidak diberikan akibat hukum dapat menimbulkan ketidakadilan.²⁴ Sekarang ini seseorang dapat mengajukan tuntutan ganti atas rasa sakit, cacat badan, dan rasa malu berdasarkan perbuatan melawan hukum berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdata. Rasa sakit dan rasa malu tersebut pada dasarnya tidak dapat dinilai dengan sejumlah uang.

Dengan demikian, tolok ukur dapat dinilai dengan sejumlah uang tersebut tidak mutlak lagi, tetapi tidak berarti bahwa tolok ukur dapat dinilai dengan sejumlah uang itu, tidak relevan, karena setiap perbuatan hukum yang dapat dinilai sejumlah uang mesti merupakan perikatan.²⁵

Ad. 3. Para Pihak

Para pihak di dalam perikatan menjadi subjek perikatan. Subjek perikatan ini ada dua pihak, yakni debitor dan kreditor. Debitor adalah pihak yang memiliki kewajiban untuk melaksanakan suatu prestasi, sedangkan kreditor adalah pihak yang memiliki hak atas pemenuhan suatu prestasi dari debitornya. Pihak dalam perikatan tidak identik dengan orang. Dalam konteks hukum perdata orang dapat berarti makhluk pribadi (*natuurlijkepersoon* atau *natural person*) juga dapat mencakup badan hukum (*rechtspersoon* atau *legal person*). Seorang debitor atau

²³ *Ibid.*

²⁴ Mariam Darus Badruzaman, et.al, *Kompilasi Hukum Perikatan* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hlm 2.

²⁵ Setiawan, *op.cit.*, hlm 3.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

kreditor dapat terdiri beberapa orang atau badan hukum. Dapat saja di dalam suatu perikatan debitor dan kreditor terdiri atas dua orang atau lebih, tetapi di dalam perikatan tetap dua, yakni debitor dan kreditor.

Ad. 4. Prestasi

Prestasi merupakan objek perikatan. Prestasi sendiri merupakan suatu utang atau kewajiban yang harus dilaksanakan dalam suatu perikatan. Pasal 1234 KUHPerdara memberikan klasifikasi prestasi sebagai berikut:

- a. memberikan sesuatu;
- b. berbuat sesuatu; atau
- c. tidak berbuat sesuatu.

Kemudian prestasi sebagai objek perikatan harus memenuhi syarat-syarat tertentu, yaitu:

- a. harus tertentu atau setidaknya dapat ditentukan;
- b. objeknya diperkenankan oleh hukum; dan
- c. prestasi itu harus mungkin dilaksanakan.

C. Hukum Perikatan sebagai Bagian Hukum Kekayaan

Hukum kekayaan merupakan suatu yang berkaitan dengan hak dan kewajiban di bidang kekayaan. Kekayaan ini keseluruhan hak dan kewajiban seseorang²⁶. Hak dan kewajiban tersebut memiliki nilai ekonomis atau uang. Hak dan kewajiban tersebut harus dapat dinilai dengan sejumlah uang tertentu. Di dalam hukum kekayaan, hak seseorang dapat dibedakan menjadi hak bersifat absolut dan hak yang bersifat relatif.

Hak bersifat absolut ditujukan kepada semua orang atau ditinjau dari segi pasifnya, “semua orang harus menghormati pemilik hak kekayaan tersebut.” Hak kekayaan absolut ini antara lain. Hak milik, hak gadai, hak fidusia, hak hipotik, hak tanggungan, dan hak-hak atas benda tak berwujud. Hak kebendaan ini memberikan kekuasaan langsung atas seluruh atau sebagian aspek tertentu atas suatu benda

²⁶ B.T.M van der Wiel, *loc.cit.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

tertentu (*ius in rem*).²⁷ Dalam konteks hukum Indonesia, hak ini antara lain diatur dalam Buku II KUHPerdota tentang Benda.

Hak kekayaan relatif adalah hak-hak kekayaan yang hanya dapat ditujukan kepada orang-orang tertentu, dan hak ini muncul dari perikatan (*ius in personam*). Hak ini hanya dapat dipertahakan kepada orang tertentu saja.

D. Schuld dan Haftung

Berkaitan dengan hubungan antara debitor dan kreditor dalam perikatan dikenal istilah *schuld* dan *haftung*. Di dalam diri seorang debitor terdapat dua unsur, yaitu *schuld* dan *haftung*.

Seorang debitor memiliki kewajiban melakukan prestasi dan karenanya debitor wajib pula untuk membayar utangnya kepada kreditor. Kewajiban tersebut disebut *schuld*.

Haftung merupakan kekayaan debitor yang dipertanggungjawabkan untuk pelunasan utang debitor. Dengan *haftung* ini seorang debitor wajib membiarkan kekayaannya untuk diambil kreditor untuk pelunasan utang debitor apabila debitor tidak membayar utang dimaksud.

Berkaitan dengan *haftung* tersebut, R. Setiawan memberikan contoh: A berutang kepada B. A kemudian tidak membayar utang tersebut, kekayaan A dilelang atau dieksekusi guna pelunasan utangnya.²⁸

Haftung ini erat kaitannya dengan jaminan umum yang ditentukan Pasal 1131 dan Pasal 1132 KUHPerdota. Asas pokok *haftung* ini terdapat dalam Pasal 1131 KUHPerdota. Pasal 1131 KUHPerdota menentukan bahwa segala kekayaan debitor, baik yang bergerak maupun tidak bergerak, baik yang telah ada maupun yang akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan seorang debitor (*alle de roerende en onroerende goederen van den schuldenaar, zoo wel tegenwoordige als toekomstige, zijn voor deszelfs persoonlijke verbintenissen aansprakelijk*). Jaminan umum ini lahir bukan karena diperjanjikan, tetapi karena

²⁷ Perhatikan J. Satrio, *op.cit*, hlm 4.

²⁸ R. Setiawan, *op.cit*, hlm 7.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

ditentukan peraturan perundang-undangan. Ini berlainan dengan jaminan khusus, seperti hak tanggungan atas tanah gadai, dan fidusia, lahirnya jaminan karena diperjanjikan.

Berkaitan dengan hasil eksekusi kekayaan tersebut, Pasal 1132 KUHPerdara menentukan:

“Die goederen strekken ton gemeenschappelijken waarborg voor zijne schuldeischers; derzelver opbrengst wordt onder hen, pondspoudsgelijk, naar evenredigheid van eens ieders inschuld, verdeeld, ten ware er tusschen de schuldeischers wettige redenen van voorrang mogten bestaan” (Benda-benda tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan padanya, Pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi menurut keseimbangan yaitu menurut besar kecilnya utang masing-masing, kecuali diantara para kreditor itu ada alasan yang sah untuk didahulukan.”

Berkaitan dengan *haftung* di atas, peraturan perundang-undangan maupun para pihak dapat menyimpang dari asas tersebut, yaitu dalam hal:²⁹

1. *Schuld* tanpa *Haftung*

Schuld tanpa *haftung* dapat dijumpai dalam perikatan alamiah. Dalam perikatan alamiah sekalipun, debitor memiliki utang (*schuld*) kepada kreditor, tetapi jika debitor tidak mau memenuhi kewajibannya, kreditor tidak dapat menuntut pemenuhannya. Misalnya utang yang timbul dari perjudian. Sebaliknya, jika debitor memenuhi prestasinya, ia tidak dapat menuntut kembali apa yang telah ia bayarkan.

2. *Schuld* dengan *Haftung* Terbatas

Dalam hal ini debitor tidak bertanggungjawab dengan seluruh harta kekayaannya, tetapi terbatas sampai jumlah tertentu atau atas barang tertentu. Contoh: Ahli waris yang menerima warisan dengan hak pendaftaran, wajib untuk membayar *schuld* pewaris sampai sejumlah harta kekayaan pewaris oleh ahli waris tersebut.

3. *Haftung* dengan *Schuld* pada Orang Lain

²⁹ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Jika pihak ketiga menyerahkan barangnya untuk dipergunakan sebagai jaminan oleh debitor kepada kreditor, maka walaupun dalam ini pihak ketiga walau tidak memiliki kepada kreditor, ia tetap bertanggungjawab atas utang debitor dengan barang

E. Pengaturan Hukum Perikatan

Oleh karena sistem hukum Indonesia sangat dipengaruhi oleh tradisi *Civil Law*, maka sebagaimana halnya negara-negara *Civil Law* seperti Perancis, Jerman, dan Belanda sumber utama hukum perikatan adalah peraturan perundang-undangan (legislasi), khususnya Code Civil atau KUHPerdato.

Sumber utama pengaturan hukum perikatan di Indonesia terdapat dalam Buku III KUHPerdato tentang Perikatan (*Van verbintenissen*). Buku III KUHPerdato ini memiliki struktur atau sistematika sebagai berikut:

Bab I tentang Perikatan Pada Umumnya (*van verbintenissen in het algemeen*);

Bab II tentang Perikatan yang Timbul Karena Perjanjian (*Van vebintenissen die uit contract of oveeenkomst geboren worden*) ;

Bab III tentang Perikatan yang Timbul Karena Undang-Undang (*Van verbintenisen die uit kracht der wet geboren worden*);

Bab IV tentang Berakhirnya Perikatan (*Van het te niet gaan der verbintenissen*)

Bab I - Bab IV Buku III KUHPerdato merupakan ketentuan yang bersifat umum. Bab V- XVIII Buku III KUHPerdato mengatur berbagai perjanjian yang termasuk dalam kategori perjanjian tertentu atau perjanjian bernama. Di dalam Bab V- XVIII Buku III KUHPerdato tersebut diatur berbagai bentuk perjanjian yang banyak digunakan anggota masyarakat dan sudah memiliki nama tertentu, seperti perjanjian jual beli, tukar menukar, sewa-menyewa, pinjam-meminjam, perjanjian pemberian kuasa, dan pinjam pakai.

Berkaitan dengan pengaturan perikatan di dalam Buku III KUHPerdato di atas, J. Satrio memberikan beberapa catatan sebagai berikut:³⁰ Bab I berisi tentang Perikatan-Perikatan pada Umumnya. Dari judulnya dapat diduga yang diatur adalah

³⁰ J. Satrio, *op.cit*, hlm 33 – 35.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

ketentuan. “Umum” dalam arti berlaku untuk semua perikatan baik perikatan yang lahir dari undang-undang maupun perjanjian. Ternyata, di sini yang banyak diatur adalah ketentuan yang hanya berlaku bagi perjanjian saja.

Bab II tentang Perikatan-Perikatan yang Dilahirkan dari Kontrak atau Persetujuan. Sesuai dengan judulnya, maka di sini diberikan ketentuan umum tentang perikatan yang lahir dari perjanjian, dan oleh karenanya hanya berlaku untuk perikatan yang lahir karena perjanjian saja.

Bab III tentang Perikatan yang Dilahirkan dari Undang-Undang. Berdasarkan apa yang ditentukan dalam bab sebelumnya orang berharap di sini diletakkan ketentuan umum yang mengatur tentang perikatan yang lahir karena undang-undang, tetapi ternyata, hanya memuat 2 (dua) ketentuan umum, sedangkan selebihnya mengatur ketentuan khusus tentang perikatan yang lahir dari undang-undang. Dengan demikian, di luar dua ketentuan umum tersebut, undang-undang tidak memberikan ketentuan umum lain. Ketentuan umum untuk perikatan semacam ini memang tidak diperlukan, karena undang-undang telah memberikan pengaturan yang relatif lengkap untuk masing-masing perikatan yang lahir dari undang-undang. Padahal tidak ada perikatan yang lahir dari undang-undang selain yang diatur oleh undang-undang. Berdasarkan hal tersebut, dapat diterima alasan tidak adanya ketentuan umum yang serba lengkap, hanya ketiga ketentuan khusus tersebut seharusnya diatur di tempat lain.

Bab IV tentang Hapusnya Perikatan. Ketentuan ini berupa ketentuan umum, dalam arti berlaku baik untuk perikatan yang dari undang-undang maupun perikatan yang lahir dari perjanjian.

Dengan demikian, yang berisi ketentuan umum hanya Bab I dan Bab IV. Bab II dan Bab III juga berisi ketentuan umum, tetapi mengenai segi khusus. Kemudian bab-bab berikutnya berturut-turut diatur tentang “Perjanjian Khusus” atau “Perjanjian Bernama”. Ini adalah jenis perjanjian yang secara lengkap diatur dalam KUHPerdara. Selain itu ada juga perjanjian bernama yang diatur dalam kitab

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD)³¹, termasuk juga jenis perjanjian yang diatur dalam peraturan perundang-undangan tersendiri.

Ketentuan khusus berlaku hanya untuk yang diatur di dalamnya. Ketentuan khusus merupakan penjabaran dari ketentuan umum. Di sini berlaku asas bahwa sepanjang suatu hal tidak diatur secara khusus, maka ketentuan umum yang harus berlaku. Jika telah ada ketentuan khusus, maka yang berlaku ketentuan khusus.

Dewasa ini di Negeri Belanda telah terjadi penyatuan *Burgerlijk Wetboek* (BW) dan *Wetboek van Koophandel* (WvK) ke dalam *Burgerlijk Wetboek* yang biasa disebut BW Baru Belanda (*Nieuw Nederland Burgerlijk Wetboek*, disingkat NBW). Dengan penyatuan ini, maka pembagian antara hukum perdata dan hukum dagang sudah tidak eksis lagi.³² Adapun sistematika atau struktur BW Baru Belanda tersebut terdiri dari:

1. Buku I tentang Hukum Orang dan Keluarga (*Personen en Familierrecht*),
2. Buku II tentang Badan Hukum (*Rechtspersonen*),
3. Buku III tentang Hukum Kekayaan pada Umumnya (*Vermogensrecht in het Algemeen*),
4. Buku IV tentang Hukum Waris (*Erfrecht*),
5. Buku V tentang Hukum Benda (*Zekelijk Rechten*),
6. Buku VI tentang Hukum Perikatan Pada Umumnya (*Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht*),
7. Buku VII tentang Perjanjian-Perjanjian Khusus (*Bijzondere Overeenkomsten*), dan
8. Buku VIII tentang Sarana Lalu-Lintas dan Pengangkutan (*Verkeersmiddelen en Vervoer*).
9. Buku IX tentang Hak Kekayaan Intelektual dan Lisensi (*Intellectuele Eigendom en Licenties*), dan
10. Buku X tentang Hukum Perdata Internasional (*Internationaal Privaatrecht*)

³¹ Semua terjemahan WvK ke dalam Bahasa Indonesia yang dikenal dengan KUHD adalah terjemahan tidak resmi.

³² Arthur S. Hartkamp dan Mariane M.M. Tillema, *Contract Law in the Netherlands* (The Hague: Kluwer International, 1995), hlm 32.

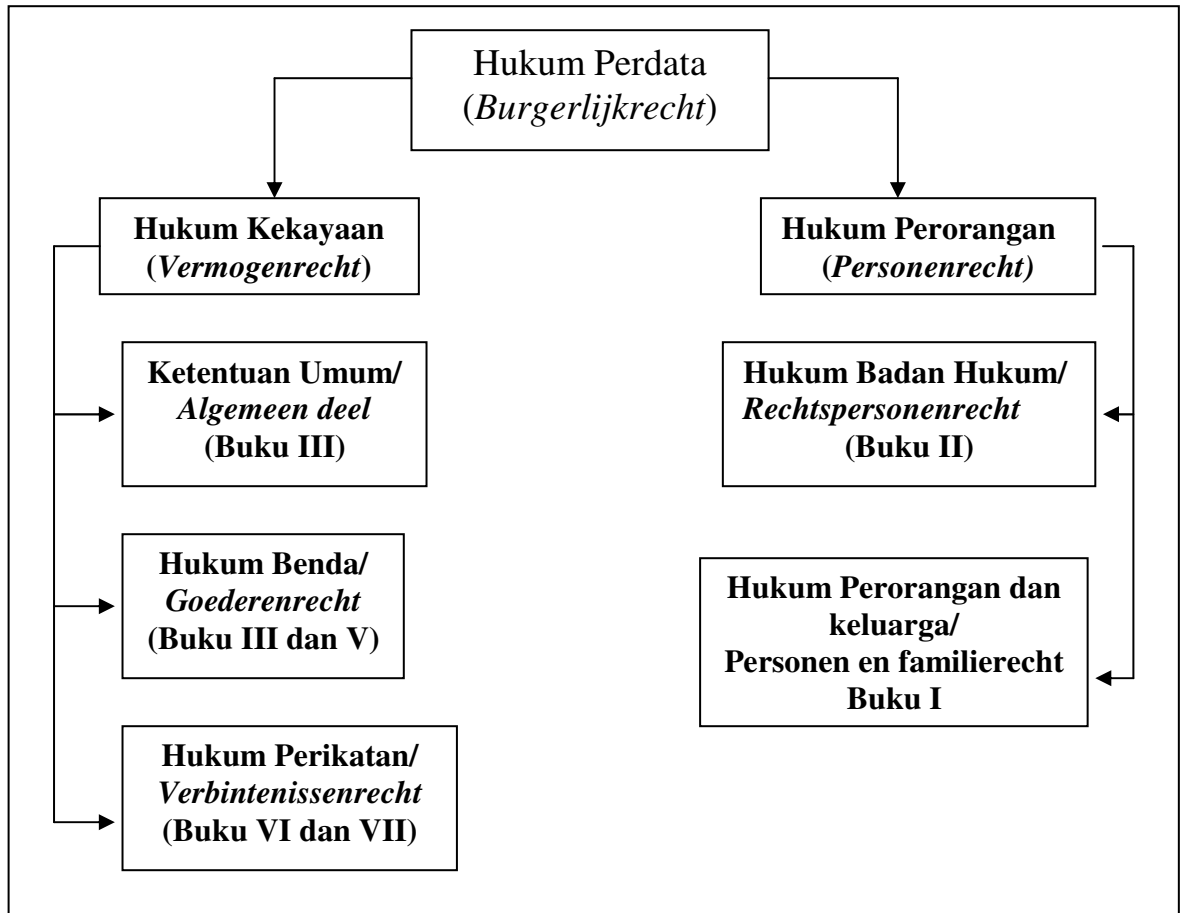
Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Hukum perikatan diatur dalam Buku VI tentang Hukum Perikatan Pada Umumnya (*Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht*) dan Buku VII tentang Perjanjian-Perjanjian Khusus (*Bijzondere Overeenkomsten*).

Dari pengaturan hukum perdata di dalam NBW, dapat dibuat sistematisasi pengaturannya yang dapat menggambarkan kedudukan hukum perikatan. Hukum perikatan merupakan bagian dari hukum kekayaan. Lebih lanjut dapat dilihat sistematika di bawah ini:³³



Sebagian besar ketentuan Buku III KUHPdata bersifat menambah atau mengatur atau melengkapi. Oleh itu, sebagian besar ketentuan yang terdapat dalam yang terdapat dalam Buku KUHPdata tersebut masuk dalam kategori hukum pelengkap (*aanvullendrecht, optional law*). Sifat yang demikian itu memiliki konsekuensi bahwa pihak-pihak yang membuat perjanjian memiliki kebebasan

³³ B.T.M. van der Wiel, *op.cit*, hlm 11.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

untuk menyimpangi ketentuan-ketentuan yang terdapat Buku III Perdata tersebut. Orang dapat menentukan isi perjanjian apapun sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan (yang bersifat memaksa), kesusilaan, dan ketertiban umum,

Buku III KUHPerdata ini juga menganut sistem terbuka. Sistem ini bermakna orang memiliki kebebasan untuk mengadakan perjanjian lain atau membuat jenis perjanjian baru selain yang diatur dalam Buku III KUHPerdata. Sistem semacam inilah yang menjadi landasan hukum bagi tumbuh dan berkembangnya berbagai macam perjanjian atau kontrak yang disebut sebagai kontrak tidak bernama (*innominati contractus* atau *nominate contract*).

Selain Buku III KUHPerdata di atas, ada pula legislasi atau peraturan perundang-undangan lain yang juga mengatur yang mengatur kontrak-kontrak tidak bernama, seperti Undang-Undang Minyak dan Gas Bumi yang mengatur Kontrak Bagi Hasil (*production sharing contract*). Di luar legislasi, ada pula sumber hukum perikatan yang lain, yakni:

1. yurisprudensi;
2. hukum kebiasaan; dan
3. doktrin.

F. Sumber-Sumber Perikatan

Pasal 1233 KUHPerdata menyebutkan bahwa perikatan dapat lahir dari perjanjian atau dari undang-undang (*verbintenissen ontstaan uit overeenkomst, of uit de wet*). Dengan ketentuan ini terlihat bahwa KUHPerdata membedakan perikatan ke dalam perikatan yang lahir dari perjanjian dan perikatan yang lahir dari undang-undang.

Perikatan yang bersumber dari undang-undang menurut Pasal 1352 KUHPerdata dibedakan atas perikatan dari undang-undang saja (*uit de wet alleen*) dan perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan manusia (*uit de wet ten gevolge van's mensen toedoen*). Kemudian Pasal 1353 KUHPerdata membedakan perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan manusia

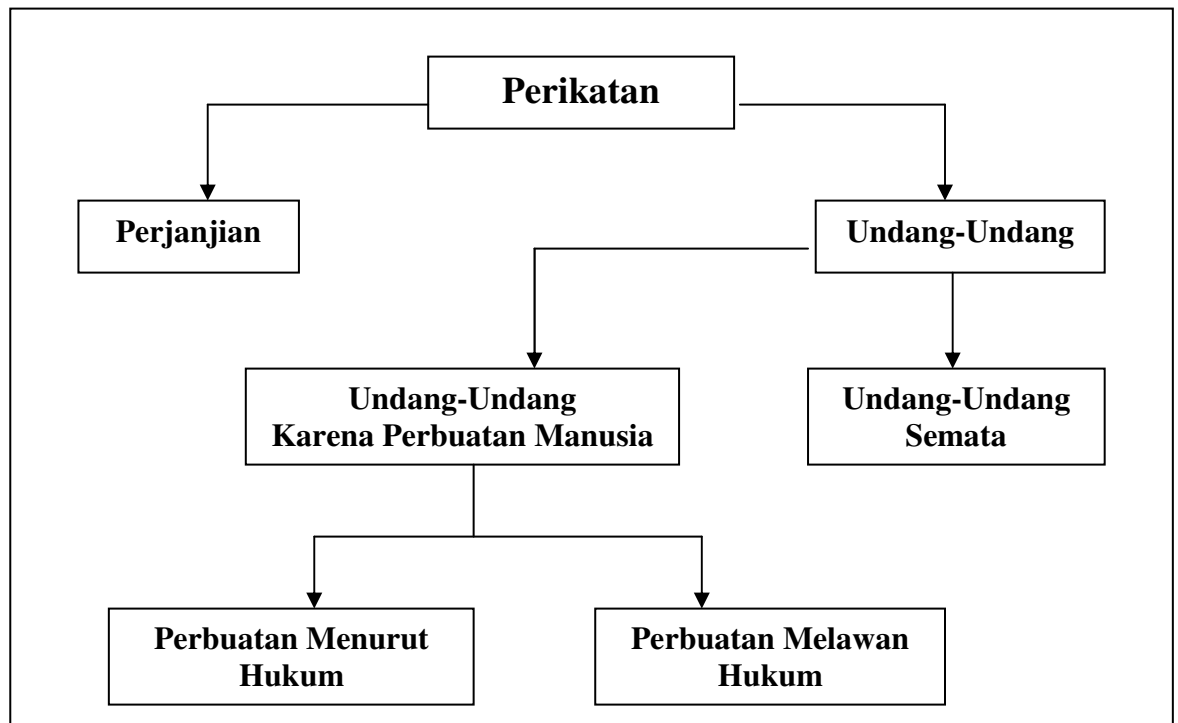
Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

ke dalam perbuatan yang sesuai dengan hukum (*rechtmatige*) dan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*). Perikatan yang sesuai dengan hukum tersebut antara lain mencakup perwakilan sukarela (*zaakwaarneming*) dan pembayaran tidak terutang (*onverschuldigde betaling*).

Sebagaimana telah dijelaskan di atas bahwa dalam sistem *Common Law*, tidak dikenal hukum perikatan, dengan demikian antara perjanjian atau kontrak dan perbuatan melawan hukum adalah dua hal yang terpisah atau berdiri sendiri.



G. Sumber Hukum Perikatan dalam Sistem Common Law

Sebagaimana dijelaskan di atas bahwa sistem *Common Law* tidak dikenal adanya hukum perikatan, di dalam sistem *Common Law* ada pemisahan yang tegas antara kontrak dan perbuatan melawan hukum, sehingga keduanya diatur dalam hukum yang berbeda.

Untuk dapat mengetahui dengan baik sumber hukum kontrak dan perbuatan melawan hukum di dalam sistem *Common Law*, khususnya *Anglo-*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

American harus dipahami terlebih dahulu sumber hukum pada umumnya di Amerika Serikat. Di dalam sistem *Common Law*, khususnya *Anglo-American*, sumber hukum dibedakan antara sumber hukum primer (*primary source of law*) dan sumber hukum sekunder (*secondary source of law*).

Ada beberapa sumber hukum yang masuk dalam kategori sumber hukum primer yang ditentukan hukum, yang meliputi:

1. Konstitusi Amerika Serikat dan konstitusi berbagai negara bagian;
2. Undang-undang yang dikeluarkan *Congress* dan badan legislatif negara bagian;
3. Regulasi yang diciptakan oleh badan-badan administrasi, seperti *Federal Food and Drug Administration*; dan
4. Putusan pengadilan (*case law*).

Kemudian sumber hukum sekunder meliputi buku dan artikel yang memuat ringkasan dan penjelasan sumber hukum primer, ensiklopedia hukum, kompilasi (seperti *Restatement of Law*), komentar resmi terhadap undang-undang, traktat, artikel-artikel hukum yang dipublikasikan oleh berbagai fakultas hukum adalah contoh dari sumber hukum sekunder. Pengadilan seringkali mengacu kepada sumber hukum sekunder sebagai pedoman dalam menginterpretasikan dan menerapkan sumber hukum primer.³⁴

Berkaitan dengan undang-undang perlu diperhatikan apa yang disebut dengan *Uniform Law*. Di Amerika Serikat seringkali terjadi konflik undang-undang negara bagian dalam pengembangan perdagangan dan komersial diantara negara bagian. Untuk mencegah problem-problem tersebut, sejumlah akademisi dan praktisi hukum membentuk *The National Conferences of Commissioners on uniform State Laws* (NCCUSL) pada 1892 untuk menyusun *draft uniform (model)* undang-undang untuk diadopsi negara bagian. Sekali model itu diadopsi oleh legislasi negara bagian, maka *uniform act* itu menjadi bagian undang-undang negara bagian.³⁵ Contoh dari model ini diantaranya adalah *The Uniform Negotiable Instruments Law* dan *The Uniform Commercial Code*.

³⁴ Roger LeRoy Miller dan Gaylord A. Jentz, *Business Law Today* (South Western: Thomson, 2003), hlm 5.

³⁵ *Ibid*, hlm 8.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Berkaitan dengan sumber hukum primer, sistem hukum Amerika Serikat sebagaimana negara-negara yang mengikuti tradisi Common Law (*Common Law tradition*) juga menjadikan putusan pengadilan sebagai sumber hukum primer. Berkaitan dengan putusan pengadilan ini ada tiga hal yang diperhatikan, yaitu:

1. *Judicial Decision*

Judicial decision adalah putusan atas suatu kasus yang dikeluarkan oleh pengadilan. Dalam konteks sistem hukum Amerika Serikat, pengadilan di sini dapat pengadilan federal dapat pula pengadilan negara bagian;

2. *Precedent*; dan

Berdasarkan tradisi *Common Law* putusan pengadilan yang terdahulu menjadi precedent untuk kasus-kasus yang akan datang. Pengadilan yang dapat menciptakan precedent ini adalah pengadilan yang paling tinggi tingkatannya. Pengadilan yang lebih rendah tingkatannya untuk kasus yang sebangun wajib mengikuti putusan sebelumnya yang diciptakan oleh pengadilan lebih tinggi tingkatannya. Dalam konteks sistem hukum Amerika Serikat, seluruh pengadilan federal dan negara bagian harus mengikuti putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat (U.S, Supreme Court). Singkatnya dapat dikatakan bahwa dapat dikatakan bahwa *precedent* adalah norma yang diciptakan melalui putusan yang terdahulu akan oleh pengadilan yang lebih tinggi wajib diikuti oleh pengadilan yang lebih rendah tingkatannya;

3. *Stare Decisis*

Kepatuhan untuk mengikuti precedent disebut *stare decisis*.

Di dalam sistem *Common Law*, *case law* tersebut dibedakan menjadi dua kategori, yakni *common law* dan *equity*. Perbedaan keduanya dapat ditelusuri dari sejarah hukum Inggris. Sebelum bangsa Norman menguasai Inggris pada 1066, di Inggris tidak ada unifikasi hukum dan tidak ada satu sistem hukum nasional yang berlaku seluruh Inggris. Setiap wilayah memiliki hukum dan sistem peradilan sendiri, sehingga terdapat hukum dan pengadilan yang antara wilayah yang satu dan wilayah lainnya.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Pada masa King Henry II (1110 - 1135), raja mengambil kebijakan untuk melakukan sentralisasi pengadilan, unifikasi hukum, dan reformasi perpajakan. Sentralisasi pengadilan dan unifikasi hukum dilakukan dengan jalan raja membentuk *Royal Court (King Court)*. Pengadilan ini berhasil membentuk satu sistem hukum untuk seluruh orang Inggris (*Common Law*). Pengadilan yang menciptakan hukum. Dengan sistem *precedent*, kemudian terbentuk case law. *Case law* yang terbentuk dari berbagai putusan pengadilan ini disebut *Common Law*. (*English*) *Common Law* dalam konteks adalah hukum yang dikembangkan oleh hakim melalui opini mereka dalam berbagai putusan (pengadilan) yang buat. Prinsip-prinsip yang dibentuk dari perkara-perkara ini menjadi precedent untuk hakim-hakim memutus perkara selanjutnya yang serupa.

Sebagai suplemen dari *Royal Court* tersebut raja membentuk *Court of Chancery (Equity Court)* yang dipimpin oleh Lord Chancellor. Pengadilan ini dalam memutus suatu perkara tidak didasarkan pada hukum, tetapi mengacu kepada keadilan dan kepatutan. Keadilan dan kepatutan yang dijadikan dasar putusan pengadilan ini disebut *equity*.

Kemudian dengan adanya Supreme Court of Judicature Acts of 1873-5 kedua pengadilan disatukan. Sejak saat itu Court of Chancery ditiadakan, sehingga equity tidak pernah bertambah lagi, sedangkan common law terus berkembang dan bertambah. Sejak saat itu, sumber hukum di Inggris mencakup *statutory law*, *common law*, dan *equity*.

Berkaitan dengan sumber hukum primer hukum kontrak dan perbuatan melawan hukum di Amerika Serikat dapat ditemukan lagi dalam:

1. Undang-undang yang dikeluarkan Congress dan legislatif negara bagian;
2. Regulasi yang diciptakan oleh badan-badan administrasi,
3. Putusan pengadilan (*case law*), termasuk dalam case law ini di samping putusan-putusan pengadilan federal dan negara bagian, termasuk (*English*) *common law* dan *equity*.

Kemudian yang menyangkut sumber sekunder antara lain *Restatement of Law*, di bidang hukum kontrak dijumpai adanya *the Restatement (Second) of*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Contract. Restatement of the law ini adalah kompilasi dari *common law* yang umumnya ringkasan norma-norma hukum *common law* yang diikuti hampir seluruh negara bagian di Amerika Serikat. *Restatement of the law* ini disusun dan dipublikasikan oleh The American Law Institute (ALI). Walaupun *restatement of the law* sebagaimana sumber sekunder lainnya tidak memiliki kekuatan hukum, tetapi sumber hukum ini dalam kenyataannya menjadi sandaran analisis hukum dan opini hakim dalam membuat putusan.³⁶

H. Perikatan dalam Hukum Islam

Menurut Syamsul Anwar, di dalam hukum Islam istilah yang telah lama dikenal adalah *akad* sebagai padanan perjanjian atau kontrak. Belakangan, di dalam hukum Islam kontemporer dikenal pula istilah *iltizam* sebagai padanan istilah perikatan. Semula istilah *iltizam* digunakan untuk menyebut perikatan yang timbul dari kehendak sepihak saja, kadang-kadang dipakai pula dalam arti perikatan yang timbul dari perjanjian. Berikutnya pada zaman modern, istilah *iltizam* untuk menyebut perikatan pada umumnya.³⁷

Para *fuqaha* menurut Syamsul Anwar, apabila berbicara tentang hubungan perikatan antara dua pihak atau lebih sering menggunakan ungkapan “terisnya *dzimmah* dengan suatu hak atau kewajiban.” *Dzimmah* secara harfiah berarti tanggungan. Kemudian secara terminologis berarti suatu wadah dalam diri setiap orang tempat menampung hak dan kewajiban. Apabila pada seseorang terdapat hak orang lain yang ditunaikannya kepada orang tersebut, maka dikatakan *dzimmah*-nya berisi suatu hak atau suatu kewajiban. Artinya, ada kewajiban baginya yang menjadi hak orang lain. Apabila ia telah melaksanakan kewajibannya yang menjadi hak orang lain tersebut dikatakan bahwa *dzimmah*-nya telah kosong atau bebas. Apabila pemilik surat izin mengemudi (SIM) mengumumkan akan memberi hadiah kepada orang yang menemukan SIM yang hilang, dan orang itu menemukannya, maka dikatakan bahwa *dzimmah* pemilik SIM berisi suatu hak (bagi yang

³⁶ *Ibid*, hlm 11.

³⁷ Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah, Studi tentang Teori Akad dalam Fiqih Muamalat* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2007), hlm 47.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

menemukan SIM) atau kewajiban (bagi pemilik SIM) yang ditunaikannya. Apabila pemilik SIM sudah melaksanakan kewajibannya yang menjadi hak bagi yang menemukan SIM tersebut, maka dikatakan bahwa *dzimmah* pemilik SIM telah kosong atau bebas, ia tidak punya tanggungan lagi. Dalam hukum Islam terdapat sebuah kaidah fiqih yang menyatakan *al-aslu bara'atudz-dzimmah* (asasnya adalah bebasnya *dzimmah*). Maksudnya bahwa asas pokoknya adalah bahwa bagi seseorang tidak terdapat apapun atas milik orang lain, atau pada asasnya seseorang tidak memikul kewajiban apapun terhadap orang lain sampai ada bukti yang menyatakan sebaliknya.³⁸

Dengan demikian, ungkapan fukaha mengenai terisinya *dzimmah* seseorang dengan hak atau kewajiban itu digunakan untuk mendefinisikan perikatan dalam hukum Islam. Perikatan (*iltizam*) dalam hukum Islam adalah suatu hak yang wajib ditunaikannya kepada orang lain atau pihak lain. Di sisi lain, Mustafa Az Zarqa mendefinisikan *iltizam* sebagai keadaan dimana seseorang diwajibkan menurut hukum *syarak* untuk melakukan untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu bagi kepentingan orang lain.³⁹

Definisi perikatan di atas lebih menekankan pada objeknya berupa hak dan kewajiban yang timbul pada pra pihak. Ini menggambarkan suatu orientasi hukum perikatan yang dicirikan oleh semangat objektivisme. Ada dua orientasi hukum perikatan, yakni objektivisme dan subjektivisme. Hukum perikatan yang berakar pada tradisi hukum Romawi, termasuk *Code Civil* Perancis, ditandai dengan semangat subjektivisme. Di sini hukum perikatan lebih banyak dilihat dari sisi hubungan antar subjek, yakni debitor dan kreditor. Konsekuensi pandangan seperti itu adalah bahwa apabila antara dua orang atau pihak telah tercipta hubungan perikatan, maka tidak dapat dilakukan penggantian para pihak dengan pihak lain atau tidak mungkin dilakukan pemindahan hak personal yang timbul dalam perikatan tersebut kepada subjek baru.⁴⁰

³⁸ *Ibid*, hlm 49.

³⁹ *Ibid*.

⁴⁰ *Ibid*, hlm 50.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Konsep yang menekankan subjek ini berasal dari gagasan klasik berkembang dalam hukum Romawi kuno dimana perikatan lebih ditekankan pada diri para pihak daripada objek yang menjadi tujuan. Dalam hukum Romawi kuno seorang debitor terikat kepada kreditor dengan dirinya sehingga apabila ia tidak dapat memenuhi perikatannya, ia dapat diperbudak oleh kreditor. Kemudian hukum Romawi mengalami perkembangan dengan memperluas perikatan yang tidak hanya dikaitkan kepada diri subjek, tetapi dikaitkan juga kepada harta kekayaannya. Meskipun demikian, perkembangan ini tidak mengurangi penekanan bahwa perikatan adalah suatu hubungan antar subjek.⁴¹

Sebaliknya, hukum yang dijiwai oleh objektivisme melihat perikatan lebih kepada objeknya berupa hak dan kewajiban yang timbul dari perikatan. Hukum Jerman mewakili kelompok ini. Hukum Islam memiliki gagasan yang sama. Di dalam hukum Jerman, perikatan didefenisikan sebagai status yuridis berdasarkan pada seseorang tertentu untuk memindahkan suatu hak kebendaan, melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Dalam hukum yang dijiwai oleh objektivisme, penggantian subjek atau pemindahan hak-hak perikatan dari satu subjek ke subjek yang lain dilakukan dengan mudah, karena yang menjadi fokus utama dalam perikatan bukan subjek, tetapi objek dalam perikatan.⁴²

I. Sumber Hukum Perikatan dalam Sistem Hukum Islam

Sistem hukum Islam adalah sistem hukum bersifat religius. Karena sistem hukum bersifat religius, maka sumber hukumnya, termasuk hukum kontrak juga bersifat religius. S.E. Rayner mengklasifikasikan sumber hukum kontrak Islam ke dalam dua klasifikasi sebagai berikut:⁴³

1. Sumber Hukum Primer

a. Alquran

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ S.E. Rayner, *The Theory of Contract in Islamic Law: A Comparative Analysis with Particular Reference to the Modern Legislation in Kuwait, Bahrain and United Arab Emirates* (London: Graham & Trotman, 1991), hlm 1 et.seq. Lihat juga Mohamad Akram Ladin, *Introduction to Sharia'ah & Islamic Jurisprudence* (Kuala Lumpur: CERT Publication, 2008), hlm 55 et.seq..

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Walaupun Alquran bukan merupakan sebuah kitab undang-undang yang memuat ketentuan-ketentuan atau norma hukum secara rinci, namun demikian Alquran ini banyak memuat prinsip umum berbagai bidang hukum, diantaranya hukum kontrak. Prinsip umum kontrak misalnya ketentuan Surah Al Maa-idah ayat 1 (Q.S. 5:1) mewajibkan orang-orang beriman untuk mematuhi perjanjian yang mereka buat (*Aufu bi al-Uqud*). Perintah Al Quran ini menjadi dasar utama kesucian terhadap semua kontrak.

b. Sunnah

Sunnah ini adalah ajaran-ajaran Muhammad SAW baik yang disampaikan melalui ucapan, tindakan, atau persetujuannya. Ajaran-ajaran yang merupakan sunnah ini “direkam” atau diwartakan dalam suatu “rekaman” yang dinamakan hadis.⁴⁴

2. Sumber Hukum Sekunder

Sumber hukum sekunder penting jika ada kekosongan sumber hukum primer. Sumber hukum sekunder dikembangkan berdasarkan intelektual manusia. Sumber hukum sekunder ini diderivasi dari alquran dan hadis. Ini adalah sumber tambahan. Syamsul Anwar menyebut sumber hukum tambahan ini sebagai sumber hukum non-ilahi.⁴⁵

Sumber hukum sekunder ini meliputi:

- a. *Ijma* (konsensus pendapat, *Consensus of Opinion*);
- b. *Qiyas* (Analogi Deduktif, *Analogical Deductions*)
- c. *Istihsan* (Kebijaksanaan Hukum, *Juristic Preference*)
- d. *Marsalah Mursalah* (Kemaslahatan, *Consideration of Public Interest*)
- e. *Sadd al-Dhara'i* (*Blocking the Means to Evil*)
- f. *Urf* (Kebiasaan, *Customary Practice*)
- g. *Istishab* (*Presumption of Continuity*)
- h. “*Amal ahl al-Madinah* (*The Practice of Median People*)

⁴⁴ *Ibid*, hlm 16.

⁴⁵ *Ibid*, hlm 15.

II

KLASIFIKASI PERIKATAN

J. Satrio menyatakan bahwa berdasarkan ciri-ciri tertentu, perikatan dapat diklasifikasikan ke dalam beberapa klasifikasi atau golongan atau kelompok. Pembuat undang-undang telah membagi perikatan ke dalam beberapa kelompok, yakni berdasarkan sumbernya, berdasarkan isinya, dan sifat prestasi ataupun saat matangnya prestasi terutang.⁴⁶ R Setiawan mengklasifikasikan perikatan dalam beberapa klasifikasi, yaitu:⁴⁷

A. Berdasarkan isi perikatan

1. perikatan positif dan negatif;
2. perikatan sepintas dan perikatan berkelanjutan;
3. perikatan alternatif;
4. perikatan fakultatif;
5. perikatan generik dan spesifik; dan
6. perikatan yang dapat dibagi dan tidak dapat dibagi.

B. Berdasarkan subjek-subjeknya

1. perikatan solider atau tanggung renteng; dan
2. perikatan *principal* dan perikatan *accessiore*;

C. Berdasarkan mulai berlaku dan berakhirnya perikatan

1. perikatan bersyarat; dan
2. perikatan dengan ketentuan waktu.

Ad. A. Klasifikasi Perikatan Berdasarkan Sumbernya

Pasal 1233 KUHPdata menyebutkan bahwa tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena perjanjian maupun karena undang-undang (*alle verbintenissen ontstaan of uit alle overeenkomst, of uit alle de wet*). Di sini pembentuk undang-undang membedakan berdasarkan sumbernya. Dengan demikian, sumber perikatan adalah perjanjian dan undang-undang.

⁴⁶ J. Satrio, *op.cit*, hlm 38.

⁴⁷ R. Setiawan, *op.cit*. hlm 34.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Pada dasarnya perjanjian merupakan sebuah kesepakatan yang dibuat oleh para pihak yang membuat perjanjian. Para pihak sepakat untuk mengikat diri satu dengan lainnya baik untuk memberikan sesuatu, berbuat sesuatu, atau tidak berbuat sesuatu. Kesepakatan ini akan melahirkan hak dan kewajiban diantara para pihak. Hak dan kewajiban tersebut harus bernilai ekonomis, dan karenanya ia terletak dalam lapangan hukum kekayaan. Perhatikan contoh perjanjian jual beli di bawah ini:⁴⁸

1. Penjual memiliki hak untuk menuntut uang pembayaran, sebaliknya pembeli memiliki kewajiban untuk membayar harga yang telah disepakati. Di sini ada perikatan.
2. Pembeli memiliki hak untuk menuntut penyerahan benda objek jual beli, sebaliknya penjual memiliki kewajiban untuk menyerahkan benda yang menjadi objek jual beli kepada pembeli. Di sini ada perikatan lagi.
3. Penjual memiliki kewajiban untuk menanggung terhadap adanya cacat tersembunyi, sebaliknya pembeli memiliki hak untuk menuntut jaminan tersebut. Di sini ada perikatan lagi.

Dengan demikian, perjanjian melahirkan perikatan, malah satu perjanjian dapat melahirkan banyak perikatan.

Sumber perikatan yang kedua adalah undang-undang. Perikatan yang bersumber dari undang-undang menurut Pasal 1352 KUHPdata dibedakan atas perikatan dari undang-undang saja (*uit de wet alleen*) dan perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan manusia (*uit de wet ten gevolge van's menschen toedoen*).

Berkenaan dengan perikatan yang timbul dari undang-undang saja tersebut, Bab III Buku III KUHPdata tentang *van verbintenissen die uit kracht der wet geboren worden* (perikatan yang lahir karena undang-undang) sama sekali tidak mengatur perikatan yang lahir dari undang-undang saja. Bab tersebut hanya mengatur perikatan-perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan manusia.

Contoh dari perikatan yang lahir karena undang-undang saja dapat dilihat dari perikatan dalam hukum keluarga. Perikatan itu adalah kewajiban anak terhadap

⁴⁸ J. Satrio, *op.cit*, hlm 40.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

orang tuanya sebagaimana diatur Pasal 321 KUHPerdara yang menyebutkan bahwa, *de kinderen zijn verplicht hunne ouders en bloedverwanten in opgaande linie, wanner zijn, te onderhouden* (setiap anak wajib memberikan nafkah kepada orang tuanya dan para keluarga sedarah dalam garis ke atas apabila mereka dalam keadaan miskin). Keterikatan seorang anak untuk melakukan kewajiban tersebut terjadi karena ditentukan oleh undang-undang. Ini adalah kewajiban alimentasi.

Kemudian Pasal 1353 KUHPerdara membedakan perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan manusia ke dalam perbuatan yang sesuai dengan hukum (*rechtmatige*) dan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige*). Perikatan yang sesuai dengan hukum tersebut antara lain mencakup perwakilan sukarela (*zaakwaarneming*) dan pembayaran tidak terutang (*onverschuldigde betaling*).

Ad. B. Klasifikasi Perikatan Berdasarkan Isi atau Prestasi Perikatan

Berdasarkan Pasal 1234 KUHPerdara, perikatan dengan mengacu kepada prestasi dalam perikatan, perikatan dapat diklasifikasikan ke dalam:

1. perikatan untuk memberikan sesuatu (*te geven*);
2. perikatan untuk berbuat sesuatu (*te doen*);
3. perikatan untuk tidak berbuat sesuatu (*niet te doen*).

Ad. 1. Perikatan untuk Memberikan Sesuatu

Tolok ukur perikatan untuk memberikan sesuatu ini adalah objek perikatannya, wujud prestasinya berupa kewajiban bagi debitor untuk memberikan sesuatu kepada kreditor.

Wujud prestasi memberikan sesuatu ini dapat dilihat dalam perjanjian jual beli. Di dalam perjanjian jual beli, kewajiban penjual adalah menyerahkan barang yang menjadi objek jual beli. Di dalam perjanjian sewa-menyewa, kewajiban untuk memberikan sesuatu tersebut tidak berwujud penyerahan hak milik atas suatu benda tertentu, tetapi berupa penyerahan hak kenikmatan atas suatu benda. Dengan kata lain, penyerahan benda untuk sekedar dinikmati atau dipakai kepada penyewa.

Ad. 2. Perikatan untuk Berbuat Sesuatu

Sebenarnya memberikan sesuatu sama dengan melakukan atau berbuat sesuatu. Penentuan batas antara memberikan sesuatu dan melakukan sesuatu tidak jelas. Walaupun menurut tata bahasa memberi adalah berbuat, tetapi pada umumnya yang diartikan dengan memberi adalah menyerahkan hak milik atau memberi kenikmatan atas suatu atau benda. Misalnya, penyerahan hak milik atas rumah atau memberi kenikmatan atas barang yang disewa kepada penyewa. Adapun yang dimaksud dengan berbuat adalah setiap prestasi yang bersifat positif tidak berupa memberi, misalnya melukis atau menebang pohon.⁴⁹

Ad. 3. Perikatan untuk Tidak Berbuat Sesuatu

Mengenai perikatan untuk tidak berbuat sesuatu tidak menimbulkan masalah, karena prestasi debitor hanya berupa tidak melakukan sesuatu atau membiarkan orang lain berbuat sesuatu. Misalnya tidak akan mendirikan bangunan atau tidak menghalangi orang untuk mendirikan bangunan.⁵⁰

Ad. C. Klasifikasi Perikatan Berdasarkan Doktrin

Doktrin mengklasifikasikan perikatan dalam beberapa klasifikasi seperti diuraikan di bawah ini:⁵¹

1. perikatan perdata dan perikatan alamiah;
2. perikatan pokok dan perikatan tambahan;
3. perikatan primer dan perikatan sekunder;
4. perikatan yang selintas dan perikatan yang memakan waktu;
5. perikatan positif dan perikatan negatif;
6. perikatan yang sederhana dan perikatan kumulatif;
7. perikatan fakultatif dan perikatan alternatif; dan

⁴⁹ R. Setiawan, *op.cit*, hlm 16.

⁵⁰ *Ibid*, hlm 15.

⁵¹ J. Satrio, *op.cit*, hlm 79 et.seq.

8. perikatan yang dapat dibagi dan perikatan yang tidak dapat dibagi

Ad. 1. Perikatan Perdata dan Perikatan Alamiah

Perikatan perdata (*civiele verbinteniss, civil obligation*) adalah perikatan yang pemenuhan pelaksanaan atau prestasinya dapat digugat ke depan pengadilan. Apabila debitor tidak melaksanakan prestasinya, kreditor dapat menggugat debitor untuk memenuhi prestasinya ke depan pengadilan.

Perikatan alamiah (*natuurlijke verbinteniss, natural obligation*) adalah perikatan yang pemenuhan prestasinya tidak dapat digugat ke depan pengadilan. Perikatan alamiah ini dapat bersumber dari undang-undang, kesusilaan dan kepatutan (*moral and equity*).⁵² Bersumber dari undang-undang artinya adanya perikatan alamiah ini karena ditentukan oleh undang-undang. Jika undang-undang tidak menentukan, maka tidak ada perikatan alamiah. Bersumber dari kesusilaan dan kepatutan berarti adanya perikatan alamiah karena adanya belas kasihan, rasa kemanusiaan, dan kerelaan dari pihak debitor.⁵³ Berdasarkan sumber-sumber tersebut timbul pendapat atau ajaran tentang perikatan alamiah, yaitu pendapat sempit dan pendapat luas.

a. Pendapat Sempit

Menurut yang sempit, perikatan alamiah itu ada karena ditentukan undang-undang. Di sini ada debitor dan kreditor, tetapi kreditor tidak dapat memaksa debitor supaya memenuhi kewajiban. Contoh-contoh perikatan alamiah yang bersumber dari undang-undang adalah sebagai berikut:⁵⁴

- 1) pinjaman yang tidak diminta bunganya (Pasal 1756 ayat (1) KUHPerdata)⁵⁵, jika bunganya dibayar, ia tidak dapat menuntut pengembalian pembayaran tersebut;

⁵² Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan* (Bandung: Alumni, 1982), hlm 57.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Pasal 1756 ayat (1) KUHPerdata: "*De schuld, uit leening van geld voortpruitende, bestaat alleen die geldsom die bij de overeenkomst uitgedrunk*" (utang yang terjadi karena peminjaman uang hanya terdiri atas sejumlah uang yang disebutkan dalam perjanjian).

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

- 2) perjudian dan pertaruhan (Pasal 1788 KUHPerdato)⁵⁶. Undang-undang tidak memberikan tuntutan hukum atas suatu utang yang terjadi karena perjudian dan pertaruhan;
- 3) Lampau waktu (Pasal 1967 KUHPerdato)⁵⁷. Segala tuntutan hukum yang bersifat kebendaan maupun perorangan hapus karena daluarsa atau lampau waktu (*verjaring*) dengan lewatnya waktu 30 (tigapuluh) tahun.

b. Pendapat Luas

Menurut pendapat yang luas, perikatan alamiah disamping timbul dari undang juga dapat timbul kesusilaan dan kepatutan. Contoh-contoh perikatan alamiah yang bersumber dari kesusilaan dan kepatutan adalah sebagai berikut:⁵⁸

- 1) orang kaya yang memberi uang kepada orang miskin yang menolongnya ketika tenggelam di sungai;
- 2) memberi sokongan kepada keluarga miskin yang menurut undang-undang kewajiban tidak kewajiban bagi dirinya untuk berbuat seperti itu.

Akibat hukum perikatan alamiah ialah apabila sudah dipenuhi, maka ia tidak dapat digugat pengembaliannya. Perikatan alamiah dapat menjadi perikatan perdata, apabila debitor mengikatkan diri dengan perjanjian untuk memenuhi kewajiban yang sebelumnya hanya didasarkan pada perikatan alamiah. Dalam hal ini perikatan alamiah diperkuat menjadi perikatan perdata yang dapat dipaksakan pemenuhan prestasinya.⁵⁹

Ad. 2. Perikatan Pokok dan Perikatan Tambahan

Perikatan pokok atau prinsipal (*underlying obligation*) adalah perikatan yang berdiri sendiri. Adapun perikatan tambahan (*accessiore*) adalah yang

⁵⁶ Pasal 1788 KUHPerdato: “*De wet staat geene regtsvordering toe, ter zake van eene schuld uit spel or uit weddenschap voortgesproten*” (Undang-undang tidak memberikan suatu tuntutan hukum dari satu utang yang timbul karena perjudian atau pertaruhan).

⁵⁷ Pasal 1967 KUHPerdato; “*Alle regtsvoorderingen, zoo wel zakelijke als persoonlijke, verjaren door dertig jaren,...*” (semua tuntutan hukum baik yang bersifat kebendaan maupun perorangan, hapus karena daluarsa dengan lewatnya waktu tigapuluh tahun...).

⁵⁸ Abdulkadir Muhammad, *op.cit*, hlm 60.

⁵⁹ *Ibid*.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

merupakan perikatan yang mengikuti perikatan pokok. Perikatan ini merupakan perikatan tidak berdiri, tetapi bergantung pada perikatan pokoknya. Hapus dan berakhirnya perikatan tambahan bergantung pada perikatan pokoknya. Perikatan pokok dapat disebut sebagai perikatan independen, sedangkan perikatan tambahan disebut sebagai perikatan dependen.

Perjanjian pinjam meminjam uang merupakan pokok. Kemudian apabila dari perjanjian tersebut ditambahkan jaminan, misalnya gadai atau fidusia, maka perikatan yang berkaitan dengan penjaminan gadai atau fidusia tersebut adalah perikatan tambahan.

Ad. 3. Perikatan Primer dan Perikatan Sekunder

Perikatan sekunder adalah perikatan yang menggantikan perikatan primer kalau perikatan primernya tidak dipenuhi. Misalnya: Tuntutan ganti rugi, bunga, dan ongkos, dalam hal debitor wanprestasi.⁶⁰

Terdapat persamaan antara perikatan tambahan dan perikatan sekunder. Keduanya mengacu kepada perikatan pokok atau perikatan primer, terbit dan hapusnya perikatan ini bergantung pada perikatan pokok atau perikatan primer.

Ad. 4. Perikatan Sepintas dan Perikatan yang Memakan Waktu

Perikatan yang sepintas adalah perikatan yang pemenuhannya hanya memerlukan waktu yang singkat saja dan karenanya hubungan hukumnya juga berlangsung singkat atau pendek. Misalnya, perikatan yang timbul dari jual beli secara tunai, apabila penjual telah melaksanakan kewajibannya seperti menyerahkan benda yang dijual dan penjual membayar uang harga pembayarannya. Sebaliknya, ada juga perikatan-perikatan yang pemenuhannya memerlukan waktu yang relatif lama, seperti perikatan yang timbul dari sewa-menyewa.⁶¹

⁶⁰ *Ibid*, hlm 80.

⁶¹ *Ibid*.

Ad. 5. Perikatan Positif dan Perikatan Negatif

Perikatan positif adalah perikatan yang isinya atau prestasinya berupa kewajiban debitor untuk berbuat atau melakukan sesuatu. Kemudian perikatan negatif adalah perikatan berupa yang prestasi atau isinya berupa suatu kewajiban tidak berbuat atau tidak melakukan sesuatu.

Ad. 6. Perikatan yang Sederhana dan Perikatan yang Kumulatif

Di dalam perikatan yang sederhana kewajiban yang harus ditunaikan oleh debitor adalah suatu kewajiban tertentu saja dan kreditor berhak menolak kalau debitor memberikan prestasi yang lain, yang bukan diperjanjikan. Contoh: Di dalam perjanjian pinjam pakai, kewajiban debitor adalah mengembalikan barang (tertentu) yang dipinjam. Kreditor tidak wajib menerima (merasa puas) dengan pengembalian barang sejenis, sekalipun nilainya sama atau bahkan lebih tinggi.⁶²

Perikatan kumulatif adakah perikatan yang mengandung lebih dari satu kewajiban bagi debitor dan pemenuhan salah satu dari kewajiban-kewajiban tersebut belum membebaskan debitor dari kewajiban yang lain. Contoh: dari satu perjanjian jual beli timbul banyak perikatan-perikatan dan karenanya ada beberapa kewajiban yang harus dipenuhi oleh penjual. Perikatan yang muncul adalah:⁶³

- a. penjual wajib menyerahkan barangnya;
- b. selama barang belum diserahkan, penjual wajib memeliharanya dengan baik;
- c. penjual harus menanggung bahwa, barang tersebut bebas dari sitaan dan beban-beban

Dengan penyerahan objek jual beli saja, belum membebaskan penjual dari kewajiban untuk menjamin.

Ad. 7. Perikatan Alternatif dan Perikatan Fakultatif

Di dalam perikatan alternatif (*alternative obligation*) ada lebih dari kewajiban prestasi, tetapi debitor diperkenankan untuk memilih salah satu dari

⁶² *Ibid*, hlm 81.

⁶³ *Ibid*.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

prestasi tersebut. Dikatakan alternatif karena debitor boleh memenuhi prestasinya dengan memilih salah satunya, tetapi debitor tidak dapat memaksa kreditor untuk menerima satu dari dua barang yang dijadikan objek perikatan. Pemenuhan salah satu prestasi tersebut membebaskan debitor kewajiban untuk berprestasi lebih lanjut, dan perikatan berakhir.

Suatu perikatan dinamakan perikatan fakultatif jika di dalamnya ada kewajiban tertentu bagi debitor, tetapi ia bebas menyuruh orang lain untuk memenuhinya. Pada umumnya kewajiban prestasi tersebut tidak bersifat pribadi atau didasarkan pada kecakapan dan bakat debitor. Contoh: Perikatan yang timbul berdasarkan perjanjian pemborongan bangunan antara pemilik proyek dan pemborong merupakan perikatan fakultatif.

Ad. 8 Perikatan yang dapat Dibagi dan Perikatan yang Tidak Dapat Dibagi

Suatu perikatan dikatakan dapat dibagi-bagi (*deelbaar*) kalau prestasinya dapat dipecah-pecah sedemikian rupa, sehingga masing-masing bagian berdiri sendiri, tetapi tetap sebagai satu keseluruhannya. Contoh: Perikatan untuk menyerahkan 10 (sepuluh) komputer, pengirimannya (kewajiban prestasinya) dapat dilakukan berurutan, setiap pengiriman dua buah.

Perikatan yang tidak dapat dibagi-bagi (*ondeelbaar*), jika prestasinya tidak mungkin dipecah-pecah tanpa mengakibatkan nilai prestasinya menjadi lain. Contoh: Orang wajib menyerahkan seekor burung murai (hidup), tidak dapat pertama-tama mengirim kepalanya. Kemudian dilanjutkan dengan mengirim sayap dan kakinya.

Subekti juga mencatat ada beberapa jenis perikatan yang dikenal dalam hukum perdata, yaitu:⁶⁴

1. perikatan bersyarat;
2. perikatan dengan ketetapan waktu;
3. perikatan manasuka (alternatif);
4. perikatan tanggung-menanggung atau solider;
5. perikatan yang dapat dibagi dan tidak dapat dibagi; dan

⁶⁴ Subekti, *op.cit*, *Hukum Perjanjian*, hlm 4.

6. perikatan dengan ancaman hukuman.

Ad. 1. Perikatan Bersyarat

Perikatan bersyarat (*voorwaardelijk*) ini diatur dalam Pasal 1253 IKH Perdata sampai dengan Pasal 1267 KUH Perdata.

Pasal 1253 KUHPerdata menentukan: “*Eene verbintenis is voorwaardelijk, wanneer men dezelve doet afhangen van eene toekomstige en onzekere gebeurtenis, het zij door de verbintenis, op zoodanige gebeurtenis plaats hebbe, het zij door de verbintenis te doen vervallen, naar mate de gebeurtenis al of niet voorvalt*” (suatu perikatan adalah bersyarat jika digantungkan pada suatu peristiwa yang mungkin terjadi dan memang belum terjadi, baik dengan cara menanggukkan berlakunya perikatan sampai terjadinya peristiwa itu, maupun dengan cara membatalkan perikatan itu bergantung pada terjadi atau tidak terjadinya peristiwa itu).

Dari ketentuan Pasal 1253 KUHPerdata tersebut, dapat ditarik simpulan bahwa ada 2 (dua) macam perikatan bersyarat, yaitu:

- a. perikatan bersyarat yang menanggukkan; dan
- b. perikatan dengan syarat batal atau menghapuskan

Ad. a. Perikatan dengan Syarat Menanggukkan

Perikatan bersyarat yang menanggukkan adalah perikatan yang lahir apabila peristiwa yang dimaksud terjadi. Perikatan lahir pada saat terjadinya peristiwa tersebut. Perikatan semacam ini disebut dengan perikatan dengan syarat tangguh.⁶⁵ Misalnya A berjanji kepada B. A akan menyewakan rumah yang ia miliki dan tempati kepada B apabila tahun ini dia mendapat beasiswa untuk studi lanjut di Law School Harvard University. Perjanjian sewa-menyewa itu digantungkan pada syarat akan suatu peristiwa yang belum tentu terjadi. Perjanjian sewa-menyewa lahir jika peristiwa dimaksud terjadi, yaitu dia mendapat beasiswa untuk studi lanjut di Law School Harvard University terjadi. Jika kenyataannya sampai dengan akhir tahun ini

⁶⁵ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

dia tidak mendapat beasiswa tersebut, maka perjanjian sewa-menyewa itu juga tidak pernah ada.

Dalam suatu perjanjian jual beli, diperbolehkan untuk menyerahkan penentuan harganya kepada pada perkiraan pihak ketiga. Jika pihak ketiga tersebut tidak suka atau tidak mampu membuat perkiraan dimaksud, maka tidak terjadi perjanjian jual beli. Perjanjian jual beli semacam ini adalah perjanjian jual beli dengan suatu syarat tangguh.⁶⁶

Selama syarat tersebut belum dipenuhi, kreditor tidak dapat menuntut pemenuhan prestasi, dan debitor tidak wajib berprestasi. Jika debitor memenuhi prestasinya sebelum persyaratan dipenuhi, maka terjadi pembayaran yang tidak terutang dan debitor dapat menuntut pengembaliannya.⁶⁷

Suatu perjanjian batal jika pelaksanaannya semata-mata digantungkan kemauan orang yang terikat⁶⁸. Suatu syarat yang berada dalam kekuasaan orang terikat (debitor) disebut syarat prestatif. Suatu perjanjian yang digantungkan pada syarat seperti itu adalah batal. Jika saya berjanji untuk menjual atau menyewakan rumah saya atau menghadiahkan sepeda kepada seseorang manakala saya menghendaknya, maka jelas janji ini tidak ada artinya. Perjanjian seperti itu tidak memiliki kekuatan apapun.⁶⁹

Pasal 1254 KUHPdata menyatakan *alle voorwaarden om iets te doen dat onmogelijk, met goede zeden strijdend, of bij de wet verboden is, zijn nietig, en maken de overeenkomst die men daarvan heeft doen afhangen, van onwaarde* (semua syarat yang bertujuan melakukan sesuatu yang tidak mungkin terlaksana, sesuatu yang bertentangan dengan kesusilaan yang baik, atau segala sesuatu yang dilarang undang-undang adalah batal, dan mengakibatkan perjanjian bahwa yang digantungkan padanya tidak berlaku). Dengan demikian, apabila suatu yang perjanjian memuat klausul syarat yang bertujuan untuk melakukan sesuatu yang tidak mungkin

⁶⁶ *Ibid*, hlm 5.

⁶⁷ R. Setiawan, *op.cit*, hlm 44.

⁶⁸ Pasal 1256 ayat (1) KUHPdata: “*Alle verbintenissen zijn nietig, indien derzelve vervulling alleenlijk afhangt van del wil van dengene die verbinden is*” (perikatan batal apabila pelaksanaannya semata-mata digantungkan pada kemauan orang terikat).

⁶⁹ Subekti, *op.cit*, *Hukum Perjanjian*, *loc.cit*.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

terlaksana, sesuatu yang bertentangan dengan kesusilaan, atau dilarang undang-undang adalah batal demi hukum.

Kemudian Pasal 1255 KUHPerdata menyatakan Pasal 1255 KUHPerdata menyatakan *de voorwaarde om iets te doen het welk onmogelijk is, maakt de verbintenis, onder die voorwaarde aangegaan, niet van onwaarde* (syarat yang bertujuan tidak melakukan sesuatu yang tidak mungkin, tidak membuat perikatan yang digantungkan yang digantungkan padanya tidak berlaku).

Ad. b. Perikatan dengan Syarat Batal

Perikatan dengan syarat batal dikaitkan dengan syarat yang dapat membatalkan perikatan. Suatu perikatan yang sudah lahir dapat berakhir atau dibatalkan apabila peristiwa yang dimaksud dalam perjanjian terjadi.

Pasal 1265 ayat (1) KUHPerdata menentukan makna dan akibat hukum perikatan dengan syarat batal, *eene ontbindende voorwaarde is de zoodanige welke na hare vervulling, de verbintenis doet ophouden, en de zaken weder tot den vorigen stand doet terug keeren, even als of er geene verbintenis bestaan had* (suatu syarat batal adalah suatu syarat yang apabila dipenuhi akan menghapus perikatan dan membawa segala sesuatu kembali pada keadaan semula, seolah-olah tidak pernah ada perikatan).

Selanjutnya Pasal 1265 ayat (2) KUHPerdata menentukan *deze voorwaarde schort de nakoming der verbintenis niet op, alleenlijk verplicht zij den schuldeischer om hetgeen bij ontvangen heeft terug te geven, in geval de bij de voorwaarde bedoelde gebeurtenis stand grijpt* (syarat ini tidak menunda pemenuhan perikatan, ia hanya mewajibkan kreditor mengembalikan apa yang telah diterimanya, apabila yang dimaksudkan telah terjadi).

Misalnya A menyewakan rumah yang dimilikinya kepada B. Ketika A menyewakan rumah tersebut kepada B disertai dengan persyaratan bahwa A akan mengakhiri perjanjian tersebut apabila anak A, yakni C yang studi lanjut di Law School Harvard University telah kembali ke Indonesia. Apabila C telah kembali ke Indonesia, maka perjanjian sewa tersebut menjadi batal atau berakhir.

Ad. 2. Perikatan dengan Ketetapan Waktu

Perikatan dengan ketetapan waktu diatur dalam Pasal 1268 KUHPdata sampai dengan Pasal 1271 KUHPdata.

R. Setiawan merumuskan perikatan dengan ketetapan waktu adalah perikatan yang berlaku atau hapusnya digantungkan pada waktu atau peristiwa tertentu yang akan terjadi dan pasti terjadi⁷⁰ Di dalam perikatan dengan ketetapan waktu, perikatan sudah terjadi, tetapi pelaksanaannya masih menunggu saat atau waktu akan datang. Ketentuan waktu ini dapat berupa tanggal sudah pasti atau tertentu maupun berupa peristiwa yang pasti akan terjadi tetapi saat ini belum terjadi.⁷¹

Waktu atau peristiwa yang ditentukan dalam perikatan dengan ketentuan waktu tersebut misalnya A dan B mengadakan perjanjian sewa menyewa rumah pada tanggal 20 Maret 2012, tetapi di dalam perjanjian ditentukan bahwa perjanjian ini baru berlaku pada 20 April 2012. Perjanjian dengan ketentuan waktu terjadi dengan menggantungkan pada peristiwa yang belum terjadi, tetapi peristiwa itu pasti akan terjadi. Misalnya A membuat perjanjian dengan B. A berjanji kepada B, bahwa A memberikan kepada B, tetapi digantungkan pada peristiwa kematian A. Peristiwa kematian itu pasti akan datang, tetapi tidak dapat diketahui kepastian waktunya.

Pada umumnya jika peristiwanya belum pasti terjadi, maka perikatan itu masuk dalam kategori perikatan bersyarat. Ada kemungkinan bahwa yang dimaksud oleh para pihak adalah perikatan dengan ketentuan waktu, walaupun perumusannya menunjukkan perikatan bersyarat. Misalnya akan dibayar pada saat A menjadi dewasa. Ini adalah perikatan bersyarat, karena belum tentu menjadi dewasa, dapat saja A meninggal dunia sebelum ia dewasa. Namun demikian ada kemungkinan maksud para pihak hanya waktu 21 (duapuluh satu) tahun⁷² sejak kelahiran A, maka

⁷⁰ R. Setiawan. *op.cit*, hlm 47.

⁷¹ Perhatikan Sri Soedewi Maschoen Sofwan, *op.cit*, hlm 61.

⁷² Sekarang batas kedewasaan tidak lagi 21 (duapuluh satu) tahun, tetapi 18 (delapanbelas) tahun.

dalam hal ini harus dianggap sebagai perikatan dengan ketentuan waktu.⁷³ Jadi, dalam menentukan apakah suatu perikatan merupakan perikatan bersyarat atau ketentuan waktu, harus dilihat pada maksud para pihak.⁷⁴

Ad. 4. Perikatan Tanggung-Menanggung

Istilah lain dari perikatan tanggung-menanggung ini adalah perikatan tanggung renteng, dan perikatan solider. Ini merupakan padanan dari istilah *hoofdelijkheid* dalam bahasa Belanda.

Di dalam perikatan tanggung-menanggung atau tanggung renteng, salah satu pihak dalam perikatan terdapat beberapa orang. Dalam hal beberapa orang itu terdapat di pihak debitor (dan ini yang lazim), maka tiap-tiap debitor itu dapat dituntut untuk memenuhi seluruh utang. Dalam hal terdapat beberapa orang itu di pihak kreditor, maka tiap-tiap kreditor berhak menuntut seluruh pembayaran utang. Dengan sendirinya pembayaran yang dilakukan oleh salah seorang debitor membebaskan debitor yang lainnya. Begitu pula pembayaran yang dilakukan debitor kepada salah seorang kreditor membebaskan debitor terhadap-kreditor lainnya.⁷⁵

Ad. 6. Perikatan dengan Ancaman Hukuman

Perikatan dengan ancaman hukuman adalah suatu perikatan di dimana ditentukan bahwa debitor, untuk jaminan pelaksanaan perikatannya diwajibkan melakukan sesuatu apabila perikatannya tidak dipenuhi. Penetapan hukuman ini dimaksudkan sebagai ganti penggantian kerugian yang diderita oleh kreditor karena tidak dipenuhinya atau dilanggarnya perjanjian.⁷⁶ Ia memiliki dua maksud, yaitu:⁷⁷ Pertama, untuk mendorong debitor supaya memenuhi kewajibannya; dan Kedua, untuk membebaskan kreditor dari pembuktian tentang jumlah atau besarnya kerugian yang dideritanya, karena besarnya kerugian harus dibuktikan oleh kreditor.

⁷³ R. Setiawan, *loc.cit.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Subekti, *op.cit*, *Hukum Perjanjian*, hlm 8.

⁷⁶ *Ibid*, hlm 11.

⁷⁷ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

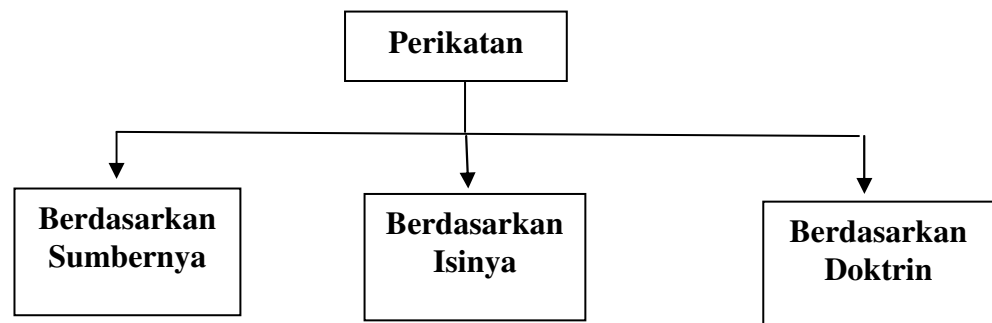
Oleh

Ridwan Khairandy

Misalnya seorang pemilik proyek (pengguna jasa) mengadakan perjanjian kerja jasa konstruksi dengan satu perusahaan jasa konstruksi (penyedia jasa). Di dalam perjanjian itu antara lain ditentukan bahwa penyedia jasa harus membangun gedung dan wajib pula menyelesaikannya pada 20 Juni 2011. Apabila sampai dengan tanggal di atas penyedia jasa tidak dapat menepati janji untuk menyelesaikan pembangunan dimaksud, maka dikenakan denda sebesar Rp. 1.000.000,00 (satu juta rupiah) untuk setiap hari keterlambatan.

Menurut Subekti, perikatan dengan ancaman hukuman harus dibedakan dengan perikatan manasuka di mana debitor boleh memilih antara beberapa macam prestasi. Di dalam perikatan dengan ancaman hukuman, hanya ada satu prestasi yang harus dilakukan debitor. Jika debitor lalai melakukan prestasinya tersebut, ia harus memenuhi ketentuan yang ditetapkan sebagai hukuman.⁷⁸

Klasifikasi Perikatan



⁷⁸ *Ibid*, hlm 12.

III

PENGERTIAN KONTRAK

A. Makna Kontrak

Roscoe Pound menyatakan bahwa “memenuhi janji” adalah sesuatu yang penting dalam kehidupan sosial. Hukum kontrak berkaitan dengan pembentukan dan melaksanakan suatu janji. Suatu janji adalah suatu pernyataan tentang sesuatu kehendak yang akan terjadi atau tidak terjadi pada masa yang akan datang.⁷⁹ Dalam makna yang lain, dapat dikatakan bahwa janji merupakan pernyataan yang dibuat oleh seseorang kepada orang lain yang menyatakan suatu keadaan tertentu atau yang terjadi, atau akan melakukan suatu perbuatan tertentu.⁸⁰ Orang terikat pada janjinya sendiri, yakni janji yang diberikan kepada pihak lain dalam perjanjian. Janji itu mengikat dan janji itu menimbulkan utang yang harus dipenuhi.⁸¹

Pada prinsipnya kontrak terdiri dari satu atau serangkaian janji yang dibuat para pihak dalam kontrak. Esensi dari kontrak itu sendiri adalah kesepakatan (*agreement*). Atas dasar itu, Subekti⁸² mendefinisikan kontrak sebagai peristiwa di mana seseorang berjanji kepada orang lain di mana dua orang saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu.

Menurut Sudikno Mertokusumo perjanjian hendaknya dibedakan dengan janji. Walaupun janji itu didasarkan pada kata sepakat, tetapi kata sepakat itu tidak untuk menimbulkan akibat hukum, yang berarti bahwa apabila janji itu dilanggar, tidak ada akibat hukumnya atau tidak ada sanksinya.⁸³

Berlainan dengan itu, di dalam berbagai definisi kontrak di dalam literatur hukum kontrak *Common Law*, kontrak itu berisi serangkaian janji, tetapi

⁷⁹ Roger LeRoy Miller dan Gayland A. Jentz, *op.cit.*, hlm 181.

⁸⁰ A.G. Guest, (ed), *Anson's Law of Contract* (Oxford: Clarendon Press, 1979), hlm 2

⁸¹ J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan Lahir dari Perjanjian, Buku II* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1995), hlm 146.

⁸² Subekti, *op.cit.*, *Hukum Perjanjian*, hlm 36.

⁸³ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum* (Yogyakarta: Liberty, 1999), hlm 110

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

yang dimaksud dengan janji itu secara tegas dinyatakan adalah janji yang memiliki akibat hukum dan apabila dilanggar, pemenuhannya dapat dituntut ke pengadilan.⁸⁴ Kontrak adalah suatu kesepakatan yang dapat dilaksanakan atau dipertahankan dihadapan pengadilan.⁸⁵

Bab II Buku III KUHPerdara Indonesia menyamakan kontrak dengan perjanjian atau persetujuan. Hal tersebut secara jelas terlihat dalam judul Bab II Buku III KUHPerdara, yakni “*Van verbintenissen die uit contract of overeenkomst* (Perikatan yang Lahir dari Kontrak atau Persetujuan).

Pasal 1313 KUHPerdara menentukan *eene overeenkomst is eene handeling waarbij een of meer personen zich jegens een of meer andere verbinden* (suatu perjanjian adalah suatu perbuatan yang terjadi antara satu orang atau lebih mengikatkan dirinya kepada satu orang atau lebih lainnya). Definisi tersebut dianggap tidak lengkap dan terlalu luas dengan berbagai alasan tersebut di bawah ini.

Dikatakan tidak lengkap, karena definisi tersebut hanya mengacu kepada perjanjian sepihak saja. Hal ini terlihat dari rumusan kalimat “yang terjadi antara satu orang atau lebih mengikatkan dirinya kepada satu orang atau lebih.” Mengingat kelemahan tersebut, J. Satrio mengusulkan agar rumusan diubah menjadi: “perjanjian adakah suatu perbuatan yang terjadi antara satu atau dua orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap orang lain atau di mana kedua belah pihak saling mengikatkan diri.”⁸⁶

Dikatakan terlalu luas, karena rumusan: “suatu perbuatan” dapat mencakup perbuatan hukum (seperti *zaakwaarneming*) dan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*). Suatu perbuatan melawan hukum memang dapat timbul karena perbuatan manusia dan sebagai akibatnya timbul suatu perikatan, yakni adanya kewajiban untuk melakukan transaksi tertentu yang berwujud ganti

⁸⁴ Lihat A.G. Guest, *loc. cit.*

⁸⁵ Roger LeRoy Miller dan Gayland A. Jentz, *op.cit*, hlm 182.

⁸⁶ J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian, Buku I* (Bandung: Citra Aditya Bakti), 1995, hlm 27

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

rugi kepada pihak yang dirugikan perbuatan melawan hukum jelas tidak didasarkan atau timbul dari perjanjian.⁸⁷ Perjanjian kawin dalam hukum keluarga atau perkawinan pun berdasarkan rumusan perjanjian dalam Pasal 1313 KUHPerdara tersebut dapat digolongkan sebagai perjanjian.⁸⁸

J. Satrio membedakan perjanjian dalam arti luas dan sempit. Dalam arti luas, suatu perjanjian berarti setiap perjanjian yang menimbulkan akibat hukum sebagai yang dikehendaki (atau dianggap dikehendaki) oleh para pihak, termasuk di dalamnya perkawinan, perjanjian kawin. Dalam arti sempit, perjanjian hanya ditujukan kepada hubungan-hubungan hukum dalam lapangan hubungan harta kekayaan saja sebagaimana diatur dalam Buku III KUHPerdara.⁸⁹

Artikel 6:213.1. NBW mendefinisikan perjanjian sebagai *een overeenkomst in de zin van deze titel is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een meer andere een verbintenis aangaan* (perjanjian adalah suatu perbuatan hukum yang terjadi antara satu orang atau lebih mengikatkan dirinya kepada satu orang lainnya atau lebih di mana keduanya saling mengikatkan dirinya).⁹⁰

Arthur S. Hartkamp and Marianne M.M. Tillema mengemukakan suatu definisi umum mengenai kontrak. Kontrak didefinisikan sebagai suatu perbuatan hukum yang diciptakan - dengan memenuhi persyaratan yang ditentukan hukum – oleh persesuaian kehendak yang menyatakan maksud bersama yang interdependen dari dua atau lebih pihak untuk menciptakan akibat hukum untuk kepentingan satu pihak dan juga untuk pihak lain.⁹¹

Kontrak merupakan golongan dari ‘perbuatan hukum’, perbuatan hukum yang dimaksud adalah suatu perbuatan yang menghasilkan akibat hukum

⁸⁷ *Ibid*, hlm 24

⁸⁸ Mariam Darius Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis* (Bandung: Alumni, 1994), hlm 18.

⁸⁹ J. Satrio, *op. cit.*,...*Buku I*, , hlm 28-30

⁹⁰ P.P.P Haanappel and Ejan Mackaay menterjemahkan rumusan Artikel 6:213.1. NBW ke dalam bahasa Inggris sebagai berikut: “A contract in this sense of this title is a multilateral juridical act whereby one or more parties assume an obligation toward one or more other parties”. Lihat P.P.P Haanappel and Ejan Mackaay, *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, Het Vermogensrechts* (Deventer: Kluwer, 1990), hlm 325

⁹¹ Arthur S. Hartkamp and Marianne M.M. Tillema, *op.cit*, hlm 33.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

dikarenakan adanya niat dari perbuatan satu orang atau lebih. Sehingga dapat dikatakan bahwa beberapa perbuatan hukum adalah kontrak.⁹²

Ciri khas yang paling penting dari suatu kontrak adalah adanya kesepakatan bersama (*mutual consent*) para pihak. Kesepakatan bersama ini bukan hanya merupakan karakteristik dalam pembuatan kontrak, tetapi hal itu penting sebagai suatu niat yang diungkapkan kepada pihak lain. Di samping itu, sangat mungkin suatu kontrak yang sah dibuat tanpa adanya kesepakatan bersama.⁹³

Untuk menyesuaikan rumusan kalimat bahwa suatu kesepakatan haruslah interdependen. Satu pihak akan setuju karena atau jika pihak lain setuju pula. Tanpa adanya ketergantungan (*interdependent*) maka tidak ada kesepakatan (*consent*); contohnya ketika dalam rapat pemilihan badan direksi suatu perusahaan, pemilihan ini dipilih dengan persetujuan secara umum, hal ini bukan merupakan kontrak karena tidak ada *mutual interdependence*.⁹⁴

Niat para pihak harus bertujuan untuk menciptakan adanya akibat hukum. Terdapat banyak perjanjian yang menimbulkan kewajiban sosial atau kewajiban moral, tetapi tidak mempunyai akibat hukum. Contohnya, janji untuk pergi ke bioskop tidak menimbulkan akibat hukum, walaupun ada beberapa yang dapat menimbulkan akibat hukum dalam situasi khusus tertentu. Maksud para pihak untuk mengadakan hubungan hukum sangatlah menentukan dalam kasus ini.⁹⁵

Pada akhirnya, akibat hukum harus dihasilkan untuk kepentingan satu pihak dan pihak lainnya, atau, untuk kepentingan kedua belah pihak. Para pihak dalam kontrak hanya dapat untuk mengadakan perikatan terhadap satu dengan yang lain.⁹⁶

Menurut Sudikno Mertokusumo, ajaran yang memandang bahwa kontrak atau perjanjian sebagai perbuatan hukum yang bersisi dua (*een tweezijdige*

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid*, hlm 34.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

overeenkomst) yang didasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum adalah pandangan teori klasik. Menurut teori klasik, yang dimaksud dengan satu perbuatan hukum yang meliputi penawaran (*offer* atau *aanbod*) dari pihak yang satu dan penerimaan (*acceptance* atau *aanvaarding*) dari pihak yang lain). Pandangan klasik itu kurang tepat karena dari pihak yang satu ada penawaran dan di pihak lain ada penerimaan, maka ada dua perbuatan hukum yang bersegi satu. Dengan demikian, perjanjian tidak merupakan satu perbuatan hukum, tetapi merupakan hubungan hukum antara dua orang yang bersepakat untuk menimbulkan akibat hukum.⁹⁷ Sesungguhnya pendapat Sudikno Mertokusumo tersebut hanya mengikuti pendapat J.M van Dunne'.⁹⁸

Di dalam sistem *Common Law* ada perbedaan antara *contract* dan *agreement*. Semua kontrak adalah *agreement*, tetapi tidak semua *agreements* adalah kontrak.⁹⁹ *American Restatement of Contract (second)* mendefinisikan kontrak sebagai '*a promise or set of promises for the breach of which the law give a remedy or the performance of which the law in some way recognized a duty.*'¹⁰⁰

Substansi definisi kontrak di atas adalah adanya *mutual agreement* atau persetujuan (*assent*) para pihak yang menciptakan kewajiban yang dilaksanakan atau kewajiban yang memiliki kekuatan hukum. *Agreement* sendiri merupakan:

*"a coming together of mind; a coming together in opinion or determination; the coming together in accord of two minds on a given proposition... The union on two or more minds in a thing done or to be done; a mutual assents to do thing ... agreement is a broader term e.g. an agreement might lack an essential element of contract."*¹⁰¹

⁹⁷ Sudikno Mertokusumo, *loc.cit.*

⁹⁸ Lihat J.M. van Dunne', *Verbintenissenrecht, Deell 1, Contractenrecht, 1e gedeelte, Totstandkoing van Oveerenkomsten, Inhoud Contractsvoorwarden Gebreken* (Deventer: Kluwer, 1993), hlm 108.

⁹⁹ Walter Woon, *Basic Business Law in Singapore* (New York: Prentice Hall, 1995), hlm 27

¹⁰⁰ Ronald A. Anderson, *Business Law* (Cincinnati, Ohio: South-Western Publishing Co, 1987), hlm 186. Lihat juga Walter Woon, *loc.cit.*

¹⁰¹ Budiono Kusumohamidjojo, *Dasar-Dasar Merancang Kontrak* (Jakarta: Grasindo, 1998), hlm 5.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Agreement atau persetujuan dapat dipahami sebagai suatu perjumpaan nalar, yang lebih merupakan perjumpaan pendapat atau ketetapan maksud. Persetujuan adalah perjumpaan dari dua atau lebih nalar tentang suatu hal yang telah dilakukan atau akan dilakukan. Secara lebih luas persetujuan dapat ditafsirkan sebagai suatu kesepakatan timbal balik untuk melakukan sesuatu.

Dengan demikian, *agreement* merupakan esensi kontrak. *Agreement* mensyaratkan adanya *offer* dan *acceptance* oleh para pihak.¹⁰² *Offer* sendiri menurut Section 24 *American Restatement Contract (second)*, adalah manifestasi kehendak untuk mengadakan transaksi yang dilakukan agar orang lain tahu bahwa persetujuan pada transaksi itu diharapkan dan hal itu akan menutup transaksi itu.¹⁰³ Adapun *acceptance* adalah manifestasi dari persetujuan pihak *offeree* (orang menawarkan) terhadap penawaran yang bersangkutan. Singkatnya *offer* dan *acceptance* sepadan dengan istilah ijab dan kabul. Prinsip semacam ini di Indonesia dikenal sebagai prinsip persesuaian kehendak.

Salah satu kelemahan dari pengertian kontrak yang disebutkan dalam *American Restatement* tersebut adalah tidak adanya elemen persetujuan (*bargain*) dalam kontrak. Tidak adanya indikasi yang dibuat dalam definisi tersebut di atas adalah merupakan suatu ciri khas perjanjian dua belah pihak (*two-sided affair*), sesuatu yang sedang dijanjikan atau dilaksanakan dalam satu sisi merupakan pengganti untuk sesuatu yang sedang dijanjikan atau dilaksanakan dalam sisi yang lain. Kemudian, berdasarkan pengertian di atas, bahwa kontrak secara sederhana dapat menjadi ‘suatu janji’. Hal ini berarti untuk melihat fakta yang secara umum merupakan beberapa tindakan atau janji yang diberikan sebagai pengganti untuk janji yang lain sebelum janji itu menjadi sebuah kontrak. Di samping itu, kontrak juga dapat merupakan “serangkaian janji”. Hal ini tidak memberikan indikasi bahwa beberapa janji biasanya diberikan sebagai pengganti untuk janji yang

¹⁰² Catherine Tay Swee Kian dan Tang See Chim, *Contract Law* (Singapore: Times Books International, 1993), hlm 20.

¹⁰³ Henry R. Cheeseman, *Contemporary Business & E-Commerce Law* (New Jersey: Prentice Hall, Engelwood Cliffs), 2003, hlm 215.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

lainnya. Hal tersebut bisa saja salah untuk mengasumsikan bahwa semua kontrak adalah persetujuan asli di mana di satu sisi suatu hal yang ditawarkan untuk suatu hal lain yang memiliki nilai sama dengan yang lainnya. Faktanya, seperti yang kita lihat, ada beberapa kasus di mana sebuah janji diperlakukan sebagai pemikiran kontraktual yang tidak ada persetujuan (*bargain*) yang nyata.¹⁰⁴

Beberapa pengertian kontrak yang lain masih memiliki arti yang sama, tetapi ada satu pengertian yang tepat dan ringkas yang diungkapkan oleh Pollock yang mendefinisikan kontrak sebagai ‘suatu janji di mana hukum dapat diberlakukan baginya’ (*promises which the law will enforce*).¹⁰⁵

Substansi dari definisi-definisi kontrak di atas adalah adanya *mutual agreement* atau persetujuan (*assent*) para pihak yang menciptakan kewajiban yang dilaksanakan atau kewajiban yang memiliki kekuatan hukum.¹⁰⁶

Dalam bahasa Arab istilah yang sepadan kontrak adalah *aqd*. Di dalam bahasa Arab, secara literal *aqd* berarti “ikatan.” Ikatan ini mengimplikasikan suatu hubungan baik yang bersifat inderawi maupun spritual dari satu sisi atau dari kedua sisi.¹⁰⁷

Bahasa Arab menggunakan kata kerja untuk menderivasi suatu makna kata benda *firm belief* atau *resolution*. Mereka mengatakan “dia terikat kontrak” atau “dia terikat sumpah.”¹⁰⁸ *Aqd* juga bermakna “hubungan”, yakni hubungan penawaran (*ijab*) dengan penerimaan (*qabul*).¹⁰⁹ Penawaran dan penerimaan adalah unsur penting di dalam kontrak.

¹⁰⁴ P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (Oxford: Clarendon Press Oxford, 1981), hlm 29.

¹⁰⁵ *Ibid*, hlm 28.

¹⁰⁶ Ronald A. Anderson, *loc.cit*

¹⁰⁷ Abdurraahman Raden Aji Haqqi, *The Philosophy of Islamic Law of Transaction* (Kuala Lumpur: Centre for Research and Training, 2009) hlm 53.

¹⁰⁸ Ala'eddin Kharofa, *The Loan Contract in Islamic Shari'ah and Made-Man Law, Roman-French Egyptian a Comparative Study* (Kuala Lumpur: Leeds Publications, 2002), hlm 3.

¹⁰⁹ Linquat Ali Khan Niazi, *Islamic Law of Contract*, (Lahore: Research Cell, Dyal Sing Trust Library, 1991), hlm 9.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Surah Al Maa-idah ayat 1 (Q.S. 5:1) mewajibkan orang-orang beriman untuk mematuhi perjanjian yang mereka buat.¹¹⁰ Kewajiban di sini dalam bahasa Arab digunakan kata *uqud*, plural dari kata *aqd* yang menjelaskan kewajiban yang dibebankan Allah. Al-Zajaj menjelaskan ayat ini sebagai perintah Allah kepada orang beriman untuk memenuhi kewajiban yang dibebankan kepada mereka dan kewajiban yang mereka buat kepada sesama manusia sesuai dengan ketentuan agama.¹¹¹

Dalam perspektif sarjana hukum Islam, makna bahasa tersebut diterapkan dalam dua makna teknis. Menurut mereka, *aqd* memiliki dua makna, makna umum dan makna khusus. Makna yang umum ini menurut Mazhab Maliki, Mazhab Syafii, dan Mazhab Hambali, makna *aqd* mencakup apakah seseorang yang berbuat sesuatu itu berupa perbuatan sepihak seperti dalam pemberian atau hibah, dan *ibra* (pengurangan utang) atau perbuatan yang bertimbalbalik (bilateral) seperti jual-beli, sewa-menyewa, dan keagenan. Makna ini mencakup suatu ikatan dari satu orang atau dua orang. Dengan perkataan lain, *aqd* adalah pertukaran janji diantara dua pihak atau lebih, atau suatu pertukaran janji untuk suatu perbuatan antara dua pihak atau lebih. Pertukaran ini menghasilkan suatu ikatan untuk berbuat (atau tidak berbuat) sesuatu.¹¹²

Dalam makna yang lebih khusus, *aqd* adalah komitmen yang menghubungkan penawaran dan penerimaan. *Aqd* pada dasarnya adalah sebuah janji atau seperangkat janji yang dapat dipertahankan di muka pengadilan. Ini berarti bahwa janji adalah kontrak. Ini juga bermakna bahwa kontrak tidak mencakup ikatan kewajiban sosial (*social obligations*) seperti seseorang yang berjanji untuk datang berkunjung ke rumah orang lain.¹¹³ Kontrak dalam

¹¹⁰ Surah tersebut kadang-kadang disebut sebagai Bab Kontrak (*Surah Al Uqud*), dimulai dengan seruan untuk memenuhi semua kewajiban merupakan suatu kesakralan kontrak.

¹¹¹ Ala'eddin Kharofa, *loc.cit.*

¹¹² Abdurraahman Raden Aji Haqqii, *op.cit*, hlm 54.

¹¹³ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

terminologi syariah bermakna sebagai kewajiban hukum dari salah pihak kepada pihak lainnya yang membuat kontrak.¹¹⁴

Oleh karena itu, ketika para pihak memenuhi syarat-syarat kontrak, hukum Islam mengakui keberadaan dan melaksanakan kewajiban tersebut. Dengan kontrak para pihak yang bersepakat melaksanakan kewajiban hukum yang timbul diantara mereka.¹¹⁵

Di dalam *Mushid ul Hairan*, kontrak atau *aqd* didefinisikan sebagai hubungan penawaran yang berasal dari salah satu pihak yang membuat kontrak dengan penerimaan kepada pihak lainnya dengan cara yang dapat mempengaruhi objek kontrak.¹¹⁶

B. Unsur-Unsur Kontrak

Dari beberapa definisi kontrak di atas dapat unsur-unsur yang terdapat di dalam kontrak. Penarikan kesimpulan unsur-unsur tersebut disesuaikan dengan makna kontrak yang berkembang di Indonesia dan dalam sistem *Civil Law* pada umumnya, sistem *Common Law*, dan sistem Hukum Islam.

Dari makna kontrak yang berkembang di Indonesia dan Belanda dapat ditarik simpulan bahwa ada beberapa unsur yang terdapat dalam kontrak, yaitu:

1. Ada para pihak;
2. Ada kesepakatan yang membentuk kontrak;
3. Kesepakatan itu ditujukan untuk menimbulkan akibat hukum; dan
4. Ada objek tertentu.

Dikaitkan dengan sistem hukum kontrak yang berlaku di Indonesia, unsur-unsur perjanjian tersebut dapat diklasifikasikan dalam tiga klasifikasi, yaitu unsur *essentialia*, unsur *naturalia*, dan unsur *accidentalia*. Menurut J. Satrio,

¹¹⁴ Ala'eddin Kharofa, *op.cit*, hlm 4.

¹¹⁵ Abdurraahman Raden Aji Haqqii, *loc.cit*.

¹¹⁶ Linquat Ali Khan Niazi, *loc.cit*.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

unsur-unsur itu lebih hanya diklasifikasikan dalam dua klasifikasi saja, yaitu unsur *essentialia* dan bukan unsur *essentialia*.¹¹⁷

Unsur *essentialia* adalah unsur yang harus ada di dalam suatu perjanjian. Unsur ini merupakan sifat yang harus ada dalam perjanjian. Sifat ini yang menentukan atau mengakibatkan suatu perjanjian tercipta (*constructieve oordeel*).¹¹⁸ Tanpa adanya unsur ini, maka tidak ada perjanjian. Misalnya di dalam perjanjian jual beli, unsur adanya barang dan harga barang adalah yang mutlak ada di dalam perjanjian jual beli. Unsur mutlak yang harus ada di dalam perjanjian sewa-menyewa adalah kenikmatan atas suatu barang dan harga sewa.

Unsur *naturalia* adalah unsur perjanjian yang oleh hukum diatur tetapi dapat dikesampingkan oleh para pihak. Bagian ini merupakan sifat alami (*natuur*) perjanjian secara diam-diam melekat pada perjanjian, seperti penjual wajib menjamin bahwa barang tidak ada cacat (*vrijwaring*).¹¹⁹ Contoh lainnya, berdasar ketentuan Pasal 1476 KUHPdata, penjual wajib menanggung biaya penyerahan. Ketentuan ini berdasar kesepakatan dapat dikesampingkan para pihak.

Unsur *accidentalia* adalah unsur yang merupakan sifat pada perjanjian yang secara tegas diperjanjikan oleh para pihak. Misalnya, di dalam suatu perjanjian jual-beli tanah, ditentukan bahwa jual-beli ini tidak meliputi pohon atau tanaman yang berada di atasnya.

Di dalam sistem *Common Law*, kontrak dimaknai sebagai persetujuan (*agreement*) antara pihak satu yang membuat penawaran (*offer*) dan pihak lainnya yang melakukan penerimaan atas penawaran tersebut (*acceptance*). Tanpa adanya kesepakatan bersama (*mutual assent*), maka tidak ada kontrak. Konsep ini sebenarnya sama dengan konsep kesepakatan berdasar hukum perjanjian Indonesia dan Belanda.

¹¹⁷ J. Satrio, *op.cit*, ... Buku I, hlm 67.

¹¹⁸ Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis* (Bandung: Alumni, 1994), hlm 25.

¹¹⁹ *Ibid*.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Dengan konsep tersebut, dapat ditarik kesimpulan bahwa unsur utama dalam kesepakatan adalah penawaran dan penerimaan. Orang yang membuat penawaran disebut *offeror*, dan orang yang menerima tawaran tersebut *offeree*.

The Oxford Universal Dictionary mendefinisikan penawaran (*offer*) sebagai pernyataan kehendak untuk memberikan sesuatu atau melakukan sesuatu atau membayar sesuatu. Definisi hukum mengenai penawaran serupa dengan definisi di atas. Di dalam hukum, suatu penawaran adalah suatu pernyataan kehendak dari pihak yang satu (*offeror*) mengenai kehendaknya untuk melakukan suatu kewajiban dengan syarat-syarat tertentu. Pernyataan kehendak itu dibuat dengan maksud agar ada penerimaan (*acceptance*) dari syarat-syarat itu oleh pihak lainnya (*offeree*), dan *offeror* akan terikat untuk melaksanakan kewajibannya.¹²⁰

Penawaran adalah janji atau komitmen untuk melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan pada masa yang akan datang.¹²¹ Penawaran ini adalah manifestasi keinginan untuk mengadakan suatu tawar-menawar (*bargain*) kepada pihak lainnya. Suatu penawaran akan valid apabila dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut:¹²²

1. penawaran harus serius, ada maksud yang secara objektif untuk terikat terhadap penawaran;
2. isi penawaran harus tertentu dan rasional; dan
3. penawaran harus disampaikan kepada pihak yang akan menerima penawaran.

Unsur berikutnya dari kontrak adalah penerimaan (*acceptance*). Tanpa adanya penerimaan, tidak ada kontrak. Penerimaan dapat didefinisikan sebagai kesepakatan akhir dari *offeree* terhadap persyaratan penawaran.¹²³ Penerimaan dapat dilakukan dengan cara tertentu. Penerimaan dapat dilakukan secara tegas

¹²⁰ Lim Kit-Wye dan Victor Yet, *Contract Law* (Singapore: Butterwoths Asia, 1998), hlm 19.

¹²¹ Roger LeRoy Miller dan Gayland A. Jentz, *op.cit*, hlm 188.

¹²² *Ibid*. Lihat juga Henry R. Cheeseman, *loc.cit*.

¹²³ Lim Kit-Wye dan Victor Yet, *op.cit*, hlm 30.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

(eksplisit) atau dilakukan secara tidak langsung yang dapat ditafsirkan dari perbuatan atau perilaku (implisit) *offeree*.¹²⁴

Di dalam hukum Islam, unsur-unsur kontrak disebut *arkan* (tunggal atau singguler: *rukun*).¹²⁵ Di Indonesia istilah *arkan* atau *rukun* itu biasa disebut rukun. Rukun akad (perjanjian atau kontrak) menurut pendapat ahli-ahli hukum Islam kontemporer ada empat yaitu:¹²⁶

1. para pihak yang membuat akad (*al-‘aqidan*);
2. pernyataan kehendak dari pihak (*shigatul-‘aqd*);
3. objek akad (*mahalul-‘aqd*); dan
4. tujuan akad (*maudhu al-‘aqd*).

Rukun yang pertama adalah adanya para pihak yang membuat akad. Akad adalah suatu perjanjian, suatu perjanjian memerlukan adanya pihak-pihak yang melakukan transaksi. Para pihak inilah yang kesepakatan (*muwafaqah* atau *rida*). Di dalam kesepakatan terdapat unsur *ijab* (penawaran) dan *qabul* (penerimaan).

Rukun yang kedua adalah adanya pernyataan kehendak dari pihak. Pernyataan kehendak terdiri dari *ijab* dan *qabul*. Makna *ijab* dalam bahasa Arab serupa atau dengan makna *offer* dalam sistem *Common Law*. Demikian juga dengan *qabul*, *qabul* memiliki makna yang serupa atau sama dengan *acceptance*.¹²⁷ *Ijab* dan *qabul* inilah yang merepresentasikan perizinan (*ridha* atau persetujuan).¹²⁸ *Ijab* adalah indikasi atau ekspresi dari keinginan untuk terikat terhadap beberapa kewajiban kepada pihak lainnya dalam akad, yakni pihak yang menerima penawaran.¹²⁹ Adapun *qabul* secara umum adalah suatu perbuatan

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Abdrrahman Raden Aji Haqqi, *op.cit*, hlm 65.

¹²⁶ Syamsul Anwar, *op.cit*, hlm 96.

¹²⁷ Perhatikan Siti Salwani Rzali, *Islamic Law of Contract* (Singapore: Cengage Learning Asia, 2010), hlm 5 – 13.

¹²⁸ Syamsul Anwar, *op.cit*, hlm 122.

¹²⁹ Liaquat Ali Khan Niazi, *op.cit*, hlm 63.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

atau tindakan yang menyetujui suatu usul, syarat dalam penawaran yang diajukan kepada dia.¹³⁰

Rukun yang ketiga adalah objek akad. Dalam hukum perjanjian Islam, objek akad dimaksudkan sebagai suatu hal yang karenanya akad dibuat dan berlaku akibat hukum akad. Objek akad dapat berupa benda, manfaat benda, jasa atau pekerjaan, atau suatu yang lain tidak bertentangan dengan syariah.¹³¹ Makna tidak sama dengan objek perjanjian atau kontrak dalam hukum Indonesia. Objek kontrak dalam hukum Indonesia adalah prestasi.

Rukun yang keempat adalah tujuan akad. Hukum pokok akad adalah akibat hukum yang pokok dari akad, yaitu akibat hukum pokok yang menjadi maksud dan tujuan yang hendak direalisasikan oleh para pihak melalui akad. Jadi, sesungguhnya tujuan akad adalah mewujudkan akibat hukum yang pokok dari akad. Misalnya, tujuan pokok akad jual beli adalah memindahkan hak milik atas suatu barang.¹³²

C. Periode dalam Kontrak

Periode atau fase dalam kontrak dapat dibagi tiga periode, yakni: Pertama periode prakontrak (*pre contractual period*); Kedua periode pelaksanaan kontrak (*contractual performance period*); dan Ketiga periode pascakontrak (*post contractual period*).

1. Periode Prakontrak

Periode merupakan masa sebelum para pihak mencapai kesepakatan mengenai rencana transaksi mereka. Pada periode ini dilakukan negosiasi atau perundingan oleh para pihak mengenai rencana kerjasamanya atau transaksi diantara mereka.

Negosiasi merupakan proses permulaan sebagai usaha untuk mencapai kesepakatan antara pihak yang satu dan pihak yang lain. Saat negosiasi inilah

¹³⁰ Ibid, hlm 65.

¹³¹ Syamsul Anwar, op.cit, hlm 190.

¹³² Ibid, hlm 218 -219

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

pihak yang satu melakukan penawaran kepada pihak yang lain. Dalam proses pembentukan kontrak seringkali penawaran itu tidak langsung diterima begitu, saja, tetapi seringkali harus dilakukan negosiasi atau tawar menawar yang berulang-ulang.

Di dalam transaksi yang sangat rumit atau kompleks, negosiasi biasanya dilakukan berulang-ulang dan memakan waktu yang cukup lama. Adakalanya pada tahap awal atau permulaan negosiasi dilakukan oleh para direktur utama perusahaan yang mengadakan kerjasama. Negosiasi yang mereka lakukan seringkali hanya bersifat umum, tidak rinci. Hal ini dapat terjadi karena ada kemungkinan para direktur utama tidak memiliki waktu yang cukup untuk melakukan negosiasi atau dapat pula mereka tidak menguasai hal yang rinci dan teknis.

Kalau diantara mereka didapat kesepakatan tentu kesepakatan itu juga bersifat umum. Mereka sepakat untuk bekerjasama atau melakukan transaksi dengan beberapa ketentuan yang bersifat umum. Ini adalah kesepakatan awal. Isinya sangat umum dan hanya mengatur pokok-pokok mengenai rencana kerjasama atau transaksi yang bersangkutan..

Kesepakatan pendahuluan (kesepakatan awal) itu dituangkan dalam *memorandum of understanding* (MoU) atau juga dituangkan dalam *letter of intent* (LoI). Kedua bentuk dokumen tersebut memiliki fungsi atau maksud yang sama yaitu mengatur hal-hal pokok mengenai rencana kerjasama atau transaksi para pihak. Kedua dokumen tersebut hanya berbeda formatnya saja.

Semestinya dengan telah adanya isi MoU atau LoI tersebut ini isi tidak langsung dilaksanakan. Semestinya harus dilakukan lagi negosiasi yang lanjutan lebih mendalam. Negosiasi lanjutan yang mendalam atau rinci biasa dilakukan oleh orang-orang yang levelnya di bawah direktur utama. Mereka lebih mengetahui hal-hak yang bersifat teknis.

MoU atau LOI tersebut dapat berfungsi sebagai pegangan untuk melakukan negosiasi lebih lanjut. Hasil negosiasi yang lebih mendalam inilah

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

yang menjadi untuk menentukan isi kontrak. Hasil negosiasi yang lebih mendalam tersebut tentu menghasilkan kesepakatan yang bersifat rinci pula. Kesepakatan yang lebih rinci tersebut dituangkan dalam kontrak atau perjanjian.

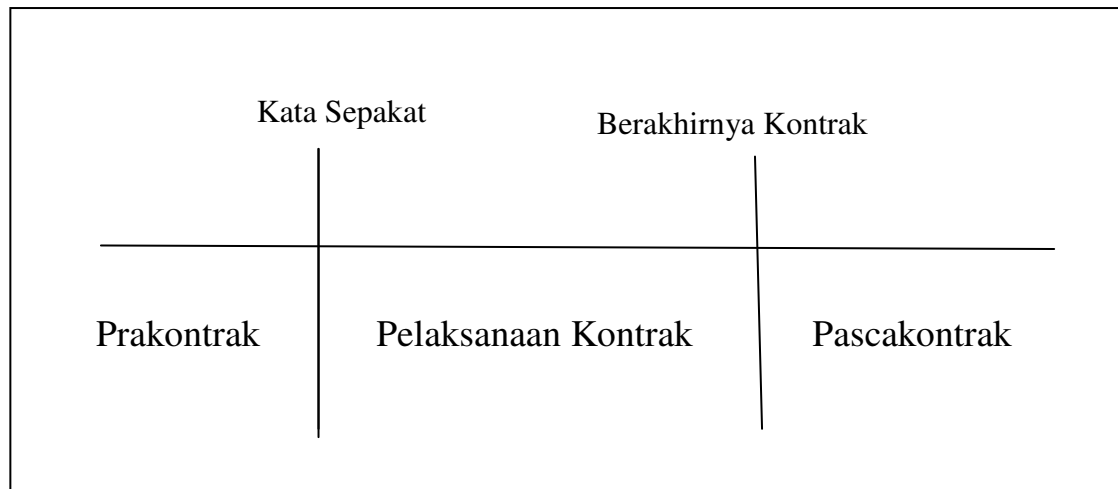
Dapat saja terjadi kontrak atau perjanjian tersebut isinya lain dari yang ditentukan dalam MoU atau LoU. Hal ini dapat terjadi ketika apa yang ditentukan dalam MoU atau LoU tidak dapat dilaksanakan atau juga ada kesepakatan baru yang menggugurkan isi MoU atau LoU.

2. Periode Pelaksanaan Kontrak

Ini adalah periode ketika para pihak dalam kontrak melaksanakan isi kesepakatan. Periode pelaksanaan kontrak ini dimulai sejak para pihak mencapai kesepakatan, dan berakhir seiring dengan berakhirnya perjanjian.

3. Periode Pascakontrak

Periode yang terakhir dalam adalah periode pascakontrak. Periode ini adalah setelah berakhirnya kontrak.



Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

IV
ASAS-ASAS KONTRAK

A. Arti Pentingnya Pemahaman Asas-Asas Kontrak

Henry P. Panggabean menyatakan bahwa pengkajian asas-asas perjanjian memiliki peranan penting untuk memahami berbagai undang-undang mengenai sahnya perjanjian. Perkembangan yang terjadi terhadap suatu ketentuan undang-undang akan lebih mudah dipahami setelah mengetahui asas-asas yang berkaitan dengan masalah tersebut.¹³³

Nieuwenhuis menjelaskan hubungan fungsional antara asas dan ketentuan hukum (*rechtsgels*) sebagai berikut:¹³⁴

1. Asas-asas hukum berfungsi sebagai pembangun sistem. Asas-asas itu tidak hanya mempengaruhi hukum positif, tetapi juga dalam banyak hak menciptakan suatu sistem. Suatu sistem tidak akan ada tanpa adanya asas-asas;
2. Asas-asas itu membentuk satu dengan lainnya suatu sistem *check and balance*. Asas-asas ini sering menunjuk ke arah yang berlawanan, apa yang kiranya menjadi merupakan rintangan ketentuan-ketentuan hukum. Oleh karena menunjuk ke arah yang berlawanan, maka asas-asas itu saling kekang mengekang, sehingga ada keseimbangan.

Sistem pengaturan hukum perjanjian yang terdapat di dalam Buku III KUHPerdara memiliki karakter atau sifat sebagai hukum pelengkap (*aanvullenrechts* atau *optional law*). Dengan karakter yang demikian, orang boleh menggunakan atau tidak menggunakan ketentuan yang terdapat di dalam Buku III KUHPerdara tersebut. Di dalam perjanjian, para pihak dapat mengatur sendiri yang menyimpang dari ketentuan Buku III KUHPerdara.

¹³³ Henry P. Panggabean, *Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik van Omstandigheden) Sebagai Alasan Baru Untuk Pembatalan Perjanjian (Berbagai Perkembangan Hukum di Belanda)* (Yogyakarta: Liberty, 2001), hlm 7.

¹³⁴ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Hukum perjanjian memberikan kebebasan kepada subjek perjanjian untuk melakukan perjanjian dengan beberapa pembatasan tertentu. Sehubungan dengan itu Pasal 1338 KUHPerdara menyatakan:

1. Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya;
2. Perjanjian itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan kata sepakat kedua-dua pihak atau karena alasan undang-undang yang dinyatakan cukup untuk itu; dan
3. Perjanjian tersebut harus dilaksanakan dengan itikad baik.

Ada beberapa asas hukum perjanjian yang dikandung Pasal 1338 KUHPerdara sebagai berikut:

1. Asas konsensualisme;
2. Asas *facta sunt servanda*;
3. Asas kebebasan berkontrak; dan
4. Asas itikad baik.

Sudikno Mertokusumo mengajukan tiga asas perjanjian yang dapat dirinci sebagai berikut:¹³⁵

1. Asas konsensualisme, yakni suatu persesuaian kehendak (berhubungan dengan lahirnya suatu perjanjian);
2. Asas kekuatan mengikatnya suatu perjanjian (berhubungan dengan akibat perjanjian; dan
3. Asas kebebasan berkontrak (berhubungan dengan isi perjanjian).

Menurut Ridwan hukum perjanjian mengenal empat asas perjanjian yang saling kait mengkait satu dengan yang lainnya. Keempat perjanjian tersebut adalah sebagai berikut:¹³⁶

1. Asas konsensualisme (*the principle of consensualism*);
2. Asas kekuatan mengikatnya kontrak (*the legal binding of contract*);

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Ridwan Khairandy, *Iktikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak* (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004), hlm 27.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

3. Asas kebebasan berkontrak (*the principle of freedom of contract*); dan
4. Asas iktikad baik (*principle of good faith*).

Berbeda dengan uraian di atas, Nieuwenhuis mengajukan tiga asas perjanjian yang lain, yakni:¹³⁷

1. asas otonomi, yaitu adanya kewenangan mengadakan hubungan hukum yang mereka pilih (asas kemauan bebas);
2. asas kepercayaan, yaitu adanya kepercayaan yang ditimbulkan dari perjanjian itu, yang perlu dilindungi (asas melindungi pihak beriktikad baik); dan
3. asas kausa, yaitu adanya saling ketergantungan (keterikatan) bagi suatu perjanjian untuk tunduk pada ketentuan hukum (*rechtsregel*) yang telah ada, walaupun ada kebebasan berkontrak.

Terhadap adanya perbedaan unsur-unsur asas-asas perjanjian tersebut di atas, Nieuwenhuis memberikan penjelasan sebagai berikut:¹³⁸

1. hubungan antara kebebasan berkontrak dan asas otonomi berada dalam keadaan bahwa asas otonomi mensyaratkan adanya kebebasan mengikat perjanjian; dan
2. perbedaannya adalah menyangkut pembenaran dari keterikatan kontraktual, asas otonomi memainkan peranan dalam pembenaran mengenai ada tidaknya keterikatan kontraktual. Suatu kekurangan dalam otonomi (tiadanya persetujuan (*toesteming*), *misbruik omstandigheden*) digunakan sebagai dasar untuk pembenaran ketiadaan dan keterikatan kontraktual.

Menurut Henry P. Panggabean, perkembangan hukum perjanjian, misalnya dapat dilihat dari berbagai ketentuan BW (Baru) Belanda. Perkembangan itu justeru menyangkut penerapan asas-asas hukum perjanjian yang dikaitkan dengan praktik peradilan.¹³⁹

¹³⁷ Henry P. Panggabean, *op.cit*, hlm 8.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid*, hlm 9.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

B. Asas Kebebasan Berkontrak

Asas kebebasan berkontrak merupakan tiang dari sistem hukum perdata, khususnya hukum perikatan yang diatur Buku III KUHPerdata. Bahkan menurut Rutten, hukum perdata, khususnya hukum perjanjian, seluruhnya didasarkan pada asas kebebasan berkontrak.¹⁴⁰ Asas kebebasan berkontrak yang dianut hukum Indonesia tidak lepas kaitannya dengan Sistem Terbuka yang dianut Buku III KUHPerdata merupakan hukum pelengkap yang boleh dikesampingkan oleh para pihak yang membuat perjanjian.

Dengan asas kebebasan berkontrak orang dapat menciptakan perjanjian-perjanjian baru yang dikenal dalam Perjanjian Tidak Bernama dan isinya menyimpang dari Perjanjian Bernama yang diatur oleh undang-undang, yakni Byky III KUHPerdata.¹⁴¹

Sutan Remy Sjahdeini menyimpulkan ruang lingkup asas kebebasan berkontrak sebagai berikut:¹⁴²

1. kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian;
2. kebebasan untuk memilih dengan pihak siapa ia ingin membuat perjanjian;
3. kebebasan untuk memilih *causa* perjanjian yang akan dibuatnya;
4. kebebasan untuk menentukan objek suatu perjanjian;
5. kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian; dan
6. kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional.

Asas kebebasan berkontrak ini bersifat universal, artinya berlaku juga dalam berbagai sistem hukum perjanjian di negara-negara lain dan memiliki ruang lingkup yang sama.¹⁴³

¹⁴⁰ Purwahid Patrik, *Asas Iktikad Baik dan Kepatutan dalam Perjanjian* (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 1986), hlm 3.

¹⁴¹ J. Satrio, *op.cit.*, ... *Pada Umumnya*, hlm 36.

¹⁴² Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit di Indonesia* (Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1993), hlm 47.

¹⁴³ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdato mengakui asas kebebasan berkontrak dengan menyatakan, bahwa semua perjanjian yang dimuat secara sah mengikat para pihak sebagai undang-undang.

Menurut sejarahnya, Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdato yang mencerminkan tipe perjanjian pada waktu itu yang berpijak pada Revolusi Perancis, bahwa individu sebagai dasar dari semua kekuasaan. Pendapat ini menimbulkan konsekuensi, bahwa orang juga bebas untuk mengikat diri dengan orang lain, kapan dan bagaimana yang diinginkan kontrak terjadi berdasarkan kehendak yang mempunyai kekuatan mengikat sebagai undang-undang.¹⁴⁴

Hukum Romawi sendiri tidak mengenal adanya kebebasan berkontrak. Menurut Hukum Romawi, untuk membuat suatu perjanjian yang sempurna tidak cukup dengan persesuaian kehendak saja, kecuali dalam empat hal, yaitu: perjanjian jual beli, sewa-menyewa, persekutuan perdata, dan memberi beban atau perintah (*lastgeving*). Selain keempat jenis perjanjian itu semua perjanjian harus dilakukan dengan syarat-syarat tertentu yang disebut *causa civilis obligandi*, yaitu untuk mencapai kesepakatan harus disertai dengan kata-kata suci (*verbis*) disertai dengan tulisan tertentu (*litteris*) dan disertai pula penyerahan suatu benda (*re*).¹⁴⁵

Jadi, konsensus atau persesuaian kehendak saja belum cukup untuk terjadinya perjanjian. Tetapi kemudian dalam perkembangan lebih lanjut telah terjadi dalam Hukum Kanonik dengan suatu asas, bahwa setiap perjanjian meskipun tanpa bentuk tertentu adalah mengikat para pihak, yang disokong oleh moral agama Nasrani yang menghendaki bahwa kata-kata yang telah diucapkan tetap dilaksanakan. Dengan demikian kebebasan berkontrak telah dimulai dalam hukum Kanonik.¹⁴⁶

Dalam perkembangannya, ternyata kebebasan berkontrak dapat menimbulkan ketidakadilan, karena untuk mencapai asas kebebasan berkontrak harus didasarkan pada posisi tawar (*bargaining position*) para pihak yang

¹⁴⁴ Purwahid Patrik, *op.cit*, hlm 4.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

seimbang. Dalam kenyataannya hal tersebut sulit (jika dikatakan tidak mungkin) dijumpai adanya kedudukan posisi tawar yang betul-betul seimbang atau sejajar. Pihak yang memiliki posisi tawar yang lebih tinggi seringkali memaksakan kehendaknya. Dengan posisi yang demikian itu, ia dapat mendikte pihak lainnya untuk mengikuti kehendaknya dalam perumusan isi perjanjian. Dalam keadaan demikian, pemerintah atau negara seringkali melakukan intervensi atau pembatasan kebebasan berkontrak dengan tujuan untuk melindungi pihak yang lemah. Pembatasan tersebut dapat dilakukan melalui peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan.

Pasal 1320 KUHPdata sendiri sebenarnya membatasi asas kebebasan berkontrak melalui pengaturan persyaratan sah nya perjanjian yang harus memenuhi kondisi:

1. adanya persetujuan atau kata sepakat para pihak;
2. kecakapan untuk membuat perjanjian;
3. adanya objek tertentu; dan
4. ada kausa hukum yang halal.

Di negara-negara dengan sistem *Common Law*, kebebasan berkontrak juga dibatasi melalui peraturan perundang-undangan dan *public policy*. Hukum perjanjian Indonesia juga membatasi kebebasan berkontrak dengan ketentuan undang-undang, ketertiban umum, dan kesusilaan. Pembatasan ini dikaitkan dengan kausa yang halal dalam perjanjian. Berdasar Pasal 1337 KUHPdata suatu kausa dapat menjadi terlarang apabila dilarang oleh undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum.

Selain pembatasan tersebut di atas, Ridwan Khairandy mencatat beberapa hal yang menyebabkan makin berkurangnya asas kebebasan berkontrak, yakni:¹⁴⁷

1. makin berpengaruhnya ajaran iktikad baik di mana iktikad baik tidak hanya ada pada saat perjanjian dilaksanakan juga telah harus ada pada saat perjanjian dibuat; dan

¹⁴⁷ Ridwan Khairandy, *op.cit*, hlm 3.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

2. makin berkembangnya ajaran penyalahgunaan keadaan dalam kontrak

Selain kedua hal di atas, Setiawan mencatat dua hal lagi yang dapat membatasi kebebasan berkontrak. Makin banyaknya perjanjian yang dibuat dalam bentuk baku yang disodorkan pihak kreditor atas dasar *take it or leave it*. Di sini tidak ada kesempatan bagi debitor untuk turut serta menentukan isi perjanjian. Juga makin berkembang peraturan perundang-undangan di bidang ekonomi turut membatasi kebebasan berkontrak. Peraturan yang demikian itu merupakan *mandatory rules of a public nature*. Peraturan-peraturan ini bahkan membuat ancaman kebatalan perjanjian di luar adanya paksaan, kesesatan, dan penipuan yang sudah dikenal dalam hukum perjanjian.¹⁴⁸ Contoh dari peraturan perundang-undangan di bidang hukum ekonomi yang membatasi kebebasan berkontrak adalah Undang-Undang Konsumen.

C. Asas Konsensualisme

Perjanjian harus didasarkan pada konsensus atau kesepakatan dari pihak-pihak yang membuat perjanjian. Dengan asas konsensualisme, perjanjian dikatakan telah lahir jika ada kata sepakat atau persesuaian kehendak diantara para pihak yang membuat perjanjian tersebut.¹⁴⁹

Berdasarkan asas konsensualisme itu, dianut paham bahwa sumber kewajiban kontraktual adalah bertemunya kehendak (*convergence of wills*) atau konsensus para pihak yang membuat kontrak.¹⁵⁰

D. Asas Kekuatan Mengikatnya Kontrak

Dasar teoritik mengikatnya kontrak bagi para pihak yang umumnya dianut di negara-negara civil law dipengaruhi oleh hukum Kanonik. Hukum Kanonik pun bahwa setiap janji itu mengikat. Dari sinilah kemudian lahir prinsip *pacta sunt servanda*. Dengan *pacta sunt servanda* orang harus mematuhi janjinya.

¹⁴⁸ Setiawan, *op.cit*, hlm 179.

¹⁴⁹ Ridwan Khairandy, *op.cit*, hlm 27.

¹⁵⁰ *Ibid*, hlm 82.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Dikaitkan dengan perjanjian para pihak yang membuat perjanjian harus melaksanakan atau perjanjian yang mereka buat. Menurut asas ini kesepakatan para pihak itu mengikat sebagaimana layaknya undang-undang bagi para pihak yang membuatnya.¹⁵¹

Dengan adanya janji timbul kemauan bagi para pihak untuk saling berprestasi, ada kemauan untuk saling mengikatkan diri. Kewajiban kontraktual tersebut menjadi sumber bagi para pihak untuk secara bebas menentukan kehendak tersebut dengan segala akibat hukumnya. Berdasarkan kehendak tersebut, para pihak secara bebas mempertemukan kehendak masing-masing. Kehendak para pihak inilah yang menjadi dasar kontrak. Terjadinya perbuatan hukum itu ditentukan berdasar kata sepakat.¹⁵²

Dengan adanya konsensus dari para pihak itu, maka kesepakatan itu menimbulkan kekuatan mengikat perjanjian sebagaimana layaknya undang-undang (*pacta sunt servanda*). Apa yang dinyatakan seseorang dalam suatu hubungan menjadi hukum bagi mereka. Asas inilah yang menjadi kekuatan mengikatnya perjanjian. Ini bukan kewajiban moral, tetapi juga kewajiban hukum yang pelaksanaannya wajib ditaati.¹⁵³

E. Asas Iktikad Baik

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

Iktikad baik prakontrak, adalah iktikad yang harus ada pada saat para pihak melakukan negosiasi. Iktikad baik prakontrak ini bermakna kejujuran (*honesty*). Iktikad baik ini disebut iktikad baik yang bersifat subjektif, karena didasarkan pada kejujuran para pihak yang melakukan negosiasi.

¹⁵¹ *Ibid*, hlm 28.

¹⁵² *Ibid*, hlm 29.

¹⁵³ *Ibid*.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Iktikad baik pelaksanaan kontrak mengacu kepada isi perjanjian. Isi perjanjian harus rasional dan patut. Iktikad baik pelaksanaan kontrak juga dapat bermakna melaksanakan secara rasional dan patut.

Iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak merupakan lembaga hukum) yang berasal dari hukum Romawi yang kemudian diserap oleh *Civil Law*. Belakangan, asas ini diterima pula hukum kontrak di negara-negara yang menganut *Common Law*, seperti Amerika Serikat, Australia, dan Kanada. Bahkan asas ini telah diterima pula oleh hukum internasional seperti Artikel 1.7 UNIDROIT dan Artikel 1.7 Convention Sales of Goods.¹⁵⁴ Asas ini ditempatkan sebagai asas yang paling penting (*super eminent principle*) dalam kontrak.¹⁵⁵ Ia menjadi suatu ketentuan fundamental dalam hukum kontrak, dan mengikat para pihak dalam kontrak.¹⁵⁶

F. Asas Personalitas

Adanya asas personalitas dapat disimpulkan dari ketentuan Pasal 1340 ayat (1) KUHPerdara. Pasal ini menyebutkan, *overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen* (perjanjian hanya berlaku bagi mereka yang membuatnya). Dengan demikian asas personalitas bermakna bahwa kontrak atau perjanjian hanya berlaku bagi pihak-pihak yang membuatnya.

Penyimpangan dari asas personalitas dapat disimpulkan dari ketentuan Pasal 1317 ayat (1) KUHPerdara. Pasal ini menyebutkan, *men kan ook tem behoeve van eenen derde iets bedingen, wanneer een beding, hetwelk men voor zich zelve maakt, of eene gift die men aan ander doet, zulk eene voorwaarde bevat* (dapat pula diadakan perjanjian untuk kepentingan pihak ketiga, jika suatu perjanjian yang dibuat untuk diri sendiri atau suatu pemberian kepada orang lain, mengandung syarat semacam itu. Dengan ketentuan ini pihak-pihak yang membuat perjanjian

¹⁵⁴ Lihat Mary E. Histock, "The Keeper of the Flame: Good Faith and Fair Dealing in International Trade", *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol 25 April 1996, hlm 160

¹⁵⁵ A.F. Mason, "Contract, good Faith and Equitable Standard in Fair Dealing", *The Law Quarterly Review*, Vol 116, January, 2000, hlm 66.

¹⁵⁶ Jeffrey M. Judd, "The Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing: Examining Employee Good Faith Duties", *The Hasting Law Journal*, Vol 39, January, 1998, hlm 483.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

dapat memperjanjikan bahwa perjanjian tersebut juga berlaku terhadap pihak ketiga. Kontrak semacam ini disebut sebagai *derden beding*.

V

KEBEBASAN BERKONTRAK

A. Kebebasan Berkontrak Didasari Ideologi Individualisme

Kebebasan kontrak, hingga kini tetap menjadi asas penting dalam berbagai sistem hukum. Asas kebebasan kontrak dalam sistem *civil law* dan *common law* lahir dan berkembang seiring dengan pertumbuhan aliran filsafat yang menekankan semangat individualisme dan pasar bebas.¹⁵⁷ Pada abad sembilanbelas, kebebasan kontrak sangat diagungkan baik oleh para filosof, ekonom, sarjana hukum maupun pengadilan.¹⁵⁸ Kebebasan kontrak sangat mendominasi teori hukum kontrak.¹⁵⁹ Inti permasalahan hukum kontrak lebih tertuju kepada realisasi kebebasan kontrak. Pengadilan juga lebih mengkedepankan kebebasan kontrak dari pada nilai-nilai keadilan dalam putusan-putusannya. Pengaturan melalui legislasi pun memiliki kecenderungan yang sama. Pada saat itu, kebebasan kontrak memiliki kecenderungan ke arah kebebasan tanpa batas (*unrestricted freedom of contract*).¹⁶⁰

Keberadaan asas kebebasan kontrak tersebut tidak dapat dilepaskan dari pengaruh berbagai aliran filsafat politik dan ekonomi liberal yang berkembang pada abad kesembilanbelas.¹⁶¹ Dalam bidang ekonomi berkembang aliran *laissez faire* yang dipelopori Adam Smith yang menekankan prinsip non-intervensi oleh pemerintah terhadap kegiatan ekonomi dan bekerjanya pasar.¹⁶² Filsafat utilitarian

¹⁵⁷ Lihat Friedrich Kessler, "Contract Adhesion – Some Thought about Freedom of Contract", *Columbia Law Review*, Vol 43 (1943), hlm 630.

¹⁵⁸ A.G. Guest, ed., *Chitty on Contract, Vol I General Principles* (London: Sweet & Maxwell, 1983), hlm 3.

¹⁵⁹ Perhatikan Alan J. Messe, "Liberty and Antitrust in the Formative Era", *Boston University Law Review*, Vol 79 (1999), hlm 2.

¹⁶⁰ John D. Calamari dan Joseph M. Perilo, *Contracts* (ST. Paul, Minn: West Publishing Co, 1977) hlm 5. Lihat juga Roscoe Pound, "Liberty of Contract", *Yale Law Journal*, Vol 19 (1909), hlm 456.

¹⁶¹ K.W. Ryan, *Introduction to Civil Law* (Brisbane: The Law Book of Australia, 1962), hlm 39. Perhatikan pula P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford: Clarendon Press, 1988), hlm 292. Lihat juga Richard A. Epstein, "Contract Small and Contract Large: Contract Law through the Lens of Laissez Faire", F.H. Buckley, ed., *The Fall and Rise of Freedom of Contract* (Durham: Duke University Press, 1999), hlm 25-26.

¹⁶² Peter Gillies, *Business Law* (Sydney: The Federation Press, 1993), hlm 117.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Jeremy Bentham yang menekankan adanya ideologi *free choice*¹⁶³ juga memiliki pengaruh yang besar bagi pertumbuhan asas kebebasan berkontrak tersebut. Baik pemikiran Adam Smith maupun Bentham didasarkan filsafat individualisme. Kedua pemikiran tersebut tidak dapat dilepaskan dari pengaruh filsafat etika Immanuel Kant.¹⁶⁴ Semua filsafat yang menekankan pada aspek kebebasan individu yang dikembangkan para filosof Barat di atas jika dilacak lebih jauh lagi, berakar kepada filsafat hukum alam (*natural law*) yang sangat berkembang pada abad pencerahan (*enlightenment* atau *aufklärung*).

Hukum kontrak yang berkembang pada abad sembilanbelas telah banyak mendapat pengaruh aliran filsafat yang menekankan individualisme¹⁶⁵ sebagaimana tercermin pula dari pemikiran (politik) ekonomi klasik Adam Smith dan utilitarianisme Jeremy Bentham. Mereka memandang bahwa tujuan utama legislasi dan pemikiran sosial harus mampu menciptakan *the greatest happiness for the greatest number*.¹⁶⁶ Mereka menjadikan kebebasan berkontrak sebagai paradigma baru dalam hukum kontrak.

Paradigma kebebasan berkontrak ini sangat mempengaruhi pembentukan peraturan perundang-undangan saat itu. Di Perancis diakui bahwa ketika Code Civil dikodifikasikan pada 1804, alam pikiran orang-orang di Perancis sangat dipengaruhi paham individualisme dan liberalisme.¹⁶⁷ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Jerman (*Bürgerliches Gesetzbuch/BGB*) juga tidak lepas dari paradigma kebebasan berkontrak tersebut.

¹⁶³ Lihat P.S. Atiyah, *An introduction to the Law of Contract* (Oxford: Clarendon Press, 1981), hlm 8.

¹⁶⁴ Arthur Taylor von Mehren, *The Civil Law System, Cases and Materials* (Engellwood, N.J.: Prentice Hall, 1987) hlm 470.

¹⁶⁵ Pada masa ini lahir model umum (*general model*) hukum kontrak klasik yang dibangun dari ideologi individualisme dari era klasik. Hukum kontrak klasik sangat menekankan kebebasan berkontrak untuk mendukung ekonomi bebas pada abad sembilanbelas. Lihat Grant Gilmore, *The Death of Contract* (Columbus: Ohio State University Press, 1995), hlm 6 – 8. Perhatikan pula Jay M. Feinman, “The Significance of Contract Theory”, *Cincinnati Law Review*, Vol 58 (1990), hlm 1285 - 1289.

¹⁶⁶ George Gluck, “Standard Form Contract: The Contract Theory Reconsidered”, *International Law and Comparative Quarterly*, Vol 28 (January 1979), hlm 72.

¹⁶⁷ Luis Muniz Arguelles, “A Theory on the Will Theory: Freedom of Contract in Historical and Comparative Perspective”, *Revista Juridica De La Universidad De Puerto Rico*, hlm 254.

B. Teori Hukum Kontrak Klasik Dipengaruhi Paradigma Kebebasan Berkontrak

Pada abad sembilanbelas itulah teori hukum kontrak klasik secara mendasar terbentuk. Terbentuknya teori baru ini merupakan reaksi dan kritik terhadap tradisi abad pertengahan mengenai *substantive justice*. Para hakim dan sarjana hukum di Inggris dan Amerika Serikat kemudian menolak kepercayaan yang telah berlangsung lama mengenai justifikasi kewajiban kontraktual yang diderivasi dari *inherent justice* atau *fairness of an exchange*. Mereka kemudian menyatakan bahwa sumber kewajiban kontraktual adalah bertemunya kehendak (*convergence of the wills*) atau konsensus para pihak yang membuat kontrak.¹⁶⁸

Pada abad sembilanbelas tersebut, para sarjana hukum kontrak memiliki kecenderungan untuk memperlakukan atau menempatkan pilihan individual (*individual choice*) tidak hanya sebagai suatu elemen kontrak, tetapi seperti yang dinyatakan ahli hukum Perancis adalah kontrak itu sendiri. Mereka memiliki kecenderungan mengidentifikasi pilihan tersebut dengan kebebasan, dan kebebasan menjadi tujuan tertinggi keberadaan individu.¹⁶⁹

Dalam paradigma baru ini, moral dan hukum harus secara tegas dipisahkan. Di sini muncul adagium *summum jus summa injuria* (hukum tertinggi dapat berarti ketidakadilan yang terbesar). Konsep seperti *justum pretium laesio enormis* (harga yang adil dapat berarti kerugian yang terbesar) atau penyalahgunaan hak tidak memiliki tempat dalam doktrin ini. Apabila seseorang dirugikan oleh suatu perjanjian disebabkan kesalahannya sendiri, harus memikulnya sendiri karena ia menerima kewajiban itu secara sukarela (*volenti non fit injuria*), harus dipenuhi,

¹⁶⁸ Morton J. Horwitz, "The Historical Foundation of Modern Contract Law", *Harvard Law Review*, Vol 87 (1974), hlm 917. Kebebasan berkontrak jelas sekali berkaitan erat dengan teori kehendak (*will theory*) yang mengajarkan bahwa pengakuan dan pelaksanaan kontrak didasarkan pada kehendak mereka yang membuat kontrak. Lihat Konrad Zweigert dan Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law, Volume II – The Institutional of Private Law* (Oxford Clarendon Press, 1987), hlm 325 – 326.

¹⁶⁹ Arthur Taylor von Mehren dan James Russell Gordley, *The Civil Law System* (Boston: Little Brown and Company, 1977), hlm 788 – 789.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

meskipun orang itu mengalami kerugian, perjanjian tetap berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya.¹⁷⁰

Dalam paradigma baru ini, dalam kontrak timbul dua aspek: Pertama, kebebasan (sebanyak mungkin) untuk mengadakan suatu kontrak. Kedua, kontrak tersebut harus diperlakukan sakral oleh pengadilan, karena para pihak secara bebas dan tidak ada pembatasan dalam mengadakan kontrak tersebut. Dengan demikian, kebebasan berkontrak dan kesucian (*sanctity*) kontrak menjadi dasar keseluruhan hukum kontrak yang berkembang saat itu.¹⁷¹ Dengan perkataan lain, orientasi mereka adalah kesucian dan kebebasan berkontrak.¹⁷²

Gagasan utama kebebasan berkontrak berkaitan dengan penekanan akan persetujuan dan maksud atau kehendak para pihak. Selain itu, gagasan kebebasan berkontrak juga berkaitan dengan pandangan bahwa kontrak adalah hasil dari pilihan bebas (*free choice*). Dengan gagasan utama ini, kemudian dianut paham bahwa tidak seorang pun terikat kepada kontrak sepanjang tidak dilakukan atas dasar adanya pilihan bebas untuk melakukan sesuatu.

Gagasan tersebut menjadi prinsip utama baik dalam sistem *civil law* maupun *common law* bahwa kontrak perdata individual di mana para pihak bebas menentukan kesepakatan kontraktual tersebut. Bagi mereka yang memiliki kemampuan bertindak untuk membuat kontrak (*capacity*) memiliki kebebasan untuk mengikatkan diri, menentukan isi, akibat hukum yang timbul dari kontrak itu.¹⁷³

Sebagai konsekuensi adanya penekanan kebebasan berkontrak, kemudian dianut pula dogma bahwa kewajiban dalam kontrak hanya dapat diciptakan oleh maksud atau kehendak para pihak. Hal tersebut menjadi prinsip mendasar hukum kontrak yang mengikat untuk dilaksanakan segera begitu mereka

¹⁷⁰ A.S. Hartkamp, ed, *Mr Asser's Handledning tot Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Rechts, Verbintenissenrecht, Deel II, Algemene Leer der Overeenkomsten* (Zwolle: W.E.J Tjeenk Willink BV, 1989), hlm 37.

¹⁷¹ Perhatikan P.S. Atiyah, *op.cit.*, *An Introduction to the Law of Contract*, hlm 4.

¹⁷² K.M. Sharma, "From Sanctity to Fairness: An Uneasy Transition in The Law of Contract ?", *New York Law School Journal of International law & Comparative Law*, Vol 18 (1999), hlm 18.

¹⁷³ K.W. Ryan, *op.cit.*, hlm 39.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

telah mencapai kesepakatan. Dengan demikian, kebebasan berkontrak di dalam teori hukum kontrak klasik memiliki dua gagasan utama, yakni kontrak didasarkan kepada persetujuan, dan kontrak sebagai produk kehendak (memilih) bebas.¹⁷⁴

Doktrin mendasar yang melekat pada kebebasan berkontrak adalah bahwa kontrak itu dilahirkan *ex nihilo*, yakni kontrak sebagai perwujudan kebebasan kehendak (*free will*) para pihak yang membuat kontrak (*contractors*). Kontrak secara eksklusif merupakan kehendak bebas para pihak yang membuat kontrak. Melalui postulat bahwa kontrak secara keseluruhan menciptakan kewajiban baru dan kewajiban yang demikian secara eksklusif ditentukan oleh kehendak para pihak, kebebasan berkontrak telah memutuskan hubungan antara kebiasaan dan kewajiban-kewajiban kontraktual. Kebebasan berkontrak membolehkan kesepakatan (perdata) untuk mengesampingkan kewajiban-kewajiban berdasarkan kebiasaan yang telah ada sebelumnya.¹⁷⁵

Premis sentral teori hukum kontrak klasik pada abad kesembilanbelas tersebut adalah kebebasan berkontrak. Kebebasan otonomi individu *to be able to make bargains as they saw fit* (dengan sedikit mungkin intervensi dari negara) betul-betul menempatkan pembentukan kontrak *ex nihilo* pada kehendak mereka. Menurut pandangan teori klasik kontrak ini, para pihak yang membuat kontrak ini adalah *equal*, para pihak juga memiliki kemampuan menentukan *fair bargain* di antara mereka. Pandangan ini selaras dengan bahwa kontrak merupakan produk yang dibuat para pihak (dengan kebebasan untuk menentukan) dan juga sesuai semangat pasar bebas dan persaingan bebas. Konsep utama pemikiran hukum kontrak pada kesembilanbelas itu adalah dihubungkannya otonomi kehendak yang luas dengan ide kebebasan berkontrak yang tidak terbatas.¹⁷⁶

Dari titik pandang bahwa kontrak hasil kehendak bebas para pihak dan kontrak diciptakan atas pertemuan kehendak para pihak, kemudian lahir prinsip konsensualisme. Konsensus menjadi inti (*core*) dan dasar (basis) konsep hukum

¹⁷⁴ *Ibid.*, hlm 9.

¹⁷⁵ Michael Rosenfeld, "Contract and Justice: The Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory", *Iowa Law Review*, Vol 70 (1985), hlm 822.

¹⁷⁶ K.M. Sharma, *op.cit.*, hlm 104.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

kontrak modern. Prinsip ini pada dasarnya menyatakan gagasan bahwa hal yang esensial dalam kontrak adalah kehendak para pihak. Sebelumnya tidak dikenal asas konsensualisme tersebut. Hukum Jerman pada mulanya tidak mengenal hukum perikatan, kemudian dikenal pula perikatan riil dan perikatan formal. Perjanjian konsensual yang lahir karena kesepakatan sama sekali tidak dikenal.¹⁷⁷

Kontrak berdasarkan konsensus sebenarnya tidak murni produk kontrak abad delapanbelas dan sembilanbelas, karena jauh sebelumnya hukum Romawi sudah mengenal kontrak atas dasar konsensus, hanya saja tidak berlaku umum dan hanya berlaku dalam ruang lingkup yang sangat terbatas. Gaius mengklasifikasikan kontrak dalam hukum Romawi menjadi empat bentuk:¹⁷⁸ *Verbis*; *Litteris*; *Re*; *Consensu*.

Kontrak yang didasarkan pada konsensus (*contractus ex consensu*) dalam evolusi hukum Romawi berkembang belakangan. Ia mulai dibangun dan dikembangkan pada abad pertama sebelum masehi.¹⁷⁹ Menurut Alan Watson dikenalkannya kontrak berdasar konsensus tersebut merupakan penemuan terbesar dalam hukum Romawi.¹⁸⁰ Kontrak yang didasarkan pada konsensus itu sendiri mencakup empat macam kontrak, yakni:¹⁸¹ jual beli (*emptio vendito*); sewa-menyewa (*locatio conductio*); persekutuan perdata (*societas*); dan membebaskan perintah atau kewenangan kepada orang lain (*mandatum*).

Keempat jenis kontrak itu merupakan kontrak yang lazim pada saat itu. Kontrak-kontrak tersebut semata-mata lahir dari konsensus tanpa harus mengikuti bentuk tertentu atau tindakan fisik tertentu yang disyaratkan kontrak riil.¹⁸²

¹⁷⁷ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundation of Rule Civilian Tradition* (Cape Town: Juta & Co.Ltd, 1992), hlm 559 dan 563.

¹⁷⁸ Max Passer, *Romainches Privatrecht*, terjemahan Rolf Dannenbring (Pretoria: University of South Africa, 1984), hlm 198. Lihat juga Arthur R. Emmett, "Roman Traces in Australian Law", *Australian Bar Review*, Vol 20 (2001), hlm 214. Lihat juga J.A.C. Thomas, *Textbook of Roman Law* (Amsterdam: Noth-Holland Publishing Company, 1976), hlm 226. Lihat juga R.W. Leage, *Roman Private Law Founded on the Institutes of Gaius and Justian* (London: Macmillan and Co. Ltd, 1920), hlm 265.

¹⁷⁹ Peter de Cruz, *op.cit.*, hlm 173.

¹⁸⁰ Alan Watson, *Society and Legal Change* (Philadelphia: Temple University Press, 2001), hlm 14.

¹⁸¹ R.W. Leage, *op.cit.*, hlm 293 – 309.

¹⁸² Peter de Cruz, *loc.cit.*

**Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy**

Keempat jenis kontrak konsensual di atas itulah yang sebenarnya menjadi dasar generalisasi hukum kontrak modern.¹⁸³

Bersamaan dengan dikembangkannya asas konsensual, dikembangkan asas pula iktikad baik (*bona fides*).¹⁸⁴ Kontrak (konsensual) tersebut harus didasarkan pada iktikad baik. Belakangan *contractus re* diperluas hingga mencakup *innominati*, tetapi hukum Romawi masih berpegang teguh pada syarat bahwa perjanjian dengan sedikit pengecualian hanya dapat terjadi apabila memenuhi bentuk yang telah ditetapkan.¹⁸⁵ Kontrak yang demikian itu biasanya dituangkan dalam suatu dokumen notarial.¹⁸⁶ Jadi, di sini tidak berlaku aturan umum bahwa lahirnya kewajiban kontraktual berdasarkan konsensus (*nodus consensus obligat*).¹⁸⁷ Di samping kontrak yang demikian itu, hukum Romawi mengenal pula *pacta nuda* yang tidak memiliki hak untuk menuntut (*actionable pacts*).¹⁸⁸

Contractus ex consensu dalam hukum Romawi makin berkembang. Ada kecenderungan yang mengarah kepada perlindungan terhadap kontrak yang bersifat konsensus, namun demikian proses ini terhalang oleh pengaruh formalisme hukum Jerman.¹⁸⁹

Pada abad pertengahan, hukum Kanonik di bawah pengaruh teori teologis, diterima prinsip konsensus dan mengembangkan prinsip *nodus consensus obligat, pacta nuda servanda sunt*.

Persyaratan esensial bagi pertumbuhan generalisasi teori kontrak modern, terjadi pergantian *numeros clausus* dari kontrak dengan doktrin (*nodus consensus* dengan prinsip bahwa semua transaksi (kontrak) informal adalah mengikat. Prinsip ini dengan baik menghubungkan lahirnya dan pengaruh besar

¹⁸³ Reinhard Zimmermann, "Roman-Dutch Jurisprudence and its Contribution to European Private Law", *Tulane Law Review*, Vol 66 (1992), hlm 1690.

¹⁸⁴ Peter de Cruz, *loc.cit.*

¹⁸⁵ A.S. Hartkamp, ed., *op.cit.*, hlm 32.

¹⁸⁶ Reinhard Zimmermann, *op.cit.*, *The Law of Obligation, Roman Foundation of Rule Civilian Tradition*, hlm 547.

¹⁸⁷ A.S. Hartkamp, ed, *loc.cit.*

¹⁸⁸ Istilah *facta* berasal dari kata *factum*. Kata *factum* (atau *factio*) adalah kata yang digunakan untuk menunjukkan semua perjanjian informal yang (secara independen) tidak memiliki hak untuk menuntut (*nuda factio obligationem non parit*). Lihat Reinhard Zimmermann, *op.cit.*, *The Law of Obligation, Roman Foundation of Rule Civilian Tradition*, hlm 563.

¹⁸⁹ A.S. Hartkamp, ed., *op.cit.*, hlm 547.

**Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy**

maksim *ex nudo pacto oritur actio*. Maksim ini diformulasikan untuk melawan prinsip dalam hukum Romawi *nuda factio obligationem non parit*.¹⁹⁰

Sistem *civil law* yang membebaskan dirinya dari hukum Romawi yang menekankan formalisme menerima teori kontrak yang berbasis konsensus melalui maksim *pacta sunt servanda*.¹⁹¹

Prinsip konsensual ini diterima baik di dalam sistem *civil law* maupun *common law*. Prinsip ini menentukan bahwa *private individuals* memiliki kebebasan untuk menentukan isi dan akibat hukum suatu kontrak tanpa adanya campur tangan dan pembatasan oleh hukum. Walaupun kedua sistem hukum tersebut menerima asas konsensual, tetapi keduanya memiliki sejarah dan makna yang berbeda dalam memahami asas tersebut. Dalam *civil law*, prinsip ini memberikan ekspresi tidak semata-mata sebagai pernyataan politik non intervensi dari negara di dalam hubungan antara individu, tetapi juga sebagai perbuatan hukum yang berbasis kontrak melalui teori otonomi kehendak. Teori otonomi kehendak merupakan suatu permasalahan hukum, dan tidak semata-mata sebagai suatu permasalahan politik sebagaimana yang terjadi di dalam sistem *common law* melalui kebebasan berkontrak. Doktrin tersebut menentukan bahwa sumber kewajiban hukum mensyaratkan adanya suatu perbuatan hukum, dan dalam bidang kontrak ditemukan dalam kehendak individu untuk mengadakan suatu transaksi melalui pernyataan kehendaknya. Dalam sistem *civil law*, persetujuan kehendak (*consensus ad idem*) dan manifestasi (eksternal) kehendak merupakan suatu hal yang sangat esensial.¹⁹²

Walaupun tidak ada satu ketentuan pun dalam *Code Civil* Perancis yang secara langsung mengacu prinsip konsensualisme tersebut,¹⁹³ tetapi tidak ada

¹⁹⁰ Reinhard Zimmermann, *loc.cit.*, *Roman-Dutch Jurisprudence and its Contribution to European Private Law*.

¹⁹¹ David E. Allen, et.al., eds., *Asian Contract Law: A Survey on Current Problems* (Carlton: Melbourne University Press, 1969), hlm 104.

¹⁹² *Ibid.*, hlm 105.

¹⁹³ Lihat G.H.L. Friedman, "On the Nature of Contract", *Valparaiso University Law Review*, Vol 17 (1993), hlm 629 – 630. KUHPerdata Indonesia juga mengakui adanya prinsip konsensualisme. Hal itu dapat disimpulkan dari Pasal 1320 KUHPerdata yang mengatur syarat-syarat sahnya perjanjian. Kontrak harus didasarkan pada kata sepakat di antara para pihak.

**Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy**

keraguan bahwa para penyusun *Civil Code* Perancis tersebut dipengaruhi oleh ide konsensualisme yang didukung oleh Domat dan Pothier.¹⁹⁴

Dengan demikian, teori kehendak atau teori hukum kontrak klasik yang berasal dari prinsip *private autonomy*, kemudian bermakna bahwa kehendak para pihak yang menentukan hubungan hukum kontrak mereka. Prinsip yang demikian memiliki beberapa konsekuensi sebagai berikut:¹⁹⁵

1. hukum yang berlaku bagi mereka tersebut semata-mata berkaitan dengan maksud yang sebenarnya dari pihak yang berjanji;
2. maksud para pihak harus “bertemu” pada saat sebelum dibuatnya kontrak;
3. hakim tidak memiliki kewenangan untuk mengisi celah dalam suatu kesepakatan dan tidak berdaya menghadapi kemungkinan hal yang tidak terduga;
4. pihak yang berjanji bebas mengungkapkan kemauannya.

Konsep kebebasan berkontrak dalam hukum Islam dikaitkan dengan prinsip utama bahwa tidak ada kontrak yang dapat mengesampingkan prinsip-prinsip syariah. Asas ini meletakkan doktrin yang berlawanan dengan kebebasan berkontrak yang dipahami hukum Barat. Para pihak dalam suatu transaksi keperdataan hanya memiliki kebebasan untuk menentukan isi dan objek perjanjian mereka yang tunduk pada sejumlah batasan yang ditentukan syariah. Dengan demikian, kontrak yang mengandung unsur riba tidak sah.¹⁹⁶

Dalam konteks sistem hukum Islam, pada mulanya konsep kebebasan berkontrak tidak menjadi wacana para sarjana hukum muslim. Hal ini terbukti dari berbagai tulisan mereka yang secara ekstrim mempersempit pandangan tentang kebebasan berkontrak. Kondisi yang demikian merupakan sesuatu yang tidak dapat

¹⁹⁴ Piere Bonassies, “Some Comments on the French Legal System with Particular References to the Law of Contract”, Rudolf B. Schalesinger (ed), *Formation of Contract: A Study of the Common Core of Legal System* (London: Stevens & Sons, 1968), hlm 244. Lihat juga Reinhard Zimmermann, *op.cit.*, *Law of Obligation, Roman Foundation of Rule Civilian Tradition*, hlm 566-567. Lihat juga James Gordley, “Myths of French Civil Code”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol 42 (1994), hlm 469.

¹⁹⁵ John Swan dan Barry J. Reiter, *Contract: Cases and Materials* (Canada: Emont: Montgomery, 1987), hlm 134.

¹⁹⁶ S.E. Rayner, *op.cit.*, hlm 91.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

dihindari karena kecenderungan tradisional di mana mereka mengkategorisasikan transaksi antara transaksi yang diperbolehkan dan legal (*hallal*), dan transaksi yang dilarang dan illegal (*haram*). Sarjana hukum (Islam) pada periode permulaan itu risau terhadap semua kontrak yang bebas akan kekhawatiran riba dan *uncertainty* (*gharar*), dapat dikategorikan sebagai transaksi yang harus dibatalkan. Sebagai hasil dari pandangan ini, mereka menentukan bahwa individu yang akan membuat kontrak harus sesuai dengan *nominate contracts* (*al Uqud al Mu'ayyana*).¹⁹⁷ Dengan demikian, tidak secara umum bebas untuk menentukan atau menciptakan setiap kontrak yang baru. Berlainan dengan kecenderungan tersebut, Hambali seorang *fuqaha* pendiri salah satu mazhab hukum Islam (*fiqh*) dan para pengikutnya memperbolehkan kebebasan berkontrak berdasarkan doktrin *ibaha* (*non-restriction transaction*).¹⁹⁸

Kebebasan berkontrak dalam sistem hukum Islam dilaksanakan antara dua jalur. Pertama, perbuatan kontrak sebagaimana difirmankan Allah melalui kebiasaan Nabi Muhammad. Kedua, prinsip larangan terhadap riba dan *uncertainty*.¹⁹⁹

¹⁹⁷ *Nominate kontrak* dasar terdiri atas: *bay, hiba, ijra*, dan *ariya*. Termasuk dalam kategori ini; *mudharabah, sharika, rahn, ju'ala wadi'a, al-muzara'a*, dan *umra*. *Ibid*, hlm 101.

¹⁹⁸ Abd El Wahab Ahmed El Hassan, "Freedom of Contract, the Doctrine of Frustration, and Sanctity of Contract in Sudan Law and Islamic Law", *Arab Law Quarterly*, Vol 1 Part 1 (1985), hlm 54.

¹⁹⁹ *Ibid*.

VI

KEKUATAN MENGIKATNYA KONTRAK

A. Pacta Sunt Servanda

Teori hukum kontrak yang berpengaruh di sini adalah teori yang memandang kontrak sebagai suatu janji. Teori inilah yang memfasilitasi nilai-nilai ajaran liberal klasik kebebasan berkontrak.²⁰⁰

Sebagai akibat dari pengaruh paradigma kebebasan berkontrak di atas, terjadi sakralisasi otonomi individu dalam kontrak.²⁰¹ Otonomi individu itu kemudian menjadi dasar kebebasan berkontrak yang kemudian menjadi tulang punggung bagi perkembangan hukum kontrak. Timbulnya pandangan akan kesucian kontrak merupakan salah satu ajaran yang dianut teori hukum kontrak klasik sebagai akibat langsung adanya kebebasan berkontrak. Kesucian kontrak atau kesucian kewajiban-kewajiban kontraktual semata-mata merupakan suatu ekspresi dari prinsip atau asas yang menyatakan bahwa kontrak dibuat secara bebas dan sukarela, oleh karenanya ia adalah sakral. Di sini tiada keraguan bahwa kesucian tersebut merupakan produk kebebasan berkontrak, dengan alasan bahwa kontrak itu dibuat atas pilihan dan kemauan mereka sendiri, dan penyelesaian isi kontrak dilakukan dengan kesepakatan bersama (*mutual agreement*).²⁰²

Ketaatan untuk mematuhi isi perjanjian yang dibuat para pihak berkaitan dengan asas *pacta sunt servanda*. Asal mula maksim ini dapat ditelusuri pada doktrin *praetor* Romawi, yakni *pacta conventa servabo*, yang berarti bahwa saya menghormati perjanjian.²⁰³

²⁰⁰ John Swan dan Barry J. Reiter, *loc.cit.*

²⁰¹ K.M. Sharma, *op.cit.*, hlm 96.

²⁰² P.S. Atiyah, *op.cit.*, *An Introduction to the Law of Contract*, hlm 12.

²⁰³ Charles Tabor, "Dusting off The Code: Using History to Find Equity in Louisiana Contract Law," *Louisiana Law Review*, Vol 68 (2008), hlm 552.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Ajaran tersebut didukung perintah suci *motzeh sfassecha tismar* (engkau harus menepati perkataanmu),²⁰⁴ dan dari maksim hukum Romawi Kuno, yakni *pacta sunt servanda*. Konsep *pacta sunt servanda* ini pada akhirnya menjadi suatu konsep dasar atau basis suci (*hallowed basis*) teori hukum kontrak klasik.²⁰⁵ Konsep ini dapat dilacak dari perjanjian antara Jehovah dan orang-orang Israel (Yahudi). Kegagalan untuk mematuhi perjanjian itu merupakan dosa dan melanggar kontrak.²⁰⁶

Asas *pacta sunt servanda* yang ada sekarang ini telah banyak mendapat pengaruh dari hukum Kanonik (*jus canonicus*). Doktrin ini dikaitkan dengan dosa. Menurut gereja, suatu janji mengingat dihadapan Tuhan tanpa memperhatikan bentuk janji itu. Pelanggaran atau cidera janji terhadap perjanjian tidak tertulis tidak lebih berdosa daripada pelanggaran terhadap kontrak yang dibuat dengan sumpah atau secara tertulis.²⁰⁷ Semua janji dibuat dengan sumpah dan tidak dengan sumpah di mata Tuhan sama-sama mengikat.

Pengembangan lebih lanjut terhadap gagasan gereja ini diberikan sarjana mazhab hukum alam yang membentuk pandangan *facta sunt servanda* dewasa ini. Mereka mengambil pandangan sarjana hukum kanonik satu langkah lebih jauh dengan menyatakan bahwa *fides*, sebagai dasar keadilan, semua janji harus mengingat dalam segala kondisi. Pandangan ini membentuk dasar teori “klasik” kontrak.²⁰⁸

Konsep modern kebebasan berkontrak menjadi dasar signifikan dalam leksikon hukum kontrak dan signifikansi bahwa para pihak dalam kontrak memiliki hak otonomi untuk menentukan *bargain* mereka sendiri dan menuntut pemenuhan dari apa yang mereka sepakati.

²⁰⁴ Number 30:2 (King James). Apabila seseorang membuat suatu sumpah mewajibkan dirinya sendiri untuk mematuhi ikrar tersebut, dia tidak boleh mengingkari kata-katanya, tetapi harus melakukan sesuatu apa yang harus ia lakukan. Lihat Matthew 5:33-37 (King James) dan James 1:19-25. Lihat K.M. Sharma, *op.cit.*, hlm 97.

²⁰⁵ Reinhard Zimmermann, *op.cit.*, *Law of Obligation, Roman Foundation of Rule Civilian Tradition*, hlm 577.

²⁰⁶ Ketika orang-orang Israel menyembah patung anak sapi jantan yang terbuat dari emas, mereka telah melakukan perbuatan dosa. Mereka melanggar kesepakatan suci dengan Jehovah. Lihat John Edward Murray, *Murray on Contracts* (Charlottesville: The Michie Company, 1990), hlm 1. Bandingkan dengan Al Quran Surah Al Baqarah ayat 92 dan 93 (Q. S. 1: 9 dan 3/

²⁰⁷ Charles Tabor, *loc.cit.*

²⁰⁸ *Ibid.*, hlm 554.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Dengan adanya konsensus para pihak, timbul kekuatan mengikat kontrak sebagaimana layaknya undang-undang. Apa yang dinyatakan seseorang dalam suatu hubungan hukum menjadi hukum bagi mereka (*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua mancouassit, ita jus esto*).²⁰⁹ Asas inilah yang menjadi kekuatan mengikatnya kontrak (*verbindende kracht van de overereenkomst*). Ini tidak hanya kewajiban moral, tetapi kewajiban hukum yang pelaksanaannya wajib ditaati. Sebagai konsekuensinya, hakim maupun pihak ketiga tidak boleh mencampuri isi perjanjian tersebut.

Dalam hukum positif, doktrin tersebut diadopsi oleh Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata yang menyatakan bahwa semua kesepakatan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi yang membuatnya (*alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dageenen die dezelve hebben aangenaan tot wet*).

Di dalam hukum Islam, kontrak memiliki makna yang berbeda sebagaimana dikenal dalam hukum Barat. Berdasarkan prinsip syariah, kontrak adalah suci dan melaksanakan kontrak adalah tugas suci seseorang.²¹⁰ Surah Al Maa-idah ayat 1 (Q.S. 5:1) mewajibkan orang-orang beriman untuk mematuhi perjanjian yang mereka buat (*Aufu bi al-Uqud*).²¹¹ Perintah Al Quran ini menjadi dasar utama kesucian terhadap semua kontrak.

Perintah Al Quran tersebut mengandung makna bahwa selama manusia beriman, jika mereka wajib melaksanakan perjanjian yang mereka buat. Makna ini

²⁰⁹ Lon L. Fuller dan Melvin Aron Eisenberg, *Basic Contract Law* (St. Paul, Minn: West Publishing Co, 1972), hlm 112.

²¹⁰ Faisal Kutty, "The Sharia Factor in International Commercial Arbitration," *The Loyola of Los Angeles and Comparative Law*, Vol 28 (2006), hlm 609.

²¹¹ Surah tersebut kadang-kadang disebut sebagai Bab Kontrak (*Surah Al Uqud*), dimulai dengan seruan untuk memenuhi semua kewajiban merupakan suatu kesakralan kontrak. Di dalam tafsir Al Qur'an yang ditulis Ustadh Abdullah Yusuf Ali, dalam mendefinisikan *uqud* (*obligation*) dia memberikan komentar sebagai berikut: "The Arabic word implies so many things that a whole chapter of commentary can be written on it. First, there are divine obligation that arise from our spritual nature and our relation to Allah ... but in our human and material life we undertake mutual obligation express and implied. We make a promise; we enter into a commercial or social contract; we enter a contract of marriage; we must faithfully fulfill all obligation in all these relationships. Our group or our state in to a treaty; every individual in that group or state is bound to see that as far as lies in his power, such obligation are faithfully discharged. Lihat *The Holly Quran: English Translation of the Meanings and Commentary*, (Madinnah Al Munawarah: 1990). Lihat juga Anwar A. Qadri, *Islamic Jurisprudence in the Modern World*, (New Delhi: Taj Company, 1986), hlm 321. Lihat juga Alim, *The World's Mose Useful Islamic Software*, ISL Software Corp USA 1986 – 2000.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

merupakan interpretasi eksplisit dari perintah tersebut. Dapat juga diartikan, perintah tersebut sebagai kekuatan pemberian untuk pemerintah muslim untuk mengatur pembuatan perjanjian untuk melindungi kepentingan umum seperti kesehatan, kemakmuran, keamanan, dan moral. Tanpa larangan dalam perjanjian, manusia tidak dapat mengambil keuntungan dari orang lain dengan memaksa mereka dalam perjanjian yang tidak adil atau dengan membuat perjanjian tersebut menjadi mencederai publik. Keseimbangan harus ada antara kebebasan untuk membuat dan melaksanakan kontrak dan tugas pemerintah untuk melindungi masyarakat. Ahli hukum Islam telah menyeimbangkan hak-hak ini dengan menginterpretasikan dan menentukan elemen-elemen yang diperlukan dalam perjanjian. Jika perjanjian tidak mengandung semua elemen yang diatur oleh hukum Islam pengadilan tidak akan menegakkan perjanjian tersebut.²¹²

Berkaitan dengan keterikatan para pihak dalam kontrak yang mereka buat, Wahberg menyatakan bahwa bagi Islam prinsip *facta sunt servanda* juga berdasarkan basis suci “muslim harus mematuhi kontrak yang mereka buat”.²¹³

Dalam tradisi Semit (*Semitic tradition*), bangsa Arab sebelum Islam menghubungkan Tuhan dengan pembentukan dan pelaksanaan kontrak mereka. Kaaba, tempat suci di Makkah, tempat bermukim berhala mereka menjadi saksi dan penjamin kontrak yang mereka buat. Ketika Islam datang menggantikan periode jahilia, keberadaan berhala digantikan dengan Allah. Konsep ini terdapat dalam Surah Al Fath ayat 10 dan 16 (Q.S 48: 10 dan 18).²¹⁴

Q.S 48:10 menyatakan bahwa orang-orang yang berjanji setia kepada kamu sesungguhnya mereka setia kepada Allah. Tangan Allah di atas tangan mereka, maka barang siapa melanggar janjinya niscaya akibat ia melanggar janji itu akan menimpa dirinya sendiri dan barang siapa yang menepati janjinya kepada Allah, Allah akan memberi pahala yang Besar. Kemudian Q.S 48: 18 menyatakan bahwa sesungguhnya Allah telah ridha terhadap orang-orang mukmin ketika mereka

²¹² Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *The Philosophy of Islamic Law of Transactions* (Kuala Lumpur: CERT Publication Sdn. Bhd, 2009), hlm 61.

²¹³ Saba Harbachy, “Property, Right, and Contract in Muslim Law,” *Columbia law Review*, Vol 62 (1962), hlm 463.

²¹⁴ *Ibid.*, hlm 464.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

berjanji setia kepadamu di bawah pohon, maka Allah mengetahui apa yang ada dalam hati mereka lalu menurunkan ketenangan atas mereka dan memberi balasan kepada mereka dengan kemenangan yang dekat (waktunya).

Shaikh Ismail al Jazaeri menanggapi ayat-ayat di atas menyimpulkan bahwa ayat ini dapat berlaku untuk semua jenis perjanjian yang dibuat para pihak kecuali dalam hal yang dilarang oleh Al Quran. Kedudukan khusus perjanjian ini disimpulkan dari oleh maksim²¹⁵ hukum Islam *Al Aqd Shari'at al muta'aqidin* yang mengatakan, "perjanjian adalah Syariah atau hukum yang suci para pihak." Hal ini menjelaskan jika hubungan kontraktual dipandang lebih ketat oleh syariah dan menjelaskan penolakan atas teori "*efficient breach*." Semua kewajiban kontraktual tentunya harus dilaksanakan secara khusus, kecuali jika bertentangan syariah atau ketertiban umum (*public policy*) yang sesuai dengan syariah.²¹⁶

Ketentuan yang berkaitan dengan *pacta sunt servanda* itu dalam ajaran hukum Islam merupakan perintah langsung dari Allah sendiri (dan bukan berasal dari hukum yang dibuat manusia). Dengan demikian, maksim yang menyatakan "*Al-Aqd Sharia'at al-muta'aqidin*", secara tegas dinyatakan bahwa kontrak merupakan hukum yang sakral bagi para pihak yang membuat kontrak, dan menuntut pemenuhan kewajiban untuk melaksanakan isi kontrak tersebut, walaupun dibuat dengan orang kafir. Allah berfirman: "Penuhilah perjanjianmu dengan mereka hingga berakhir perjanjian."²¹⁷ Dengan demikian, ajaran hukum secara tegas menghendaki *Aufu bi al-Uqud* (penuhi kontrakmu). Para pihak yang membuat harus menghormati kontrak yang mereka buat. Penghormatan atas kesakralan perjanjian

²¹⁵ *Maxims* dalam hukum Islam dikenal dengan istilah *qawai'd fiqhiyyah*. Ini adalah generalisasi yang diderivasi dari ketentuan yang bersifat rinci. Para sarjana hukum Islam menjadikan kaidah ini sebagai ketentuan umum yang diterapkan ke dalam peristiwa-peristiwa hukum yang bersifat khusus. Kaidah ini menjadi pedoman teoritik (*theoretical guidelines*) dalam seluruh bidang hukum yang merupakan bagian integral fiqih. Lihat Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *op.cit.*, hlm 18.

²¹⁶ Faisal Kutty, *op.cit.*, hlm 610.

²¹⁷ K.M. Sharma, *op.cit.*, hlm 98. Perhatikan Surah At-Taubah 9: 4 dan 7. Secara umum lihat pula Surah Al Nahl 16: 91- 94; Surah Bani Israil 19: 34 dan 36. Surah Al An'am 6: 151 dan 153; Surah Al Mu'minin 23: 1 - 8. Ayat tersebut mengajarkan bahwa secara umum terhadap semua golongan yang memegang janjinya, tidak boleh diputuskan perjanjiannya, tetapi harus mematuhi isi perjanjian itu hingga berakhirnya masa perjanjian itu.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

juga ditemukan dalam maksim kaidah yakni *al muslimum inda shurutihim* (muslim harus menepati janji yang mereka buat).²¹⁸

Prinsip mengikat dan memaksa sebuah perjanjian seperti dalam hukum para pihak merupakan kepentingan yang vital dalam sistem hukum manapun kuno maupun modern. Walaupun akibat-akibat dari kewajiban kontraktual terbatas kepada pihak-pihak dari sebuah kontrak, hukum lebih dibuat oleh kontrak daripada ketentuan umum peraturan perundang-undangan. Misalnya, Code Civil atau KUHPerdara. Al Quran mempunyai beberapa ketentuan hukum yang mengatur karakter umum. Menurut prinsip umum dari kebebasan dan kekuatan mengikat kontrak terdapat dalam ketentuan seperti Pasal 1138 ayat (1) KUHPerdara dan menurut peraturan yang dibuat dalam *dicta* tersebut seperti maksim *Al-Aqd Shari'at al-muta'aqidin*, kewajiban kontraktual yang khusus dibuat pihak-pihak dalam jutaan transaksi yang terjadi setiap hari di seluruh dunia.²¹⁹

Meskipun demikian di dalam hukum Islam, konsekuensi praktis dari ketentuan umum ini jauh dari konsep modern dalam tiga hal:²²⁰

Pertama, perjanjian di dalam hukum Islam tidak semata-mata hukum sekuler antara para pihak. Perjanjian merupakan bagian dari perintah agama. Perjanjian adalah Syariat yang merupakan hukum yang suci antara para pihak dan akibatnya hal ini dilindungi oleh agama dan sanksi terhadap manusia.

Kedua, perjanjian dalam hukum Islam mempunyai lebih banyak dasar dan lebih digunakan secara ekstensif daripada sistem hukum modern. Dengan tidak adanya ketentuan umum dari hukum positif oleh lembaga pembuat hukum, perjanjian lebih sering digunakan dalam Islam untuk solusi masalah yang biasanya diselesaikan oleh hukum sekuler dari karakter umum.

Ketiga, perjanjian dalam Islam adalah sebuah faktor dari fleksibilitas dan kesesuaian (*adaptability*) dari hukum untuk perubahan pola hidup ekonomi dan

²¹⁸ K.M. Sharma, *op.cit.*, hlm 97.

²¹⁹ Saba Harbachy, *op.cit.*, hlm 467.

²²⁰ *Ibid.*

sosial. Misalnya *case law* berubah dari keputusan peradilan individu, praktik kontraktual dari tahun ke tahun penggunaan yang terus-menerus, dan penggunaan adalah sebuah sumber hukum yang sah menurut Fikih. Hukum yang dibuat oleh kontrak ini menjaga pintu selalu terbuka untuk perubahan dan menjaga sistem dari stagnasi, fosilisasi, dan kerapuhan.

B. Puncak Penghargaan terhadap Kebebasan Berkontrak dan *Pacta Sunt Servanda*

Sebagaimana dikatakan Peter Gillis, perkembangan hukum kontrak di dalam sistem *common law* sangat dipengaruhi filsafat *laissez faire*, maka hakim juga memiliki kecenderungan untuk mengimplementasikan kebebasan berkontrak yang menekankan pada kehendak bebas para pihak.²²¹ Bahkan pengadilan telah memperluas doktrin itu hingga mencapai tingkat yang paling tinggi.²²² Di Inggris, dalam perkara *Printing and Numerical Registering Co v. Simpson* (1875), L.R. 19 Eq, 465, hakim Sir George Jessel M.R. mengemukakan pernyataan ekstrim:²²³

“ It must not be forgotten that you are not to extend arbitrarily those rules which say that a given contract is void as being against public policy, because if there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contract when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by court of justice. Therefore, you have this paramount public policy to consider – that you are not lightly to interfere with this freedom of contract.”

Sir George Jessel MR mengemukakan pendapat yang sama dalam perkara *Bennet v. Bennet* (1876) 43 LT. 246n, 247. Dalam perkara ini Sir George Jessel MR membenarkan suatu transaksi *money lending* dengan tingkat bunga 60 %

²²¹ Peter Gillis, *op.cit.*, hlm 117.

²²² P.S. Atiyah, *op.cit.*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, hlm 387.

²²³ Richard A. Epstein, “ Contracts Small and Contract Large: Contract Law through the Lens of Laissez Faire”, F.H. Buckley, ed, *The Fall and Rise Freedom of Contract* (Durham: Duke University Press, 1999), hlm 58. Lihat pula George Gluck, *op.cit.*, hlm 73. Sikap hakim yang demikian itu dianggap sebagai puncak penerimaan kebebasan berkontrak dalam praktek pengadilan di Inggris.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

oleh seorang yang mempunyai kekayaan banyak, tetapi pemabuk.²²⁴ Dalam putusan ini Sir George Jessel MR mengemukakan bahwa seseorang boleh saja setuju untuk membayar bunga 100 % apabila dikehendakinya. Tidak ada alasan mengapa seseorang tidak boleh berlaku bodoh. Seseorang diperbolehkan oleh hukum untuk berlaku bodoh apabila dikehendakinya. Seseorang mungkin saja berjudi di bursa atau meja perjudian, atau menghabiskan uangnya untuk suatu pesta pora. Seseorang mungkin saja bodoh untuk melakukan hal tersebut, tetapi tetap saja hukum tidak dapat mencegah orang itu untuk berlaku bodoh.²²⁵ Para pihak tetap terikat untuk melaksanakan kontrak sesuai dengan isi kontrak, walaupun isi kontrak tersebut tidak patut.²²⁶

Menurut Richard A. Epstein, dalam mengutip pandangan hakim Sir George Jessel yang menggambarkan sikap yang mendukung kebebasan berkontrak itu, ada hal yang semestinya tidak boleh dilupakan sehubungan dengan sikap Sir George Jessel yang berkaitan dengan *public policy*. Pandangannya itu terdapat dalam putusan *Printing Numerical Printing Co v. Simpson*, yakni:²²⁷

“Now, there is no doubt public policy may say that a contract to commit a crime, or a contract to give a reward to another to commit a crime, is necessarily void. The decisions have gone further, and contract to commit an immoral offence, or to give money or reward to another to commit an immoral offence, or to induce another to do something against the general rules of morality, thought far more indefinite than the previous class, have always been held to be void. I should be very sorry to extend the doctrine much further.”

Pernyataan Sir George Jessel MR di atas memang mewakili sikap yang umum pada abad sembilan belas. Setiap orang bebas untuk menentukan apakah seseorang mengadakan atau tidak mengadakan kontrak (*abschulussfreiheit*) dan kebebasan para pihak untuk menentukan isi transaksi mereka (*inhaltsfreiheit*). Isi kontrak tersebut tentunya tidak boleh bertentangan dengan hukum dan moral. Terlepas dari itu, di sini tidak boleh ada intervensi pengadilan (*judicial interference*).

²²⁴ P.S. Atiyah, *op.cit.*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, hlm 388.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ A.F. Mason, “Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing”, *The Law Quarterly Review*, Vol 116 (Januari 2000), hlm 70.

²²⁷ Richard A. Epstein, *loc.cit.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Keabsahan kontrak tidak digantungkan pada adanya kausa (yang objektif). Kesejajaran nilai yang dipertukarkan adalah immaterial. Para pihak sendiri yang membuat *bargain* mereka, bukan pengadilan. Pengadilan semata-mata memperhatikan kepatutan (*fairness*) dari *bargaining process*, asumsinya adalah hasil proses negosiasi yang patut mungkin secara substansial patut pula. Orang menjadi terikat dengan perjanjian mereka. Ini merupakan prinsip dalam hukum Romawi, di mana *fides* meminta manusia memenuhi perkataannya.²²⁸

Pandangan yang serupa juga diterima oleh The Louisiana Supreme Court dalam perkara *Salles v. Stafford, Debes and Roy* dengan menyatakan:

*“The policy of the law is that all men of lawful age and competent understanding shall have utmost liberty of contract, and their contract, when freely and voluntary made, are not lightly to be enterfred with the court.”*²²⁹

Pengadilan juga menyatakan bahwa perjanjian adalah sakral, kecuali ada maksud yang secara nyata bertentangan dengan hukum.²³⁰

Penerimaan otonomi kehendak atau kebebasan berkontrak di Inggris dianggap mencapai puncaknya dalam putusan hakim Sir Jessel M.R. dalam kasus *Printing and Numerical Registering Company v. Sampson (1875)* yang telah disebut di atas. Di Amerika Serikat, putusan pengadilan yang dianggap mendukung kebebasan berkontrak yang maksimum adalah putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam kasus *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905). Duduk perkaranya sebagai berikut:

Joseph seorang pemilik pabrik roti dihukum pengadilan karena melanggar Section 110 New York 1897 Labor Law.²³¹ Section 110 menentukan pembatasan jam kerja perusahaan biskuit dan roti, yakni tidak lebih sepuluh jam per hari atau enam puluh jam per minggu. *Lochner* dihukum setelah seorang buruhnya

²²⁸ Reinhard Zimmermann, *loc.cit.*

²²⁹ Neal Joseph Kling, “Ramirez v. Fair Groud Corporation: The Harm in Holding Harmless”, *Louisiana Law Review*, Vol 52 (1992), hlm 1064.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Undang-undang ini merupakan salah satu usaha pihak legislatif Negara Bagian New York untuk mengatur hubungan manajemen buruh dan upaya untuk mencegah pemerasan buruh di beberapa perusahaan industri.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

bekerja lebih dari 60 jam per minggu. The New York Court of Appeal menyetujui putusan tersebut. Mahkamah Agung menyatakan bahwa hukum tersebut merupakan pembatasan yang tidak konstitusional terhadap kebebasan berkontrak baik bagi perusahaan roti maupun buruhnya. Kebebasan berkontrak menurut pengadilan merupakan suatu kebebasan yang dilindungi amandemen keempat konstitusi dari tindakan negara (bagian). Selanjutnya pengadilan menyatakan:²³²

“It seems to us that the real object and purpose were simply to regulate the hours of labor between the master and his employee (all bring men, sui generis), in a private business, not dangerous in any degree to morals, or in any real and substantial degree to the health of the employees. Under such circumstances the freedom of master and employee to contract with each other in relation of their employment (can not) be prohibited or interfered with, without violating the Federal Constitution.”

Dalam pandangan hakim, hukum perburuhan yang mengintervensi hak dan kewajiban kontraktual antara majikan dan buruh tidak sah. Peraturan perundang-undangan tidak boleh mengintervensi kebebasan berkontrak antara buruh dan majikan karena hal bertentangan dengan Konstitusi Federal.

Dari uraian di atas dapat diketahui bahwa di bawah pengaruh paradigma kebebasan berkontrak atau otonomi kehendak didapatkan dasar bekerjanya sistem hukum untuk menjustifikasi dasar kekuatan mengikat dan pelaksanaan kontrak oleh pengadilan. Tugas utama hukum adalah melindungi kebebasan individu dan kekuatan menentukan nasibnya sendiri

²³² Howard O. Hunter, *Modern Contract Law* (Boston: Warren, Gorham & Lamont, Inc, 1987), hlm 25-4. Lihat juga Kyle T. Murray, “Looking for Lochner in All the Wrong Places; The Iowa Supreme Court and Substantive Due Process Review”, *Iowa Law Review*, Vol 84 (1999), hlm 1145 – 1149.

VII

IKTIKAD BAIK PELAKSANAAN KONTRAK

Iktikad baik (*good faith*) dalam pelaksanaan kontrak merupakan lembaga hukum (*rechtsfiguur*) yang berasal dari hukum Romawi yang kemudian diserap oleh *Civil Law*. Belakangan, asas ini diterima pula hukum kontrak di negara-negara yang menganut *Common Law*, seperti Amerika Serikat, Australia, dan Kanada. Bahkan asas ini telah diterima pula oleh hukum internasional seperti Artikel 1.7 UNIDROIT dan Artikel 1.7 Convention Sales of Goods.²³³ Asas ini ditempatkan sebagai asas yang paling penting (*super eminent principle*) dalam kontrak.²³⁴ Ia menjadi suatu ketentuan fundamental dalam hukum kontrak, dan mengikat para pihak dalam kontrak.²³⁵

Walaupun iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak telah menjadi asas yang paling penting dalam kontrak, namun ia masih meninggalkan sejumlah kontroversi atau permasalahan. Sekurang-kurangnya ada tiga persoalan yang berkaitan dengan iktikad baik tersebut. Pertama, pengertian iktikad baik tidak bersifat universal. Kedua, tolok ukur (*legal test*) yang digunakan hakim untuk menilai ada tidaknya iktikad baik dalam kontrak. Ketiga, pemahaman dan sikap pengadilan di Indonesia berkaitan dengan fungsi iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak.

A. Perkembangan Pemahaman Iktikad Baik dalam Kontrak

Perkembangan iktikad baik dalam hukum Romawi tidak lepas kaitannya dengan evolusi hukum kontrak itu sendiri. Pada mulanya hukum Romawi hanya mengenal *iudicia stricti iuris*, yakni kontrak yang lahir dari perbuatan menurut hukum (*negotium*) yang secara ketat dan formal mengacu ke *ius civile*. Apabila hakim menghadapi kasus kontrak semacam itu, ia harus memutusnya sesuai dengan hukum.

²³³ Lihat Mary E. Histock, "The Keeper of the Flame: Good Faith and Fair Dealing in International Trade", *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol 25 April 1996, hlm 160

²³⁴ A.F. Mason, "Contract, good Faith and Equitable Standard in Fair Dealing", *The Law Quarterly Review*, Vol 116, January, 2000, hlm 66.

²³⁵ Jeffrey M. Judd, "The Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing: Examining Employee Good Faith Duties", *The Hastings Law Journal*, Vol 39, January, 1998, hlm 483.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Hakim terikat kepada apa yang secara tegas dinyatakan dalam kontrak (*express term*). Berikutnya berkembang *iudicia bonae fidei*. Perbuatan hukum yang didasarkan *iudicia bonae fidei* disebut *negotia bonae fidei*. Konsep *negotia* berasal dari *ius gentium* yang mensyaratkan pihak-pihak yang membuat dan melaksanakan kontrak harus sesuai dengan iktikad baik.²³⁶ Dengan demikian, hukum kontrak Romawi mengenal dua macam kontrak, yakni *iudicia stricti iuris* dan *iudicia bonae fidei*. Domat dan Pothier sebagai penganut ajaran hukum alam Romawi yang mendominasi pemikiran substansi isi Code Civil Perancis tidak setuju dengan kedua pembedaan tersebut. Dia menyatakan bahwa hukum alam dan hukum kebiasaan menentukan bahwa setiap kontrak adalah *bonae fidei*, sebab kejujuran dan integritas harus selalu ada dalam semua kontrak yang menuntut pemenuhan kontrak harus sesuai dengan kepatutan.²³⁷

Doktrin iktikad baik dalam hukum Romawi berkembang seiring dengan diakui kontrak konsensual yang pada mulanya hanya meliputi kontrak jual beli, sewa-menyewa, persekutuan perdata, dan mandat.²³⁸ Doktrin iktikad baik berakar pada etika sosial Romawi mengenai kewajiban yang komprehensif akan ketaatan dan keimanan yang berlaku bagi warganegara maupun bukan.²³⁹

Iktikad baik dalam hukum Romawi mengacu kepada tiga bentuk perilaku para pihak dalam kontrak. *Pertama*, para pihak harus memegang teguh janji atau perkataannya. *Kedua*, para pihak tidak boleh mengambil keuntungan dengan tindakan yang menyesatkan terhadap salah satu pihak. *Ketiga*, para pihak mematuhi

²³⁶ P. van Warmelo, *An Introduction to the Principles of Roman Law*, Juta and Co Ltd, Cape Town, 1976, hlm 151.

²³⁷ Simon Whittaker dan Reinhard Zimmerman, "Good Faith European Contract Law: Surveying the Legal Landscape", Reinhard Zimmerman dan Simon Whittaker, eds, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, hlm 32.

²³⁸ Jill Pride Anderson, "Lender Liability for Breach of Obligation of Good Faith Performance", *Emory Law Journal*, Vol 36, 1987, hlm 919. Perhatikan pula Alan Watson, *Roman Law & Commerce* University Of Georgia Press, Athens, 1995, hlm 60.

²³⁹ Martin Joseph Schermaier, "*Bona Fides in Roman Contract Law*", Reinhard Zimmerman dan Simon Whittaker, eds, *op.cit*, hlm 77.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

kewajibannya dan berperilaku sebagai orang terhormat dan jujur walaupun kewajiban itu tidak secara tegas diperjanjikan.²⁴⁰

Inti konsep *bona fides* adalah *fides*. *Fides* kemudian diperluas ke arah *bona fides*. *Fides* merupakan suatu konsep yang pada mulanya merupakan sumber yang bersifat religius, yang bermakna kepercayaan yang diberikan seseorang kepada orang lainnya, atau suatu kepercayaan atas kehormatan dan kejujuran seseorang kepada orang lain.²⁴¹

Pada era Kaisar Justianus (abad 6 masehi), doktrin iktikad baik sebagai asas penting dalam hukum kontrak makin berkembang.²⁴² Pengadilan-pengadilan di Romawi mengakui akibat hukum kontrak konsensual.²⁴³ Pertumbuhan komersial dan evolusi masyarakat menciptakan kebutuhan yang lebih praktis dan non ritualistik dalam pembuatan kontrak, dan kekuatan mengikat kontrak semata-mata didasarkan pada konsensus. untuk melahirkan perjanjian cukup didasarkan pada kesepakatan para pihak, tanpa harus dilaksanakan dengan ritual tertentu, atau ditentukan secara tegas dituangkan dalam bentuk tertentu.²⁴⁴

Kecenderungan seluruh sejarah hukum kontrak Romawi bergerak dari formalistik ke arah konsensual, dan pengakuan akan arti pentingnya iktikad baik dalam kontrak yang dikembangkan melalui diskresi pengadilan.²⁴⁵ Konsep iktikad baik tersebut diperluas sedemikian rupa melalui diskresi pengadilan Romawi. Diskresi tersebut membolehkan orang membuat kontrak di luar formalisme yang telah ditentukan dan mengakui *ex fide bona*, yakni sesuai dengan persyaratan iktikad baik. Di sini terlihat bahwa pengadilan di Romawi selain mengakui keberadaan atau kekuatan hukum kontrak konsensual, pada saat yang sama juga membebaskan adanya kewajiban iktikad baik bagi

²⁴⁰ James Gordley, "Good Faith in Contract Law in the Medieval Ius Commune", Reinhard Zimmerman dan Simon Whittaker, eds, *ibid*, hlm 94

²⁴¹ Saul Latvinoff, "Good Faith", *Tulane Law Review*, Vol 71 No. 6, January 2000, hlm 1646 – 1648.

²⁴² Perhatikan Jill Pride Anderson, *loc.cit*.

²⁴³ Helmut Coing, "Analysis of Moral Values by Case Law", *Washington University Law Quarterly*, Vol 65, 1987, hlm 713.

²⁴⁴ Saul Latvinoff, *loc.cit*.

²⁴⁵ Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, Clarendon Press, Oxford, 1978, hlm 395.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

para pihak.²⁴⁶ Jika seorang tergugat melakukan wanprestasi dalam suatu kontrak konsensual, dia langsung dapat digugat ke pengadilan oleh tergugat atas dasar melanggar kewajiban iktikad baik.²⁴⁷ Dalam menghadapi keadaan demikian, menurut Lawson, hakim harus melakukan:²⁴⁸

“Found to be due to ex bona fides, that is to say, in accordance with the requirements of good faith; and this cast on the judge, or rather the jurists who advised him, the burden of deciding what kind what the defendant ought in good faith to have done, in other words what kind of performance the contract called for. This meant that, in contrast to the stipulation, where all the term had to be expressed, the parties would be bound not only by the terms they had actually agreed to, but by all the terms that were naturally implied in their agreement”.

Tidak seperti pengadilan *Common Law* yang secara tradisional memiliki kewajiban untuk menafsirkan kontrak berdasarkan isi kontrak untuk menentukan maksud para pihak, hakim dan sarjana hukum Romawi memiliki tanggung jawab untuk menentukan apakah para pihak telah bertindak sesuai dengan iktikad baik.²⁴⁹ Dengan demikian, para pihak tidak hanya terikat kepada isi perjanjian (*term*) yang secara jelas telah disepakati, tetapi juga kepada semua isi yang tersirat dalam perjanjian mereka.²⁵⁰

Inti hukum Romawi kontrak adalah maksim *pacta sunt servanda*, yang dijadikan ketentuan dasar iktikad baik. Menurut formulasi Justianus, *pacta sunt servanda* mempertahankan prinsip: “*What is so suitable to the good of mankind as to observe those things which parties have agreed upon*”.²⁵¹

²⁴⁶ Helmut Coing, *loc.cit.*

²⁴⁷ Jill Pride Anderson, *op.cit.*, hlm 920.

²⁴⁸ E. Allan Farnsworth, “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code”, *The University of Chicago Law Review*, Vol 30 (1963), hlm 669.

²⁴⁹ Jill Pride Anderson, *loc.cit.*

²⁵⁰ Jason Tandal Erb, “The Implied Covenant of good Faith and fair dealing in Alaska: One Court’s License to Override Contractual Expectation”, *Alaska Law Review*, Vol 11 (1994), hlm 38.

²⁵¹ John Klein, “Good Faith in International Transaction”, *The Liverpool Law Review*, Vol XV (2), 1993, hlm 117.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Dengan demikian, *fides* bermakna sebagai keyakinan akan perkataan seseorang. *Bona fides* diterapkan untuk memastikan isi kontrak. Kepercayaan akan perkataan seseorang merupakan prasyarat bagi suatu hubungan hukum, dan Cicero menggambarkan sebagai *fundamentum iustitiae*.²⁵²

Iktikad baik tersebut tidak hanya mengacu kepada iktikad baik para pihak, tetapi harus pula mengacu kepada nilai-nilai yang berkembang dalam masyarakat, sebab iktikad baik merupakan bagian dari masyarakat. Iktikad baik ini akhirnya mencerminkan standar keadilan atau kepatutan masyarakat.²⁵³ Dengan makna yang demikian itu menjadikan standar iktikad baik sebagai suatu *universal social force* yang mengatur hubungan antar sosial mereka, yakni setiap warganegara harus memiliki kewajiban untuk bertindak dengan iktikad baik terhadap semua warganegara.²⁵⁴ Ini merupakan konsepsi objektif, yang secara universal diterapkan dalam semua transaksi. Hal ini sesuai dengan postulat Roscoe Pound yang menyatakan “*Men must be assume that those with whom they deal in general intercourse of society will act in good faith and will carry out their undertaking according to the expectation of the community*”.²⁵⁵ Dengan demikian, jika seseorang bertindak dengan iktikad baik sesuai dengan standar objektif yang didasarkan pada kebiasaan sosial, maka orang lain juga harus bertindak yang serupa terhadap dirinya.²⁵⁶

Di dalam hukum Kanonik, kewajiban iktikad baik menjadi suatu moral yang universal yang secara individual ditentukan oleh kejujuran dan kewajiban seseorang kepada Tuhan.²⁵⁷ Setiap individu harus memegang teguh atau mematuhi janjinya. Para sarjana hukum Kanonik mengkaitkan iktikad baik dengan *good conscience*. Mereka memasukkan makna religius *faith* ke dalam *good faith* dalam pengertian hukum.²⁵⁸

²⁵² Martin Joseph Schermaier, *op.cit.*, hlm 78.

²⁵³ P. van Warmelo, *loc.cit.*

²⁵⁴ Eric M. Holmes, “A Contractual Study of Commercial Good faith: Good Faith Disclosure in Contract Formation”, *University of Pittsburg Law Review*, Vol 39 No.3, 1978, hlm 402.

²⁵⁵ Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (New Brunswick: Transaction Publisher, 1999), hlm 237 – 238.

²⁵⁶ Eric Holmes, *loc.cit.*

²⁵⁷ Jason Randal Erb, *loc.cit.*

²⁵⁸ James Gordley, *loc.cit.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Dengan demikian, konsep iktikad baik dalam hukum Kanonik menggunakan standar moral subjektif yang didasarkan pada kejujuran individual.²⁵⁹ Konsep ini jelas berlainan dengan konsep iktikad baik dalam hukum Romawi yang memandang iktikad baik sebagai suatu *universal social force*.

Asas iktikad baik ini muncul kembali pada komunitas pedagang (*mercantile community*) sepanjang abad ketujuh hingga keduabelas.²⁶⁰ Selain dipengaruhi oleh aspek religius, perkembangan iktikad baik juga dipengaruhi pertumbuhan komunitas pedagang pada abad duabelas yang memerlukan iktikad baik di dalam hubungan diantara mereka. Ini berkaitan dengan iktikad baik dalam hubungan komersial yang diserap hukum merkantil (*lex mercatoria*) Eropa pada abad sebelas dan duabelas. Pada waktu itu kelompok pedagang itu memerlukan seperangkat hukum merkantil baru yang dikembangkan untuk kebutuhan mereka. Hukum merkantil yang berkembang saat itu tidak hanya mengatur jual beli barang, tetapi juga mencakup berbagai aspek lain dalam transaksi komersial, seperti pengangkutan, asuransi, dan pembiayaan.²⁶¹

Untuk memfasilitasi pertumbuhan sektor komersial tersebut, pedagang Eropa tersebut meminta penekanan adanya suatu fokus baru bagi hak yang bersifat timbal balik. Fokus resiprositas ini yang diinginkan adalah adanya suatu transaksi komersial yang *fairly exchange* diantara para pihak yang dimanifestasikan oleh pembagian keuntungan dan tanggung jawab yang seimbang.²⁶² Prinsip resiprositas menjadi jantung atau inti hukum merkantil pada abad sebelas dan duabelas.²⁶³ Resiprositas sendiri dipahami dalam makna saling memberi dan menerima (*take and give*) dalam seluruh transaksi komersial yang mencakup seluruh keuntungan dan tanggung jawab para pihak. Penjual melepaskan barang dan pembeli melepaskan uangnya; kreditor menyerahkan dana dan debitor terikat untuk membayar pinjaman ditambah dengan bunga; pengangkut memiliki kewajiban untuk mengangkut barang dan pengirim barang wajib membayar biaya angkutannya. Pada waktu itu *fairness of exchange* dimasukkan ke dalam iktikad

²⁵⁹ Eric Holmes, *op.cit*, hlm 403.

²⁶⁰ Paul J. Powers, *loc.cit*.

²⁶¹ Jill Pride Anderson, *loc.cit*.

²⁶² John Klein, *loc.cit*.

²⁶³ Jill Pride Anderson, *loc.cit*.

**Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy**

baik. Pada waktu itu prinsip resiprositas diletakkan sebagai dasar iktikad baik dalam kontrak.

Prinsip iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak didasarkan pada ide bahwa para pihak dalam suatu hubungan hukum harus memiliki sikap yang dikaitkan dengan karakter *reciprocal trust* dan *consideration* sesuai dengan tujuan norma hukum. Unsur moral dan postulat masyarakat masuk ke dalam konsep iktikad baik sebagai basis bagi suatu tindakan yang mensyaratkan adanya penghormatan tujuan hukum.²⁶⁴

Prinsip iktikad baik di negara-negara *Civil Law* banyak dipengaruhi tradisi hukum Romawi dan Kanonik. Namun demikian, perumusan kewajiban iktikad baik sangat berbeda antara negara yang satu dengan lainnya.

Pasal 242 BGB Jerman menentukan, “*Der Schuldner ist verpflichtet, die leistung so zu bewirken, wie True und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehssitte es erfordern.*” Jika diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris, ketentuan ini berbunyi, “*the debtor is bound to effect performance according to requirement of good faith, common habits being dully taken into consideration.*”²⁶⁵

Dari ketentuan tersebut terlihat jelas bahwa pembentuk undang-undang berkehendak mempertahankan prinsip lama hukum Romawi di mana debitor harus melaksanakan perikatannya, terutama yang lahir dari kontrak sesuai dengan iktikad baik.²⁶⁶ Iktikad baik di dalam sistem hukum kontrak Jerman selain diatur dalam Pasal 242 BGB tersebut juga diatur dalam Pasal 157 BGB. Pasal 157 BGB tersebut menentukan bahwa semua kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan iktikad baik.

Hukum yang didasarkan pada yurisprudensi pengadilan Jerman ternyata memberikan penafsiran yang berbeda. Mereka menjadikan iktikad baik sebagai prinsip umum yang diterapkan dalam seluruh spektrum hukum perdata. Pada tahun 1914,

²⁶⁴ Bernard Dutoit, “Good Faith and Equity in Swiss Law”, Ralph Newman, ed, *Equity in the World’s Legal System*, Establishment Emile Bruylant, Brussels, 1973, hlm 310.

²⁶⁵ Lihat E.J. Cohn, *Manual of German Law, Volume I General Introduction Civil Law*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 1968, hlm 96 – 97

²⁶⁶ Helmut Coing, *op.cit*, hlm 717.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Mahkamah Agung Jerman (*Reichtsgerecht*) menyatakan:²⁶⁷ “*the system of Civil Code is permeated by the bona fide principle (True und Glauben)... principle that all fraudulent behaviour must be repressed.*”

Pencantuman kewajiban iktikad baik di dalam kontrak yang diatur di Pasal 1134 ayat (3) *Civil Code* Perancis yang menyatakan bahwa kontrak harus dilaksanakan dengan iktikad baik (*contract doivent etre executes de bonne foi*). Makna umum iktikad baik di sini mengacu kepada standar perilaku yang *reasonable* yang tidak lain bermakna bahwa orang harus mematuhi janji atau perkataannya dalam segala keadaan. Domat yang memformulasikan Pasal 1134 ayat (3) tersebut, dengan menterjemahkan prinsip iktikad baik tersebut dari pandangan *Jansenist*-nya yang menyatakan bahwa manusia, sebagai orang yang penuh dosa hanya mampu menerima *divine grace* dengan melaksanakan janjinya bagaimana pun juga. Pandangan yang bersifat moral ini juga dihubungkan dengan kecenderungan tertentu dan kebutuhan masyarakat, *which avid for security a century of civil and religious wars*. Ajaran perilaku yang *reasonable* terus berlanjut dan diimplementasikan dalam situasi normal di mana seseorang harus memenuhi janji atau perkataannya.²⁶⁸

Pengaturan yang serupa juga terdapat di dalam Pasal 1374 ayat (3) BW (lama) Belanda yang menyatakan bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik. Menurut P.L. Wery, makna pelaksanaan iktikad baik (*uitvoering te goeder trouw*) dalam Pasal 1374 ayat (3) di atas masih tetap sama dengan makna *bona fides* dalam hukum Romawi beberapa abad lalu. Iktikad baik bermakna bahwa kedua belah pihak harus berlaku satu dengan lainnya tanpa tipu daya, tanpa tipu muslihat, tanpa mengganggu pihak lain, tidak hanya melihat kepentingan diri sendiri saja, tetapi juga kepentingan pihak lainnya.²⁶⁹

²⁶⁷ *Ibid*

²⁶⁸ Mathias Storme, “The Binding Character of Contracts – Causa and Consideration”, Arthur Hartkamp, et.al., eds., *Toward a European Civil Code*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998, hlm 249.

²⁶⁹ P.L. Wery, *Perkembangan Hukum tentang Iktikad Baik di Nederland*, Percetakan Negara, Jakarta, 1990, hlm 9.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Seperti halnya *Civil Code* Perancis, BW (lama) Belanda juga tidak memberikan pengertian atau definisi iktikad baik. Hoge Raad menafsirkan dan memperluas ketentuan iktikad baik tersebut. Hoge Raad dalam putusannya dalam *Hengsten Vereniging v. Onderlinge Paarden en Vee Assurantie (Artist De Laboureur Arrest)*, 9 Februari 1923, NJ 1923, 676, menyatakan bahwa dalam menafsirkan ketentuan kontrak dilaksanakan dengan iktikad baik bermakna bahwa kontrak harus dilaksanakan dengan *volgens de eisen van redelijkheid en billijkheid*.²⁷⁰

Redelijk adalah *reasonable* atau sesuai dengan akal sehat. *Billijkheid* adalah patut. Makna yang pertama berhubungan dengan penalaran, dan makna yang kedua berkaitan dengan perasaan.²⁷¹ Rumusan *redelijkheid en billijkheid* meliputi semua hal yang ditangkap dengan akal pikiran (intelektual) dan perasaan.

Doktrin ini bermakna bahwa tingkah laku para pihak dalam melaksanakan perjanjian harus diuji atas dasar norma-norma objektif yang tidak tertulis. Pasal 1374 ayat (3) BW (lama) di atas menunjuk kepada norma-norma hukum tidak tertulis, karena petunjuk itu, ia menjadi norma-norma hukum tidak tertulis. Norma-norma tersebut tidak hanya mengacu kepada anggapan para pihak saja, tetapi harus mengacu kepada tingkah laku yang sesuai dengan pandangan umum tentang iktikad baik tersebut.²⁷²

Produk legislatif terbaru yang berkaitan dengan iktikad baik ini terdapat di dalam Pasal 6:248.1 BW Baru Belanda. Menurut Hartkamp, pembentuk undang-undang telah membedakan iktikad baik dalam makna ketaatan akan *reasonable commercial standard of fair dealing* dari iktikad baik dalam makna *honesty in fact*. Untuk mencegah kemungkinan timbulnya kebingungan, pembentuk undang-undang Belanda menggunakan istilah iktikad baik dalam makna yang pertama saja di mana iktikad baik

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ Setiawan, "Menurunnya Supremasi Azas Kebebasan Berkontrak", *Newsletter* No. 15/IV/Desember/1993, hlm 2.

²⁷² P.L. Wery, *loc.cit.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

kemudian dikarakteristikkan sebagai *reasonableness* (*redelijkheid*) dan *equity* (*billijkheid*).²⁷³

Ketentuan tersebut menentukan bahwa para pihak dalam perikatan mengikatkan dirinya atau dengan lainnya sebagai debitor dan kreditor sesuai dengan *redelijkheid en billijkheid*. Dari keterikatan tersebut (yang juga mengatur perikatan yang lahir dari kontrak), para pihak dalam kontrak tidak hanya terikat pada apa yang mereka sepakati saja, tetapi juga kepada *redelijkheid en billijkheid*.²⁷⁴

Demikian apa yang diatur Pasal 6.248.1 BW (baru) di atas sebenarnya hanya menguatkan atau menuangkan norma-norma iktikad baik yang dibangun pengadilan melalui serangkaian yurisprudensi yang mereka buat.

Dari penjelasan di atas jelaslah bahwa iktikad baik merupakan suatu ketentuan yang mendasarkan dirinya kepada keadilan, yakni keadilan sebagai keputusan. Konsep ini sendiri secara langsung mengacu kepada keputusan yang dikemukakan Aristotle.

B. Tolok Ukur Iktikad Baik dalam Pelaksanaan Kontrak

Civil Code Perancis merupakan kitab undang-undang pada era modern yang pertama kali mengatur iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak. Pasal 1134 ayat (3) *Civil Code* Perancis menyatakan bahwa kontrak harus dilaksanakan dengan iktikad baik (*contract doivent être exécutés de bonne foi*). Isi pasal ini mengacu kepada konteks iktikad baik (*bonne foi*) sebagai suatu sikap di mana para pihak diharapkan melaksanakan kontrak mereka. Dengan ketentuan ini, berarti hukum Perancis menolak pembedaan antara *stricti iuris* dan *negotia bona fides* dalam hukum Romawi. Dengan penolakan yang demikian, maka pasal 1135 *Civil Code* Perancis mewajibkan keterikatan para pihak untuk tidak hanya terikat pada apa yang secara tegas mereka perjanjikan, tetapi juga kepada keputusan (*equité*), kebiasaan, atau hukum yang memberikan suatu kewajiban menurut hakikat (*nature*) kontrak mereka itu.

²⁷³ Arthur S. Hartkamp, "Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands", *American Journal of Comparative Law*, Vol 40 (1992), hlm 554-555.

²⁷⁴ The Netherlands Ministry of Justice, *The Netherlands Civil Code, Book 6, The Law of Obligation, Draft and Commentary* (Leyden: Sijthoff, 1977), hlm 566.

**Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy**

Kedua pasal itu diadopsi oleh BW (lama) Belanda. Pasal 1374 ayat (3) BW (lama) Belanda (Pasal 1338 KUHPerdara Indonesia) menyatakan bahwa kontrak harus dilaksanakan dengan iktikad baik (*zij moten te goeder trouw worden ten uitvoer verklaart*). Kewajiban ini kemudian dilanjutkan Pasal 1375 (Pasal 1339 KUHPerdara Indonesia) yang menyatakan bahwa kontrak tidak hanya mengikat terhadap apa yang secara tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga kepada segala sesuatu yang menurut sifat kontrak, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang. Berkaitan dengan kebiasaan, Pasal 1383 BW (lama) Belanda (Pasal 1374 KUHPerdara Indonesia) menyatakan bahwa hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan dianggap secara diam-diam dimasukkan ke dalam kontrak meskipun tidak secara tegas diperjanjikan

Dari ketentuan di atas, dapat ditarik kesimpulan bahwa urutan kekuatan mengikatnya kontrak adalah sebagai berikut: (1). isi kontrak itu sendiri; (2).kepatutan atau iktikad baik; (3). kebiasaan; dan (4). undang-undang

Dalam BGB, permasalahan perilaku kontraktual yang diharapkan dari para pihak dalam pelaksanaan kontrak terdapat dalam Pasal 242 BGB. Pasal tersebut menentukan: “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”. Di sini terlihat bahwa untuk menyebut iktikad baik dalam kontrak, BGB menggunakan terminologi lain, yakni *Treu und Glauben*. Istilah *bona fides* digantikan *Treu und Glauben*, sehingga memberikan ekspresi yang lebih Jermanik. Penggantian istilah tersebut didasarkan pada alasan ketika BGB dirancang dihubungkan dengan *great respect for then prevailing nationalistic feeling, which led to the abandonment of expression of Roman origin*.²⁷⁵

Sumber utama “legislasi” yang berkaitan dengan iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak dalam hukum kontrak Amerika Serikat ditemukan dalam UCC. UCC ini telah diterima atau diadopsi oleh hukum (legislasi) negara-negara bagian, dan diterima pula oleh pengadilan. Selain terdapat dalam UCC, pengaturan iktikad baik

²⁷⁵ Saul Latvinoff, *op.cit*, hlm 1645.

**Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy**

tersebut ditemukan dalam *the Restatement of Contract (second)*. Khusus untuk negara bagian Louisiana, legislasi kewajiban iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak yang terdapat dalam *the Louisiana Civil Code*.²⁷⁶ Pengaturan kewajiban iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak dalam *Louisiana Civil Code* tersebut mengikuti isi Pasal 1134 ayat (3) dan 1135 *Civil Code* Perancis.

Ketentuan-ketentuan di atas mewajibkan adanya iktikad baik sebagai suatu perilaku kontraktual yang diharapkan para pihak dalam pelaksanaan kontrak. Walaupun ada kewajiban umum iktikad baik, tetapi semua ketentuan tersebut tidak menyebutkan atau menentukan standar atau tes apa yang harus digunakan untuk menilai iktikad baik tersebut. Sehingga penggunaan standar tersebut lebih banyak didasarkan kepada sikap pengadilan dan doktrin-doktrin yang dikembangkan para pakar hukum.

Sebagaimana telah dijelaskan di atas bahwa dalam beberapa sistem hukum kontrak, seperti hukum kontrak Jerman dan hukum kontrak Belanda, iktikad baik dibedakan antara iktikad baik subjektif dan iktikad baik objektif.

Standar atau tes bagi iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak tentunya adalah standar objektif. Dalam hukum kontrak, pengertian bertindak sesuai dengan iktikad baik mengacu kepada ketaatan akan *reasonable commercial standard of fair dealing*, yang menurut legislator Belanda disebut bertindak sesuai dengan *redelijkheid en billijkheid* (*reasonableness and equity*). Ini benar-benar standar objektif. Jika satu pihak tidak boleh bertindak dengan cara tidak masuk akal dan tidak patut *will not be a good defense to say that honestly believed his conduct to be reasonable and inequitable*.²⁷⁷

Iktikad baik subjektif (*subjectieve goede trouw*) dikaitkan dengan hukum benda (*bezit*). Di sini ditemukan istilah pemegang yang beriktikad baik atau pembeli barang yang beriktikad baik dan sebagainya sebagai lawan dari orang-orang yang beriktikad buruk. Seorang pembeli yang beriktikad baik adalah seseorang yang membeli barang dengan penuh kepercayaan bahwa si penjual benar-benar pemilik dari barang

²⁷⁶ Hukum Negara Bagian Louisiana sangat dipengaruhi tradisi *Civil Law*.

²⁷⁷ Arthur S. Hartkamp dan Marianne M.M. Tillema, *Contract Law in the Netherlands*, Kluwer, Deventer, 1993, hlm 48.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

yang dijualnya itu. Ia sama sekali tidak mengetahui bahwa ia membeli barang dari orang yang bukan pemiliknya. Ia adalah seorang pembeli yang jujur. Dalam hukum benda, iktikad baik diartikan sebagai kejujuran. Pembeli yang beriktikad baik adalah orang yang jujur yang mengetahui adanya cacat yang melekat pada barang yang dibelinya itu. Artinya cacat mengenai asal usulnya. Dalam hal ini, iktikad baik merupakan suatu elemen subjektif.²⁷⁸ Iktikad baik yang subjektif ini berkaitan dengan sikap batin atau kejiwaan (*psychische gestelheid*), yakni apakah yang bersangkutan menyadari atau mengetahui bahwa tindakannya bertentangan atau tidak iktikad baik.

Iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak mengacu kepada iktikad baik yang objektif. Standar yang digunakan dalam iktikad baik objektif adalah standar yang objektif yang mengacu kepada suatu norma yang objektif.²⁷⁹ Perilaku para pihak dalam kontrak harus diuji atas dasar norma-norma objektif yang tidak tertulis yang berkembang di dalam masyarakat. Ketentuan iktikad baik menunjuk kepada norma-norma tidak tertulis yang sudah menjadi norma hukum sebagai suatu sumber hukum tersendiri. Norma tersebut dikatakan objektif karena tingkah laku tidak didasarkan pada anggapan para pihak sendiri, tetapi tingkah laku tersebut harus sesuai dengan anggapan umum tentang iktikad baik tersebut.²⁸⁰

Standar tersebut sesungguhnya mengacu kepada standar yang berlaku dalam hukum Romawi. Dalam hukum Romawi, iktikad baik merupakan suatu norma sosial universal yang mengatur *social interrelationships*, yakni setiap warga negara memiliki suatu kewajiban untuk bertindak dengan iktikad baik terhadap seluruh warga negara. Ini merupakan konsep objektif yang secara universal diterapkan terhadap seluruh transaksi. Hal yang sesuai dengan yang dikatakan oleh Roscoe Pound yang menyatakan suatu postulat: “*Men must be able to assume that those with whom they deal in the general intercourse of society will act in good faith*”. Dengan demikian, kalau seorang seseorang bertindak dengan iktikad baik menurut suatu standar objektif iktikad baik yang

²⁷⁸ Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, 1984), hlm 41.

²⁷⁹ Martin Willem Hessenlink, *De Redelijkheid en Billijkheid in het Europease Privaatrecht*, Kluwer, Deventer, 1999, hlm 28.

²⁸⁰ P.W. Wery, *op.cit.*, hlm 9.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

didasarkan pada *customary social expectation*, kemudian orang yang lain akan bertindak yang sama kepada dirinya.²⁸¹ Hal ini berlainan dengan konsep iktikad baik yang dianut hukum Kanonik yang lebih meletakkan iktikad baik sebagai suatu norma moral yang universal daripada sebagai suatu norma sosial. Dengan pendekatan yang demikian itu, maka makna kontekstual iktikad baik ditentukan oleh setiap individu karena, *lest one breach a duty to God by failing or refusing to keep's promise*, penting untuk bertindak dengan cara yang masuk akal atau rasional (*reasonable*) terhadap yang lain. Ini merupakan konsep iktikad baik subjektif yang mengacu kepada suatu standar moral subjektif karena ia didasarkan pada kejujuran individu (*individual honesty*).²⁸²

C. Pemahaman dan Sikap Pengadilan di Indonesia tentang Iktikad Baik dalam Pelaksanaan Kontrak

Dalam perkara *NV Jaya Autombiel Import Maatschappij v. Wong See Hwa*, Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya dalam putusannya No. 262/1951 Pdt, 31 Juli 1952, menafsirkan iktikad baik dalam konteks Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara sebagai kejujuran. Perkara ini berkaitan dengan kapan terjadinya jual beli yang berkaitan dengan terjadinya perubahan harga yang berimplikasi terhadap kemungkinan penilaian kembali (*herwaardering*) harga barang. Apakah terjadinya pada 13 Maret 1950 seperti yang dikemukakan tergugat – terbanding (Wong See Hwa sebagai pembeli) pada waktu ia menyetor uang Rp 11.000,00 ataukah seperti yang dikatakan penggugat (NV Jaya Autombiel Impor Maatschappij sebagai penjual) pada saat mobil itu diserahkan pada 13 Mei 1950.²⁸³ Berkaitan dengan iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak, Pengadilan Tinggi Surabaya, dalam pertimbangannya menyatakan:

“Kedua belah pihak tersebut adalah tertunduk akan hukum perdata Barat, sebagai teratur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Sipil (*Burgerlijk Wetboek*, yang lazim disingkat BW), sehingga menurut hukum itulah harus ditetapkan bilamanakah perjanjian jual beli itu telah sempurna, yaitu selain

²⁸¹ Eric M. Holmes, *op.cit.*, hlm 402.

²⁸² *Ibid*, hlm 403.

²⁸³ Sudargo Gautama, *Himpunan Yurisprudensi Indonesia yang Penting untuk Praktek Sehari-hari (Landmark Decissions) Berikut Komentar, Jilid 9* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1994), hlm 264.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

benda, juga tentang harga benda tersebut telah ada persetujuan kehendak antara kedua belah pihak, sehingga menurut pasal 1338 ayat (1) BW merupakan undang-undang bagi kedua belah pihak itu harus secara jujur (*te goeder trouw*) dilaksanakan menurut ayat (3) dari pasal tersebut”.

Dalam perkara ini hakim tinggi, menyamakan iktikad baik dalam konteks Pasal 1338 ayat (3) KUHPdata dengan kejujuran. Iktikad baik dalam konteks Pasal 1338 ayat (3) KUHPdata tidak sama dengan kejujuran. Dalam KUHPdata memang tidak dijumpai ketentuan yang menjelaskan lebih lanjut makna iktikad baik tersebut. Memang jika dilacak kembali kepada makna *bona fides* dalam hukum Romawi berarti kontrak harus dilaksanakan secara jujur dan para pihak harus memenuhi janji yang mereka buat.

Dalam perkara *Ny. Lie Lian Joun v. Arthur Tutuarima*, No. 268 K/Sip./1971, Pengadilan Tinggi Bandung mencoba menafsirkan makna iktikad baik dalam kontrak. Mahkamah Agung tidak menyalahkan tafsiran tersebut, tetapi menyatakan bahwa seharusnya dalam perkara ini harus mengacu kepada kausa yang halal dalam kontrak, bukan pada penerapan iktikad baik

Dalam pertimbangannya, Pengadilan Tinggi Bandung antara lain menyatakan bahwa pengadilan perlu menjelaskan bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik, berarti perjanjian harus dilaksanakan dengan patut dan adil (*naar redelijkheid en billijkheid*). Dengan demikian, pengadilan harus mempertimbangkan apakah yang dikemukakan kepadanya ada kepatutan dan keadilan ataukah tidak.

Oleh karena lembaga kepatutan dan keadilan merupakan ketertiban umum (*van openbare orde*), maka apabila kepatutan dan keadilan tidak ada dalam perjanjian yang bersangkutan, maka pengadilan dapat mengubah isi perjanjian itu di luar apa yang secara tegas telah diperjanjikan. Isi perjanjian tidak hanya ditentukan oleh rangkaian kata-kata yang disusun oleh kedua belah pihak, tetapi ditentukan pula kepatutan dan keadilan.

Mahkamah Agung tidak menolak atau menyalahkan tafsiran pengertian iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak oleh Pengadilan Tinggi Bandung tersebut. Hal ini tampak dari tidak adanya penilaian Mahkamah terhadap tafsiran Pengadilan Tinggi

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

tersebut. Namun demikian, Mahkamah Agung berpendapat bahwa Pengadilan Tinggi salah menerapkan hukumnya. Kesalahan tersebut terletak pada penerapan ketentuan iktikad baik itu dalam perkara ini. Mahkamah Agung berpendirian bahwa dalam perkara ini tidak relevan digunakan ketentuan Pasal 1338 ayat (3) dan 1339 KUHPERdata, karena ia tidak berkaitan dengan akibat hukum pelaksanaan kontrak. Perkara ini harus dikaitkan dengan keabsahan kontrak. Untuk menentukan keabsahan kontrak yang dibuat para pihak tidak dikaitkan dengan iktikad baik, tetapi salah satunya harus mengacu kepada kausa halal dalam kontrak. Jadi, dalam perkara ini seharusnya yang dipertimbangkan bukan masalah kepatutan dan keadilan dalam melaksanakan kontrak, tetapi seharusnya melihat apakah kontrak memiliki kausa yang halal atau tidak.

Dalam yurisprudensi Indonesia ditemukan fakta yang menunjukkan adanya tarik-menarik antara dua asas penting dalam hukum kontrak, yakni antara *pacta sunt servanda*. Pada mulanya pengadilan memegang teguh asas *pacta sunt servanda*, tetapi belakangan sikap ini bergeser ke arah kepatutan atau iktikad baik. Iktikad baik bahkan kemudian digunakan hakim untuk membatasi atau meniadakan kewajiban kontraktual apabila ternyata isi dan pelaksanaan perjanjian bertentangan dengan keadilan.

Dalam perkara *Ida ayu Surjani v. I Nyoman Sudirdja*, No. 289 K/Sip/1972, Mahkamah Agung berpandangan bahwa besarnya suku bunga pinjaman adalah sebagaimana yang telah diperjanjikan.

Dari putusan ini terlihat sikap Mahkamah Agung yang memegang teguh ajaran kebebasan berkontrak. Kesepakatan yang dibuat para pihak akan melahirkan kontrak (*ex nihilo*). Apa yang telah disepakati bersama dalam sebuah kontrak akan menjadikannya sebagai sesuatu yang mengikat bagi para pihak, dan ketentuan tersebut berlaku sebagai undang-undang bagi kedua belah pihak (*pacta sunt servanda*). Dengan keadaan demikian, tidak perlu diperhatikan apakah isi atau prestasi para pihak dalam kontrak tersebut rasional dan patut atau tidak. Mereka tetap terikat kepada yang telah disepakati atau diperjanjikan sejak semula.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Dalam perkara *Tjan Thiam Song v Tjia Khun Tjai*, No. 791 K/Sip/1972, Mahkamah Agung tidak membenarkan *judex factie* untuk membatasi kewajiban kontraktual atas dasar ajaran iktikad baik, dalam hal ini kepatutan. Mahkamah Agung lebih mengk Dalam perkara *Zainal Abidin v. A.M. Mohammad Zainuddin cs*, No. 1253 K/Sip/1973, Hakim atau pengadilan mulai mengubah sikapnya, yakni tidak lagi memegang teguh asas *pacta sunt servanda*, dan makin bergerak ke arah asas kepatutan atau iktikad baik.

Dalam pertimbangannya, Pengadilan Negeri menyatakan bahwa agama Islam yang dianut kedua-duabelah pihak sangat mencela perbuatan yang membungakan uang. Selain itu, dalam kehidupan sosial bangsa Indonesia yang berdasarkan Pancasila tidak melarang untuk mencari keuntungan, tetapi dibatasi oleh nilai-nilai moral dan rasa keadilan yang berkembang dalam masyarakat.

Hal yang menarik dari perkara ini adalah pertimbangan yang dikemukakan Pengadilan Negeri Lhokseumawe. Walaupun pengadilan tidak secara eksplisit mendasarkan putusannya pada ketentuan iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak, tetapi dari substansinya, pengadilan menerapkan doktrin iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak. Pengadilan Negeri mengkaitkan penurunan bunga tersebut dengan rasa kepatutan. Ini adalah substansi doktrin iktikad baik sebagaimana yang berkembang dalam yurisprudensi Negeri Belanda. Pengadilan juga mengkaitkan rasa kepatutan tersebut dengan situasi atau kondisi masyarakat di sekitarnya yang umumnya beragama Islam dan kedua-duabelah pihak sendiri sama-sama beragama Islam. Dalam konteks hukum Islam terdapat ajaran yang melarang orang membungakan uang. Perbuatan membungakan uang masuk dalam kategori riba. Riba masuk dalam kategori perbuatan yang diharamkan Allah. Pengadilan juga mengkaitkannya dengan nilai-nilai keadilan yang berkembang dalam kehidupan masyarakat. Dalam konteks ajaran iktikad baik, kepatutan tersebut harus dikaitkan dengan kepatutan yang hidup dalam masyarakat. Iktikad baik tidak hanya dinilai dari iktikad baik menurut anggapan para pihak saja,

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

tetapi iktikad baik menurut anggapan umum yang hidup dalam masyarakat.²⁸⁴ Dengan demikian jika seseorang bertindak dengan iktikad baik, maka ia harus bertindak sesuai dengan standar objektif yang didasarkan pada kebiasaan sosial yang ada.²⁸⁵ Iktikad baik merupakan suatu norma yang universal.

Dalam perkara *RD Djuhana v. Go E Tji*, No. 224 K/Sip/ 1973, pengadilan tingkat pertama, menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Di lain pihak pengadilan juga mengakui bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik. Dalam perkara ini, pengadilan tingkat pertama lebih mengkedepankan asas iktikad baik daripada asas *pacta sunt servanda*. Sikap ini dibenarkan oleh Mahkamah Agung.

Dalam perkara ini terlihat bahwa walaupun hakim di Pengadilan Negeri telah menyatakan dengan tegas bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik, tetapi tidak jelas makna iktikad baik yang dimaksud. Pengadilan juga tidak jelas ke mana mengkaitkan iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak dengan keadaan-keadaan yang berkaitan dengan perjanjian yang menjadi sengketa di sini. Apakah iktikad baik dengan prestasi para pihak dalam perjanjian ? Jika dikaitkan dengan prestasi para pihak, maka jika para pihak yang melaksanakan prestasi masing-masing sebagaimana telah ditentukan dalam perjanjian, maka para pihak telah bertindak sesuai dengan iktikad baik. Jika salah satu melakukan cidera janji atau wan prestasi, maka ia tidak melaksanakan perjanjian dengan iktikad baik (beriktikad buruk). Tidak jelas apakah iktikad baik semacam ini yang dimaksud oleh pengadilan. Dalam perkara *Sri Setyaningsih v. Ny Boesono dan R. Boesono*, No. 3431 K/Pdt 1985 pengadilan telah pula meninggalkan kesakralan asas *pacta sunt servanda*. Mahkamah Agung dalam putusannya antara lain memberikan pertimbangan bahwa bunga 10% setiap bulan terlalu tinggi dan bertentangan dengan rasa keadilan dan kepatutan mengingat tergugat II adalah purnawirawan dan tidak mempunyai penghasilan lain. Ketentuan di dalam perjanjian

²⁸⁴ Perhatikan P.L. Wery, *Perkembangan tentang Hukum Iktikad Baik di Nederland* (Jakarta: Percetakan Negara, 1990), hlm 9.

²⁸⁵ Eric M. Holmes, "A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good Faith Disclosure in Contract Formation", *University of Pittsburgh Law Review*, Vol 39 No. 3 (1978), hlm 402.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

untuk menyerahkan buku pembayaran pensiun sebagai jaminan adalah bertentangan dengan kepatutan dan keadilan.

Dalam perkara *Hetty Esther v. Anak Agung Sagung Partini cs*, No. 1531 K/Pdt/1997, pengadilan *judex factie* secara tegas mendasarkan putusannya pada iktikad baik dan telah menerapkan iktikad baik untuk membatasi atau meniadakan perjanjian, pendirian itu dibenarkan oleh Mahkamah Agung.

Dalam pertimbangannya, tidak dijumpai alasan yang mendasari pendirian Mahkamah Agung yang membenarkan *judex factie* menggunakan fungsi iktikad baik yang mengurangi atau meniadakan untuk membatalkan kontrak yang bersangkutan. Padahal dalam keberatan yang terdapat memori kasasi penggugat dinyatakan bahwa penggunaan iktikad baik sebagai alasan untuk membatasi atau meniadakan perjanjian tidak boleh dijalankan begitu saja kecuali di dalamnya terdapat alasan-alasan penting.

Di Negeri Belanda fungsi iktikad baik yang demikian itu memang diakui, tetapi tidak boleh dilaksanakan begitu saja. Hanya diterapkan kalau ada alasan-alasan yang amat penting (*alleen in spreken de gevallen*). Baik Hoge Raad maupun BW (Baru) mengizinkan pembatasan perjanjian atau kewajiban kontraktual semacam itu hanya dalam kasus-kasus di mana pelaksanaan perjanjian betul-betul tidak dapat diterima karena tidak adil. Pendirian semacam ini dapat dipahami, karena fungsi membatasi merupakan pengecualian terhadap asas *pacta sunt servanda*.²⁸⁶

Dari berbagai kasus yang di atas bahwa pengadilan belum memiliki pemahaman yang mendalam dan konsisten tentang makna iktikad baik yang dimaksud Pasal 1338 ayat (3) KUHPdata. Kemudian berkaitan dengan sikap pengadilan tentang iktikad baik ini terlihat bahwa pada mulanya pengadilan lebih mengkedepankan *facta sunt servanda* dan mengesampingkan iktikad baik. Belakangan, iktikad baik lebih dikedepankan. Justeru dengan iktikad baik, penerapan *sunt servanda* dikesampingkan oleh iktikad baik.

²⁸⁶ P.L. Wery, *op.cit*, hlm 13.

**Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy**

D. Fungsi Iktikad Baik dalam Pelaksanaan Kontrak

Dalam hukum kontrak, iktikad baik memiliki tiga fungsi. Iktikad baik baik dalam fungsinya yang pertama mengajarkan bahwa seluruh kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan iktikad baik. Fungsi kedua adalah fungsi menambah (*aanvullende werking van de goede trouw*). Fungsi ketiga adalah fungsi membatasi dan meniadakan (*beperkende en derogerende werking van de goede trouw*).²⁸⁷

1. Penafsiran Kontrak Harus Didasarkan pada Iktikad Baik

Asas iktikad baik memegang peranan penting dalam penafsiran kontrak. Beberapa sistem hukum, seperti hukum kontrak Jerman memiliki ketentuan yang mewajibkan bahwa kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan iktikad baik Pasal 157 BGB menyatakan bahwa semua kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan iktikad baik. Dalam beberapa sistem hukum lainnya, seperti hukum kontrak Belanda, peranan iktikad baik dalam penafsiran kontrak dibangun oleh pengadilan.²⁸⁸ Jika kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan iktikad baik, maka setiap isi kontrak harus ditafsirkan secara *fair* atau patut.²⁸⁹

Pada waktu yang lalu dianut pendapat baik dikalangan sarjana maupun peraturan perundang-undangan bahwa penafsiran kontrak hanya diperlukan untuk sesuatu yang tidak jelas. Jika isi kontrak telah jelas, maka tidak ada atau tidak diperlukan penafsiran. Sehubungan dengan hal ini Pasal 1378 BW (lama) Belanda menentukan bahwa jika kata-kata suatu kontrak telah jelas, tidak diperkenankan untuk menyimpang daripadanya dengan jalan penafsiran (*indeen de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken*). Sekarang ini dianut paham bahwa dalam penafsiran kontrak tidak lagi dibedakan antara isi kontrak yang jelas dan yang tidak jelas, bahkan terhadap kata-kata yang tampak jelas, dapat dilakukan penafsiran

²⁸⁷ Lihat juga Arthur S. Hartkamp dan Marianne M.M. Tillema, *op.cit.*, hlm 48.

²⁸⁸ Martin Hesselink, *op.cit.*, “Good Faith”, hlm 294.

²⁸⁹ John L. Diamont, et.al., “Good Faith”, www.2ttc.ttu.edu/cohran/cases/20&reading.business/20tort/good_faith_fair_delaing.htm diakses 20 September 2002.

**Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy**

dengan mengarahkannya kepada kehendak para pihak atau keadaan khusus yang relevan untuk menentukan makna yang mereka maksud.²⁹⁰

Berlainan dengan BW (lama), BW (baru) Belanda tidak lagi memuat ketentuan-ketentuan penafsiran kontrak. Ketentuan-ketentuan penafsiran kontrak yang terdapat dalam BW (lama) tersebut telah dihilangkan karena sebagian dianggap tidak diperlukan dan sebagian lagi dianggap terlalu umum rumusannya, sehingga maknanya tidak tepat.²⁹¹ Dengan demikian, penafsiran ini seluruhnya diserahkan kepada dunia peradilan dan ilmu pengetahuan untuk mengembangkan ketentuan dan asas-asas dalam penafsiran kontrak.

Dalam kasus *Rederij Koppe v. De Zwitserse (Rederij Koppe Arrest)*,²⁹² Hoge Raad adalah menetapkan arti atau maksud isi perjanjian. Hal yang menentukan pada penetapan isi perjanjian adalah arti yang diberikan oleh praktek pada isi perjanjian itu, bukan maksud subjektif atau yang sebenarnya dari salah satu pihak.

Pada 13 Maret 1981, Hoge Raad dalam suatu formulasi putusan penting dan secara mendasar menyatakan bahwa penafsiran kontrak dalam makna yang literal tidak menentukan, tetapi *could mutually reasonably to the stipulation in the present circumstances and which they could reasonably expect from each other to that matter, to which was added that in this respect it could be important, to which social circles to the parties belong and which legal knowledge could be expected from such parties.*²⁹³ Di sini Hoge Raad secara mendasar menyatakan bahwa yang penting dalam penafsiran suatu ketentuan kontrak adalah arti yang diberikan bersama satu dengan lainnya para pihak dalam kontrak pada ketentuan yang secara rasional dan hal-hal yang dapat diharapkan karenanya secara rasional. Selain itu, ditambahkan pula hal-hal lain yang

²⁹⁰ A. Joanne Kellermann, "Netherlands", *International Business Lawyer*, (October 1998), hlm 422.

²⁹¹ Arthur S. Hartkamp dan Marianne M.M. Tillema, *op.cit.*, hlm 96.

²⁹² J.M. Van Dunne, *Hukum Perjanjian – Bagian 2 b*, diterjemahkan oleh Lely Nirwan, Bahan Penataran Perbandingan Hukum Kontrak, Kerjasama Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana – Vrije Universiteit Amsterdam, Salatiga, 19 – 24 Juli 1993, hlm 98.

²⁹³ A. Joanne Kellerman, *loc.cit.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

relevan dengan kontrak itu, yakni para pihak termasuk golongan masyarakat mana dan pengetahuan hukum apa yang dapat diharapkan dari pihak yang demikian itu.

2. Fungsi Iktikad Baik yang Menambah

Dengan fungsinya yang kedua, iktikad baik dapat menambah isi suatu perjanjian tertentu dan juga dapat menambah kata-kata ketentuan undang-undang mengenai perjanjian itu. Fungsi yang demikian ini dapat diterapkan apabila ada hak dan kewajiban yang timbul diantara para pihak tidak secara tegas dinyatakan dalam kontrak.

Sehubungan dengan fungsi ini Hoge Raad pada 10 Februari 1921 memutus suatu perkara yang berkaitan di mana seorang sekutu pengurus (*beherend venoot*) firma. Sekutu itu mendirikan secara pribadi suatu perusahaan yang bersaing dengan firma di atas. Tentang persaingan seperti itu ada ketentuannya dalam undang-undang dan juga tidak ada dalam kontrak persekutuan firma yang bersangkutan, dan oleh karenanya sekutu pengurus itu berpikir tidak ada halangan untuk itu. Namun demikian, Hoge Raad memutuskan bahwa persaingan semacam itu tidak boleh karena bertentangan dengan iktikad baik. Jadi, iktikad baik dalam kasus ini menambah isi perjanjian dan undang-undang.²⁹⁴

3. Fungsi Iktikad Baik yang Membatasi dan Meniadakan

Dalam fungsi iktikad baik yang kedua adalah fungsi membatasi dan meniadakan. Beberapa para pakar hukum sebelum perang berpendapat bahwa iktikad baik juga memiliki fungsi ini. Mereka mengajarkan bahwa suatu perjanjian tertentu atau suatu syarat tertentu dalam kontrak atau ketentuan undang-undng mengenai kontrak itu dapat dikesampingkan, jika sejak dibuatnya kontrak itu keadaan telah berubah, sehingga pelaksanaan kontrak itu menimbulkan ketidakadilan. Dalam keadaan yang demikian itu, kewajiban kontraktual dapat dibatasi, bahkan ditiadakan seluruhnya atas dasar iktikad baik.²⁹⁵

²⁹⁴ P.L. Wery, *op.cit.*, hlm 11.

²⁹⁵ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Sekarang pun masih ada pakar hukum yang menolak fungsi yang ketiga ini. Pihak yang menolak fungsi iktikad baik semacam ini menyatakan bahwa BW dan KUHPerdato Indonesia tidak menganut *iustum pretium*. Dengan demikian ketentuan Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdato (atau Pasal 1374 ayat (3) BW (lama) Belanda tidak dapat dipakai hakim untuk mengubah atau menghapus kewajiban yang muncul dari suatu perjanjian yang sejak semula mengandung prestasi dan kontra prestasi yang tidak seimbang. Jika hakim menggunakan pasal tersebut, maka sama dengan menyatakan bahwa KUHPerdato menuntut keseimbangan prestasi dan kontra prestasi untuk sahny suatu perjanjian. Hal ini tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 1320 jo 1338 ayat (1) KUHPerdato. Memang harus diingat apa yang ditentukan Pasal 1338 ayat (1) yang menentukan bahwa apa yang telah disepakati mengikat para pihak sebagai undang-undang. Pasal 1338 ayat (3) diterapkan pada pelaksanaan perjanjian. Jadi, pelaksanaan perjanjian telah dibuat secara sah.²⁹⁶

Hoge Raad juga menolak fungsi tersebut. Pendirian tersebut tercermin dalam *Stork v. NV Haarlemsche Katoen Maatschappij (Sarong Arrest)*, HR 8 Juni 1926. Hoge Raad bersikap bahwa walaupun telah terjadi perubahan keadaan, para pihak tetap terikat pada perjanjiannya. Iktikad baik tidak dapat mengesampingkan perjanjian yang demikian itu.

Dalam *Mark is Mark Arrest*, HR 2 Januari 1931, Hoge Raad juga berpendirian bahwa suatu ketentuan undang-undang yang tidak memaksa dapat dikesampingkan atas dasar iktikad baik.

Berdasarkan BW (lama) seperti halnya *Civil Code* Perancis yang hanya mengatur bahwa kontrak harus dilaksanakan dengan iktikad baik; H.R. untuk waktu yang panjang sangat enggan mengizinkan atau membolehkan kemungkinan peniadaan hak yang secara tegas dinyatakan dalam kontrak atas dasar iktikad baik.²⁹⁷ Sikap ini secara mendasar berubah sejak 1967 berkaitan dengan adanya klausul eksonerasi dalam perkara *Saladin v. Hollandsche Bank Unie (Saladin/HBU Arrest)*, HR 19 Mei 1967, NJ 1976, 261.

²⁹⁶ J. Satrio, *op.cit.*, hlm 181.

²⁹⁷ Arthur S. Hartkamp dan Marianne M.Tillema, *op.cit.*, hlm 49.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Sebelum adanya putusan Hoge Raad dalam perkara *Saladin v. Hollandsche Bank Unie*, permasalahan yang berkaitan dengan dan penilaian ketidakadilan atau permasalahan yang berkaitan dengan standar kontrak dan klausul eksonerasi, pengadilan mengacu kepada konstruksi kesusilaan (Pasal 1371 BW).

Fungsi iktikad yang membatasi tersebut terdapat pula dalam *Sperry Rand Arest*, HR 29 April 1983, NJ 1983, 627. Seorang pengusaha besar, Sperry Rand menyewa sebuah gedung untuk perusahaannya, tetapi ia ingin mengakhiri sewa tersebut. Ia kemudian merundingkannya dengan pihak yang menyewakan. Perundingan berjalan lama sekali, tetapi belum ada hasilnya. Kemudian Sperry Rand mengakhiri sewa tersebut secara sepihak, tanpa persetujuan pihak yang menyewakan. Menurut undang-undang di Belanda, pemutusan sewa ruang perusahaan (*huur van bedrijfsruimte*) hanya boleh dilakukan dengan mengindahkan jangka waktu satu tahun. Walaupun demikian, Sperry Rand mengakhiri sewa ini dalam jangka waktu kurang dari satu tahun. Pihak yang menyewakan tidak menerima pelanggaran undang-undang tersebut, tetapi Hoge Raad memutuskan bahwa keadaan seperti itu, yakni perundingan yang lama sekali sebelum mengakhiri sewa tersebut bertentangan dengan iktikad baik.²⁹⁸

²⁹⁸ P.L. Wery, *op.cit.*, hlm 14.

VIII

IKTIKAD BAIK PRAKONTRAK

A. Iktikad Baik dalam Pra Kontrak Didasarkan pada *Culpa in Contrahendo*

Salah satu bentuk kewajiban para pihak dalam bernegosiasi dan menyusun kontrak harus berperilaku dengan iktikad baik. Negosiasi dan penyusunan kontrak tidak boleh dilakukan dengan iktikad buruk. Ini menjadi kewajiban umum bagi para pihak dalam hubungan pra kontrak. Menurut Robert S. Summer, bentuk iktikad buruk²⁹⁹ dalam negosiasi dan penyusunan kontrak mencakup negosiasi tanpa maksud yang serius untuk mengadakan kontrak, penyalahgunaan *the privilege* untuk menggagalkan negosiasi, mengadakan kontrak tanpa memiliki maksud untuk melaksanakannya, tidak menjelaskan fakta material, dan mengambil keuntungan dari lemahnya posisi tawar pihak lain dalam kontrak.

300

Di beberapa negara dengan sistem *civil law*, seperti Italia telah memiliki ketentuan legislasi yang mewajibkan negosiasi dan penyusunan kontrak harus dilakukan dengan iktikad baik. Sehubungan dengan hal ini Pasal 1337 *Civil Code* Italia yang menentukan:³⁰¹

“Trattative e responsabilita precontractualale. – Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione de contratto, devono compartasi secondo bounqa fede” (Pre contractual liability. The parties in the conduct if negotiation and formation of the contract, shall conduct themselves according to good faith).

²⁹⁹ Sesuai dengan konsep iktikad baik sebagai suatu *excluder*.

³⁰⁰ Robert S. Summer, *op.cit.*, “Good Faith in General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code”, hlm 220.

³⁰¹ Guido Alpa, “Italia”, Ewoud H. Hondius, ed., *Pre Contractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18 – 24 August 1990* (Deventer: Kluwer, 1991), hlm 197.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

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

Pasca perang dunia kedua, di Negeri Belanda terjadi perkembangan hukum kontrak yang menarik untuk dikaji. Pada era ini terjadi perluasan ruang lingkup iktikad baik dalam kontrak sebagaimana dimaksud Pasal 1374 BW (lama) Belanda. Iktikad baik tidak hanya berkenaan dengan hubungan kontraktual saja, tetapi mencakup pula hubungan-hubungan non kontraktual. Hoge Raad, pada akhirnya menganggap bahwa iktikad baik sebagai suatu asas hukum umum yang menguasai semua hubungan hukum.³⁰²

Hoge Raad pada 1957 dalam perkara *Baris v. Riezenkamp*, HR 15 November 1957, NJ 1958, 67 memutuskan bahwa hubungan pra kontrak merupakan suatu hubungan hukum yang dikuasai iktikad baik (*van een rechtsverhouding die door de goede trouw beheerst wordt*).³⁰³

Iktikad baik pada tahap pra kontrak merupakan kewajiban untuk memberitahukan atau menjelaskan dan meneliti fakta material bagi para pihak yang berkaitan dengan pokok yang dinegosiasikan itu. Sehubungan dengan hal ini, putusan-putusan Hoge Raad menyatakan bahwa para pihak yang bernegosiasi masing-masing memiliki kewajiban iktikad baik, yakni kewajiban untuk meneliti (*onderzoekplicht*) dan kewajiban untuk memberitahukan atau menjelaskan (*mededelingsplicht*). Misalnya negosiasi dalam jual beli rumah, orang yang akan membeli rumah tersebut wajib meneliti apakah ada rencana resmi mengenai rumah itu, misalnya rencana pencabutan hak milik. Jika dia tidak melakukan kewajiban tersebut, ternyata hak milik atas tanah tersebut dicabut, maka dia tidak dapat menuntut pembatalan kontrak karena adanya kesesatan. Di pihak lain, penjual memiliki kewajiban untuk menjelaskan semua informasi yang dia ketahui dan penting bagi pembeli. Kalau dia telah menyatakan dengan tegas bahwa tidak ada

³⁰² P.L. Wery, *op.cit*, hlm 15.

³⁰³ J.M. van Dunne, *op.cit.*, hlm 171.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

rencana resmi yang demikian itu, pembeli dapat mempercayai pernyataan itu, dan pembeli itu tidak perlu meneliti lagi. Hakim harus mempertimbangkan kewajiban-kewajiban itu satu dengan lainnya dengan ukuran iktikad baik.³⁰⁴

Di Perancis juga terjadi evolusi yang berkaitan dengan makin berkembangnya kewajiban menjelaskan fakta material dalam fase pra kontrak. Kewajiban tersebut sekarang ini tidak hanya ada dalam bidang-bidang tradisional seperti kontrak jual beli dan asuransi, tetapi juga telah mencakup misalnya perjanjian utang-piutang dan wara laba. Tidak hanya berlaku bagi penjual, tetapi juga bagi dokter, distributor, bank, dan pengacara untuk menjelaskan informasi dalam mengadakan kontrak dengan klien mereka.³⁰⁵

Kewajiban untuk menjelaskan tersebut muncul melalui legislasi dan evolusi yurisprudensi. Legislasi tampaknya makin bergerak ke arah pembebanan dari suatu *general duty of disclosure* dalam konteks hubungan antara konsumen dan produsen atau *professionals*. Pasal 2 Undang-Undang Nomor 60 Tahun 1992 berkaitan dengan perlindungan konsumen menentukan:³⁰⁶

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

Paralel dengan perkembangan legislasi, yurisprudensi juga berhasil mengembangkan kewajiban untuk menjelaskan dengan basis hukum ketentuan

³⁰⁴ P.L. Wery, *loc.cit.*

³⁰⁵ Muriel Fabre-Magnan, “Duties of Disclosure and French Contract of Law: Contribution to an Economic Analysis,” Jack Beatson dan Daniel Friedman, eds., *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford: Clarendon Press, 1995), hlm 99.

³⁰⁶ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Civil Code yang berkaitan dengan tidak adanya kata sepakat (*vices du consentement*).³⁰⁷

Kontras dengan dengan perkembangan di atas, hukum kontrak Inggris secara tradisional menolak pembebanan kewajiban menjelaskan dalam proses negosiasi dan penyusunan kontrak. Asas *caveat emptor* masih menjadi salah satu asas yang fundamental. Hanya ada beberapa pengecualian terhadap asas tersebut, seperti kontrak *ubrrimae fidei* atau dalam kondisi tertentu yang secara tegas diwajibkan oleh undang-undang.³⁰⁸

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

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

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

³⁰⁷ Code Civil Perancis menentukan empat syarat bagi sahnya kontrak: Pertama, para pihak memiliki kesepakatan bebas untuk mengadakan kontrak. Kedua, Para pihak yang mendakan kontrak harus memiliki kecakapan untuk mengadakan kontrak. Ketiga, harus ada objek tertentu. Keempat, kontrak tersebut harus memiliki kausa hukum yang halal.

³⁰⁸ Muriel Fabre-Magnan, *op.cit.*, hlm 106. Lihat juga Piere Legrand, “Pre-Contractual and Information: English and French Law Compared,” *Ox JLS*, Vol 6 (1986), hlm 322.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

memiliki kesempatan menguji sampel gandum tersebut. Sehubungan dengan Cockburn menyatakan:³⁰⁹

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

Di sini terjadi perbedaan yang mendasar antara *civil law* dan *common law*. *Civil law* telah mengikuti asas *caveat venditor*, sedangkan *common law* masih mengikuti asas *caveat emptor* yang berkembang dalam kontrak jual beli pada abad sembilan belas. Dalam kasus *Smith v. Hughes* di atas, dinyatakan bahwa tidak ada kewajiban hukum bagi *vendor* untuk memberitahukan kekeliruan pembeli yang tidak disebabkan perbuatan *vendor*.³¹⁰

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

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

³⁰⁹ Barry Nicholas, “The Pre-contractual Obligation to Disclose Information: English Report”, Donald Harris dan Denis Tallon, eds., *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons* (Oxford: Clarendon Press, 1989), hlm 169.

³¹⁰ Fridrich Kessler dan Edith Fine, “Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative study”, *Harvard Law Review*, Vol 77 (January 1964), hlm 439.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Pada 1982, Hoge Raad dalam perkara *Plas v. Valburg*, HR 18 Juni 1982, NJ 1983, 723 memutuskan bahwa proses negosiasi kontrak dapat dibagi dalam tiga tahapan:³¹¹

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

Duduk perkara kasus *Plas v. Valburg* ini sendiri secara singkat dapat dijelaskan sebagai berikut:³¹²

Kotapraja Valburg mengadakan negosiasi perjanjian pemborongan (tender) dengan seorang pemborong (Plas Bouwonderneming BV) mengenai rencana pemborongan pembuatan kolam renang Kotapraja Valburg. Proposal penawaran yang diajukan Plas adalah proposal yang terbaik, dengan harga Nf 1,300,000 (satu juta tiga ratus ribu gulden). Memang di sini tidak ada tender resmi, walikota setuju dengan rencana tersebut dan sesuai pula dengan anggaran kotapraja

³¹¹ Sjef van Erf, "The Pre-contractual Stage", Arthur Hartkamp, et.al., eds., *Toward a European Civil Code* (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1998), hlm 212. Lihat pula Jan M. van Dunne, "Netherland," Ewoud H. Hondius, ed., *Pre Contractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18 – 24 August 1990* (Deventer: Kluwer, 1991), hlm 230.

³¹² P.L. Wery, *op.cit.*, hlm 16. Lihat pula Jan M. van Dunne, *loc.cit.*, "Netherland". Lihat juga Gr van der Burght, *op.cit.*, hlm 95 -97.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

yang tersedia. Pada 9 Januari 1975 diumumkan bahwa penawaran Plas adalah yang terendah. Keputusan penunjukkan tersebut masih menunggu persetujuan dewan kota. Dewan kota belakangan mengambil inisiatif untuk mengadakan tender alternatif dengan perusahaan lain dengan penawaran yang lebih rendah. Ketika negosiasi Plas dengan walikota Valburg yang sudah hampir selesai dengan hasil yang memuaskan, tiba-tiba Dewan Kotapraja Valburg mengakhiri atau menghentikan negosiasi tersebut. Pada 4 Juni 1975 Kotapraja Valburg mengadakan perjanjian dengan pemborong yang lain, yakni Ars BV. Kemudian Plas menuntut ganti rugi. Dalam pertimbangannya Hoge Raad antara lain menyatakan bahwa kadang-kadang negosiasi untuk membuat perjanjian sudah sampai pada tahap atau fase yang sedemikian rupa jika diakhiri oleh salah satu pihak bertentangan dengan iktikad baik yang berlaku dalam hubungan hukum pra kontraktual, karena pihak lain mempercayai bahwa bagaimanapun suatu perjanjian tentu akan dibuat, dan pengakhiran sepihak dalam situasi itu mewajibkan pihak yang mengakhiri negoasiasi kontrak itu untuk mengganti kerugian pihak lain tersebut.

Putusan Hoge Raad yang berkaitan dengan tahap ketiga (tahap terakhir atau final) dalam negosiasi tersebut tidak hanya menarik banyak perhatian di Belanda, tetapi juga di luar negeri. Catatan yang pertama yang dibuat berkaitan dengan hal ini sampai sekarang hanya ada satu kasus yang diputuskan Hoge Raad yang pada tahap ketiga ini rupanya mencakup suatu pembayaran kerugian atas keuntungan yang diharapkan. Catatan yang kedua berkaitan dengan tolok ukur (*test*) yang digunakan untuk memutus jika tahap ketiga itu telah dicapai. Pada 1982, hal tersebut dirumuskan: *“If the parties, from both side, could trust that some contract would, in any case, ensue from the negotiations”*. Tolok ukur ini dinyatakan dengan cara yang lain dalam kasus-kasus berikutnya.³¹³

Putusan Hoge Raad dalam perkara *Plas v. Palburg* tersebut mulai merubah pendapat yang dominan di kalangan sarjana hukum Belanda mengenai dasar hukum hubungan pra kontrak tersebut. Sampai dengan 1982, pendapat atau

³¹³ Sjef van Erp, *loc.cit.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

pandangan yang dominan dasar hubungan pra kontrak adalah perbuatan melawan hukum. Arah baru ini menjadikan iktikad baik sebagai dasar kewajiban umum dari *fair dealing* tahapan pra kontrak.³¹⁴

Pendekatan terhadap kewajiban pra kontrak semacam itu berkaitan erat atau dipengaruhi yurisprudensi Jerman. Kasus yang pertama kali berkaitan dengan hal ini adalah adalah suatu kasus yang biasa disebut sebagai *Linoleum case*, Reichsgericht 7 December 1911, RGZ 78, 239. Kasus ini berkaitan dengan seorang pelanggan (*customer*) dan anak kecilnya yang terluka oleh *rools linoleum* yang yang jatuh dari atas mereka setelah pelayan memindahkan *rools* untuk memperlihatkan *rools linoleum* kepada pelanggan yang ingin melihatnya. Mahkamah Agung Jerman (Reichsgericht) menentukan bahwa kerugian yang terjadi pada saat kontrak sedang dipersiapkan atau dinegosiasikan. Hubungan diantara para pihak tidak bersifat koincidental, tetapi kuasi kontrak (*quasi-contractual*). Pelayan atau penjual memiliki kewajiban untuk berlaku cermat atau hati-hati terhadap kesehatan atau kekayaan pelanggan.³¹⁵

Pandangan Mahkamah Agung Jerman di atas sangat dipengaruhi oleh doktrin yang diajarkan seorang sarjana hukum terkemuka Jerman, yakni Rudolf von Jhering yang terkenal dengan doktrin *culpa in contrahendo*.³¹⁶ Diakui juga bahwa pengakuan perkembangan doktrin iktikad pada tahapan pra kontrak di berbagai negara *civil law*, seperti Swiss, Austria, dan Italia sangat dipengaruhi oleh pikiran-pikiran Rudolf von Jhering.

Jhering merumuskan doktrin *culpa in contrahendo* sebagai suatu upaya hukum untuk mengatasi kondisi hukum kebiasaan saat itu (*gemeines recht*) yang

³¹⁴ Jan M. van Dunne, *op.cit.*, “Netherland”, hlm 227.

³¹⁵ Sjef van Erp, *op.cit.*, hlm 213.

³¹⁶ Werner Lorenz, “Germany”, Ewoud H. Hondius, ed., *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18 -24 August 1990* (Deventer: Kluwer, 1991), hlm 159.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

tidak kondusif.³¹⁷ Misalnya seorang pembeli yang memesan suatu barang senilai f. 100 founds, padahal sesungguhnya yang ia maksudkan hanyalah f. 10 founds, dia tidak bertanggungjawab bagi biaya pengangkutan barang yang dibayar penjual yang ia tolak. Dasar tidak bertanggungjawabnya itu disebabkan pandangan yang mengakar saat itu bahwa kontrak tunduk kepada teori kehendak, sehingga yang berlaku adalah apa yang dimaksudkan oleh pembeli, yakni hanyalah sepuluh founds. Hal tersebut berbeda dengan ajaran *culpa in contrahendo* yang menyatakan atau mengajarkan pihak yang bertanggungjawab bagi kesalahan tersebut harus bertanggungjawab terhadap kerugian yang diderita oleh pihak yang tidak bersalah yang mendasarkan dirinya pada *faulty impression of a binding contract*.³¹⁸

Dasar doktrin Jhering ini ditemukan dalam hukum Romawi. Dia mendasarkannya pada suatu dasar tuntutan yang disebut dengan *actio legis aquillae*.³¹⁹ Ajaran kewajiban ini diterapkan dan diperluas dalam transaksi komersial modern untuk membebaskan kewajiban dan tanggung jawab para pihak yang melakukan hubungan non kontraktual.³²⁰

Satu hal yang sangat penting dalam dalam doktrin *culpa in contrahendo*, Jhering menggunakan istilah *offerte* seperti istilah yang biasa digunakan di Amerika sebagai *offer*. Kedua istilah ini tidak serupa benar. Ketika orang Amerika menyebut istilah *offer*, mereka umumnya mengacu kepada satu tahapan dalam negosiasi di mana *offere* berwenang membuat kontrak melalui penerimaannya (*acceptance*). *Offerte* memiliki makna yang lebih luas. Jhering menggunakan istilah itu dengan makna suatu tawaran untuk mengadakan negosiasi.

³¹⁷ Friedrich Kessler dan Edith Fine, *op.cit.*, hlm 402.

³¹⁸ Steven A. Mirmina, "A Comparative Survey of Culpa in Contrahendo, Focusing on Its Origins in Roman, German, and French Law as well as Its Application in American Law", *Connecticut Journal on International Law*, Vol 8 (1992), hlm 81.

³¹⁹ *Actio legis Aquilliae* tindakan hukum berdasarkan *lex Aquillia*, yakni suatu tindakan hukum suatu kerugian yang menimpa kekayaan orang lain baik karena kesengajaan maupun karena kealpaan. Lihat Bryan A. Garner, et.al, *op.cit*, *Black's Law Dictionary*, hlm 27.

³²⁰ Steven A. Mirmina, *loc.cit.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Ini adalah inti ajarannya. Dengan makna yang lebih luas ini, dia mengemukakan adanya kewajiban pra kontrak. Misalnya, seorang pelayan toko Jerman membuka pintu tokonya kepada publik, ini adalah *offerte*. Orang-orang datang dan masuk, melihat-lihat, membeli atau tidak membeli barang-barang tertentu. Para sarjana hukum Amerika tidak akan mengatakan bahwa itu adalah *offer* sampai pelayan toko mengemukakan harga barang tersebut, atau pelayan toko itu membawa barang tersebut ke meja pembayaran untuk jual beli itu. Oleh karena itu bagi orang Jerman, kewajiban *culpa in contrahendo* akan dimulai ketika pelayan *unlocked his premise*, sedangkan bagi orang Amerika kewajiban itu akan dimulai setelah penawaran untuk mengadakan kontrak untuk mengadakan kontrak jual beli.³²¹

Ada tiga dasar sumber utama hukum Romawi lain yang kalau dikombinasikan akan membentuk dasar doktrinal *culpa in contrahendo*. Pertama, *actio emti*, merupakan suatu konsep dalam hukum Romawi yang secara mendasar menyatakan bahwa *there is more to a contractual relationship than fulfillment of the terms*. Misalnya, jika satu pihak dalam kontrak membatalkan *ab initio*, dan dia melepaskan atau membebaskan kewajiban yang ia pikul, dia tidak bebas sepenuhnya dari kewajiban tersebut. Dia harus membayar ganti rugi atas kerugian orang lain, bergantung pada suatu keadaan tertentu. Kedua, *actio venditi*, membolehkan pembatalan suatu kontrak kalau suatu syarat yang mendahuluinya tidak terjadi. Misalnya, “Saya akan memberikan tiket pertunjukkan bola jika Presiden Bush terpilih kembali”. Di sini ada kontrak dengan suatu syarat tertentu. Hukum Romawi menyatakan bahwa kalau persyaratan itu tidak dipenuhi (Presiden Bush tidak terpilih kembali), ada kewajiban tambahan yang timbul dari kewajiban kontraktual yang dibatalkan. Ketiga, hak terhadap *revindicatio* (*revocation*), juga menjadi pendukung doktrin *culpa in contrahendo*. Dasar tuntutan dalam hukum Romawi ini membolehkan suatu *true owner of a good to reclaim it from possessor, even if the possessor had bought the good without knowledge that its seller (e.g., a thief) was not a true owner*. Di sini tidak ada hubungan kontraktual diantara pembeli dan penjual, meskipun demikian ia mendorong adanya kewajiban

³²¹ *Ibid.*, hlm 82.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

kontraktual. Jhering menyatakan bahwa hak menuntut menurut hukum Romawi ini mendukung adanya kewajiban dalam ketiadaan suatu kontrak.³²²

Jhering menerapkan *culpa in contrahendo* kepada situasi *other than the commercial setting*. Kalau satu pihak membuat suatu penawaran, tetapi tidak serius, atau satu pihak melakukan kesalahan sepihak dalam menyampaikan penawarannya, atau satu pihak mengetahui atau seharusnya mengetahui hal yang ada tidak mungkin dilakukan, perilaku salah ini akan menyebabkan dia bertanggungjawab bagi “*negative interest*” dari pihak yang tidak bersalah yang didasarkan pada keabsahan kontrak.³²³ Menurut Bundesgerichtshof dalam putusannya pada 14 Juli 1967 menyatakan bahwa suatu kesalahan dalam negosiasi kontrak menimbulkan tanggung jawab. Tanggung jawab semacam itu dapat juga timbul manakala salah satu pihak yang bernegosiasi menghentikan negosiasi dan tidak jadi menutup kontrak tersebut, dan kejadian tersebut mengakibatkan adanya kerugian bagi pihak lainnya. Sehubungan dengan hal ini, Bundesgerichtshof menyatakan:³²⁴

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

Secara tradisional hukum kontrak *common law* tidak mengakui keberadaan suatu kewajiban (kontraktual) hingga proses negosiasi telah mengkristal dalam pembentukan kontrak. Salah satu pihak yang mengadakan negosiasi setiap saat dapat menghentikan negosiasi tersebut dengan alasan apa pun juga tanpa adanya suatu tanggung jawab. Tidak ada kewajiban untuk bertanggungjawab terhadap kerugian yang timbul atas segala biaya telah

³²² *Ibid.*, hlm 83.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ E. Allan Farnsworth, “Pre-contractual Liability and Preliminary Agreement: Fair Dealing and Failed Negotiations”, *Columbia Law Review*, Vol 87 No. 2 (March 1987), hlm 240.

**Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy**

dikeluarkan dan keuntungan yang diharapkan akibat penghentian negosiasi dalam fase pra kontrak ini. Hukum kontrak *common law* Inggris masih belum dapat menerima kewajiban bahwa negosiasi kontrak harus didasarkan pada iktikad baik.³²⁵

Belakangan ajaran iktikad baik dalam negosiasi dan penyusunan kontrak tersebut mulai diterima di kalangan pakar atau sarjana hukum Amerika Serikat. Namun demikian, Robert S. Summer masih menemukan fakta bahwa pengadilan-pengadilan di Amerika Serikat menghalangi penerapan iktikad baik dalam proses negosiasi dan pembentukan kontrak.³²⁶ Section 1-201 UCC sendiri hanya mengatur persyaratan umum iktikad baik dalam pelaksanaan dan penegakan (hukum) kontrak, dan tidak mengakui adanya iktikad baik dalam proses negosiasi dan pembentukan kontrak.

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

Di Amerika Serikat, umumnya proyek konstruksi publik diserahkan kepada kontraktor umum (*general contractors*) melalui lelang publik. Kontraktor umum kemudian mencari penawaran dari para subkontraktor, yakni siapa yang dapat melaksanakan pekerjaan pada harga yang lebih rendah. Banyak uang yang mungkin dikeluarkan subkontraktor dalam menyiapkan estimasi tawaran mereka. Kontraktor umum kemudian mengumpulkan penawaran dari para subkontraktor, dan mendasarkan dirinya pada harga penawaran yang terendah.³²⁷

Dalam kasus *Drennan v. Star Paving Co*, 51 Cal .2d 409, 333 P.2D 757 (1958), Hakim Traynor membangun suatu *rule on pre-contractual liability* setelah seorang subkontraktor mengajukan suatu penawaran (*bid*) kepada kontraktor

³²⁵ A.F. Mason, *op.cit.*, hlm 77.

³²⁶ B.J. Reiter, *op.cit.*, hlm 710.

³²⁷ Steven A. Mirmina, *op.cit.*, hlm 100.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

umum, mengetahui bahwa kontraktor umum akan menyandarkan dirinya pada hal itu dalam membuat penawarannya, subkontraktor tidak boleh menarik kembali penawarannya dengan atau tanpa adanya tanggung jawab hukum. Sebelum kontrak umum diadakan, tidak ada kontrak antara subkontraktor dan kontraktor umum. Dalam kasus ini, tergugat tidak berhasil meyakinkan bahwa dia hanya membuat suatu penawaran (*offer*) kepada kontraktor umum dan menarik kembali penawaran itu sebelum dilakukan penerimaan (*acceptance*). Hakim menganalisis kasus tersebut melalui section 90 *promissory estoppel* dan menyimpulkan bahwa tergugat *made a promise which reasonably induced reliance, and that injustice could only be avoided by enforcement of the promise. Reliance damage* yang dinilai sebagai perbedaan antara janji yang dilaksanakan (penawaran tergugat) dan penawaran yang sesungguhnya (jumlah yang oleh penggugat dibayar pada penawar yang paling rendah).³²⁸

Dalam hal ini, *culpa in contrahendo* dan *promissory estoppel* bekerja secara equal. Penawaran subkontraktor dipandang sebagai suatu janji dan *reliance damage are granted*. Jika kondisinya adalah sebaliknya, dan di sana ada suatu *situation of bid shopping*³²⁹ and rather than the subcontractor being the blameworthy party in not performing his promise, the general contractor is now culpable for not bargaining in good faith, *culpa in contrahendo* menjadi upaya hukum yang lebih baik daripada *promissory estoppel*.³³⁰

Dengan uraian di atas terlihat jelas, bahwa iktikad pra kontrak secara langsung dapat berfungsi sebagai pembatas baru kebebasan berkontrak. Kontrak tidak semata-mata didasarkan kesepakatan para pihak, tetapi juga memperhatikan

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ *Bid shopping* terjadi kalau setelah subkontraktor mengajukan penawaran kepada kontraktor umum, the general “shops around” untuk melihat kalau subkontraktor akan menginginkan yang lebih rendah dari yang paling rendah. Industri tidak mengakui pandangan ini sebagai suatu *ethical action*, khususnya setelah penyerahan kontrak umum. Ada kekhawatiran bahwa subkontraktor akan menawar begitu rendah agar mendapat keuntungan, mereka mengambil “shortcuts” dan menggunakan material dan buruh yang rendah mutunya. Lihat *ibid.*

³³⁰ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

kondisi objektif yang meliputi kesepakatan itu. Bahkan secara mendasar diciptakannya doktrin *culpa in contrahendo* ini oleh Jhering ditujukan untuk mengatasi pandangan hukum yang mengakar saat itu di mana kontrak didasarkan kepada teori kehendak.

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

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

B. Iktikad Baik dalam Pra Kontrak Mewajibkan para Pihak untuk Menjelaskan dan Meneliti Fakta Material

Dari beberapa putusan pengadilan di Indonesia yang berkaitan dengan penerapan iktikad baik dalam negosiasi dan penyusunan kontrak, terlihat bahwa sesungguhnya tidak secara tegas menunjuk bahwa putusan tersebut diderivasi dari iktikad baik dalam negosiasi dan penyusunan kontrak yang merupakan perluasan doktrin iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak. Kasus-kasus yang ada didominasi oleh perkara yang berkaitan dengan jual beli dan berkaitan pula dengan peralihan hak. Dari sisi ini, sesungguhnya permasalahan-permasalahan tersebut dapat didekati dari sisi iktikad baik yang bersifat subjektif dalam peralihan hak yang diatur Pasal 530 – 537 (*bezit* dengan iktikad baik) dan Pasal 1386 (pembayaran dengan iktikad baik) KUHPdata Indonesia. Namun demikian, oleh karena perkara-perkara ini tetap berkaitan proses terbentuknya kontrak, maka sesungguhnya ia juga dapat menjadi bagian dari iktikad baik dalam proses negosiasi penyusunan kontrak. Perkara yang dibahas di bawah ini tidak seluruhnya didasarkan pada KUHPdata, tetapi ada pula yang didasarkan pada hukum adat.

Dalam perkara *Andrianus Hutabarat dan ST. Osman Hutabarat v. Kristian Situmeang dan Heini Panjaitan*, Putusan Mahkamah Agung tanggal 5 November 1958 No. 242 K/Sip/1958, Mahkamah Agung telah menerapkan ajaran iktikad baik proses negosiasi dan pembuatan kontrak.

Di sini ukuran atau standar iktikad baik didasarkan pada kejujuran pihak penjual. Tergugat II seharusnya memberikan keterangan atau penjelasan fakta material kontrak jual beli tersebut. Semestinya ia menjelaskan bahwa tanah yang akan dijual itu mengandung cacat hukum atau tidak. Apalagi jika dikaitkan dengan fakta di atas bahwa pihak penjual (tergugat II) tidak boleh menjual tanah tersebut kepada pihak lain tanpa persetujuan pihak ahli waris lainnya. Penjual di sini tidak melakukan kewajiban tersebut, sehingga pembeli tidak mengetahui bahwa tanah tersebut masih berada dalam status sengketa. Di sini tergugat I selaku pembeli, tidak mengetahui bahwa adanya persyaratan-persyaratan tertentu yang diletakkan atas tanah tersebut dan lagi pula tergugat I telah melakukan transaksi jual beli tersebut di hadapan kepala kampung setempat. Mengingat

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

transaksi jual beli tersebut telah dilakukan di hadapan kepala kampung, maka pembeli berkeyakinan bahwa jual beli itu tidak mengandung cacat hukum. Di sini Mahkamah Agung menyimpulkan bahwa jika pembeli (tergugat I) tidak mengetahui adanya cacat hukum tersebut, maka ia adalah pembeli yang beriktikad baik. Jika dikaitkan dengan Pasal 531 KUHPdata Indonesia, seseorang pembeli dapat dikatakan beriktikad baik manakala ia memperoleh kebendaan dengan cara memperoleh hak milik di mana ia tidak mengetahui adanya cacat hukum yang terkandung di dalamnya.

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

Penerapan kewajiban iktikad baik dalam negosiasi dan penyusunan kontrak juga terlihat perkara *Nyi Hajiami, Nyi Siti, dan Nyi Anti v. Ahud dan Mardjuk*, putusan Mahkamah Agung tanggal 10 Januari 1957, No. 120K/SIP/.

Sama dengan perkara yang disebutkan terlebih dahulu, pengadilan juga hanya melihat pada adanya kewajiban penjual untuk melakukan penjelasan fakta material tanah yang dijual kepada pembeli itu. Pembeli tidak diberikan kewajiban untuk melakukan penelitian. Selain itu, baik dalam perkara yang pertama maupun yang kedua, pengadilan tidak menjelaskan iktikad baik dalam konteks apa yang mereka maksud. Apakah itu iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak, pembuatan kontrak, atau apakah iktikad baik dalam perjanjian jual beli yang berkaitan dengan peralihan hak.

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

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Pelawan (Christine Kadiman) sebelum membeli rumah dan tanah tersebut sudah mengetahui proses terjadinya atau terbitnya sertifikat atas nama Liem Hwie Kiong alias Danu Surjadi. Ketika itu Liem Hwie Kiong masih belum dewasa.

Pelawan sebelum membeli tanah tersebut dari nama Liem Hwie Kiong, seharusnya mengadakan penelitian atau paling menduga terhadap keabsahan sertifikat HGU atas nama Liem Hwie Kiong tersebut. Apakah mungkin seorang anak yang belum cukup umur dan belum dapat mencari nafkah sendiri telah mampu membeli sebidang tanah HGU yang di atasnya berdiri sebuah rumah. Selain itu, pelawan telah mengetahui bahwa yang membeli tanah tersebut adalah ayah Liem Hwie Kiong yang diatas namakan Liem Hwie Kiong, padahal masih ada 6 orang anak lainnya.

Oleh karena pelawan telah mengetahui adanya cacat hukum tersebut, maka semestinya pelawan bukanlah seorang pembeli yang beriktikad baik. Sehubungan dengan hal ini pasal 532 KUHPdata menyatakan bahwa seorang berada dalam posisi beriktikad buruk, manakala ia mengetahui bahwa yang memegang kebendaan itu bukanlah pemilik kebendaan tadi.

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

Dalam kasus di atas, dapat diangkat suatu abstrak bahwa untuk menentukan apakah pembeli beriktikad baik (*good faith*) atau beriktikad buruk (*bad faith*) dalam transaksi jual-beli tanah dapat dipergunakan kriteria: Pembeli setelah membaca Surat Jual Beli Tanah, kemudian menemukan keterangan di dalamnya yang isinya saling bertentangan satu dengan lainnya sehingga menimbulkan kecurigaan atau keragu-raguan, siapakah sebenarnya pemilik tanah yang menjadi objek jual-beli ini, seharusnya meneliti masalah ini. Bilamana tidak, bahkan transaksi terus dilanjutkan padahal kemudian ternyata tanah tersebut bukan

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

milik penjual, maka Pembeli yang demikian ini termasuk Pembeli yang beriktikad buruk (*bad faith*) dan tidak akan dilindungi hukum.³³¹

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

Penerapan iktikad baik dalam proses negosiasi dan penyusunan kontrak terdapat pula dalam putusan Mahkamah Agung dalam perkara *Josep Pantoni v. Liu Su Nyan dan Mu Khian Kwen*, Putusan Mahkamah Agung RI No. 3427.K/Pdt/1987, tanggal 22 Mei 1991.

³³¹ Ali Budiarto, *Kompilasi Abstrak Hukum Putusan Mahkamah Agung tentang Tanah* (Jakarta: Ikatan Hakim Indonesia, 2000), hlm 69.

IX

SYARAT SAHNYA KONTRAK

A. Syarat Sahnya Perjanjian Berdasar KUHPerdato

Salah satu persoalan penting di dalam hukum perjanjian atau kontrak adalah penentuan keabsahan suatu perjanjian. Tolok ukur keabsahan perjanjian tersebut di dalam sistem hukum perjanjian Indonesia ditemukan dalam Pasal 1320 KUHPerdato.

Dalam naskah asli (bahasa Belanda) Pasal 1320 KUHPerdato tidak dirumuskan dengan kata-kata “syarat sahnya perjanjian”, tetapi dengan kata-kata “syarat adanya perjanjian” (*bestaanbaarheid der overeenkomsten*). Perumusan kalimat “syarat adanya perjanjian” tersebut kurang tepat. Dikatakan tidak tepat karena adakalanya suatu perjanjian tidak memenuhi salah satu syarat yang ditentukan Pasal 1320 KUHPerdato tersebut, tetapi tidak mengakibatkan batalnya atau tidak sahnya perjanjian.

Dalam hal perjanjian mengandung cacat kehendak, karena adanya kesepakatan mengandung paksaan, penipuan, kekeliruan, atau penyalahgunaan keadaan hanya membawa akibat dapat dibatalkan. Demikian juga dalam hal perjanjian dibuat oleh pihak yang tidak cakap membuat perjanjian tidak berakibat batalnya perjanjian itu. Sepanjang tidak ada pembatalan perjanjian, perjanjian tersebut tetap sah.

Dengan demikian, menurut J. Satrio, benar sekali jika kata *bestaanbaarheid* diterjemahkan sebagai “sahnya”. Kata “sahnya: ini lebih tepat karena lebih sesuai dengan substansi yang dikandung Pasal 1320 tersebut.³³²

Pasal 1320 KUHPerdato menentukan adanya 4 (empat) syarat sahnya suatu perjanjian, yaitu:

1. kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya (*de toesteming van degenen die zich verbinden*) ;
2. kecakapan untuk membuat suatu perikatan (*de bekwaamheid om eene verbintenissen aan te gaan*);

³³² J. Satrio. *op.cit.*, ... *Dari Perjanjian* , Buku I, hlm 162

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

3. suatu hal tertentu (*een bepaald onderwerp*); dan
4. suatu sebab yang tidak terlarang (*eene geoorloofde oorzaak*)

Pengaturan yang sama juga terdapat Pasal 1108 Code Civil Perancis. Pasal tersebut menentukan 4 (empat) persyaratan esensial bagi keabsahan perjanjian, yaitu:

1. adanya kesepakatan;
2. adanya kecakapan para pihak yang membuat perjanjian;
3. adanya objek tertentu; dan
4. adanya kausa hukum yang halal

B. Kata Sepakat

Supaya kontrak menjadi sah maka para pihak harus sepakat terhadap segala hal yang terdapat di dalam perjanjian.³³³ Pada dasarnya kata sepakat adalah pertemuan atau persesuaian kehendak antara para pihak di dalam perjanjian. Seseorang dikatakan memberikan persetujuannya atau kesepakatannya jika ia memang menghendaki apa yang disepakati.³³⁴

Di dalam pembentukan kata sepakat terdapat unsur penawaran dan penerimaan. Kata sepakat pada prinsipnya adalah terjadi terjadinya persesuaian antara penawaran (*offer, offerte*) dan penerimaan (*acceptance, acceptatie*).

Sebagaimana telah dijelaskan di dalam bab sebelumnya bahwa pada dasarnya penawaran adalah pernyataan dari satu pihak mengenai usul suatu ketentuan perjanjian atau usul untuk menutup perjanjian kepada pihak lainnya yang menerima penawaran. Adapun penerimaan adalah persetujuan akhir terhadap suatu penawaran. Penawaran itu harus dirumuskan sedemikian rupa sehingga dapat dikomunikasikan kepada pihak lainnya. Apabila penawaran itu telah diterima atau disetujui oleh pihak lainnya, maka terjadi penerimaan. Di sini terjadi persesuaian kehendak antara kedua belah pihak. Saat penerimaan itulah yang menjadi unsur penting dalam menentukan lahirnya perjanjian.

Persesuaian kehendak saja tidak akan menciptakan atau melahirkan perjanjian. Kehendak itu harus dinyatakan. Harus ada pernyataan kehendak. Pernyataan kehendak

³³³ Sudargo Gautama, *Indonesian Business Law* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1995), hlm 76.

³³⁴ J. Satrio, *op.cit.*, ... *Dari Perjanjian, Buku I*, hlm 164.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

itu harus disampaikan kepada pihak lawannya. Pihak lawan tersebut harus mengerti kehendak tersebut. Jika pihak lawannya itu menyetujui kehendak tersebut, maka terjadi kata sepakat.

Pernyataan kehendak itu sendiri dapat diungkapkan dalam berbagai cara. Cara-cara tersebut adalah:

1. secara lisan;
2. tertulis;
3. dengan tanda;
4. dengan simbol; atau
5. secara diam-diam

Di dalam kontrak yang sederhana dan para pihak saling bertemu berhadapan (*face to face*), waktu antara penawaran dan penerimaan berjalan singkat kesepakatan dapat terjadi dalam waktu yang sama dan pada tempat yang sama. Adakalanya juga ada selang waktu yang cukup lama antara waktu penawaran dan penerimaan. Selang waktu yang panjang dapat terjadi antara lain karena penawaran yang bersangkutan harus dilakukan perundingan atau negosiasi yang panjang dan mendalam. Ada juga perjanjian yang dibuat berdasarkan penawaran dan penerimaan yang dilakukan *online*. Di dalam transaksi dengan *online* tersebut proses penawaran dan penerimaan tidak dilakukan dengan *face to face*, juga para pihak tidak berada pada tempat yang sama dan bahkan sudah melintas batas negara.

Persoalan tentang kapan terjadinya perjanjian merupakan salah satu permasalahan penting di dalam hukum kontrak. Salah satu persoalan di dalam hukum kontrak adalah kapan saat lahirnya. Ketetapan saat lahirnya perjanjian memiliki arti penting bagi:³³⁵

1. penentuan risiko;
2. kesempatan penarikan penawaran;
3. saat mulai dihitungnya jangka waktu daluarsa; dan
4. menentukan tempat terjadinya perjanjian.

³³⁵ *Ibid*, hlm 256.

Masalah tersebut berkaitan dengan masalah penetapan kapan dianggap pihak lain yang telah memberikan penerimaan. Kesulitannya dapat terjadi karena antara lain para pihak tidak berada pada tempat yang sama, dan apalagi transaksi dilakukan melalui berbagai sarana komunikasi, dari komunikasi yang sederhana seperti surat sampai surat elektronik, dan bahkan sampai transaksi *electronic commerce*.

Di dalam transaksi sederhana dan lisan serta dilakukan pada tempat yang sama oleh para pihak, persoalan kapan seseorang melakukan penerimaan tidak menjadi persoalan. Dapat dengan mudah diketahui kapan terjadinya penerimaan serta kata sepakat. Apabila para pihak tidak berada pada berada tempat yang sama, ada kesulitan dalam menentukan saat dilakukan penerimaan, sehubungan persoalan itu, ada beberapa teori yang berusaha menjawab persoalan di atas, yaitu:³³⁶

1. teori pernyataan (*uitingstheorie*);
2. teori pengiriman (*verzentheorie*);
3. teori pengetahuan (*vernemingstheorie*);
4. teori Pitlo; dan
5. teori penerimaan (*ontvangstheorie*) dan

Ad. 1. Teori Pernyataan

Teori ini mengajarkan bahwa suatu penerimaan terjadi, apabila penerimaan dinyatakan tertulis dalam suatu surat. Perjanjian lahir apabila pihak yang ditawarkan telah menyatakan penerimaannya melalui suatu tulisan. Dalam kondisi sekarang, tentu tulisan termasuk surat elektronik (*electronic mail* atau *e-mail*). Pada saat itulah pernyataan kehendak penawaran bertemu dengan penerimaan.

Kelemahan yang melekat pada teori ini adalah orang tidak dapat mengetahui secara pasti kapan perjanjian telah lahir karena sulit diketahui dan sulit dibuktikan kapan surat jawaban tersebut ditulis. Di samping itu perjanjian sudah terjadi pada saat pihak menerima masih memiliki kekuasaan penuh atas surat jawaban tersebut. Dia juga dapat mengulur waktu atau bahkan membatalkan penerimaannya, sedangkan pihak yang menawarkan sudah terikat.

³³⁶ *Ibid*, hlm 257 – 262.

Ad. 2. Teori Pengiriman

Teori ini menyatakan bahwa perjanjian lahir pada saat pengiriman jawaban penerimaan dikirimkan. Bukti pengiriman misalnya dapat diketahui dengan cap pos. dalam pengiriman jawaban melalui faksimili (*facsimile*) atau melalui *e-mail* juga dapat diketahui dari laporan dari telah terkirimnya dokumen dimaksud kepada yang bersangkutan. Teori pernyataan dan teori pengiriman ini dapat diterima atas dasar kepatutan.

Ad. 3. Teori Pengetahuan

Teori ini menyatakan bahwa perjanjian telah lahir jika surat jawaban mengenai penerimaan tersebut isinya telah diketahui isinya oleh orang yang melakukan penawaran. Teori ini sebenarnya paling sesuai dengan prinsip bahwa perjanjian itu lahir atas dasar pertemuan dua kehendak yang dinyatakan (pernyataan kehendak), dan dari dua pernyataan itu dapat dimengerti atau dipahami keduabelah pihak.

Permasalahan yang belum terjawab dari teori ini adalah dalam hal penerima surat membiarkan suratnya tidak dibuka, atau dalam hal jawaban dikirim melalui *e-mail*, *e-mail*-nya tidak pernah dibuka. Timbul pertanyaan, apakah dengan demikian perjanjian tidak lahir dan karenanya tidak pernah akan lahir perjanjian. Selain itu, ada kesulitan untuk menentukan waktu yang pasti kapan pihak penerima jawaban membuka dan membaca surat yang bersangkutan.

Ad. 4. Teori Pitlo

Pitlo menyatakan bahwa perjanjian telah lahir pada saat orang yang mengirmkan jawaban secara patut boleh mempersangkakan (menganggap) bahwa pihak penerima jawaban mengerti jawaban itu.

Dengan demikian, perjanjian telah lahir apabila jawaban itu sudah sampai pada orang yang dituju, dan terlepas dari apakah si penerima jawaban secara faktual sudah mengetahui isi jawaban atau tidak setelah jangka waktu tertentu, yang dengan melihat keadaan-keadaan yang patut dianggap bahwa ia mengetahui isi jawaban itu.

Teori ini tidak memperhitungkan apakah si penerima jawaban secara faktual mengetahui isi jawaban atau tidak, yang ada hanya berupa anggapan bahwa dia mengetahui isi jawaban.

Ad. 5. Teori Penerimaan

Teori menyatakan saat terjadi perjanjian pada saat diterimanya jawaban atas penawaran dengan tidak memperhatikan apakah dalam kenyataannya surat tersebut dibuka atau tidak dibuka. Hal yang penting menurut teori ini, surat sudah sampai ke alamat orang yang bersangkutan. Permasalahan yang tidak terjawab oleh teori jika penerimaannya hilang di dalam pengiriman dan tidak pernah sampai kepada orang menawarkan. Dalam hal ini tidak pernah lahir perjanjian.

B. Kecakapan untuk Membuat Perjanjian

Syarat sahnya perjanjian yang kedua menurut Pasal 1320 KUHPdata adalah kecakapan untuk membuat perikatan (*de bekwaamheid om eene verbintenissen aan te gaan*). Di sini terjadi percampuran penggunaan istilah perikatan dan perjanjian.

Dari kata “membuat” perikatan dan perjanjian dapat disimpulkan adanya unsur “niat” (sengaja). Hal yang demikian itu dapat disimpulkan cocok untuk perjanjian yang merupakan tindakan hukum. Apalagi karena unsur tersebut dicantumkan sebagai unsur sahnya perjanjian, maka tidak mungkin tertuju kepada perikatan yang timbul karena undang-undang. Menurut J. Satrio, istilah yang tepat untuk menyebut syaratnya perjanjian yang kedua ini adalah kecakapan untuk membuat perjanjian.³³⁷

Pasal 1329 KUHPdata menyatakan bahwa setiap orang adalah cakap untuk membuat perjanjian, kecuali apabila menurut undang-undang dinyatakan tidak cakap.³³⁸ Pasal 1330 KUHPdata tidak menentukan siapa yang cakap melakukan perbuatan untuk mengadakan perjanjian, tetapi menentukan secara negatif, yaitu siapa yang tidak cakap untuk mengadakan perjanjian. Orang-orang tidak cakap tersebut, yaitu:

³³⁷ J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian, Buku II*, (Bandung: Citra Aditya Bakti. 2001), hlm 2.

³³⁸ Pasal 1329 KUHPdata: “Een ieder is bevoegd om verbintenissen aan te gaan , indien hij daartoe door de wet niet onbekwaam is verklaard.”

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

1. orang yang belum dewasa (*minderjarigen*);
2. mereka yang ditaruh di bawah pengampuan (*die onder curatele gesteld zijn*); dan
3. perempuan yang telah kawin dalam hal-hal yang ditentukan undang-undang, dan pada umumnya semua orang yang oleh undang-undang yang dilarang untuk membuat perjanjian tertentu (*getrouwde vrouwen, in de gevallen bij de wet voorzien, in, in het algemeen, alle degenen aan wie de wet het aangaan van zekere overeenkomsten verboden heeft*),.

Hukum perikatan Indonesia sama sekali tidak menentukan tolok ukur atau batasan umur agar seseorang dinyatakan dewasa. Buku III KUHPerdato tidak menentukan tolok ukur kedewasaan tersebut. Ketentuan tentang batasan umur ditemukan dalam Buku I KUHPerdato tentang Orang.

Berdasarkan Buku I Pasal 330 KUHPerdato, seseorang dianggap dewasa jika dia telah berusia 21 (duapuluh satu) tahun atau telah menikah.³³⁹ Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa hukum perjanjian Indonesia tidak menentukan batasan umur untuk menentukan kedewasaan. Batasan umur sebagai tolok ukur kedewasaan tersebut diatur dalam hukum perorangan atau hukum keluarga

Kemudian belakangan, pengaturan mengenai batas kedewasaan juga ditemukan dalam UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Sekalipun undang-undang tersebut diberi judul Undang-Undang tentang Perkawinan, tetapi di dalamnya sebenarnya diatur hukum keluarga. Sekalipun tidak secara tegas mengatur “umur dewasa” berdasar Undang-Undang Perkawinan.³⁴⁰ Pasal 47 jo Pasal 50 UU No 1 Tahun 1974 menyatakan bahwa kedewasaan seseorang ditentukan bahwa anak berada di bawah kekuasaan orang tua atau wali sampai dia berusia 18 tahun.

Pasal 47 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 menyatakan bahwa anak yang belum mencapai umur 18 (delapanbelas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan ada di bawah kekuasaan orang tuanya selama mereka tidak dicabut kekuasaannya.

³³⁹ Pasal 330 KUHPerdato (*Gew. S. 01-194 jo 05-552*): “*Minderjarigen zijn de zoodanigen die den vollen ouderdom van een-en-twintig jaren niet hebben bereikt, en niet vroeger in den echt zijn getreden*” (Belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap duapuluh satu tahun dan tidak kawin sebelumnya),

³⁴⁰ Ade Marman Suherman dan J. Satrio, *Penjelasan Hukum tentang Batasan Umur Kecakapan dan Kewenangan Bertindak Berdasar Batasan Umur* (Jakarta: National Legal Reform Program, 2010), hlm 13.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Kemudian oleh ayat (2) pasal yang sama ditentukan lagi bahwa orang tua mewakili anak tersebut mengenai perbuatan hukum di dalam dan di luar pengadilan.

Pasal 50 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 menentukan bahwa anak yang mencapai umur 18 (delapanbelas) tahun atau belum melangsungkan perkawinan, yang tidak berada di bawah kekuasaan orang tua berada di bawah kekuasaan wali. Kemudian ayat (2) Pasal 50 tersebut ditentukan bahwa perwalian itu mengenai pribadi anak maupun bendanya.

Ketentuan Pasal 47 UU No. 1 Tahun 1974 tersebut dengan secara tidak langsung menetapkan batas umur kedewasaan ketika menetapkan anak yang belum mencapai delapanbelas tahun atau belum melangsungkan perkawinan ada di bawah pengawasan orang tua mereka dewasa. Demikian pula dengan mereka yang berada di bawah kekuasaan wali sebagaimana ditentukan Pasal 50 UU No. 1 Tahun 1974.³⁴¹

Peraturan perundang-undangan di atas mengatur substansi yang sama dan terkait dengan hukum perorangan dan keluarga. UU No. 1 Tahun 1974 lebih baru daripada KUHPerdota dan bersifat nasional yang berlaku untuk semua golongan penduduk yang berkebangsaan Indonesia. Sesuai dengan asas *lex posteriori derogate lege priori*, maka undang-undang yang terbaru yang harus dijadikan dasar untuk menentukan batasan umur kedewasaan tersebut. Karena undang-undang ini bersifat nasional, maka tidak relevan lagi untuk mendikotomikan antara kedewasaan yang tunduk pada KUHPerdota dan hukum adat. Dengan demikian, batasan umur kedewasaan itu semestinya adalah 18 (delapanbelas) tahun.

Khusus berkaitan dengan perjanjian dibuat dihadapan notaris (akta notaris), telah ada pula aturan khusus (*lex specialis*), yakni UU No. 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris juga menentukan batas kedewasaan tersebut adalah 18 (delapanbelas) tahun. Pasal 39 ayat (1) UU No. 30 Tahun 2004 menentukan bahwa para penghadap harus memenuhi syarat sebagai berikut:

- a. paling sedikit berumur 18 (delapanbelas) tahun atau telah menikah; dan
- b. cakap melakukan perbuatan hukum

³⁴¹ Herlien Budiono, *Hukum Perjanjian dan Penerapannya di bidang Kenotariatan* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2010), hlm 103.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Dengan demikian, kecakapan untuk melakukan perjanjian yang dibuat tidak hanya dikaitkan dengan batasan umur kedewasaan, tapi juga dikaitkan tolak ukur yang lain, misalnya tidak berada di bawah pengampuan. Tidak hanya dewasa, tetapi cakap melakukan perbuatan hukum.

Pemahaman dan sikap pengadilan berkaitan dengan kecakapan dan kedewasaan hingga sekarang menunjukkan ketidakkonsistenan. Ada yurisprudensi yang menentukan bahwa batas kedewasaan tersebut adalah 18 (delapanbelas) tahun, tapi ada juga yurisprudensi yang menentukan batas kedewasaan itu adalah 21 (duapuluh satu) tahun. Seringkali putusan atau penetapan pengadilan yang berkaitan dengan kedewasaan itu tidak menyebutkan alasan mengapa mereka 18 (delapanbelas) tahun atau 21 (duapuluh satu) tahun. Uraian di bawah ini dibagi menjadi dua kelompok, yaitu: Pertama, putusan pengadilan yang memakai batasan kedewasaan umur 21 (duapuluh satu) tahun; dan Kedua, putusan pengadilan yang memakai batasan kedewasaan umur 18 (delapanbelas) tahun.

1. Putusan Pengadilan yang Memakai Batasan Kedewasaan Umur 21 (Duapuluh Satu) Tahun³⁴²

- a. Putusan Pengadilan Negeri Tondano No. 118//PDT/1990/PN.TDO Tanggal 1 Agustus 1991 jo Putusan Pengadilan Tinggi Sulawesi Utara No. 84/PDT/1992/PT.MDO Tanggal 15 April 1993 jo Putusan MARI No. 441/K/Pdt/1994 Tanggal 19 Januari 1995

Majelis hakim berpandangan bahwa anak tergugat I dan II belum dewasa dalam arti belum mencapai usia 21 (duapuluh satu) tahun atau belum menikah. Pengadilan menunjuk ketentuan di dalam ordonansi tanggal 31 Januari 1931 (LN 1931 No. 5) jo Pasal 330 KUHPperdata. Dengan demikian, anak tergugat I dan II belum dewasa karena nya berdasarkan Pasal 1367 KUHPperdata tergugat I dan II bertanggungjawab atas kerugian yang ditimbulkan anaknya.

- b. Putusan Pengadilan Negeri Sigli No, 12/Pdt/G/1991/PN-Sigi Tanggal 24 September 1991 jo Putusan Pengadilan Tinggi Aceh No. 7/PT/1992/PT-Aceh Tanggal 24 September 1992 jo Putusan MARI No.2574/K/Pdt/1992 Tanggal 26 Februari 1994

³⁴² Ade Marman Suherman dan J. Satrio, *op.cit*, hlm 125 – 127.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Majelis hakim berpendapat bahwa tergugat I yang berusia 20 (duapuluh) tahun masih berada di bawah umur. Dengan demikian, tergugat II selaku orang tuanya bertanggungjawab terhadap kerugian atas perbuatan anaknya.

Dalam putusan ini majelis hakim tidak menguraikan dasar hukum yang dijadikan dasar pertimbangan untuk menentukan seseorang berada di bawah umur, Majelis hakim juga tidak menjelaskan parameter batasan umur yang digunakan untuk menentukan keadaan dewasa atau di bawah umur tersebut.

Untuk peristiwa yang terjadi setelah 1974, jika merujuk pada peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, maka ketika mengklasifikasikan seseorang di bawah umur atau telah dewasa, setidaknya akan bersinggungan Pasal 330 KUHPdata atau Pasal 47 UU No. 1 Tahun 1974. Dengan tidak menyebutkan dasar hukum yang dijadikan pertimbangan putusannya, juga tidak menyebutkan batasan umur yang digunakan sebagai parameter batasan dewasa atau di bawah umur, maka putusan tersebut menjadi tidak memiliki landasan hukum yang kuat.

- c. Putusan Pengadilan Negeri Madiun No.14/PDT.G/1992/PN.Kb.Mn Tanggal 26 November 1992 jo Putusan Pengadilan Tinggi Jawa Timur No. 423/PDT/1993/PT.SBY Tanggal 22 September 1992 jo Putusan MARI No. 262/K/PDT/1994 Tanggal 5 Oktober 1994

Majelis hakim berpendapat bahwa meskipun berdasar Pasal 47 UU No. 1 Tahun 1974 dapat ditafsirkan bahwa seseorang yang telah berumur di atas 18 (delapanbelas) tahun tidak lagi berada di bawah kekuasaan orang tua, namun tidak berarti bahwa orang tersebut telah dewasa. Dengan demikian, berdasar Pasal 1367 KUHPdata, tergugat I bertanggungjawab terhadap kerugian yang ditimbulkan anaknya (tergugat I) yang dinyatakan masih di bawah umur.

Dalam putusan ini majelis tidak cermat dalam menerapkan Pasal 47 UU No.1 Tahun 1974. Dalam hal seseorang sudah tidak berada di bawah kekuasaan orang, maka menurut hukum dia telah dinilai mampu untuk bertanggungjawab terhadap setiap perbuatan yang dilakukannya. Dengan demikian, tercipta kondisi di mana dia menjadi cakap berbuat dalam hukum.

Apabila hakim memandang bahwa batasan umur seseorang dinyatakan dewasa adalah 21 (duapuluh satu) tahun, tidak seharusnya disandarkan pada Pasal 47 UU No. 1 tahun 1974. Meskipun Pasal 47 tersebut tidak secara tegas bahwa dewasa adalah mereka yang telah berumur 18 (delapanbelas) tahun, tetapi dengan menyatakan tidak lagi berada di bawah kekuasaan orang tua, maka menjadi cakap menurut hukum.

2. Putusan dan Penetapan Pengadilan yang Memakai Batasan Kedewasaan Umur 18 (Delapanbelas) Tahun³⁴³

a. Gugatan Pembatalan atas Penjualan Aset anak di bawah Umur

Dalam Putusan Pengadilan Negeri Tarakan No.05/Pdt.G/2005/PN.trk Tanggal 20 Juni 2005, majelis hakim menggunakan pertimbangan Pasal 48 UU No. 1 Tahun 1974. Menurut Pasal tersebut orang tua tidak boleh memindahkan hak-hak barang tetap anak yang belum berumur 18 (delapanbelas) tahun. Dengan demikian, batasan umur yang digunakan hakim untuk menilai seseorang belum memiliki kemampuan untuk mengurus hartanya adalah 18 (delapanbelas) tahun. Hal ini berarti bahwa ketika seseorang telah berumur 18 (delapanbelas) tahun dianggap memiliki kemampuan untuk mengurus hartanya karena telah mampu bertanggungjawab dan karenanya cakap untuk melakukan perbuatan hukum.

Putusan pengadilan negeri tersebut dibatalkan oleh Pengadilan Tinggi Kalimantan Timur dengan Putusan No.104.Pdt/2005/PT.KT.SMDA Tanggal 28 November 2005. Putusan pengadilan tinggi ini tidak memuat pertimbangan berkaitan dengan batasan usia dewasa. Pengadilan tinggi hanya menguraikan bahwa ayah sebagai kepala keluarga berhak bertindak untuk mewakili anaknya yang belum dewasa, tetapi tidak menyebutkan dasar hukum atau pertimbangan yang digunakan sebagai parameter umur dewasa, sehingga perbuatan pengalihan bidang tanah yang dilakukan ayahnya sah. Putusan pengadilan tinggi dibatalkan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia dengan Putusan No. 1935/K /Pdt2005 Tanggal 2 Maret 2007, Mahkamah Agung menganggap ayahnya tidak berhak mengalihkan yang

³⁴³ *Ibid*, hlm 133 – 135.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

bidang tanah dimiliki anaknya, terlebih lagi saat ini anak tersebut berada dalam *hadhanah* penggugat.

- b. Putusan Pengadilan Negeri Medan No. 271/Pdt.G/1997/PN.MDN Tanggal 19 Februari 1998 jo Putusan Pengadilan Tinggi Sumatera Utara No. 221/Pdt/1998/PT.MDN Tanggal 3 Agustus 1998 jo Putusan MARI No. 1753/K/Pdt/1999 Tanggal 24 Februari 2005

Dalam perkara ini, majelis hakim berpandangan bahwa anak penggugat (umur 17 tahun 6 bulan) yang bekerja pada tergugat atas ajakan tergugat masih termasuk ke dalam golongan pekerja muda. Pekerja muda adalah orang yang berumur 14 (empatbelas) tahun atau lebih tetapi belum genap 18 (delapanbelas) tahun (vide Pasal 1 ayat (1) c UU No. 12 Tahun 1948). Menurut hukum perburuhan anak penggugat tersebut belum cakap untuk mengikat perjanjian kerja baik secara tertulis maupun lisan.

Berdasarkan bukti di persidangan, terungkap bahwa penggugat yang mengantarkan anaknya untuk bekerja. Dengan demikian, penggugat dianggap memberikan persetujuan untuk mengikatkan anaknya dalam perjanjian kerja.

Dalam pertimbangannya, majelis hakim mendasarkan pada Pasal 47 UU No. 1 Tahun 1974 yang menentukan untuk menentukan kondisi di bawah umur, yaitu maka yang belum mencapai umur 18 (delapanbelas) tahun atau belum melangsungkan perkawinan.

- c. Penetapan Pengadilan Jakarta Timur No. 115/Pdt.P/2009/PN.Jaktim Tanggal 17 Maret 2009

Penetapan ini berkaitan dengan permohonan melakukan perbuatan hukum atas anak di bawah umur. Hakim menggunakan pertimbangan bahwa batasan umur dewasa seseorang untuk cakap bertindak secara hukum menurut Pasal 47 UU No. 1 Tahun 1974.

- d. Penetapan Pengadilan Negeri Jakarta Timur No. 78/Pdt.P/2009/PN.Jaktim Tanggal 9 Maret 2009

Hakim menggunakan pertimbangan untuk menentukan batasan umur sebagai parameter kecakapan dengan mengacu pada Pasal 47 ayat (1) dan (2) UU No. 1

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

tahun 1974. Selanjutnya dengan berdasarkan pada Pasal 48 UU No. 1 Tahun 1974, orang tua diperbolehkan memindahkan hak atau menggandakan barang-barang tetap yang dimiliki anaknya yang belum berumur 18 (delapanbelas) tahun atau belum melangsungkan perkawinan, kecuali apabila kepentingan itu menghendakinya.

Di luar praktik pengadilan, juga terdapat ketidakkonsistenan berkaitan dengan batasan umur dewasa. Berkaitan dengan transaksi tanah, Badan Pertanahan Nasional (BPN) masih berpegang pada batasan umur 21 (duapuluh satu) tahun. Surat No. Dpt.7/539/7.77 Tanggal 13 Juli 1977 menyatakan bahwa golongan penduduk yang tunduk pada hukum Eropa, golongan penduduk Cina, dan Timur Asing bukan Cina, umur dewasa mengacu kepada S.1924.556 dan 1924.557 adalah 21 (duapuluh satu) tahun. Untuk orang-orang yang tunduk pada hukum Adat digunakan batasan umur 19 (sembilanbelas) tahun atau 20 (duapuluh) tahun. Bahkan, untuk bertindak sebagai saksi BPN dengan tegas mensyaratkan usia 21 (duapuluh satu) tahun atau telah menikah – dengan berdasarkan diri Pasal 330 KUHPdata, S.1931.54 – tanpa memandang apakah saksi adalah orang tunduk kepada KUHPdata atau hukum Adat.³⁴⁴

Kritik yang diarahkan kepada praktik yang berkaitan dengan berkaitan tanah yang diatur oleh BPN dapat dilihat aspek formalitas perundang-undangan maupun dari substansi pengaturannya. Surat No. Dpt.7/539/7.77 Tanggal 13 Juli 1977 tidak dapat dijadikan landasan hukum, ini bukan peraturan perundang-undangan. Surat ini tidak dapat dijadikan *lex specialis* dari ketentuan Pasal 47 UU No. 1 Tahun 1974. Untuk dapat dijadikan *lex specialis* harus pada derajat peraturan perundang-undangan yang sama, misalnya undang-undang dengan undang-undang.

BPN melaksanakan Undang-Undang Pokok Agraria yang merupakan ketentuan yang bersifat nasional, dan sesuai Pasal 5 undang-undang tersebut didasarkan pada hukum adat, ternyata menggunakan tolok ukur yang berbeda-beda dalam menentukan kecakapan bertindak batasan umur. BPN tidak konsisten pada hukum adat, dan menafikan ketentuan Pasal 47 UU No. 1 Tahun 1974.

Dewasa ini di Belanda kedewasaan juga ditentukan tidak lagi 21 (duapuluh satu) tahun atau telah menikah, tetapi 18 (delapanbelas) tahun atau telah menikah. Hal

³⁴⁴ *Ibid*, hlm 20.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

tersebut dapat dilihat dari Artikel 1.233 NBW menyebutkan: "*Minderjarigen zijn, zij, die de ouderdom van achttien jaren niet hebben bereikt en niet gehuwd of geregistreerd zijn geweest of met toepassing van artikel 253 ha meerderjarig zijn verklaard.*" Pengaturan batas umur kedewasaan ini juga diatur Buku I tentang orang, bukan dalam Buku VI tentang Perikatan.

Seseorang yang telah dewasa dapat tidak cakap melakukan perjanjian, jika yang bersangkutan diletakkan di bawah pengampuan (*curatele* atau *conservatorship*). Seseorang dapat diletakkan di bawah pengampuan jika yang bersangkutan gila, dungu (*onnoozelheid*), mata gelap (*razernij*), lemah akal (*zwakheid van vermogens*) atau juga pemboros. Orang yang demikian itu tidak dapat menggunakan akal sehatnya, dan oleh karenanya dapat merugikan dirinya sendiri. Pengampuan tidak terjadi demi hukum. Pengampuan tersebut harus berdasarkan penetapan pengadilan negeri.

Berkaitan dengan perempuan yang telah bersuami dan melakukan suatu perjanjian, Mahkamah Agung melalui Surat Edaran (SEMA) Nomor 3 Tahun 1963 menetapkan bahwa perempuan demikian itu tetap cakap melakukan perjanjian. Pasal 31 ayat (2) UU No. 1 Tahun 1974 menentukan hal yang sama. Pasal 31 ayat (2) UU No. 1 Tahun 1974 menentukan bahwa baik suami maupun isteri berhak melakukan perbuatan hukum.

Seseorang yang telah dinyatakan pailit juga tidak cakap untuk melakukan perikatan tertentu. Seseorang yang telah dinyatakan pailit untuk membuat perikatan yang menyangkut harta kekayaannya. Ia hanya boleh melakukan perikatan yang menguntungkan harta pailit, dan itu pun harus sepengetahuan kuratornya.

Selain orang, badan hukum, seperti perseroan terbatas, koperasi, dan yayasan juga memiliki kapasitas hukum untuk membuat perjanjian atas nama dirinya sendiri. Suatu badan hukum memiliki kapasitas hukum setelah akta pendirian badan mendapat pengesahan dari pejabat yang berwenang untuk itu. Walaupun badan hukum itu memiliki kapasitas hukum atau cakap untuk membuat perikatan, namun perbuatannya tetap harus diwakili orang yang pengurus badan hukum yang bersangkutan,

Untuk badan selain badan hukum, seperti persekutuan komanditer dan firma tidak memiliki kapasitas hukum atau kecakapan untuk membuat kontrak atas dirinya

sendiri. Kontrak yang dibuat oleh badan tidak mengacu kepada badannya, tetapi mengacu kepada orang yang menjadi sekutu badan itu dan mewakili persekutuan tersebut.

Dalam perkembangannya, di Belanda. baik persekutuan dengan firma maupun persekutuan komanditer tegas diakui bahwa kedua bukan badan hukum, tetapi keduanya memiliki kapasitas kontraktual, kapasitas untuk membuat kontrak atas nama dirinya sendiri.³⁴⁵

C. Suatu Hal Tertentu

Syarat sahnya perjanjian yang ketiga adalah adanya suatu hal tertentu (*een bepaald onderwerp*). Suatu perjanjian harus memiliki objek tertentu, suatu perjanjian harus mengenai suatu hal tertentu (*certainty of terms*).

Jika undang-undang berbicara tentang objek perjanjian (*het onderwerp der overeenkomst*), kadang yang dimaksudkan yakni pokok perikatan (*het voorwerp der verbinten*) dan kadang juga diartikan sebagai pokok prestasi (*het voorwerp der prestatie*).³⁴⁶

Suatu hal tertentu yang dimaksud Pasal 1320 KUHPerdata adalah kewajiban debitor dan hak kreditor. Ini berarti bahwa hal tertentu itu adalah apa yang diperjanjikan, yakni hak dan kewajiban kedua belah pihak.

Pasal 1333 ayat (1) KUHPerdata menentukan, *eene overeenkomst moet tot onderwerp hebben eene zaak welke ten minste ten aanzien hare sort bepaald is* (suatu perjanjian harus mempunyai pokok suatu benda yang paling sedikit dapat ditentukan jenisnya). *Zaak* dalam bahasa Belanda tidak hanya berarti barang dalam arti sempit, tetapi juga berarti yang lebih luas lagi, yakni pokok persoalan.

Sebagaimana telah dijelaskan di dalam Bab I bahwa objek perikatan adalah prestasi, maka perjanjian atau kontrak sebagai bagian dari perikatan, juga memiliki objek yang sama yaitu prestasi. Pokok persoalan di dalam kontrak adalah prestasi. Prestasi harus tertentu atau setidaknya-tidaknya harus dapat ditentukan.

³⁴⁵ Steven R. Schuit, ed, *Corporate Law and Practices of the Netherlands, Legal, Works Council, and Taxation* (The Hague: Kluwer Law International, 2002), hlm 23.

³⁴⁶ Herlien Budiono, *op.cit*, hlm 107.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

J. Satrio juga menyatakan bahwa objek perjanjian adalah isi dari prestasi yang menjadi pokok perjanjian yang bersangkutan. Jika Pasal 1332 dan 1334 KUHPdata berbicara tentang *zaak* yang menjadi objek perjanjian, maka *zaak* di sini adalah objek perjanjian³⁴⁷

Zaak dimaksud dalam Pasal 1333 ayat (1) KUHPdata, adalah *zaak* dalam arti prestasi berupa “perilaku tertentu” hanya mungkin untuk perjanjian yang prestasinya adalah untuk memberikan sesuatu.³⁴⁸ Misalnya di dalam perjanjian jual beli, pembeli memiliki prestasi tertentu yaitu pembayaran, pembayaran itu dengan mata uang apa dan berapa jumlahnya, misalnya Rp 12.000.000,00 (duabelas juta rupiah). Menurut J. Satrio, makna *zaak* yang dimaksud Pasal 1333 ayat (1) KUHPdata tidak mungkin diterapkan untuk perjanjian untuk melakukan untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu tidak mungkin diterapkan.³⁴⁹ Sebenarnya prestasi yang tertentu itu tentu dapat diterapkan dalam perjanjian berupa berbuat sesuatu. Misalnya di dalam kontrak kerja jasa konstruksi, pihak penyedia jasa memiliki prestasi untuk membangun bangunan dimaksud dalam Rencana Kerja dan Syarat-Syarat (RKS). Prestasinya tertentu, misalnya berupa luas bangunan yang harus ia bangun, misal 20.000 (duapuluh ribu) meter persegi dengan spesifikasi yang dimaksud dalam RKS.

KUHPdata menentukan bahwa barang yang dimaksud tidak harus disebutkan, asalkan nanti dapat dihitung atau ditentukan.³⁵⁰ Sebagai contohnya perjanjian untuk ‘panen tembakau dari suatu ladang dalam tahun berikutnya’ adalah sah.

D. Kausa Hukum yang Halal

Syarat sahnya perjanjian yang keempat adalah adanya kausa hukum yang halal. Naskah asli KUHPdata (bahasa Belanda) menggunakan istilah *een geoorloofde oorzaak* yang berarti alasan yang diperbolehkan. Terjemahan yang sudah lazim digunakan di Indonesia adalah kausa hukum yang halal (*justa causa*). Dari Pasal 1320

³⁴⁷ J. Satrio, *op.cit.*, ... *Dari Perjanjian*, Buku II, hlm 32.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ Lihat Pasal 1333 KUHPdata.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

KUHPerdata dapat ditarik simpulan bahwa pasal tersebut mensyaratkan bahwa perjanjian atau kontrak disamping harus ada kuasanya, tapi juga kausa itu harus halal.

Domat dan Pothier memandang kausa suatu perikatan sebagai alasan penggerak yang menjadi dasar kesediaan debitor untuk menerima keterikatan untuk memenuhi isi (prestasi) perikatan. Jadi, mereka ingin mengetahui apa dasarnya para pihak terikat (mengikatkan diri). Menerima perikatan berarti menerima keterikatan kewajiban-kewajiban yang timbul dari perikatan tersebut. Dengan perkataan lain, menerima keterikatan untuk memberikan prestasi perikatan.³⁵¹

Dengan penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa seorang terikat untuk melaksanakan isi perjanjian tidak hanya didasarkan pada kata sepakat saja, tetap juga harus didasarkan adanya kausa.

Dari yurisprudensi dapat diketahui bahwa kausa atau sebab yang halal dimaknai dalam kaitan dengan maksud tujuan para pihak (*haar strekking, datgene wat partijen daarmede beogen*). Ajaran di atas mendapat kritik dari mereka yang berpendapat bahwa yang dimaksud dengan sebab yang halal adalah tujuan (*doel*). Berkenaan dengan tersebut apa yang penting diperhatikan adalah pengaruh kausa terhadap penerapannya dalam praktik.³⁵²

Dalam perkara *Ny. Lie Lian Joun v Arthur Tutuarima* (Putusan Nomor: 268 K/SIP/1971. Mahkamah Agung memberi makna kausa hukum yang halal atau alasan yang diperbolehkan itu merupakan tujuan bersama (*gezaameenlijk doel*) dari kedua belah pihak atas dasar mana kemudian diadakan perjanjian dan bukan mengenai akibat pada waktu pelaksanaan perjanjian.³⁵³

Secara teoretik harus dibedakan kausa yang halal dalam pengertian “tujuan” dan kausa halal dalam kaitan dengan “motif.” Kausa yang halal dalam perjanjian jual beli rumah bertujuan untuk beralihnya hak milik atas rumah itu dari penjual kepada pembeli dengan pembayaran kepada penjual. Adapun motif mengapa penjual menjual

³⁵¹ J. Satrio, *op.cit*,...*Dari Perjanjian, Buku II*, hlm 54.

³⁵¹ *Ibid*, hlm 41.

³⁵² Herlien Budiono, *op.cit*, hlm 112.

³⁵³ Penyusun Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia, Perdata Umum 1962 – 1979 Bagian 1* (Jakarta: Pilar Yuris Ultima, 2009), hlm 305.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

rumahnya mungkin dilandasi keinginan utang. Sebaliknya, pembeli justeru termotivasi membeli rumah itu untuk diberikan kepada anaknya. Hukum tidak memperhitungkan pertimbangan atau motivasi apa yang menggerakkan orang untuk melakukan tindakan hukum. Baik dalam jual beli maupun hibah harus memiliki kausa yang halal, terlepas dari motivasinya.³⁵⁴

Sebenarnya motivasi itu penting bagi hakim. Sebelum hakim dapat menentukan apakah suatu perjanjian memiliki kausa atau tidak, ia akan menelaah motivasi apa yang menggerakkan para pihak untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Dapat saja terjadi ternyata suatu perjanjian memiliki tujuan objektif yang tidak halal, seperti seseorang memberikan uang kepada orang lain untuk melakukan pembunuhan. Hakim sebelum menjatuhkan putusan akan juga mempertimbangkan apakah perjanjian yang menjadi pokok sengketa ternyata motivasi yang berakibat menjadi halal atau tidak halal, demikian pula seorang notaris selayaknya “mencari tahu” apa yang menjadi motivasi para penghadap ketika mereka ingin dibuatkan akta.³⁵⁵

Kata kausa di dalam ilmu hukum sebenarnya mengandung makna perlu adanya dasar yang melandasi hubungan hukum di bidang kekayaan. Dasar inilah yang dinamakan kausa. Pembuat undang-undang ketika mengatakan suatu perjanjian tidak memiliki kausa hukum atau kuasanya tidak halal, maka perjanjian tidak sah, sebenarnya hendak menyatakan bahwa suatu perjanjian hanya akan memiliki hanya akan memiliki akibat hukum jika memenuhi dua syarat.³⁵⁶

Syarat yang pertama yang menyatakan bahwa tujuan perjanjian mempunyai dasar yang pantas atau patut (*redelijk grond*). Syarat yang kedua menyatakan bahwa perjanjian itu harus mengandung sifat yang sah (*een geoorloofd karakter dragen*).³⁵⁷

Halal di sini maksudnya adalah kausa hukum yang ada tidak bertentangan peraturan perundang-undangan atau ketertiban umum, atau kesusilaan.

³⁵⁴ Herlien Budiono, *op.cit*, hlm 114.

³⁵⁵ *Ibid*,

³⁵⁶ *Ibid*.

³⁵⁷ *Ibid*, hlm 115.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Jika objek dalam perjanjian itu ilegal, atau bertentangan dengan kesusilaan atau ketertiban umum, maka perjanjian tersebut menjadi batal. Sebagai contohnya, perjanjian untuk membunuh seseorang mempunyai objek tujuan yang ilegal, maka kontrak ini pun tidak sah.³⁵⁸

Pasal 1335 Jo 1337 KUHPdata menyatakan bahwa suatu kausa dinyatakan terlarang jika bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum. Suatu kausa dinyatakan bertentangan dengan undang-undang, jika kausa di dalam perjanjian yang bersangkutan isinya bertentangan dengan undang-undang yang berlaku. Misalnya adalah dua perusahaan yang menjadi produsen minyak goreng sawit yang besar di Indonesia, yakni PT “X” dan PT “Y”. Kedua perusahaan ini membuat sebuah perjanjian yang berisi kesepakatan bahwa mereka akan menjual minyak goreng sawit kepada konsumen dengan harga yang sama. Ini adalah perjanjian penetapan harga (*price fixing*). Perjanjian semacam ini dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999 tentang Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 menentukan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga barang dan atau jasa yang harus dibayar konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama.

Untuk menentukan apakah suatu kausa perjanjian bertentangan dengan kesusilaan (*geode zeden*) bukanlah hal yang mudah, karena istilah kesusilaan tersebut sangat abstrak, yang isinya bisa berbeda-beda antara daerah yang satu dan daerah yang lainnya atau antara kelompok masyarakat yang satu dan lainnya. Selain itu penilaian orang terhadap kesusilaan dapat pula berubah-ubah sesuai dengan perkembangan zaman.³⁵⁹

Kausa hukum dalam perjanjian terlarang jika bertentangan dengan ketertiban umum. J. Satrio memaknai ketertiban umum sebagai hal-hal yang berkaitan dengan masalah kepentingan umum, keamanan negara, keresahan dalam masyarakat dan juga keresahan dalam masalah ketatanegaraan.³⁶⁰

³⁵⁸ Sudargo Gautama, *op.cit*, hlm 80.

³⁵⁹ J. Satrio, *op.cit*,... *Dari Perjanjian, Buku II*, hlm 109.

³⁶⁰ *Ibid*, hlm 41.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Syarat sahnya kontrak yang ditentukan Pasal 1320 KUHPdata di atas menyangkut baik mengenai subjek maupun objek perjanjian. Persyaratan yang pertama dan kedua yang berkaitan dengan kesepakatan dan kecakapan untuk membuat perjanjian disebut persyaratan subjektif. Disebut persyaratan subjektif karena ini berkaitan dengan subjek yang membuat yang mengadakan perjanjian atau kontrak. Persyaratan ketiga dan keempat, yakni objek tertentu dan kausa hukum halal disebut persyaratan objektif. Disebut persyaratan objektif karena persyaratan ini berkaitan dengan objek perjanjian.

Ketidaklengkapan persyaratan tersebut di dalam perjanjian memiliki konsekuensi hukum yang berbeda. Jika ketidaklengkapan berkaitan dengan persyaratan subjektif hanya membawa konsekuensi kontrak itu dapat dibatalkan (*vernietigbaarheid, voidable*). Selama perjanjian tersebut belum diajukan pembatalannya ke pengadilan yang berwenang maka perjanjian tersebut masih tetap sah. Ketidaklengkapan persyaratan objektif mengakibatkan kontrak batal demi hukum (*null and void*). Ini berarti bahwa perjanjian sejak pertama kali dibuat telah tidak sah, sehingga hukum menganggap bahwa perjanjian tersebut tidak pernah ada sebelumnya.

Jika dalam suatu perkara perdata yang berkaitan dengan gugatan ganti rugi akibat wanprestasi, di dalam persidangan hakim menemukan fakta bahwa ternyata kontrak dibuat oleh satu pihak yang masih di bawah umur atau ternyata kesepakatan mengandung cacat kehendak, sepanjang tidak ada gugatan pembatalan perjanjian, maka hakim tidak dapat berinisiatif untuk membatalkan kontrak itu. Hakim hanya memeriksa dan memutus mengenai wanprestasi.

Jika di dalam kasus yang sama, ternyata hakim menemukan fakta bahwa isi perjanjian tersebut bertentangan dengan peraturan perundang-undangan (yang bersifat memaksa) tanpa diminta oleh para pihak, hakim wajib membatalkan perjanjian itu.

E. Syarat Perjanjian dalam Sistem Common Law

Persyaratan keabsahan kontrak di negara-negara *Civil Law*, seperti di Perancis dan Indonesia ditentukan dalam Code Civil. Di negara-negara *Common Law*, seperti Inggris dan Amerika Serikat yang tidak memiliki kodifikasi (dalam makna kodifikasi

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

yang dianut di negara-negara *Civil Law*), ketentuan persyaratan keabsahan kontrak tersebut ditafsirkan oleh para sarjana (doktrin) dari putusan-putusan pengadilan (*case law*). Akibatnya terjadi perbedaan dalam menafsirkan persyaratan keabsahan kontrak tersebut. Ada perbedaan penekanan unsur-unsur persyaratan keabsahan tersebut.

Roger LeRoy Miller dan Gaylord A. Jentz menyebutkan adanya 4 (empat) persyaratan bagi keabsahan perjanjian di dalam sistem *Common Law*, khususnya Anglo America, yaitu:³⁶¹

1. *agreement*;
2. *consideration*;
3. *contractual capacity*; dan
4. *legality*

Raymod Youngs menyebutkan bahwa, ada 3 (tiga) persyaratan bagi keabsahan kontrak yang berlaku dalam hukum kontrak Common Law, khususnya di Inggris, yaitu:³⁶²

1. *agreement*;
2. *an intention to create legal relation*; and
3. *consideration*

Ad. 1. *Agreement*

Agreement adalah unsur utama dalam pembentukan kontrak. Para pihak harus sepakat terhadap semua isi kontrak, *Agreement* sendiri bermakna sebagai pertemuan dua atau lebih atau kehendak terhadap isi kontrak. Kesepakatan dibuktikan dari dua kejadian, yakni penawaran (*offer*) dan penerimaan (*acceptance*). Pihak yang satu menawarkan sesuatu kepada pihak lainnya yang menerima penawaran tersebut. Pihak yang membuat penawaran disebut *offeror* dan pihak yang melakukan penerimaan disebut *offeree*.

Dalam pembentukan kontrak diperlukan penawaran dan penerimaan. Suatu penawaran adalah suatu indikasi suatu keinginan satu pihak untuk mengadakan kontrak

³⁶¹ Roger LeRoy Miller dan Gaylord A. Jentz, *op.cit*, hlm 182 – 183.

³⁶² Raymod Youngs, *English, French, German Comparative Law* (London: Routledge-Cavendish, 2007), hlm 510.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

dengan pihak lainnya, dan penerimaan merupakan suatu kesepakatan terhadap isi atau persyaratan dari penawaran. Misalnya: Saya seorang penjual mobil (*car dealer*) dan mengatakan kepada anda, maukah anda mobil seharga f 100 ? Saya mengindikasikan keinginan saya untuk mengadakan kontrak untuk menjual mobil kepada anda, dan saya bermaksud agar kontrak sesegara mungkin lahir, dan anda menyetujui tawaran dan persyaratan yang saya ajukan. Jika anda membalas bahwa anda juga menyenangi tawaran tersebut, anda setuju terhadap isi atau persyaratan penawaran saya, dan terbentuk kontrak diantara kita.³⁶³

Singkatnya, penawaran ini adalah suatu janji (*promise*) atau komitmen untuk melaksanakan atau tidak melaksanakan satu beberapa perbuatan tertentu pada waktu yang akan datang.

Ada tiga elemen yang diperlukan agar suatu penawaran di dalam kontrak menjadi efektif, yakni:³⁶⁴

1. penawaran yang dilakukan *offeror* harus merupakan kehendak serius dan objektif;
2. isi penawaran tersebut harus sesuatu yang rasional dan tertentu, sehingga para pihak dan pengadilan dapat mengetahui isi kontrak; dan
3. penawaran harus dikomunikasikan dengan pihak *offeree*.

Adapun penerimaan, secara singkat dirumuskan sebagai indikasi yang jelas dari *offeree* bahwa ia setuju terhadap isi atau persyaratan penawaran yang diajukan pihak *offeror*.

Bilamana penawaran yang efektif itu dibuat itu dan pihak *offeree* menerima penawaran tersebut, maka lahir kontrak yang secara hukum mengikat para pihak dalam kontrak.

Ad. 2. *Consideration*

Doktrin *consideration* merupakan satu ciri khusus hukum kontrak dalam sistem *Common Law*. Para pihak dalam kontrak secara hukum tidak dapat melaksanakan kontrak, jika kontrak tersebut tidak mengandung *consideration*.

³⁶³ Janet O'Sullivan dan Jonathan Hilliard, *The Law of Contract* (Oxford: Oxford University Press, 2006), hlm 12.

³⁶⁴ Roger LeRoy Miller dan Gaylord A. Jentz, *op.cit*, hlm 188.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Sebenarnya, *consideration* ini tidak hanya ada dalam sistem *Common Law*, hukum kontrak Islam memiliki hukum yang serupa, yakni *iwad*.

Membicarakan doktrin *consideration* dalam hukum Inggris adalah sesuatu kata yang salah (*misnomer*). Tidak ada satu pun doktrin yang rasional dan koheren yang berkaitan dengan *consideration*, tetapi doktrin itu lebih merupakan seperangkat norma yang merupakan evolusi dari pandangan pengadilan di Inggris yang meletakkan sejumlah pembatasan untuk dapat dilaksanakannya kontrak.³⁶⁵

Consideration, secara teknis mengacu kepada apakah satu pihak dalam suatu perjanjian memberikan janji atau berjanji, dan apakah pertukaran balik yang diberikan atau dijanjikan dari pihak lainnya.³⁶⁶ *Consideration* dapat juga didefinisikan sebagai harga (*price*) janji yang harus dilaksanakan. *Consideration*, lazimnya berbentuk suatu keuntungan bagi *promisee* yang diberikan kepada *promisor* atau suatu kerugian yang diderita *promisee* sebagai timbal balik (bilateral) dari yang diterima. Ini penting untuk merealisasikan hak tersebut, dalam suatu kontrak timbal balik, para pihak harus meletakkan kewajiban berdasarkan kontrak atau perjanjian dan harus menentukan *consideration*.³⁶⁷ Karena itu, di dalam suatu kontrak timbal balik *consideration* dilengkapi oleh kedua-dua pihak.³⁶⁸ Di dalam kontrak sepihak (unilateral) hanya satu pihak yang memberikan suatu janji yang menjadi *consideration*.³⁶⁹

Misalnya dalam suatu kontrak, A menjual 10 (sepuluh) karung padi dengan harga f 100 kepada B. Apakah di sini ada *consideration*? A melakukan pengalihan kepemilikan padi kepada B. Dalam *consideration* ini, B membayar f 100.³⁷⁰ Hal tersebut adalah suatu hal yang timbal-balik yang menciptakan perjanjian yang secara hukum dapat dilaksanakan. Dari contoh ini terlihat bahwa, di sana ada *consideration* dari kedua-dua pihak dalam perjanjian.

³⁶⁵ D.G. Craknell, *Obligations: Contract Law* (London: Old Bailey Press, 2003), hlm 40.

³⁶⁶ Richard Stone, *Principles of Contract Law* (London: Cavendish Publishing Limited, 2002), hlm 40.

³⁶⁷ Lim kit-Wye dan Victor Yeo, *op.cit*, 45.

³⁶⁸ *Ibid*.

³⁶⁹ *Ibid*, hlm 46.

³⁷⁰ Richard Stone, *loc.cit*.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Kalau B berjanji membayar kepada A f 100, di sini tidak ada kontrak. Ini adalah transaksi hibah dan secara hukum tidak dilaksanakan.³⁷¹ Di Indonesia hibah adalah bagian dari perjanjian, tetapi di dalam sistem Common Law, hibah bukan merupakan kontrak atau perjanjian karena di dalamnya tidak ada *consideration*. Pengaturan hibah dalam sistem *Common Law* terdapat dalam hukum benda.

Contoh lain, Jerry mengatakan kepada anaknya: “Kalau kamu selesai mencat garasi, saya akan bayar kamu US \$ 100.” Anak Jerry kemudian mencat garasi. Tindakan untuk mencat garasi tersebut adalah *consideration* yang menciptakan kewajiban kontraktual Jerry untuk membayar kepada anaknya sebesar US \$ 100.³⁷²

Dalam setiap sistem hukum, beberapa janji dapat dilaksanakan dan beberapa janji lain tidak dapat dilaksanakan. Fakta sederhana, bahwa satu pihak berjanji, tidak berarti janji itu dapat dilaksanakan. Di dalam *Common Law*, dasar utama supaya suatu janji dapat dilaksanakan harus didasarkan *consideration*. *Consideration* biasanya didefinisikan sebagai *the value given in return for a promise*. Pengadilan selalu memperhatikan *consideration* dari dikotomi keuntungan (*benefit*) *promisor*, atau kerugian (*detriment*) *promise*.³⁷³ Persyaratan ini adalah persyaratan alternatif.

Dikotomi keuntungan atau kerugian memiliki dua makna yang terpisah. Pertama, kata itu digunakan untuk dalam arti suatu tindakan, suatu janji yang bernilai ekonomis (keuntungan atau kerugian nyata). Kedua, kata itu digunakan dalam arti untuk tindakan, suatu janji pelaksanaan yang belum didasarkan hukum (keuntungan atau kerugian hukum, *legal benefit/detriment*).³⁷⁴ Pengadilan tidak pernah secara konsisten menarik perbedaan di atas, tetapi yang akan terlihat, sejumlah kasus dimana ada keuntungan atau kerugian nyata yang tidak diragukan, tetapi diputuskan tidak ada *consideration*.³⁷⁵

Biasanya *consideration* dibagi dalam dua bagian, yaitu (1) sesuatu yang secara hukum bernilai yang harus diberikan persetujuan dalam pertukaran janji; dan (2) ada sesuatu yang disetujui untuk suatu pertukaran. Lim Kit-Wye dan Victor Yeo

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² Roger Le Roy dan Gaylord A. Jenzt, *op.cit.*, hlm 198.

³⁷³ D.G. Craknell, *loc.cit.*

³⁷⁴ *Ibid.*, hlm 41.

³⁷⁵ *Ibid.*.

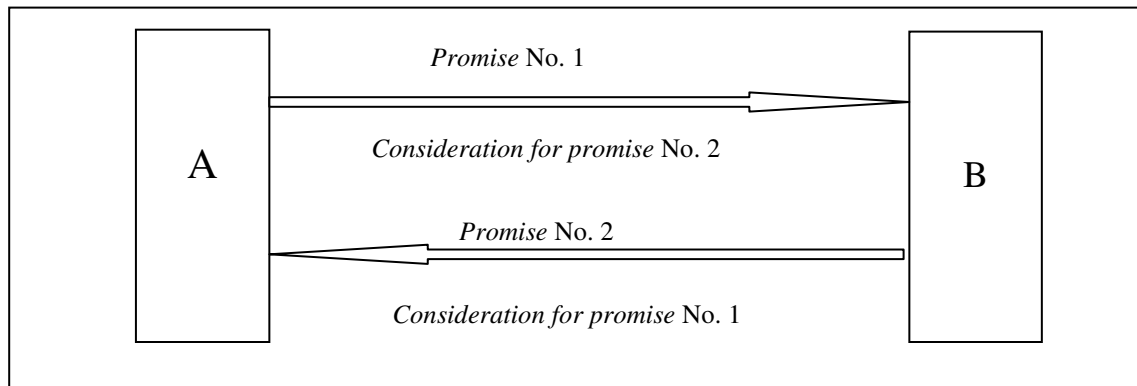
Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

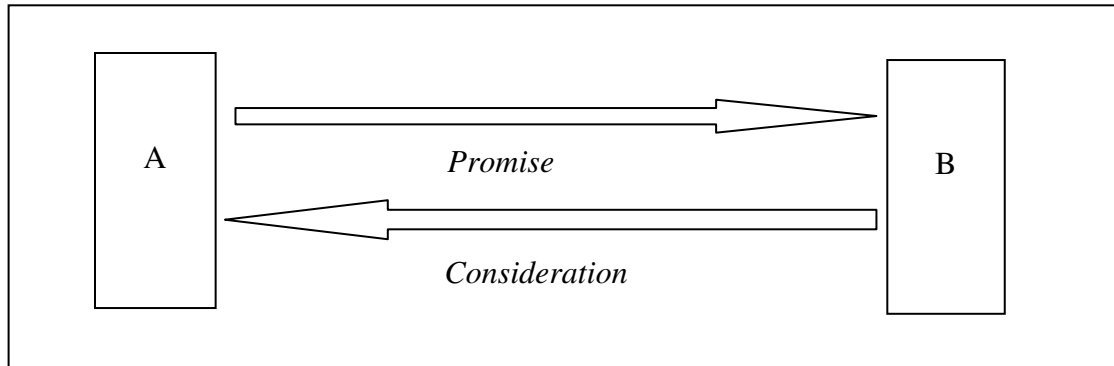
Ridwan Khairandy

menggambarkan terjadi pertukaran janji dan *consideration* di dalam perjanjian timbal balik (*bilateral contract*) dan kontrak sepihak (*unilateral contract*) melalui alur di bawah ini.³⁷⁶

Consideration dalam Kontrak Timbal Balik



Consideration dalam Kontrak Sepihak



Ad.3. Contractual Capacity

Keduabelah pihak yang membuat kontrak harus memiliki kecakapan kontraktual (*contractual capacity*) atau kecakapan untuk membuat kontrak. Hukum mengakui mereka sebagai orang yang memiliki karakteristik yang dikualifikasikan sebagai pihak yang kompeten untuk mengadakan kontrak.³⁷⁷ Kecakapan untuk membuat kontrak adalah kemampuan untuk membuat kontrak atau kemampuan untuk mengadakan suatu hubungan kontraktual.

³⁷⁶ Lim kit-Wye dan Victor Yeo, *op.cit*, hlm 46.

³⁷⁷ Roger Le Roy dan Gaylord A. Jenzt, *op.cit*, hlm 183.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Ketidakcakapan untuk mengadakan kontrak diklasifikasikan menjadi 3 (tiga) klasifikasi, pertama anak di bawah umur (*minor*), orang yang menderita gangguan mental (*mental disability*), dan pemabuk (*intoxication*).

Henry R. Cheeseman menjelaskan bahwa di dalam sistem *Common Law*, khususnya *Anglo America*, seseorang dikatakan belum dewasa jika belum berumur 18 (delapanbelas) tahun (bagi wanita) dan 21 duapuluh satu) tahun (bagi pria). Dalam perkembangannya, umumnya negara-negara bagian di Amerika Serikat telah mengatur bahwa kedewasaan tersebut ditentukan jika seseorang telah berumur 18 (delapanbelas) tahun yang berlaku baik bagi wanita maupun pria.³⁷⁸ Di Inggris, kecakapan untuk membuat kontrak pada saat seseorang berumur 18 (delapanbelas) tahun. Batasan umur tersebut didasarkan pada Section 1 English Family Law Act 1969.

Kecakapan kontraktual juga menjadi masalah jika kontrak dibentuk oleh orang dinyatakan sebagai pemabuk pada waktu kontrak dibuat. Ketentuan umum (*general rule*) menyatakan bahwa kalau seseorang yang mabuk tidak memiliki kapasitas mental untuk mengadakan kontrak. Kontrak yang dibuatnya menjadi kontrak yang dapat dibatalkan. Terhadap kontrak yang dapat dibatalkan itu. Harus dibuktikan bahwa jika pikiran dan pengambilan putusan orang yang pemabuk itu tidak dapat memahami akibat hukum yang timbul dari kontrak yang bersangkutan,³⁷⁹

Terhadap orang yang dinyatakan menderita gangguan mental oleh pengadilan, maka harus ditunjuk seorang pengampu (*guardian*). Ini serupa dengan orang yang ditempatkan di bawah pengampuan (*onder curatele*) yang dimaksud KUHPerdata. Orang yang berada di bawah pengampuan ini tidak memiliki kapasitas atau kecakapan untuk membuat kontrak. Segala perbuatan hukum orang menderita gangguan mental harus diwakilii oleh pengampunya.

Ad. 4. *Legality*

Kausa hukum yang halal di dalam sistem *Common Law* dikenal dengan istilah *legality* yang dikaitkan dengan *public policy*. Tujuan kontrak harus sesuai atau

³⁷⁸ Henry R. Cheeseman, *op.cit*, hlm 197.

³⁷⁹ Roger Le Roy dan Gaylord A. Jenzt, *op.cit*, hlm 217. Di Inggris, pengaturan ketidakcakapan kontraktual bagi pemabuk ini terdapat dalam Artikel 3 Sale of Goods Act 1979.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

memenuhi tujuan hukum dan tidak bertentangan dengan *public policy*. Suatu kontrak dapat menjadi tidak sah (*illegal*) jika bertentangan dengan *public policy*. Walaupun, sampai sekarang belum ada definisi *public policy* yang diterima secara luas, pengadilan memutuskan bahwa suatu kontrak bertentangan dengan *public policy* jika berdampak negatif pada masyarakat atau mengganggu keamanan dan kesejahteraan masyarakat (*public's safety and welfare*)³⁸⁰

Menurut J.G. Castel, ketentuan ketertiban umum (*public policy*) dapat dijumpai dalam konstitusi dan undang-undang secara menyeluruh yang mencerminkan nilai-nilai keadilan dan kesejahteraan umum (*public welfare*).³⁸¹

Di dalam sistem hukum kontrak yang berlaku di Amerika Serikat, kontrak tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan federal dan negara bagian. Jika konsep *legality* ini digabungkan dengan *consideration* memiliki kesamaan dengan konsep kausa hukum yang halal yang dimaksud butir keempat Pasal 1320.

F. Syarat Sahnya Perjanjian dalam Hukum Islam

Berbeda dengan ketentuan syarat sahnya perjanjian atau kontrak dalam Pasal 1320 KUHPerdata yang sudah menentukan secara limitatif persyaratan dimaksud, persyaratan keabsahan kontrak atau akad dalam hukum Islam sangat bervariasi karena didasarkan pada doktrin atau pendapat dari para sarjana hukum Islam (*fuqaha*). Pendapat para *fuqaha* tentang persyaratan keabsahan kontrak tersebut sangat bervariasi. Diantara mereka terjadi perbedaan penekanan dan pendekatan.

1. *Muwafaqah* atau *Al-rida*

Kontrak yang sah menimbulkan akibat atau konsekuensi hukum. Hukum Islam menekankan akan keharusan adanya kata sepakat dari para pihak yang membuat kontrak. Kata sepakat ini menjadi dasar utama kontrak. Ini berarti bahwa kontrak tidak dapat eksis kecuali kalau seorang yang melakukan penawaran untuk mengadakan hubungan hukum, tawarannya (*ijab*) diterima oleh pihak lainnya. Suatu penawaran

³⁸⁰ Henry R. Cheseeman, *op.cit*, hlm 205.

³⁸¹ J. G. Castel, *Introduction to Conflict of Law* (Toronto: Butterworth, 1986), hlm 150

menyatakan apa yang dilakukan dan diharapkan pihak yang melakukan penawaran. Di lain pihak, suatu penerimaan (*qabul*) menunjukkan suatu kehendak dari pihak yang menerima tawaran untuk terikat untuk menerima isi atau persyaratan yang ditawarkan tersebut. Karena itu, tanpa ada kesepakatan yang menerima isi atau persyaratan tersebut, maka tidak ada kontrak.³⁸²

Kesepakatan bersama sebagai dasar kontrak meletakkan suatu penawaran dari satu pihak diterima dengan penerimaan dari pihak lainnya. Hukum Islam mensyaratkan bahwa suatu kontrak dapat dilaksanakan jika kedua belah pihak yang mengadakan kontrak setuju pada isi atau persyaratan yang sama.³⁸³

Kesepakatan dalam bahasa Arab disebut *muwafaqah* atau *al-rida*. *Muwafaqah* atau *al-rida* secara literal berarti kelegaan hati dan jiwa, dan berkebalikan dengan kemarahan dan kebencian. Menurut fuqaha, ada dua pendekatan terhadap definisi kesepakatan. Pertama, kesepakatan sebagaimana didefinisikan fuqaha mazhab Hanafi, yakni sebagai pemenuhan pilihan yang berarti pilihan tersebut telah berakhir yang efeknya telah terjadi seperti orang yang tersenyum. Dengan perkataan lain, kesepakatan adalah kesukaan akan sesuatu. Kedua, kesepakatan umumnya diartikan sebagai kemauan untuk melakukan sesuatu tanpa paksaan.³⁸⁴

2. *Majlis al-‘aqd*

Kesepakatan akan tercapai jika apabila ijab dan qabul saling bersesuaian satu dengan lainnya. Kesepakatan harus terjadi dalam satu waktu yang sama atau pada majelis yang sama. Dengan perkataan lain, perjanjian ditutup dalam waktu dan tempat yang sama. Waktu dan tempat yang sama itu disebut majelis akad (*majlis al-‘aqd*). Penutupan perjanjian harus dilakukan dalam satu majelis.

Eksistensi majelis dapat dengan mudah ditentukan kalau kontrak yang dibuat berdasar prinsip saling berhadapan atau *face to face* di mana para pihak bertemu secara fisik dan bertemu pada tempat yang sama.³⁸⁵

³⁸² Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *op.cit*, hlm 75.

³⁸³ *Ibid*, hlm 79.

³⁸⁴ *Ibid*, hlm 80

³⁸⁵ Siti Salwani Rizali, *op.cit*, hlm 18

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Ketidakpastian muncul dalam beberapa transaksi, seperti kontrak secara *online* (*online contract*), di mana dan kapan *ijab* dan *qabul* dibuat, ketika kontrak ditutup apakah kesepakatan yang diadakan para pihak secara elektronik dapat dilaksanakan. Ini adalah salah satu persoalan hukum dalam hukum syariah, yakni bagaimana menentukan eksistensi majelis akad dalam kontrak *online*.³⁸⁶

Para pihak di dalam kontrak *online* tidak berada pada tempat yang sama, dalam kenyataannya transaksi yang dilakukan malah melintas batas negara, apakah dalam hal ini dapat dikatakan bahwa kontrak *online* tidak sah dan tidak ada majelis akad atau adakah formula lain yang menyatakan bahwa majelis akad itu tidak berarti hanya eksis secara fisik, tetapi bisa luas lagi. Berdasar prinsip yang dianut mazhab Hanafi dan Maliki, *fiqh* memiliki ketentuan bahwa ketentuan ganda dari penawaran dan penerimaan dari kontrak yang ditutup harus dilakukan secara simultan dalam majelis.³⁸⁷ Majelis menciptakan kesatuan esensial waktu dan tempat yang diperlukan untuk pernyataan rangkap dari kemauan dan kesepakatan.

Ajaran majelis yang dikembangkan dahulu oleh para fuqaha jauh sebelum berkembangnya teknologi komunikasi yang memungkinkan kontrak dibuat secara jarak jauh dilakukan pembaruan atau revisi seperti Common Law yang juga mengakomodasi cara baru dalam berkontrak yang mengikuti perubahan teknologi komunikasi.³⁸⁸

Syamsul Anwar menyatakan, dapat dibayangkan bahwa akad tidak ditutup begitu saja dalam sesaat, misalnya dalam transaksi besar. Sebelumnya tentu terjadi suatu proses negosiasi diantara para pihak. Apabila satu pihak mengajukan penawaran yang ditujukan kepada pihak lainnya, maka pihak lain itu bebas untuk menentukan jawabannya, dan ia mempunyai kesempatan untuk memikirkan penawaran itu. Setelah itu baru dia menyatakan kabul selama yang dimaksud tidak ditarik kembali oleh pihak yang mengajukan (*mujib*) atau selama penawaran itu belum batal karena sesuatu sebab lain, misalnya karena diinterupsi oleh suatu perbuatan yang memalingkan mereka dari negosiasi tersebut.³⁸⁹ Di sisi lain, pihak yang mengajukan penawaran (*mujib*)

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ *Ibid.*, hlm 19.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ Syamsul Anwar, *op.cit.*, hlm 147.

mempunyai peluang untuk menarik kembali penawarannya selama pihak mitra janji belum menyatakan penerimaannya. Apabila pihak yang menawarkan tidak menarik kembali ijabnya dan ijab itu disambut oleh pihak mitra janji dengan pernyataan kabulnya di tempat mereka berada selama belum terjadi hal-hal yang menginterupsi dan memalingkan mereka dari hal-hal negosiasi perjanjian, maka saat itu tercipta perjanjian menurut hukum Islam.³⁹⁰

Hak dari pihak yang mengajukan penawaran untuk menarik kembali penawarannya dari mitra janji disebut *khiyar ar-ruju*. Pihak mitra janji (pihak yang melakukan penerimaan) berhak untuk menolak selama penawaran belum ditarik kembali atau majelis akad belum bubar. Hak yang demikian itu disebut *khiyar al-qabul*.³⁹¹

Teori atau ajaran majelis akad ini secara umum dimaksudkan untuk menentukan kapan dan di mana akad terjadi dan secara khusus untuk menentukan kapan kabul dapat diberikan dan untuk memberikan kesempatan kepada kedua belah pihak untuk mempertimbangkan akad itu. Secara teoretik, di dalam teori hukum Islam, pertemuan ijab dan kabul harus terjadi bersamaan atau setidaknya segera begitu ijab dinyatakan. Dengan perkataan lain, ijab dan kabul harus terkait dan bersambung. Namun demikian, secara praktis, hal itu tidak mungkin terjadi karena membuat pihak yang satu tidak memiliki kesempatan untuk mempertimbangkan penawaran dan penerimaan tersebut. Kabul yang terburu-buru dan tanpa pertimbangan yang matang akan merugikan dirinya. Karena itu, dirumuskan teori majelis akad yang memberikan ruang dan waktu yang masuk akal agar kabul dapat disampaikan dan bertemu dengan ijab.³⁹²

3. Ahliyyah

Kata yang sepadan dengan *ahliyyah* adalah kecakapan atau kapasitas hukum (*legal capacity*). Di dalam hukum kontrak Inggris, kata kapasitas hukum digunakan dalam hukum untuk menunjukkan kemampuan seseorang untuk melakukan perbuatan

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*, hlm 148.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

hukum yaitu kemampuan untuk bertanggungjawab atau mendapatkan hak-hak hukum.³⁹³

Dalam hukum Islam, kecakapan hukum itu dikenal dengan istilah *ahliyyah*. *Ahliyyah* berarti kemampuan. Ada perbedaan makna antara kecakapan hukum dalam Inggris (dan hukum positif umumnya) dan *ahliyyah*. Seseorang memiliki kemampuan dalam bidang tertentu cakap atau memiliki kapasitas untuk melaksanakan tindakan-tindakan tertentu.³⁹⁴ Para fuqaha menggolongkan *ahliyyah* ke dalam dua golongan, yaitu: Pertama *ahliyyah al-wujub*; Kedua *ahliyyah al-ada*.

Seseorang dalam kategori *ahliyyah al-wujub* dapat menerima hak dan dibebani kewajiban sesuai dengan *zimmah*. *Al-wujub* berkaitan dengan karakteristik individu secara menyeluruh.³⁹⁵

Menurut Anuar Sultan, *ahliyyah al-wujub* adalah kesempurnaan individu di mana individu tersebut mampu mendapatkan hak dan dibebani kewajiban yang ditentukan hukum.³⁹⁶

Dalam pendekatan yang lebih modern, kapasitas itu dianggap berasal dari hukum yang terlepas dari keadaan fisik atau mentalnya. Ini adalah semata-mata kemampuannya untuk mendapat dan melaksanakan hak.³⁹⁷ Menurut Syamsul Anwar *ahliyyah al-wujub* ini adalah kecakapan untuk menerima hukum (kecakapan pasif).³⁹⁸

Ahliyyah al-wujub ini dapat diklasifikasikan menjadi 3 ((tiga) klasifikasi, yaitu:³⁹⁹

- a. *ahliyyah al-wujub* yang lengkap (*ahliyyahtul-wujub al-kamilah*)

Ini adalah kemampuan yang dimiliki seseorang terhadap semua hak dalam semua keadaan.

- b. *ahliyyah al-wujub* yang tidak lengkap (*ahliyyahtul-wujub al-naqisah*)

\Seseorang dalam kategori ini dapat memperoleh hak-hak hukum secara terbatas, misalnya anak kecil atau anak di bawah umur.

³⁹³ Siti Salwani Razali, *op.cit*, hlm 27.

³⁹⁴ *Ibid*.

³⁹⁵ *Ibid*, hlm 28.

³⁹⁶ *Ibid*.

³⁹⁷ *Ibid*.

³⁹⁸ Syamsul Anwar, *op.cit*, hlm 109.

³⁹⁹ Siti Salwani Razali, *loc.cit*.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

- c. *ahliyyah al-wujub* yang sama sekali tidak memiliki kemampuan

Seseorang yang masuk dalam kategori ini tidak memiliki hak apapun. Orang yang masuk kategori ini adalah seorang janin yang setelah dilahirkan meninggal dunia.

Ahliyyah al-Ada adalah kemampuan seseorang untuk melaksanakan segala bentuk tindakan yang ditentukan syariah. Ini meliputi hak-hak Tuhan dan semua tindakan yang dilakukan manusia. Kemampuan untuk bertindak ini seseorang memiliki hak dan kewajiban yang dibebankan hukum. Salah satu mazhab menyatakan bahwa kemampuan untuk bertindak (*ahliyyah al-ada*) sama dengan kapasitas hukum. *Ahliyyah al-ada* dapat dikatakan sebagai kapasitas hukum dalam membuat kontrak.⁴⁰⁰ Ini adalah kecakapan untuk bertindak hukum (kecakapan bertindak hukum).⁴⁰¹ Termasuk dalam kategori kecakapan bertindak hukum ini adalah kecakapan untuk membuat kontrak. *Ahliyyah al-ada* dapat dibagi ke dalam dua kategori, yaitu:⁴⁰²

- a. *ahliyyah al-ada* yang lengkap (*ahliyyahtul-ada al-kamilah*)

Tipe *ahliyyah* ini membolehkan semua orang untuk bertindak sesuai dengan hukum syariah tanpa bantuan orang lain. Orang ini telah puber dan menjadi dewasa. Dia memiliki hak untuk mengadakan kontrak atas nama dirinya sendiri.

- b. *ahliyyah al-ada* (*ahliyyahtul-ada al-naqisah*) yang tidak lengkap

Seseorang berada dalam kategori ini dapat melakukan tindakan dalam hal-hal tertentu saja. Dia dapat melakukan sesuatu perbuatan tertentu dengan pengawasan orang lain.

Kecakapan untuk membuat kontrak ini dikaitkan dengan kedewasaan, Setiap orang yang mengadakan kontrak harus orang yang telah dewasa. Beberapa sarjana hukum dan sistem hukum modern untuk kedewasaan itu merujuk kepada usia, tetapi banyak sarjana mengkaitkan kedewasaan itu dengan pubertas.⁴⁰³

⁴⁰⁰ *Ibid*, hlm 29.

⁴⁰¹ Syamsul Anwar, *loc.cit*.

⁴⁰² Siti Salwani Razali, *loc.cit*.

⁴⁰³ S.E. Rayner, *The Theory of Contract in Islamic Law: A Comparative Analysis With Particular References To The Modern Legislation In Kuwait, Bahrain, and The United Arab Emirates* (London: Graham & Trotman, 1991), hlm 122.

Berkaitan dengan kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum ini, hukum Islam mengenal empat tahapan periode dalam kecakapan, yaitu: (a) *marhalah al-janin*; (b) *marhalah al-saba*; (c) *marhalah al-tamyiz*; dan (d) *marhalah al-bulugh*.⁴⁰⁴

a. *Marhalah al-janin*

Periode *janin* dimulai sejak masa pembuahan sampai masa kelahiran anak. Seseorang yang berada pada periode ini memiliki kecakapan yang digolongkan ke dalam *ahliyyah al-wujud al-naqisah*.⁴⁰⁵ Dia cakap untuk menerima hak-hak yang berkait dengan kepentingannya, seperti menerima waris, hibah. Orang ini tidak memiliki *ahliyyah al-ada*.

b. *Marhalah al-saba*

Marhalah al-saba ini adalah periode kanak-kanak. Periode kanak-kanak ini dimulai dari anak yang bersangkutan lahir sampai dengan usia 7 (tujuh) tahun. Anak yang berada pada periode ini disebut *al-bay ghayr al-mumayyiz*.⁴⁰⁶ Anak yang berada pada periode ini memiliki *ahliyyah al-wujud* yang tidak lengkap. Dia dapat menerima hak dan diwakili oleh walinya. Anak yang masuk kategori ini belum memiliki *ahliyyah al-ada*. Karena itu, anak ini belum memiliki kecakapan untuk membuat kontrak.

c. *Marhalah al-tamyiz*

Periode ini berlangsung antara umur 7 (tujuh) sampai dengan masa puber atau 15 (limabelas) tahun seperti kebanyakan pendapat fuqaha atau 18 (delapanbelas) tahun seperti yang dinyatakan fuqaha mazhab Maliki. Anak yang berada pada periode ini disebut *al-sabiy al-mumayyiz*.⁴⁰⁷ Anak yang memasuki periode ini, sudah dapat membedakan baik dan buruk, dapat membedakan sesuatu yang bermanfaat atau tidak,

⁴⁰⁴ Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *op.cit*, hlm 87 - 88.

⁴⁰⁵ Siti Salwani Razali, *op.cit*, hlm 30.

⁴⁰⁶ Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *loc.cit*.

⁴⁰⁷ *Ibid*.

dan mengetahui bagaimana melakukan negosiasi dan mengerti perjanjian jual beli, misalnya untuk melepaskan atau mendapatkan kepemilikan benda atau barang.⁴⁰⁸

Mereka hanya cakap untuk melakukan perbuatan atau transaksi yang secara keseluruhan menguntungkan atau bermanfaat bagi dirinya seperti menerima hibah tanpa persetujuan dari walinya. Apabila perbuatan itu secara keseluruhan tidak menguntungkan dirinya, perbuatan tersebut tidak sah, kecuali disetujui oleh walinya.⁴⁰⁹ Mereka dapat membuat kontrak asalkan dengan persetujuan walinya. Mereka ini kapasitas yang disebut *ahliyyah al-ada al-naqisah* atau *al-qasirah*.

d. Marhalah al-bulugh

Mayoritas fuqaha berpendapat bahwa periode ini sejak seseorang telah mencapai masa puber mencakup waktu dari seseorang yang telah puber dan memiliki kematangan intelektual. Orang yang demikian sudah dapat digolongkan memiliki *ahliyyah al-ada al-kamilah*. Setiap orang yang dewasa dianggap memiliki kecakapan hukum aktif ini, kecuali terbukti yang bersangkutan memiliki kemampuan intelektualnya terganggu atau gila.⁴¹⁰

Menurut al Mawardi, *baligh* saja belum cukup bagi seseorang untuk disertai kekayaan, tetapi juga harus berada kematangan (*ar-rusyd*). *Ar-rusyd* secara literer berarti kemampuan bertindak secara tepat. Menurut al-Kasami, *ar-rusyd* adalah sikap yang benar dan terkendali dalam mengelola kekayaan.⁴¹¹ Dengan demikian, *ar-rusyd* dapat juga diartikan sebagai kematangan intelektual

Di negara-negara Arab, kecakapan pada umumnya diatur dalam hukum keluarga. Dalam pendekatan yang lebih modern penentuan kecakapan dilepaskan dari keadaan fisik dan mental seseorang, tetapi didasarkan pada ketentuan hukum.

Ada perbedaan usia dewasa (*baligh*) dan *tamyiz* yang ditentukan oleh legislasi modern negara-negara Teluk. Artikel 86 ayat (1) Code Civil Kuwait menentukan bahwa anak di bawah umur tanpa *tamyiz* tidak memiliki kecakapan. Kemudian artikel 86 (2)

⁴⁰⁸ Siti Salwani Razali, *loc.cit.*

⁴⁰⁹ Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *loc.cit.*

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ Syamsul Awar, *op.cit.*, hlm 114.

menentukan lagi bahwa anak di bawah umur 17 (tujuhbelas) tahun dianggap *tamyiz*. Anak yang tergolong *tamyiz* hanya boleh mengadakan perikatan yang menguntungkan untuk biaya hidupnya (*nafaqa*).⁴¹²

Usia kematangan (*rushd*) dicapai ketika seseorang berumur 18 (delapanbelas) tahun. Menurut Artikel 96 ayat ((1) Code Civil Kuwait, setiap orang yang masuk kategori *rushd* tersebut memiliki kecakapan penuh untuk mengadakan transaksi sepanjang -yang bersangkutan berdasarkan tidak putusan pengadilan yang menempatkannya di bawah pengampuan.⁴¹³

Di Indonesia, di dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah dinyatakan bahwa seseorang dipandang memiliki kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum apabila telah mencapai umur minimal 18 (delapanbelas) tahun atau telah melangsungkan perkawinan.

4. *Al-Ma'qud Alaihi*

Al-ma'qud alaihi menurut Abdurrahman Raden Aji Haqqi sama dengan *consideration* yang dikenal hukum kontrak *Common Law*.⁴¹⁴ Menurut S.E. Rayner *al-ma'qud alaihi* adalah objek kontrak.⁴¹⁵

Hukum kontrak Islam didasarkan pada sekitar konsep benda (*al-mal*). Sebagian besar mazhab menentukan persyaratan yang berkaitan dengan objek kontrak agar kontrak menjadi sah, yaitu:⁴¹⁶

- a. legalitas;
- b. objek sudah ada pada saat kontrak dibuat;
- c. objek itu dapat diserahkan; dan
- d. objek itu tertentu.

⁴¹² S.E. Rayner, *op.cit*, hlm 123.

⁴¹³ *Ibid*, hlm 124.

⁴¹⁴ Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *op.cit*, hlm 18.

⁴¹⁵ S.E. Rayner, *op.cit*, hlm 151.

⁴¹⁶ *Ibid*. Lihat juga Nayla Comair-Obeid, *The Law of Business Contract in the Arab Middle East, A theoretical and practical Comparative analysis (with particular reference to modern legislation)* (The Hague: Kluwer, 1996), hlm 22 – 28.

Ad. a. Legalitas

Pertama-tama, objek itu harus legal (*mubah*), dalam hal ini berarti juga harus bermanfaat, benda itu dapat diperdagangkan (*mal mutaqawwim*), objek itu merupakan pokok persoalan dan mendasari kausa yang sesuai dengan hukum, objek itu tidak boleh bertentangan dengan hukum Islam, ketertiban umum, dan moral.⁴¹⁷

Di dalam hukum kontrak Islam, objek kontrak dapat benda, dan juga berupa keuntungan yang berasal benda, dan perbuatan atau jasa tertentu.

Ad. b. Objek Telah Ada

Prinsip kedua yang berkaitan dengan objek kontrak adalah, objek tersebut harus telah ada pada saat kontrak dibuat. Karena itu, bertentangan dengan hukum apabila menjual janin binatang sebelum lahir, atau menjual buah yang belum berbuah di pohon.⁴¹⁸

Prinsip bahwa objek itu telah ada pada saat kontrak dibuat, dilonggarkan atau diberi pengecualian terhadap kontrak atau akad *salam* dan *istisna* yang berkenaan dengan benda yang akan datang dan benda akan diproduksi atau dibuat.⁴¹⁹

Ad. c. Objek Dapat Diserahkan

Prinsip ketiga mengenai objek kontrak adalah objek tersebut harus dapat diserahkan. Jika objek itu berupa suatu perbuatan, perbuatan itu harus dapat segera dilaksanakan. Para yuris atau fuqaha klasik melarang jual beli burung yang ada di udara atau ikan yang ada di laut. Demikian juga suatu kontrak untuk melaksanakan jasa yang tidak dapat yang secara pasti tidak dapat dilakukan seperti yang dilakukan dokter untuk mengobati seseorang yang sakit adalah kontrak yang batal.⁴²⁰

Ad. d. Objek Kontrak Ditentukan Secara Pasti

Prinsip objek kontrak yang keempat adalah objek tersebut secara pasti ditentukan. Objek kontrak harus secara pasti ditentukan pokoknya, jumlahnya, dan nilainya. Serupa dengan itu, jika objek kontrak itu adalah kewajiban untuk melaksanakan sesuatu. Objek itu harus secara pasti ditentukan sifat dan nilainya.

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ *Ibid*, hlm 133.

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ *Ibid*, hlm 139.

Dalam hal keuntungan dari benda, perbuatan, jasa, atau dari benda yang belum ada pada waktu dibuat, objek itu harus mungkin dilakukan dan dipastikan atau dapat dilakukan dan tidak bertentangan dengan hukum.⁴²¹

5. Consideration

Di dalam hukum kontrak Islam juga dikenal lembaga *consideration*, tetapi terdapat perbedaan mengenai istilah harus dipakai, Abdurrahman Raden Aji Haqqi menyamakan *consideration* dengan *al-ma'qud alaihi*.⁴²² Liaquat Ali Khan Niazi memakai istilah *sabab* dan *iwad*.⁴²³ *Sabab* menurut S.E. Rayner adalah kausa.⁴²⁴

Kontrak dalam hukum kontrak Islam akan eksis jika satu pihak menukar posisi hukumnya. Pertukaran itu dapat berupa uang, benda, pekerjaan, atau pelepasan hak. *Consideration* ini adalah sesuatu yang merupakan janji untuk melakukan sesuatu atau di mana satu pihak melakukan perbuatan atau janji balik kepada pihak lainnya.⁴²⁵

Misalnya dalam perjanjian timbal balik, keduaabelah pihak membuat janji. Setiap pihak menerima *consideration*. Kalau seseorang berjanji untuk menjual mobil tertentu, pihak lainnya berjanji untuk membeli mobil itu seharga RM 20,000, keduaabelah pihak menerima *consideration*. Penjual mendapat janji untuk menerima uang, dan pembeli mendapat janji untuk mendapatkan mobil. *Consideration* dari orang yang membuat janji adalah perbuatan yang dinyatakan dalam penawaran. Kontrak mensyaratkan keuntungan dan kerugian bersama (*mutual benefit and detriment*).⁴²⁶

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² Abdurrahman Raden Aji Haqqi. *loc.cit.*

⁴²³ Liaquat Ali Khan Niazi, *op.cit.* hlm 65.

⁴²⁴ S.E. Rayner, *op.cit.* hlm 131.

⁴²⁵ Abdurrahman Raden Aji Haqqi. *loc.cit.*

⁴²⁶ *Ibid.*

X

CACAT KEHENDAK

A. Cacat Kehendak

Kontrak didasarkan pada kata sepakat dari para pihak yang membuat kontrak. Kata sepakat harus dibentuk berdasarkan kehendak bebas dan dalam suasana yang bebas pula. Cacat kehendak (*wilsgebreken* atau *defect of consent*) adalah kecacatan dalam pembentukan kata sepakat dalam suatu kontrak atau perjanjian. Cacat kehendak ini adalah tidak sempurnanya kata sepakat. Apabila kesepakatan mengandung cacat kehendak, memang tampak adanya kata sepakat, tetapi kata sepakat itu dibentuk tidak berdasar kehendak bebas. Cacat kehendak ini terjadi pada periode atau fase prakontrak.

Kesepakatan di dalam pembentukan suatu perjanjian seharusnya merupakan kesepakatan yang bulat dan merupakan kesepakatan yang saling menguntungkan. Dalam praktik, seringkali kesepakatan didapat itu merupakan hasil paksaan, penipuan, kekeliruan, atau penyalahgunaan keadaan. Kesepakatan yang terjadi karena adanya salah satu unsur tersebut disebut kesepakatan yang mengandung cacat kehendak.

Sehubungan dengan hal itu Pasal 1321 KUHPdata menyebutkan *geene toesteming is van waarde, indien dezelve door dwaling is gegeven, door geweld algeperst, of door bedrog verkregen* (tidak kesepakatan yang memiliki kekuatan jika diberikan karena kekhilafan, atau diperolehnya karena paksaan atau penipuan). Dengan demikian cacat kehendak yang disebutkan dalam Pasal 1321 KUHPdata tersebut meliputi:

1. kesesatan atau kekhilafan (*dwaling*);
2. paksaan (*dwang* atau *bedreiging*);
3. penipuan (*bedrog*),

Cacat kehendak yang disebutkan oleh Pasal 1321 KUHPdata tersebut dinamakan cacat kehendak klasik. Selain cacat kehendak yang dimaksud Pasal 1321 KUHPdata tersebut, di dalam praktik yurisprudensi dikenal pula bentuk cacat kehendak yang keempat, yakni penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden* atau *undue influence*).

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

B. Kesesatan atau Kekeliruan

Menurut Herlien Budiono, membuat kekeliruan adalah manusiawi, tetapi tidak semua kekeliruan relevan bagi hukum. Di dalam praktik jual beli dapat terjadi kekeliruan mengenai harga, jumlah, mutu, atau jenis benda tertentu yang diperjualbelikan. Sebagai aturan pokok, hukum menetapkan bahwa akibat kekeliruan yang terjadi ditanggung oleh dan menjadi risiko pihak membuatnya. Undang-undang hanya memberikan sedikit peluang bagi hukum untuk melakukan koreksi kesesatan atau kekeliruan yang terjadi.⁴²⁷

Kekeliruan atau kesesatan dalam pembentukan kata sepakat dapat diklasifikasikan menjadi 3 (tiga) klasifikasi yakni:

1. kesesatan dalam motif;
2. kesesatan semua (*oneigenlijke dwaling*);
3. kesesatan yang sebenarnya (*eigenlijke dwaling*).

Kesesatan yang berkait dengan motif ini adalah kehendak yang muncul karena motif yang keliru. J. Satrio menyebutkan bahwa motif itu di sini adalah faktor yang pertama-tama atau sebab yang paling jauh yang menimbulkan adanya kehendak. Pada dasarnya hukum tidak memperhatikan motif seseorang. Apakah orang yang melakukan tindakan hukum tertentu dengan motif komersial atau karena cinta kasih, tidak relevan bagi hukum. Demikian juga kalau barang yang dibeli seseorang atas dasar perkiraan bahwa barang itu sangat berguna bagi dirinya, ternyata tidak berguna.⁴²⁸

Kesesatan yang kedua adalah kesesatan semua. Ciri utama kesesatan semua adalah antara kehendak dan pernyataan kehendaknya tidak sama. J. Satrio memberikan contoh seseorang yang dipaksa untuk menandatangani kontrak atau pernyataan kehendak dari orang gila. Di dalam hukum, anak di bawah umur dianggap belum sadar tentang apa dia kemukakan. Ada juga orang tertentu dianggap membuat pernyataan kehendak yang tidak didasarkan kehendaknya, misalnya orang yang berada di bawah hipnotis.⁴²⁹

Menurut J. Satrio, dalam kasus-kasus yang disebut di atas tidak lahir perjanjian karena orang dipaksa secara fisik untuk menandatangani perjanjian tidak memiliki seperti pernyataan kehendak yang dia nyatakan. Demikian juga dengan orang gila, orang mabuk,

⁴²⁷ Herlien Budiono, *op.cit*, hlm 99.

⁴²⁸ J. Satrio, *op.cit*, ... *Dari Perjanjian, Buku 1*, hlm 270..

⁴²⁹ *Ibid*.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

dan orang berada di bawah pengaruh dianggap tidak memiliki kehendak yang normal dan tidak mengetahui akibat dari perbuatannya.⁴³⁰

Bilamana terjadi kekeliruan semu, pada dasarnya tidak terjadi perjanjian, karena sebenarnya kata sepakat tidak terjadi. Padahal, hukum seperti ketentuan Pasal 1320 KUHPerdata berkaitan dengan adanya kontrak atau perjanjian harus didahului atau didasarkan pada kata sepakat.

Kekeliruan atau kesesatan yang ketiga adalah kesesatan yang sebenarnya. Kesesatan yang sebenarnya menurut J, Satrio kehendak dan pernyataan kehendaknya sama.⁴³¹ Memang betul keduanya sama, sehingga terbentuk kata sepakat, tetapi kesepakatan itu dibentuk oleh gambaran yang keliru. Dengan demikian, kesepakatan itu tidak murni.

Pasal 1322 ayat (1) KUHPerdata menyebutkan, *dwaling maakt geene overeenkomst nietig, dan wanneer dezelve plaats heeft omtrent de zelfstandigheid der zaak welke het onderwerp der overeenkomst uitmaakt* (kekeliruan tidak mengakibatkan batal suatu perjanjian, kecuali jika kekeliruan itu mengenai hakikat barang yang menjadi pokok perjanjian). Kemudian Pasal 1322 ayat (2) KUHPerdata menyebutkan, *dwaling is geene oorzaak van nietigheid, indien zij alleenlijk plaats heeft omtrent den persoon met wien men voornemens is te handelen, ten zij de overeenkomst voornamelijk van dezen persoon zij aangegaan* (kekeliruan tidak mengakibatkan jika, kekeliruan itu hanya terjadi mengenai diri seseorang yang bermaksud membuat suatu perjanjian, kecuali jika perjanjian itu telah dibuat, terutama karena diri orang yang bersangkutan).

Dari ketentuan Pasal 1322 KUHPerdata di atas, dapat disimpulkan bahwa ada dua kemungkinan terjadinya kesesatan atau kekeliruan atau kekhilafan, yaitu kesesatan mengenai objek perjanjian dan subjek perjanjian. Dengan demikian, kekeliruan dapat terjadi apabila salah satu pihak atau para pihak memiliki gambaran yang keliru atas objek atau subjek yang membuat perjanjian.

Kekeliruan pada objek perjanjian disebut *error in substantia*. Kekeliruan yang masuk dalam kategori adalah kekeliruan yang berkaitan dengan karakteristik suatu benda.

⁴³⁰ *Ibid*, hlm 271.

⁴³¹ *Ibid*, hlm 272.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Misalnya seseorang yang membeli lukisan Basuki Abdullah tetapi kemudian setelah sampai di rumah orang itu baru sadar bahwa lukisan yang dibelinya tadi adalah lukisan tiruan dari lukisan Basuki Abdullah.⁴³² Jadi, lukisan itu bukan lukisan asli.

Kekeliruan yang kedua adalah kekeliruan pada subjek yang menjadi lawan pihak dalam perjanjian. Kekeliruan ini disebut *error in persona*. Kekeliruan yang terjadi di sini adalah kekeliruan pada orangnya. Misalnya, suatu perjanjian yang dibuat dengan artis yang terkenal tetapi kemudian perjanjian tersebut dibuat dengan artis yang tidak terkenal hanya karena dia mempunyai nama yang sama.⁴³³

Adanya kesesatan dalam pembentukan kata sepakat, berdasar Pasal 1322 KUHPerdata tidak mengakibatkan batalnya (*nietig*). Dikaitkan dengan persyaratan sahnya kontrak atau perjanjian berdasar Pasal 1320 KUHPerdata, kesesatan ini berkaitan dengan tidak lengkapnya persyaratan subjektif. Tidak lengkap persyaratan subjektif hanya berakibat pada “dapat dibatalkannya” perjanjian.

C. Paksaan

Berkaitan dengan cacat kehendak yang masuk dengan kategori paksaan, naskah asli Pasal 1323, 1324, 1326, dan 1327 KUHPerdata memakai istilah *geweld*. Di dalam Kamus Belanda – Indonesia, *geweld* diterjemahkan dengan kata kekerasan.⁴³⁴ Jadi, *geweld* bermakna kekerasan. Menurut J. Satrio, jika diperhatikan Pasal 1324 KUHPerdata, khususnya kata-kata “menakutkan”⁴³⁵ dan “kekayaannya”⁴³⁶ dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud dengan paksaan tidak hanya yang ditujukan pada seseorang saja, tetapi juga termasuk di dalamnya adanya rasa takut akan adanya kerugian terhadap kekayaan seseorang.⁴³⁷ Dari tafsiran itu menurut J. Satrio, dapat disimpulkan bahwa paksaan di sini tidak berarti tindakan kekerasan saja, tetapi lebih luas lagi, yaitu meliputi juga ancaman terhadap kerugian kepentingan hukum seseorang.⁴³⁸

⁴³² Mariam Darus Badruzaman, et.al., *op.cit*, hlm 75.

⁴³³ *Ibid*.

⁴³⁴ Lihat Susi Moeiman dan Hein Steinhauer, *Kamus Belanda – Indonesia*, diterbitkan oleh ITLV – Jakarta dan PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2005, hlm 372.

⁴³⁵ *Inboezemen*.

⁴³⁶ *Zijn vermogen*.

⁴³⁷ J. Satrio, *op.cit*, ... *Dari Perjanjian, Buku 1*, hlm 339.

⁴³⁸ *Ibid*, hlm 340.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Dengan adanya paksaan tersebut di dalam pembentukan kata sepakat, kehendak dan pernyataan kehendak terbentuk secara cacat. Walaupun kehendak seseorang telah dinyatakan, tetapi pernyataan kehendak tersebut dibentuk karena adanya paksaan. Jika tidak paksaan dimaksud, pernyataan tidak akan lahir.

Pasal 1323 KUHPdata menentukan *geweld, gepleegd tegen dengene die eene verbintenis heeft aangegaan, levert grond op tot nietigheid der overeenkomst, ook dan wanneer hetzelve gepleegd is door eenen derde, te wiens behoeve de overeenkomst niet gemaakt is* (paksaan yang dilakukan terhadap orang yang membuat perjanjian merupakan alasan untuk batalnya perjanjian, juga apabila paksaan itu dilakukan oleh seseorang pihak ketiga, untuk siapa perjanjian dibuat). Dengan ketentuan ini, paksaan dapat berasal dari lawan pihak dalam perjanjian atau pihak ketiga.

Paksaan dalam pembentukan kata sepakat tersebut tidak hanya ditujukan kepada para pihak yang membuat perjanjian, tetapi juga paksaan dapat dilakukan terhadap suami atau isteri atau sanak keluarga dalam garis lurus ke atas maupun ke atas. Hal tersebut dinyatakan oleh Pasal 1325 KUHPdata *geweld, maakt eene overeenkomst nietig, niet alleen wanneer hetzelve gepleegd is jegens eene handelende partij, maar ook jegens derzelve echtgenoot of bloedverwanten in opgaande of de nederdalende linie* (paksaan mengakibatkan batalnya suatu perjanjian tidak saja apabila dilakukan terhadap salah satu yang membuat perjanjian, tetapi juga apabila paksaan itu dilakukan terhadap suami atau isteri atau sanak keluarga dalam garis lurus ke atas maupun ke bawah).

Kata batalnya perjanjian berdasar Pasal 1325 KUHPdata di atas, menurut J. Satrio harus dibaca “dapat dibatalkan” karena seperti halnya penipuan dan kesesatan tidak menjadikan perjanjian batal demi hukum, tetapi hanya batal dengan keputusan pembatalan atas tuntutan.⁴³⁹

Pasal 1326 menyatakan *de vrees alleen uit eerbied jegens vader, moeder of andere bloedverwanten in de opgaande linie voortkomende, zonder bijkomend geweld, in voldoende tot vernietig der overeenkomst* (rasa takut karena hormat terhadap ayah, ibu atau keluarga lain dalam garis lurus ke atas tanpa disertai kekerasan, tidak cukup untuk membatalkan perjanjian).

⁴³⁹ *Ibid*, hlm 342.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Pasal terakhir dalam KUHPdata yang berkaitan dengan paksaan dalam pembentukan kata sepakat adalah Pasal 1327. Pasal 1327 KUHPdata ini menyatakan bahwa pembatalan suatu perjanjian berdasarkan paksaan tidak dapat dituntut lagi, apabila setelah paksaan berhenti, perjanjian itu dibenarkan baik secara tegas maupun diam-diam, atau jika telah dibiarkan lewat waktu yang ditetapkan oleh undang-undang untuk dapat dipulihkan seluruhnya ke keadaan sebelumnya.

D. Penipuan

Pasal 1328 KUHPdata menyebutkan bahwa penipuan merupakan salah satu alasan untuk membatalkan suatu perjanjian (*bedrog levert eenen grond op tot vernietig der overeenkomst*). Penipuan itu menurut Pasal 1328 KUHPdata dapat dijadikan alasan pembatalan perjanjian apabila penipuan yang dipakai oleh salah satu pihak sedemikian rupa sehingga secara nyata bahwa pihak lainnya tidak akan mengadakan perjanjian tanpa adanya tipu muslihat (*niet zoude aangegaan*).

Walaupun Pasal 1321 jo 1328 KUHPdata mengatur tentang penipuan dalam kaitannya dengan alasan pembatalan kontrak atau perjanjian, tetapi KUHPdata sama sekali tidak mengatur substansi atau isi norma tersebut.

Untuk memahami penipuan di dalam pembentukan kata sepakat ini harus dilihat atau dirujuk kepada ketentuan Pasal 378 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Pasal ini menentukan:

“Barang siapa dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, dengan memakai nama palsu atau martabat palsu, dengan tipu muslihat, atau rangkaian kebohongan, menggerakkan orang lain untuk menyerahkan barang tertentu kepadanya, atau supaya memberi utang maupun menghapuskan piutang, diancam karena penipuan dengan pidana penjara paling lama empat tahun”.

Dari ketentuan Pasal 378 KUHP di atas, R. Soesilo menyimpulkan bahwa ada beberapa unsur yang terdapat di dalam penipuan:⁴⁴⁰

1. Kejahatan ini dinamakan penipuan. Penipu itu melakukan tindakan:

⁴⁴⁰ R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal* (Bogor: Politeia, 1986), hlm 261.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

- a. *membujuk* orang supaya memberikan barang, membuat utang atau menghapuskan piutang;
 - b. *maksud membujuk* itu adalah *hendak menguntungkan diri sendiri atau orang lain dengan melawan hak*;
 - c. membujuk itu dengan memakai:
 - 1). nama palsu;
 - 2). akal cerdik (tipu muslihat); atau
 - 3). karangan perkataan bohong.
2. “Membujuk” sama dengan kelicikan terhadap orang, sehingga orang itu menuruti berbuat sesuatu yang apabila mengetahui hal yang sebenarnya, dia tidak akan berbuat demikian.
- “Nama palsu” berarti bukan namanya sendiri.
- “Keadaan palsu” berarti misalnya mengaku dan bertindak sebagai agen polisi, pegawai negeri dan sebagainya, padahal sebenarnya dia sebenarnya bukan pejabat disebut tersebut.
- “Akal cerdik” atau tipu muslihat berarti tipu yang demikian liciknya, sehingga seseorang yang berpikiran normal dapat tertipu.

Dengan penjelasan di atas seseorang dapat dikualifikasikan melakukan penipuan apabila seseorang dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri dengan melakukan salah satu upaya penipuan dengan menggerakkan orang lain untuk memberikan barang, membuat utang atau menghapuskan piutang.

Di dalam kontrak, khususnya pembentukan kata sepakat, dalam hal ada penipuan, pihak yang ditipu, memang memberikan pernyataan yang sesuai dengan kehendaknya, tetapi kehendaknya itu diberikan karena adanya daya tipu, sengaja diarahkan ke suatu yang bertentangan dengan kehendak yang sebenarnya, yang seandainya tidak ada penipuan, merupakan tindakan yang benar.

Berkaitan dengan penipuan dalam pembentukan kata sepakat ini, pengadilan pada umumnya mengikuti pendapat pengadilan yang berkaitan tindak pidana penipuan, tetapi menurut J. Satrio, penipuan yang dimaksud Pasal 1328

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

KUHPerdata, tidak hanya meliputi apa yang dianggap sebagai tipu muslihat dalam Pasal 378 KUHP, tetapi juga meliputi sarana-sarana lain. Bohong saja tidak cukup, tetapi harus ada serangkaian kebohongan (*samenweefsel van verdichtselen*). Serangkaian cerita yang tidak benar, dan setiap tindakan yang bersifat menipu, yang bukan hanya sekedar bohong, harus dianggap sebagai penipuan. Kata *kunstgrepen* (tipu muslihat) adalah kata jamak, sehingga dapat disimpulkan bahwa di sini satu rangkaian kebohongan.⁴⁴¹

Pujian yang agak berlebihan dari seorang pedagang terhadap barang dagangannya kepada calon pembeli atau konsumen mengenai adalah hal wajar dan sudah biasa. Perbuatan itu tidak dikualifikasikan sebagai penipuan, kecuali jika dia memberikan jaminan-jaminan tertentu secara tegas dan kemudian tidak dipenuhi.⁴⁴²

Dengan kata lain, penipuan adalah tindakan yang bermaksud jahat yang dilakukan oleh satu pihak sebelum perjanjian itu dibuat. Perjanjian tersebut mempunyai maksud untuk menipu pihak lain dan membuat mereka menandatangani perjanjian itu. Pernyataan yang salah itu sendiri bukan merupakan penipuan, tetapi hal ini harus disertai dengan tindakan yang menipu. Tindakan penipuan tersebut harus dilakukan oleh atau atas nama pihak dalam kontrak, seseorang yang melakukan tindakan tersebut harus mempunyai maksud atau niat untuk menipu, dan tindakan itu harus merupakan tindakan yang mempunyai maksud jahat – contohnya, mengubah nomor seri pada sebuah mesin (kelalaian untuk menginformasikan pelanggan atas adanya cacat tersembunyi pada suatu benda bukan merupakan penipuan karena hal ini tidak mempunyai maksud jahat dan hanya merupakan kelalaian belaka). Selain itu tindakan tersebut harus berjalan secara alami bahwa pihak yang ditipu tidak akan membuat perjanjian melainkan karena adanya unsur penipuan.⁴⁴³

Penipuan di dalam hukum pidana, rangkaian kebohongan tersebut ditujukan untuk menggerakkan orang lain untuk menyerahkan sesuatu barang

⁴⁴¹ J. Satrio, *op.cit*, ... *Dari Perjanjian*, Buku I, hlm 355.

⁴⁴² *Ibid*.

⁴⁴³ Sudargo Gautama, *op.cit*, hlm 77.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

kepadanya, atau memberi utang, atau menghapuskan piutang. Penipuan di dalam pembentukan kontrak ditujukan agar salah satu pihak mensepakati perjanjian atau kontrak.

Dari penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa penipuan terdiri dari 4 (empat) unsur yaitu: (1) merupakan tindakan yang bermaksud jahat, kecuali untuk kasus kelalaian dalam menginformasikan cacat tersembunyi pada suatu benda; (2) sebelum perjanjian tersebut dibuat; (3) dengan niat atau maksud agar pihak lain menandatangani perjanjian; (4) tindakan yang dilakukan semata-mata hanya dengan maksud jahat.⁴⁴⁴

Kontrak yang mempunyai unsur penipuan di dalamnya tidak membuat kontrak tersebut batal demi hukum melainkan kontrak tersebut hanya dapat dibatalkan (*vernietig* atau *voidable*). Hal ini berarti selama pihak yang dirugikan tidak menuntut ke pengadilan yang berwenang maka kontrak tersebut masih tetap sah.

E. Penyalahgunaan Keadaan

Lembaga hukum (*rechtsfiguur*) penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden* atau *undue influence*) merupakan bentuk cacat kehendak yang baru dalam sistem hukum kontrak hukum Belanda. Hukum kontrak Belanda mengadopsi lembaga penyalahgunaan keadaan ini dari hukum Inggris.⁴⁴⁵ Pada mulanya penyalahgunaan keadaan ini di dalam hukum Belanda berkembang dalam yurisprudensi. Sekarang lembaga ini diatur di dalam Artikel 3.44.4 BW/ (Baru) Belanda. Di Indonesia, lembaga ini tidak ada pengaturannya dalam KUHPerdara, tetapi ia telah diterima dalam yurisprudensi sebagai bentuk cacat kehendak yang keempat.

Di negara-negara *Common Law*, doktrin penyalahgunaan keadaan telah lama diterima. Doktrin ini dikenal dalam doktrin *equity*.⁴⁴⁶ Dalam *Lloyds Bank Ltd v Bundy (1975) QB*, hakim Lord Denning MR mencoba menunjukkan bahwa penyalahgunaan keadaan bukan doktrin yang benar-benar berdiri sendiri. Doktrin ini sebenarnya merupakan perluasan dari *power of equity* bagi pengadilan untuk mengintervensi suatu perjanjian yang di dalamnya terdapat suatu penyalahgunaan posisi yang tidak seimbang diantara para

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ J.M. van Dunne, *op.cit.*, hlm 381.

⁴⁴⁶ *Equity* adalah doktrin yang memperbolehkan hakim untuk membuat suatu putusan yang didasarkan asas kepatutan, persamaan, hak moral, dan hukum alam. Lihat Henry R. Cheeseman, *Contemporary Business Law* (New Jersey: Prentice Hall, 2000), hlm 195.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

pihak.⁴⁴⁷ Menurut Robert Upex, doktrin penyalahgunaan ini merupakan perluasan doktrin *equity* yang disebut *equitable fraud*.⁴⁴⁸

Penyalahgunaan keadaan dalam sistem *Common Law* merupakan doktrin yang menentukan pembatalan perjanjian yang dibuat berdasarkan tekanan yang tidak patut, tetapi tidak termasuk dalam kategori paksaan (*duress*).⁴⁴⁹

Penyalahgunaan keadaan terjadi manakala seseorang di dalam suatu perjanjian dipengaruhi oleh suatu hal yang menghalanginya untuk melakukan penilaian (*judgment*) yang bebas dari pihak lainnya, sehingga ia tidak dapat mengambil putusan yang independen.⁴⁵⁰ Penekanan tersebut dapat dilakukan karena salah satu pihak memiliki kedudukan khusus (misalnya kedudukan yang dominan atau memiliki yang bersifat *fiduciary* dan *confidence*).⁴⁵¹ Van Dunne menyatakan bahwa penyalahgunaan keadaan tersebut dapat terjadi karena keunggulan ekonomi maupun karena kejiwaan.⁴⁵²

Pihak yang memiliki kedudukan khusus itu mengambil keuntungan secara tidak pantas dari pihak yang lainnya yang lebih lemah. Hal tersebut dilakukan tanpa adanya paksaan atau penipuan. Di sini terdapat ketidakseimbangan hubungan proses terjadinya kontrak. Doktrin penyalahgunaan keadaan tidak mencari dasar pembedaannya pada doktrin kausa hukum yang tidak halal, melainkan pada cacat kehendak.⁴⁵³

⁴⁴⁷ T. Antony Downes, *Contract* (London: Blackstone Press Limited, 1997), hlm 180.

⁴⁴⁸ Robert Upex, *Davies on Contract* (London: Sweet & Maxwell, 1991), hlm 118.

⁴⁴⁹ PS Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (Oxford: Clarendon Press, 1981), hlm 231. Lihat juga Stephen Graw, *An Introduction to the Law of Contract* (Sydney: The Law Book Co. Ltd, 1994), hlm 252.

⁴⁵⁰ Chaterine Tay Swee Kian dan Tang See Chim, *Contract Law* (Singapore: Times Book International, 1987), hlm 80. Lihat juga Paul Latimer, *Australian Business Law* (Sydney: CH Australia Limited, 1997), hlm 327 – 328.

⁴⁵¹ A.G. Guest, ed. *loc.cit.* Lihat juga Daniel V. Davidson, et.al *Comprehensive Business Law*, (Boston: Kent Publishing Co, 1987), hlm 266.

⁴⁵² J.M. van Dunne dan Gr van der Burgt, “Penyalahgunaan Keadaan”, Materi Kursus Hukum Perikatan bagian III, terjemahan Sudikno Mertokusumo, Kerjasama Dewan Kerjasama Ilmu Hukum Belanda dan Proyek Hukum Perdata Indonesia, Semarang 22 Agustus, hlm 16-27. Lihat juga A.M. Bloembergen, et.al, eds, *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Deventer: Kluwer, 1995), hlm 213,

⁴⁵³ Lihat Setiawan, “Menurunnya Supremasi Azas Kebebasan Berkontrak”, *Newsletter*, No. 15/IV/Desember 1993. Apabila ketidakseimbangan itu dikaitkan dengan ketidakseimbangan antara prestasi dan kontraprestasi lebih tepat dikaitkan dengan *unconscionability*. Lihat Gary A. Moore, et.al, *The Legal Environment of Business Law: a Contextual Approach* (Cincinnati: South Western Publishing Co, 1987), hlm 230 -240

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Doktrin yang berasal dari *Common Law* ini mulai diterima di Belanda keberadaannya dalam putusan-putusan pengadilan. Dari putusan-putusan pengadilan ini terlihat adanya evolusi pandangan pengadilan di Belanda mengenai penyalahgunaan keadaan. Dalam hal ini dapat dilihat perkara *Bank Central Werkgever Risico v Ujting en Smith* (Bovag Arrest II), HR 11 Januari 1957, NJ 1959 yang kemudian berlanjut dengan Bovag Arrest III, HR 26 Februari 1960, NJ 1963, 373.

Kasus Bovag Arrest II bermula ketika Max Moses memperbaiki mobilnya di Firma Ujting en Smith di Oss. Ketika kendaraan ini dicoba oleh montir yang bekerja di situ, mobil itu menabrak dua orang gadis. Oleh karena Max Moses telah mengasuransikan dirinya terhadap risiko tuntutan dari pihak ketiga, maka bank Central Werkgevers Risico membayar ganti rugi tersebut. Kemudian, perusahaan asuransi itu atas dasar subrogasi menuntut balik bengkel dan Max Moses agar mereka secara tanggung renteng membayar ganti rugi tersebut kepada dirinya. Pihak bengkel Firma Ujting en Smiths menolak. Menurut pihak ini, yang wajib memberikan ganti rugi adalah Max Moses. Menurut pihak bengkel Firma Ujting en Smiths, berdasar perjanjian perbaikan mobil antara Max Moses dan Firma Ujting en Smiths berlaku klausul Bovag yang memperjanjikan pembebasan tanggung jawab bengkel terhadap kemungkinan tuntutan ganti rugi atas dasar kesalahan karyawan bengkel dan pemilik mobil akan menjamin bengkel dari tuntutan pihak ketiga.⁴⁵⁴

Pengadilan menolak tangkisan Ujting en Smiths karena mereka tidak berhasil membuktikan bahwa klausul Bovag merupakan bagian dari perjanjian dimaksud. Di tingkat banding, Hof (pengadilan tinggi) mempermasalahkan apakah keadaan peristiwanya sedemikian rupa, sehingga klausul tersebut dapat dianggap termuat dalam perjanjian yang bersangkutan. Hof bukannya memberikan jawaban atas pertanyaan tersebut, secara *ex officio* (*ambtshaeve*) memutuskan bahwa bahkan seandainya harus diterima klausul Bovag tersebut termasuk dalam perjanjian, klausul penjaminan (tepatnya klausul pembebasan atau *vrijwaring*) bagaimanapun tidak berlaku. Klausul ini merupakan klausul yang bertentangan dengan kesusilaan (*goede zeden*) dan ketertiban umum. Hal ini didasarkan baik dari cara terjadinya maupun karena isinya dan tujuan klausul itu. Menurut Hof, isinya merupakan beban yang sangat berat bagi pemilik mobil karena ia harus memikul kewajiban penjaminan (*vrijwaringplicht*) atas akibat dari tindakan orang lain yang tidak ada sangkut

⁴⁵⁴ Perhatikan J. Satrio, *op.cit*, ... *Dari Perjanjian*, Buku I, hlm 334.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

pautnya dengan dirinya. Di samping itu, ia praktis dipaksa oleh keadaan untuk menerima kewajiban seperti itu. Hof kemudian menyimpulkan bahwa klausul Bovag dalam kasus ini dipaksakan oleh orang lain dengan menyalahgunakan kekuasaan dan kelebihan yang ia miliki dengan mengorbankan kepentingan pihak lawannya. Dengan demikian, klausul tersebut harus dibatalkan.⁴⁵⁵

Hoge Raad dalam putusannya antar lain menyatakan bahwa pangkal tolak Pengadilan Tinggi tidaklah dapat dipersalahkan. Suatu perjanjian dapat kehilangan kuasanya yang halal dalam hubungan dengan terjadinya perjanjian itu, apabila pihak yang satu sangat dirugikan sebagai akibat penyalahgunaan keadaan oleh pihak yang lain.

Pada prinsipnya Hoge Raad berpendirian bahwa apabila di dalam suatu perjanjian, seseorang karena tekanan keadaan secara tidak adil memikul beban yang sangat merugikan, maka perjanjian itu dapat dinyatakan sebagai perjanjian yang memiliki kasus tidak halal (*ongoorloofde oorzsaak*).⁴⁵⁶

Hoge Raad juga tidak dapat menerima pendirian pemohon kasasi yang menyatakan bahwa menurut undang-undang penyalahgunaan kesempatan pada saat terjadinya perjanjian tidak mengakibatkan hilangnya kausa yang halal. Dengan kata lain Hoge Raad berpendirian bahwa dalam hal ada penyalahgunaan kesempatan, perjanjian itu dapat dinyatakan sebagai perjanjian yang memiliki kausa tidak halal.⁴⁵⁷

Menurut Setiawan, penilaian karena jabatan yang dilakukan oleh pengadilan tinggi dalam kasus ini semata-mata didasarkan pada hubungan antara pemilik mobil dgn bengkel reparasi pada umumnya tanpa memperhatikan kemungkinan-kemungkinan adanya keadaan-keadaan khusus. Misalnya apakah pihak Mozes diasuransikan atau tidak atau apakah Mozes juga berada pada posisi terdesak.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ Henry P. Panggabean, *Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik van Omstandigheden) sebagai Alasan (Baru) Pembatalan Perjanjian*, Liberty, Yogyakarta, 1992, hlm.45

⁴⁵⁷ Setiawan, *Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata*, Alumni, Bandung, 1992, hlm 182 - 183.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Atas dasar pendirian tersebut, Hoge Raad membatalkan putusan yang dimintakan kasasi. Perkaranya dikembalikan ke pengadilan tinggi untuk diperiksa (lagi) dan ditetapkan apakah klausula Bovag tersebut dalam kasus ini batal atau tidak?⁴⁵⁹

Menurut Setiawan, dalam kasus Bovag ini Hoge Raad meneguhkan prinsip pendiriannya. Pendiriannya adalah apabila di dalam perjanjian seseorang karena keadaan secara tidak adil memikul beban yang sangat merugikan, maka perjanjian itu dapat dinyatakan tidak memiliki kausa hukum yang halal.⁴⁶⁰

Dalam perkembangan selanjutnya penyalahgunaan keadaan tidak dimasukkan lagi ke dalam kausa yang tidak halal melainkan dimasukkan ke dalam kategori cacat kehendak. Penyalahgunaan keadaan dikategorikan sebagai kehendak yang cacat karena lebih sesuai dengan isi dan hakikat penyalahgunaan keadaan itu sendiri. Ia tidak berhubungan dengan syarat-syarat objektif perjanjian, melainkan mempengaruhi syarat-syarat subjektif.⁴⁶¹

Pergeseran pemahaman tentang penyalahgunaan keadaan tersebut terlihat sikap dan pendapat pengadilan dalam perkara Bovag III. Setelah memenuhi perintah Hoge Raad untuk memeriksa kembali perkara Bovag Arrest II, Hof's Hertogenbosch mempertimbangkan:⁴⁶²

1. Polis asuransi Mozes maupun polis asuransi bengkel reparasi dan/atau pegawainya telah melindungi mereka masing-masing. Dengan demikian, klausul *vrijwaring* (klausul Bovag) dalam kasus ini tidak meletakkan kewajiban yang tidak seimbang, juga tidak memberatkan Mozes;
2. Kekhususan ini (adanya polis asuransi) membawa akibat bahwa klausul Bovag dalam kasus ini tidak dapat dianggap bertentangan dengan kesusilaan.

Selanjutnya Hof menyimpulkan bahwa klausul Bovag (secara keseluruhan) merupakan *bestendig gebruikelijk beding* (syarat-syarat yang selalu diperjanjikan). Klausul itu merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari perjanjian reparasi mobil antara Max

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ *Ibid* hlm. 184.

⁴⁶² *Ibid*, 185.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Mozes dan Uijting en Smiths. Oleh karena itu, Mozes (dalam *vrijwaring*) harus membayar ganti rugi.⁴⁶³

Sebaliknya, Hoge Raad tidak membenarkan pendapat Hof yang menyatakan bahwa klausul Bovag merupakan *bestendig gebruikelijk beding* semata-mata atas dasar pertimbangan bahwa setiap pemilik bengkel mobil adalah anggota Bovag. Akhirnya, putusan pengadilan tinggi dibatalkan dan perkaranya dikembalikan lagi.⁴⁶⁴

Penyalahgunaan keadaan dapat mengakibatkan suatu perjanjian tidak mempunyai kekuatan hukum, kalau perjanjian itu diadakan dengan bertolak dari suatu penyebab yang bertentangan dengan moralitas yang baik dan penggunaan keadaan yang mengakibatkan pihak lawan tidak dapat mengambil putusan yang bersifat independen.

Batalnya suatu perjanjian karena penyalahgunaan keadaan sama sekali tidak mutlak adanya satu taraf tertentu atau satu bentuk tertentu dari hal yang merugikan itu. Dirugikannya salah satu dari pihak-pihak hanya merupakan salah satu dari faktor-faktor yang di samping semua keterangan-keterangan lain seperti sifat dari keadaan-keadaan yang digunakan cara berlangsungnya penggunaan itu dan hubungan antara pihak-pihak menentukan apakah perjanjian itu bertolak satu sebab yang bertentangan dengan moralitas yang baik.⁴⁶⁵

Dalam perkembangan hukum khususnya dalam praktik peradilan di Indonesia adanya penyalahgunaan keadaan dapat dijadikan alasan untuk membatalkan suatu perjanjian, meskipun hal ini secara tegas tidak diatur dalam KUHPerdara, khususnya dalam pasal-pasal yang menyebutkan tentang alasan-alasan kebatalan yaitu pasal 1322 tentang kekhilafan, pasal 1323 tentang paksaan dan pasal 1328 tentang penipuan, sebagai alasan pembatalan perjanjian.

Berkembangnya ajaran penyalahgunaan keadaan di Indonesia telah didukung oleh beberapa putusan hakim melalui lembaga peradilan yang memberikan pertimbangan dalam suatu sengketa perdata mengenai perjanjian antara penggugat dengan tergugat di mana berdasarkan fakta-fakta yang terungkap di persidangan perjanjian tersebut telah dinilai tidak adil (*unfair*), sehingga merugikan pihak yang posisinya lemah.

⁴⁶³ *Ibid*, hlm 186.

⁴⁶⁴ *Ibid*.

⁴⁶⁵ *Ibid*, hal 84-85

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Menggolongkan penyalahgunaan keadaan sebagai salah satu bentuk cacat kehendak lebih sesuai dengan kebutuhan konstruksi hukum dalam hal seseorang yang dirugikan menuntut pembatalan perjanjian. Gugatan atas dasar penyalahgunaan keadaan terjadi dengan suatu tujuan tertentu. Penggugat seharusnya mendalilkan bahwa perjanjian itu sebenarnya tidak ia kehendaki atau bahwa perjanjian itu tidak ia kehendaki dalam bentuknya yang demikian.⁴⁶⁶ Terhadap pendapat yang menggolongkan penyalahgunaan keadaan itu ke dalam “sebab yang tidak dibolehkan”, J.M van Dunne dan Gr van den Burght mengajukan adanya keberatan beberapa penulis, diperinci sebagai berikut:⁴⁶⁷

“Dalam ajaran hukum, pengertian tentang sebab ini diartikan sedemikian, sehingga perjanjian berhubungan dengan tujuan atau maksud bertentangan dengan undang-undang, kebiasaan yang tidak baik atau ketertiban. Pengertian “sebab yang tidak dibolehkan” itu, dulu dihubungkan dengan isi perjanjian. Pada penyalahgunaan keadaan, tidaklah semata-mata berhubungan dengan isi perjanjian, tetapi berhubungan dengan apa yang telah terjadi pada saat lahirnya perjanjian, yaitu penyalahgunaan keadaan yang menyebabkan pernyataan kehendak dan dengan sendirinya persetujuan satu pihak tanpa cacat.”⁴⁶⁸

Apabila dilihat dari sisi kepentingan para pihak, maka perjanjian yang demikian itu dari sisi kreditor akan diuntungkan secara ekonomi karena posisinya yang lebih kuat. Sebaliknya dari sisi debitor karena ia berada pada posisi yang lemah maka ia akan dirugikan karena ia telah dihadapkan pada bentuk dan isi perjanjian yang sebenarnya tidak ia kehendaki, tetapi terpaksa disetujui karena sudah tidak ada pilihan lagi baginya untuk mengemukakan suatu alternatif terutama apabila format perjanjian telah dibakukan oleh kreditor.

Titik pangkal yang menjadikannya suatu perjanjian tidak seimbang adalah karena pengaruh faktor ekonomi. Karena posisi kreditor yang secara ekonomis kuat maka peluang kreditor untuk menyalahgunakan kekuasaan ekonomi (*misbruik van economisch overwicht*), maka sedemikian besar lemahnya posisi debitor. Padahal, kehendak bebas para pihak dalam menentukan isi perjanjian merupakan hal terpenting sebagai salah satu syarat untuk sahny suatu perjanjian. Z. Asikin Kusumah Atmadja menyatakan bahwa bagaimana menciptakan adanya titik taut yang merupakan dasar bagi hakim untuk, menilai secara adil

⁴⁶⁶ Setiawan, *op.cit*, 185.

⁴⁶⁷ Henry P. Panggabean, *op.cit*, hlm. 42.

⁴⁶⁸ Van Dunne dan Gr van der Burgt, *op.cit* hlm 9.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

apakah suatu keadaan dapat ditafsirkan sebagai kekuasaan ekonomi yang disalahgunakan.⁴⁶⁹

Faktor-faktor yang dapat memberikan indikasi tentang adanya penyalahgunaan kekuasaan ekonomi:⁴⁷⁰

1. adanya syarat-syarat yang diperjanjikan yang sebenarnya tidak masuk akal atau yang tidak patut atau yang bertentangan dengan perikemanusiaan (*onredelijke contractsvoorwaarden* atau *unfair contract-terms*);
2. nampak atau ternyata pihak debitor berada dalam keadaan tertekan (*dwang positie*);
3. apabila terdapat keadaan di mana bagi debitor tidak ada pilihan-pilihan lain kecuali mengadakan perjanjian *aquo* dengan syarat-syarat yang memberatkan;
4. nilai dari hasil perjanjian tersebut sangat tidak seimbang kalau dibandingkan dengan prestasi timbal balik dari para pihak.

Apabila dijumpai hal-hal tersebut maka hakim wajib meneliti apakah *in concreto* terjadi penyalahgunaan kekuasaan ekonomi.

Van Dunne membedakan penyalahgunaan karena keunggulan ekonomis dan keunggulan kejiwaan, dengan uraian sebagai berikut:⁴⁷¹

1. Persyaratan-persyaratan untuk penyalahgunaan keunggulan ekonomis:
 - a. satu pihak harus mempunyai keunggulan ekonomis terhadap yang lain;
 - b. pihak lain terpaksa mengadakan perjanjian,
2. Persyaratan untuk adanya penyalahgunaan keunggulan kejiwaan:
 - a. salah satu pihak menyalahgunakan ketergantungan relatif, seperti hubungan kepercayaan istimewa antara orang tua dan anak, suami isteri, dokter pasien.
 - b. salah satu pihak menyalahgunakan keadaan jiwa yang istimewa dari pihak lawan, seperti adanya gangguan jiwa, tidak berpengalaman, gegabah, kurang pengetahuan, kondisi badan yang tidak baik dan sebagainya.
3. Unsur kerugian bagi satu pihak;
4. Unsur penyalahgunaan kesempatan oleh pihak lain.

⁴⁶⁹ Setiawan, *op.cit*, hlm. 191.

⁴⁷⁰ *Ibid*, hlm. 191-192

⁴⁷¹ Henry P. Panggabean, *op.cit*, hlm 44.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Van Dunne menambah perkembangan lanjut, yang terdiri dari 4 (empat) bagian yaitu:

1. Berlakunya iktikad baik secara terbatas

Artinya sejalan dengan ketentuan pasal 1338 ayat 1 KUHPerdara, bahwa para pihak wajib memperhatikan (memperhitungkan) kepentingan pihak lawan, maka seharusnya pihak lawan itu karena asas iktikad baik menghindari penggunaan hak yang timbul dari perjanjian itu.

2. Penjelasan normatif dari perbuatan hukum

Sering terjadi isi kontrak tidak disusun secara teliti, sehingga hak-hak dan kewajiban para pihak tidak begitu jelas. Berdasarkan penafsiran normatif dapat diambil suatu kesimpulan bahwa kerugian tidaklah termasuk dalam kontrak akan tetapi penafsiran itu tidak selalu dapat diterapkan karena kerugian pada penyalahgunaan keadaan tidak selalu harus merupakan kerugian dalam arti objektif.

3. Pembatasan berlakunya persyaratan standar.

Dalam kebanyakan peristiwa di mana janji yang memberatkan oleh hakim berdasarkan penyalahgunaan keuntungan ekonomis, tidak diterapkan (*janji-janji-bedingen* ini dituangkan dalam perjanjian dan merupakan bagian persyaratan standar)

4. Penyalahgunaan hak.

Ajaran penyalahgunaan hak seluruhnya berhubungan pengaruh kaidah tinggi tentang keadilan terhadap hukum yang berlaku dan berdasarkan undang-undang. Ajaran penyalahgunaan hak adalah pembatasan bagi seseorang yang melaksanakan haknya untuk memperhatikan kepentingan pihak ketiga. Penyalahgunaan hak sering digunakan apabila seseorang dengan cara yang sangat merugikan orang lain menggunakan hak-hak kebendaan, misalnya penyalahgunaan hak milik.

Kalau ada syarat-syarat yang diperjanjikan yang sebenarnya tidak masuk akal atau tidak patut atau bertentangan dengan perikemanusiaan (*onderlijke contractsvoorwaarden* atau *unfair contract terms*) maka hakim wajib memeriksa dan meneliti

**Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy**

in concerto faktor-faktor apa yang bersifat tidak masuk akal, tidak patut atau tidak berperikemanusiaan tersebut.⁴⁷²

Suatu perjanjian (perbuatan hukum) dapat dibatalkan jika terjadi penyalahgunaan keadaan (pasal 3:44 lid 1). Nieuwenhuis mengemukakan 4 syarat adanya penyalahgunaan keadaan, sebagai berikut :⁴⁷³

1. Keadaan-keadaan istimewa (*bijzondere omstandigheden*), seperti keadaan darurat, ketergantungan, ceroboh, jiwa yang kurang waras dan tidak berpengalaman;
2. Suatu hal yang nyata (*kenbaarheid*) disyaratkan bahwa salah satu pihak mengetahui atau semestinya bahwa pihak lain karena keadaan istimewa tergerak hatinya untuk menutup suatu perjanjian;
3. Penyalahgunaan (*misbruik*) salah satu pihak telah menyelesaikan perjanjian itu walaupun dia mengetahui atau seharusnya mengerti bahwa dia seharusnya tidak melakukannya (kasus Van Elmbt vs janda Feirabend);
4. Hubungan kausal (*casuaal verband*) adalah penting bahwa tanpa menggunakan keadaan itu maka perjanjian itu tidak akan ditutup.

F. Cacat Kehendak dalam Nederland Burgerlijk Wetboek

Artikel 3.44.1 BW (baru) menentukan bahwa perbuatan hukum dapat dibatalkan apabila karena adanya ancaman, karena penipuan, atau karena penyalahgunaan keadaan (*een rechtshandeling is vernietigbaar, wanneer zij door bedreiging, door bedrog, of door misbruik van omstandigheden*). Dengan demikian pasal ini mengenal 3 (tiga) macam cacat kehendak, yakni:

1. ancaman (*bedreiging*);
2. penipuan (*bedrog*); dan
3. penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*)

Ancaman itu ada menurut Artikel 3.44.2. BW (baru) Belanda jika seseorang yang menyebabkan orang lain melakukan perbuatan hukum tertentu secara melawan hukum

⁴⁷² Z. Asikin Kusumah Atmadja, "Pemberantasan Rentenir Sebagai Perwujudan Pemerataan Keadilan", *Varia Peradilan* No. 17 Februari 1987.

⁴⁷³ Nieuwenhuis, (II), hlm. 36. Dalam HP.Panggabean, *op.cit*, hlm. 40-41.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

mengancam dia atau pihak ketiga dengan melakukan kejahatan kepada dirinya atau harta bendanya, melakukan ancaman.

Kemudian menurut Artikel 3.44.3 BW (baru) Belanda, penipuan itu terjadi manakala seseorang yang menyebabkan orang lain untuk melakukan perbuatan hukum yang dimaksudkan dengan sengaja memberikan informasi yang tidak benar, dengan sengaja menyembunyikan suatu fakta padahal yang bersangkutan harus menyampaikan fakta itu, atau dengan cara tipu muslihat lainnya.

Berkenaan dengan penyalahgunaan keadaan, Artikel 3.44.4 BW (baru) Belanda menyatakan bahwa penyalahgunaan terjadi jika seseorang mengetahui atau seharusnya mengetahui orang lain yang melakukan suatu perbuatan hukum sebagai akibat dari keadaan khusus, -seperti keadaan darurat, ketergantungan, kecerobohan, keadaan jiwa yang tidak normal, atau tidak berpengalaman- dan yang mendorong lahirnya perbuatan hukum, padahal dia mengetahui atau seharusnya mengetahui seharusnya tidak melakukan itu, melakukan suatu penyalahgunaan keadaan.

Cacat kehendak yang lain yakni kesesatan (*dwaling*) diatur dalam Buku 6 BW (Baru) Belanda. Artikel 6.228.1 BW (Baru) Belanda menentukan, suatu perjanjian yang lahir (terjadi) karena pengaruh kesesatan dan apabila dia mendapat gambaran sebenarnya, maka perjanjian itu tidak akan dibuat, maka perjanjian itu dapat dibatalkan (*een overeenkomst die is tot stand gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, is vernietigbaar*):

- a. apabila kesesatan itu disebabkan oleh penjelasan yang keliru dari kedua belah pihak, kecuali apabila perjanjian itu dapat diterima dan ditutup A walaupun tanpa adanya penjelasan tersebut (*indien de dwaling is wijten is aan een inlichting van wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten*);
- b. apabila kedua pihak mengetahui atau patut mengetahui adanya kesesatan itu, seharusnya mereka berupaya mendapatkan penjelasan terlebih dahulu (*indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten*);

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

- c. apabila kedua belah pihak yang menutup perjanjian mempunyai pandangan keliru yang menimbulkan kesesatan kecuali apabila dia tidak perlu mengetahui tentang pandangan yang sebenarnya itu bahwa kesesatan itu timbul dari perjanjian yang telah ditutup itu (*indien de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst van dezelve onjuiste veronderstelling als de dwalende is uitgegaan, tenzij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden*).

Selanjutnya menurut Artikel 6.228.2 BW (baru) Belanda, pembatalan itu tidak dapat didasarkan pada suatu kesesatan yang akan ditutup pada masa yang akan datang atau yang berhubungan dengan dasar perjanjian itu, yang mana keadaan yang keliru itu adalah merupakan tanggung jawab dari yang keliru itu (*de vernietigbaar kan niet worden gegrond op een dwaling die een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft of die verband met de aard van de overeenkomst, de I het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval rekening van de dwalende behoort te blijven*).

Dari kedua ketentuan di atas dapat disimpulkan bahwa hukum kontrak Belanda mengenal ada 4 (empat) macam cacat kehendak, yaitu:

1. ancaman;
2. penipuan;
3. penyalahgunaan keadaan; dan
4. kesesatan

Berkaitan dengan ancaman dan penipuan dalam konteks hukum perdata Belanda, tidak hanya berhubungan dengan persoalan pembatalan kontrak (atau perbuatan hukum yang lain), tetapi juga berkaitan dengan orang yang bertanggungjawab dalam perbuatan melawan hukum.

G. Cacat Kehendak dalam Sistem Common Law

Kesepakatan yang nyata (*genuineness of assent*) dalam kontrak mungkin tidak ada karena adanya *mistake*, *misrepresentation*, *duress*, *undue influence*, atau *fraud*. Hal ini berkaitan dengan cacat kehendak. Sama seperti cacat kehendak dalam hukum Indonesia, apabila ada satu pihak yang memperlihatkan bahwa dia tidak mendapatkan kesepakatan yang nyata terhadap isi kontrak memiliki dua hak

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

yakni tetap melanjutkan kontrak atau membatalkan kontrak dan berarti membatalkan transaksi yang telah terjadi.

1. *Mistake*

Di dalam Common Law, kekhilafan (*mistake*) yang berkaitan dengan kontrak dapat dikategorikan menjadi tiga kategori yaitu:

- a. *common mistake*;
- b. *mutual mistake*; dan
- c. *unilateral mistake*.

Mistake (kekhilafan) terjadi manakala jika satu pihak atau kedua-dua pihak (kesalahan) terhadap objek kontrak atau aspek kontrak yang lain. Roger LeRoy Miller dan Gaylord A. Jentz menyatakan bahwa kekhilafan seseorang dalam membuat kontrak adalah hal wajar. Dalam keadaan tertentu hukum kontrak membolehkan suatu kontrak dibatalkan berdasarkan adanya kekhilafan. Konsep *mistake* dalam hukum kontrak adalah dengan perbuatan yang telah dilakukan dengan anggapan (*assumption*) yang salah pada waktu pembuatan kontrak. Dalam hukum kontrak *mistake* dapat menjadi upaya untuk membatalkan kontrak apabila dapat dibuktikan bahwa para pihak berada pada anggapan yang berbeda berkaitan dengan pokok atau objek kontrak.⁴⁷⁴

Di dalam hukum kontrak *Common Law*, kekhilafan dapat dibedakan menjadi dua macam, yakni *unilateral mistake* (kekhilafan yang ada pada satu pihak) dan *mutual mistake* (kekhilafan pada kedua-dua pihak).

Tidak ada kontrak yang dapat dibentuk kalau tidak ada hubungan antara penawaran dan penerimaan. Kalau satu pihak kepada pihak yang lain membuat penawaran yang oleh pihak lain itu diterima secara fundamental berbeda makna dari yang dikehendaki pihak yang melakukan penawaran, kontrak dapat dibatalkan. Di lain pihak, maksud dari para pihak secara mendasar dapat ditafsirkan secara objektif. Bahasa yang digunakan oleh pihak, apapun kehendak yang sebenarnya,

⁴⁷⁴ Roger LeRoy Miller dan Gaylord A. Jentz, *op.cit.* hlm 227.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

ditafsirkan dalam makna secara rasional dipahami oleh para pihak, atau setidaknya dalam makna yang dapat ditafsirkan oleh orang rasional. Namun kasus-kasus mungkin terjadi di mana isi penawaran dan penerimaan mengandung kemenduan yang tidak mungkin secara rasional dikaitkan kepada kesepakatan diantara mereka. Dapat juga terjadi di mana satu pihak mengetahui menerima suatu janji yang isinya berbeda dengan yang diketahui oleh pihak yang lain.⁴⁷⁵

Unilateral mistake ini terjadi jika satu pihak khilaf mengenai fakta material yang berkaitan dengan objek kontrak. Ada tiga keadaan yang menyebabkan kontrak tidak memiliki kekuatan hukum adanya kekhilafan, yakni:⁴⁷⁶

- a. Satu pihak membuat unilateral mistake (kekhilafan dari satu pihak) mengenai fakta material dan pihak lainnya mengetahui atau seharusnya mengetahui) mengenai kekhilafan yang terjadi;
- b. Unilateral mistake dapat pula terjadi karena kesalahan pencatatan atau perhitungan yang tidak menghasilkan kealfaan yang besar (*gross negligence*); dan
- c. Kekhilafan yang begitu serius yang mengakibatkan kontrak sangat tidak adil.

Jika Anderson ingin membeli sebuah mobil dari suatu *show room*, dia melihat beberapa model. Walaupun dia memutuskan untuk membeli mobil dengan model *sunroof*, tetapi dia tidak mengatakan hal tersebut kepada *salesperson*. Di dalam kontrak yang dia tandatangani tidak tergambar model dimaksud, namun dia yakin akan model tersebut. Kekhilafan pihak Anderson tersebut tidak mengurangi kewajiban kontraktual Anderson untuk membeli mobil itu.⁴⁷⁷ Sehubungan dengan persoalan di atas, perlu diperhatikan kasus *Wells Fargo Credit Corp. v Martin*, District Court of Appeals di bawah ini:⁴⁷⁸

- a. Duduk Perkara

⁴⁷⁵ A.G. Guest, General Editor, *Chitty on Contract, Volume I General Principles* (London: Sweet & Maxwell, 2003), hlm 330 – 331.

⁴⁷⁶ Henry. R. Cheeseman, *op.cit*, hlm 257

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Wells Fargo Credit Corporation (Wells Fargo) memperoleh putusan penyitaan rumah yang dimiliki Mr. dan Mrs. Clevenger. Jumlah utang mereka di dalam putusan tersebut dinyatakan sebesar \$207,141 (duaratus tujuh ribu seratus empatpuluh satu dollar). Penjualan rumah sitaan tersebut diadualkan pada jam 11.00 A.M. 12 Juli 1991 di barat pintu depan pengadilan prumahan (courthouse) Hillsborough. Wells Fargo diwakili oleh seorang *paralegal* yang sudah pernah menghadiri lebih dari 1,000 (seribu) penjualan yang serupa. Harga dasar yang ditentukan dalam penjelasan pelelangan tersebut adalah \$115,00. Karena pertama angka “1” ditulis sangat berdekatan dengan “\$”. *Paralegal* tersebut salah membaca penjelasan pelelangan tersebut pada harga \$15.000, dan membuka penawaran seharga itu. Harley Martin yang mengajukan penawaran penjualan pada harga \$20,000. Panitera pengadilan memberikan waktu yang cukup untuk penawar yang lain, dan kemudian memberitahukan harga pertamakali \$20,000, keduakali \$20,000, “beli kata Harley Martin ...” *Paralegal* itu kemudian berteriak, “Stop, maaf, saya melakukan kekhilafan.” Sertifikat penjualan rumah tersebut tetap dikeluarkan untuk Harley Martin. Wells Fargo kemudian mengajukan gugatan atas dasar unilateral mistake. Pengadilan tingkat pertama memenangkan Harley Martin. Wells Fargo mengajukan banding.

b. Permasalahan

Apakah kekhilafan sendiri (*unilateral mistake*) merupakan dasar untuk membatalkan penjualan melalui pelelangan di atas ?

c. Pertimbangan Pengadilan

Pengadilan banding mempertimbangkan bahwa hak Martin untuk membeli property tersebut pada waktu panitera memberitahukan “jual.” Umumnya *unilateral mistake* tidak memungkinkan pihak yang melakukan kekhilafan untuk membatalkan kontrak. Pengadilan banding mempertimbangkan bahwa pengadilan tingkat pertama memiliki diskresi memasukkan risiko kekhilafan wells Fargo.

d. Putusan Pengadilan

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Pengadilan banding memutuskan bahwa kekhilafan sendiri (*unilateral mistake*) Fargo tidak dapat dijadikan alasan untuk membatalkan penjualan melalui lelang di atas.

Jenis kekhilafan yang kedua adalah *mutual mistake* atau *bilateral mistake*. Dalam *mutual mistake* ini, kedua belah pihak khilaf mengenai objek atau subjek kontrak.⁴⁷⁹ Sama seperti *unilateral mistake*, di dalam *mutual mistake* harus berkaitan dengan fakta material.⁴⁸⁰

Contoh klasik *mutual mistake* ini dapat dilihat dalam kasus *Raffles v Wichelhaus* (1864). Wichelhaus membeli kapas dari Raffles yang dikapalkan dari Bombay, India dengan kapal yang bernama Peerless. Dalam kenyataannya ada dua kapal yang bernama Peerless yang sama-sama membawa kapas dari Bombay, India. Kapal yang pertama berangkat dari Bombay pada Oktober, dan kapal yang kedua berangkat dari Bombay pada Desember. Wichelhaus mengira kapal yang bernama Peerless itu berangkat dari Bombay pada Oktober. Raffles mengira kapal itu berangkat dari Bombay pada Desember. Ketika barang sampai pada Desember, Raffles menyerahkan kapas itu kepada Wichelhaus, tetapi Wichelhaus tidak mau lagi menerima kapas itu karena menurut Wichelhaus kapas yang diterima adalah yang dikapalkan pada Oktober. Pengadilan Inggris yang mengadili perkara itu menyatakan bahwa di dalam kontrak yang terlihat adanya kapal tertentu yang bernama Peerless yang berlayar dari Bombay, karena pada kenyataannya ada dua kapal yang bernama Peerless yang sama-sama mengangkut kapas dari Bombay. Di sini ada kemenduan (*ambiguity*), sehingga tidak ada kata sepakat, dan karenanya tidak ada kontrak yang mengikat.⁴⁸¹

⁴⁷⁹ Richard Stone, *op.cit.*, hlm 208.

⁴⁸⁰ Roger LeRoy Miller dan Gaylord A. Jentz, *op.cit.* hlm 228.

⁴⁸¹ *Ibid* dan Richard Stone, *loc.cit.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Persoalan *mutual mistake* juga dapat dilihat dalam kasus *Konic International Corporation v. Spokane Computer Service, Inc.*, 708 P.2d 932 (1995) Court of Appeals of Idaho.⁴⁸²

a. Duduk Perkara

David Young seorang karyawan Spokane Computer Services, Inc. (Spokane Computer) diperintahkan oleh majikannya untuk mempelajari kemungkinan untuk membeli suatu *surge protector*, suatu alat untuk melindungi komputer dari kerusakan gelombang elektronik. Walaupun kajian Young menemukan beberapa harga per unit antara \$50 hingga \$200, tetapi tidak ada satu pun yang cocok dengan kebutuhan perusahaan. Young kemudian menghubungi Konic International Corporation (Konic) melalui telepon dan Konic menunjuk seorang *salesman*. *Salesman* itu menjelaskan unit yang diperlukan Young, dan Young mempelajari harganya. *Salesman* mengatakan “Fifty-six twenty.” Young mengira \$5,620. Young mengira \$56.20, Young memesan unit tersebut melalui telepon, dan barang tersebut dan di-*instal* di kantor Spokane Computer. Kekhilafan kemudian diketahui dua minggu kemudian ketika Konic mengirim nota (*invoice*) unit tersebut seharga \$5.620. Spokane Computer memutuskan untuk mengembalikan unit tersebut ke Konic. Konic kemudian menggugat Spokane Computer terhadap harga pembelian unit tersebut. Pengadilan tingkat pertama memenangkan Spokane Computer. Konic mengajukan banding.

b. Permasalahan Hukum

Apakah *mutual mistake* mengenai fakta yang dilakukan Spokane Computer dapat membatalkan kontrak ?

c. Pertimbangan Pengadilan

Keduabelah pihak memiliki pemahaman yang berbeda terhadap istilah yang sama “fifty-six twenty.” Dengan demikian, tidak ada persesuaian kehendak diantara keduabelah pihak. Perbedaan yang mencolok diantara kedua harga tersebut adalah suatu yang esensial yang menunjukkan kemenduan makna.

⁴⁸² Henry. R. Cheeseman, *op.cit.*, hlm 258.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Karena kedua makna yang nyata atau jelas digunakan, pengadilan menyimpulkan bahwa tidak ada kontrak yang terbentuk diantara para pihak. Pengadilan menyatakan bahwa kesalahpahaman bersama (*mutual misunderstanding*) para pihak dasar dan hal yang paling penting bagi suatu perjanjian, apa yang mereka duga semata-mata merupakan sebuah ilusi.

d. Putusan

Pengadilan banding memutuskan bahwa suatu *mutual mistake* mengenai fakta material yang memungkinkan Sponake Computer untuk membatalkan kontrak dengan Konic. Pengadilan banding menguatkan putusan pengadilan tingkat pertama yang memenangkan Sponake Computer.

Selain kedua macam *mistake* di atas, dikenal pula *mistake* yang lain yaitu *common mistake*. Istilah *common mistake* digunakan untuk menggambarkan suatu keadaan di mana kedua belah pihak membuat kekhilafan yang sama.⁴⁸³ *Common mistake* ini berkaitan dengan eksistensi objek kontrak yang fundamental.⁴⁸⁴

Konsep *common mistake* mengacu kepada kasus *Bell v Lever Bros Ltd*, walaupun dalam hal ini mengacu kepada kasus *mutual mistake*. Penggugat mengajukan suatu argumen untuk kompensasi dengan tergugat mengenai penghentian lebih awal kontrak kerja diantara mereka. Jumlah pembayaran kompensasi yang dibuat karena kesalahan yang dilakukan berkaitan dengan pengakhiran perjanjian tanpa kompensasi. Penggugat oleh karena berargumentasi bahwa kompensasi harus dibatalkan karena ada kekhilafan.⁴⁸⁵

Dua dari tiga *House of Lord* berpendirian, perjanjian tetap mengikat, walaupun pertimbangan dalam putusan tidak seluruhnya jelas. Namun demikian *House of Lord* membuat beberapa pedoman berkaitan dengan prinsip-prinsip umum *common mistake*, yakni:⁴⁸⁶

- a. Kekhilafan harus suatu asumsi yang salah dan fundamental mengenai hal yang mendasar kontrak;

⁴⁸³ Jennifer Corrin Care, *Contract Law in The South Pacific* (London: Cavendish Publishing Limited, 2000), hlm 212

⁴⁸⁴ Lim Kit-Wye dan Victor Yeo, *op.cit*, hlm 103.

⁴⁸⁵ Jennifer Corrin Care. *loc.cit*.

⁴⁸⁶ *Ibid*.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

- b. kedua belah pihak memiliki hal tersebut di atas dalam pikiran pada waktu kontrak dibuat sebagai dasar kontrak; dan
- c. itu tidak cukup bahwa satu pihak dapat menunjukkan bahwa dia mengetahui fakta yang sebenarnya, dia dianggap tidak pernah membuat kontrak

Common mistake dapat ditemukan dalam kasus *Farid Khan v Ali Mohammed and Two Others*. Dalam kasus ini para pihak adalah sekutu atau *partner*. Melalui sebuah perjanjian, penggugat keluar atau menarik diri dari persekutuan perdata (*partnership*) dan menerima kembali penyertaan modalnya sebesar \$2,000, ditambah dengan keuntungan persekutuan perdata pada waktu dia keluar yang dikalkulasi sebesar \$8,300. Belakangan diketahui bahwa keuntungan yang dihitung oleh satu pihak ternyata salah, dan menolak membayar kepada penggugat bagian yang dia miliki. Pengadilan menyatakan bahwa perjanjian dibuat didasarkan pada suatu kesalahan yang fundamental berkaitan dengan posisi keuangan persekutuan perdata yang mendasari kontrak. Karenanya kontrak dibatalkan.⁴⁸⁷

Di dalam *Common Law*, akibat dari adanya *common mistake*, kontrak dinyatakan batal sejak semula. Dasar teori hal tersebut adalah bahwa kontrak itu secara keseluruhan berkaitan penawaran dan penerimaan yang dapat dihubungkan secara lengkap satu dengan lainnya, kontrak yang lahir tidak memberikan akibat hukum karena kontrak didasarkan fakta yang tidak benar.⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ Lim Kit-Wye dan Victor Yeo, *op.cit.*, hlm 109.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Kategori *Mistake*⁴⁸⁹

Tipe Mistake	Karakteristik	Persyaratan
Common	1.Keduabelah pihak khilaf 2.Kekhilafan serupa 3.Maksud para pihak serupa	1. Kekhilafan fakta 2. Kekhilafan berkaitan dengan eksistensi objek
Mutual	1. Keduabelah pihak khilaf 2. Kekhilafan tidak sama 3. Maksud para pihak tidak sama	1. Kekhilafan fakta 2. Kekhilafan mendasar
Unilateral	1. Satu pihak khilaf 2. Pihak lainnya sadar akan kekhilafan 3. Maksud para pihak berbeda	1. Kekhilafan fakta 2. Kekhilafan mendasar

Kategori dan Akibat Hukum *Mistake*⁴⁹⁰

Tipe Mistake		Posisi di Common Law	Kemungkinan Upaya Hukum Berdasar Equity
<i>Common Mistake</i>	1. Kekhilafan berkaitan dengan objek kontrak yang fundamental; 2. Kekhilafan tidak berkaitan dengan objek kontrak yang fundamental	1. Batal 2. Valid	1. Tidak ada 2. Membatalkan objek kontrak melalui pengadilan 3. Penolakan terhadap prestasi tertentu 4. Ratifikasi dari kontrak tertulis
<i>Mutual Mistake</i>	1. Tidak mungkin bagi pengadilan secara objektif mengambil kesimpulan mengenai isi kontrak 2. Mungkin bagi pengadilan secara objektif mengambil	1. Batal 2. Valid bagi isi kontrak yang dapat	1. Tidak ada 2. Penolakan terhadap prestasi tertentu

⁴⁸⁹ Lim Kit-Wye, *op.cit*, 109.

⁴⁹⁰ *Ibid*, hlm 113.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

	kesimpulan mengenai isi kontrak	disimpulkan	
Unilateral Mistake	1. Kekhilafan mengenai objek yang fundamental 2. Kekhilafan yang tidak berkaitan objek yang fundamental	1. Batal 2. valid	1. Tidak ada 2. Membatalkan objek kontrak melalui pengadilan 3. Penolakan terhadap prestasi tertentu 4. Ratifikasi kontrak tertulis

2. *Fraudulent Misrepresentation*

Misrepresentation terjadi jika suatu pernyataan yang dibuat tidak sesuai dengan fakta. Di dalam *misrepresentation* dikenal *intentional misrepresentation*. Suatu *intentional misrepresentation* terjadi jika seseorang dengan sengaja membujuk orang lain untuk mempercayai dan berbuat sesuatu dengan memberikan gambaran yang keliru. *Intentional misrepresentation* ini umumnya mengacu kepada pemberian informasi atau keterangan (yang keliru) secara curang (*fraudulent misrepresentation*) atau *fraud* (penipuan). Jika *fraudulent misrepresentation* digunakan untuk membujuk orang lain mengadakan kontrak, kesepakatan yang terjadi tidak murni dan kontrak dapat dibatalkan.

Di dalam sistem *Common Law* dikenal ada beberapa macam atau tipe penipuan. Beberapa macam penipuan yang dikenal secara umum adalah sebagai berikut:⁴⁹¹

a. Penipuan pada permukaan (*Fraud in inception*)

Penipuan ini terjadi jika seseorang tertipu karena tindakannya dan tidak tahu apa yang ia tandatangani. Kontrak seperti ini adalah batal demi hukum, bukan hanya dapat dibatalkan. Misalnya Heather membawakan kartu nilai untuk ditandatangani kepada profesornya, kemudian profesor tersebut menandatangani di sisi depan kartu, padahal di belakangnya terdapat klausula

⁴⁹¹ Henry. R. Cheeseman, *op.cit*, hlm 260.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

kontrak yang menyatakan bahwa semua harta profesor tersebut diberikan kepada Heather. Demikian terjadi penipuan pada permukaan, yang berakibat batalnya kontrak.

b. Penipuan dalam bujukan (*Fraud in the inducement*)

Kebanyakan kasus-kasus penipuan adalah mengenai penipuan dalam bujukan. Hal ini terjadi ketika pihak yang tidak bersalah mengerti apa yang ia tandatangani, namun ia telah dibujuk dengan tipu daya sehingga ia mau membuat kontrak. Kontrak tersebut dapat dibatalkan oleh pihak yang dirugikan. Misalnya Lyle Green mengatakan kepada Candice Young bahwa ia membentuk kerjasama untuk menanamkan modal dalam pengeboran minyak dan mengajak Young untuk menanamkan modalnya dalam persekutuan perdata tersebut. Nyatanya Green berniat untuk menggunakan uang yang ia terima untuk kebutuhan pribadinya dan kabur bersama dana \$ 30,000 yang ditanamkan oleh Young. Demikian terjadi penipuan dalam bujukan. Young dapat membatalkan kontrak dan menerima kembali utangnya dari Green jika ia dapat ditemukan.

c. Penipuan dengan menyembunyikan (*Fraud by concealment*)

Penipuan ini terjadi ketika salah satu pihak melakukan tindakan spesifik untuk menutupi fakta material dari pihak lain. Misalnya, ABC Blouses, Inc. membuat perjanjian untuk membeli mesin jahit dari Wear-Well Shirts, Inc. Wear-Well tidak menunjukkan nota reparasi mesin kepada ABC walaupun ABC memintanya. Karena berpikir bahwa mesin tersebut dalam kondisi yang baik dan tidak pernah diperbaiki, ABC membeli mesin tersebut. Jika ABC menemukan bahwa sebuah reparasi signifikan telah disembunyikan, ia dapat menggugat Wear-Well atas penipuan.

d. Diam sebagai gambaran yang salah (*Silence as misrepresentation*)

Umumnya, tidak ada pihak yang mempunyai kewajiban untuk mengungkapkan semua fakta (*duty to disclose*) kepada pihak lain. Biasanya diam tersebut bukan merupakan gambaran yang salah kecuali (1) non-disclosure akan menyebabkan cedera atau kematian, (2) terdapat hubungan *fiduciary* antara pihak yang

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

berjanji, atau (3) *disclosure* disyaratkan oleh undang-undang federal dan negara.

e. Gambaran hukum yang salah (*Misrepresentation of law*)

Biasanya gambaran hukum yang salah tidak ditindaklanjuti sebagai penipuan. Pihak yang tidak bersalah tidak dapat membatalkan kontrak secara umum, karena setiap terhadap kontrak orang dianggap tahu hukum yang mengatur transaksi baik dari pencariannya sendiri atau dengan menyewa pengacara. Terdapat satu pengecualian penting dalam aturan ini: Gambaran yang salah akan diperbolehkan sebagai dasar pembatalan kontrak jika satu pihak dalam kontrak merupakan seorang profesional yang seharusnya tahu hukumnya dan dengan sengaja memberikan gambaran hukum yang salah kepada pihak lain yang tidak lebih pintar dirinya.

Di samping *intentional misrepresentation*, *Common Law* juga mengenal *innocent misrepresentation*. *Innocent misrepresentation* terjadi ketika seseorang menyusun duduk perkara yang ia anggap dan ia percayai secara jujur dan wajar walaupun itu tidak benar. *Innocent misrepresentation* bukanlah penipuan. Jika hal ini terjadi pihak yang dirugikan dapat membatalkan kontrak namun tidak dapat menggugat untuk ganti rugi. Yang sering terjadi adalah *innocent misrepresentation* dianggap kesalahan bersama. Sehubungan dengan *innocent misrepresentation* ini perlu diperhatikan kasus *Wilson v. Western National Life Insurance Co*, 235 Cal.App.3d 981.1Cal.Rptr.2d 157(1981) California Court of Appeal.⁴⁹²

a. Duduk Perkara

Daniel dan Doris Wilson adalah sepasang suami isteri. Pada 13 Agustus 1985 Daniel tidak sadarkan diri karena overdosis narkotika dan langsung dibawa ke rumah sakit. Doris menemaninya. Obat yang digunakan untuk melawan overdosis narkotika bekerja kepada Daniel, kemudian ia sembuh. Tenaga medis ruang gawat darurat mencatat bahwa Daniel mungkin menderita overdosis heroin dan terdapat banyak tusukan jarum pada lengannya.

⁴⁹² *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Pada 8 Oktober 1985, seorang agen untuk Western National Life bertemu Wilson di rumahnya untuk tujuan mengambil pengajuan asuransi jiwa. Agen tersebut menanyakan beberapa pertanyaan dan merekam jawaban Wilson atas pengajuan tertulis.

13. Dalam kurun waktu 10 tahun, apakah anda pernah dirawat atau bergabung dalam organisasi untuk pecandu alcohol atau obat-obatan terlarang? Jika “Ya”, jelaskan di halaman sebaliknya. Jawabannya “Tidak.”

17. Dalam kurun waktu 5 tahun, apakah anda pernah berkonsultasi atau dirawat oleh dokter atau ahli? Jawabannya “Tidak.”

Pasangan Wilson telah menandatangani formulir pendaftaran dan membayar kepada agen premi bulan pertama. Menurut undang-undang asuransi dan formulir pendaftaran, polis asuransi jiwa segera berlaku. Daniel Wilson meninggal karena overdosis obat-obatan dua hari kemudian. Western membatalkan polis dan menolak klaim sebanyak \$ 50,000 oleh Doris Wilson karena kematian Daniel, serta menyatakan bahwa ada kegagalan dalam mengungkapkan pada insiden 13 Agustus 1985. Doris menggugat untuk mengembalikan *death benefits*. Pengadilan mengabulkan permintaan Western. Doris mengajukan banding.

b. Permasalahan

Apakah adanya penyembunyian fakta material yang membenarkan pembatalan polis asuransi jiwa oleh Western?

c. Alasan Pengadilan

Dalam sebuah gambaran yang salah secara material atau penyembunyian (*concealment*) baik disengaja maupun tidak, terdapat hak pihak yang dirugikan untuk membatalkan kontrak. Pengadilan mengatakan bahwa Wilson telah membuat gambaran yang salah secara material, yang kemudian dipercaya oleh Western dan dirugikan olehnya. Pengadilan menemukan bahwa Western tidak

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

akan mengeluarkan polis asuransi kepada Daniel Wilson jika ia tahu bahwa Daniel Wilson pernah menderita overdosis.

d. Putusan

Pengadilan banding memutuskan bahwa terdapat penyembunyian oleh Wilson dan membenarkan pembatalan polis asuransi jiwa oleh Western.

3. *Duress*

Kesepakatan merupakan salah satu syarat adanya kontrak. Kesepakatan menjadi tidak murni jika salah satu pihak dalam kontrak dipaksa untuk menandatangani kontrak. Roger LeRoy Miller dan Gaylord A. Jentz menyebutkan bahwa memaksa satu pihak untuk membuat kontrak karena ketakutan yang diciptakan melalui ancaman disebut *duress*.⁴⁹³ *Duress* terjadi jika satu pihak mengancam pihak lawannya untuk melakukan suatu tindakan yang salah ketika kontrak dibuat.

Duress ini dapat menjadi pembelaan dalam pelaksanaan kontrak, dapat pula menjadi dasar untuk Penghapusan atau pembatalan kontrak. Pihak yang menandatangani kontrak yang berada di bawah ancaman dapat memilih untuk tetap melaksanakan kontrak atau menghindari semua konsekuensi hukum yang timbul dari kontrak tersebut.

Kebutuhan ekonomi secara umum tidak cukup untuk menentukan suatu *duress*, bahkan ketika salah satu pihak menetapkan harga yang sangat tinggi untuk sebuah barang jika pihak lain sangat memerlukan barang tersebut. Jika yang menetapkan harga juga menciptakan kebutuhan, maka economic *duress* dapat terjadi. Misalnya, *The Internal Revenue Services* (IRS) menetapkan pajak yang tinggi serta denda kepada Weller. Weller “menyewa” Eyman untuk keberatan terhadap penolakan perhitungan pajak tersebut. Eyman menolak untuk mewakili Weller kecuali jika ia sepakat untuk membayar tinggi jasa Eyman. Perjanjian tersebut dinilai tidak dapat dilaksanakan. Walaupun Eyman telah mengancam untuk tidak memberikan jasanya, yang secara legal dapat ia lakukan, dia

⁴⁹³ Roger LeRoy Miller dan Gaylord A. Jentz, *op.cit*, hlm 232.

bertanggungjawab atas penundaan penarikan jasanya sampai dua hari terakhir . Karena Weller terpaksa menandatangani kontrak atau kehilangan halnya untuk melakukan penyangkalan atas penetapan IRS. Perjanjian tersebut dibuat di bawah ancaman.⁴⁹⁴

4. *Undue Influence*

Sebagaimana telah dijelaskan di atas (berkaitan dengan penyalahgunaan keadaan di Belanda dan Indonesia) bahwa penyalahgunaan keadaan (*undue influence*) adalah suatu lembaga hukum yang berasal dari *Common Law*. Ketika menjelaskan atau membahas penyalahgunaan keadaan di Belanda dan Indonesia, pembahasannya juga didasarkan pada doktrin yang ada dalam *Common Law*, maka di sub bab ini penjelasan tentang penyalahgunaan keadaan tidak dibahas lagi.

H. Cacat Kehendak dalam Hukum Islam

Sebagaimana hukum kontrak Civil Law dan Common Law, hukum kontrak Islam juga mengenal cacat kehendak yang dapat membatalkan kontrak. Cacat kehendak tersebut meliputi *ikhrah* (paksaan); *tadlis* atau *taghrir* (penipuan); dan *ghalat* (kekeliruan).

1. *Ikhrah*

Para fuqaha klasik menyediakan satu bab khusus untuk mengkaji paksaan baik dalam kitab fiqh maupun usul fiqh.⁴⁹⁵ Di dalam mazhab Hanafi dinyatakan bahwa, paksaan merupakan topik yang menjadi kajian khusus yang terpisah ruang lingkup fiqh karena paksaan ini merupakan gangguan primordial sebagai kesepakatan yang secara serius mempengaruhi kehendak bebas para pihak dalam pembentukan kontrak.⁴⁹⁶

Prinsip umum dalam hukum Islam adalah bahwa tidak seorang pun kepada persetujuan yang dibuat berdasarkan adanya suatu paksaan. Karenanya, sebelum melaksanakan kontrak, hukum Islam memastikan bahwa para pihak dalam

⁴⁹⁴ Henry. R. Cheeseman, *op.cit*, hlm 231.

⁴⁹⁵ Syamsul Anwar, *op.cit*, hlm 163.

⁴⁹⁶ Nayla Comair-Obeid, *op.cit*, hlm 95.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

membentuk keinginan untuk mengadakan kontrak harus secara bebas.⁴⁹⁷ Jika salah satu pihak memaksakan kehendaknya untuk mengadakan kontrak, hukum Islam menolak pelaksanaan kontrak yang dibentuk berdasarkan paksaan. Dengan perkataan lain, kontrak harus didasarkan pada kebebasan dan kesukarelaan.⁴⁹⁸ Kesepakatan berarti bahwa seseorang bebas untuk memilih dan berkehendak untuk membuat janji.⁴⁹⁹

Sarakhsi mendefinisikan paksaan sebagai suatu tindakan dilakukan seseorang yang ditujukan kepada orang lain untuk menekan kesepakatan atau merusak (meniadakan) kehendak bebas.⁵⁰⁰ Zayla menyatakan bahwa paksaan adalah tindakan yang secara langsung yang dilakukan seseorang terhadap orang lain yang merusak kesepakatannya.⁵⁰¹

Seorang penulis kotemporer, Mustapha az Zarqa mengartikan paksaan sebagai paksaan fisik atau moral yang dilakukan seseorang agar orang lain untuk menerima atau tidak menerima suatu perbuatan hukum.⁵⁰² Penulis-penulis modern menyatakan bahwa ancaman sebagai suatu paksaan moral yang merusak kesepakatan.⁵⁰³ Unsur utama atau substansi paksaan (*ikhrah*) adalah ancaman (*tahdid*).⁵⁰⁴

Menurut Syamsul Anwar, paksaan dalam hukum Islam diartikan sebagai tekanan atau ancaman terhadap seseorang dengan menggunakan cara-cara yang menakutkan agar orang itu terdorong untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu.⁵⁰⁵ Ada juga yang mendefenisikannya sebagai penekanan tanpa alasan yang sah terhadap seseorang agar ia melakukan sesuatu tanpa persetujuannya.⁵⁰⁶

⁴⁹⁷ Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *op.cit*, hlm 103.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ Nayla Comair-Obeid, *loc.cit.*

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid.*

⁵⁰⁴ S.E. Rayner, *op.cit*, hlm 245.

⁵⁰⁵ Syamsul Anwar, *op.cit*, hlm 163.

⁵⁰⁶ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Menurut Syamsul Anwar, paksaan yang dimaksud dalam konteks cacat kehendak adalah paksaan melalui ancaman, bukan paksaan fisik yang bersifat langsung.⁵⁰⁷

Di dalam hukum Islam, dilihat dari segi ringan-beratnya, paksaan dibedakan menjadi dua macam, yaitu: Pertama, paksaan berat (*al-ikrah al-mulji*) atau paksaan sempurna, dan Kedua, paksaan ringan (*al-ikrah ghair al-muhji*) atau paksaan tidak sempurna.⁵⁰⁸

Paksaan berat adalah yang sangat menekan di mana seseorang tidak memiliki lagi pilihan selain melakukan apa yang dipaksakan kepadanya. Misalnya orang yang dipaksa itu diancam akan dibunuh atau dicerai atau dimusnahkan seluruh harta bendanya. Adapun paksaan ringan atau tidak sempurna adalah paksaan dengan tidak menggunakan ancaman untuk membunuh atau mencederai atau merusak harta bendanya. Ancaman tersebut misalnya berupa ancaman untuk dipukul atau ancaman untuk dibuka rahasianya.⁵⁰⁹

Hal penting untuk menentukan kondisi yang diminta fuqaha untuk paksaan yang menjadi penyebab pembatalan kontrak. Semua mazhab dengan suara bulat menyatakan ada tiga penyebab paksaan ditentukan oleh alasan yang mempengaruhi kebebasan kehendak para pihak, yaitu:⁵¹⁰ Pertama, paksaan tersebut tidak dibenarkan hukum; Kedua, paksaan tersebut berasal dari orang yang memiliki kekuatan untuk melakukan ancaman; dan Ketiga, paksaan tersebut merupakan hal yang menimbulkan suatu pengaruh terhadap korban.

Lebih rinci Syamsul Anwar mengemukakan persyaratan terjadi paksaan sebagai cacat kehendak dalam hukum Islam sebagai berikut:⁵¹¹

1. orang yang mengancam memiliki kemampuan melaksanakan ancamannya;
2. orang yang terancam mengetahui atau menduga bahwa ancaman tersebut pasti akan dilaksanakan apabila jika ia tidak menuruti ancaman tersebut;
3. ancaman itu adalah sedemikian rupa di mana dirasa berat sehingga tidak sanggup dipikul atau kalau sanggup dipikul, tetapi sangat memberatkan;

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ Syamsul Anwar, *op.cit.*, hlm 164.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, hlm 165.

⁵¹⁰ Nayla Comair-Obeid, *op.cit.*, hlm 96.

⁵¹¹ Syamsul Anwar, *loc.cit.*

4. ancaman itu bersifat segera dimana pihak yang terancam merasa tidak memiliki kesempatan untuk lepas dari ancaman tersebut.; dan
5. ancaman itu adalah tanpa hak dan merupakan perbuatan yang tidak dibenarkan hukum.

Pihak yang menyatakan atau menuduh mitra atau lawan kontraknya atau pihak ketiga melakukan paksaan harus membuktikan bahwa orang yang dituduh melakukan paksaan itu mampu melaksanakan ancaman tersebut. Berikutnya korban paksaan harus memberikan bukti yang cukup bahwa pihak yang mengancamnya tersebut melakukan intimidasi terhadap korban.⁵¹²

2. *Tadlis* atau *Taghrir*

Cacat kehendak yang kedua dalam hukum Islam adalah penipuan (*tadlis* atau *taghrir*). Menurut Mohd Ali Baharum, kata yang sangat umum digunakan oleh fuqaha untuk menyebut penipuan adalah *taghrir*. Istilah *tadlis* juga digunakan oleh fuqaha yang lain seperti fuqaha dari hukum mazhab Hanafi. Tidak ada perbedaan diantara keduanya. Sebagai tambahan dari kedua istilah itu digunakan juga istilah *gharur* sebagai padanan istilah penipuan. Kata *taghrir* dan *gharur* aslinya berakar dari kata *gharra* yang berarti menipu. Umumnya fuqaha tradisional lebih banyak menggunakan istilah *gharur* daripada *taghrir*, namun di lain pihak pada era modern ahli hukum lebih cenderung menggunakan istilah *taghrir*.⁵¹³

Tadlis sendiri secara umum bukan murni berasal dari hukum Islam.⁵¹⁴ Istilah *tadlis* adalah bentuk jamak dari kata benda dari kata yang berakar dari *Dallasa* yang berarti “penipuan atau penipu.” Istilah tersebut menurut Coulson diambil oleh bahasa Arab dari *Dolos* dalam bahasa Yunani Byzantium yakni *Dolus*. Menurut Schacht, istilah bahasa Arab *dallas*, menyembunyikan suatu kesalahan atau cacat yang diderivasi dari bahasa Latin, yakni *dolus*. Kata tersebut menjadi bahasa Arab melalui praktik perdagangan, tetapi istilah tersebut tidak

⁵¹² S.E. Rayner, *loc.cit.*

⁵¹³ Mohd Ali Baharum, *Misrepresentation: A Study of English and Islamic Contract Law*, Al-Rahmaniah, Kualalumpur, 1988, hlm 10.

⁵¹⁴ S.E. Rayner, *op.cit*, hlm 204.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

menjadi suatu istilah teknis untuk penipuan pada awal pembentukan hukum kontrak Islam.⁵¹⁵

Tidak ada definisi penipuan yang mencakup semua bentuk pernyataan atau tindakan yang menyesatkan yang ditemukan dalam tulisan klasik atau tulisan kontemporer Islam. Penipuan lebih banyak didefinisikan sesuai dengan bentuk khusus pernyataan atau tindakan yang menyesatkan tersebut. Walaupun beberapa tulisan kontemporer seperti *Majallah* telah mencoba membuat satu definisi umum penipuan, tetapi tetap saja tidak komprehensif.⁵¹⁶

Badaran Abu Aini Badran, misalnya mendefinisikan *taghrir* sebagai suatu pernyataan yang satu pihak terhadap pihak lainnya yang menyebabkan mereka membuat kontrak dengan harapan bahwa dia mendapatkan keuntungan dari hal tersebut, tetapi yang terjadi adalah hal sebaliknya.⁵¹⁷ Definisi ini tidak komprehensif dan tidak mencakup diam atau penyembunyian suatu cacat mengenai objek oleh pihak yang seharusnya memberikan pernyataan. *Majallah* mendefinisikan *taghrir* sebagai gambaran yang melekat pada objek kontrak kepada pembeli tetapi dengan penjelasan yang tidak jelas. Definisi ini juga tidak membawa ruang lingkup yang pasti mengenai penipuan dalam Islam.⁵¹⁸

Tadlis berarti bahwa seseorang dengan sengaja menipu orang lain ketika mereka mengadakan kontrak. Penipuan terjadi ketika satu pihak dengan sadar membuat suatu pernyataan yang salah mengenai fakta material yang lalu dan sekarang dengan maksud agar pihak lain mengadakan perjanjian dan pihak lainnya itu menderita kerugian.⁵¹⁹

Ada tiga bentuk *tadlis*, yakni *tadlis fi'li* (penipuan yang sesungguhnya), *tadlis qawli* (penipuan secara verbal), dan *tadlis bi kitman al-haqiqah* (penipuan yang terselubung).⁵²⁰

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ *Ibid*, hlm 11.

⁵¹⁹ Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *op.cit*, hlm 107.

⁵²⁰ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Tadlis fi'li adalah pernyataan sesuatu yang berkaitan dengan objek untuk memberikan suatu gambaran yang tidak nyata. Dengan perkataan lain, *tadlis fi'li* ini adalah suatu deskripsi palsu mengenai objek.⁵²¹ *Tadlis qawli* adalah kebohongan yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam kontrak terhadap pihak lainnya agar menutup atau mengadakan suatu kontrak. Misalnya penjual menyatakan “benda ini adalah yang terbaik”, padahal sejatinya tidak demikian adanya.⁵²² Adapun *tadlis bi kitman al-haqiqah* atau penipuan yang terselubung adalah menyembunyikan cacat mengenai objek.⁵²³

Mohd Ali Baharum menyebut beberapa kontrak yang dilakukan karena penipuan seperti *najash*, di mana satu kewajiban seorang penjual timbul dari harga tertinggi dalam suatu pelelangan, walaupun dia tidak memiliki maksud untuk menjual benda itu. Bentuk penipuan yang kedua adalah *tasyriah*.

Di dalam Islam, kesepakatan yang bebas dan kejujuran para pihak dalam membuat kontrak adalah suatu kewajiban moral yang ditekankan hukum Islam berkaitan dengan kontrak dan penipuan. Dengan demikian, kesepakatan para pihak merupakan persyaratan dasar keabsahan kontrak. Kesepakatan harus didasarkan kesukarelaan dan harus bebas dari kekhilafan (kekeliruan), penipuan, atau paksaan.⁵²⁴ Penipuan merupakan pelanggaran yang serius yang bertentangan dengan kejujuran, kehormatan, dan iktikad baik dalam transaksi bisnis yang diatur dijiwai oleh Quran dan Sunnah.⁵²⁵

Selain istilah *tadlis*, hukum kontrak Islam juga mengenal istilah *ghabn* (*ghubn*). *Ghabn* diterjemahkan sebagai penipuan (*deceit*). Di dalam bahasa Arab, *ghabn* berarti *naqs* atau pengurangan, dan oleh para fuqaha didefinisikan sebagai hal yang tidak sepadan dengan yang lain, seperti barang yang dijual tidak melebihi harga pasar barang tersebut.⁵²⁶ Di sini ada ketidakseimbangan kontraktual, ada

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ Mohd Ali Baharum, *loc.cit.*

⁵²⁵ Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *loc.cit.*

⁵²⁶ *Ibid*, hlm 107.

ketidaksepadan prestasi para pihak.⁵²⁷ Dengan demikian, umumnya dapat diterima bahwa *ghabn* menyerupai penipuan.

Jika dilihat dari sisi konteksnya, istilah *tadlis*, *taghrir*, dan *ghaban* Penggunaan berbagai istilah di atas dilihat dalam konteksnya tampak memberi kesan bahwa *tadlis* biasanya mencakup penipuan dengan sengaja, *ghabn* penipuan mencakup baik penipuan sengaja dan/atau tidak sengaja, dapat mencakup. *Tadlis* dan *taghrir* digunakan secara bergantian.⁵²⁸

3. *Ghalat*

Cacat kehendak yang ketiga dalam hukum kontrak Islam adalah kekhilafan atau kekeliruan (*ghalat*). Menurut Nayla Comair-Obeid, konsep kekeliruan dalam pembentukan kata sepakat yang ada dalam hukum Barat tidak ditemukan dalam sistem fiqih. Kekeliruan yang menjadi pembatalan kata sepakat eksis dalam spirit dalam fiqih hanya cara tambahan dan hal itu merupakan instrumen untuk melindungi kehendak bebas para pihak.⁵²⁹

Alasan bahwa pakar hukum muslim ingin melindungi keseimbangan *equity* dan *justice* diantara para pihak, perlu ada penambahan konstruksi hukum terhadap objek kewajiban secara keseluruhan, sehingga diperlukan satu penemuan yang merupakan syarat khusus untuk meminimalisasi risiko kekhilafan para pihak.⁵³⁰

Di dalam hukum kontrak Islam, kekhilafan dalam pembentukan kata sepakat sebagai elemen substantif yang terjadi selama pembentukan kata sepakat dari suatu kontrak. Ini dapat terjadi melalui ketidaktepatan hubungan diantara para pihak pada tahapan penawaran dan penerimaan seperti pengiriman pernyataan melalui berbagai media. Kekhilafan dapat timbul dari asumsi benda, kualitas dan kuantitas dari objek kontrak atau substansi benda itu sendiri. Kekhilafan dapat juga terjadi pada kekhilafan akan asumsi prinsip-prinsip hukum yang mengaturnya,

⁵²⁷ S.E. Rayner, *op.cit*, 208.

⁵²⁸ *Ibid*,

⁵²⁹ Nayla Comair-Obeid, *op.cit*, hlm 108.

⁵³⁰ *Ibid*.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

kapasitas atau identitas salah satu pihak dalam kontrak, atau dalam suatu motivasi yang didasarkan pada fakta yang keliru.

Menurut Syamsul Anwar, kekhilafan dalam Islam dapat terjadi pada benda dan terjadi pada orangnya. Kekhilafan tersebut pada benda mengakibatkan akad batal (demi hukum) dan ada yang mengakibatkan akad dapat dibatalkan, yakni pihak yang berkepentingan (yang khilaf) mempunyai hak *khiyar*.⁵³¹

Syamsul Anwar menambahkan lagi bahwa dalam hukum Islam apabila akad batal kekhilafan terjadi pada benda yang berbeda jenis atau sama jenisnya namun terdapat perbedaan besar dalam kegunaannya atau manfaatnya.⁵³² Apabila jenis barangnya sama, tetapi terdapat perbedaan mengenai hakikat barang, hanya saja perbedaan itu tidak mencolok, melainkan hanya menyangkut sifat yang diinginkan pada barang itu, maka akad tidak batal, tetapi pihak yang khilaf memiliki *khiyar* sifat (*khiyar al wasf*).⁵³³

Selain kekhilafan dapat terjadi pada barang yang menjadi objek kontrak, kekhilafan dapat juga terjadi pada orang yang mengadakan kontrak, misalnya seseorang bermaksud membuat kontrak dengan seseorang dokter terkenal untuk melakukan pengobatan terhadap dirinya, tetapi ternyata kontrak dibuat dengan dokter tidak terkenal. Kontrak yang demikian di dalam hukum Islam tidak mengikat bagi para pihak.⁵³⁴

Kekhilafan dapat juga terjadi pada hukum yang seharusnya berlaku. Kekhilafan pada hukum dapat terjadi manakala para pihak tidak mengetahui mengenai hukum yang seharusnya berlaku bagi kontrak yang mereka buat. Hukum Islam menentukan bahwa tidak ada alasan yang dapat dibenarkan bagi kekhilafan akan ketentuan hukum ini.⁵³⁵

⁵³¹ Syamsul Anwar, *op.cit*, hlm 178.

⁵³² *Ibid.*

⁵³³ *Ibid*, hlm 179.

⁵³⁴ Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *op.cit*, hlm 102.

⁵³⁵ *Ibid.*

XI

PRESTASI DAN WANPRESTASI DALAM KONTRAK

A. Pengertian, Bentuk, dan Syarat Prestasi

Sebagaimana telah diuraikan di dalam Bab I bahwa salah satu unsur perikatan adalah prestasi (*prestatie, performance*). Prestasi adalah kewajiban harus dipenuhi seorang debitor. Istilah lain dari prestasi ini adalah utang. Utang bermakna sebagai kewajiban yang harus dipenuhi debitor. Debitor sendiri adalah orang yang melakukan suatu prestasi dalam suatu perikatan.

Di dalam kontrak atau perjanjian, prestasi adalah kewajiban kontraktual (*contractual obligation*). Kewajiban kontraktual tersebut dapat berasal dari:

1. kewajiban yang ditentukan peraturan perundang-undangan
2. kewajiban yang diperjanjikan para dalam perjanjian atau kontrak
3. kewajiban yang diharuskan oleh kepatutan dan kebiasaan.⁵³⁶

Kewajiban kontraktual yang pertama dapat berasal dari peraturan perundang-undangan. Misalnya Kontrak Kerjasama yang didasarkan pada kontrak bagi hasil di bidang minyak dan gas bumi, selain kewajiban para pihak ditentukan oleh kontrak dimaksud, tetapi juga kewajiban yang ditentukan dalam Undang-Undang Minyak dan Gas Bumi (saat ini yang masih berlaku adalah UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi).

Kemungkinan lainnya adalah apabila ada dua orang mengadakan perjanjian sewa menyewa rumah, perjanjian secara lisan, di dalam kesepakatan hanya diatur mengenai jangka waktu sewa dan harga sewa. Dalam keadaan demikian, pengaturan prestasi atau kewajiban kontraktual selain yang disepakati para pihak, demi hukum pengaturan kewajiban dan yang dari perjanjian sewa menyewa tersebut tunduk pada ketentuan Buku III KUHPerdara. Ini dapat terjadi karena sebagian besar isi ketentuan Buku III KUHPerdara adalah bersifat hukum pelengkap. Dengan kata lain, sepanjang para pihak tidak mengatur lain atau tidak

⁵³⁶ Bandingkan dengan M. Yahya Harahap, *op.cit*, hlm 56.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

mengatur secara lengkap hak dan kewajiban yang timbul dari perjanjian dimaksud, maka demi hukum perjanjian itu tunduk pada Buku III KUHPdata.

Bentuk kewajiban kontraktual yang kedua adalah berasal dari kesepakatan atau kontrak yang dibuat oleh para pihak. Dengan kata lain, prestasi tersebut berasal dari kewajiban yang disepakati oleh para pihak dalam perjanjian. Sehubungan hal tersebut, Pasal 1338 ayat (3) KUHPdata menentukan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Selanjutnya Pasal 1338 ayat (2) KUHPdata menentukan bahwa suatu perjanjian tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak atau berdasar alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu.

Bentuk kewajiban kontraktual yang ketiga adalah kewajiban yang ditentukan oleh kepatutan dan kebiasaan. Berkaitan dengan hal ini Pasal 1339 KUHPdata menentukan bahwa suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, dan undang-undang. Misalnya A memiliki tanah beserta rumah yang ada di atasnya, dan bermaksud menjualnya. Untuk maksud itu A memberikan kuasa kepada B untuk menjualkan tanah dan rumah tersebut. Pada waktu A memberikan kuasa kepada B, tidak ada komitmen dari A memberikan upah atau “komisi” kepada B apabila tanah dan rumah dimaksud. Berdasarkan kepatutan dan kebiasaan yang terjadi di masyarakat, apabila kuasa yang diberikan tanpa disertai penentuan upah atau komisi, pemberi kuasa harus memberikan upah atau “komisi” sebesar 2,5 % dari nilai transaksi. Kewajiban pemberi untuk memberi upah atau komisi yang demikian ditentukan oleh kepatutan dan kebiasaan.

Berkaitan dengan sumber kewajiban kontraktual yang ketiga tersebut di atas, M. Yahya Harahap dengan formulasi yang berbeda menyatakan:⁵³⁷

“Kewajiban debitor yang lain dapat juga dilihat menurut tujuan (*strekking*) dari dan sifat. Hal ini sesuai dengan apa yang ditentukan dalam beberapa pasal, antara lain Pasal 1348 yang berbunyi sebagai

⁵³⁷ *Ibid*, hlm 57.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

berikut: isi persetujuan harus disimpulkan sedemikian rupa sehingga sesuai dengan maksud tujuan perjanjian. Pendapat tersebut sesuai juga dilihat kita lihat dalam keputusan Mahkamah Agung tanggal 9-11-1976 No. 1246K/Sip/1974 yang menyimpulkan: Pelaksanaan suatu perjanjian tidak dapat didasarkan semata-mata atas kata-kata dalam perjanjian tersebut. Tetapi juga berdasar sifat objek persetujuan serta tujuan pemakaian yang ditentukan dalam perjanjian (*bestending en gebruijkelijk beding*). Demikian juga Pasal 1339, perjanjian tidak hanya mengikat sesuai dengan apa yang disebut secara tegas, tetapi juga segala apa yang diharuskan menurut sifat, kepatutan dan undang-undang.”

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa prestasi adalah pemenuhan kewajiban-kewajiban yang timbul dari hubungan perjanjian. Kewajiban itu adalah kewajiban kontraktual. Kemudian kewajiban kontraktual tersebut dapat berasal dari peraturan perundang-undangan, kontrak atau perjanjian yang dibuat para pihak, kepatutan dan kebiasaan.

Para pihak di dalam kontrak atau perjanjian adalah debitor dan kreditor. Debitor pihak yang memiliki kewajiban. Debitor ini yang harus melaksanakan prestasi. Kreditor, merupakan pihak yang memiliki hak atau menuntut pemenuhan prestasi dari debitor. Di dalam perjanjian yang bersifat timbal-balik (bilateral) kewajiban ada pada kedua-dua pihak. Debitor dilihat dari sisi kewajiban. Di dalam kontrak jual beli, pembeli jika dilihat dari sisi kewajiban untuk melakukan pembayaran, pembeli berkedudukan sebagai debitor. Penjual dilihat dari kewajiban, penjual memiliki kewajiban untuk menyerahkan barang yang dijualnya kepada pembeli, dalam hal ini penjual juga berkedudukan sebagai debitor.

Di dalam perjanjian kerja, pekerja memiliki kewajiban untuk melakukan suatu pekerjaan tertentu. Dalam posisi ini, pekerja berkedudukan sebagai debitor. Majikan juga memiliki kewajiban untuk memberikan upah kepada karyawan. Dalam posisi ini, majikan juga berkedudukan sebagai debitor.

Kemudian berkaitan dengan bentuk-bentuk prestasi dalam kontrak, Pasal 1234 KUHPerduta⁵³⁸ membedakan prestasi ke dalam 3 (tiga) bentuk prestasi, yaitu:

1. Memberikan Sesuatu

Wujud prestasi dalam memberikan sesuatu (*te geven, give something*) berupa kewajiban bagi debitor untuk memberikan sesuatu kepada kreditor. Wujud memberikan sesuatu, misalnya dalam perjanjian jual beli adalah kewajiban penjual untuk menyerahkan barang yang dimaksud dalam perjanjian jual beli. Perlu dicatat, bahwa kewajiban untuk memberikan sesuatu tidak harus berupa penyerahan untuk dimiliki pihak yang menerima, tetapi juga dapat berupa penyerahan untuk sekedar dinikmati atau dipakai seperti kewajiban orang yang menyewakan untuk menyerahkan objek sewa kepada penyewa.

Menurut Pasal 1235 KUHPerduta,⁵³⁹ di dalam perikatan untuk memberikan sesuatu tercakup di dalamnya kewajiban debitor untuk menyerahkan kebendaan yang bersangkutan dan merawatnya sebagai seorang bapak rumah yang baik (*als goed huisvader*) sampai saat penyerahannya.

Mengenai perikatan untuk memberikan sesuatu ini, KUHPerduta tidak merumuskan gambaran yang sempurna. Namun demikian, dari ketentuan di atas dapat dirumuskan bahwa perikatan untuk memberikan sesuatu adalah perikatan untuk menyerahkan (*leveren, transfer*) dan merawat benda sampai saat penyerahan dilakukan.

⁵³⁸ Pasal 1234 KUHPerduta menyatakan: “Perikatan ditujukan untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu” (*zij strekken om iets te geven, te doen, of niet te doen*).

⁵³⁹ Pasal 1235 KUHPerduta: “Dalam perikatan untuk memberikan sesuatu, termaktub kewajiban untuk menyerahkan barang yang bersangkutan dan merawatnya sebagai seorang kepala rumah tangga yang baik sampai saat penyerahan.” (*in de verbintenissen om iets te geven is begrepen de verplichting om de zaak te leveren, een voor derzelver behoud, tot op het tijdstip der levering, als een goed huisvader te zorgen*).

2. Melaksanakan Sesuatu

Sebenarnya memberikan sesuatu sama dengan melakukan atau berbuat sesuatu. Penentuan batas antara memberikan sesuatu dan melakukan sesuatu tidak jelas. Walaupun menurut tata bahasa memberi adalah berbuat, tetapi pada umumnya yang diartikan dengan memberi adalah menyerahkan hak milik atau memberi kenikmatan atas suatu atau suatu benda. Misalnya, penyerahan hak milik atas rumah atau memberi kenikmatan atas barang yang disewa kepada penyewa. Adapun yang dimaksud dengan berbuat adalah setiap prestasi yang bersifat positif tidak berupa memberi, misalnya melukis atau menebang pohon.⁵⁴⁰

Di dalam kontrak kerja konstruksi melibatkan dua pihak yakni penyedia jasa (perusahaan jasa konstruksi) dan pengguna jasa (pemilik proyek), penyedia jasa wajib membangun bangunan atau pekerjaan yang ditentukan dalam perjanjian. Melakukan pekerjaan membangun tersebut masuk dalam kategori berbuat atau melakukan sesuatu.

3. Tidak berbuat atau Melaksanakan Sesuatu

Mengenai perikatan untuk tidak berbuat sesuatu tidak menimbulkan masalah, karena prestasi debitor hanya berupa tidak melakukan sesuatu atau membiarkan orang lain berbuat sesuatu. Misalnya tidak akan mendirikan bangunan atau tidak menghalangi orang untuk mendirikan bangunan.⁵⁴¹ Contoh lain: PT X adalah sebuah perusahaan pengembang (*developer*) yang membangun perumahan di suatu kawasan perumahan ketika menjual rumah-rumah itu, penjual membuat ketentuan yang isinya melarang pembeli untuk membangun bangunan tambahan di rumah tersebut.

Prestasi itulah yang menjadi objek perikatan. Dalam konteks kontrak atau perjanjian, prestasi tersebut menjadi objek perjanjian. Prestasi itu pula yang menjadi esensi perjanjian atau kontrak.

⁵⁴⁰ R. Setiawan, *op.cit*, hlm 16.

⁵⁴¹ *Ibid*, hlm 15.

Kemudian prestasi sebagai objek perikatan harus memenuhi syarat-syarat tertentu, yaitu:

1. Harus Tertentu atau Setidaknya Dapat ditentukan

Prestasi dalam perikatan harus tertentu. Prestasi yang harus tertentu dapat diberikan contoh dalam prestasi untuk membayar, tertentu itu dapat berupa mata uangnya, misalnya rupiah (Rp) dan berapa jumlahnya, misalnya Rp 100.000.000,00 (seratus juta rupiah). Contoh lainnya, dalam perjanjian jual beli jeruk, penjual wajib untuk melakukan penyerahan jeruk, jenis jeruknya harus tertentu, misalnya Jeruk Medan dan berapa kilogram (kg) jumlahnya, misalnya 100 Kg (seratus kilogram). Namun demikian, dapat juga prestasi tidak tertentu, tetapi hanya dapat ditentukan. Sehubungan dengan hal itu Pasal 1333 KUHPdata menentukan bahwa suatu perjanjian harus mempunyai pokok suatu benda (*zaak*) yang paling sedikit dapat ditentukan jenisnya.

Suatu perjanjian harus memiliki objek tertentu dan suatu perjanjian haruslah mengenai suatu hal tertentu (*certainly of terms*), berarti bahwa apa yang diperjanjikan, yakni hak dan kewajiban kedua belah pihak. Barang yang dimaksudkan dalam perjanjian paling sedikit dapat ditentukan jenisnya (*determinable*).

Istilah barang yang dimaksud di sini yang dalam bahasa Belanda disebut sebagai *zaak*. *Zaak* dalam bahasa Belanda tidak hanya berarti barang dalam arti sempit, tetapi juga berarti yang lebih luas lagi, yakni pokok persoalan.

J. Satrio menyimpulkan bahwa apa yang dimaksud dengan suatu hal tertentu dalam perjanjian adalah objek prestasi (*performance*). Isi prestasi tersebut harus tertentu atau paling sedikit dapat ditentukan jenisnya (*determinable*).⁵⁴²

KUHPdata menentukan bahwa barang yang dimaksud tidak harus disebutkan, asalkan nanti dapat dihitung atau ditentukan.⁵⁴³ Sebagai contohnya

⁵⁴² J. Satrio, *op.cit*,*Buku II*, hlm 41.

⁵⁴³ Lihat Pasal 1333 KUHPdata.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

perjanjian untuk ‘panen tembakau dari suatu ladang dalam tahun berikutnya’ adalah sah.

Prestasi pembeli dalam perjanjian jual beli adalah membayar, maka “tertentu” dalam pembayaran harus jelas, misalnya memakai mata uang rupiah dan berapa besarnya. Dalam perjanjian kerja konstruksi, prestasi pemakai jasa konstruksi harus tertentu, misalnya menyelesaikan pekerjaan 1.000,00 (seribu) meter persegi atau harus bekerja selama 30 (tigapuluh) hari kerja.

Jika prestasi tersebut berwujud pembayaran sejumlah uang, tertentu berarti harus tertentu jenis mata uangnya, misalnya rupiah dan berapa jumlahnya, misalnya Rp 100.000,00 (seratus juta rupiah). Tertentu di sini bermakna prestasi tersebut sudah pasti.

“Dapat ditentukan”, dapat terjadi misalnya: Budi, seorang petani menjual buah jeruk yang baru dapat dipanen 4 (empat) bulan mendatang Suryadi. Perjanjian jual beli terjadi pada 1 April 2011, padahal panen diperkirakan baru dapat dilaksanakan pada 1 Juli 2011. Tentu kewajiban Budi untuk menyerahkan buah jeruk tersebut dapat diketahui secara pasti, tetapi dapat diperkirakan atau diprediksi jumlah buah yang dapat dipanen dengan berpatokan pada hasil panen tahun sebelumnya.

2. Objeknya Diperkenankan oleh Hukum

Prestasi dalam perikatan harus diperbolehkan oleh hukum. Dengan kata lain, prestasi tersebut tidak boleh bertentangan dengan hukum. Dalam bahasa Indonesia biasa disebut tidak bertentangan dengan kausa (*causa*) hukum yang halal.

Menurut Pasal 1335 Jo 1337 KUHPdata menyatakan bahwa suatu kausa dinyatakan terlarang jika bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, atau ketertiban umum.

Suatu kausa dinyatakan bertentangan dengan undang-undang, jika kausa di dalam perjanjian yang bersangkutan isinya bertentangan dengan undang-undang yang berlaku. Untuk menentukan apakah suatu kausa perjanjian

bertentangan dengan kesusilaan (*geode zeden*) bukanlah hal yang mudah, karena istilah kesusilaan tersebut sangat abstrak, yang isinya bisa berbeda-beda antara daerah yang satu dan daerah yang lainnya atau antara kelompok masyarakat yang satu dan lainnya. Selain itu penilaian orang terhadap kesusilaan dapat pula berubah-ubah sesuai dengan perkembangan jaman.⁵⁴⁴

PT X sebuah produsen minyak goreng sawit membuat perjanjian dengan PT Y yang juga adalah produsen minyak goreng. Perjanjian tersebut berisi kesepakatan untuk menjual minyak goreng kepada konsumen pada harga yang sama. Perjanjian ini termasuk “Penetapan Harga”. Perjanjian demikian dilarang oleh Undang-Undang Antimonopoli dan Persaingan. Karena itu, perjanjian ini bertentangan kausa hukum yang dibenarkan hukum.

3. Prestasi itu Harus Mungkin Dilaksanakan

Prestasi dalam perikatan harus mungkin dilaksanakan oleh debitor. Tidak mungkin meminta atau menyuruh orang bisa untuk menyanyi. Tidak mungkin menyuruh debitor untuk mengangkut beras dari Klaten ke Jakarta dengan angkutan umum jalan raya (truk) dalam waktu 2 (dua) jam.

Jika salah satu atau semua sifat ini tidak dipenuhi, maka perikatan dapat menjadi tidak berarti, dan perikatan itu menjadi batal atau dapat dibatalkan.⁵⁴⁵

Prestasi dapat berupa suatu perbuatan satu kali, jadi sifatnya sepintas lalu misalnya penyerahan atau *levering* dari pada sebuah benda, atau terdiri dari serentetan perbuatan-perbuatan sehingga sifatnya sedikit banyak terus-menerus, itu antara lain halnya pada perjanjian sewa-menyewa dan perjanjian kerja. Dapat juga prestasi itu berupa tingkah laku yang pasif belaka yang terdapat pada perikatan untuk tidak berbuat sesuatu.⁵⁴⁶

Prestasi tersebut wajib dipenuhi atau ditepati oleh debitor. Menepati (*nakoming*) berarti memenuhi isi perikatan. Dalam arti yang lebih luas lagi,

⁵⁴⁴ J. Satrio, *op.cit*,...*Buku II*, hlm 109.

⁵⁴⁵ *Ibid*, hlm 20.

⁵⁴⁶ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Perutangan Bagian A*, Yogyakarta, Seksi Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 1980, hlm 4.

menepati perikatan adalah melunasi atau membayar (*betalling*) pelaksanaan isi perikatan. Pemenuhan prestasi inilah yang menjadi tujuan dari setiap perikatan.

B. Pengertian Wanprestasi

Sebagaimana telah dijelaskan di atas bahwa para pihak yang membuat perjanjian wajib melaksanakan kewajiban yang timbul perjanjian tersebut. Kewajiban yang harus dipenuhi oleh para pihak dalam perjanjian, baik karena perjanjian, karena undang-undang, atau kepatutan dan kebiasaan disebut sebagai prestasi.

Pemenuhan prestasi adalah hakikat dari suatu perjanjian. Kewajiban memenuhi prestasi dari debitor selalu disertai dengan tanggung jawab, artinya debitor mempertaruhkan harta kekayaannya sebagai jaminan pemenuhan utangnya kepada kreditor.

Dalam melaksanakan prestasi tersebut, ada kalanya debitor tidak dapat melaksanakan prestasi atau kewajibannya. Ada penghalang ketika debitor melaksanakan prestasi dimaksud. Tidak terpenuhinya kewajiban itu ada dua kemungkinan alasannya yaitu :⁵⁴⁷

- a. karena kesalahan debitor, baik karena kesengajaan maupun karena kelalaian.
- b. karena keadaan memaksa (*force majeure, overmacht*), sesuatu yang terjadi di luar kemampuan debitor, debitor tidak bersalah.

Apabila tidak terpenuhinya kewajiban prestasi disebabkan oleh kesalahan debitor, baik karena kesengajaan maupun karena kelalaian, dan kesemuanya itu dapat dipersalahkan kepadanya, maka dikatakan bahwa debitor melakukan wanprestasi. Istilah lain dari wanprestasi dalam bahasa Indonesia adalah cidera janji atau ingkar janji.

Wanprestasi atau cidera janji adalah suatu kondisi di mana debitor tidak melaksanakan kewajiban yang ditentukan di dalam perikatan, khususnya perjanjian (kewajiban kontraktual). Wanprestasi dapat juga terjadi di mana debitor tidak melaksanakan kewajibannya yang ditentukan dalam undang-undang.

⁵⁴⁷ *Ibid*, hlm 20.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Wanprestasi dalam hukum perjanjian mempunyai makna yaitu debitor tidak melaksanakan kewajiban prestasinya atau tidak melaksanakannya sebagaimana mestinya sehingga kreditor tidak memperoleh apa yang dijanjikan oleh pihak lawan.⁵⁴⁸ Adapun pengertian umum tentang wanprestasi adalah pelaksanaan kewajiban yang tidak tepat pada waktunya atau dilakukan tidak menurut selayaknya.

Wanprestasi berasal dari istilah aslinya dalam bahasa Belanda “*wanprestatie*”. *Wan* berarti buruk atau jelek dan *prestatie* berarti kewajiban yang harus dipenuhi oleh debitor dalam setiap perikatan. Jadi, wanprestasi adalah prestasi yang buruk atau jelek. Secara umum artinya tidak memenuhi kewajiban yang telah ditetapkan dalam perikatan, baik perikatan yang timbul karena perjanjian maupun perikatan yang timbul karena undang-undang.⁵⁴⁹

Menurut Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, wanprestasi yaitu hal dimana tidak memenuhi suatu perutangan (perikatan). Wanprestasi memiliki dua macam sifat yaitu pertama-tama dapat terdiri atas hal bahwa prestasi itu memang dilakukan tetapi tidak secara sepatutnya. Kemudian prestasi itu tidak dilakukan pada waktu yang tepat.⁵⁵⁰

Menurut J. Satrio, wanprestasi yaitu kalau debitor tidak memenuhi janjinya atau tidak memenuhi sebagaimana mestinya dan kesemuanya itu dapat dipersalahkan kepadanya.⁵⁵¹

Sementara menurut M. Yahya Harahap, wanprestasi yaitu pelaksanaan kewajiban yang tidak tepat pada waktunya atau dilakukan tidak menurut selayaknya. Menurutnya, seorang debitor disebutkan dan berada dalam keadaan wanprestasi apabila dia dalam melakukan pelaksanaan prestasi perjanjian telah lalai sehingga terlambat dari jadwal waktu yang ditentukan atau dalam melaksanakan prestasi tidak menurut sepatutnya/selayaknya.⁵⁵²

⁵⁴⁸ J. Satrio, *Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian I...*, *op.cit.*, hlm. 314.

⁵⁴⁹ Abdulkadir Muhammad, *op.cit.*, hlm 20.

⁵⁵⁰ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *op.cit.*, hlm 11.

⁵⁵¹ J. Satrio, *Hukum Perikatan...*, *op.cit.*, hlm 122

⁵⁵² M. Yahya Harahap, *op.cit.*, hlm 60.

Secara lebih spesifik Meijers menyatakan bahwa wanprestasi adalah perbuatan yang tidak melaksanakan kewajiban yang timbul dari perjanjian. Wanprestasi adalah konsep perikatan karena perjanjian. Wanprestasi itu bersumber dari perjanjian. Dalam praktik di negeri Belanda, gugatan dengan kualifikasi wanprestasi harus berdasar pada tidak dipenuhinya suatu perjanjian.⁵⁵³

C. Bentuk Wanprestasi

Sehingga dapat disimpulkan bahwa wanprestasi yaitu keadaan dimana debitor tidak memenuhi kewajiban prestasinya dalam perjanjian atau tidak memenuhi sebagaimana mestinya atau menurut selayaknya. Unsur-unsur dari wanprestasi adalah debitor sama sekali tidak berprestasi, debitor keliru berprestasi, atau debitor terlambat berprestasi. Sementara unsur-unsur dari wanprestasi adalah sebagai berikut:⁵⁵⁴

1. debitor sekali tidak berprestasi; atau
2. debitor keliru berprestasi; atau
3. debitor terlambat berprestasi.

Subekti, menyebutkan bahwa wanprestasi debitor dapat berupa:⁵⁵⁵

1. tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukannya;
2. melaksanakan apa yang diperjanjikan, tidak sebagaimana yang diperjanjikan;
3. melakukan apa yang diperjanjikan tetapi terlambat;
4. melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan.

Ad. 1. Debitor Sama Sekali Tidak Berprestasi.

Dalam hal ini debitor sama sekali tidak memberikan prestasinya. Hal itu bisa disebabkan karena debitor memang tidak mau berprestasi atau bisa juga disebabkan karena memang kreditor objektif tidak mungkin berprestasi lagi atau secara subjektif tidak ada gunanya lagi untuk berprestasi. Pada peristiwa yang pertama memang kreditor tidak bisa lagi berprestasi, sekalipun ia mau.⁵⁵⁶

⁵⁵³ Rosa Agustina, *op.cit.*, hlm 43-46.

⁵⁵⁴ J. Satrio, *Hukum Perikatan...*, *op.cit.*, hlm 122.

⁵⁵⁵ Subekti, *Hukum Perjanjian ...*, *op.cit.*, hlm 45.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

Ad. 2 Debitor Keliru Berprestasi

Di sini debitor memang dalam pemikirannya telah memberikan prestasinya, tetapi dalam kenyataannya, yang diterima kreditor lain daripada yang diperjanjikan. Kreditor membeli bawang putih, ternyata yang dikirim bawang merah. Dalam hal demikian kita tetap beranggapan bahwa debitor tidak berprestasi. Jadi dalam kelompok ini (tidak berprestasi) termasuk “penyerahan yang tidak sebagaimana mestinya” dalam arti tidak sesuai dengan yang diperjanjikan.⁵⁵⁷

Ad. 3. Debitor Terlambat Berprestasi

Di sini debitor berprestasi, objek prestasinya betul, tetapi tidak sebagaimana diperjanjikan. Sebagaimana sudah disebutkan di atas, debitor digolongkan ke dalam kelompok “terlambat berprestasi” kalau objek prestasinya masih berguna bagi kreditor. Orang yang terlambat berprestasi dikatakan dalam keadaan lalai atau *mora*.⁵⁵⁸

D. Wanprestasi dan Kaitannya Kesalahan Debitor

Timbulnya wanprestasi berasal dari kesalahan (*schuld*) debitor, yakni tidak melaksanakan kewajiban kontraktual yang seharusnya ditunaikan. Kesalahan tersebut adalah kesalahan dalam arti luas, yakni berupa kesengajaan (*opzet*) atau kealfaan (*onachtzaamheid*). Dalam arti sempit kesalahan hanya bermakna kesengajaan.

Kesalahan dalam wanprestasi adalah kesalahan yang menimbulkan kerugian bagi kreditor. Perbuatan berupa wanprestasi tersebut menimbulkan kerugian terhadap kreditor, dan perbuatan itu harus dapat dipersalahkan kepada debitor.

Kerugian tersebut harus dapat dipersalahkan kepada debitor. Jika unsur kesengajaan atau kelalaian dalam peristiwa yang menimbulkan kerugian pada diri kreditor dan dapat dipertanggungjawabkan pada debitor.

⁵⁵⁷ *Ibid*, hlm 128.

⁵⁵⁸ *Ibid*, hlm 133.

Kerugian yang diderita kreditor tersebut dapat berupa biaya-biaya (ongkos-ongkos) yang telah dikeluarkan kreditor, kerugian yang menimpa harta benda milik kreditor, atau hilangnya keuntungan yang diharapkan.

E. Hak Kreditor terhadap Debitor yang Wanprestasi

Dari Pasal 1267 KUHPdata⁵⁵⁹ dapat disimpulkan apabila seorang kreditor yang menderita kerugian karena debitor melakukan wanprestasi, kreditor memiliki alternatif untuk melakukan upaya hukum atau hak sebagai berikut:

1. meminta pelaksanaan perjanjian;
2. meminta ganti rugi;
3. meminta pelaksanaan perjanjian sekaligus meminta ganti rugi; atau
4. dalam perjanjian timbal balik, dapat diminta pembatalan perjanjian sekaligus meminta ganti rugi

F. Pembatalan Perjanjian Karena Wanprestasi

Apabila kreditor yang dirugikan akibat tindakan debitor tersebut, maka kreditor harus membuktikan kesalahan debitor (yakni kesalahan tidak berprestasi), kerugian yang diderita, dan hubungan kausal antara kerugian dan wanprestasi.

Masalah pembatalan perjanjian karena kelalaian atau wanprestasi, telah diatur dalam Pasal 1266 KUHPdata. Pasal 1266 ayat (1) menentukan bahwa selalu dicantumkan dalam perjanjian, jika salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya (*De ontbindende voorwaarde wordt altijd voorondersteld in wederkeerige overeenkomsten plaats te grijpen, in geval eene aan hare verplichting niet voldoet*).

Menurut Subekti, timbul suatu pertanyaan, mengapa dalam pembatalan perjanjian karena kelalaian debitor diatur dalam satu bagian yang mengatur

⁵⁵⁹ Pasal 1267: "Pihak yang terhadapnya perikatan tidak dipenuhi, dapat memilih: memaksa pihak yang lain untuk memenuhi perjanjiannya, jika hal itu masih dapat dilakukan, atau menuntut pembatalan perjanjian, dengan penggantian biaya, kerugian dan bunga" (*Dagene te wiens opzigte de verbintenis niet is nagekomen, heeft de keus om ode andere partij, indien zulks mogelijk is, tot de nakoming der overeenkomst te noodzaken, of derzelve ontbinding te vorderen, met vergoeding van kosten, schaden en interessen*).

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

perikatan-perikatan bersyarat? Apa hubungannya dengan perikatan bersyarat itu? Jawabannya, undang-undang memandang kelalaian debitur sebagai syarat batal yang dianggap dicantumkan dalam setiap perjanjian. Dengan perkataan lain, dalam setiap perjanjian dianggap ada suatu janji (klausula) yang berbunyi: “apabila kamu, debitur lalai, maka perjanjian ini akan batal.” Pandangan tersebut sekarang dianggap tidak tepat. Kelalaian atau wanprestasi tidak dengan tidak dengan sendirinya membuat atau membatalkan perjanjian seperti halnya dengan suatu syarat batal.⁵⁶⁰

Pendapat Subekti di atas dapat dibenarkan karena berdasar ketentuan Pasal 1266 ayat (2) KUHPdata,⁵⁶¹ kelalaian atau wanprestasi tersebut tidak membuat perjanjian batal demi hukum, tetapi harus dimintakan pembatalan kepada pengadilan. Selanjutnya Pasal 1266 ayat (3) menyatakan bahwa permintaan ini harus dilakukan, meskipun syarat batal mengenai tidak dipenuhinya kewajiban dinyatakan dalam perjanjian (*deze aanvraag moet ook plaats hebben, zelfs indien de ontbindende voorwaarde wegens het niet nakomen der verplichting in de overeenkomst mogt zijn uitdrukt*).

Dari ketentuan di atas dapat disimpulkan bahwa pembatalan berdasar syarat batal karena wanprestasi baik dinyatakan tegas maupun tidak dinyatakan dalam perjanjian harus didasarkan pada putusan pengadilan.

Pembatalan perjanjian harus diminta kepada hakim, tidak mungkin perjanjian sudah batal dengan sendirinya pada waktu debitur nyata-nyata melalaikan kewajibannya, kalau itu mungkin, permintaan pembatalan kepada hakim tidak ada artinya. Disebutkan juga oleh ayat tersebut secara jelas bahwa perjanjian itu tidak batal demi hukum.⁵⁶²

Menurut Subekti, dapat dikatakan bahwa sekarang tidak ada keraguan lagi bahwa tentang anggapan undang-undang bahwa kelalaian debitur adalah syarat batal berdasarkan suatu kekeliruan. Bukan kelalaian atau wanprestasi

⁵⁶⁰ Subekti. *Hukum Perjanjian*, op.cit, ..., hlm 50.

⁵⁶¹ Pasal 1266 ayat (2) KUHPdata: “Dalam hal demikian perjanjian tidak batal demi hukum, tetapi pembatalan harus dimintakan kepada pengadilan (*In dat geval, is de overeenkomst in regtswege ontbonden, maar moet de ontbinding in regten gevraagd worden*).

⁵⁶² Subekti, loc.cit.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

debitor yang membatalkan perjanjian, tapi putusan hakim. Putusan hakim itu tidak bersifat *declaratoir*, tetapi konstitutif, secara aktif membatalkan perjanjian. Amar putusan hakim itu tidak berbunyi: "Menyatakan batalnya perjanjian antara penggugat dan tergugat," melainkan: "membatalkan perjanjian." Bahkan, menurut ajaran yang dianut sekarang, hakim mempunyai kekuasaan *discretioner*, artinya kekuasaan untuk menilai besar-kecilnya kelalaian debitor dibandingkan dengan beratnya akibat pembatalan perjanjian yang diderita yang mungkin menimpa debitor. Jika hakim mempertimbangkan kelalaian itu terlalu kecil atau tidak terlalu berarti, sedangkan pembatalan itu akan membawa kerugian terlalu besar, maka permohonan itu akan ditolak oleh hakim.⁵⁶³

Di dalam praktik dewasa ini, misalnya dalam kontrak kerja konstruksi, ketentuan Pasal 1266 dan 1267 banyak dikesampingkan, dan hal itu secara tegas dinyatakan dalam kontrak yang bersangkutan. Menurut Herlien Budiono, kedua ketentuan tersebut bukan ketentuan yang bersifat memaksa, tetapi hanya ketentuan pelengkap, sehingga kedua ketentuan itu dapat disimpangi oleh para pihak yang membuat kontrak.⁵⁶⁴ Penyimpangan itu hanya berkaitan dengan peranan pengadilan dalam pembatalan perjanjian karena syarat batal yang didasarkan pada wanprestasi. Artinya, para pihak dengan tegas mengesampingkan ketentuan Pasal 1266 ayat (2) hingga ayat (4) sehingga pembatalan perjanjian akibat terjadinya wanprestasi dari salah satu pihak tidak perlu dimintakan kepada hakim. Akibatnya, perjanjian seperti itu batal demi hukum. Pengesampingan ketentuan-ketentuan tersebut berakibat pelepasan hak para pihak untuk menuntut pembatalan perjanjian di depan pengadilan.⁵⁶⁵

Jika ketentuan di atas dianggap sebagai ketentuan pelengkap, maka berdasarkan asas kebebasan berkontrak, ketentuan tersebut dapat dikesampingkan oleh para pihak. Kemudian berdasarkan asas kekuatan mengikatnya perjanjian, para pihak mematuhi ketentuan yang telah disepakati bersama itu.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ Elly Ermawati dan Herlien Budiono, *Penjelasan Hukum tentang Kebatalan Perjanjian*, Nasional Legal Reform. Jakarta, 2010, hlm 27.

⁵⁶⁵ *Ibid*, hlm 28.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Pengesampingan ini dapat menimbulkan kerugian dan ketidakadilan bagi debitor yang berada posisi yang lemah. Di dalam praktik, pengesampingan ketentuan di atas lebih didasarkan pada inisiatif dan kemauan kreditor, dan umumnya naskah kontrak sudah disiapkan oleh kreditor.

Pengesampingan ini dapat disalahgunakan oleh pihak kreditor yang telah mempersiapkan naskah kontrak. Dengan sedikit kelalaian debitor, kreditor dapat membatalkan kontrak secara sepihak. Dengan tidak melihat atau mempertimbangkan faktor penyebab wanprestasi, kreditor juga dapat membatalkan kontrak. Padahal, adakalanya wanprestasi yang dilakukan debitor juga disebabkan oleh kesalahan kreditor.

Dalam keadaan demikian, hakim seharusnya tidak hanya berpegang kepada asas kebebasan berkontrak, konsensualisme, dan kekuatan mengikatnya kontrak, tetapi seharusnya hakim harus memegang teguh asas iktikad baik. Inti iktikad baik adalah keadilan. Keadilan adalah tujuan tertinggi hukum. Jadi kalau ada debitor yang keberatan terhadap pembatalan dimaksud dan melakukan gugatan dimaksud, hakim harus menolak pengesampingan tersebut, hakim atau pengadilan lah yang memutuskan pembatalan tersebut dengan mempertimbangkan asas iktikad baik.

F. Pernyataan Lalai

Akibat yang sangat penting dari tidak dipenuhinya perikatan adalah bahwa kreditor dapat minta ganti rugi atas ongkos, kerugian, bunga yang deritanya. Untuk adanya kewajiban ganti rugi bagi debitor, KUHPdata menentukan bahwa debitor harus terlebih dahulu dinyatakan berada dalam keadaan lalai (*ingrekestelling*).

Lembaga pernyataan lalai ini merupakan upaya hukum di mana kreditor memberitahukan, menegur, dan memperingatkan (*aanmaning, sommatie, kenningsgeving*) debitor saat selambat-lambatnya ia wajib memenuhi prestasi. Apabila waktu dilampaui, maka debitor telah lalai. Sehubungan dengan hal ini Pasal 1243 KUHPdata menentukan:

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

“Penggantian biaya, kerugian, dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, baru mulai diwajibkan jika debitor, walaupun telah dinyatakan lalai tetap lalai memenuhi perikatan itu, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dilakukannya hanya dapat diberikan dalam waktu yang melampaui tenggang waktu yang telah ditentukan” (*vergoeding van kosten, schaden en interessen, voortspruitende uit het niet nakomen, eener verbintenis, is dan eerst verschuldigd, wanneer de schuldenaar, na in gebreke te zijn gesteld, nalatig blijft om die verbintenis te vervullen, of indien hetgeen de schuldenaar verplicht was te geven of te doen, slechts kon gegeven of gedaan worden binnen zekeren tijd, welken hij heeft laten voorbij gaan*) .

Jadi, maksud berada dalam keadaan lalai adalah peringatan atau pernyataan dari kreditor saat selambat-lambatnya debitor wajib berprestasi. Apabila tenggang waktu tersebut dilampaui, maka debitor ingkar janji (wanprestasi).⁵⁶⁶ Adapun bentuk-bentuk pernyataan lalai adalah sebagai berikut:⁵⁶⁷

1. Surat Perintah (*Bevel*)

Yang dimaksud dengan surat perintah (*bevel*) adalah exploit juru sita. Exploit adalah “perintah lisan” juru sita kepada debitor. Di dalam praktik, yang ditafsirkan dengan exploit ini ialah “salinan surat peringatan” yang berisi perintah tadi, yang ditinggalkan juru sita pada debitor yang menerima peringatan, Jadi, bukan perintah lisannya. Padahal “turunan” surat itu adalah sekunder.

2. Akta Sejenis (*Soortgelijke Akte*)

Membaca kata-kata sejenis, maka didapat kesan bahwa yang dimaksud dengan akta itu ialah akta otentik yang sejenis dengan exploit juru sita itu. Menurut doktrin, yang dimaksud dengan akta sejenis itu adalah “perbuatan hukum sejenis” (*soortgelijke rechtshandeling*). Jadi, sejenis dengan perintah yang disampaikan oleh juru sita tersebut.

Untuk itu, peringatan keadaan lalai dapat juga dilakukan dengan surat biasa asalkan di dalam surat tersebut ada pemberitahuan yang bersifat imperatif

⁵⁶⁶ Subekti, *loc.cit.*

⁵⁶⁷ Mariam Darus Badruzaman, et.al, *op.cit*, hlm 14 – 15.

yang bernada “perintah” dari kreditor kepada debitor tentang batas waktu pemenuhan prestasi. Dalam praktik, surat peringatan yang demikian dikenal dengan somasi (*sommatie*).

3. Demi Perikatannya Sendiri

Mungkin terjadi bahwa para pihak menentukan terlebih dahulu saat adanya kelalaian debitor dalam suatu perjanjian, misalnya dalam perjanjian dengan ketetapan waktu. Secara teoritik dalam hal ini suatu peringatan keadaan lalai adalah tidak perlu, dengan lampaunya suatu waktu, keadaan lalai terjadi dengan sendirinya.

D. Ganti Rugi

Apabila seorang debitor telah diperingatkan atau sudah dengan tegas ditagih janjinya sebagaimana dijelaskan di atas, maka jika ia tetap tidak melaksanakan prestasinya ia berada dalam keadaan lalai. Terhadap debitor yang demikian, kreditor dapat menjatuhkan sanksinya kepada debitor. Salah satu sanksi tersebut adalah ganti rugi.

Pasal 1243 KUHPerdara memerinci ganti rugi yang mencakup biaya (*kosnten*), kerugian (*schade*), dan bunga (*intresten*).

Biaya adalah semua pengeluaran atau ongkos yang telah yang secara riil dikeluarkan oleh pihak dalam perjanjian. Misalnya pengelola pertunjukan atau promotor konser musik mengadakan dengan seorang penyanyi untuk melakukan pentas di suatu kota. Pada hari yang telah ditentukan atau hari pertunjukkan, penyanyi tersebut tidak datang, dan akhirnya pertunjukkan dibatalkan. Di sini promotor tentu sudah banyak mengeluarkan biaya, seperti sewa gedung pertunjukan, honor pemain musik pengiring, sewa peralatan, dan iklan.

Kerugian (*schade*) yang dimaksud di sini adalah kerugian yang secara nyata derita menimpa harta benda kreditor. Kerugian terhadap harta benda tersebut terjadi akibat kelalaian debitor. Misalnya seorang pemborong atau perusahaan jasa konstruksi yang mengerjakan proyek tidak sesuai RKS (rencana

kerja dan syarat-syarat), mengakibatkan runtuhnya atap rumah dimaksud, akibat selanjutnya menimbulkan kerusakan terhadap harta benda yang dimiliki kreditor.

Adapun yang dimaksud dengan bunga di sini adalah kerugian terhadap hilangnya keuntungan yang diharapkan (*winstderving*) andai debitor tidak wanprestasi. Misalnya sebuah perusahaan penerbangan nasional membeli sebuah pesawat Boeing 737-900 ER dari Boeing Corp Seattle, USA. Penjual berjanji menyerahkan pesawat terbang tersebut pada 10 November 2009, tetapi hingga 10 Maret 2010 pesawat terbang tersebut belum juga diserahkan kepada pembeli. Andai tidak terlambat penyerahan pesawat tersebut, tentu sudah sekian bulan pesawat terbang tersebut dapat dioperasikan dan menghasilkan keuntungan. Karena ada keterlambatan, maka keuntungan yang diharapkan itu menjadi hilang.

E. Pembelaan Debitor yang Dinyatakan Lalai

Seorang debitor yang dinyatakan dimintakan kepadanya diberikan sanksi atas kelalaiannya, dapat membela diri dengan mengajukan beberapa alasan untuk membebaskan dirinya dari sanksi dimaksud. Ada tiga macam pembelaan diri tersebut:

1. mengajukan alasan bahwa tidak berprestasinya debitor karena adanya keadaan memaksa (*overmacht, force majeure*)⁵⁶⁸;
2. mengajukan alasan bahwa tidak berprestasinya debitor karena kreditor juga telah lalai (*exceptio non adimpleti contractus*); atau
3. mengajukan alasan bahwa kreditor telah melepaskan haknya untuk menuntut ganti rugi.

G. Wanprestasi dalam Common Law

1. Performance, Breach, dan Bentuk-Bentuk Breach

Istilah yang sepadan dengan prestasi dalam Common Law (atau bahasa Inggris) adalah *performance*. *Performance* tersebut adalah kewajiban kontraktual.

⁵⁶⁸ Permasalahan keadaan memaksa ini diuraikan tersendiri dalam Bab Keadaan Memaksa dalam Kontrak.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Performance dapat juga berarti pemenuhan atau pelaksanaan prestasi yang ditentukan dalam kontrak (kewajiban kontraktual). Kewajiban kontraktual adalah kewajiban yang ditentukan dalam kontraktual. Isi kontrak tidak hanya mencakup isi kontrak dinyatakan secara tegas (*express terms*), seperti pernyataan dibuat para pihak baik tertulis maupun lisan. Ada juga pernyataan yang dibuat secara tidak tegas atau tersirat (*implied terms*). Di dalam *implied terms* tersebut, secara tidak ada hal yang dinyatakan secara tegas oleh para pihak, tetapi disimpulkan dari hal yang tersirat dalam kontrak. *Implied terms* ini dibedakan menjadi tiga bentuk, yaitu:⁵⁶⁹

- a. *Terms implied by statute* (isi kontrak yang ditentukan oleh peraturan perundang-undangan)
- b. *Terms implied by custom* (isi kontrak yang ditentukan oleh kebiasaan)
- c. *Terms implied by the court* (isi kontrak yang ditentukan oleh pengadilan)

Dengan demikian, kewajiban kontraktual tersebut dapat kewajiban yang tegas (*express*) dinyatakan oleh para pihak di dalam kontrak, tetapi juga mengacu kepada kewajiban yang dibebankan oleh peraturan perundang-undangan, kebiasaan, atau pengadilan.

Breach of contract (biasa disebut *breach*) dalam Common Law sepadan dengan wanprestasi atau cidera janji dalam hukum Indonesia. *Breach of contract* terjadi manakala satu pihak dalam kontrak gagal melaksanakan satu atau lebih kewajiban, atau terbukti dengan jelas adanya maksud untuk tidak melaksanakan satu atau lebih kewajiban dirinya yang ditentukan oleh kontrak.⁵⁷⁰ G.H. Treitel menyatakan bahwa *breach* adalah suatu tindakan yang dilakukan salah satu pihak tanpa alasan hukum, gagal atau menolak untuk melaksanakan kewajibannya yang ditentukan dalam kontrak, melaksanakan kewajiban secara tidak sempurna atau secara tidak memuaskan.⁵⁷¹

⁵⁶⁹ David Kelly, et.al, *op.cit.*, hlm 130.

⁵⁷⁰ Robert Upex, *op.cit.*, hlm 249.

⁵⁷¹ G.H. Treitel, *Law of Contract* (London: Sweet & Maxwell, 1995), hlm 746.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

Dari kedua pernyataan di atas, dapat ditarik kesimpulan bahwa, *breach* dapat terjadi dengan tiga cara yaitu:⁵⁷²

- a. satu pihak sebelum pemenuhan prestasi, menyatakan bahwa dia tidak akan memenuhi atau melaksanakan kewajiban kontraktualnya;
- b. satu pihak gagal melaksanakan kewajiban kontraktualnya;
- c. satu pihak melaksanakan kewajiban kontraktualnya secara tidak memuaskan.

S.S. Ujjannavar juga menyatakan bahwa *breach* dapat timbul dengan tiga cara, yaitu:⁵⁷³

- a. satu pihak gagal melaksanakan baik secara keseluruhan maupun sebagian kewajibannya;
- b. satu pihak secara tegas menolak melaksanakan kewajibannya;
- c. satu pihak berbuat sesuatu yang tidak dalam memenuhi kewajibannya

Berkaitan dengan wanprestasi ini, selain dikenal istilah *breach of contract* dikenal pula *breach of terms*. *Breach of terms* ini timbul dimana pihak yang bersalah menolak atau gagal melaksanakan kewajiban kontraktualnya yang ditentukan dalam kontrak.

Isi kontrak tersebut menurut hukum Common Law, diklasifikasikan menjadi dua bentuk, yaitu *conditions*, *warranties* atau *innominate terms*. *Condition* disini digunakan untuk mengacu kepada isi kontrak (*contractual term*), wanprestasi terhadap isi kontrak ini memberikan hak pihak yang dirugikan untuk membatalkan kontrak. *Warranties* adalah wanprestasi yang menimbulkan hak bagi pihak yang dirugikan untuk mengajukan tuntutan ganti rugi, tetapi tidak memiliki hak untuk membatalkan kontrak.⁵⁷⁴

Bentuk-bentuk *breach* tersebut secara keseluruhan dapat digambarkan sebagai penolakan (*repudiation*) terhadap kewajiban kontraktual pihak di dalam kontrak. Penolakan tersebut dapat berbentuk salah satu dari ketiga bentuk di bawah ini:⁵⁷⁵

⁵⁷² David Kelly, et.al, *op.cit*, hlm 175.

⁵⁷³ S.S. Ujjannavar, *op.cit*, hlm 278.

⁵⁷⁴ G.H. Treitel, *op.cit*, hlm 704.

⁵⁷⁵ Jennifer Corrin Care, *op.cit*, hlm 261.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

- a. *breach* terhadap kewajiban yang bersifat esensial (*essential terms*);
- b. *breach* terhadap *intermediate terms*, dimana *breach* dan konsekuensinya yang penting secara substansial yang membuat pihak yang dirugikan kehilangan keuntungan dari kontrak; atau
- c. indikasi dari kata-kata atau perbuatan satu pihak bahwa dia tidak memiliki keinginan untuk memenuhi kewajibannya berdasarkan kontrak, atau indikasi dari ketidakmampuan untuk melaksanakan kewajibannya.

Penolakan atau ketidakmampuan harus berkaitan dengan kontrak secara keseluruhan atau terhadap suatu bagian dari kontrak yang bersifat esensial.

Di dalam sistem hukum kontrak Common Law, *breach* atau wanprestasi dibedakan *actual breach* dan *anticipatory breach*.

- a. Di dalam *actual breach*, satu pihak gagal melaksanakan satu dari kewajibannya yang ditentukan dalam kontrak. *Actual breach* dibagi menjadi tiga bentuk, yaitu:⁵⁷⁶
 - 1) Bentuk pertama adalah *actual breach* adalah *non-performance*. Misalnya A, seorang pemilik kapal, mencarterkan kapalnya kepada B, untuk melaksanakan pemuatan di Liverpool pada tanggal tertentu. Jika A (mungkin karena dia telah menerima banyak keuntungan yang ditawarkan C di Southampton) tidak pernah menyerahkan kapalnya di Liverpool. Ini adalah *breach of contract* dalam bentuk *non-performance*.⁵⁷⁷
 - 2) Bentuk kedua *actual breach of contract* adalah *defective performance*. Jika A berusaha mendapatkan kapalnya di Liverpool, tetapi tiba terlambat, ini adalah *breach of contract* dalam bentuk *defective performance*.⁵⁷⁸
 - 3) Bentuk ketiga *actual breach of contract* adalah *the non-truth of statement*. Di sini ada pernyataan yang tidak benar mengenai isi kontrak. Jika pernyataan yang dituangkan di dalam kontrak bahwa kapal dimaksud

⁵⁷⁶ Robert Upex, *op.cit*, hlm 249.

⁵⁷⁷ Robert Upex, *loc.cit*.

⁵⁷⁸ *Ibid*.

adalah kapal yang cocok untuk mengangkut mobil, tetapi dalam kenyataan tidak demikian, ini adalah *breach of contract*.⁵⁷⁹

- b. *Anticipatory breach* adalah *breach* yang terjadi sebelum waktu yang sudah ditentukan dalam kontrak.⁵⁸⁰ Di dalam *anticipatory breach*, satu pihak dalam kontrak memiliki maksud untuk tidak melaksanakan kewajibannya yang ditentukan dalam kontrak. *Anticipatory breach* adalah *breach* yang terjadi sebelum tanggal jatuh tempo yang ditentukan dalam kontrak.⁵⁸¹ Di sini ada *repudiation*. *Breach* karena adanya penolakan ini disebut *repudiatory breach*. Kata *repudiation* dalam konteks hukum kontrak mengacu kepada indikasi satu pihak baik dengan perkataan maupun dengan perbuatan, dapat disimpulkan bahwa dia tidak ingin melaksanakan prestasi atau kewajibannya berdasarkan kontrak (kewajiban kontraktual).⁵⁸² Dengan perkataan lain, *repudiation* terjadi manakala satu pihak menyatakan baik dengan kata-kata maupun dengan perbuatan bahwa dia ingin terikat pada kewajibannya pada jatuh tempo di masa yang akan datang.⁵⁸³ Ada dua bentuk *anticipatory breach*, yaitu:

1) *Explicit Repudiation*

Di dalam *Hochster v De La Tour* (1853) 2 E & B 678, tergugat sepakat pada April untuk bekerja pada penggugat sebagai kurir (*courier*) selama *tour* ke luar negeri pada Juni. Pada 11 Mei tergugat menulis surat kepada penggugat bahwa dia mengubah pikiran, dia tidak bersedia menjadi kurir dimaksud. Penggugat kemudian menggugat tergugat atas kerugian sebelum 1 Juni.⁵⁸⁴ Contoh lain adalah Jika A, pada Juni, mengadakan kontrak dengan B bahwa A mencarterkan kapalnya kepada B mulai 1 Agustus, kemudian pada Juli A memberitahu B bahwa dia tidak memiliki maksud untuk menyerahkan kapalnya kepada B. Ini adalah *explicit*

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ D.G. Cracknell, *Obligations: Contract Law* (London: Old Bailey Press, 2003), hlm 311.

⁵⁸¹ Robert Upex, *loc.cit.*

⁵⁸² Lim kit-Wye dan Victor Yeo, *op.cit.*, hlm 188.

⁵⁸³ M.P. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (England: Butterworths, 2001), hlm 595.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

repudiation.⁵⁸⁵ Dengan demikian, di sini ada pernyataan baik secara tertulis maupun lisan bahwa satu pihak tidak bermaksud untuk melaksanakan kewajiban kontraktualnya.

2) *Implicit Repudiation*

Suatu penyangkalan atau penolakan adalah implisit dapat disimpulkan secara rasional dari perbuatan tergugat bahwa dia tidak lagi memiliki maksud untuk melaksanakan kewajiban kontraktualnya. Apabila seseorang sepakat untuk menjual barang tertentu pada waktu yang akan datang, dan tanggal yang disebut dalam kontrak dia menjual barang tersebut kepada orang lain.⁵⁸⁶ Contoh lain dapat dikemukakan misal kontrak, C, pada September mencarterkan kapalnya kepada D dari 1 November, kemudian pada Oktober C menjual kapal itu (bebas dari perjanjian carter) kepada E. Ini adalah *implicit repudiation*.⁵⁸⁷

2. Akibat Breach

Setiap *breach* yang disebabkan oleh pihak yang bersalah atau melakukan wanprestasi dapat digugat untuk penggantian kerugian yang timbul dari *breach* tersebut. Beberapa *breach* akan mengakibatkan batalnya kontrak. Pihak yang dirugikan dapat membatalkan kontrak apabila *breach* tersebut menyangkut isi kontrak yang masuk dalam kategori *conditions*. Pihak yang dirugikan memiliki dua pilihan (hak), dapat menolak pelaksanaan kontrak selanjutnya atau menerima pelaksanaan kontrak selanjutnya dari pihak yang melakukan *breach*. Hak untuk melakukan pembatalan kontrak tersebut timbul dari hal-hal sebagai berikut:

- a. dimana pihak lain telah melakukan penolakan sebelum kontrak dilaksanakan, atau tidak melaksanakan kontrak secara penuh
- b. dimana pihak melakukan *fundamental breach of contract*. Ada metode untuk menentukan apakah breach termasuk *fundamental breach* atau tidak: Pertama, dengan mendasarkan pada perbedaan antara *conditions* dan *warranties*; dan

⁵⁸⁵ Robert Upex, *loc.cit.*

⁵⁸⁶ M.P Furmstom, *loc.cit.*

⁵⁸⁷ Robert Upex, *loc.cit.*

Kedua, dengan mendasarkan pada keseriusan dan konsekuensi yang timbul dari *breach*.

3. Remedy Breach of Contract

Karena kontrak merupakan suatu kesepakatan diantara para pihak yang didalamnya terkandung ekspektasi bahwa kontrak itu akan dilaksanakan. Terhadap pihak yang dirugikan, hukum kontrak di dalam sistem Common Law memberikan beberapa remedy atau upaya hukum sebagai berikut:

a. Melakukan gugatan ganti rugi

Pihak yang dirugikan dapat menggugat pihak yang melakukan *breach* gugatan terhadap kerugian yang timbul dari *breach* tersebut. Hukum memberikan hak kepada dia untuk menuntut ganti rugi dalam bentuk sejumlah uang kepada pihak yang melakukan *breach*.

b. Melakukan gugatan *quantum meruit*

Jika pihak yang menderita kerugian telah melakukan prestasi apa yang menjadi kewajibannya sebelum terjadinya wanprestasi, dia dapat menuntut berdasar *quantum meruit*. Bilamana *breach* itu dilakukan oleh seseorang bentuk tidak membayar sejumlah uang, pihak yang dirugikan dapat menuntut pembayaran berdasarkan *quantum meruit*.⁵⁸⁸ *Quantum meruit* berarti bahwa satu pihak harus memberikan imbalan baik yang bersifat imbalan kontraktual maupun *quasi contractual*. Jika para pihak yang mengadakan kontrak tidak menentukan imbalan untuk pelaksanaan kontrak, kemudian jika terjadi perselisihan mengenai imbalan itu, maka pengadilan akan memberikan imbalan jumlah rasional atau pantas.⁵⁸⁹

c. Dalam kondisi tertentu, pihak yang dirugikan dapat menggugat bagi *specifics performance*, atau *injunction* untuk mencegah atau membatasi *breach* tersebut.

Pihak yang dirugikan dalam keadaan tertentu dapat juga mengambil tindakan sendiri. Misalnya, pihak melakukan *breach*, menolak melaksanakan kewajibannya yang ditentukan dalam kontrak atau tidak melakukan pembayaran

⁵⁸⁸ Lim kit-Wye dan Victor Yeo, *op.cit*, hlm 192.

⁵⁸⁹ David Kelly et.al, *op.cit*, hlm

atau tidak membayar deposit. Pihak yang dirugikan mengambil langkah-langkah atau jalan ini. Dia harus memastikan bahwa dia memiliki hak untuk melakukan hal itu.⁵⁹⁰

Selain dapat memiliki hak meminta ganti rugi terhadap pihak yang melakukan wanprestasi, pihak yang dirugikan juga memiliki hak untuk mengakhiri kontrak. Hak untuk mengakhiri kontrak hanya timbul dalam sebagai berikut:⁵⁹¹

- a. *breach* terhadap *condition*;
- b. *breach* terhadap *innominate term* yang dapat menimbulkan hilangnya secara substansial dapat mengakibatkan hilangnya keuntungan yang didapat dari kontrak; atau
- c. *breach* yang masuk kategori *repudiatory breach*.

Pihak yang dirugikan sebelum mengakhiri kontrak dimaksud, harus menyampaikan kehendaknya untuk mengakhiri kontrak tersebut kepada pihak yang melakukan *breach* atau dengan suatu perbuatan yang mengindikasikan bahwa dia tidak melanjutkan kontrak. Apabila pihak yang dirugikan tidak menyampaikan kehendaknya untuk mengakhiri kontrak dalam waktu yang pantas atau dimana dia membuat suatu perbuatan yang mengindikasikan bahwa dia tidak ingin melanjutkan kontrak, maka dia kehilangan haknya untuk mengakhiri kontrak.⁵⁹²

Pihak yang dirugikan dapat saja tidak menggunakan haknya untuk mengakhiri kontrak, dia dapat pula meminta kepada pihak yang melakukan *breach* untuk tetap melaksanakan kontrak yang bersangkutan.

c. Pembebasan atas Breach

Sebagaimana dinyatakan di atas bahwa setiap kegagalan untuk melaksanakan kewajiban kontraktual adalah *breach* atau wanprestasi, namun dalam keadaan tertentu, walaupun dia gagal melaksanakan kewajiban

⁵⁹⁰ Lim kit-Wye dan Victor Yeo, *loc.cit.*

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

kontraktualnya dapat dibebaskan dari tindakan *breach*. Hal-hal yang dapat membebaskan tersebut antara lain:⁵⁹³

1) Agreement

Para pihak dapat membuat kesepakatan setelah ditutup, yang membolehkan satu pihak untuk tidak berprestasi atau berprestasi dengan cara yang lain.

2) Impossibility of Performance and Frustration

Terkadang ada kejadian yang terjadi setelah kontrak dibuat yang membuat tidak mungkin kontrak dilaksanakan atau juga tidak menghasilkan secara komersial.

3) Impossibility of Performance Falling Short of Discharging Frustration

Dalam beberapa kasus, ada kejadian yang tidak terduga, walaupun tidak mengakibatkan kontrak menjadi berakhir, tetapi dapat menjadi alasan yang membebaskan untuk tidak berprestasi. Dalam kebanyakan kontrak kerja modern, seorang pekerja yang tidak dapat bekerja karena menderita influenza, tidak mengakibatkan *breach*, walaupun sakit tidak cukup alasan untuk menghalangi pelaksanaan kontrak.

H. Wanprestasi dalam Hukum Islam

⁵⁹³ Michael Furmston, *op.cit*, hlm 589.

XII

KEADAAN MEMAKSA

A. Risiko dan Hubungannya dengan Keadaan Memaksa

Menurut Mariam Darus Badruzaman, pengertian risiko dalam hukum perjanjian berbeda dengan makna risiko yang dikenal umum. Di dalam hukum perikatan atau perjanjian memiliki pengertian khusus.⁵⁹⁴ Berkaitan dengan risiko dalam perjanjian, Subekti menjelaskan bahwa risiko dalam perjanjian adalah kewajiban memikul kerugian yang disebabkan suatu kejadian di luar kesalahan salah satu pihak dalam perjanjian. Barang yang diperjualbelikan musnah di perjalanan karena kapal yang mengangkutnya karam. Barang yang disewakan terbakar habis selama waktu sewa. Siapa yang harus memikul kerugian-kerugian.⁵⁹⁵

Permasalahan risiko ini berpokok pangkal pada terjadinya suatu peristiwa di luar kesalahan salah satu pihak dalam perjanjian. Ini berkaitan dengan keadaan memaksa (*force majeure, impossibility, overmacht*) dalam perjanjian atau kontrak.

Keadaan memaksa adalah suatu keadaan yang terjadi setelah dibuat perjanjian, yang menghalangi debitor untuk melaksanakan prestasinya di mana debitor tidak dapat dipersalahkan dan tidak harus menanggung risiko serta tidak diduga pada waktu perjanjian dibuat.⁵⁹⁶

Keadaan memaksa ini adalah suatu keadaan yang “memaksa” menjadi landasan hukum yang “memaafkan” kesalahan debitor. Peristiwa keadaan memaksa “mencegah: debitor menanggung akibat risiko perjanjian. Keadaan memaksa ini merupakan penyimpangan dari asas umum.⁵⁹⁷

Asas umum tersebut menyatakan setiap kesalahan dan keingkaran mengakibatkan pelaku wajib mengganti kerugian serta memikul segala risiko akibat kelalaian atau keingkaran tersebut. Jika pelaksanaan atau pemenuhan perjanjian yang menimbulkan kerugian terjadi karena keadaan memaksa, debitor dibebaskan untuk

⁵⁹⁴ Mariam Darus Badruzaman, et.al, *op.cit*, hlm 29.

⁵⁹⁵ Subekti, *Hukum Perjanjian, op.cit*, hlm 99.

⁵⁹⁶ R. Setiawan, *op.cit*, hlm 27.

⁵⁹⁷ M. Yahya Harahap, *op.cit*, hlm 82.

menanggung kerugian yang terjadi. Ini menjadi dasar hukum untuk menyingkirkan asas yang terdapat di dalam Pasal 1239 KUHPdata yang menyatakan setiap wanprestasi yang menimbulkan kerugian, debitor wajib untuk membayar ganti rugi (*schadevergoeding*).

Sehubungan dengan hal tersebut Pasal 1244 KUHPdata menyebutkan bahwa, jika ada alasan untuk itu, debitor harus dihukum untuk mengganti biaya, rugi, dan bunga apabila tidak dapat membuktikan, bahwa hal tidak atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perikatan itu, disebabkan karena suatu hal yang tidak terduga pun tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya, kesemuanya itu pun jika iktikad buruk tidak ada pada dirinya.

Dari ketentuan Pasal 1244 KUHPdata dapat ditarik 3 (tiga) unsur yang harus dipenuhi bagi keadaan memaksa, yakni:

1. tidak memenuhi prestasi;
2. ada sebab yang terletak di luar kesalahan debitor;
3. faktor penyebab itu tidak terduga sebelumnya dan;
4. tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada debitor.

Kemudian ditambah lagi dengan ketentuan Pasal 1245 yang menyatakan bahwa, tidaklah biaya, rugi, dan bunga harus digantinya apabila karena keadaan memaksa atau karena suatu kejadian yang tidak disengaja debitor terhalang untuk memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau karena hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan yang terlarang.

Menurut J. Satrio, dari ketentuan di atas dapat diketahui bahwa, di situ dijelaskan masalah debitor tidak memenuhi atau tidak memenuhi sebagaimana mestinya yang ditentukan di dalam perikatan disebabkan oleh:⁵⁹⁸

1. hal yang tidak terduga;
2. tidak dapat dipersalahkan kepadanya;
3. tidak disengaja; dan
4. tidak ada iktikad buruk atau disebabkan debitor menghadapi keadaan memaksa.

⁵⁹⁸ J. Satrio, *op.cit*, *Hukum Perikatan: Perikatan Pada Umumnya*, hlm 250.

B. Teori Keadaan Memaksa

Di negara-negara dengan sistem *civil law* mengenal beberapa teori mengenai konsep keadaan memaksa. Teori tersebut adalah teori objektif (*absolute onmogelijkheid*) dan teori relatif (*relative onmogelijkheid*).⁵⁹⁹

Teori objektif mengacu kepada keadaan dimana setiap orang tidak mungkin secara absolut memenuhi prestasinya dalam sebuah perikatan. Misalnya barang yang harus diserahkan musnah yang disebabkan bukan kesalahan debitor.⁶⁰⁰

Sehubungan dengan hal ini Pasal 1444 menentukan bahwa jika barang yang menjadi bahan perjanjian musnah, tidak dapat lagi diperdagangkan atau hilang, sedemikian hingga sama sekali tidak diketahui apakah barang itu masih ada maka hapuslah perikatannya, asal barang itu musnah atau hilang di luar kesalahan debitor dan sebelum dia lalai menyerahkannya.

Di sini tekanannya pada ketidakmungkinan, sedangkan unsur kesalahan tergeser ke belakang. Sesudah debitor ternyata debitor tidak dapat berprestasi, baru diteliti apakah debitor memiliki kesalahan atas timbulnya ketidakmungkinan itu. Jadi, di sini dipakai ukuran:⁶⁰¹

1. ketidakmungkinan (yang nanti akan ternyata harus merupakan ketidakmungkinan yang objektif atau objektif tidak mungkin); dan
2. ketidakmungkinan itu tidak dapat dipersalahkan kepada debitor.

Di sana dikatakan bahwa bendanya musnah, tidak dapat lagi diperdagangkan atau hilang. Kalau barangnya musnah, siapapun tidak dapat berprestasi. Kalau barangnya tidak dapat lagi diperdagangkan atau jelasnya ada larangan undang-undang, siapapun tidak berani menyerahkan dan sedemikian pula demikian pula kalau barangnya hilang, siapapun dalam kedudukan debitor tidak dapat memenuhi prestasinya.⁶⁰²

⁵⁹⁹ Lihat C.J.H Brunner dan G.T. de Jong, *op.cit*, hlm 104. Lihat juga Arthur S. Hartkamp dan Marianne M.M. Tillema, *op.cit*, hlm 120.

⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁶⁰¹ J. Satrio, *op.cit*, *Hukum Perikatan: Perikatan Pada Umumnya*, hlm 255.

⁶⁰² *Ibid.*

Berdasar Pasal 1444 dapat disimpulkan bahwa kalau ada keadaan absolut tidak memungkinkan orang berprestasi, maka di sana ada keadaan yang dapat menjadi dasar untuk mengemukakan adanya keadaan memaksa.⁶⁰³

Teori yang kedua adalah keadaan memaksa yang bersifat subjektif (relatif). Teori ini mengajarkan bahwa keadaan memaksa tersebut ada jika debitor masih mungkin melaksanakannya, tetapi untuk memenuhi prestasi ia mengalami kesulitan dan pengorbanan besar, sehingga debitor tidak dapat melaksanakan prestasinya.⁶⁰⁴ Sekalipun tidak ada keadaan seperti yang dimaksud keadaan memaksa yang objektif, debitor masih memiliki kemungkinan untuk mengemukakan keadaan memaksa, kalau dia dapat membuktikan, bahwa dia tetaplah berupaya semaksimal mungkin seperti yang diharapkan dari seorang “bapak keluarga yang baik” dalam merawat bendanya dalam situasi seperti yang dia alami.⁶⁰⁵

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ Mariam Darus Badruzaman, et.al, *op.cit*, hlm, 27.

⁶⁰⁵ J. Satrio, *op.cit*, *Hukum Perikatan: Perikatan Pada Umumnya*, hlm 259.

XIII

PERBUATAN MELAWAN HUKUM

A. Pengertian Perbuatan Melawan Hukum

Pengertian perbuatan melawan hukum tidak ditemukan dalam Pasal 1365 atau pasal lain dalam KUH Perdata dimana perbuatan melawan hukum diatur. Istilah perbuatan melawan hukum di Indonesia merupakan terjemahan dari istilah Belanda yaitu “*onrechmatige daad*”. Dalam istilah “melawan” melekat sifat aktif dan pasif, sifat aktif dapat dilihat apabila dengan sengaja melakukan sesuatu perbuatan yang menimbulkan kerugian pada orang lain, sifat pasif berarti sengaja diam saja atau dengan sikap pasif sehingga menimbulkan kerugian pada orang lain.⁶⁰⁶

Istilah “melawan hukum” (*onrechtmatig*) sebelum tahun 1919 diartikan secara sempit, yaitu tiap perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain yang timbul karena undang-undang atau tiap perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri yang timbul karena undang-undang.⁶⁰⁷ Namun, kesadaran masyarakat sejak pada akhir abad ke-19 sudah menghendaki perumusan luas. Pada tahun 1919 *Hoge Raad* mulai menafsirkan perbuatan melawan hukum secara luas ditandai dengan *Arrest* tanggal 31 Januari 1919 dalam perkara Lindenbaum melawan Cohen dimana perbuatan melawan hukum diartikan sebagai berbuat atau tidak

⁶⁰⁶ M.A Moegni Djodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1982), hlm. 13.

⁶⁰⁷ *Ibid*, hlm. 21.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

berbuat yang bertentangan dengan atau melanggar hak subjektif orang lain, kewajiban hukum pelaku, kaidah kesusilaan, atau kepatutan dalam masyarakat.⁶⁰⁸

Pengertian perbuatan melawan hukum secara luas disimpulkan oleh M. A. Moegni Djojodirdjo sebagai perbuatan atau kealpaan, yang atau bertentangan dengan hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku sendiri atau bertentangan baik dengan kesusilaan, maupun dengan sikap hati-hati yang harus diindahkan dalam pergaulan hidup terhadap orang lain atau benda.⁶⁰⁹

Istilah perbuatan melawan hukum juga terdapat dalam hukum pidana, namun terdapat perbedaan diantara keduanya. Suatu tindakan pidana merupakan perbuatan melawan hukum dalam perdata, namun lapangan *onrechtmatigedaad* lebih luas karena tindak pidana merupakan perbuatan melawan hukum tetapi tidak semua perbuatan melawan hukum merupakan tindak pidana.⁶¹⁰ Perbedaan yang utama adalah bahwa hukum pidana secara langsung mengenai tertib umum, sedangkan ketentuan dari perbuatan melawan hukum bertujuan untuk melindungi kepentingan individu.⁶¹¹ Selain itu hukum pidana ditujukan pada pemidanaan si pelaku, sedangkan perbuatan melawan hukum bertujuan memberikan ganti kerugian pada penderita.⁶¹²

⁶⁰⁸ Setiawan, *Empat Kriteria Perbuatan Melawan Hukum dan Perkembangan dalam Yurisprudensi*, Dikutip dari Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, Cetakan Pertama (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hlm. 38.

⁶⁰⁹ M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm. 57-58.

⁶¹⁰ *Ibid.*, hlm. 31.

⁶¹¹ *Ibid.*

⁶¹² *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

B. Persyaratan Gugatan Ganti Rugi Berdasar Pasal 1365 KUHPerdata

Perbuatan melawan hukum diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata yang menyatakan bahwa setiap perbuatan melawan hukum yang oleh karenanya menimbulkan kerugian pada orang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahannya menyebabkan kerugian itu mengganti kerugian. Dalam tuntutan ganti kerugian berdasarkan perbuatan melawan hukum terdapat beberapa unsur yang harus dipenuhi, yaitu:⁶¹³

1. Perbuatan

Istilah *daad* (perbuatan) dalam Pasal 1365 KUH Perdata memiliki segi positif dan negatif. Segi positif dari *daad* bermakna berbuat sesuatu sedangkan segi negatifnya bermakna tidak berbuat sesuatu.⁶¹⁴ Seseorang dikatakan telah melakukan perbuatan melawan hukum jika ia melakukan perbuatan yang melanggar hukum. Namun ia juga dapat dikatakan telah melakukan perbuatan melawan hukum ketika ia mengabaikan kewajiban hukumnya dengan tidak berbuat sesuatu.

Makna tidak berbuat yang terkandung dalam *daad* pada awalnya tidak sama dengan makna kelalaian. Ketentuan mengenai kelalaian diatur dalam Pasal 1366 KUH Perdata yang berbunyi:

“Setiap orang bertanggungjawab, tidak saja untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan karena kelalaian atau kurang hati-hatinya”

⁶¹³ Mariam Darus Badruzaman, hlm 146-147.

⁶¹⁴ M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm. 27.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

Keduanya diatur dalam pasal yang berbeda sehingga kelalaian terpisah dari perbuatan yang diatur dalam Pasal 1365 dan mendapat tempat tersendiri. Namun setelah Pasal 1365 ditafsirkan secara luas yaitu dapat bermakna positif dan negatif, kelalaiannya dapat dituntut dengan Pasal 1365.⁶¹⁵

2. Perbuatan Harus Melawan Hukum

Sebelum tahun 1919 *Hoge Raad* menafsirkan perbuatan melawan hukum secara sempit yaitu berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku yang telah diatur oleh undang-undang.⁶¹⁶ Ajaran sempit ini bertentangan dengan doktrin yang dikemukakan oleh para sarjana pada waktu itu, antara lain Molengraff yang menyatakan bahwa perbuatan melawan hukum tidak hanya melanggar undang-undang, akan tetapi juga melanggar kaidah kesusilaan dan kepatutan.⁶¹⁷

Sejak *Arrest* 1919 pengadilan menafsirkan perbuatan melawan hukum secara luas. Penafsiran luas mendapat kritik dari penganut penafsiran sempit karena dapat menimbulkan ketidakpastian hukum. Penafsiran luas ditakutkan dapat membuat tindakan yang sebenarnya tidak melawan hukum menjadi perbuatan melawan hukum. Dari permasalahan tersebut terlihat kebutuhan untuk merumuskan peraturan perundang-undangan yang terperinci. Namun membuat peraturan yang sangat terinci

⁶¹⁵ *Ibid.*, hlm. 27-30.

⁶¹⁶ M. A. Moegni Djodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, Dikutip dari Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, Cetakan Pertama (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hlm. 37.

⁶¹⁷ Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 37.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

**Oleh
Ridwan Khairandy**

merupakan hal yang tidak mungkin, sehingga hakimlah yang nantinya berperan dalam mengambil keputusan.⁶¹⁸

Perbuatan melawan hukum dalam arti luas adalah:⁶¹⁹

a. Melanggar hak subjektif orang lain

Melanggar wewenang khusus yang diberikan oleh hukum kepada seseorang. Hak subjektif dapat dibagi dua, yaitu:

- 1) Hak-hak perorangan seperti kebebasan, kehormatan, nama baik;
- 2) Hak atas harta kekayaan, hak kebendaan dan hak mutlak lainnya.\

b. bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku

Kewajiban hukum diartikan sebagai kewajiban yang berdasarkan hukum, baik tertulis maupun tidak tertulis.

c. Bertentangan dengan kaidah kesusilaan

Bertentangan dengan kaidah kesusilaan bermakna bertentangan dengan nilai-nilai moral, sepanjang dalam kehidupan masyarakat diakui sebagai norma hukum. Moral hanya menunjukkan norma-normanya kepada manusia sebagai mahluk. Sedangkan susila mengajarkan manusia supaya menjadi anggota masyarakat yang baik.

d. Bertentangan dengan kepatutan

Yang dimaksud adalah bertentangan dengan kepatutan yang berlaku dalam lalu lintas masyarakat. Dalam hal ini harus dipertimbangkan kepentingan sendiri dan

⁶¹⁸ Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 38.

⁶¹⁹ *Ibid.*, hlm. 38-39.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

kepentingan orang lain dan mengikuti apa yang menurut masyarakat patut dan layak. Yang termasuk dalam kategori bertentangan dengan kepatutan adalah:

- 1) Perbuatan yang merugikan orang lain tanpa kepentingan yang layak;
- 2) Perbuatan yang tidak berguna yang menimbulkan bahaya bagi orang lain, yang berdasarkan pemikiran yang normal perlu diperhatikan.⁶²⁰

3. Kerugian

Pasal 1365 KUH Perdata menentukan kewajiban pelaku perbuatan melawan hukum untuk membayar ganti kerugian. Berbeda dengan ganti kerugian di dalam wanprestasi yang diatur secara jelas dalam Pasal 1243 KUH Perdata, ganti kerugian karena perbuatan melawan hukum tidak diatur secara jelas dalam undang-undang. Namun penggantian kerugian akibat wanprestasi dapat diterapkan ke dalam perbuatan melawan hukum.⁶²¹

Kerugian yang timbul dari perbuatan melawan hukum meliputi kerugian harta kekayaan atau material dan ideal atau immaterial.⁶²² Kerugian material (*vermogenschade*) pada umumnya mencakup kerugian yang diderita penderita dan keuntungan yang diharapkan.⁶²³ Sedangkan kerugian ideal meliputi ketakutan, terkejut, sakit dan kehilangan kesenangan hidup.⁶²⁴

Atas kerugian-kerugian yang diderita tersebut gugatan dapat berupa:⁶²⁵

⁶²⁰ R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Dikutip dari Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 41.

⁶²¹ Pitlo, *Verbintenissenrecht*, Dikutip oleh M.A Moegni Djojodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1982), hlm. 73.

⁶²² Purwahid Patrik, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan*, (Bandung: Mandar Maju, 1994), hlm. 84.

⁶²³ M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm. 77.

⁶²⁴ *Ibid.*, hlm. 76.

⁶²⁵ Purwahid Patrik, *op. cit.*, hlm. 84.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

- a. Uang;
- b. Pemulihan ke keadaan semula;
- c. Larangan untuk mengulangi perbuatan itu kembali;
- d. Putusan hakim bahwa perbuatannya bersifat melawan hukum.

Sedangkan bentuk tindakan yang dapat digugat adalah:⁶²⁶

- a. Pengrusakan barang (menimbulkan kerugian material)
- b. Gangguan (*hinder*, menimbulkan kerugian immaterial yaitu mengurangi kenikmatan atas sesuatu)
- c. Menyalahgunakan hak (orang menggunakan barang miliknya sendiri tanpa kepentingan yang patut, tujuannya untuk merugikan orang lain).

4. Hubungan Sebab-Akibat antara Perbuatan dan Kerugian

Ajaran kausalitas merupakan ajaran yang penting baik dalam hukum pidana dan perdata. Dalam hukum pidana ajaran kausalitas digunakan untuk menentukan siapa yang dapat dipertanggungjawabkan terhadap timbulnya suatu akibat. Sedangkan dalam hukum perdata ajaran kausalitas digunakan untuk menemukan hubungan kausal antara perbuatan melawan hukum dan kerugian yang ditimbulkan untuk membebaskan tanggung jawab kepada pelaku.⁶²⁷

Dalam menentukan adanya hubungan kausal terdapat beberapa teori yang dapat digunakan. Seiring perkembangan jaman, ditemukan kelemahan-kelemahan sebuah teori yang kemudian melahirkan dan menggantikan teori tersebut. Teori yang

⁶²⁶ *Ibid*, hlm. 85.

⁶²⁷ M. A. Moegni Djojodirjo, *op. cit.*, hal 83.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

pertama adalah teori *condition sine qua non* yang dikemukakan oleh Von Buri. Menurut teori ini untuk menentukan sesuatu harus dianggap sebagai sebab dari suatu akibat yang menurut Von Buri tiap masalah yang merupakan syarat⁶²⁸ untuk timbulnya suatu akibat, adalah menjadi sebab dari akibat. Dari rumusan yang dikemukakan beberapa ahli, dapat ditarik kesimpulan mengenai ajaran *condition sine qua non*.⁶²⁹

- a. Tiap-tiap perbuatan atau masalah, yang merupakan syarat dari suatu akibat yang terjadi harus dianggap sebagai sebab dari akibat.
- b. Syarat dari akibat adalah bila perbuatan atau masalah itu tidak dapat ditiadakan, sehingga tidak akan timbul suatu akibat.

Karena terlalu luas, ajaran ini tidak digunakan lagi baik di pidana maupun perdata.

Kemudian muncul teori *adequate* yang dikemukakan oleh Von Kries. Menurut teori ini perbuatan harus dianggap sebagai sebab dari akibat yang timbul adalah perbuatan yang seimbang dengan akibat, sedangkan dalam menentukan perbuatan yang seimbang adalah perhitungan yang layak.⁶³⁰ Keunggulan teori ini adalah dapat dipandang secara nyata maupun normatif. *Hoge Raad* menggunakan teori ini dalam beberapa *arrest* mulai tahun 1927.

Pada tahun 1960 timbul ketidakpuasan terhadap teori *adequate* yang dikemukakan oleh Koster. Dalam ketidakpuasannya, Koster melahirkan sebuah teori

⁶²⁸ Syarat yang dimaksud Von Buri adalah sesuatu perbuatan atau masalah adalah syarat daripada suatu akibat, apabila perbuatan masalah itu tidak dapat ditiadakan, hingga akibatnya tidak akan timbul.

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 67.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

baru yaitu sistem “dapat dipertanggungjawabkan secara layak” (*Toerekening naaqr redelijkheid*) yang faktor-faktornya adalah sebagai berikut:⁶³¹

- a. Sifat kejadian yang menjadi dasar tanggung jawab;
- b. Sifat kerugian;
- c. Tingkat kemungkinan timbulnya kerugian yang dapat diduga;
- d. Beban yang seimbang bagi pihak yang dibebani kewajiban untuk membayar ganti kerugian dengan memperhatikan kedudukan finansial pihak yang dirugikan.

5. Kesalahan (*schud*)

Menurut J. Satrio kesalahan dalam Pasal 1365 adalah sesuatu yang tercela, yang dapat dipersalahkan, yang berkaitan dengan perilaku dan akibat perilaku si pelaku, yaitu kerugian, perilaku dan kerugian mana dapat dipersalahkan dan karenanya dapat dipertanggungjawabkan. Unsur kesalahan dalam Pasal 1365 adalah unsur yang harus ada dalam kaitannya dengan tuntutan ganti rugi, bukan dalam rangka untuk menetapkan adanya tindakan melawan hukum.⁶³²

Dengan mensyaratkan adanya kesalahan dalam Pasal 1365 KUH Perdata, pembuat undang-undang hendak menekankan bahwa pelaku perbuatan melawan hukum hanya bertanggungjawab atas kerugian yang ditimbulkannya bilamana perbuatan yang menimbulkan kerugian tersebut dapat dipersalahkan padanya. Istilah

⁶³¹ *Ibid.*, hlm. 69.

⁶³² J. Satrio, *Hukum Perikatan: Perikatan Yang Lahir Dari Undang-Undang*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 221.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

schuld (kesalahan) dalam arti sempit hanya mencakup kesengajaan, sementara dalam arti luas *schuld* mencakup kesengajaan dan kealpaan.⁶³³

Selain unsur kesalahan, dalam perbuatan melawan hukum, sifat melawan hukum dari suatu perbuatan merupakan salah satu unsur dari perbuatan melawan hukum. Walaupun unsur sifat melawan hukum terkesan telah mencakup kesalahan, namun keduanya merupakan unsur yang berbeda dan berdiri sendiri. Sifat melawan hukum harus dimiliki oleh “perilakunya”, di samping itu masih disyaratkan adanya unsur “salah” dalam arti bisa dipertanggungjawabkan kepada si pelaku untuk dapat menuntut ganti rugi.⁶³⁴

Vollmar mempersoalkan apakah syarat kesalahan harus diartikan dalam arti subjektifnya (abstrak) atau arti objektifnya (konkrit). Kesalahan dalam arti subjektifnya, maka mengenai seorang pelaku pada umumnya dapat diteliti, apakah perbuatan-perbuatannya dapat dipersalahkan padanya, apakah keadaan jiwanya adalah sedemikian rupa sehingga ia dapat menyadari maksud dan arti perbuatannya. Kesalahan dalam arti objektifnya bermakna bilamana pelaku seharusnya melakukan perbuatan secara lain dari yang telah dilakukannya.⁶³⁵

Pembuat undang-undang menerapkan istilah *schuld* dalam beberapa arti, yaitu:⁶³⁶

- a. Pertanggungjawaban si pelaku atas perbuatan dan atas kerugian yang ditimbulkan karena perbuatan tersebut.

⁶³³ M. A. Moegni Djodirdjo, *op. cit.*, hlm. 65.

⁶³⁴ J. Satrio, *op. cit.*, hlm. 229-231.

⁶³⁵ M. A. Moegni Djodirdjo, *op. cit.*, hlm 66-67.

⁶³⁶ Rutten, *Verbintenissenrecht*, Dikutip oleh M.A Moegni Djodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1982), hlm. 67.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

- b. Kealpaan, sebagai lawan kesengajaan.
- c. Sifat melawan hukum.

C. Unsur Pembena yang Menghapus Sifat Melawan Hukum

Jika seseorang melakukan perbuatan melawan hukum dan karena salahnya menimbulkan kerugian pada orang lain, maka pelaku wajib mengganti kerugian. Ternyata sifat melawan hukum dapat terhapus dengan adanya unsur pembena (*rechtsvaardigingsgrond*). Masalah-masalah khusus yang meniadakan sifat melawan hukum yang disebut dasar-dasar pembena, selalu mengandung sifat eksepsional dan hanya sebagai pengecualian membenarkan penyimpangan terhadap norma umum yang melarang perbuatan bersangkutan.⁶³⁷

Dasar-dasar pembena dapat dibagi menjadi dua golongan utama, yaitu dasar pembena yang berasal dari undang-undang dan yang tidak berasal dari undang-undang. Dasar-dasar pembena yang berasal dari undang-undang antara lain:⁶³⁸

1. Keadaan memaksa (*overmacht*)

Keadaan memaksa adalah tekanan dari luar yang tidak tertahankan dan tidak hanya jika ada keadaan yang tidak memungkinkan untuk melawannya (*overmacht* absolut), tetapi juga dalam keadaan dimana orang yang bersangkutan sudah mengusahakan sampai batas dimana ia tidak perlu melawan lebih lanjut (*overmacht* subjektif). Dalam keadaan memaksa orang dihadapkan kepada dua

⁶³⁷ *Ibid.*, hlm. 58.

⁶³⁸ *Ibid.*

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

**Oleh
Ridwan Khairandy**

kepentingan yang saling berlawanan, sehingga terpaksa harus memilih salah satu, yaitu menyelamatkan kepentingan sendiri namun terpaksa melanggar hak orang lain dengan melakukan perbuatan melawan hukum.⁶³⁹

Pengertian *overmacht* dalam perbuatan melawan hukum biasanya dihubungkan dengan ketentuan hukum pidana dalam Pasal 48 KUH Pidana yang menentukan bahwa seseorang tidak dihukum bila melakukan perbuatan pidana karena terdesak keadaan memaksa. Sementara dalam Pasal 1245 KUH Perdata menentukan bahwa orang yang berhutang tidak diharuskan membayar ganti kerugian bila karena keadaan memaksa terhalang untuk melakukan sesuatu yang diharuskan atau melakukan hal yang dilarang karena *overmacht*.⁶⁴⁰

2. Pembelaan Terpaksa (*noodweer*)

Sebagaimana ditentukan dalam Pasal 49 KUH Pidana maka barang siapa melakukan perbuatan yang terpaksa dilakukannya untuk membela kehormatan dirinya atau orang lain, untuk membela harta benda miliknya sendiri atau orang lain terhadap serangan dengan sengaja yang datangnya dengan tiba-tiba. Keadaan darurat dan pembelaan terpaksa harus dipisahkan, karena dalam pembelaan terpaksa serangan dengan sengaja yang tidak dapat dielakkan lagi itu terjadi karena perbuatan yang melawan hukum dari orang lain.⁶⁴¹

3. Peraturan Undang-Undang

Peraturan undang-undang adalah tiap peraturan yang dikeluarkan oleh suatu kekuasaan yang oleh Undang-Undang Dasar atau undang-undang diberikan

⁶³⁹ J. Satrio, *op. cit.*, hlm. 247.

⁶⁴⁰ M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm. 60.

⁶⁴¹ *Ibid.*, hlm. 62.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

wewenang untuk membuat peraturan dan yang dibuat berdasarkan kewenangan tersebut. Contoh tindakan melaksanakan peraturan undang-undang adalah penahanan yang dilakukan polisi dan penjatuhan putusan menghukum terdakwa yang dilakukan hakim.⁶⁴²

4. Perintah Jabatan

Pasal 51 KUH Pidana memuat ketentuan bahwa tidaklah dapat dihukum barang siapa yang melakukan perbuatan untuk melaksanakan suatu perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang berwenang untuk itu. Hal ini hanya berlaku sebagai dasar pembenar bagi orang yang telah melaksanakan perintah tersebut. Namun, peniadaan hukuman hanya berlaku jika terpenuhi dua syarat, yaitu:⁶⁴³

- a. Bilamana perintah tersebut oleh bawahan secara iktikad baik dianggap sebagai diberikan secara sah, dan
- b. Pelaksanaannya adalah termasuk lingkungan kewajiban pegawai bawahan tersebut.

D. Perbuatan Melawan Hukum dalam Common Law (Tort)

1. Pengertian *Tort*

Istilah *tort* berasal dari istilah Latin *tortus* yang artinya “*twisted*”. *Tort* secara harfiah berarti salah. Dalam Bahasa Inggris *tort* memiliki arti hukum yang lebih teknis, yaitu salah secara hukum dimana hukum menyediakan ganti rugi.⁶⁴⁴ Dalam *tort* terdapat dua landasan yang mendasari semua jenis *tort*, yaitu kesalahan

⁶⁴² *Ibid.*, hlm. 63.

⁶⁴³ *Ibid.*, hlm. 65.

⁶⁴⁴ *A legal wrong for which the law provides a remedy*. Vivienne Harpwood, *op. cit.*, hlm.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

(*wrong*) dan ganti rugi (*compensation*). *Tort* membuat beberapa tindakan menjadi salah karena mengakibatkan kerugian bagi orang lain.⁶⁴⁵

Tujuan *tort* secara umum adalah menyediakan ganti rugi (*remedies*) terhadap pelanggaran atas kepentingan yang dilindungi. Kepentingan yang dimaksud disini adalah kepentingan yang dimaknai masyarakat sebagai keselamatan individu, perlindungan terhadap harta benda dan kepentingan yang tidak terlihat seperti *privacy*, hubungan keluarga, reputasi dan kehormatan. Jika kepentingan-kepentingan yang dilindungi tersebut dilanggar hukum *tort* menyediakan ganti rugi.⁶⁴⁶

Perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365 KUH Perdata merupakan warisan dari hukum Belanda. Seperti halnya Perancis, Italia, Jerman dan negara penganut *civil law system* lainnya, pengaturan mengenai perbuatan melawan hukum menganut konsep yang ada di *civil law*. Perbuatan melawan hukum di *civil law* diartikan sebagai perbuatan atau kealpaan, yang atau bertentangan dengan hak orang lain, atau bertentangan dengan kewajiban hukum sipelaku atau bertentangan baik dengan kesusilaan, maupun dengan keharusan yang harus diindahkan dalam pergaulan hidup terhadap orang lain atau benda, sedang barang siapa karena salahnya sebagai akibat perbuatannya itu telah mendatangkan kerugian pada orang lain, berkewajiban membayar ganti kerugian.⁶⁴⁷

Perbuatan melawan hukum di negara *civil law* diatur secara tegas dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Civil Code*) masing-masing negara. Dalam

⁶⁴⁵ Roger LeRoy Miller & Gaylord A. Jentz, *Business Law Today*, (USA: Thomson Learning, 2003), hlm. 112.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ Van Gerven & J. C. M. Leitjen, *Theorie en Praktijk van de Rechtsvinding*, Dikutip oleh Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 72.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

BW baru Belanda, Perbuatan Melawan Hukum diatur dalam Buku 6 Titel 3 Pasal 162 hingga Pasal 197 yang berjudul *Onrechmatigedaad*. Perancis mengatur perbuatan melawan hukum dalam *Code Civil* Titel IV, *chapter* II dengan judul *Delicts and Quasi Delicts (Torts)* artikel 1382 hingga 1386.⁶⁴⁸

Konsep *Tort* dianut oleh negara yang menggunakan *common law system*. Tidak seperti perbuatan melawan hukum dalam *civil law* yang mengatur secara tegas di dalam KUH Perdata, *Law of Tort* tumbuh dan berkembang bersumber dari putusan-putusan hakim yang wajib dan selalu diikuti oleh para hakim berikutnya sehingga membentuk suatu kaidah yang tidak terkodifikasi secara khusus.⁶⁴⁹

Law of Tort memberikan perlindungan hukum bagi kepentingan seperti keamanan, harta benda, kepentingan ekonomi, dan kepentingan yang tak terlihat. Bentuk perlindungannya adalah dengan memberikan ganti rugi terhadap kepentingan yang dilanggar. Untuk mengajukan gugatan berdasarkan *tort law*, harus ada perbuatan aktif atau pasif yang dilakukan oleh tergugat, dan perbuatan tersebut mengakibatkan kerugian terhadap kepentingan tergugat yang dilindungi oleh hukum. Kerugian yang timbul disebabkan oleh kesalahan tergugat dan adanya kesalahan merupakan sesuatu yang harus dipertanggung-jawabkan secara hukum.⁶⁵⁰

Pengaturan mengenai *Tort* merupakan cabang hukum yang berdiri sendiri terpisah dari pengaturan mengenai perjanjian maupun hukum pidana. Di dalam *law of tort*, tindakan-tindakan yang merugikan orang lain telah dibuat beberapa klasifikasi seperti kelalaian (*negligence*), gangguan (*nuisance*), *trespass*, pencemaran nama baik

⁶⁴⁸ Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 73.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, hlm. 76.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 77.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

(*defamation*), dan lain-lain. Sedangkan perbuatan melawan hukum di *civil law* hanya menyediakan prinsip dasar dan tidak mengatur secara rinci perbuatan apa saja yang termasuk perbuatan melawan hukum. Dengan begitu dapat dikatakan bahwa dalam sistem *common law* terdapat berbagai macam *tort*, sementara dalam sistem *civil law* berbagai macam tindakan diakui sebagai perbuatan melawan hukum.⁶⁵¹ Sedangkan perbuatan melawan hukum merupakan bagian dari hukum perdata. Perbuatan melawan hukum merupakan salah satu sumber perikatan, seperti halnya perjanjian. Perbuatan melawan hukum merupakan sumber perikatan yang berasal dari undang-undang.

2. Kesalahan dalam *Tort*

Untuk membuktikan bahwa tergugat telah melakukan tindakan (*omission*) dan tindakan tersebut menyebabkan kerugian, perlu dibuktikan keadaan pikiran tergugat. Hal ini sangat penting, karena pada dasarnya *tort* adalah kewajiban berdasarkan kesalahan, sedangkan dalam membuktikan elemen kesalahan perlu dibuktikan *state of mind* tergugat yang dapat berupa kesengajaan (*intention*), kelalaian (*negligence*) atau *malice*.⁶⁵²

⁶⁵¹ Workshop on Service Provider Liability, World Intellectual Property Organization, Jenewa 9-10 Oktober 1999, hlm. 5.

⁶⁵² Catherine Elliott & Frances Quinn, *Tort*, Cetakan Keempat, (England: Pearson Education, 2003), hlm. 3.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

a. Kesengajaan (*intention*)

Kesengajaan yang dimaksud adalah pengetahuan pelaku (*tortfeasor*) bahwa konsekuensi tindakannya akan terjadi. Konsekuensi tersebut diinginkan atau tidak, jika hasilnya secara jelas merupakan hasil yang dapat diprediksi.⁶⁵³

b. Kelalaian (*negligence*)

Kelalaian bermakna melakukan sesuatu tanpa berniat menyebabkan kerugian, namun tidak berhati-hati untuk memastikan kerugian tidak akan terjadi.⁶⁵⁴ Untuk menentukan tanggung jawab dalam hal terjadinya kelalaian, ada beberapa elemen yang harus dibuktikan, yaitu:

1) Kewajiban Berhati-Hati (*Duty of Care*)

Yang harus dibuktikan disini adalah bahwa tergugat memiliki kewajiban untuk berhati-hati terhadap penggugat. Misalnya dalam kasus tergugat yang mengendarai mobil menabrak tergugat yang pejalan kaki, tergugat memiliki kewajiban untuk mengendarai mobil secara hati-hati dan memperhatikan pejalan kaki. Cara menentukan adanya *duty of care* adalah dengan menentukan perkiraan (*foresight*), *proximity* dan pertimbangan yang berdasarkan keadilan dan rasionalitas (*consideration of justice and reasonableness*) dalam menentukan kewajiban.⁶⁵⁵

2) Pelanggaran Kewajiban (*Breach of Duty*)

Hal kedua yang harus dibuktikan adalah pelanggaran terhadap kewajiban yang ada dalam *duty of care*. Dengan adanya pelanggaran terhadap *duty of care*

⁶⁵³ Michael A. Jones, *A Textbook on Tort*, Cetakan Kedua, (London: Blackstone Press, 1989), hlm. 6.

⁶⁵⁴ Catherine Elliott & Frances Quinn, *op. cit.*, hlm 3-4.

⁶⁵⁵ Vivienne Harpwood, *op. cit.*, hlm. 27-29.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

berarti tergugat telah berada dibawah dari standar perilaku seseorang yang seharusnya.⁶⁵⁶ Misalnya sebagai pengendara mobil, tergugat tidak berhenti pada lampu merah atau tergugat tidak berhati-hati ketika ada orang menyeberang di *zebra cross*.

3) Kerugian

Kerugian merupakan hal yang sangat esensial dalam penuntutan ganti rugi. Adanya kerugian tidak cukup untuk membebaskan tanggung jawab kepada tergugat, namun kerugian tersebut haruslah akibat dari pelanggaran *duty of care*. Beban pembuktian ini berada pada penggugat yang harus membuktikan bahwa kelalaian harus secara substansial berkontribusi terhadap kerugian yang ia derita.⁶⁵⁷

3. Tanggung Jawab Pihak Ketiga

Terdapat beberapa dasar untuk menyatakan bahwa seseorang bertanggung jawab atas *tort* yang dilakukan oleh orang lain (*indirect infringement*) atau pelanggaran tidak langsung. Dasar-dasar yang paling tepat dan sering digunakan terhadap pelanggaran tidak langsung dalam bidang hak kekayaan intelektual adalah:⁶⁵⁸

a. Tanggung jawab atas membantu melakukan *tort* (*liability for aiding and abetting torts*)

Tanggung jawab ini berkaitan dengan pemberian pendampingan atau pendorongan substansial kepada *tortfeasor*. Dalam tanggung jawab ini

⁶⁵⁶ ⁶⁵⁶ Catherine Elliott & Frances Quinn, *op. cit.*, hlm 84.

⁶⁵⁷ Vivienne Harwood, *op. cit.*, hlm. 24.

⁶⁵⁸ Charles W. Adams, "Indirect Infringement From A Tort Law Perspective", 42*U. Rich. L. Rev.* 635, (2008) hlm. 643-645.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

diperlukan pengetahuan tergugat bahwa tindakan orang lain tersebut adalah *tort*, karena untuk menghindari pembebanan tanggung jawab terhadap orang yang tidak mengetahui bahwa ia memberikan dukungan kepada *tortfeasor*.

b. Tanggung Jawab Atas Menyebabkan Tort (*Liability for Inducing Torts*)

Seseorang bertanggung jawab atas tindakan *tort* orang lain jika ia memerintahkan atau menyebabkan tindakan dan mengetahui atau seharusnya mengetahui keadaan yang akan membuat tindakan tersebut menjadi *tort*. Tanggung jawab ini dapat diterapkan pada pelanggaran paten, hak cipta, atau merk.

c. Tanggung Jawab Atas Ijin Menggunakan Fasilitas (*Liability for Permitting Use of Premises or Instrumentalities*)

Dalam keadaan ini tergugat memperbolehkan orang lain bertindak menggunakan fasilitasnya dengan mengetahui atau mempunyai alasan bahwa orang lain akan melakukan tindakan *tort*. Dasar tanggung jawab ini biasanya diterapkan dalam pelanggaran hak cipta atau merk dagang.

d. Tanggung Jawab Karyawan dan Kontraktor Independen (*Liability for Employees and Independent Contractors*)

Seorang majikan bertanggung jawab atas *tort* yang dilakukan oleh karyawannya dalam lingkup pekerjaan mereka.

Selain teori tanggung jawab pihak ketiga yang telah dijelaskan diatas, ada teori yang disebut tanggung jawab sekunder (*secondary liability*). Teori ini tidak tertulis secara jelas dalam peraturan perundang-undangan, melainkan sebuah

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

perpanjangan dari gagasan tradisional mengenai tanggung jawab dalam hak cipta melalui putusan hakim. Pengadilan membebankan tanggung jawab kepada pihak ketiga atas pelanggaran langsung yang dilakukan orang lain melalui *vicarious liability* dan *contributory liability*.⁶⁵⁹

Kemunculan teori tanggung jawab sekunder dimulai pada tahun 1911 di Amerika Serikat dalam kasus *Kaleem Company v. Harper Brothers*. Kaleem Company mempekerjakan orang untuk membaca buku *Ben Hur* yang kemudian dibuatkan naskah drama yang akan dipasarkan kepada pihak yang akan memproduksi film. Kaleem Company dinyatakan bertanggung jawab atas pengadaptasian tanpa ijin buku *Ben Hur* dan penjualan film oleh Mahkamah Agung AS. Putusan ini menandai awal perkembangan hukum yang membebankan tanggung jawab kepada pihak yang memberikan kontribusi kepada pelanggaran hak cipta.⁶⁶⁰

Kemudian pada kasus *Sony Corporation of America v. Universal City Studios* (“Sony”)⁶⁶¹ Mahkamah Agung pertama kali menginterpretasikan dan menerapkan Undang-Undang Hak Cipta 1976 (*Copyright Act of 1976*) menggunakan tanggung jawab sekunder. Yang menjadi pertanyaan di dalam persidangan adalah apakah penjual dan distributor Betamax VTR harus bertanggung jawab berdasarkan doktrin *contributory liability*. Pengadilan berpendapat bahwa penjualan alat yang dapat menggandakan adalah seperti penjualan barang dagang lainnya, jika produk

⁶⁵⁹ Connie Davis Powell, *op. cit.*, hlm. 190.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, hlm. 191.

⁶⁶¹ Sony digugat karena salah satu produknya yaitu Sony Betamax digunakan untuk merekam program TV yang dilindungi hak cipta oleh penggunanya. *Ibid.*, hlm. 192.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

tersebut digunakan secara luas untuk tujuan yang benar dan tidak melawan hukum, maka penjualan tidak termasuk pelanggaran kontributif (*contributory infringement*).⁶⁶²

Secara umum penggunaan tanggung jawab sekunder atau gugatan atas pelanggaran tidak langsung dalam bidang hak cipta muncul dalam dua macam konteks. Dalam konteks pertama tergugat mempunyai kendali atas fasilitas dimana pelanggaran hak cipta terjadi dan mendapatkan keuntungan finansial dari pelanggaran hak cipta tersebut. Tanggung jawab yang dibebankan berdasarkan konteks ini disebut *vicarious liability*. Sementara dalam konteks kedua tergugat berkontribusi secara materi atau memancing terjadinya pelanggaran hak cipta yang dilakukan oleh orang lain dan tergugat mengetahui pelanggaran tersebut. Tanggung jawab yang dibebankan berdasarkan konteks ini disebut *contributory infringement*.⁶⁶³

a. *Vicarious Liability*

Tanggung jawab berdasarkan *vicarious liability* mensyaratkan hubungan khusus antara tergugat dan pelaku langsung (*direct infringer*) dan bukti keuntungan finansial yang diterima dari pelanggaran tersebut. Dalam menilai hubungan hukum dalam *vicarious liability* pengadilan mensyaratkan “hak dan kemampuan untuk mengawasi” kegiatan pelanggaran.⁶⁶⁴

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ Charles W. Adams, *op. cit.*, hlm. 662.

⁶⁶⁴ Mark Bartholomew, Copyright, Trademark and Secondary Liability after *Grokster*, 32 *Column. J.L. & Arts* 445, (2009), hlm. 447.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Pada dasarnya *vicarious liability* digunakan dalam hubungan hukum yang ada di antara agen dan prinsipal. Dalam konteks hak cipta, pengadilan menilai hubungan antara tergugat dan pelanggar langsung dengan tingkat penguasaan yang dimiliki oleh tergugat. Pengadilan mengartikan “hak untuk mengawasi” pelanggar langsung sebagai kemampuan untuk mengatur aktivitas pelanggar langsung sehari-hari. Misalnya operator lantai dansa dapat bertanggung jawab karena pelanggaran hak cipta yang dilakukan band yang memainkan lagu yang dilindungi hak cipta tanpa membayar royalti ketika operator mempunyai kontrol terhadap bangunan dan fasilitas dan meraup keuntungan finansial langsung dari pemirsanya.

Dalam kasus *Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co*⁶⁶⁵ Dalam hal kontrol *Green* memiliki kekuatan yang cukup untuk mengontrol *Jalen* dalam hal karyawan, pembayaran, dan menangani pemasukan dari penjualan rekaman. Dalam hal kepentingan finansial, pelanggaran yang dilakukan *Jalen* secara langsung akan menambah kas *Green*.⁶⁶⁶

Pada kasus *Fonovisa v. Cherry Auction*⁶⁶⁷ Fonovisa menggugat Cherry Auction atas dasar pelanggaran langsung (*direct infringement*), pelanggaran kontributif (*contributory infringement*) dan *vicarious copyright infringement*.

⁶⁶⁵ (*H.L. Green*) digugat atas perbuatan *Jalen Amusement Company* yang merupakan pemegang izin yang mengoperasikan departemen rekaman toko yang dimiliki *Green*. *Jalen* membuat rekaman tiruan dari lagu-lagu yang hak ciptanya dimiliki penggugat dan menjual lagu-lagu tersebut di toko *Green*. Alfred C Yen, *op. cit.*, hlm. 14.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ *Cherry Auction* yang bertempat di Fresno, California adalah pasar loak dimana beberapa los disewakan kepada pedagang secara harian. Barang yang diperjualbelikan di *Cherry Auction* bervariasi dari baju, peralatan audio dan binatang ternak. Jual beli dan barter juga terjadi untuk kaset bajakan musik Latin. *Fonovisa* sebagai pemegang hak cipta menggugat *Cherry Auction* pada April 1993. Kenneth A. Walton, Is Website Like A Flea Market Stall? How Fonovisa v. Cherry Auction Increases The Risk of Third Party Copyright Infringement Liability for Online Service Provider, 19 *Hastings Comm/Ent L.J.* 921, (1997), hlm. 935.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

Pengadilan negeri (*district court*) menolak adanya pelanggaran langsung dan *vicarious copyright infringement*, namun mengabulkan adanya pelanggaran kontributif. *Cherry Auction* tidak terbukti mempunyai hak dan kemampuan untuk mengawasi barang-barang yang diperdagangkan oleh pedagang dan tidak memiliki kepentingan finansial. Namun dalam tingkat banding *Ninth Circuit* menemukan bahwa *Cherry Auction* memenuhi syarat kontrol dan keuntungan finansial untuk dalam *vicarious infringement*. Pengadilan berpendapat bahwa tergugat memiliki kemampuan kontraktual untuk mengawasi dalam gedungnya dan mengeluarkan pedagang dengan alasan apapun. Dalam hal keuntungan finansial, pengadilan berpendapat bahwa *Cherry Auction* meraup keuntungan secara langsung dari pelanggaran yang dilakukan pedagang dari sewa harian yang dibayar pedagang dan tiket masuk, parkir, makanan, dan layanan lain yang dinikmati dan dibayar oleh pengunjung yang mencari dan membeli rekaman bajakan.⁶⁶⁸

b. *Contributory Liability*

Konsep yang ada pada *contributory liability* adalah jika seseorang mengetahui bahwa orang lain melakukan pelanggaran hak cipta, maka mendampingi atau mendukung pelanggar tersebut adalah tindakan yang salah. Orang tersebut melakukan kesalahan karena ia mengetahui secara pasti siapa yang melakukan pelanggaran dan mengetahui sifat pelanggaran tersebut. Misalnya tergugat adalah penjual kaset kosong yang menjual kaset tersebut kepada seseorang yang ia tahu akan menggunakan kaset tersebut untuk membajak musik yang dilindungi hak cipta yang

⁶⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 935-940.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh
Ridwan Khairandy

kemudian dijual kepada publik. Cakupan dari *contributory liability* ini adalah tergantung dari apakah tanggung jawab mensyaratkan tingkatan pengetahuan tertentu dan pendampingan terhadap suatu pelanggaran. Beberapa pengadilan menerapkan tingkatan yang berbeda pada beberapa kasus, namun kebanyakan pengadilan mensyaratkan pengetahuan spesifik dan pendampingan langsung terhadap suatu pelanggaran untuk membebaskan tanggung jawab.⁶⁶⁹

Kasus yang cukup terkenal dalam *contributory liability* adalah *Sony Corporation of America v. Universal City Studios*. Sony digugat karena salah satu produknya yaitu Sony Betamax digunakan untuk merekam program TV yang dilindungi hak cipta oleh pengguna.⁶⁷⁰ Dasar gugatan penggugat adalah bahwa Sony mengetahui bahwa beberapa orang yang membeli produk tersebut akan menggunakannya untuk merekam siaran televisi yang dilindungi hak cipta. Sony mengetahui hal tersebut dan mendukung terjadinya pelanggaran hak cipta dengan menjual barangnya kepada mereka. Pendapat ini disetujui oleh pengadilan tingkat banding *Ninth Circuit* dan menyatakan bahwa Sony bertanggung jawab. Namun dalam tingkat *Supreme Court* Sony dinyatakan tidak memiliki jenis pengetahuan yang dibutuhkan untuk mendukung adanya pelanggaran, karena pengetahuan tersebut tidak ada selama produk tersebut dapat digunakan untuk penggunaan substansial yang tidak melanggar hukum. Dengan pendapat tersebut putusan pengadilan banding dibatalkan.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ Alfred C. Yen, "Third Party...", *op. cit.*, hlm. 10.

⁶⁷⁰ Connie Davis Powell, *op. cit.*, hlm. 192.

⁶⁷¹ Alfred C. Yen, "Third Party...", *op. cit.*, hlm. 12.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan

Oleh

Ridwan Khairandy

E. Perbuatan Melawan Hukum dalam Hukum Islam

F. Kaitan Perbuatan Melawan Hukum dengan Wan Prestasi

XIV

PENAFSIRAN KONTRAK

Di Indonesia, tidak banyak tulisan yang membahas tentang cara atau metode penafsiran kontrak. Kebanyakan literatur yang ada hanya membahas tentang metode penafsiran undang-undang. Keadaan ini mengakibatkan lemahnya kemampuan para sarjana dan praktisi hukum dalam melakukan penafsiran kontrak.

Di sini dapat dikemukakan satu contoh perkara yang memuat kesalahan dalam melakukan penafsiran kontrak. Kasus ini adalah *PT Pulau Intan Cemerlang dan PT Gunung Berlian v Syafei Juremi, et.al*, (Mahkamah Agung No: Reg. No. 1851/Pdt./1984). Dalam kasus ini hakim menafsirkan klausul penyelesaian sengketa yang menunjuk kepada forum arbitrase sebagai pemutus perkara yang final dan mengikat hanyalah formalitas belaka, dan di hati mereka sebenarnya tidak menginginkan penyelesaian sengketa atau perselisihan melalui arbitrase. Dalam perkara ini, pengadilan menafsirkan isi perjanjian yang sudah sangat jelas makna kata-katanya, dengan "membaca isi hati" para pihak yang membuat kontrak.

Padahal KUHPdata telah mengatur pedoman penafsiran kontrak tersebut. Pedoman tersebut telah diatur dalam Pasal 1342 sampai dengan Pasal 1346. Dalam perkembangannya, di negeri Belanda bergerak lebih maju, yakni dengan digunakannya asas iktikad sebagai dasar untuk melakukan penafsiran kontrak.

A. Pedoman Penafsiran Kontrak menurut KUHPdata

Suatu perjanjian terdiri serangkaian kata. Oleh karena itu, untuk menetapkan isi perjanjian perlu dilakukan penafsiran, sehingga dapat diketahui dengan jelas maksud para pihak dalam perjanjian. Menurut Corbin⁶⁷³, penafsiran perjanjian adalah proses di mana seseorang memberikan makna terhadap suatu

⁶⁷³ Menurut Corbin, interpretasi kontrak harus dibedakan dengan konstruksi kontrak. Jika akan dibuat pembedaan, maka dapat dilihat bahasa suatu kontrak dimulai dengan interpretasi bahasa yang digunakan, proses interpretasi berhenti manakala sampai pada penentuan hukum diantara para pihak. Lihat Arthur Linton Corbin, *Corbin on Contract*, West Publishing Co, St. Paul, Minn, 1982, hlm 487 – 493.

simbol dari ekspresi yang digunakan oleh orang lain. Simbol yang lazim digunakan adalah kata-kata baik satu per satu maupun kelompok, oral atau tertulis. Suatu perbuatan juga dapat juga menjadi simbol yang dapat dilakukan interpretasi. Menurut A. Joanne Kellermann⁶⁷⁴, penafsiran perjanjian adalah penentuan makna yang harus ditetapkan dari pernyataan yang dibuat oleh para pihak dalam perjanjian dan akibat-akibat hukum yang timbul karenanya.

Perjanjian lahir dari kata sepakat dari mereka yang mengadakan perjanjian. kata sepakat tersebut dapat mencerminkan kehendak para pihak. Menafsirkan perjanjian bermakna mencari apa sebenarnya maksud para pihak. Maksud para pihak tersebut tidak lain adalah apa yang disepakati bersama. Dengan demikian, menafsirkan perjanjian sebenarnya adalah mencari kehendak para pihak⁶⁷⁵

Bagian Keempat, Bab Kedua Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) mengatur "metode" penafsiran perjanjian. Ini adalah panduan otentik bagi penafsiran perjanjian.

Pasal 1342 KUHPerdata menentukan bahwa kalau kata-kata persetujuan jelas, tidak diperkenankan untuk menyimpang dengan jalan penafsiran (*indeen de bewordingen eener overeenkomst duidelijk zijjn, mag men daarvan uitlegging niet afwijken*).

Ada dua hal yang harus diperhatikan dari isi Pasal 1342 KUHPerdata di atas. Pertama, kata-kata "suatu persetujuan". Jika di atas dikatakan bahwa menafsirkan persetujuan adalah mencari kehendak para pihak yang dinyatakan oleh satu kepada pihak yang lain, wujud pernyataan kehendak itu dapat dengan tegas atau diam-diam. Pernyataan yang tegas dapat dikemukakan secara lisan, tertulis, atau melalui tanda-tanda. Hal ini memberikan kesan bahwa Pasal 1342

⁶⁷⁴ Arthur S. Hartkamp dan Marianne M.M. Tillema, *Contract Law in The Netherlands*, Kluwer Deventer, 1993, hlm 96.

⁶⁷⁵ J. Satrio, *Hukum Perikatan. Perikatan yang Lahir dari Perjanjian, Buku II*, Citra Aditya Bakti Bandung, 2001, hlm 279

KUHPerdata di atas hanya berlaku bagi pernyataan tertulis saja dan tidak berlaku bagi kehendak yang dinyatakan dengan tanda-tanda.⁶⁷⁶

Kedua, kata-kata yang menyatakan “jika kata-kata persetujuan sudah jelas, tidak diperkenankan menyimpang dengan jalan penafsiran”. Hal ini memberi kesan bahwa ada kalanya kata-kata dalam suatu perjanjian sudah jelas, tidak diperlukan penafsiran.

Ketentuan ini masih mengikuti pandangan lama yang mengajarkan bahwa penafsiran perjanjian hanya diperlukan untuk sesuatu yang tidak jelas. Penafsiran tidak diperlukan jika kata-kata dalam perjanjian sudah jelas.⁶⁷⁷ Belakangan, orang membuktikan perjanjian yang terdiri dari serangkaian kata baru memiliki arti kalau orang memberi arti kepada kata-kata itu. Kesemuanya itu sudah tentu harus memperhatikan keadaan dan tempat di mana perjanjian ditutup. Hal ini berarti pula bahwa orang tidak cukup menafsirkan kata-kata secara gramatikal (*grammatical*) saja. Jadi, sebenarnya yang dimaksud dengan “kata-kata yang jelas adalah kata-kata yang tidak memberikan banyak peluang penafsiran yang berlainan.”⁶⁷⁸

Salah satu kasus yang terkait dengan penafsiran kata-kata yang sudah jelas dalam isi kontrak kemudian ditafsir lain oleh pengadilan dapat dilihat dalam perkara *PT Pulau Intan Cemerlang dan PT Gunung Berlian v Syafei Juremi, et.al*, (Mahkamah Agung No: Reg. No. 1851/Pdt./1984).

Perkara ini bermula ketika S.M. Pardede sebagai Direktur PT Pulau Intan Cemerlang dan Wakil Direktur PT Gunung Berlian Murni yang berkedudukan di jalan Tebet Barat Dalam No. 182 Jakarta Selatan membeli enam buah traktor merek Komatsu dari PT United Tractor cabang Banjarmasin. Perjanjian jual beli enam buah traktor itu ditandatangani pada 14 Juli 1982.

⁶⁷⁶ *Ibid*, hlm 280.

⁶⁷⁷ Ridwan Khairandy, *Iktikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2004, hlm 218..

⁶⁷⁸ J. Satrio, *op.cit*, hlm 262.

Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan
Oleh
Ridwan Khairandy

Dalam perjanjian jual beli tersebut, penjual (PT United Tractor) setelah menerima uang muka dari pembeli (PT Pulau Intan Cemerlang dan PT Gunung Berlian) harus menyerahkan traktor tersebut pada akhir Juli 1982 dan selambat-lambatnya permulaan (minggu pertama) Agustus 1982.

Ternyata penjual baru dapat menyerahkan secara lengkap keenam traktor dimaksud pada 8 Oktober 1982. Berarti penjual terlambat menyerahkan barang selama enam puluh hari. Berdasarkan kejadian tersebut, tindakan penjual dikualifikasikan sebagai wanprestasi.

Atas tindakan wanprestasi tersebut, pembeli mengalami kerugian sebesar Rp 144.000.000,00 (seratus empat puluh juta rupiah). Jumlah kerugian itu dirinci sebagai berikut: 6 unit traktor x 60 hari x 2 ha x Rp 240.000,00 (jumlah harga borongan dari pemerintah).

Setelah proses penyelesaian melalui negosiasi tidak mendapatkan kata sepakat, pembeli (penggugat) menggugat penjual (tergugat) ke Pengadilan Negeri Pangkalan Bun, Kalimantan Tengah.

Di dalam persidangan, tergugat mengajukan eksepsi. Dalam eksepsinya, tergugat menyatakan bahwa Pengadilan Negeri Pangkalan Bun tidak memiliki kewenangan untuk memeriksa dan mengadili perkara ini. Hal didasarkan pada pilihan yurisdiksi yang telah dinyatakan dalam perjanjian jual beli dimaksud. Di dalam Pasal 21 Perjanjian Jual Beli itu dinyatakan bahwa jika terjadi perselisihan sebagai akibat dari perjanjian ini diserahkan kepada Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI).

Dalam kasus di atas, pengadilan melakukan penafsiran terhadap kata-kata yang sudah sangat jelas maknanya dan tidak ada tafsir lain. Di dalam Pasal 21 Perjanjian Jual Beli dimaksud ditentukan: “Setiap sengketa yang timbul harus diselesaikan dengan musyawarah dan apabila gagal diserahkan kepada BANI”. Kata-kata dan kalimat tersebut sudah jelas bahwa jika ada perselisihan atau sengketa diantara para pihak pertama-tama diselesaikan secara musyawarah.

Kemudian, jika tidak didapat kata sepakat dalam proses tersebut para pihak bersepakat untuk diselesaikan secara arbitrase melalui BANI, bukan melalui pengadilan.

Wanprestasi yang terjadi dalam perjanjian ini adalah keterlambatan dalam menyerahkan traktor yang dibeli pembeli oleh penjual. Wanprestasi merupakan salah bentuk perselisihan atau sengketa dalam pelaksanaan perjanjian. Forum penyelesaian sengketa yang dipilih adalah arbitrase. Makna arbitrase sudah jelas yakni penyelesaian sengketa di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase. Tidak ada makna lain. Pasal 1342 KUHPdata melarang penafsiran terhadap kata-kata yang sudah jelas tersebut. Namun demikian, menurut pengadilan pilihan forum yang dimaksud Pasal 21 perjanjian tersebut hanya “formalitas” belaka, sedangkan di hati para pihak tidak ada niat untuk mempergunakan lembaga arbitrase BANI.

Dalam kasus ini, pengadilan tidak sekedar menafsirkan kata-kata yang terdapat dalam perjanjian, tetapi menafsirkan isi hati para pihak. Kata-kata yang sudah jelas diberi tafsir oleh pengadilan, dan tafsir itu pun diarahkan kepada isi hati para pihak. Timbul pertanyaan dengan cara apa pengadilan dapat menafsirkan isi hati para pihak yang sebenarnya? Dalam putusan tidak dijelaskan bagaimana pengadilan dapat menelusuri isi hati para pihak.

Pasal 1343 KUHPdata menentukan bahwa jika kata-kata dalam perjanjian dapat diberikan berbagai tafsir harus dipilih penafsiran yang meneliti maksud keduabelah pihak yang membuat perjanjian tersebut daripada sekedar memegang teguh kata-kata tersebut secara literal (*letterlijk*). Dengan demikian, perjanjian harus diberi tafsir yang paling sesuai dengan kehendak para pihak, walaupun artinya menyimpang dari kata-kata yang terdapat dalam perjanjian.⁶⁷⁹

Dari ketentuan Pasal 1343 tersebut terlihat bahwa teori kehendak (*historis-psikologis*) dijadikan dasar penafsiran perjanjian. Penafsiran perjanjian menurut

⁶⁷⁹ Ridwan Khairandy, *op.cit*, hlm 218.

teori ini tidak lain daripada menetapkan kehendak dari orang yang melakukan tindakan hukum.⁶⁸⁰ Dalam kenyataannya, teori sulit dilaksanakan dan dapat menimbulkan berbagai kesulitan. Dikatakan sulit karena kehendak merupakan gejala psikologis yang tidak dapat dilihat dengan pancaindra. Hal ini berlainan dengan ajaran penafsiran normatif. Titik pandang aliran penafsiran normatif bukan pada kehendak subjektif para pihak yang menjadi objek penafsiran. Penafsiran menurut aliran ini adalah menetapkan tindakan nyata dan menetapkan akibat-akibat hukum yang timbul karenanya.⁶⁸¹

Kemudian Pasal 1344 KUHPdata juga memberikan pedoman penafsiran perjanjian. Menurut pasal ini jika suatu janji data diberikan dua macam pengertian, maka harus dipilih pengertian yang sedemikian rupa yang memungkinkan janji itu dapat dilaksanakan.

Pasal 1344 KUHPdata ini sebagaimana pasal sebelumnya juga memberikan patokan, jika suatu perjanjian memungkinkan untuk diberikan lebih dari satu penafsiran, dan yang satu lebih memungkinkan untuk dilaksanakan. Dalam keadaan demikian, harus dipilih pengertian yang lebih memungkinkan pelaksanaan janji yang bersangkutan daripada memberikan pengertian yang tidak memungkinkan pelaksanaan perjanjian. Hal itu berarti bahwa perjanjian harus ditafsirkan sedekat mungkin dengan maksud para pihak baik diukur dari kehendak para pihak maupun menurut penerimaan masyarakat yang paling memungkinkan untuk pelaksanaan perjanjian tersebut. Di sini pembuat undang-undang bersikap pragmatis dan karenanya tidak harus terikat secara ketat baik dengan penafsiran gramatikal maupun maksud para pihak.

Dalam kasus di atas, pengadilan tidak dapat dikatakan menerapkan pedoman yang terdapat dalam Pasal 1343 dan 1344 KUHPdata. Kedua pasal tersebut diterapkan jika kata-kata dalam perjanjian dapat diberikan berbagai macam penafsiran atau janji tersebut dapat diberikan beberapa pengertian. Dalam kasus ini

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ *Ibid.*, hlm 219.

pengadilan menafsirkan kata-kata yang sudah jelas maknanya dan tidak ada perbedaan pengertian atau tafsir.

Pasal 1345 KUHPerdara juga memberikan pedoman penafsiran perjanjian. Pasal ini menentukan bahwa perjanjian harus ditafsirkan sedemikian rupa, sehingga artinya paling selaras dengan sifat kontrak. Setiap jenis perjanjian memiliki ciri-ciri tersendiri. Oleh karena itu, sangat logis jika perjanjian tertentu ditafsirkan sesuai dengan ciri-ciri perjanjian itu. Semua hal tersebut dilakukan dengan memperhatikan kaitan janji yang satu dengan yang lain. Tanpa ketentuan ini pun orang akan melakukan cara kerja seperti itu, karena kata-kata atau suatu tanda baru kelihatan maksudnya kalau kata atau tanda itu dikaitkan dengan kata atau tanda yang lain, bahkan dengan keseluruhan isi perjanjian yang bersangkutan. Suatu kata yang berdiri sendiri dapat memiliki makna yang sangat berbeda dibanding jika ia merupakan bagian dari suatu rangkaian kata atau tanda.⁶⁸²

Penafsiran perjanjian juga harus dilakukan dengan memperhatikan kebiasaan setempat. Demikian pedoman yang diberikan oleh Pasal 1346 KUHPerdara. Dengan demikian, ukuran yang digunakan untuk menafsirkan suatu perjanjiannya, ukurannya tidak hanya didasarkan kepada orang menafsirkannya, tetapi juga pada pandangan masyarakat di mana perjanjian.

Para pihak dalam perjanjian di atas semua berasal dari masyarakat atau kalangan bisnis yang berasal dari kota besar, Jakarta tentu memahami benar bahwa arbitrase adalah penyelesaian sengketa di luar pengadilan.

Ketentuan-ketentuan mengenai pedoman penafsiran di atas, di dalam KUHPerdara Belanda (Baru) yang mulai berlaku pada 1 Januari 1992 tidak dimuat lagi. Sekarang dianut paham semua perjanjian harus ditafsirkan sesuai dengan iktikad baik.

⁶⁸² J. Satrio, *op.cit.*, hlm 289.

B. Penafsiran Kontrak Didasarkan pada Iktikad Baik

Dalam hukum kontrak, iktikad baik memiliki tiga fungsi. Iktikad baik dalam fungsinya yang pertama mengajarkan bahwa seluruh kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan iktikad baik. Fungsi kedua adalah fungsi menambah (*aanvullende werking van de goede trouw*). Fungsi ketiga adalah fungsi membatasi dan meniadakan (*beperkende en derogerende werking van de goede trouw*).⁶⁸³

Berlainan dengan fungsi iktikad baik di atas, dalam hukum kontrak Jerman, iktikad baik diyakini memiliki tiga fungsi dasar. Pertama, sebagai *legal basis on interstitial law-making by judiciary*. Kedua, sebagai *basis of legal defences in private law suites*. Ketiga, *it provides a statutory basis for relocating risk in private contract*.⁶⁸⁴ Namun, Siebert membedakan tiga fungsi iktikad baik berdasar Pasal 242 BGB seperti di Belanda. Pertama, fungsi mengubah. Kedua, fungsi membatasi. Ketiga, *Wegfall der Gesschaftsgrundlage*.⁶⁸⁵

Di Belgia juga biasanya dikatakan bahwa iktikad baik memiliki tiga fungsi, yakni fungsi interpretasi (*fonction interpretativa*), fungsi menambah (*fonction complotive*) dan fungsi membatasi (*fonction restrivtive, limitative, moderattice*). Kadang-kadang masih ditambahkan lagi dengan fungsi yang keempat, yang membolehkan pengadilan dalam situasi tertentu untuk mengubah isi kontrak, tetapi teori yang keempat ini umumnya tidak diterima pengadilan dan akademisi.⁶⁸⁶

Asas iktikad baik memegang peranan penting dalam penafsiran kontrak. Beberapa sistem hukum, seperti hukum kontrak Jerman memiliki ketentuan yang mewajibkan bahwa kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan iktikad baik. Pasal 157 BGB menyatakan bahwa semua kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan iktikad baik. Dalam beberapa sistem hukum lainnya, seperti hukum kontrak Belanda,

⁶⁸³ Lihat H.G. van der Werf, *op.cit.*, hlm 49. Lihat juga Arthur S. Hartkamp dan Marianne M.M. Tillem, *op.cit.*, hlm 48. Lihat juga Bea Verschraegen, "The Dutch Civil Code and Its Precedents (1990 – 1992)", dalam Stefan Grundmann and Martin Schauer, *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, hlm 112.

⁶⁸⁴ Wener F Ebke and Betitna M. Steinhauer, *op.cit.*, hlm 171.

⁶⁸⁵ Martijn Hesselink, *op.cit.*, "Good Faith", hlm 290 – 291.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

peranan iktikad baik dalam penafsiran kontrak dibangun oleh pengadilan.⁶⁸⁷ Jika kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan iktikad baik, maka setiap isi kontrak harus ditafsirkan secara *fair* atau patut.⁶⁸⁸

Pada waktu yang lalu dianut pendapat baik di kalangan sarjana maupun peraturan perundang-undangan bahwa penafsiran kontrak hanya diperlukan untuk sesuatu yang tidak jelas. Jika isi kontrak telah jelas, maka tidak ada atau tidak diperlukan penafsiran. Sehubungan dengan hal ini Pasal 1378 BW (lama) Belanda menentukan bahwa jika kata-kata suatu kontrak telah jelas, tidak diperkenankan untuk menyimpang daripadanya dengan jalan penafsiran (*indeen de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken*).⁶⁸⁹ Sekarang ini dianut paham bahwa dalam penafsiran kontrak tidak lagi dibedakan antara isi kontrak yang jelas dan yang tidak jelas, bahkan terhadap kata-kata yang tampak jelas, dapat dilakukan penafsiran dengan mengarahkannya kepada kehendak para pihak atau keadaan khusus yang relevan untuk menentukan makna yang mereka maksud.⁶⁹⁰

Selain ketentuan di atas, BW (lama) dan KUHPerdato Indonesia masih memberikan beberapa pedoman lagi dalam menafsirkan suatu kontrak. Misalnya Pasal 1379 BW (lama) Belanda⁶⁹¹ menentukan bahwa jika kata-kata suatu kontrak dapat diberikan berbagai macam penafsiran, harus dipilih penafsiran yang meneliti maksud keduaabelah pihak yang membuat kontrak itu daripada memegang teguh kata-kata tersebut secara literal (*letterlijk*). Dengan demikian, kontrak harus diberikan penafsiran yang paling sesuai dengan kehendak atau maksud para pihak, walaupun artinya harus menyimpang dari kata-kata dalam kontrak.

Pasal 1380 BW (lama) Belanda⁶⁹² menentukan bahwa jika suatu janji dapat diberikan dua macam pengertian, maka harus dipilih pengertian yang sedemikian

⁶⁸⁷ Martin Hesselink, *op.cit.*, "Good Faith", hlm 294.

⁶⁸⁸ John L. Diamont, et.al., "Good Faith", www.2ttc.ttu.edu/cohran/cases/20&reading.business/20tort/good_faith_fair_delaing.htm diakses 20 September 2002.

⁶⁸⁹ Sebangun dengan Pasal 1342 KUHPerdato Indonesia.

⁶⁹⁰ A. Joanne Kellermann, "Netherlands", *International Business Lawyer*, (October 1998), hlm 422.

⁶⁹¹ Sebangun dengan Pasal 1343 KUHPerdato Indonesia.

⁶⁹² Sebangun dengan Pasal 1344 KUHPerdato Indonesia.

rupa yang memungkinkan janji itu dilaksanakan. Ketentuan ini masih berkaitan dengan Pasal 1379 di atas yang masih mendasarkan penafsiran pada teori kehendak. Hanya di sini ada fokus perhatian diarahkan kepada penafsiran yang menafsirkan kontrak sedekat mungkin dengan maksud para pihak yang memungkinkan kontrak dapat dilaksanakan.

Pasal 1381 BW (lama) Belanda⁶⁹³ memberikan pedoman lain lagi. Menurut ketentuan ini, kontrak harus ditafsirkan sedemikian rupa, sehingga artinya paling selaras dengan sifat kontrak tersebut. Setiap jenis kontrak mempunyai ciri-ciri tersendiri. Oleh karena itu, sangat logis jika kontrak-kontrak tertentu ditafsirkan sesuai dengan ciri-ciri khas perjanjian itu. Kesemuanya itu dilakukan dengan memperhatikan kaitan janji satu dengan semua bagian perjanjian lainnya. Tanpa adanya ketentuan ini pun orang akan melakukan cara kerja seperti itu, karena kata-kata atau suatu tanda baru kelihatan maksudnya kalau ia dikaitkan dengan kata-kata atau tanda yang lain, bahkan dengan keseluruhan isi kontrak yang bersangkutan. Suatu kata yang berdiri sendiri dapat memiliki makna yang sangat berbeda dibanding jika ia merupakan bagian dari suatu rangkaian kata atau tanda.⁶⁹⁴

Penafsiran kontrak juga harus dilakukan dengan memperhatikan kebiasaan setempat. Demikian pedoman yang diberikan yang diberikan oleh Pasal 1382 BW (lama) Belanda.⁶⁹⁵ Dengan demikian ukuran yang digunakan untuk menafsirkan suatu kontrak, ukurannya tidak didasarkan hanya kepada orang yang menafsirkannya saja, tetapi juga pandangan masyarakat dari tempat kontrak itu dibuat.

Berlainan dengan BW (lama), BW (baru) Belanda tidak lagi memuat ketentuan-ketentuan penafsiran kontrak. Ketentuan-ketentuan penafsiran kontrak yang terdapat dalam BW (lama) tersebut telah dihilangkan karena sebagian dianggap tidak diperlukan dan sebagian lagi dianggap terlalu umum rumusannya, sehingga maknanya tidak tepat.⁶⁹⁶ Dengan demikian, penafsiran ini seluruhnya

⁶⁹³ Sebangun dengan Pasal 1345 KUHPerdara Indonesia.

⁶⁹⁴ Perhatikan J. Satrio, *op.cit.*, hlm 289.

⁶⁹⁵ Sebangun dengan Pasal 1346 KUHPerdara Indonesia.

⁶⁹⁶ Arthur S. Hartkamp dan Marianne M.M. Tillema, *op.cit.*, hlm 96.

diserahkan kepada dunia peradilan dan ilmu pengetahuan untuk mengembangkan ketentuan dan asas-asas dalam penafsiran kontrak.

Sebelum dihapuskannya ketentuan-ketentuan tersebut di atas, pengadilan di Belanda telah menerima penafsiran normatif. Hal ini terlihat dalam kasus *Rederij Koppe v. De Zwitserse (Rederij Koppe Arrest)*.⁶⁹⁷ Duduk perkara kasus tersebut sebagai berikut:

Rederij Koppe (penggugat) adalah pemilik dan pengusaha perusahaan Beurtvaart. Ia menggasuransikan tanggung jawab terhadap cacat fisik atau kematian penumpang kapal Koppe kepada perusahaan Asuransi De Zwitserse (tergugat); dalam keadaan yang masih kacau, yakni setelah berakhirnya perang dunia kedua, 6 Agustus 1945. Koppe bertanggungjawab atas kerugian yang diderita para penumpang kapalnya. Ia membayar kepada pihak yang berpekentingan hampir f. 16,000.00 (enambelas ribu Gulden). Rederij Koppe kemudian mengajukan klaim kepada De Zwitserse, tetapi perusahaan asuransi menolak klaim tersebut.

Di pengadilan di tingkat pertama (Rechtsbank Amsterdam), tergugat dipersalahkan. Ia kemudian naik banding dengan berpatokan pada Pasal 6 Polis Asuransi yang mengatur syarat-syarat perjanjian asuransi. Berdasarkan ketentuan ini, tertanggung akan kehilangan haknya untuk memperoleh ganti rugi, jika premi tidak dibayar dalam jangka waktu 14 hari setelah jatuh tempo. Premi tahun 1945 jatuh temponya pada 1 Januari 1945. Pada saat yang bersamaan terjadi musibah yang menimpa kapal rederij Koppe.

Walaupun telah berulang-ulang diberi peringatan tentang hal tersebut oleh firma makelar yang menjadi perantara ketika asuransi itu ditutup. Perusahaan asuransi De Zwitserse tidak berhasil menguatkan pernyataan tentang peringatan tersebut dengan bukti-bukti dan surat sebelum 6 Agustus 1945. Firma makelar hanya mengirim surat peringatan pertama yang dikirim pada Januari, tetapi tidak dapat dipastikan apakah Koppe menerima surat tersebut. Surat peringatan kedua dikirim pada 3 Agustus. Mengingat peredaran uang kurang lancar pada waktu itu,

⁶⁹⁷ J.M. Van Dunne, *Hukum Perjanjian – Bagian 2 b*, diterjemahkan oleh Lely Nirwan, Bahan Penataran Perbandingan Hukum Kontrak, Kerjasama Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana – Vrije Universiteit Amsterdam, Salatiga, 19 – 24 Juli 1993, hlm 98.

maka meskipun Koppe menerima surat itu, ia tidak mungkin melakukan pembayaran sebelum 6 Agustus.

Hoff mempertimbangkan arti Pasal 6 tentang Syarat-Syarat Asuransi, keterangan saksi-saksi, makelar-makelar, dan kalangan perasuransian memberikan Hoff dasar pertimbangan bahwa ketentuan-ketentuan semacam pasal 6 itu dalam praktik walaupun perumusannya tegas telah banyak kehilangan artinya. Dari semua keterangan saksi dapat disimpulkan bahwa ketentuan semacam pasal 6 yang ditutup dengan perantaraan makelar di Amsterdam dan Rotterdam, kalau tidak berupa huruf mati atau sekurang-kurangnya diperlakukan sangat lunak. Lebih banyak saksi mengatakan bahwa sepanjang ingatan mereka, tidak pernah ada penolakan semacam itu, karena premi tidak dipenuhi.

Terhadap keadaan seperti itu, Hoff berpendapat bahwa meskipun dapat berpatokan pada ketentuan-ketentuan di atas, iktikad baik mensyaratkan berpatokan pada ketentuan tersebut harus dibatasi terhadap hal-hal yang dipandang patut dengan memperhatikan keadaan tertentu. Setelah pertimbangan mendasar ini, Hoff memutuskan untuk mempertimbangkan semua keadaan yang ada kaitannya dengan hal tersebut sebagai berikut:

1. Asuransi sudah berjalan beberapa tahun diantara para pihak dan merupakan objek yang besar;
2. Selama itu tidak pernah nyata ada kelalaian dalam pembayaran premi oleh Koppe. Kelambatan pada tahun terakhir disebabkan keadaan yang luar biasa (peperangan);
3. Kesulitan-kesulitan antara kemerdekaan dan 6 Agustus adalah peningkatan luar biasa dari penumpang yang harus dilayani dengan alat angkut dan pegawai yang sangat terbatas yang mengakibatkan adanya hambatan di bagian pembukuan perusahaan;
4. Peringatan tidak ada atau hampir tidak ada seperti dijelaskan di atas;
5. Beberapa hari sebelum musibah, De Zwitserse menandatangani pernyataan dengan kalimat, “Risiko kami tidak berkurang dan jalan terus”.

Berdasar keadaan di atas, Hof menganggap patokan Pasal 6 Syarat- Syarat Asuransi tidak sesuai dengan iktikad baik:

“Meskipun pasal 6 secara tegas mencantumkan bahwa jika tertanggung lalai dalam jangka waktu empat belas hari setelah waktu premi wajib dibayar, ia kehilangan hak untuk menuntut ganti rugi. Penjelasan yang patut dan umum terdapat di polis-polis cabang asuransi ini, ketentuan tersebut harus diartikan dalam arti, setelah empat belas hari setelah waktu wajib dibayar tertanggung lalai membayar premi, tertanggung berhak menolak hak tertanggung jika hal itu dapat dianggap patut dengan memperhatikan semua keadaan”.

Dari fakta di atas, Hof telah menguji lima keadaan apakah penolakan dalam perkara ini dapat dianggap patut, ternyata dilanjutkan oleh Hoge Raad. Dengan demikian, penafsiran patut menurut pendirian Hoge Raad adalah menetapkan arti atau maksud isi perjanjian. Hal yang menentukan pada penetapan isi perjanjian adalah arti yang diberikan oleh praktik pada isi perjanjian itu, bukan maksud subjektif atau yang sebenarnya dari salah satu pihak.

Pada 13 Maret 1981, dalam perkara *Haviltex v. Ermes en Langerwerf*, HR 13 Maret 1981, NJ 1981, 635, Hoge Raad membuat suatu formulasi putusan penting dan secara mendasar menyatakan bahwa penafsiran kontrak dalam makna yang literal tidak menentukan, tetapi *could mutually reasonably to the stipulation in the present circumstances and which they could reasonably expect from each other to that matter, to which was added that in this respect it could important, to which social circles to the parties belong and which legal knowledge could be expected from such parties.*⁶⁹⁸ Duduk perkara kasus ini sendiri dapat diuraikan sebagai berikut.⁶⁹⁹

Pada Februari 1976, Ermes dan Langerwerf menjual mesin pemotong busa untuk tusuk bunga (*piepschuim*) seharga Nf 35,000 (tiga puluh lima ribu gulden). Dari jumlah tersebut, Nf 20,000 (dua puluh ribu gulden) akan dibayar tunai setelah penyerahan dan pemasangan mesin tersebut. Sisanya sebesar Nf 15,000 (lima belas ribu gulden) akan diselesaikan dalam bentuk perhitungan 10 % dari keuntungan

⁶⁹⁸ A. Joanne Kellerman, *loc.cit.*

⁶⁹⁹ Gr. van der Burght, *op.cit.*, hlm 91 – 93.

yang diperoleh mesin tersebut. Selain itu ditemukan beberapa persyaratan khusus yang disepakati para pihak:

“Sampai dengan akhir 1976, pembeli berhak mengembalikan mesin tersebut dengan harga Nf 20,000 (dua puluh ribu gulden), tidak termasuk pajak penjualan, yang dapat diangsur setiap bulan sebesar Nf 2,000 (dua ribu gulden). Pembayaran pertama dilakukan tiga puluh hari setelah pengembalian. Pihak pembeli berhak menuntut jaminan untuk pembayaran Nf 2,000 (dua ribu gulden)”.

Setelah mesin yang bersangkutan diserahkan dan dipasang di lokasi Haviltex, maka ia membayar kepada Ermes sebesar Nf 20,000 (dua puluh ribu gulden) ditambah pajak penjualan. Pada 16 Juni 1976, Haviltex menulis surat kepada Ermes bahwa ia akan mengembalikan mesin tersebut sesuai persyaratan yang telah dibuat diantara mereka, dan meminta pengembalian uang setiap bulannya sebesar Nf 2,000 (dua ribu gulden). Ermes dan Langerwerf ternyata tidak memberikan tanggapan terhadap surat tersebut maupun peringatan yang ditulis kemudian. Oleh karena itu, Haviltex menggugat Ermes dan Langerwerf untuk membayar sebesar Nf. 20,000 (dua puluh ribu gulden) ditambah pajak penjualan, dan biaya-biaya lainnya.

Ermes dan Langerwef dalam tangkisannya antara lain mengemukakan bahwa Haviltex telah bertindak berlawanan dengan asas iktikad baik dengan cara tanpa memberikan alasan pengembalian mesin tersebut. Bahkan di tingkat Pengadilan Tinggi, mereka merinci lebih lanjut dalil ini dengan menambahkan bahwa maksud dan tujuan para pihak untuk dapat mengakhiri perjanjian tersebut – tanpa kekuatan berlaku surut – dengan jalan membeli kembali mesin itu, jika ditemukan alasan-alasan yang relevan untuk mengakhiri perjanjian.

Pengadilan Tinggi menolak alasan tersebut. Kata-kata dalam perjanjian yang ada sudah cukup jelas dan penafsiran murni menurut tata bahasa tentang syarat-syarat khusus yang dituangkan dalam perjanjian tidak memberikan celah untuk mengatur lebih lanjut hubungan para pihak, terlebih lagi hal-hal yang berkaitan dengan hak untuk mengakhiri perjanjian.

Dengan demikian, menurut anggapan Pengadilan Tinggi, bahwa dengan mengandalkan maksud dan tujuan yang diasumsikan para pihak tidak dapat begitu saja mereka dapat menyimpang dari kata-kata dalam perjanjian yang mereka buat.

Hoge Raad menganggap bahwa Hof telah menerapkan tolok ukur yang tidak tepat. Bukanlah pertanyaan tentang bagaimana hubungan dan perimbangan para pihak dalam suatu perjanjian tertulis dan tentang apakah perjanjian tersebut memberikan celah yang harus dilengkapi, tidak dapat dijawab hanya semata-mata didasarkan pada penafsiran menurut tata bahasa ketentuan perjanjian tersebut?

Bukankah dalam memberikan jawaban pertanyaan ini yang menjadi pokok permasalahan adalah makna yang dalam situasi dan kondisi seperti ini sepatutnya diberikan kepada ketentuan-ketentuan tersebut secara timbal balik dan makna segala sesuatu yang mereka harapkan pihak yang satu terhadap pihak lainnya?

Dalam hal ini, strata sosial para pihak dalam suasana pergaulan masing-masing, maupun pengetahuan hukum yang dimiliki para pihak memainkan peran yang sangat penting. Pendapat yang demikian ini berkaitan dengan penjelasan memori kasasi yang menyatakan bahwa perjanjian jual beli tersebut disusun oleh bukan oleh ahli hukum, karena Ermes dan Langerwerf adalah pengusaha kecil mandiri dengan modal terbatas.

Di sini Hoge Raad secara mendasar menyatakan bahwa yang penting dalam penafsiran suatu ketentuan kontrak adalah arti yang diberikan bersama satu dengan lainnya para pihak dalam kontrak pada ketentuan yang secara rasional dan hal-hal yang dapat diharapkan karenanya secara rasional. Selain itu, ditambahkan pula hal-hal lain yang relevan dengan kontrak itu, yakni para pihak termasuk golongan masyarakat mana dan pengetahuan hukum apa yang dapat diharapkan dari pihak yang demikian itu. Formula yang demikian itu disebut formula “Haviltex”. Formula ini telah dijalankan berulang-ulang dan pengadilan bawahan telah pula mengikuti standar Hoge Raad tersebut, dan umumnya diterima sebagai ketentuan yang mengikat. Dengan demikian, rasionalitas dan kepatutan memegang peranan penting dalam penafsiran kontrak. Formula Haviltex di atas tidak hilang arti pentingnya atau peranannya sehubungan dengan adanya BW (Baru), karena BW

(Baru) sendiri mengartikan iktikad baik, khususnya iktikad baik pelaksanaan kontrak sebagai *redelijkheid en billijkheid*.

Ada beberapa prinsip umum penafsiran kontrak yang diterima pengadilan di Belanda sebagai berikut:⁷⁰⁰

- 1) Maksud para pihak yang harus diuji daripada sekedar menafsirkan makna literal kata-kata dalam kontrak;
- 2) Ketentuan-ketentuan kontrak harus dipahami dalam makna *in which it would have any effect rather than in a sense in which it would have no effect*;
- 3) Kata-kata kontrak harus diperlakukan sesuai dengan sifat kontrak;⁷⁰¹
- 4) Jika menafsirkan suatu kontrak harus mengingat aspek, regional, lokal, profesional, dan kebiasaan;
- 5) *In case of uncertainties (general) conditions drawn up by a professional party are in principle construed in favor of other party, especially when the other party is a consumer*;
- 6) Persyaratan-persyaratan umum yang tertulis atau ketikan tambahan yang dicetak mengalahkan persyaratan yang dicetak; dan
- 7) Suatu argumen *a contrario* harus digunakan dengan penuh hati-hati.

Penyebutan prinsip-prinsip tersebut di atas tidak berarti bahwa daftar tersebut sebagai daftar prinsip penafsiran yang lengkap. Prinsip-prinsip tersebut memberikan beberapa pedoman umum penafsiran kontrak. Beberapa prinsip-prinsip tersebut di atas sebenarnya diambil dari ketentuan penafsiran dalam BW (lama).

⁷⁰⁰ Arthur S. Hartkamp dan Marinne M.M. Tillema, *op.cit.*, hlm 97.

⁷⁰¹ Sifat kontrak yang pada tempat pertama didefinisikan sesuai jenis kontrak yang dimilikinya, misalnya suatu kontrak jual beli memiliki sifat yang berbeda dengan kontrak kerja.