

## **BAB I**

### **PENDAHULUAN**

#### **1.1. Latar Belakang Permasalahan**

Bisnis merupakan aktivitas yang tidak dapat dilepaskan dari kehidupan masyarakat modern, karena setiap orang selalu berupaya untuk memenuhi kebutuhan hidupnya, baik primer, sekunder maupun kebutuhan tertier. Semakin kompleks kebutuhan hidup seseorang, maka semakin meningkat pula kegiatan bisnis yang dijalankannya. Pemenuhan kebutuhan itu hanya dapat dilakukan dengan berusaha atau berbisnis.

Pada era perdagangan bebas seperti sekarang ini, kegiatan bisnis tidak hanya dilakukan dalam satu negara, melainkan sudah bersifat antar negara (transional), dan bahkan sudah menjangkau seluruh penjuru dunia. Kegiatan bisnis sudah memiliki ruang lingkup yang sangat luas, menjangkau ruang dan waktu tanpa mengenal batas. Di mana terdapat komunitas manusia, hampir dapat dipastikan terdapat aktivitas bisnis. Jarak dan waktu bukanlah merupakan penghalang lagi bagi kegiatan bisnis saat ini. Dengan semakin meningkatnya kegiatan bisnis, maka transaksi bisnis juga telah berkembang pesat. Bahkan transaksi bisnis konvensional sudah mulai ditinggalkan berganti dengan transaksi bisnis modern sesuai dengan kebutuhan masyarakat bisnis modern itu sendiri.

Di Indonesia sendiri khususnya, kegiatan bisnis sudah berkembang sedemikian rupa, sudah banyak pelaku-pelaku bisnis di Indonesia yang

berorientasi pada bisnis modern. Dalam rangka menjamin kepastian hukum dan keadilan, serta kemanfaatan aktifitas bisnis, maka kegiatan bisnis ini diikuti dengan bentuk-bentuk perjanjian atau kontrak-kontrak bisnis yang beragam pula. Namun perkembangan dunia bisnis yang demikian pesat ini tidak jarang diikuti dengan perilaku-perilaku negatif dari pelaku bisnis itu sendiri. Tujuan akhir dari pelaku bisnis adalah untuk memperoleh keuntungan yang sebesar-besarnya bagi dirinya. Sementara itu, perilaku-perilaku pebisnis yang demikian tidak diikuti dengan peraturan yang diperlukan. Sebenarnya jika perilaku-perilaku bisnis tersebut positif, tentunya dapat dijadikan rujukan kawan bisnis lainnya. Namun perilaku-perilaku bisnis banyak yang merugikan pelaku bisnis lainnya, seperti perilaku pebisnis yang saling menjatuhkan satu sama lain, hal ini tentunya tidak patut dijadikan rujukan bisnis.

Salah satu contoh praktek monopoli dengan system kartel yang menguasai sektor ekonomi dari hulu sampai hilir, baik yang diperoleh melalui upaya sendiri maupun dengan berkolusi dengan penguasa yang memiliki kewenangan membuat kebijakan di bidang ekonomi. Perilaku curang, monopoli, dan perilaku lain semacamnya ini seharusnya tidak boleh terjadi dalam dunia bisnis di Indonesia. Sebab Indonesia sendiri telah mendeklarasikan prinsip demokrasi ekonomi dalam konstitusi, sebagaimana tercantum di dalam ketentuan Pasal 33 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945, yang dirumuskan: “Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan”.

Prinsip demokrasi ekonomi menginginkan semua masyarakat memiliki kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam bidang ekonomi, tidak dibenarkan adanya penguasaan sektor ekonomi oleh satu orang atau kelompok maupun golongan saja. Penguasaan sektor ekonomi oleh kelompok dan golongan tertentu justru akan melahirkan ketidakadilan yang tidak sesuai dengan prinsip demokrasi ekonomi yang diinginkan oleh pendiri negara ini.

Akibat persaingan curang dan monopoli, tidak jarang menyebabkan pelaku bisnis yang kalah mengalami gulung tikar, sedangkan yang memenangkan persaingan tidak sehat menjadi semakin berkembang. Praktek-praktek persaingan curang yang saling menjatuhkan demikian tentunya tidak adil dan sangat merugikan pihak yang lainnya. Penguasaan sektor ekonomi dengan model monopoli dan persaingan curang akan menyebabkan lahirnya superioritas pelaku ekonomi. Pelaku bisnis yang menguasai sektor pasar tertentu akan dengan leluasa menentukan harga, dan juga mengendalikan secara sepihak alur distribusi barang dan jasa yang diinginkan masyarakat. Bahkan pelaku bisnis yang hanya memikirkan keuntungan pribadi tidak jarang memaksa masyarakat untuk mengikuti keinginannya, yang tentunya sangat merugikan.

Untuk meminimalisir terjadinya persaingan bisnis yang tidak sehat ini, peran perjanjian bisnis atau kontrak bisnis semakin penting, mengingat dalam perjanjian atau kontrak bisnis masing-masing pihak melakukan kesepakatan-kesepakatan bersama terkait hak dan kewajiban, serta larangan-larangan dan pembolean-pembolean yang harus ditaati. Perjanjian atau kontrak bisnis ini memuat

kepentingan-kepentingan para pihak yang telah disepakati bersama. Kesepakatan-kesepakatan inilah yang nantinya akan menjadi pedoman dalam berbisnis pelaku ekonomi.

Untuk menjamin kepastian hukum, pertukaran kepentingan para pihak, dalam dunia bisnis senantiasa harus dituangkan dalam bentuk perjanjian atau kontrak bisnis yang mengikat. Mengingat setiap langkah bisnis adalah langkah hukum yang tentunya memiliki akibat hukum bagi para pihak. Oleh karena itu, maka dalam kontrak bisnis diharapkan dapat mencerminkan keseimbangan kedudukan, hak dan kewajiban para pihak. Kontrak bisnis diharapkan dapat saling menjaga kepentingan para pihak yang mengadakannya.

Dalam kontrak bisnis pada dasarnya dibedakan ke dalam 2 (dua) jenis kontrak bisnis, yaitu kontrak komersial (*commercial contract*) dan kontrak konsumen (*consumer contract*). Dalam kontrak komersial (*commercial contract*), para pihak cenderung dalam posisi yang sama dalam memperjuangkan hak dan kewajibannya. Sebagaimana dikatakan Ridwan Khairandy, bahwa: “Dimensi kontrak komersial lebih menekankan pada aspek penghargaan terhadap kemitraan dan kelangsungan bisnis (*efficiency and profit oriented*)”.<sup>1</sup>

Mendasarkan pada pendapat di atas, dimensi kontrak komersial (*comercial contract*) menekankan pada keseimbangan hak dan kewajiban diantara pelaku-pelaku bisnis. Keseimbangan hak dan kewajiban dalam kontrak komersial

---

<sup>1</sup> Ridwan Khairandy, 2013, *Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan (Bagian Pertama)*, FH UII Press, Yogyakarta, h.3.

(*comercial contract*) dapat dilihat dengan diterimanya prinsip-prinsip atau asas-asas perjanjian yang bersifat universal, seperti itikad baik dan transaksi yang adil dan jujur (*good faith and fair dealing, reasonableness and equity; redelijkheid en billijkheid*, kepatutan dan keadilan), yang dalam praktik bisnis, membuktikan bahwa yang diutamakan adalah adanya jaminan bahwa perbedaan kepentingan di antara para pihak diatur melalui mekanisme pembagian beban kewajiban berdasarkan asas proporsional, dari para pihak dalam kontrak.

Pada umumnya kontrak komersial (*comercial contract*) berawal dari adanya perbedaan atau ketidak samaan kepentingan para pihak yang akan melakukan kontrak bisnis. Perjanjian berfungsi untuk menjamin kepastian hukum hak dan kewajiban diantara para pihak yang mengadakan kontrak. Demikian juga dalam kontrak komersial (*comercial contract*), sebelum terjadi transaksi bisnis, pada umumnya para pihak terlebih dulu membuat kesepakatan-kesepakatan tentang apa yang menjadi hak bagi salah satu pihak dan apa yang menjadi kewajiban bagi pihak lainnya secara timbal balik. Perjanjian demikian bertujuan untuk melindungi kepentingan masing-masing pihak secara adil dan seimbang.

Dalam kontrak komersial (*comercial contract*) pada umumnya, sebelum terjadi kesepakatan antara para pihak yang dituangkan dalam sebuah naskah kontrak, selalu diawali dengan proses negosiasi (pra kontrak) diantara para pihak. Melalui proses negosiasi ini, para pihak berupaya menciptakan bentuk-bentuk kesepakatan untuk saling mempertemukan sesuatu yang diinginkan (kepentingan)

melalui proses tawar menawar.<sup>2</sup> Jika para pihak sepakat tentang apa yang menjadi hak dan kewajiban masing-masing, maka kesepakatan tersebut dituangkan dalam sebuah naskah kontraktual. Sebaliknya jika para tidak sepakat tentang isi perjanjian, maka perjanjian tidak dapat diwujudkan.

Berlakunya berbagai produk peraturan perundang-undangan di bidang bisnis di Indonesia, seperti Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, yang selanjutnya disebut Undang-Undang Perlindungan Konsumen, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat, yang selanjutnya disebut Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, tidak saja telah memberikan harapan baru bagi masyarakat bisnis khususnya, maupun masyarakat konsumen di Indonesia. Lahirnya berbagai undang-undang tersebut juga merupakan respon positif bagi pemerintah untuk mengendalikan perilaku bisnis di Indonesia.

Undang-undang tersebut telah menetapkan rambu-rambu hukum yang bertujuan untuk menyeimbangkan hak dan kewajiban para pihak yang terlibat dalam kegiatan bisnis. Demikian juga Undang-Undang Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, diharapkan dapat menjadi instrumen hukum yang diharapkan mampu mencegah monopoli dan praktek persaingan usaha tidak sehat. Namun dalam perkembangannya undang-undang ini dianggap

---

<sup>2</sup>Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Laksbang Mediatama, Yogyakarta, 2008. h..1

kurang mampu mencapai tujuannya, yaitu dalam mengendalikan dan mencegah sisi negatif kegiatan bisnis di Indonesia.

Kelemahan mendasar adalah ketidak mampuannya dalam memandu transaksi bisnis di Indonesia yang berkeadilan dan bermanfaat bagi masyarakat. Undang-undang ini juga belum mampu berikan perlindungan kepada konsumen produk baik barang maupun jasa yang dihasilkan oleh produsen atau pelaku bisnis di Indonesia. Tidak sedikit pelakun bisnis dan juga masyarakat menjadi korban perilaku bisnis yang curang dan beritikad tidak baik, dan hanya memikirkan keuntungan pribadinya.

Kelemahan-kelemahan lain terlihat pada ketimpangan undang-undang ini antara substansi yang banyak memuat aspek ekonomi dengan hukum acara yang digunakan untuk menyelesaikan perkara-perkara kontrak bisnis, seperti perkara persaingan curang, monopoli dan lain sebagainya. Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, sarat dengan muatan hukum ekonomi, namun peradilan sebagai lembaga yang menjalankan fungsi kekuasaan kehakiman kurang responsif terhadap perkara-perkara bisnis, dan hakim-hakim yang mengadili sengketa bisnis dirasakan juga belum cukup mampu memberikan rasa keadilan dan kepastian hukum bagi semua pihak.

Lebih jauh lagi putusan-putusan hakim dalam perkara-perkara bisnis juga belum sepenuhnya mampu memberikan keseimbangan dan kemanfaatan bagi semua pihak. Namun dalam praktek penegakan hukum, hakim yang seharusnya mampu memahami asas-asas hukum bisnis dan asas-asas hukum umum sekaligus

dalam menciptakan keseimbangan melalui perjanjian para pihak, secara faktual belum dapat diwujudkan secara maksimal.

Sehubungan dengan kelemahan-kelemahan yang ada tersebut, kalangan pebisnis pada umumnya memandang bahwa undang-undang ini cukup mendesak untuk dilakukan perubahan guna menyesuaikan perkembangan yang ada saat ini. Pemerintah sebagai pihak regulator, diharapkan segera menginisiasi untuk mengambil langkah-langkah konkrit untuk melakukan perubahan undang-undang ini, karena sudah dianggap tidak relevan lagi dengan perkembangan dunia bisnis di Indonesia. Undang-undang ini dianggap telah gagal menciptakan iklim persaingan usaha di Indonesia, terutama dalam memberikan keseimbangan kepentingan para pihak.

Keinginan dilakukannya perubahan terhadap produk perundang-undangan di bidang bisnis juga dipengaruhi oleh perkembangan ekonomi, serta kemajuan ilmu pengetahuan, teknologi dan informasi sudah berkembang begitu pesat. Di samping itu, meningkatnya tuntutan masyarakat akan layanan yang cepat, kepastian hukum, serta tuntutan akan pengembangan dunia usaha yang sesuai dengan prinsip pengelolaan perusahaan yang baik (*good corporate governance*) menuntut penyempurnaan peraturan perundang-undangan yang mampu menjamin dan menciptakan iklim usaha yang kondusif, tidak hanya bagi stabilitas ekonomi, tetapi juga kepastian hak dan kewajiban bagi para pelaku bisnis dalam kerangka kontrak-kontrak bisnis yang diselenggarakan.



Sebagaimana disinggung di muka, bahwa transaksi bisnis tidak dapat dilepaskan dari kontrak bisnis. Dalam kontrak bisnis dituntut adanya jaminan kepastian hukum, keseimbangan hak dan kewajiban bagi para pihak dalam berbisnis. Hal ini tentunya menjadi harapan bagi semua pihak, baik pelaku bisnis, masyarakat, maupun pemerintah. Dengan jaminan keseimbangan hak dan kewajiban dalam berkontrak, para pebisnis diharapkan dapat menjalankan kegiatan bisnisnya dengan tenang dalam ikut serta membangun perekonomian nasional. Namun demikian fakta menunjukkan lain, sebab tidak sedikit kontrak bisnis yang sudah disepakati bersama dari awal (pra kontrak) dan sudah memenuhi asas keseimbangan, namun kemudian di belakang hari, ketika usaha sudah semakin maju, para pihak tidak mampu lagi menjaga keseimbangan hak dan kewajiban para pihak, dan justru semakin timpang.

Kontrak-kontrak bisnis sebenarnya diharapkan dapat menjembatani aktivitas bisnis yang menghubungkan hak dan kewajiban dari masing-masing pelaku bisnis sebagai upaya menciptakan keseimbangan hak dan kewajiban, serta kepastian hukum dalam berbisnis. Dengan demikian, kontrak-kontrak bisnis diharapkan dapat menimbulkan hak dan kewajiban secara seimbang bagi para pihak yang membuat kontrak tersebut, karena itu kontrak yang mereka buat adalah sumber hukum formal, asal kontrak tersebut adalah kontrak yang sah.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup>Abdul R. Saliman, 2005, *Hukum Bisnis untuk Perusahaan "Teori dan Contoh Kasus"*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, h.45.

Aspek hukum ini penting, karena rasa adil dan pasti secara hukum dapat memotivasi dan menentukan arah yang jelas dalam dalam pengembangan bisnis pelaku usaha, bahkan dapat dikatakan bahwa keberlangsungan kegiatan usaha sangat ditentukan oleh hukum. Tidak sedikit pelaku bisnis yang mengalami hambatan dalam mengembangkan bisnisnya, karena tidak ada norma hukumnya maupun peraturan yang tidak/kurang sesuai. Hal ini terlihat bahwa dalam pengembangan suatu usaha memiliki hubungan satu sama lain, terbukti bahwa kedua faktor tersebut saling berkaitan, dan karena itu perlu dilakukan pengaturan. Pada saat ini dapat dikatakan tidak ada lagi kegiatan ekonomi yang tidak berkaitan dengan hukum. Sebaliknya tidak ada kegiatan hukum yang tidak terkait dengan aspek ekonomi.

Sehubungan dengan itu, pemahaman kedua bidang ilmu itu tentunya harus dianggap menjadi kebutuhan bersama. Dengan kata lain, seseorang yang mempelajari hukum seharusnya mempelajari ekonomi juga, demikian juga sebaliknya. Hubungan hukum berkaitan erat dengan bidang ekonomi, dengan mengingat lajunya pergeseran perkembangan jaman yang mengikuti perubahan-perubahan masyarakat bisnis. Oleh karena itu, hubungan hukum dan ekonomi semakin erat dan menunjukkan, bahwa keberhasilan pembangunan ekonomi dapat mempengaruhi dalam pembaharuan hukum. Secara konkret pertumbuhan pembangunan ekonomi dalam suatu negara sangat mempengaruhi kemakmuran dan keberhasilan dalam upaya memberikan kehidupan yang layak bagi bangsanya,

Di samping kontrak bisnis (*comercial contract*), dalam kegiatan bisnis juga dikenal kontrak konsumen (*consumers contract*). Kontrak konsumen (*consumers contract*) juga merupakan bagian dari kontrak bisnis, namun dalam kontrak konsumen (*consumers contract*) ini berbeda dengan kontrak komersial (*commercial contract*). Dalam kontrak konsumen (*consumers contract*) nampaknya pihak yang berkedudukan ekonomi lebih kuat sering memanfaatkan asas kebebasan berkontrak dan syarat-syarat sahnya suatu perjanjian. Secara normatif, dalam sebuah perjanjian termasuk dalam kontrak bisnis, kebebasan para pihak tidak dapat dimaknai sebagai kehendak sepihak, akan tetapi lebih merupakan kehendak dua belah pihak atau berbagai pihak. Kehendak para pihak di dalamnya tidak boleh ada unsur penipuan, kekhilafan, paksaan bahkan penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandig heiden*).

Pelanggaran-pelanggaran asas-asas perjanjian dalam kontrak konsumen (*consumers contract*), misalnya pihak kreditur atau yang berposisi superior sering menetapkan klausul-klausul sepihak tanpa melalui kesepakatan lebih dulu dengan konsumen. Secara yuridis normative sebenarnya hal ini tidak dapat dibenarkan, namun tetap saja pelanggaran-pelanggaran asas perjanjian ini terjadi. Sebagaimana dikatakan Mariam Darus Badruzaman: “Dalam kenyataannya dalam kontrak-kontrak konsumen (*consumers contract*) yang dibuat bertentangan dengan

nilai-nilai tersebut tetap saja dipandang sebagai perjanjian yang memiliki kekuatan mengikat (*das sein*)”.<sup>4</sup>

Dalam kontrak konsumen (*consumers contract*) kedudukan kreditor pada umumnya lebih superior, menyebabkan kepentingan konsumen sering tidak terlindungi. Posisi tawar debitur yang sangat lemah ini sering dimanfaatkan oleh kreditor untuk menetapkan klausul-klausul yang menguntungkan dirinya. Sementara itu, konsumen pada umumnya hanya menerima persyaratan-persyaratan yang ditentukan secara sepihak oleh kreditor. Berbeda halnya dengan kontrak komersial (*commercial contract*), kedudukan para pihak pada umumnya cenderung memiliki kesetaraan, sehingga kepentingan para pihak dijaga melalui kesepakatan-kesepakatan bersama yang dituangkan dalam perjanjian.

Kekuatan mengikat sebuah perjanjian tidak terlepas dari peranan ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUHPdt., yang menyatakan bahwa: “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Dengan demikian perjanjian-perjanjian atau kontrak-kontrak konsumen (*consumers contract*), meskipun banyak pelanggaran asas-asas perjanjian, namun karena konsumen menyetujui klausul-klausul yang telah ditetapkan sepihak oleh kreditor, maka atas dasar kekuatan Pasal 1338 ayat (1) KUHPdt. tersebut, maka tetap saja mengikat dan harus dipatuhi. Sebab perjanjian yang sudah disetujui mempunyai kekuatan mengikat seperti undang-undang bagi para pihak. Dengan kata lain,

---

<sup>4</sup>Mariam Darus Badruzaman dkk., *Kompilasi Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, h.88.

memiliki kekuatan mengikat kedua belah pihak secara hukum sebagaimana layaknya undang-undang. Dengan demikian jika terjadi sengketa, maka dasar hukum yang digunakan untuk penyelesaiannya adalah perjanjian yang dibuat oleh para pihak tersebut.

Sehubungan dengan itu, dengan mengingat pentingnya kontrak konsumen (*consumers contract*) sebagai bagian dari kontrak bisnis yang berperan dalam menciptakan iklim pembangunan bidang ekonomi, sudah seharusnya pemerintah memberikan perhatian yang sungguh-sungguh dengan menerbitkan peraturan-peraturan hukum yang lebih baik yang berkaitan dengan kegiatan bisnis tersebut. Peraturan-peraturan yang dibuat dalam bidang hukum bisnis, serta kebijakan pemerintah tidak boleh mendistorsi pasar secara negatif, terutama yang dapat mengakibatkan berbagai praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, dan juga terjadinya ketidak seimbangan hak dan kewajiban para pihak.

Perumusan norma-norma dalam ketentuan-ketentuan hukum bisnis hendaklah benar-benar memperhatikan keseimbangan kepentingan, baik keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan masyarakat/ umum, kepentingan antar para pelaku usaha, serta keseimbangan antara kepentingan privat dan publik.<sup>5</sup>

Hal ini perlu dikaji lebih mendalam, sebab dalam kenyataan tidak jarang terdapat ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam undang-undang tidak sesuai

---

<sup>5</sup>Sudikno Mertokusumo, *Menguak Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, 2003, h. 119-120.

dengan kebutuhan dalam masyarakat, atau bahkan hal-hal yang seharusnya diatur dalam ketentuan tersebut justru tidak dimasukkan dalam sebuah undang-undang dimaksud. Kondisi yang demikian ini menyebabkan para pihak saling memanfaatkan peluang hukum yang demikian, dan pada akhirnya dapat merugikan salah satu pihak dalam hubungan bisnis. Hal ini tentunya tidak boleh terjadi, agar iklim usaha dapat berjalan secara sehat.

Terjadinya ketidak seimbangan dalam pembentukan kontrak konsumen (*consumers contract*) dapat ditimbulkan oleh bermacam-macam alasan, namun ketidak seimbangan ini pada umumnya disebabkan oleh perkembangan bidang ekonomi yang begitu cepat, namun terlambat diantisipasi oleh pembuat undang-undang. Di samping itu, dapat pula terjadi karena ketidak mampuan pembuat undang-undang dalam menangkap nilai-nilai hukum yang berkembang sesuai dengan kebutuhan masyarakat.

Secara ilustratif dapat dicontohkan dalam Undang-Undang Perlindungan Konsumen, yang tampak lebih tegas dalam merumuskan norma-norma perlindungan hukum kepada konsumen. Undang-Undang Perlindungan Konsumen dengan tegas mengatur cara-cara membatasi sekaligus menyeimbangkan posisi tawar para pihak. Hal ini tercermin dalam ketentuan Pasal 18 Undang-Undang Perlindungan Konsumen. Substansi pasal tersebut melarang pencantuman klausula baku yang tidak boleh digunakan dalam kontrak-kontrak bisnis, dengan tujuan agar perbuatan produsen (pelaku usaha) tidak merugikan konsumen. Namun dalam praktek pelanggaran-pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 18 Undang-Undang

Perlindungan Konsumen tersebut terus terjadi, tanpa ada penegakan hukum yang berarti dari pemerintah sebagai pemegang regulasi.

Secara filosofis, pencantuman rumusan Pasal 18 ini dilatarbelakangi kenyataan bahwa asas kebebasan berkontrak menyebabkan produsen berlaku tidak jujur, dengan memanfaatkan kelemahan posisi konsumen, sehingga ketidakseimbangan kepentingan para pihak ini dilindungi melalui pencantuman norma larangan dalam Undang-Undang Perlindungan Konsumen. Dengan demikian, daya kerja asas keseimbangan dalam Undang-undang Perlindungan Konsumen, mempunyai makna imperatif yang memaksa salah satu pihak (pelaku usaha) untuk tunduk dengan tujuan akan dicapai keseimbangan hak dan kewajiban para pihak.

Mengenai hal ini dapat dilihat dari substansi Pasal 62 Undang-Undang Perlindungan Konsumen, yang dalam ayat (1) yang menyatakan bahwa: “Pelaku usaha yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8, Pasal 9, Pasal 10, Pasal 13 Ayat (2), Pasal 15, Pasal 17 Ayat (1) huruf a, huruf b, huruf c, huruf e, Ayat (2), dan Pasal 18 dipidana dengan pidana denda paling banyak Rp 2.000.000.000,00 (dua miliar rupiah). Substansi pengaturan pasal tersebut sejalan dengan pemikiran bahwa dalam kontrak yang bersifat timbal balik, posisi para pihak (hak kehendak) diupayakan seimbang dalam menentukan hak dan kewajibannya. Oleh karena itu, apabila terdapat posisi yang tidak seimbang di antara para pihak, maka hal ini harus ditolak karena akan berpengaruh terhadap substansi maupun maksud dan tujuan dibuatnya kontrak itu.

Interpretasi terhadap penggunaan istilah keseimbangan terhadap kandungan substansi aturan tersebut, ialah:

1. lebih mengarah pada keseimbangan posisi para pihak, artinya dalam hubungan kontraktual tersebut posisi para pihak diberi muatan keseimbangan
2. kesamaan pembagian hak dan kewajiban dalam hubungan kontraktual seolah olah tanpa memperhatikan proses yang berlangsung dalam penentuan hasil akhir pembagian tersebut.
3. keseimbangan seolah sekedar merupakan hasil akhir dari sebuah proses. Intervensi negara merupakan instrumen pemaksa dan mengikat agar terwujud keseimbangan posisi para pihak.
4. pada dasarnya keseimbangan posisi para pihak hanya dapat dicapai pada syarat dan kondisi yang sama.<sup>6</sup>

Prinsip proporsionalitas di dalam perjanjian bisnis dapat diartikan dengan keseimbangan dalam segala hal, akan tetapi di dalam suatu kontrak/perjanjian harus ada keadilan yang lebih termanifestasi apabila pertukaran kepentingan para pihak terdistribusi sesuai dengan hak dan kewajibannya secara proporsional. Prinsip proporsionalitas harus ditekankan lagi keberadaannya, agar para pihak dalam perjanjian dapat mengetahui apa yang menjadi hak dan kewajibannya, sehingga dapat meminimalisir terjadinya resiko wanprestasi, dan tidak ada pihak yang merasa direndahkan dalam suatu perjanjian.

Peter Mahmud Marzuki menyebutkan, bahwa asas keseimbangan disebut juga dengan istilah “*equilibrium contract*” dengan unsur *justice* serta *fairness*. Makna “*equalibility*” menunjukkan suatu hubungan yang setara (kesetaraan) tidak berat sebelah dan fair. Artinya hubungan kontraktual tersebut pada dasarnya berlangsung secara seimbang dan wajar. Dengan merujuk pada asas *aequitas*

---

<sup>6</sup>*Ibid*.h.83



*praestationis*, yaitu asas yang menghendaki jaminan keseimbangan dan ajaran *justum pretium*, yaitu kepatasan menurut hukum, tidak dapat disangkal bahwa kesamaan para pihak dalam kontrak bisnis tidak pernah ada. Sebaliknya, para pihak ketika menjadi pihak dalam kontrak menyadari bahwa dirinya berada dalam keadaan yang tidak sama posisinya. Akan tetapi ketidaksamaan posisi tersebut seharusnya tidak dimanfaatkan oleh pihak yang memiliki kedudukan superior secara ekonomi untuk memaksakan kehendaknya secara tidak memadai kepada pihak lain sebagai kawan kontrak.

Dalam situasi semacam inilah asas keseimbangan bermakna *equitability*, yaitu asas yang menghendaki terwujudnya keadilan yang dapat menciptakan stabilitas sosial yang akan menunjang kegiatan bisnis. Di samping itu, asas ini juga mengandung pengertian bahwa, sejauh prinsip keadilan dijalankan, maka lahirlah wajah bisnis yang lebih baik dan etis. Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum yang paling banyak dibicarakan sepanjang perjalanan sejarah filsafat hukum. Tujuan hukum bukan hanya keadilan, tetapi juga kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Apapun perbuatan manusia, dapat disorot dari filosofinya yang bisa diambil tujuan hukumnya, yaitu keadilannya, kepastiannya dan kemanfaatannya.

Bertolak dari pemikiran tersebut perlu pula diperhatikan penggunaan asas keseimbangan yang harus dibedakan pengertiannya dengan asas proporsionalitas, yang seringkali menumbuhkan benih silang sengketa dalam bisnis dan juga dalam penegakan hukum, terutama dalam kaitannya dengan keseimbangan hak dan

kewajiban dalam berkontrak. Hal ini mengandung arti, bahwa apabila terjadi sengketa, maka hakim sebagai pengadil perkara tidak hanya semata mendasarkan pada ketentuan peraturan perundang-undangan, namun lebih dari itu, dalam upayanya memberikan keadilan dan kepastian hukum, hakim dituntut untuk dapat menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat (hukum tidak tertulis).

Sehubungan dengan itu, walaupun peraturan perundang-undangan tidak mengatur perihal yang disengketakan oleh para pihak, hakim tidak boleh menolak untuk mengadili perkara dengan alasan tidak atau belum diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan. Dalam hal ini hakim wajib menggali dengan mendasarkan pada nilai-nilai hukum yang diakui dan hidup dalam masyarakat. Begitu pula dalam hal ketentuan peraturan perundang-undangan dinilai tidak sesuai atau merugikan kepentingan masyarakat/umum, maka hakim dapat mengesampingkan ketentuan tersebut dengan dasar demi menegakkan hukum dan keadilan.

Dalam penyelesaian sengketa bisnis yang bermula dari adanya pelanggaran asas keseimbangan dalam kontrak sering dikaburkan dengan asas proporsionalitas. Upaya mencari makna asas proporsionalitas merupakan proses yang tidak mudah, bahkan sering kali tumpang tindih dalam pemahamannya dengan asas keseimbangan. Pada dasarnya asas keseimbangan dan asas proporsionalitas tidak dapat dipisahkan keberadaannya dalam hukum kontrak. Namun demikian, sesulit apapun pemahaman perbedaan tersebut masih dapat ditarik benang merah melalui pemahaman yang lebih komprehensif untuk membedakan antara keduanya.

Asas proporsionalitas perlu dikemukakan di samping asas keseimbangan dalam kontrak. Untuk membedakan keduanya pertama-tama dapat ditelusuri dari makna leksikal di antara kedua istilah tersebut, yaitu makna keseimbangan dan proporsional. Dalam beberapa kamus terhadap dua istilah tersebut ada yang membedakan arti, namun juga ada yang menyamakannya.

Pengertian asas keseimbangan lebih abstrak pemahamannya jika dibandingkan dengan asas proporsionalitas. Untuk memudahkan pemahaman antara kedua asas tersebut dapat ditelusuri melalui pendapat para sarjana, karakteristik maupun daya kerjanya.<sup>7</sup> Asas keseimbangan terkait dengan posisi para pihak peserta kontrak, sedangkan asas proporsionalitas berkaitan dengan ketidakseimbangan isi kontrak yang diadakan oleh para pihak. Kondisi demikian dapat menimbulkan gangguan dalam bisnis, sehingga diperlukan intervensi pemerintah yang memiliki otoritas/kewenangan. Bertolak dari pemikiran tersebut, maka pemahaman terhadap daya kerja asas keseimbangan yang menekankan keseimbangan posisi para pihak yang berkontrak terasa dominan dalam kaitannya dengan kontrak konsumen (*consumers contract*). Hal ini didasari oleh pemikiran, bahwa dalam perspektif perlindungan konsumen terdapat ketidakseimbangan posisi tawar antara para pihak.

Hubungan para pihak dalam sebuah kontrak konsumen (*consumers contract*) sering diasumsikan sebagai hubungan yang subordinat, sehingga konsumen berada

---

<sup>7</sup>J. Van Kan dan J.H. Beekhuis, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1990), h..79

pada posisi lemah dalam proses pembentukan kehendak kontraktualnya. Hubungan subordinat, yang menyebabkan posisi tawar konsumen yang lemah, didominasi produsen serta beberapa kondisi lain diasumsikan terdapat ketidakseimbangan dalam hubungan para pihak.<sup>8</sup>

Asas keseimbangan merupakan asas yang menyatakan suatu kondisi dalam keadaan “seimbang” (*evenwicht*) yang menunjuk pada makna suatu keadaan pembagian beban di kedua sisi berada dalam keadaan seimbang. Keadaan hening atau keselarasan dari berbagai hak dan kewajiban tidak satupun mendominasi yang lainnya, atau tidak satupun elemen yang menguasai elemen lainnya. Berarti “kondisi yang tidak seimbang dalam pembagian hak dan kewajiban para pihak di dalam suatu perjanjian merupakan larangan dan bertentangan dengan asas ini”.<sup>9</sup> Terkait dengan hal ini, Agus Yudha Harnoko, mengatakan bahwa: ”dalam hukum perjanjian asas proporsionalitas diartikan sebagai asas yang mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak yang sesuai dengan proporsinya atau bagiannya”.<sup>10</sup>

Dalam perspektif aksiologi, terdapat teori yang menjelaskan tentang keseimbangan dalam hukum persaingan usaha, khususnya perjanjian penetapan harga. Selanjutnya fungsi asas keseimbangan harus muncul, baik dalam proses pembentukan maupun pelaksanaan kontrak bisnis, sebagai berikut:

---

<sup>8</sup>*Ibid*, h.80.

<sup>9</sup>Van Dale dalam Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia*, (Bandung: Citra Adhya Bakti, 2006), h. 304.

<sup>10</sup>Agus Yudha Harnoko *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Sosial*, Rineka Cipta, Jakarta, 2010, h. 31

- a. Dalam pembentukan kontrak, Asas keseimbangan menjamin kesetaraan hak serta kebebasan dalam menentukan atau mengatur proporsi hak dan kewajiban para pihak berlangsung secara fair;
- b. Dalam pelaksanaan kontrak, Asas keseimbangan menjamin terwujudnya distribusi pertukaran hak dan kewajiban menurut proporsi yang disepakati atau dibebankan pada para pihak;
- c. Dalam hal terjadi kegagalan dalam pelaksanaan kontrak, maka harus dinilai secara keseimbangan apakah kegagalan tersebut bersifat fundamental sehingga mengganggu pelaksanaan sebagian besar kontrak atau sekadar hal-hal yang sederhana/kesalahan kecil. Oleh karena itu, pengujian melalui asas keseimbangan sangat menentukan dalil kegagalan pelaksanaan kontrak, agar jangan sampai terjadi penyalahgunaan oleh salah satu pihak dalam memanfaatkan klausul kegagalan pelaksanaan kontrak, semata-mata demi keuntungan salah satu pihak dengan merugikan pihak lain;
- d. Bahkan dalam hal terjadi sengketa kontrak, Asas keseimbangan menekankan bahwa proporsi beban pembuktian kepada para pihak harus dibagi menurut pertimbangan yang fair<sup>11</sup>.

Dalam perspektif epistemologi, upaya pencarian terhadap permasalahan terkait dengan penggunaan asas keseimbangan dalam kontrak bisnis, khususnya dalam kontrak komersial, dan tidak adanya kejelasan tentang eksistensi dan penggunaan asas keseimbangan dalam kontrak konsumen (*consumers contract*) di Indonesia terus dilakukan. Sehubungan dengan itu, perlu dilakukan analisis keberadaan asas keseimbangan dan penggunaannya dalam kontrak konsumen (*consumers contract*) di Indonesia, dan justru semakin diabaikan. Penelitian dan penulisan disertasi ini merupakan salah satu upaya untuk menganalisis eksistensi asas keseimbangan dalam kontrak konsumen (*consumers contract*).

Pengabaian asas keseimbangan dalam kontrak konsumen (*consumers contract*), juga semakin tampak ditunjukkan dengan pencantuman klausula

---

<sup>11</sup>*Op.Cit.*

eksonerasi sebagai realisasi penafsiran asas kebebasan berkontrak. Asas kebebasan berkontrak sesungguhnya sangat ideal jika para pihak yang terikat dalam suatu perjanjian/kontrak berada dalam posisi tawar yang masing-masing seimbang antara satu sama lain.<sup>12</sup> Namun dalam praktek bisnis di Indonesia justru sering disalah gunakan untuk menekan pihak-pihak yang memiliki posisi yang lemah. Etika bisnis di Indonesia kurang diperhatikan, pebisnis lebih memikirkan keuntungan pribadinya dari pada menjaga keseimbangan hak dan kewajiban dengan lawan kontraknya. Hal ini tentunya tidak akan terjadi jika dipayungi norma yang baik dan ditegakkan dengan konsekuen.

## **1.2. Rumusan Masalah**

Berdasarkan uraian permasalahan sebagai dipaparkan di atas, maka penelitian dan penulisan disertasi ini, dipilih judul, yaitu “Asas Keseimbangan Dalam Kontrak Bisnis”. Mengacu pada judul ini permasalahan yang dikemukakan sebagai berikut:

1. Bagaimana eksistensi asas keseimbangan dalam kontrak konsumen (*consumers contract*) di Indonesia?
2. Mengapa asas keseimbangan sering diabaikan dalam kontrak konsumen (*consumers contract*) di Indonesia?

## **1.3. Tujuan Penelitian**

---

<sup>12</sup>Ahmadi Miru, Hukum Kontrak Perancangan Kontrak, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2013), h. 39

1. Menganalisis dan menemukan eksistensi asas keseimbangan dalam kontrak konsumen (*consumers contract*) di Indonesia.
2. Menganalisis dan menemukan alasan sering diabaikannya asas keseimbangan oleh para pihak dalam kontrak konsumen (*consumers contract*) di Indonesia.

#### **1.4. Manfaat Penelitian**

##### a. Manfaat Teoritis

Secara teoritis, penulisan dan penelitian disertasi ini diharapkan dapat memberi manfaat sebagai berikut :

1. Memberikan sumbangan pemikiran bagi pengembangan hukum perdata, khususnya dalam hukum perjanjian, yang selalu mengalami perkembangan sesuai dengan tuntutan kebutuhan praktek berbisnis di Indonesia.
2. Dapat menjembatani antara kepentingan hukum dan kepentingan ekonomi untuk mencapai asas keseimbangan kepentingan pelaku usaha/pebisnis dan kepentingan umum.

##### b. Manfaat praktis:

1. Bagi legislator (pemerintah dan DPR) sebagai pembuat undang-undang, diharapkan disertasi ini dapat dijadikan salah satu masukan dalam pengambilan kebijakan hukum yang tegas terkait dengan penggunaan asas keseimbangan kepentingan para pihak yang melakukan kontrak bisnis.
2. Bagi para praktisi hukum (notaris), hakim dan penegak hukum lainnya, disertasi ini dapat dijadikan bahan perenungan dan kajian dalam membuat

akta dan mencegah terjadinya perkara yang berkaitan dengan persaingan usaha karena perjanjian yang tidak proporsional dan tidak menunjukkan adanya asas keseimbangan. Di samping itu, terhadap penegak hukum harus hati-hati dalam menangani kasus-kasus sengketa bisnis.

## 1.5. Orisinalitas

### 1.5.1. Hasil Penelitian terdahulu

Untuk memberikan kejelasan orisinalitas penelitian dan penulisan disertasi ini, maka di bawah ini dikemukakan beberapa hasil penelitian terdahulu sebagai pembanding. Sehingga dapat dibedakan antara penelitian dan penulisan disertasi ini dengan penelitian-penelitian disertasi sebelumnya:

No	Nama	Judul	Permasalahan	Hasil Penelitian
1.	Purwosusilo Universitas Islam Bandung (Unisba) Disertasi Tahun 2008	Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah Menurut Perpres Nomor 54 Tahun 2010 untuk Mewujudkan <i>Good Governance</i> ”	Mengapa kerap terjadi penyimpangan dan ketidak seimbangan dalam proses pengadaan barang/jasa pada pemerintah ?	Pentingnya kriteria asas proporsionalitas dalam kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah antara lain : 1. Keseimbangan dalam memberi dan menerima informasi; keseimbangan dalam melakukan negosiasi; keseimbangan dalam menerima upah sesuai dengan beban tanggung jawab; keseimbangan dalam pemberian sanksi sesuai dengan beratnya kesalahan; dan keseimbangan dalam pemberian ganti rugi atau denda sesuai dengan kerugian yang



				<p>diderita.</p> <p>1. Perpres Nomor 70 Tahun 2012 dan perubahannya secara umum telah memenuhi asas proporsionalitas, namun beberapa bagian belum sesuai sehingga harus disempurnakan. Tata pemerintahan yang baik (<i>good governance</i>) akan terwujud, di antaranya melalui pelaksanaan kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah yang memenuhi asas proporsionalitas dan etika pengadaan serta didukung oleh sumber daya manusia yang profesional dan berintegritas tinggi.</p>
2.	Agus Yudha Hernoko Universitas Airlangga Disertasi Tahun 2008	Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial	Mengapa kerap terjadi penyimpangan dan ketidakseimbangan dalam proses pengadaan barang/jasa pada pemerintah ?	<p>Pengaturan kontrak dalam praktik bisnis adalah untuk menjamin pertukaran kepentingan yang berupa hak dan kewajiban berlangsung secara proporsional bagi para pihak yang membuat kontrak, sehingga dengan demikian terjalin hubungan kontraktual yang adil dan saling menguntungkan. Perdebatan mengenai ada atau tidaknya keseimbangan posisi antara para pihak pada dasarnya kurang</p>

				relevan untuk dikaitkan dengan kontrak komersial. Dengan menghargai proporsi para pihak, maka dimensi kontrak komersial yang lebih menekankan pada aspek penghargaan terhadap kemitraan dan kelangsungan bisnis ( <i>efficiency and profit</i> )
3.	Azizah Disertasi Ilmu Hukum Universitas Sriwijaya Tahun 2013	Perjanjian Penetapan Harga Berdasarkan Pendekatan Struktur	Pemaknaan dan Fungsi Asas Keseim- bangan dalam Putusan Perjanjian Penetapan Harga	Memperhatikan 1) dari sisi filsafat hukum, persoalan penafsiran pemahaman dan penerapan asas keseimbangan terutama makna dan fungsi asas keseimbangan yang mendasari hukum persaingan usaha, serta keterkaitan faktor idiil dan riil yang mendasari asas keseimbangan; 2) dari sisi teori hukum, belum terdapat teori yang menjelaskan tentang keseimbangan dalam hukum persaingan usaha, khususnya perjanjian. Terbukti asas keseimbangan sangat relevan, urgen dan mendesak untuk dilaksanakan. Sebagai suatu penelitian hukum yang bertujuan mengembangkan makna dan fungsi asas

				keseimbangan sebagai tolok ukur regulatif dalam hukum persaingan usaha menggunakan pendekatan struktur khususnya dalam perjanjian penetapan harga
--	--	--	--	---

### 1.5.2. Kajian Hasil Penelitian Terdahulu

Disertasi Susilo dan Agus Yudha Hernomo memilih judul asas proporsionalitas yang menitik beratkan pada kontrak dagang, sedangkan Disertasi Azizah Perjanjian Penetapan Harga Berdasarkan Pendekatan Struktur. Berdasarkan paparan hasil penelitian 3 (tiga) disertasi pembanding tersebut di atas, maka nampak jelas bahwa judul dan permasalahan, serta kesimpulan dalam disertasi ini berbeda. Sebab dalam disertasi ini menekankan pada eksistensi asas keseimbangan dalam kontrak konsumen (*consumers contract*), serta pengabaian asas keseimbangan dalam praktek kontra konsumen (*consumers contract*) yang tidak jarang merugikan kepentingan pihak lain, dalam hal ini keentingan konsumen.

Sehubungan dengan itu, penelitian dan penyusunan disertasi ini benar-benar dijamin orisinalitasnya, namun dalam disertasi ini, memang memuat kutipan dan sumber ilmiah, namun tentunya disebutkan sumbernya dan asalnya, sehingga secara obyektif ilmiah dan secara legal dapat dipertanggung jawabkan. Orisinalitas disertasi ini dapat dipertanggungjawabkan, sebab sumber bahan hukum yang

digunakan benar-benar dari hasil penelitian atau telaah peraturan perundang-undangan dan bahan-bahan referensi.

## **1.6. Landasan Teori**

### **1.6.1. Teori Tujuan Hukum**

#### **1.6.1.1. Teori Keadilan**

Keadilan dapat dipahami jika berposisi sebagai keadaan seimbang yang hendak diwujudkan oleh hukum tercapai. Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum merupakan proses yang dinamis yang memakan banyak waktu. Upaya ini seringkali juga didominasi oleh kekuatan-kekuatan yang bertarung dalam kerangka umum tatanan politik untuk mengaktualisasikannya.<sup>13</sup>

Realitas keadilan dan keseimbangan memberi warna dalam perjalanan bisnis dan dagang warga masyarakat, sehingga diasumsikan sebagai suatu masalah universal yang berlaku untuk semua manusia, alam, dan lingkungan, dan tidak boleh ada monopoli yang dilakukan oleh segelintir orang atau sekelompok orang. Sebagian orang menganggap bahwa keadilan sebagai pandangan individu yang menjunjung tinggi kemanfaatan yang sebesar-besarnya bagi dirinya. Jika demikian pandangan keadilan menurut kaidah-kaidah atau aturan-aturan yang berlaku umum yang mengatur hubungan manusia dalam masyarakat atau hukum positif (Indonesia).<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup>Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung, Nuansa dan Nusamedia, 2004, h.239.

<sup>14</sup>Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum, Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Bandung, Alumni, 2000, h. 4

Secara konkrit hukum adalah perangkat asas dan kaidah-kaidah yang mengatur hubungan antar manusia dalam masyarakat, baik yang merupakan kekerabatan, kekeluargaan dalam suatu wilayah negara. Dan masyarakat hukum itu mengatur kehidupannya menurut nilai-nilai yang sama dalam masyarakat itu sendiri (*shared value*) atau sama-sama mempunyai tujuan tertentu.<sup>15</sup>

Dalam perspektif hukum nasional Indonesia, teori-teori yang berhubungan dengan cita negara (*Staatsidee*) sebagai dasar filosofis bernegara (*Filosofische grondslag*), yang termaktub dalam Pancasila sebagai sumber hukum nasional.<sup>16</sup> Teori keadilan ini, digunakan untuk menerangkan dan menjelaskan gejala spesifik untuk proses tertentu terjadi, dan suatu teori harus diuji dengan menghadapkannya pada fakta-fakta yang dapat menunjukkan ketidak benarannya.<sup>17</sup> Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran. Diantara teori-teori itu dapat disebut: teori keadilan John Rawls dalam bukunya *a theory of justice* dan dalam bukunya *a theory of justice* menjelaskan teori keadilan sosial sebagai *the difference principle dan the principle of fair equality of opportunity*. Inti *the difference principle*, adalah bahwa perbedaan sosial dan ekonomi harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup>*Ibid.* h.4

<sup>16</sup>Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, diterjemahkan oleh Rasisul Muttaqien, Bandung, Nusa Media, 2011, h.7.

<sup>17</sup>JJJ M. Wuisman, *Penelitian Ilmu Sosial*, Jilid 1, Penyunting M. Hisman, Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta, 1996, h.203.

<sup>18</sup>John Rawls, *A Theory of Justice, Teori Keadilan*. Diterjemahkan oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006, h.97.

Perbedaan sosial ekonomi dalam prinsip perbedaan menuju pada ketidak samaan dalam prospek seseorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan, dan otoritas. Sementara itu, *the principle of fair equality of opportunity* menunjukkan pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapat dan otoritas. Mereka inilah yang harus diberi perlindungan khusus. Rawls mengajarkan teori mengenai prinsip-prinsip keadilan terutama sebagai alternatif bagi teori utilitarisme sebagaimana dikemukakan Hume, Bentham dan John Stuart Mill, Rawls berpendapat bahwa dalam masyarakat yang diatur menurut prinsip-prinsip utilitarianisme, orang-orang akan kehilangan harga diri, lagi pula bahwa pelayanan demi perkembangan bersama akan lenyap. Rawls juga berpendapat bahwa sebenarnya teori ini lebih keras dari apa yang dianggap normal oleh masyarakat.

Menurut John Rawls, situasi ketidak samaan harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah. Hal ini terjadi kalau dua syarat dipenuhi. Pertama, situasi ketidak samaan menjamin perlindungan secara minimum bagi golongan orang yang paling lemah. Artinya situasi masyarakat harus sedemikian rupa sehingga dihasilkan untung yang paling tinggi yang mungkin dihasilkan bagi golongan orang-orang kecil. Kedua, ketidak samaan diikat pada jabatan-jabatan yang terbuka bagi semua orang. Maksudnya supaya kepada semua orang diberikan peluang yang sama besar dalam hidup. Berdasarkan pedoman ini semua perbedaan antara orang berdasarkan ras, kulit, agama dan perbedaan lain yang bersifat primordial, harus ditolak .

Lebih lanjut John Rawls menegaskan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu, pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung.<sup>19</sup>

Keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal: pertama melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. Dan kedua, setiap aturan harus memosisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidakadilan yang dialami kaum lemah. Selanjutnya dalam teori keadilan Rawls dapat disimpulkan memiliki inti sebagai berikut:

1. Memaksimalkan kemerdekaan. Pembatasan terhadap kemerdekaan ini hanya untuk kepentingan kemerdekaan itu sendiri,
2. Kesetaraan bagi semua orang, baik kesetaraan dalam kehidupan sosial maupun kesetaraan dalam bentuk pemanfaatan kekayaan alam (*“social goods”*). Pembatasan dalam hal ini hanya dapat diijinkan bila ada kemungkinan keuntungan yang lebih besar.

---

<sup>19</sup>*Ibid*,h.107.

3. Kesetaraan kesempatan untuk kejujuran, dan penghapusan terhadap ketidaksetaraan berdasarkan kelahiran dan kekayaan.

Teori Keadilan dari Rawls melahirkan 3 (tiga) prinsip keadilan, yang sering dijadikan rujukan oleh beberapa ahli yakni:

1. Prinsip Kebebasan yang sama (*equal liberty of principle*)
2. Prinsip perbedaan (*differences principle*)
3. Prinsip persamaan kesempatan (*equal opportunity principle*)<sup>20</sup>

Jadi kaitan antara teori keadilan dengan perjanjian bisnis para pihak baik dalam perdagangan barang dan pelayanan jasa, jelas terkait dengan ada tidaknya monopoli dan ada tidak persaingan yang tidak sehat dan hal ini ada upaya adanya Persamaan Kesempatan semua pihak, agar keadilan tersebut bisa terwujud dan terjaga keseimbangan sekaligus ada asas keseimbangan serta kepentingan para pihak benar-benar dapat terwujud.

Berdasarkan asas kebebasan berkontrak, maka orang-orang boleh membuat atau tidak membuat perjanjian. Para pihak yang telah sepakat akan membuat perjanjian, bebas menentukan apa yang boleh dan tidak boleh dicantumkan dalam suatu perjanjian. Kesepakatan yang diambil oleh para pihak mengikat mereka sebagai Undang-undang (Pasal 1338 KUHPdt.). Penerapan asas ini memberikan tempat yang penting bagi berlakunya asas konsensual, yang mengindikasikan adanya keseimbangan kepentingan, keseimbangan dalam pembagian beban resiko, dan keseimbangan posisi tawar (*bargaining position*).

---

<sup>20</sup>*Ibid*, h 76



Menurut Sutan Remy Syahdeini kebebasan berkontrak hanya dapat mencapai keadilan jika para pihak memiliki bargaining power yang seimbang. Jika bargaining power tidak seimbang maka suatu kontrak dapat menjurus atau menjadi *unconscionable*<sup>21</sup>. Menurut Sutan Remy Syahdeini, keseimbangan para pihak yang berkontrak hanya akan terwujud apabila berada pada posisi yang sama kuat. Dengan membiarkan hubungan kontraktual para pihak semata-mata pada mekanisme kebebasan berkontrak, seringkali menghasilkan ketidakadilan apabila salah satu pihak berada dalam posisi yang lemah. Dengan demikian, negara seharusnya campur tangan untuk melindungi pihak yang lemah dengan menentukan klausul tertentu yang harus dimuat/dilarang dalam suatu kontrak.<sup>22</sup>

Asas keseimbangan merupakan pelaksanaan dari prinsip itikad baik, prinsip transaksi jujur dan prinsip keadilan. Keseimbangan dalam hukum dilandasi adanya kenyataan disparitas yang besar dalam masyarakat, oleh karena itu diperlukan suatu sistem pengaturan yang dapat melindungi pihak yang memiliki posisi yang tidak menguntungkan. Jika ada pandangan baru tentang asas proporsionalitas bisa berbeda dengan asas keseimbangan, maka disertasi ini sejauh yang dilakukan dalam penelitian dapat diuji sampai detail yang diinginkan dalam sebuah teori.

Pembahasan hukum perjanjian sering kali dikaitkan dengan pembahasan keseimbangan dalam berkontrak (asas keseimbangan). Acap kali muncul anggapan

---

<sup>21</sup>Sutan Remy Syahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank Indonesia*, Buku I, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 1993, h.185

<sup>22</sup>*Ibid*, h. 190

bahwa kontrak yang terjalin antara pihak-pihak tidak memberikan keseimbangan posisi bagi salah satunya. Kontrak yang demikian dianggap tidak adil dan berat sebelah, sehingga memunculkan upaya untuk mencari dan menggali temuan-temuan baru di bidang hukum kontrak agar dapat menyelesaikan problematika ketidakseimbangan dalam hubungan kontraktual.

Pengertian “keseimbangan-seimbang” atau *evenwicht-evenwichtig* (Belanda), atau *equality-equal-equilibrium* (Inggris) bermakna leksikal “sama, sebanding”. Namun karena dalam asas keseimbangan ternyata dapat berbeda dengan asas proporsionalitas, maka proporsi para pihak juga sangat perlu untuk diperhatikan dalam perjanjian menunjuk pada suatu keadaan, posisi, derajat, berat, dan lain-lain.<sup>23</sup>

Menurut Herlin Budiono, asas keseimbangan juga dipahami sebagai keseimbangan kedudukan posisi tawar para pihak dalam menentukan hak dan kewajibannya dalam perjanjian. Ketidak seimbangan posisi menimbulkan ketidakadilan, sehingga perlu intervensi pemerintah untuk melindungi pihak yang lemah melalui penyeragaman syarat-syarat perjanjian, yang sering menimbulkan gejolak dasarnya sudah seimbang namun belum proporsional.<sup>24</sup> Dalam hal ini pemerintah berfungsi sebagai regulator yang memiliki kewenangan untuk mengatur dan menyeimbangkan hak dan kewajiban para pihak dalam berkontrak. Pemerintah

---

<sup>23</sup>Ahmadi Miru, *Prinsip-prinsip Perlindungan Hukum bagi Konsumen di Indonesia*, Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2004, h.129

<sup>24</sup>Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia*, Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-asas Wigati Indonesia, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, h.302.

cepat tanggap dalam menangkap sinyal bisnis di Indonesia, sebab bisnis merupakan urat nadi kehidupan masyarakat dan negara.

#### **1.6.1.2. Teori Kemanfaatan**

Penganut aliran *utilitas*/kemanfaatan menganggap bahwa tujuan hukum semata-mata untuk memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyaknya warga masyarakat. Penanganannya didasarkan pada filsafat sosial, bahwa setiap warga masyarakat mencari kebahagiaan, dan hukum merupakan salah satu alatnya. Salah seorang tokoh aliran utilitas yang paling radikal adalah Jeremy Bentham (1748-1832) yakni seorang filsuf, ekonom, yuris, dan reformer hukum, yang memiliki kemampuan untuk memformulasikan prinsip kegunaan/kemanfaatan (*utilitas*) menjadi doktrin etika, yang dikenal sebagai utilitarianism atau madzhab utilitis. Prinsip utility tersebut dikemukakan oleh Bentham dalam karya monumentalnya *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789). Menurut teori ini, hukum harus memberikan kemanfaatan ekonomi bagi sebesar-besar masyarakat.

*Utilitarisme* berasal dari kata Latin *utilis* yang berarti “bermanfaat”. Menurut teori ini, suatu perbuatan adalah baik jika membawa manfaat, berfaedah atau berguna, tapi manfaat itu harus menyangkut bukan saja satu dua orang melainkan masyarakat sebagai keseluruhan. Aliran ini memberikan suatu norma bahwa baik buruknya suatu tindakan oleh akibat perbuatan itu sendiri. Tingkah laku yang baik adalah yang menghasilkan akibat-akibat baik sebanyak mungkin dibandingkan dengan akibat-akibat terburuknya. Setiap tindakan manusia harus selalu

dipikirkan, apa akibat dari tindakannya tersebut bagi dirinya maupun orang lain dan masyarakat. Utilitarisme mempunyai tanggung jawab kepada orang yang melakukan suatu tindakan, apakah tindakan tersebut baik atau buruk. Menurut suatu perumusan terkenal, dalam rangka pemikiran *utilitarisme (utilitarianism)* kriteria untuk menentukan baik buruknya suatu perbuatan adalah *the greatest happiness of the greatest number*, (kebahagiaan terbesar dari jumlah orang terbesar).

Utilitarianisme disebut lagi suatu teori teleologis (dari kata Yunani *telos* = tujuan), sebab menurut teori ini kualitas etis suatu perbuatan diperoleh dengan dicapainya tujuan perbuatan. Dalam perdebatan antara para etikawan, teori utilitarisme menemui banyak kritik. Keberatan utama yang dikemukakan adalah bahwa utilitarisme tidak berhasil menampung dalam teorinya dua paham etis yang amat penting, yaitu keadilan dan hak. Jika suatu perbuatan membawa manfaat sebesar-besarnya untuk jumlah orang terbesar, maka menurut utilitarisme perbuatan itu harus dianggap baik.

Jika mereka mau konsisten, para pendukung utilitarisme mesti mengatakan bahwa dalam hal itu perbuatannya harus dinilai baik. Jadi, kalau mau konsisten, mereka harus mengorbankan keadilan dan hak kepada manfaat. Namun kesimpulan itu sulit diterima oleh kebanyakan etikawan. Sebagai contoh bisa disebut kewajiban untuk menepati janji. Dasarnya adalah kewajiban dan hak. Tokoh-tokoh aliran ini adalah Jeremi Bentham (1748-1832) dan John Stuart Mill (1806-1873). Bentham merumuskan prinsip utilitarisme sebagai *the greatest*

*happiness for the greatest number* (kebahagiaan yang sebesar mungkin bagi jumlah yang sebesar mungkin).

Prinsip ini menurut Bentham harus mendasari kehidupan politik dan perundangan. Menurut Bentham kehidupan manusia ditentukan oleh dua ketentuan dasar Nikmat (*pleasure*) dan perasaan sakit (*pain*). Oleh karena itu, tujuan moral tindakan manusia adalah memaksimalkan perasaan nikmat dan meminimalkan rasa sakit. Prinsip dasar Utilitarisme adalah tindakan atau peraturan yang secara moral betul adalah yang paling menunjang kebahagiaan semua yang bersangkutan atau bertindaklah sedemikian rupa sehingga akibat tindakan menguntungkan bagi semua yang bersangkutan.

1. Utilitarianisme perbuatan (*act utilitarianism*) Menyatakan bahwa kita harus memperhitungkan, kemudian memutuskan, akibat-akibat yang dimungkinkan dari setiap tindakan aktual ataupun yang direncanakan.
2. Utilitarianisme aturan (*rule utilitarianism*) Menyatakan bahwa kita harus mengira-ngira, lalu memutuskan, hasil-hasil dari peraturan dan hukum-hukum.

Penerapan Utilitarianisme dalam bisnis dagang yang mengurai keseimbangan dan proporsionalitas antara lain dalam perjanjian pengiriman barang dan perjanjian distribusi barang, maka sering kali antara pihak terjadi silang pendapat, bahwa kelihatannya sudah seimbang, namun tidak proporsional. Dibalik aplikasi teori utilitarisme ini, ada pula hal yang melegakan. Salah satunya adalah ketika berkenaan dengan bisnis dan keuangan. Perhitungan ala utilitaris ini dapat berlaku

sebagai tinjauan atas keputusan yang akan diambil. Mengingat dalam keuangan yang ada kebanyakan adalah angka-angka, jadi keputusan dapat diambil secara mudah berdasarkan jumlah terbanyak bagi manfaat terbanyak.

Prinsip dasar utilitarisme tidak harus diterapkan atas perbuatan – perbuatan yang kita lakukan, melainkan atas aturan-aturan moral yang kita terima bersama dalam masyarakat sebagai pegangan bagi perilaku kita. Kita dapat menyimpulkan bahwa utilitarisme aturan membatasi diri pada justifikasi aturan-aturan moral. Dengan demikian mereka memang dapat menghindari beberapa kesulitan dari utilitarisme perbuatan. Karena itu utilitarisme aturan ini merupakan suatu upaya teoritis yang menarik, dalam keseimbangan para pihak dan proporsinya para pihak.

Jeremy Bentham mendefinisikan kemanfaatan sebagai sifat segala benda tersebut cenderung menghasilkan kesenangan, kebaikan, atau kebahagiaan, atau untuk mencegah terjadinya kerusakan, penderitaan, atau kejahatan, serta ketidakbahagiaan pada pihak yang kepentingannya dipertimbangkan. Aliran utilitas menganggap bahwa pada prinsipnya tujuan hukum itu hanyalah untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan masyarakat. Aliran utilitas memasukkan ajaran moral praktis yang menurut penganutnya bertujuan untuk memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin warga masyarakat. Bentham berpendapat, bahwa negara dan hukum semata-mata ada hanya untuk manfaat sejati, yaitu kebahagiaan mayoritas rakyat. Selanjutnya prinsip-prinsip dasar ajaran Jeremy Bentham adalah sebagai berikut :

1. Tujuan hukum adalah hukum dapat memberikan jaminan kebahagiaan kepada individu-individu baru orang banyak. Prinsip utiliti Bentham berbunyi "*the greatest heppines of the greatest number*" (kebahagiaan yang sebesar-besarnya untuk sebanyak-banyaknya orang).
2. Prinsip itu harus diterapkan secara kuatitatif, karena kualitas kesenangan selalu sama.
3. Untuk mewujudkan kebahagiaan individu dan masyarakat maka perundang-undangan harus mencapai empat tujuan :
  1. *To provide subsistence* (untuk memberi nafkah hidup)
  2. *To Provide abundance* (untuk memberikan nafkah makanan berlimpah)
  3. *To provide security* (untuk memberikan perlindungan)
  4. *To attain equity* (untuk mencapai persamaan).<sup>25</sup>

Sehubungan dengan itu, sangat wajar dalam hukum bisnis yang selalu terkait dengan perjanjian, dan hubungan kemanusiaan, teori Jeremy Bentham sangat relevan, ada tidaknya keseimbangan dan asas proporsionalitas dalam hubungan hukum antar pelaku usaha. Sedapat mungkin kontrak-kontrak bisnis menguntungkan semua pihak, baik pelaku bisnis maupun masyarakat pada ummnya.

### **1.6.1.3. Teori Kepastian Hukum**

Kepastian hukum merupakan salah satu tujuan hukum yang sangat penting untuk diwujudkan. Kepastian hukum hanya bisa dicapai dengan menetapkan norma dalam hukum tertulis, yang diundangkan dalam lembaran negara. Dengan diundangkannya sebuah aturan dalam lembaran negara diharapkan semua masyarakat mengetahuinya terkait apa yang harus dan tidak harus dijalankan. Sehubungan dengan itu, maka tentunya tidak ada keragu-raguan lagi bagi masyarakat terkait hak dan kewajibannya.

---

<sup>25</sup>Muh. Erwin, *Filsafat Hukum ; Refleksi Kritis Terhadap Hukum*, Jakarta : Rajawali Press, 2011, h.179.

Menurut Satjipto Rahardjo, kepastian hukum memiliki ciri-ciri sebagai berikut: a) adanya paksaan dari luar (sanksi) dari penguasa yang bertugas mempertahankan dan membina tata tertib masyarakat dengan perantaraan alat-alatnya; b) sifat undang-undang yang berlaku bagi siapa saja.<sup>26</sup> Kepastian hukum bertujuan untuk memberikan jaminan kepastian hukum bagi terlindunginya hak-hak masyarakat, dan terjaminnya keamanan dan ketentraman masyarakat harus dibentuk norma yang dituangkan dalam peraturan perundang-undangan oleh pihak yang berwenang<sup>27</sup>.

Untuk mempertahankan norma-norma hukum dalam masyarakat, maka norma tersebut harus ditegakkan oleh otoritas negara. Penegakan hukum berkaitan dengan perbuatan nyata seseorang dan tidak berhubungan dengan sikap batin seseorang. Jadi, penegakan hukum terkait dengan upaya penegakan aturan yang dilanggar, dan terhadap pelanggarnya aturan tersebut diterapkan. Penegakan hukum tidak memperhatikan apakah sikap batin seseorang berlawanan atau setuju terhadap norma-norma hukum yang ada, atau justru bertentangan dengan norma-norma hukum yang ada.

Kepastian hukum tidak memberikan sanksi kepada seseorang yang mempunyai sikap batin yang buruk, akan tetapi yang diberikan sanksi adalah perwujudan dari sikap batin yang buruk, atau menjadikannya perbuatan yang nyata atau konkrit, yaitu perbuatan nyata dalam masyarakat yang bertentangan

---

<sup>26</sup>Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2000, h.268.

<sup>27</sup>*Ibid.*



dengan hukum yang berlaku di dalam masyarakat. Gustav Radbruch membagi jenis kepastian hukum ke dalam 2 (dua) macam, yaitu: “kepastian hukum oleh karena hukum, dan kepastian hukum dalam atau dari hukum”<sup>28</sup>. Konsep kepastian hukum demikian dapat dikatakan bahwa apabila norma-norma yang tertuang di dalam hukum diterapkan secara tegas, dalam pengertian apabila seseorang yang bersalah diancam hukuman tertentu, kemudian ancaman hukuman tersebut diterapkan, hal ini berarti terwujudlah apa yang disebut kepastian hukum.

### **1.6.2. Teori Berlakunya Hukum**

Jikalau asas keseimbangan dikaitkan dengan Teori berlakunya hukum yang dikemukakan oleh Robert B.Siedman yang dimuat dalam bukunya yang berjudul *The State, Law and Development* pada bahasan mengenai *a model of law and development*. Pada intinya teori berlakunya hukum yang dikemukakan oleh Robert B. Siedman dijabarkan dalam 4 proposisi yaitu :

*We can meet that objection, however, by substituting for the judge the processes of government concerned with implementation, that is, with inducing desired activity (the bureaucracy, the police, state corporations and so fort). (Kita bisa mencapai tujuan tersebut dengan cara menggantikan peran hakim. Proses-proses dari implementasi yang menjadi perhatian pemerintah yaitu dengan mendorong aktifitas yang menjadi tujuan implementasi (birokrasi, polisi, perusahaan pemerintah dan semua yang dapat dijadikan benteng)*

*Broaden the concept of the norm addressed to the role – occupant to include exhortation or other sort of prescription, indicated by a wavy line. I indicate the role addressed to the role – occupant by a straight line. I indicate the exhortation by a wavy line. (Memperluas cakupan konsep aturan/norma kepada warga negara dilakukan dengan memasukkan nasihat maupun dedisertasilain yang ditandai dengan suatu garis yang bergelombang. Saya menegaskan aturan dengan*

---

<sup>28</sup>*Ibid.*

garis yang tegas dan garis yang bergelombang yang ditujukan untuk semua warga).

*Any law, once passed, changes from the day of passage, either by format amendment, or by the way the bureaucracy acts. It changes because the arena of choice changes. Feedback constitutes the most important explanation of those changes. Citizens express their reactions to a particular law or programme to law-makers or to bureaucrats, who in turn communicate to law - makers. In addition, various sorts of formal and informal monitoring devices teach law – makers and bureaucrats about the rule’s relative success, thus affecting decisions about the law.* (Setiap aturan, sekali saja terlewati, perubahan dari saat yang dilanggar, baik berdasarkan amandemen, ataupun karena perilaku birokrat. Aturan berubah seiring dengan ruang lingkup hukum itu sendiri. Yang paling penting adalah adanya penjelasan dari konstitusi dasar perubahan tersebut. Warga negara memberikan reaksi mereka terhadap aturan tertentu ataupun program tertentu kepada pembuat aturan ataupun para birokrat, yang akan diteruskan/dikomunikasikan dengan para pembuat aturan/hukum tersebut. Sebagai tambahan, berbagai macam perangkat monitor secara formal maupun informal, memberikan pelajaran bagi para pembuat aturan dan para birokrat tentang kesuksesan pelaksanaan aturan itu sendiri secara relatif, yang akan mempengaruhi keputusan yang akan diambil terkait aturan itu sendiri).

*The categories ‘law – makers’ and ‘judge’ must be replaced by ‘law – making processes’ and ‘law-implementing processes’* (katagori para pembuat aturan dan hakim, seharusnya digantikan dengan proses pembuatan aturan dan proses implementasi aturan).<sup>29</sup>

Berdasarkan hal tersebut dapat diketahui bahwa, ada empat proposisi

yang menggambarkan teori bekerjanya hukum atau berlakunya hukum dari

Robert B. Seidman, yakni:

- a. Adanya proses dari pemerintah terkait dengan pelaksanaan atau penerapan hukum, yaitu, dengan mendorong atau mempengaruhi kegiatan atau aktivitas yang diinginkan (birokrasi, polisi, perusahaan negara, dan sebagainya). Peraturan hukum menjadi

---

<sup>29</sup>*Ibid.*h. 190

sebuah sarana dalam mendorong atau mempengaruhi kegiatan yang diinginkan. Dalam hal ini, setiap peraturan hukum akan memberitahu tentang bagaimana seseorang pemegang peran (*Rule Occupant*) itu diharapkan bertindak.<sup>30</sup>

- b. Memperluas konsep norma yang ditujukan kepada pemegang peran untuk memasukkan atau menyertakan peringatan/desakan/ketentuan petunjuk, ditunjukkan dengan garis bergelombang. Robert B. Seidman menunjukkan/mengusulkan peraturan ditujukan kepada pemegang peran dengan garis lurus dan desakan/peringatan dengan garis bergelombang. Hal ini menunjukkan bagaimana pemegang peran akan bertindak, sebagai suatu respons terhadap peraturan hukum merupakan fungsi peraturan-peraturan yang ditujukan kepada mereka sanksi-sanksinya, aktivitas dari lembaga pelaksana serta keseluruhan kompleks kekuatan politik, sosial, dan lain-lainnya mengenai dirinya.
- c. Perubahan hukum dapat terjadi karena arena pilihannya berubah. Timbal balik (*feedback*) merupakan penjelasan yang paling penting dari perubahan-perubahan tersebut. Masyarakat mengungkapkan reaksi mereka terhadap hukum tertentu atau program untuk pembuat hukum atau para birokrat, yang bergiliran berkomunikasi dengan pembuat hukum. Selain itu, berbagai macam perangkat monitoring formal dan informal

---

<sup>30</sup>Robert B. Seidman, 1978, *The State, Law, and Development*, ST. Martin's Press, New York, h. 74-75.

mengajarkan pembuat hukum dan birokrat tentang peraturan yang relatif berhasil, sehingga mempengaruhi keputusan-keputusan tentang hukum. Hal ini menunjukkan bagaimana lembaga pelaksana itu akan bertindak sebagai respons terhadap peraturan-peraturan hukum merupakan fungsi peraturan-peraturan yang ditujukan kepada mereka sanksi-sanksinya, keseluruhan kompleks kekuatan-kekuatan politik, sosial, dan lain-lainnya mengenai diri mereka serta umpan balik yang bahan hukumnya dari pemegang peran.

- d. Kategori-kategori pembuat hukum dan hakim harus diganti dengan proses-proses pembuatan hukum dan proses-proses penerapan atau pelaksanaan hukum. Berdasarkan hal ini dapat diketahui mengenai bagaimana peran pembuat Undang-Undang itu akan bertindak yang merupakan fungsi peraturan-peraturan yang mengatur tingkah laku mereka, sanksi-sanksinya, politik, ideologis, dan lain-lainnya mengenai diri mereka serta umpan balik yang bahan hukumnya dari pemegang peran serta birokrasi.<sup>31</sup>

Robert B. Seidman juga menjelaskan mengenai perilaku pemegang peran dalam menghadapi peraturan yang ditujukan kepada mereka oleh pembuat hukum. Hal ini juga dapat dijadikan indikator dalam pengkajian pengimplementasian hukum. Dapat diketahui pula bahwa, hukum dapat

---

<sup>31</sup>Amiruddin dan H.A.L. .ZainalAsikin, 2008, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Ed. 1-4, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 46-47.

mempengaruhi perilaku pemegang peran sebagaimana yang dinyatakan oleh Robert B. Seidman bahwa, "*Law as a device to structure choice expresses at once law's usual marginality in influencing behaviour, and its importance as the principal instrument that government has to influence behaviour*" (hukum sebagai alat untuk struktur pilihan mengekspresikan sekaligus hukum marginalitas biasa dalam mempengaruhi perilaku, dan pentingnya sebagai instrumen utama pemerintah untuk mempengaruhi perilaku). Berdasarkan hal tersebut dapat diketahui bahwa hukum adalah sarana yang penting, sebagai instrumen utama pemerintah untuk mempengaruhi perilaku.

### **1.6.3 Teori Perjanjian**

Perjanjian merupakan istilah yang sering ditemukan dalam transaksi keperdataan antara subjek hukum perdata yang satu dengan subjek hukum lainnya. Dalam hukum perikatan dapat dilahirkan karena persetujuan maupun undang-undang. Hal ini dapat dipahami melalui ketentuan Pasal 1233 KUHPdt, yang dirumuskan: "Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena undang-undang". Perjanjian yang bersumber dari para pihak, maka orang terikat pada perjanjian karena kehendaknya sendiri, sedangkan pada undang-undang terlepas dari kehendaknya<sup>32</sup>. Sedangkan Subekti menyatakan bahwa, "perjanjian merupakan sumber perikatan, dan perikatan diartikan sebagai suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu

---

<sup>32</sup> L.J. van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1980, h. 183.

berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu”<sup>33</sup>.

Subekti, juga menyatakan bahwa: “suatu perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seseorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Dari peristiwa ini, timbulah suatu hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan perikatan<sup>34</sup>. Secara yuridis, pengertian perjanjian dapat dipahami melalui Pasal 1313 KUHPdt., yang dirumuskan: “suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih<sup>35</sup>.

Kontrak merupakan suatu perjanjian antara dua orang atau lebih yang bertujuan untuk menimbulkan hak dan kewajiban secara timbal balik. Kontrak juga dapat berarti persetujuan untuk saling melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Dalam bahasa Indonesia, kontrak diberi pengertian setara dengan perjanjian. Namun istilah kontrak lebih menunjukkan nuansa bisnis atau komersial dalam hubungan hukum yang dibentuk, sedangkan istilah perjanjian ruang lingkupnya lebih luas. Meski mempunyai kesamaan pengertian, namun sejumlah sarjana menyatakan ada perbedaan antara perjanjian dengan kontrak. Subekti mengemukakan, bahwa kontrak lebih sempit dari perjanjian karena kontrak ditujukan kepada perjanjian atau persetujuan tertulis.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup>Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, 1997, h.1.

<sup>34</sup>*Ibid.*

<sup>35</sup> Komariah, *Hukum Perdata*, cetakan IV, UMM, Malang, Tahun 2010, h.169.

<sup>36</sup> R.Subekti, *Hukum Perjanjian*, PT Intermasa, Cetakan ke-1, Jakarta, h.1

Menurut I.G.Rai Widjaya, kontrak adalah perjanjian yang dituangkan dalam tulisan atau perjanjian tertulis atau surat. Artinya, jika ingin membicarakan kontrak, dengan sendirinya akan banyak berurusan dengan surat-surat. Contohnya surat kuasa, surat pernyataan, surat penunjukkan, surat persetujuan, dan banyak lagi.<sup>37</sup> Menurut Ahmadi Miru, kontrak merupakan suatu peristiwa yang konkret dan dapat diamati, baik itu kontrak yang dilakukan secara tertulis maupun tidak tertulis.<sup>38</sup>

Yohannes Sogar Simamora membedakan antara perjanjian dan kontrak ini bukan pada bentuknya. Jadi, sangat tidak tepat bila kontrak diartikan sebagai perjanjian yang dibuat secara tertulis, sebab kontrak pun dapat dibuat secara lisan.<sup>39</sup> Sogar Simamora secara tegas menyatakan, bahwa istilah kontrak dan perjanjian itu mempunyai pengertian yang sama. Hal ini sesuai dengan *Burgelijk Wetboek* (selanjutnya disingkat B.W.) menggunakan istilah *overeenkomst* dan *contract* untuk pengertian yang sama. Hal ini diatur di dalam Buku III Titel Kedua tentang “Perikatan-perikatan yang Lahir dari Kontrak atau Perjanjian”<sup>40</sup>. Pendapat ini senada dengan pendapat para ahli hukum lain, diantaranya Jacob

---

3. <sup>37</sup> I.G.Rai Widjaya, *Merancang Suatu Kontrak (Contract Drafting)*, Kesaint Blanc, 2004, h.

3. <sup>38</sup> Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak Perancangan Kontrak*, PT RajaGrafindo Persada, 2007, h.

3. <sup>39</sup>Yohannes Sogar Simamora, *Hukum Perjanjian, Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa* oleh Pemerintah, LaksBang PRESSindo, 2009, h.30.

<sup>40</sup>*Ibid.*

Hans Niewenhuis, Hofmann, J.Satrio, Soetojo Prawirohamidjojo dan Marthalena Pohan, Mariam Darus Badruzaman, Patrik Purwahid, dan Tirtodiningrat.<sup>41</sup>

Terlepas ada dan tidaknya perbedaan antara kontrak dan perjanjian, namun yang harus dipahami bahwa dalam perjanjian maupun kontrak terdapat beberapa unsur-unsur yang harus dipenuhi, di antaranya :

1. ada kaidah hukum  
Kaidah dalam hukum kontrak dibagi menjadi 2 (dua) bagian: tertulis dan tidak tertulis. Kontrak hukum tertulis adalah kontrak kaidah-kaidah hukum yang terdapat di dalam peraturan perundang-undangan, traktat, dan yurisprudensi. Sedangkan kaidah hukum kontrak tidak tertulis adalah kaidah-kaidah hukum yang timbul, tumbuh, dan hidup dalam masyarakat.
2. ada subjek hukum  
Subjek hukum dalam istilah lain adalah *rechtsperson*, yang diartikan sebagai pendukung hak dan kewajiban. Yang menjadi subjek hukum dalam hukum kontrak adalah kreditur dan debitur. Kreditur adalah orang yang berpiutang, sedangkan debitur adalah orang berutang.
3. ada prestasi  
Prestasi adalah apa yang menjadi hak kreditur dan kewajiban debitur. Prestasi terdiri dari :
  - a. memberikan sesuatu;
  - b. berbuat sesuatu;
  - c. tidak berbuat sesuatu
4. kata Sepakat  
Di dalam Pasal 1320 KUHPdt. ditentukan empat syarat sahnya perjanjian. Salah satunya adalah kata sepakat (konsensus). Kesepakatan adalah persesuaian pernyataan kehendak antar para pihak
5. akibat hukum.  
Setiap perjanjian yang dibuat oleh para pihak akan menimbulkan akibat hukum. Akibat hukum adalah timbulnya hak dan kewajiban. Hak adalah suatu kenikmatan dan kewajiban adalah suatu beban<sup>42</sup>.

Dalam perkembangan terakhir, kontrak sudah menjadi bagian yang melekat dari transaksi bisnis baik dalam skala besar maupun kecil, baik domestik

---

<sup>41</sup> Agus Yudha, *op.cit*, h.11.

<sup>42</sup>Salim H.S, *Hukum Kontrak, Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, Juni, 2004, hlm 5 (selanjutnya disebut Salim I)



maupun internasional. Menurut Sir Henry Maine, hubungan hukum yang didasarkan pada status warga masyarakat yang masih sederhana berangsur-angsur akan hilang apabila masyarakat tadi berkembang menjadi masyarakat yang modern dan kompleks. Hubungan hukum akan didasarkan pada sistem-sistem hak dan kewajiban yang didasarkan pada kontrak yang secara sukarela dibuat dan dilakukan oleh para pihak.<sup>43</sup>

Perjanjian secara hukum sangat penting artinya bagi para pihak, sebab dapat menjamin kepastian atas prestasi yang diperjanjikan para pihak peserta perjanjian. Dengan demikian kontrak merupakan sarana untuk memastikan pencapaian kehendak para pihak. P.S. Atiyah mengatakan bahwa isi kontrak pada umumnya berkaitan dengan pertukaran ekonomi (*economic exchange*).<sup>44</sup> Hukum kontrak merupakan instrumen hukum yang mengatur terjadinya pertukaran itu, dan sekaligus memberikan perlindungan bagi pihak yang dirugikan.

Selanjutnya Atijah mengungkapkan, bahwa kontrak merupakan bentuk pertukaran yang adil (*fair exchange – who contributed what*) terkait dengan kewajiban kontraktualnya (*exchange of obligation*) yang didasarkan proporsi masing-masing.<sup>45</sup> Kontrak merupakan bentuk pertukaran yang saling menguntungkan (*exchange benefit for benefit*). Kewajiban kontraktual tersebut

---

<sup>43</sup> Sir Henry Maine, dalam Soerjono Soekanto, *Pokok-pokok Sosiologi Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 1980, h.34

<sup>44</sup> P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 4th Ed., Oxford University Press Inc, New York, 1996, p.2 (selanjutnya disingkat P.S.Atijah I)

<sup>45</sup> *Ibid.*, p.5 h.5

tidak lain muncul karena adanya pertukaran janji diantara para pihak (*exchange of promises*).<sup>46</sup> Menurutnya, kontrak memiliki tiga tujuan yaitu :

- (1) kontrak wajib dilaksanakan (memaksa) serta memberikan perlindungan terhadap suatu harapan yang wajar;
- (2) kontrak berupaya mencegah terjadinya suatu penambahan kekayaan secara tidak adil;
- (3) kontrak bertujuan untuk mencegah terjadinya kerugian tertentu dalam hubungan kontraktual<sup>47</sup>.

Menurut Beatson, ada dua fungsi penting dari kontrak, yaitu: *pertama*, untuk menjamin terciptanya harapan atas janji yang telah dipertukarkan; *kedua*, mempunyai fungsi konstitutif untuk memfasilitasi transaksi yang direncanakan dan memberikan aturan bagi kelanjutannya ke depan.<sup>48</sup> Dalam kaitan dengan fungsi kontrak dalam perencanaan transaksi, Beatson memberikan perhatian pada empat hal, yaitu :

- a. kontrak pada umumnya menetapkan nilai pertukaran (*the value of exchange*);
- b. dalam kontrak terdapat kewajiban timbal balik dan standar pelaksanaan kewajiban;
- c. kontrak membutuhkan alokasi pengaturan tentang risiko ekonomi (*economic risks*) bagi para pihak; dan
- d. kontrak dapat mengatur kemungkinan kegagalan dan konsekuensi hukumnya.<sup>49</sup>

Berdasarkan kutipan di atas dapat dikemukakan sebuah argumentasi bahwa kontrak pada dasarnya merupakan konstruksi yuridis pertukaran kepentingan para pihak peserta kontrak secara timbal balik, dengan segala resiko yang mungkin

---

<sup>46</sup> P.S. Atijah, *Promises, Morals and Law*, Clarendon Press, Oxford, 1981, h.12 (selanjutnya disingkat P.S. Atijah II).

<sup>47</sup> P.S. Atijah I, *op.cit*, h.35.

<sup>48</sup> J. Beatson, *op.cit*, p.2

<sup>49</sup> *Ibid.*, p.3

timbul, serta kemungkinan terjadinya konsekuensi kegagalan atau resiko. Kontrak akan melindungi kepentingan para pihak terutama yang dirugikan akibat kecurangan pihak lawan.

#### **1.6.4. Asas-asas Hukum Dalam Perjanjian**

Prinsip hukum merupakan dasar atau asas yang mendasar dalam hukum, yang pada umumnya berfungsi sebagai dasar atau landasan pembentukan norma, sekaligus berfungsi sebagai sarana uji keabsahan norma hukum. Dengan demikian asas atau prinsip hukum berfungsi sebagai sarana control perilaku hukum masyarakat dan membentuk sistem *cek and balance*.

Menurut Asser-Rutten, terdapat tiga prinsip hukum dalam hukum kontrak, yakni: konsesualisme, kekuatan mengikat perjanjian, dan kebebasan berkontrak. Hoffman menambahkan satu prinsip lagi yaitu prinsip kepatutan (*billijkheids beginsel*). Sementara itu, Nieuwenhuis mengajukan tiga prinsip yaitu: otonomi para pihak (*autonomie-beginsel*), kepercayaan (*vertrouwens beginsel*) dan prinsip causa (*causa beginsel*).<sup>50</sup> Wery mengedepankan prinsip itikad baik (*goede trouw beginsel*).<sup>51</sup> Dalam kontrak, Salim H.S. menyatakan terdapat beberapa prinsip hukum dalam kontrak, yaitu prinsip kebebasan berkontrak, prinsip itikad baik,

---

<sup>50</sup> J.H. Nieuwenhuis, *Drie Beginselen van Contractenrecht*, Kluwer, Deventer, 1979, blz 4, seperti dikutip oleh Yohannes Sogar Simamora, *op.cit*, h.37

<sup>51</sup> *Ibid*

prinsip transparansi dan prinsip proporsionalitas<sup>52</sup>. Prinsip-prinsip tersebut dapat dijelaskan dalam uraian berikut di bawah ini.

#### **1.6.4.1. Asas Kebebasan Berkontrak (*Freedom of Contract*)**

Prinsip kebebasan berkontrak memiliki arti yang sangat penting dalam setiap penyusunan kontrak. Prinsip kebebasan berkontrak dalam bahasa asing dikenal dengan istilah-istilah, seperti: *freedom of contract*, *liberty of contract*, atau *party autonomy*. Di negara yang menganut *common law system*, dikenal istilah *laissez faire*. Prinsip kebebasan berkontrak dilatar belakangi oleh lahirnya paham individualisme yang di zaman Yunani. Ajaran ini kemudian dilanjutkan oleh kaum *Epicuristen* yang berkembang pesat dalam zaman Renaissance melalui ajaran dari Hugo de Groot, Thomas Hobbes<sup>53</sup>, John Locke dan Rosseau. Puncak perkembangannya tercapai dalam periode setelah Revolusi Perancis.<sup>54</sup>

Hugo de Groot berpendapat, bahwa hak untuk mengadakan perjanjian merupakan realisasi dari salah satu dari hak asasi manusia. Kontrak merupakan perbuatan sukarela dari yang berjanji kepada orang lain dengan maksud orang lain itu akan menerimanya. Kontrak tidak hanya sekadar sebuah janji, karena suatu janji saja tidak memberikan hak dan kewajiban kepada pihak lain, dan janji belum

---

<sup>52</sup>Salim, HS, *Perkembangan Hukum Kontrak Innomiat di Indonesia Buku Kesatu*, Sinar Grafika, Maret 2008 h. 9 (selanjutnya disingkat Salim II)

<sup>53</sup> Thomas Hobbes menyatakan bahwa bila manusia dibiarkan bebas tanpa kendali oleh suatu yang berkuasa dan berwenang, maka manusia cenderung serakah dan condong mengambil kembali sebagian hak-haknya yang telah diserahkan apabila dia merasa rugi. Oleh karenanya, Thomas Hobbes menganjurkan agar manusia mengalihkan hak-hak alami kepada orang atau badan untuk menggunakan seluruh kekuasaan yang diperoleh agar manusia bisa mematuhi perjanjian tersebut. Lihat C.B Macpherson, dalam Sutan Remy Sjahdeini, *Ibid.*, h.55

<sup>54</sup>Mariam Darus Badruzaman I, *Kompilasi Hukum Perikatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, h.84 (selanjutnya disingkat Mariam Darus Badruzaman I)

tentu dapat memaksa orang lain untuk melaksanakan janji itu. De Groot juga menyatakan bahwa, “janji-janji yang mempunyai isi tertentu dinyatakan tidak sah, misalnya bilamana bertentangan dengan ketentuan undang-undang, tetapi juga melalui janji-janji dan kesanggupan<sup>55</sup>”.

Paham individualisme melahirkan kebebasan bagi setiap orang untuk memperoleh apa yang dikehendaki, kebebasan itu dalam perjanjian diwujudkan dalam kebebasan berkontrak. Dalam perkembangannya asas kebebasan berkontrak memberikan kepada setiap orang kebebasan untuk memilih siapa mitra kontraknya, bebas menentukan bentuk, isi, tujuan, dan dasar hukum dari suatu kontrak. Pemerintah maupun pengadilan sama sekali tidak dibenarkan intervensi, bahkan sampai muncul doktrin “*ceveat emptor*” atau “*let the buyer beware*” atau hukum mewajibkan pembeli untuk berhati-hati dan harus berupaya menjaga diri mereka sendiri.<sup>56</sup>

Menurut Subekti, perkembangan paham individualisme ini mulai terdesak oleh paham etis dan sosialis pasca berakhirnya Perang Dunia II,<sup>57</sup> karena paham individualisme dinilai tidak berkeadilan, sementara itu masyarakat menginginkan adanya perlindungan terhadap pihak yang lemah oleh penguasa. Alasan inilah yang mendasari pembatasan prinsip kebebasan berkontrak, sehingga kehendak

---

<sup>55</sup>Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 1993, h.20

<sup>56</sup> Made Rawan Aryawan, “Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Kaitannya dengan Kewenangan Hakim untuk Menilai Eksistensi Kontrak,” *Jurnal Ilmu Hukum* Vol 1. No.1, 2003, h. 1

<sup>57</sup>Mariam Darus Badruzaman, *Perjanjian Kredit Bank*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991, h.44.(selanjutnya disingkat Mariam Darus Badruzaman II)

bebas dalam berkontrak tidak lagi diartikan secara mutlak, akan tetapi harus dimaknai secara relatif dengan pembatasan-pembatasan tertentu.

Prinsip kebebasan berkontrak tercermin di dalam Pasal 1338 KUHPdt. ayat (1), yang dirumuskan: “semua kontrak (perjanjian) yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Kata “semua” dalam pasal tersebut mengisyaratkan, bahwa orang dapat membuat perjanjian dengan siapa saja, tentang apa saja, tidak terbatas pada jenis perjanjian yang diatur dalam Pasal 1338 KUHPdt. menggunakan kalimat “ yang dibuat secara sah”, bahwa apa yang disepakati antara para pihak, berlaku sebagai undang-undang selama kesepakatan itu dibuat secara sah menurut hukum.

Menurut Sutan Remy Sjahdeini, prinsip kebebasan berkontrak merupakan prinsip yang menekankan pada kebebasan para pihak yang terlibat dalam suatu perjanjian untuk dapat menyetujui klausul-klausul dari perjanjian tersebut, tanpa campur tangan pihak lain (arti dasar, yaitu tanpa batas).<sup>58</sup> Menurut Setiawan, “sahnya perjanjian apabila tidak bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum, dan kesusilaan. Dalam hal suatu kontrak ternyata bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum, dan kesusilaan, kontrak tersebut batal demi hukum”.<sup>59</sup> Salim H.S menyatakan, prinsip kebebasan berkontrak merupakan prinsip yang memberikan kebebasan para pihak untuk: (a) membuat atau tidak membuat perjanjian; (b) mengadakan perjanjian dengan siapa pun; (c)

---

<sup>58</sup> Sutan Remy Sjahdeini, *op.cit*, h.11

<sup>59</sup>Setiawan, *Menurunnya Supremasi Azas Kebebasan Berkontrak*, PPH Newsletter, Desember, 2004, h.1.

menentukan isi perjanjian, pelaksanaan dan persyaratannya, dan; (d) menentukan bentuknya perjanjian, yaitu tertulis atau lisan.<sup>60</sup>

Selanjutnya Setiawan menyatakan, bahwa prinsip kebebasan berkontrak memiliki beberapa batasan-batasan, sehingga tidak bisa tampil dalam bentuknya yang utuh.<sup>61</sup> Sedangkan menurut Ridwan Kairandy, terdapat beberapa faktor yang dapat mempengaruhi dilakukannya pembatasan kebebasan berkontrak, yaitu :

- a. Semakin berpengaruhnya ajaran itikad baik dimana itikad baik tidak hanya ada pada pelaksanaan kontrak, tetapi juga harus ada pada saat dibuatnya kontrak;
- b. Semakin berkembangnya ajaran penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden* atau *undue influence*).<sup>62</sup>

Lebih lanjut Setiawan menyatakan bahwa pembatasan kebebasan berkontrak dipengaruhi oleh :

- a. Berkembangnya doktrin itikad baik;
- b. Berkembangnya doktrin penyalahgunaan keadaan;
- c. Makin banyaknya kontrak baku;
- d. Berkembangnya hukum ekonomi<sup>63</sup>.

Menurut Patrik Purwahid, bahwa terjadinya berbagai pembatasan kebebasan berkontrak disebabkan :

---

<sup>60</sup> Salim.H.S I., *op.cit*, h.9

<sup>61</sup>Setiawan, *Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata*, Alumni Bandung, Cetakan I, 1992, h.179-180 (selanjutnya disingkat Setiawan-II)

<sup>62</sup>Ridwan Khairandy, *Itikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, FH UI, Pascasarjana, 2003, h.2.

<sup>63</sup> Setiawan II, *op.cit*, h.179-180.

- a. Berkembangnya ekonomi yang membentuk persekutuan-persekutuan dagang, badan-badan hukum atau perseroan-perseroan, dan golongan-golongan masyarakat lain (misal: golongan buruh dan tani);
- b. Terjadinya pemasyarakatan (*vermaatschappelijking*) keinginan adanya keseimbangan antar individu dan masyarakat yang tertuju kepada keadilan sosial;
- c. Timbulnya formalisme perjanjian;
- d. Makin banyak peraturan di bidang hukum tata usaha negara<sup>64</sup>.

Agus Yudha Hernoko menilai bahwa keseimbangan para pihak dalam berkontrak merupakan konsep dasar yang tidak dapat ditawar.<sup>65</sup> Oleh karena itu, asas keseimbangan harus benar-benar mewujudkan dalam setiap kontrak apapun jika ingin kontrak itu berkeadilan.

#### **1.6.4.2. Asas Itikad Baik (*Good Faith*)**

Prinsip itikad baik tercermin di dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPdt., yang dirumuskan: "*Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik*". Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, 'itikad' diartikan sebagai kepercayaan, keyakinan yang teguh, maksud, kemauan (yang baik). Wirjono Prodjodikoro memberikan batasan itikad baik dengan istilah "dengan jujur" atau "secara jujur". Di dalam KUHPdt., dipergunakan istilah itikad baik dalam dua pengertian, yaitu:

---

<sup>64</sup> Ridwan Khairandy, *Loc. Cit.*

<sup>65</sup> Agus Yudha Hernoko., *Op. Cit.*, h.100



*Pertama*, pengertian itikad baik dalam arti subjektif, yang juga disebut kejujuran atau jujur. Itikad baik dalam arti subjektif terdapat dalam pasal 530 KUH Pdt., dan seterusnya, pasal ini berkaitan dengan kedudukan berkuasa (*bezit*). Itikad baik dalam arti subjektif merupakan sikap batin atau suatu keadaan jiwa (*Psychische Gestelheid*).<sup>66</sup> Itikad baik yang berarti kejujuran juga diatur dalam Pasal 1386 KUHPdt. Dalam pasal tersebut menentukan bahwa, “*Pembayaran yang dengan itikad baik dilakukan kepada seseorang yang memegang surat piutangnya adalah sah*”. Pengertian itikad baik adalah bahwa si pembayar utang tidak mengetahui bahwa pihak yang menerima pembayaran itu bukan krediturnya, keadaan jiwa yang demikian itulah yang dilindungi oleh Undang-Undang sehingga meskipun pembayaran itu diterima oleh orang yang bukan krediturnya tetapi pembayaran itu dianggap sah.<sup>67</sup>

*Kedua*, pengertian itikad baik dalam artian objektif, atau disebut dengan istilah kepatutan. Itikad baik dalam pengertian objektif dirumuskan dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPdt. P.L.Wery menyatakan, bahwa yang dimaksud pelaksanaan dengan itikad baik (*uitvoering te goeder Trouw*) adalah:

*Kedua belah pihak harus berlaku yang satu terhadap yang lain seperti patutnya diantara orang-orang yang sopan tanpa tipu daya tanpa tipu muslihat, tanpa akal-akalan, tanpa mengganggu pihak lain, tidak dengan melihat kepentingannya sendiri saja, tetapi juga dengan melihat kepentingan pihak lain*<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> P.L.Werry, *Perkembangan Hukum Tentang Itikad Baik di Netherland*, 1990, Percetakan Negara RI, Jakarta, h.10

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> *Ibid*, h.9

Selanjutnya terkait dengan pengertian itikad baik, juga dikemukakan oleh

Asser Rutten, sebagai berikut:

*Melaksanakan perjanjian berdasarkan itikad baik berarti bahwa si Kreditur dalam pelaksanaan haknya dan debitur di dalam pemenuhan kewajibannya harus beritikad sesuai dengan persyaratan Redelijkheid en billijkheid, artinya para pihak harus melaksanakan perjanjian itu sebagaimana yang seharusnya dilakukan oleh orang-orang yang beradab”<sup>69</sup>.*

Subekti menyatakan bahwa: “yang dimaksudkan dengan melaksanakan perjanjian dengan itikad baik adalah melaksanakan perjanjian dengan mengandalkan norma-norma kepatutan dan kesusilaan”. Jadi, pelaksanaan perjanjian harus dinilai berdasarkan ukuran obyektif. Oleh karenanya, pelaksanaan itikad baik, Pasal 1338 KUHPdt. secara tidak langsung memberikan kewenangan kepada hakim untuk mengawasi pelaksanaan perjanjian agar jangan sampai melanggar kepatutan dan keadilan. Dengan demikian hakim bisa menyimpang dari isi perjanjian menurut hurufnya, manakala pelaksanaan menurut huruf itu akan bertentangan dengan itikad baik.<sup>70</sup>

Selanjutnya menurut J.M. van Dunne, daya berlaku itikad baik meliputi seluruh proses kontrak atau diibaratkan dengan “*the rise and fall of contract*”, yang meliputi tiga fase, yaitu: (a) *pre contractuale fase*; (b) *contractuale fase*; dan

---

<sup>69</sup> Asser Rutten, *Handleidig tot De Beoefening Van Het Nederlands Burgerlijkrecht, Verbintenissen Recht*, 1974, W.E.J. Tjeen-Willink, Zwolle, h.223 dalam Pidato Pengukuhan Guru Besar Prof Dr Siti Ismijati Jenie SH CN, *Itikad Baik, Perkembangan Dari Asas Hukum Khusus Menjadi Asas Hukum Umum di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, 10 September 2007, Yogyakarta, h.4

<sup>70</sup> R. Subekti, *op.cit*, h.49-51

(c) *postcontractuele fase*.<sup>71</sup> Mendasarkan pada pendapat van Dunne, maka pemahaman itikad baik dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPdt. tidak harus dimaknai secara gramatikal, hanya terbatas pada pelaksanaan kontrak, namun harus dimaknai dalam keseluruhan proses kontrak, artinya itikad baik harus melandasi hubungan para pihak pada tahap pra kontrak, pembuatan kontrak, dan pelaksanaan kontrak. Selanjutnya Fungsi itikad baik menurut P.L. Werry, Arthur S. Hartkamp, dan Marianne M.M. Tillem, yaitu :

- a. Fungsi yang mengajarkan bahwa kontrak harus ditafsirkan menurut itikad baik (itikad baik sebagai azas hukum umum), artinya kontrak harus ditafsirkan secara patut dan wajar (*fair*);
- b. Fungsi menambah atau melengkapi, artinya itikad baik dapat menambah isi atau kata-kata perjanjian apabila terdapat hak dan kewajiban yang timbul diantara para pihak tidak secara tegas dinyatakan dalam kontrak.
- c. Fungsi membatasi atau meniadakan, artinya fungsi ini hanya dapat diterapkan apabila terdapat alasan-alasan yang amat penting (*allen in spreekende gevallen*<sup>72</sup>).

Pengujian tentang ada atau tidaknya itikad baik dalam kontrak, menurut Arthur S. Hartkamp dapat dibedakan ke dalam 2 (dua) macam, yaitu: *pertama*, pengujian obyektif, pengujian ini pada umumnya dikaitkan dengan kepatutan, artinya salah satu pihak tidak dapat membela diri dengan mengatakan bahwa ia telah bertindak jujur manakala ternyata ia tidak bertindak secara patut; *kedua*, pengujian subyektif terhadap kewajiban itikad baik dikaitkan dengan keadaan karena ketidaktahuan.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> J.M.van Dunne, *Verbintenissenrecht* (Deel 1, Contracttenrecht, 1e gedeelte), Kluwer-Deventer, 1993, h.170 dalam Agus Yudha Hernoko. *op.cit*,h.118

<sup>72</sup> Ridwan Khairandy, *op.cit*, h.216-250

<sup>73</sup> Yohannes Sogar Simamora, *op.cit*, h.45

### 1.6.4.3. Asas Konsensualisme

Asas konsensualisme tersurat dalam Pasal 1320 KUHPdt., yang dirumuskan: *Untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat yakni kesepakatan, kecakapan, suatu hal tertentu, dan suatu sebab yang halal*". Asas konsensualisme memuat kesepakatan antara para pihak yang mengikatkan diri dalam perjanjian. Prinsip ini mengandung maksud bahwa suatu perjanjian dianggap sudah lahir sejak saat tercapainya kata sepakat. Kesepakatan dalam perjanjian menurut I.G.Rai Widjaya, bahwa kesepakatan yang mengikat itu adalah kesepakatan mengenai hal-hal pokok dalam perjanjian atau disebut juga *esensialia* perjanjian.<sup>74</sup>

Prinsip konsensualisme mempunyai hubungan yang erat dengan prinsip kebebasan berkontrak dan prinsip kekuatan mengikat yang terdapat dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPdt. Hal ini sejalan dengan pendapat Subekti, yang menyatakan bahwa prinsip konsensualisme terdapat dalam Pasal 1320 KUHPdt. jo 1338 KUHPdt.<sup>75</sup> Sementara itu, Rutten menggaris bawahi bahwa perjanjian yang dibuat itu pada umumnya bukan secara formil tetapi konsensual, artinya perjanjian itu selesai karena persesuaian kehendak atau konsensus semata-mata.<sup>76</sup> Dengan demikian prinsip konsensualisme merupakan ruh dari perjanjian, yang tersimpul dari kesepakatan para pihak.

---

<sup>74</sup> I.G.Rai Widjaya, *op.cit*, h.35

<sup>75</sup> Mariam Darus Badruzaman-II, *op.cit*, h.108-109

<sup>76</sup> *Ibid.*

Prinsip konsesualisme yang menekankan adanya “kata sepakat” sebenarnya berangkat dari asumsi, bahwa yang melakukan kontrak adalah orang yang menjunjung tinggi komitmen dan tanggung jawab dalam lalu lintas hukum, yang berhadapan dengan kontrak adalah para ‘*gentleman*’, maka akan terwujud juga ‘*gentleman agreement*’ diantara mereka. Pada akhirnya pemahaman terhadap prinsip ini, tidak terpaku sekedar mendasarkan pada kata sepakat saja, tetapi syarat-syarat lain yang dalam Pasal 1320 KUHPdt. dianggap telah terpenuhi sehingga kontrak tersebut menjadi sah.<sup>77</sup>

#### **1.6.4.4. Asas Transparansi**

Terminologi transparansi berasal dari kata transparan yang berarti terang, terbuka, dapat dilihat oleh semua orang. Prinsip transparansi menjamin akses secara bebas kepada setiap orang untuk memperoleh informasi tentang sesuatu hal. Dalam lapangan pemerintahan, prinsip transparansi penyelenggaraan pemerintahan, merupakan keterbukaan informasi tentang proses pembuatan kebijakan dan pelaksanaannya, serta hasil-hasil yang dicapai.<sup>78</sup> Transparansi menjamin adanya kebijakan terbuka bagi dilakukannya pengawasan. Dalam lapangan bisnis pada umumnya, keterbukaan informasi bisnis diharapkan akan

---

<sup>77</sup> Agus Yudha Hernoko, *op.cit*, h.107

<sup>78</sup> Buku Pedoman Penguatan Pengamanan Program Pembangunan Daerah, Bappenas dan Depdagri

menghasilkan persaingan bisnis yang sehat sehat, toleran, dan kebijakan dibuat berdasarkan preferensi publik.<sup>79</sup>

Substansi asas transparansi meliputi dua hal, yaitu: isi (*substantive*) dan prosedur (*procedure*).<sup>80</sup> Diantara kewajiban-kewajiban yang bersifat substantive itu adalah adanya keharusan badan-badan pemerintah menerapkan prinsip *The Most Favour Nation (MFN)* dan *national treatment*, misalnya dalam kontrak pengadaan barang dan jasa. Tujuannya adalah untuk mencegah adanya preferensi bagi penyedia barang dan jasa, sedangkan kewajiban prosedural, meliputi :

- a. Prosedur, baik yang bersifat terbuka, selektif maupun terbatas harus dilakukan secara terbuka dan transparan dan memberi kesempatan bagi seluruh peserta asing yang berminat;
- b. Transparansi dalam post-aware information;
- c. Penyediaan prosedur upaya hukum bagi pemasok dan kontraktor domestik dan asing yang terkait dengan kontrak yang melanggar AGP.

Dalam kaitannya dengan pembentukan kontrak, prinsip ini bekerja pada tahap menuju pembentukan kontrak, sehingga dapat dikatakan bahwa prinsip ini merupakan prinsip pembuka dan sekaligus untuk menguji keseriusan para pihak yang akan melakukan kontrak. Keterbukaan para pihak peserta kontrak menunjukkan adanya kesungguhan masing-masing pihak yang akan mengadakan kontrak. Oleh karena itu, asas ini dapat dijadikan dasar untuk menilai apakah niat atau kehendak para pihak sungguh-sungguh dalam membuat perjanjian.

---

<sup>79</sup>Meutiah Ganie-Rochman, dalam artikel berjudul “Good Governance: Prinsip, Komponen dan Penerapannya” dalam buku *Hak Asasi Manusia ( Penyelenggaraan Negara Yang Baik)*, Komnas HAM, Jakarta, 2000.

<sup>80</sup> Yohannes Sogar Simamora, *op.cit*, h.47

#### 1.6.4.5. Asas Proporsionalitas

Dalam praktek, prinsip proporsionalitas sering disamaartikan dengan prinsip keseimbangan, atau kesetaraan. Dalam kamus, istilah “keseimbangan” berarti keadaan seimbang (seimbang-sama berat, seimbang, sebanding, setimpal). Sedangkan kata “proporsionalitas’ atau ‘proporsional’ berarti sesuai dengan proporsi, sebanding, berimbang.<sup>81</sup> Sutan Remy Sjahdeini, Mariam Darus Badruzaman, Sri Gambir Melati Hatta, serta Ahmadi Miru, memberi makna azas keseimbangan sebagai keseimbangan posisi para pihak yang berkontrak<sup>82</sup>. Oleh karena itu, jika dalam kontrak terdapat ketidak seimbangan posisi, hak dan kewajiban para pihak, maka dapat dikatakan bahwa kontrak tersebut tidak proporsional.

Karakter kontrak komersial menempatkan posisi para pihak pada kesetaraan, sehingga tujuan para kontraktan yang berorientasi pada keuntungan bisnis akan terwujud, apabila terdapat pertukaran hak dan kewajiban yang *fair* (proporsionalitas). Ini berarti prinsip proporsionalitas tidak dilihat dari konteks keseimbangan matematis, tetapi pada proses dan mekanisme pertukaran hak dan kewajiban yang berlangsung *fair*.<sup>83</sup>

Menurut Lyons, suatu iklim kontrak yang sesungguhnya pada hakikatnya memberi peluang bagi perbedaan pendapat, tawar-menawar, atau bahkan

---

<sup>81</sup> Agus Yudha Hernoko, *op.cit.*, h.62

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> *Ibid.*, h.70

perbedaan-perbedaan yang relevan di antara para pihak.<sup>84</sup> Dalam proses seperti ini hasil dari suatu kesepakatan sungguh-sungguh merefleksikan kepentingan semua pihak. Berdasarkan pemahaman ini, prinsip proporsionalitas memiliki makna sebagai “*azas yang melandasi atau mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya.*”<sup>85</sup> Selanjutnya fungsi asas proporsionalitas dalam proses pembentukan dan pelaksanaan kontrak komersial, adalah sebagai berikut:

- a. Dalam tahap pra kontrak, prinsip proporsionalitas membuka peluang, negosiasi bagi para pihak untuk melakukan pertukaran hak dan kewajiban secara *fair*. Oleh karena itu adalah tidak proporsional dan harus ditolak proses negoisasi dengan itikad buruk;
- b. Dalam pembentukan kontrak, prinsip proporsionalitas menjamin kesetaraan hak serta kebebasan dalam menentukan/mengatur proporsi hak dan kewajiban para pihak berlangsung secara *fair*;
- c. Dalam pelaksanaan kontrak, prinsip proporsionalitas menjamin terwujudnya distribusi pertukaran hak dan kewajiban menurut proporsi yang disepakati/dibebankan pada para pihak;
- d. Dalam hal terjadi kegagalan dalam pelaksanaan kontrak, maka harus dinilai secara proporsional apakah kegagalan tersebut bersifat fundamental sehingga mengganggu pelaksanaan sebagian besar kontrak atau sekedar hal-hal yang sederhana/kesalahan kecil (*minor important*). Oleh karena itu, pengujian melalui prinsip proporsionalitas sangat menentukan dalil kegagalan pelaksanaan kontrak, agar jangan sampai terjadi penyalahgunaan oleh salah satu pihak dalam memanfaatkan klausul kegagalan pelaksanaan kontrak, semata-mata demi keuntungan salah satu pihak dengan merugikan pihak lain;
- e. Bila terjadi sengketa kontrak, prinsip proporsionalitas menekankan bahwa proporsi beban pembuktian kepada para pihak harus dibagi menurut pertimbangan yang *fair*.

Sehubungan dengan fungsinya yang demikian ini, maka tepat sekali kalau prinsip itikad baik menjadi pembatas asas kebebasan berkontrak. Seyogyanya

---

<sup>84</sup> Andre Ata Ujan, *Keadilan dan Demokrasi (Telaah Filsafat Politik John Rawls)*, Kanisius, Yogyakarta, 1999

<sup>85</sup> Agus Yudha Hernoko. *op.cit.*, h.73



asas itikad baik tidak perlu dituangkan dalam undang-undang, tetapi harus dikembangkan melalui putusan pengadilan, sebab karakteristik asas itikad baik dapat saja sewaktu-waktu berubah seiring dengan perkembangan peradaban masyarakat.

## **1.7. Penjelasan Konsep**

### **1.7.1. Konsep Keseimbangan Kepentingan Para Pihak**

Dalam era globalisasi, tuntutan kebutuhan dan kepentingan perlindungan anggota masyarakat dalam mewujudkan cita-cita *welfare state* memerlukan pranata hukum perundang-undangan yang semakin luas. Dalam teori neo klasik, tuntutan transformasi ekonomi tidak lagi sekedar mengejar pertumbuhan (*growth*), namun lebih jauh transformasi yang dituntut dan dikejar ialah suatu ruang lingkup kehidupan yang menyangkut kebutuhan pokok masyarakat global, regional, dan nasional yang berdimensi pada:

#### 1) Keadilan;

Yaitu berupa pola pembangunan yang mampu menopang keseimbangan antara yang terlalu banyak dan yang terlalu sedikit mengkonsumsi sumber daya bumi. Sehingga terwujud pembagian yang merata dalam peran ekonomi serta penguasaan sumber daya dan kegiatan ekonomi yang merata di seluruh lapisan masyarakat. Kekuatan ekonomi tidak bertumpuk secara sentries di tangan segelintir manusia yang menimbulkan kesenjangan yang merusak cita-cita orde ekonomi *Self Government Enterprise* atau ekonomi kebersamaan.

## 2) Berkelanjutan

Yaitu menuntut peningkatan hasil produksi ekonomi tidak sewenang-wenang menguras habis-habisan sumber daya bumi dan kemampuan ekosistem. Tetapi yang dikehendaki agar setiap generasi mengakui kewajiban untuk memelihara sumber daya bumi dan ekosistem sebagai hak yang harus dipelihara untuk generasi berikutnya.

## 3) Ketercakupan

Yaitu memberi dan membuka kesempatan yang seluas-luasnya bagi seluruh lapisan masyarakat ikut serta berperan dalam kehidupan ekonomi untuk mencapai peningkatan kesejahteraan. Tidak hanya sekedar memberi kesempatan kepada kelompok kecil yang bersifat sentralistis, yang akan menimbulkan kesenjangan dan konflik sosial. Cita-cita ke arah pembangunan ekonomi yang berkeadilan, berkelanjutan dan ketercakupan yang dituntut nilai-nilai globalisasi memerlukan berbagai peraturan perundang-undangan yang cepat, seiring perubahan yang sangat cepat dalam ekonomi global<sup>86</sup>.

Secara umum, hukum mempunyai tujuan untuk menciptakan adanya keseimbangan kepentingan berupa kepastian hukum sehingga lahirnya keadilan yang proporsional dalam masyarakat yang sejahtera. Fungsi keseimbangan itu juga meliputi tatanan kehidupan ekonomi masyarakat dalam rangka memenuhi

---

<sup>86</sup>M. Yahya Harahap, *Pengembangan Yurisprudensi Tetap, Makalah dalam Seminar Hukum Nasional IV*, dimuat dalam *Pustaka Peradilan Jilid VIII, Proyek Pembinaan Tehnis Yustisial Mahkamah Agung RI*, 1995, h.35-36.

kebutuhannya. Tatanan keseimbangan tersebut sangat penting untuk diwujudkan dalam tatanan ekonomi dalam bentuk peraturan perundang-undangan. Bagi Indonesia, tatanan hukum haruslah bersumber pada nilai-nilai Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 sebagai norma dasar (*ground norm*), yang berfungsi sebagai sumber hukum tertinggi.

Pada Pembukaan dan Batang Tubuh Undang-Undang Dasar NRI 1945, terkandung asas-asas hukum, baik yang bersifat umum maupun khusus di bidang hukum ekonomi dan kesejahteraan, sebagai berikut:

- 1) Yang tersurat dan tersirat dari Pembukaan Undang-Undang Dasar NRI 1945 :
  - a. asas pengakuan atas Ketuhanan Yang Maha Esa
  - b. asas pengayoman terhadap tanah air, bangsa, dan Negara
  - c. asas kemakmuran yang adil dan beradab.
  - d. asas kesejahteraan sosial.
  - e. asas kebebasan yang berperikemanusiaan dan berperikeadilan.
  - f. asas demokrasi untuk musyawarah dan mufakat.
- 2) Yang tersurat dalam Batang Tubuh Undang-Undang Dasar NRI 1945, yaitu :
  - a. asas persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan.
  - b. asas perlindungan kepentingan ekonomi yang menguasai hajat hidup orang banyak.
  - c. asas keutamaan kemakmuran rakyat.
  - d. asas demokrasi ekonomi.

- e. asas persamaan hak atas kesempatan kerja dan penghidupan yang layak.
- f. asas perlindungan fakir miskin dan anak terlantar.
- g. asas kekeluargaan.

3) Yang tersirat dalam Penjelasan Undang-Undang Dasar 1945 :

- a. asas negara hukum.
- b. asas pengakuan hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum nasional disamping undang-undang dan yurisprudensi tetap.
- c. asas hirarki peraturan perundang-undangan.
- d. asas pemeliharaan budi pekerti luhur.

Asas-asas hukum tersebut seharusnya diserap dan ditempatkan dalam ketentuan peraturan perundang-undangan di Indonesia, baik secara langsung tersurat dalam pasal-pasalannya, maupun sebagai asas dan tujuan dari peraturan tersebut. Dengan demikian dapat diharapkan hukum mampu berfungsi dalam mewujudkan masyarakat adil dan makmur, atau paling tidak tercapainya keseimbangan kepentingan dalam masyarakat.

### **1.7.2. Konsep Kontrak Bisnis**

Istilah kontrak bisnis dapat dipahami melalui pengertian kontrak dalam lapangan hukum perdata. Sebagaimana disebutkan di dalam teori perjanjian, bahwa kontrak merupakan bagian dari perjanjian. Terminologi kontrak sering diberikan pengertian sebagai perbuatan mengikatkan diri antara para pihak untuk mewujudkan kehendak bersama secara timbal balik.

Kontrak berasal dari istilah “*contract*” (Inggris). Lawrence Friedman mengartikan “*contract of law*” sebagai: “*The body of law that by and large concerns voluntary agreements. ...a contract is a bargain or agreement between two people (or more) to do some work, to buy or sell goods...which one person or company promise to do in exchange or a counterpromise...*”.<sup>87</sup> Sedangkan menurut *Anglo-American Jurisprudence*, diberi pengertian sebagai: “*a promise or set of promises for breach of which the law gives a remedy, or performance of which the law in some way recognizes as a duty.*”<sup>88</sup> Selanjutnya dalam Black’s Law Dictionary, *contract* adalah: “*An Agreement between two or more persons which creates an obligation to do or not to do a peculiar thing*”.<sup>89</sup>

Kontrak bisnis dapat dimaknai sebagai perjanjian-perjanjian antara dua pihak atau lebih dalam lapangan hukum usaha atau bisnis. Kontrak bisnis juga dapat diberikan pengertian sebagai persetujuan atau perjanjian antara dua orang atau lebih yang bertujuan untuk menimbulkan hak dan kewajiban dalam lapangan kegiatan usaha atau kegiatan bisnis. Kontrak juga dapat berarti persetujuan untuk saling melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Kontrak sesungguhnya selalu dikaitkan dengan kegiatan atau kegiatan yang bersifat komersial, sedangkan istilah perjanjian ruang lingkupnya lebih luas. Meski mempunyai kesamaan pengertian.

---

<sup>87</sup> Lawrence M.Friedman, *Pengantar Hukum Amerika (Amerika Law An Introduction)*, Penerjemah Whisnu Basuki, Jakarta, Tata Nusa, 2001, h.96

<sup>88</sup> J. Beatson, *Anson’s Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p.2.

<sup>89</sup> Campbell Henry Black, *Black’s law Dictionary*, West Publishing, Co., St.Paul Minn, 1990.

Menurut I.G.Rai Widjaya, kontrak adalah perjanjian yang dituangkan dalam tulisan atau perjanjian tertulis atau surat. Artinya, jika ingin membicarakan kontrak, dengan sendirinya akan banyak berurusan dengan surat-surat. Contohnya surat kuasa, surat pernyataan, surat penunjukkan, surat persetujuan, dan banyak lagi.<sup>90</sup> Menurut Ahmadi Miru, kontrak merupakan suatu peristiwa yang konkret dan dapat diamati, baik itu kontrak yang dilakukan secara tertulis maupun tidak tertulis.<sup>91</sup>

### **1.7.3. Konsep Menempatkan Keseimbangan Yang Setara Dalam Berkontrak**

Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, disusun berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 serta berdasarkan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum. Dalam Undang-Undang Dasar NRI 1945, pasal 33 ayat (1) disebutkan : bahwa “perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan.” Esensi dari pasal ini adalah perekonomian Indonesia berorientasi pada ekonomi kerakyatan, yang merupakan penjabaran yuridis konstitusional dari amanat yang terkandung di dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar NRI 1945, yakni mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

---

<sup>90</sup> I.G.Rai Widjaya, *Merancang Suatu Kontrak (Contract Drafting)*, Kesaint Blanc, 2004, h. 3.

<sup>91</sup> Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak Perancangan Kontrak*, PT RajaGrafindo Persada, 2007, h. 3.

Adanya persaingan bebas yang ditandai dengan terbukanya sistem ekonomi pasar memang membawa dampak positif bagi efisiensi para pelaku usaha dalam menjalankan kegiatannya, sehingga perusahaan yang tidak efisien akan mudah tersingkir. Namun dalam kenyataannya, terjadi perusahaan yang memiliki modal kuat, berpengalaman dan trampil akan cepat menguasai pasar dengan jalan menyalahgunakan kemudahan-kemudahan ekonomi untuk memperoleh kekuatan pasar dengan menciptakan hambatan-hambatan dalam perdagangan, menaikkan harga, dan atau membatasi produksi barang dan jasa.

Hal ini tentu akan membawa kerugian bagi para pelaku usaha lain terutama pelaku usaha kecil, begitu juga bagi konsumen akan mendapat kerugian karena produsen (perusahaan) dapat memperlakukan distribusi barang atau jasa dan menetapkan harga sesuai yang dikehendaki pelaku usaha dan pada akhirnya perekonomian hanya akan dipengaruhi oleh kekuatan para pelaku usaha besar tersebut.

Menurut Joachim Bornkamm dan Mirko Becker, ukuran penilaian dalam hukum persaingan yang terpenting adalah bertolak dari tugasnya untuk melindungi berfungsinya persaingan usaha. Selanjutnya dikatakan bahwa tujuan umum dari persaingan usaha adalah terkait dengan berbagai fungsi, yaitu :

- a. Membentuk desentralisasi kekuatan ekonomi. Persaingan usaha yang berfungsi dengan baik mengakibatkan desentralisasi kekuatan ekonomi. Suatu tatanan ekonomi yang mampu memberikan kepuasan kepada semua pihak, jika tidak ada pelaku usaha yang dengan kekuatannya

mampu menggantikan mekanisme penyeimbang kepentingan dalam tawar-menawar perjanjian dengan penentuan sepihak.

- b. Mengembangkan fungsi politik industrial yang mendorong usaha kecil menengah. Hal ini merupakan akibat dari terpolanya sistem desentralisasi kekuatan ekonomi yang merata dan tidak terpusat pada satu kekuatan ekonomi saja.
- c. Memberikan alokasi yang optimal pada faktor ekonomi. Persaingan usaha yang sehat memungkinkan alokasi optimal dari faktor ekonomi. Hal ini berarti bahwa faktor-faktor produksi dialirkan ke proses produksi barang-barang yang umumnya paling dibutuhkan atau diharapkan oleh konsumen. Di sisi lain faktor-faktor produksi tersebut masing-masing dimanfaatkan pada bagian dimana hasil khususnya yaitu produktifitas mencapai titik maksimum, karena disanalah pelaku usaha mendapatkan manfaat maksimal dari pengolahan faktor produksi dan memperoleh keuntungan yang sepadan. Penggunaan faktor produksi yang efisien ini mencegah pemborosan penggunaan sumber daya alam dalam perekonomian. Dengan itu juga sekaligus perekonomian hanya akan menghasilkan barang-barang yang membawa manfaat maksimal bagi konsumen.
- d. Persaingan usaha yang sehat akan menimbulkan kedaulatan konsumen dalam memilih produk. Konsumen bisa bebas untuk memilih produk-produk dengan kualitas dan harga yang terbaik bagi mereka.



- e. Sebagai salah satu instrumen perlindungan konsumen. Karena persaingan usaha antar pelaku usaha, mendorong para pelaku usaha untuk menawarkan produk dengan kualitas yang terbaik dengan harga serendah mungkin (fungsi pendorong).
- f. Persaingan usaha sehat dapat berfungsi mendorong perkembangan teknologi.

Untuk mendapat keberhasilan dalam persaingan usaha, maka para pelaku usaha didorong untuk melakukan pengembangan teknologi baru dan meningkatkan produktifitasnya melalui inovasi. Sebuah persaingan usaha yang berfungsi dengan baik memungkinkan pelaku pasar untuk tampil secara otonom di pasar. Masing-masing pelaku usaha dapat menentukan tindakan bisnisnya tanpa tergantung pada campur tangan atau pengaruh pihak lain. Sehingga sepenuhnya tergantung pada mekanisme pasar. Akhirnya dengan semakin ketat persaingan usaha akan mengakibatkan harga yang ditawarkan kepada konsumen juga semakin rendah.<sup>92</sup> Dengan diterapkannya asas keseimbangan dalam praktek persaingan usaha, maka para pelaku usaha akan dapat menjalankan kegiatan secara fair, tidak terjadi kemungkinan pemusatan kekuatan ekonomi pada satu pihak saja, para pengusaha akan menerapkan efisiensi produksi maupun pemasaran hasil, dan konsumen mempunyai banyak pilihan dalam menentukan barang yang akan dibeli dengan harga serendah mungkin.

---

<sup>92</sup>Joachim Bornkamm & Mirko Becker, *Hukum Kartel Indonesia*, Naskah Seminar Hukum Kartel Indonesia, 2006, h.1.

#### **1.7.4. Konsep Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah**

Pengadaan barang dan jasa pemerintah adalah pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah yang dilakukan dengan cara melibatkan masyarakat yang memenuhi persyaratan, yang selanjutnya disebut penyedia jasa. Pengadaan barang dan jasa ini dapat dilakukan melalui tender pekerjaan atau lelang pekerjaan, maupun yang dilakukan melalui penunjukan. Mekanisme demikian diatur di dalam peraturan perundang-undangan. Peraturan pengadaan barang dan jasa ini terus berubah untuk disesuaikan dengan perkembangan yang ada, baik mekanisme maupun persyaratan yang diperlukan.

Ruang lingkup pengadaan barang dan jasa dapat dipahami melalui Pasal 2 ayat (1) Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Di dalam ketentuan pasal ini menentukan, bahwa ruang lingkup dari pengadaan barang dan jasa pemerintah meliputi:

- a. Pengadaan Barang/Jasa di lingkungan K/L/D/I yang pembiayaannya baik sebagian atau seluruhnya bersumber dari APBN/APBD, dan
- b. Pengadaan Barang/Jasa untuk investasi di lingkungan Bank Indonesia, Badan Hukum Milik Negara dan Badan Usaha Milik Negara/Badan Usaha Milik Daerah yang pembiayaannya sebagian atau seluruhnya dibebankan pada APBN/APBD.

Selanjutnya Pasal 4 Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, menentukan bahwa pengadaan barang/jasa pemerintah terdiri atas:

a. Pengadaan barang

Pengadaan barang, merupakan pengadaan barang-barang yang dibutuhkan oleh pemerintah yang digunakan pelayanan masyarakat. Barang dalam hubungannya dengan pengadaan barang dan jasa pemerintah meliputi bahan baku, barang setengah jadi, barang jadi atau peralatan, dan makhluk hidup.

b. Pengadaan pekerjaan atau konstruksi

Pengadaan pekerjaan atau konstruksi, adalah pekerjaan yang ada hubungannya dengan kegiatan pengadaan bangunan atau konstruksi sebagai sarana pelayanan masyarakat. Konstruksi sebagaimana dimaksud dalam pengadaan barang dapat terdiri atas pendirian bangunan yang utuh atau keseluruhan, dan dapat juga terdiri atas sebagian bangunan saja. Secara garis besar pengadaan pekerjaan atau konstruksi ini dibagi menjadi dua, yaitu :

1. Pelaksanaan konstruksi bangunan

Meliputi keseluruhan atau sebagian kegiatan arsitektur, sipil, mekanik, elektrik, dan tata lingkungan. Setiap pekerjaan tersebut disertai dengan kelengkapan dalam mewujudkan pembangunan yang diinginkan.

2. Pembangunan fisik lainnya

Meliputi keseluruhan atau sebagian bangunan dalam hal konstruksi bangunan alat transportasi, pembukaan lahan, penggalian atau penataan lahan, perakitan komponen yang berhubungan dengan alat-alat pabrik, pekerjaan penghancuran dan pembersihan, serta pekerjaan penghijauan taman.

c. Pengadaan jasa konsultasi

Pengadaan jasa konsultasi adalah jasa layanan profesional dari perseorangan atau lembaga yang memiliki keahlian tertentu dalam berbagai bidang keilmuan. Jasa konsultasi ini mengutamakan pemikiran atau pola pikir yang akan dilakukan untuk menunjang kinerja instansi K/L/D/I dan instansi lain milik pemerintah. Berikut ini adalah beberapa jasa yang termasuk dalam jasa konsultasi:

1. Jasa rekayasa, memuat pemikiran tentang bagaimana mengubah atau menambah kapasitas alat yang berhubungan dengan mesin.
2. Jasa perencanaan, perancangan, dan pengawasan, saling berkaitan untuk diaplikasikan dalam bidang selain konstruksi karena jasa konstruksi sudah diatur tersendiri. Bidang yang dibuka untuk direncanakan, dirancang, dan diawasi mencakup semua bidang kehidupan dan jasa keahlian profesi yang membutuhkan keahlian tertentu seperti jasa penasihat, jasa penilaian, jasa pendampingan, jasa bantuan teknis, jasa konsultan manajemen dan jasa konsultan hukum.

d. Pengadaan jasa lainnya

Pengadaan jasa lainnya ini meliputi jasa yang mengutamakan keterampilan, antara lain;

1. Jasa catering;
2. Jasa cleaning service;
3. Jasa outsourcing;

4. Jasa asuransi, perbankan, dan keuangan;
5. Jasa layanan kesehatan;
6. Jasa pendidikan, pengembangan SDM, dan kependudukan;
7. Jasa iklan dan penerangan;
8. Jasa pencetakan dan penjilidan buku atau makalah;
9. Jasa pemeliharaan atau perbaikan barang-barang inventaris;
10. Jasa pemeliharaan gedung dari hama, fooging, dan pemeliharaan lain;
11. Jasa pengepakan dan ekspedisi;
12. Jasa konveksi;
13. Jasa ekspor-impor;
14. Jasa penulisan buku atau makalah dan terjemahan;
15. Jasa penyewaan;
16. Jasa penyelaman;
17. Jasa akomodasi dan transportasi penumpang;
18. Jasa pelaksanaan dan transaksi instrument keuangan tertentu;
19. Jasa event organizer;
20. Jasa pengamanan dan pengelolaan asset; serta
21. Jasa pos, telekomunikasi, dan internet.

Dalam Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, menentukan bahwa, pengadaan barang dan jasa harus dilaksanakan berdasarkan pada prinsip-prinsip efisien, efektif, keterbukaan, bersaing, adil/tidak diskriminatif, dan akuntabel. Berdasarkan pada prinsip ini

diharapkan dapat meningkatkan kepercayaan masyarakat dalam proses Pengadaan Barang/Jasa. Dengan prinsip-prinsip demikian diharapkan hasilnya dapat dipertanggung jawabkan kepada masyarakat, baik dari segi administrasi, teknis dan keuangan. Dalam ketentuan Pasal 5 Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dijelaskan:

- a. Efisien, berarti Pengadaan Barang/Jasa harus diusahakan dengan menggunakan dana dan daya yang minimum untuk mencapai kualitas dan sasaran dalam waktu yang ditetapkan atau menggunakan dana yang telah ditetapkan untuk mencapai hasil dan sasaran dengan kualitas yang maksimum.
- b. Efektif, berarti Pengadaan Barang/Jasa harus sesuai dengan kebutuhan dan sasaran yang telah ditetapkan serta memberikan manfaat yang sebesar-besarnya. Transparan, berarti semua ketentuan dan informasi mengenai Pengadaan Barang/Jasa bersifat jelas dan dapat diketahui secara luas oleh Penyedia Barang/Jasa yang berminat serta oleh masyarakat pada umumnya. Terbuka, berarti Pengadaan Barang/Jasa dapat diikuti oleh semua Penyedia Barang/Jasa yang memenuhi persyaratan/kriteria tertentu berdasarkan ketentuan dan prosedur yang jelas.
- c. Bersaing, berarti Pengadaan Barang/Jasa harus dilakukan melalui persaingan yang sehat di antara sebanyak mungkin Penyedia Barang/Jasa yang setara dan memenuhi persyaratan, sehingga dapat diperoleh

Barang/Jasa yang ditawarkan secara kompetitif dan tidak ada intervensi yang mengganggu terciptanya mekanisme pasar dalam Pengadaan Barang/Jasa.

- d. Adil/tidak diskriminatif, berarti memberikan perlakuan yang sama bagi semua calon Penyedia Barang/Jasa dan tidak mengarah untuk memberi keuntungan kepada pihak tertentu, dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional.
- e. Akuntabel, berarti harus sesuai dengan aturan dan ketentuan yang terkait dengan Pengadaan Barang/Jasa sehingga dapat dipertanggungjawabkan.

Prinsip-prinsip dalam pengadaan barang dan jasa tersebut merupakan dasar bagi penyelenggaraan pengadaan barang dan jasa pemerintah. Oleh karena itu, prinsip-prinsip ini harus tercermin di dalam semua aktifitas pengadaan barang dan jasa, sejak proses pengadaan, baik pada saat proses pelelangan yang dilakukan oleh pemerintah. Penggunaan prinsip-prinsip ini didasarkan atas pengalaman pengadaan barang dan jasa di masa lampau, yang banyak diwarnai dengan ketidakadilan, kecurangan, dan juga penyalahgunaan kewenangan oleh yang memiliki otoritas pengadaan barang dan jasa pemerintah.

Pada masa yang lalu, pada umumnya pemenang lelang adalah orang-orang yang memiliki koneksi kedekatan dengan kekuasaan. Tidak jarang dengan menggunakan hubungan kedekatan ini, pemenang lelang sudah dapat dipastikan, sehingga setiap pergantian penguasa sudah dapat diprediksi siapa yang akan memenangkan lelang pengadaan barang dan jasa. Di masa lalu praktek kolusi,

korupsi, dan nepotisme, hampir seselalu terjadi dalam pengadaan barang dan jasa, yang pada akhirnya menurunkan kualitas barang dan jasa yang dihasilkan, karena anggaran sudah berkurang. Penyedia barang dan jasa sebagai pemenang tender dan sekaligus pelaksana proyek sering terlibat dengan urusan hukum karena dugaan korupsi yang merugikan negara.

Hal ini disebabkan oleh tidak adanya prinsip-prinsip yang mendasari pengadaan barang dan jasa pemerintah, seperti tidak adanya prinsip transparansi dan akuntabilitas publik. Berdasarkan alasan-alasan itulah, maka pada saat ini perubahan terhadap peraturan perundang-undangan tentang pengadaan barang dan jasa, terus dilakukan, dan terakhir dengan Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dan perubahan-perubahannya, yang diharapkan dapat menjamin kualitas pengadaan barang dan jasa pemerintah dapat dilakukan dengan baik.

#### **1.7.5. Konsep Perkembangan Hukum Persaingan Usaha**

Gagasan untuk menerapkan Undang-Undang Antimonopoli dan mengharamkan kegiatan pengusaha yang curang telah dimulai sejak lima puluh tahun sebelum masehi. Peraturan Roma yang melarang tindakan pencatutan atau mengambil untung secara berlebihan, dan tindakan bersama yang mempengaruhi perdagangan jagung . Pada tahun 1349 di Inggris telah ditetapkan Piagam Magna Charta yang didalamnya antara lain mengatur pengembangan prinsip-prinsip yang berkaitan dengan *restrawint of trade* atau pengekangan dalam perdagangan yang



mengharamkan monopoli dan perjanjian-perjanjian yang membatasi kebebasan individual untuk berkompetisi secara jujur.

Dalam perkembangan selanjutnya, Sherman Act yang ditetapkan oleh Amerika Serikat pada tahun 1890 dianggap merupakan *basic antitrust* yang mengharamkan terjadinya diskriminasi harga, kemudian Sherman Act diikuti pula dengan the Clayton Act. Pada tahun 1947 Amerika Serikat yang memenangkan Perang Dunia II berhasil memaksa Jepang untuk menerapkan undang-undang anti monopoli guna meredam pertumbuhan konglomerat yang disebut *Zaibatsu* yang telah dimanfaatkan oleh pemerintah Jepang sebagai pendukung peperangan di Asia Timur dan Asia Tenggara. Undang-undang anti monopoli Jepang tidak mencakup larangan-larangan persaingan curang, karena di Jepang hal tersebut diatur tersendiri dalam undang-undang Anti Persaingan Curang yang disebut *FuseikyoshoBoshihou*.<sup>93</sup>

Perkembangan undang-undang anti monopoli selanjutnya menjadi kebutuhan negara-negara non-sosialis atau negara-negara yang menjalankan bisnis secara modern yang memperhatikan pentingnya persaingan dilakukan secara jujur dan sehat, termasuk di negara berkembang seperti Indonesia. Di Indonesia gagasan akan perlunya Undang-Undang Antimonopoli dan Anti Persaingan Curang pernah disampaikan oleh para pakar di bidang ekonomi dan hukum ekonomi, setidaknya

---

<sup>93</sup>.Insan Budi Maulana, *Catatan Singkat Undang-Undang No.5 Tahun 1999tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*,PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, h.5.

sejak ditetapkannya Undang-Undang No. 5 tahun 1984 tentang Perindustrian. Pada Pasal 7 ayat (2) dan ayat (3) undang-undang tersebut menyatakan bahwa pemerintah melakukan pengaturan, pembinaan dan pengembangan terhadap industri untuk mewujudkan perkembangan industri yang lebih baik, secara sehat dan berhasil guna, mencegah pemusatan atau penguasaan industri oleh satu kelompok atau perorangan dalam bentuk monopoli yang merugikan masyarakat. Realitanya dalam praktek sangat bertolak belakang dengan undang-undang.

Dalam masa pemerintahan orde baru, keadaan ekonomi yang terjadi di Indonesia diwarnai tindakan-tindakan yang bersifat monopolistic dan persaingan yang curang (*Unfair business practices*), misalnya pembentukan Badan Penyangga dan Pemasaran Cengkeh (BPPC) pada tahun 1991 yang memberikan kewenangan tunggal dalam membeli cengkeh dari para petani cengkeh dan kewenangan tunggal untuk menjual kepada para produsen rokok.

Begitu juga dengan pengaturan Tata Niaga Jeruk dan pemberian banyak kemudahan fasilitas pada pendirian PT.Timor dengan dalih untuk pembangunan nasional, menciptakan efisiensi dan kemampuan bersaing walaupun sebenarnya tidak demikian. Hal itu terjadi karena kekuasaan Orde Baru yang terlalu kuat dalam bidang politik, ekonomi, sosial maupun hukum. Keinginan agar Indonesia mempunyai Undang-Undang yang mengatur larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat itu muncul sebagai bagian dari diskusi dan perdebatan yang dilakukan oleh lembaga pendidikan tinggi, partai politik, lembaga swadaya masyarakat dan instansi pemerintah.

Beberapa upaya yang dalam rangka penyusunan Undang-Undang Antimonopoli itu antara lain oleh Kantor Menteri Koordinator Bidang Ekonomi, Keuangan dan Industri bersama Menteri Kehakiman. Upaya yang serupa dilakukan pula oleh Departemen Perdagangan bekerja sama dengan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, yang menghasilkan draf hukum yang berjudul “Persaingan Usaha Yang Sehat” atau “*Healthy Business Competition*”. Namun berbagai usulan atau draf mengenai Undang-Undang Antimonopoli itu tidak mendapat tanggapan yang serius dan memadai dari Dewan Perwakilan Rakyat pada masa itu dengan berbagai alasan antara lain kurangnya komitmen politik untuk melakukan pemberantasan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.<sup>94</sup>

Saat reformasi mulai bergulir maka pada tanggal 29 Juli 1998 Pemerintah Indonesia dan *International Monetary Found (IMF)* telah menandatangani *Letter of Intent (LOI)*. Hal ini merupakan jalan bagi terbentuknya undang-undang anti monopoli di Indonesia, karena dalam *Letter of Intent* tersebut pemerintah Indonesia diperkenankan untuk mengajukan draf mengenai undang-undang anti monopoli kepada Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dalam waktu selambat-lambatnya sampai dengan bulan Desember 1998.

Dan pada tanggal 18 Februari 1999 Undang-Undang No.5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang

---

<sup>94</sup> Hermansyah, *op.cit*, h. 54.

dibuat atas dukungan IMF, telah disetujui oleh DPR dan selanjutnya pada tanggal 5 Maret 1999 ditandatangani oleh Presiden. Undang-undang ini mulai berlaku terhitung 1 (satu) tahun sejak tanggal diundangkan, yang berarti bahwa Undang-Undang No.5 tahun 1999 mulai berlaku efektif sejak tanggal 5 Maret 2000.

#### **1.7.6. Konsep Kepentingan Dalam Persaingan Usaha**

Setiap Negara mempunyai tujuan bagi bangsanya. Bagi bangsa Indonesia tujuan Negara tercantum dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, pada alinea ke empat menyebutkan sebagai berikut; melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Bahwa pengaturan tindak lanjut dari cita-cita bangsa Indonesia tersebut, dituangkan dalam ketentuan pasal-pasal Undang-Undang dasar 1945. Tujuan bangsa Indonesia khususnya untuk memajukan kesejahteraan umum, merupakan tujuan umum dalam pembangunan di bidang ekonomi. Selanjutnya dalam Pasal 33 UUD 1945 menentukan bahwa:

- (1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar asas kekeluargaan.
- (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi Negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh Negara.
- (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh Negara dan digunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

- (4) Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip keadilan, kebersamaan, efisiensi, berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

Undang-Undang Larangan Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang merupakan salah satu peraturan perundangan di bidang ekonomi, menempatkan asas demokrasi ekonomi dan asas keseimbangan, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 2 Undang-Undang Larangan Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, menentukan sebagai berikut: “pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum.” Sesuai dengan tata urutan perundang-undang, maka setiap produk perundang-undang tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila dan Undang-Undang Dasar NRI 1945.

Bertolak dari pemikiran tersebut, maka diperoleh tolok ukur atas asas keseimbangan kepentingan yang terdapat dalam ketentuan pasal 2 Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat terhadap nilai-nilai yang terkandung dalam Undang-Undang Dasar NRI 1945, khususnya terhadap asas demokrasi ekonomi dengan prinsip keadilan, kebersamaan, efisiensi, asas keseimbangan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan dan dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

Adapun kriteria yang dapat digunakan untuk menentukan asas keseimbangan kepentingan dalam hukum persaingan usaha, dapat diukur dari beberapa tolok ukur keseimbangan sebagai berikut :

a. Asas Monodualistik

Menurut asas Monodualistik, keseimbangan diletakkan dan diukur antara kepentingan masyarakat (umum) dengan kepentingan individu. Bahwa dalam kaitannya dengan hukum persaingan usaha, asas monodualistik ditempatkan dalam posisi :

1. Keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dengan kepentingan umum (masyarakat),
2. Keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha satu dengan pelaku usaha lainnya.
3. Keseimbangan antara nilai kepastian hukum dan keadilan.
4. Keseimbangan antara pertumbuhan ekonomi dan penegakan hukum.
5. Keseimbangan antara nilai ekonomi (*economics value* ) dan nilai social (*social value*).
6. Keseimbangan antara asas legalitas formal dan legalitas materiel.

Dalam dunia hukum, banyak istilah yang digunakan untuk bidang hukum persaingan usaha (*Competition Law*) seperti hukum antimonopoly (*antimonopoly law*) dan hukum antitrust (*antitrust law*). Di Indonesia secara resmi digunakan istilah Persaingan Usaha sebagaimana ditentukan dalam Undang-Undang No. 5

Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Menurut Arie Siswanto, yang dimaksud dengan hukum persaingan usaha (*competition law*) adalah instrumen hukum yang menentukan tentang persaingan itu harus dilakukan. Hukum persaingan usaha adalah seperangkat aturan hukum yang mengatur mengenai segala aspek yang berkaitan dengan persaingan usaha, yang mencakup hal-hal yang boleh dilakukan dan hal-hal yang dilarang dilakukan oleh pelaku usaha.<sup>95</sup> Sedangkan dalam Kamus Lengkap ekonomi yang ditulis oleh Christopher Pass dan Bryan Lowes, yang dimaksud dengan *Competition Laws* (hukum persaingan) adalah bagian dari perundang-undangan yang mengatur tentang monopoli, penggabungan dan pengambilalihan, perjanjian perdagangan yang membatasi dan praktik anti persaingan.<sup>96</sup>

Dari berbagai pengertian tersebut, dapat digambarkan bahwa ruang lingkup hukum persaingan usaha adalah hal-hal yang berhubungan dengan perilaku para pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya, agar usaha yang dijalankan tersebut tidak merugikan kepentingan orang/pihak lain (umum), dan selaras dengan tujuan yang hendak dicapai oleh undang-undang. Oleh karena itu, ketaatan

---

<sup>95</sup>Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2004, h .3

<sup>96</sup>Christopher Pass & Bryan Lowes, *Kamus Lengkap Ekonomi, Edisi Kedua*, Erlangga,

terhadap asas dan ketentuan persaingan usaha tidak sehat dan larangan praktek monopoli menjadi sangat penting.

## **1.8. Metode Penelitian**

### **1.8.1. Jenis Penelitian**

Jenis penelitian disertasi ini adalah penelitian hukum normatif, yaitu penelitian hukum yang menitik beratkan pada telaah hukum tertulis atau hukum positif dari berbagai aspek, yaitu aspek teori, filosofi, dan dogmatikanya. Dengan telaah menggunakan aspek filsafat, teori dan dogmatikanya, diharapkan dapat menjelaskan permasalahan yang dirumuskan dalam penelitian dan penulisan disertasi ini. Penelitian hukum normatif tidak mempelajari aspek terapan atau implementasinya dan karena tidak mengkaji aspek terapan atau implementasinya, maka penelitian hukum normatif sering juga disebut “penelitian hukum dogmatik” atau “penelitian hukum teoritis” (*dogmatic or theoretical law research*).<sup>97</sup>

Di samping itu, penelitian ini juga menelaah asas-asas hukum, khususnya asas-asas dalam kontrak konsumen (*consumer contract*), sebab penelitian dan penulisan disertasi ini menitikberatkan pada asas dalam perjanjian pada umumnya, dan kontrak konsumen (*consumer contract*). khususnya terkait dengan kontrak-kontrak bisnis yang dilakukan antara pihak-pihak yang bertujuan untuk mewujudkan keinginannya secara timbal balik, dalam hal ini prestasi yang diinginkannya.

---

<sup>97</sup>Johnny Ibrahim, 2006, Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif, Malang: Bayumedia Publishing, h.295.



### 1.8.2. Pendekatan Masalah

Dalam penelitian ini menggunakan pendekatan filosofis (*pilosopichal approach*), pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konsep (*conseptual approach*), serta pendekatan kasus (*case approach*). Pendekatan filosofis (*pilosopichal approach*) digunakan terkait dengan telaah filosofis yang mendasari pentingnya asas keseimbangan dalam sebuah kontrak bisnis. Dengan pendekatan filosofis diharapkan mampu menjelaskan mengenai filosofi makna dan hakekad pentingnya asas keseimbangan dalam sebuah kontrak bisnis.

Selanjutnya penggunaan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), terkait dengan jenis penelitian disertasi ini, yaitu penelitian hukum normatif yang menitik beratkan pada telaah hukum positif dan hukum perundang-undangan, serta asas-asas hukum kontrak. Oleh karena itu, pendekatan ini kiranya tepat untuk menganalisis peraturan perundang-undangan yang terkait dengan kontrak-kontrak yang dijadikan contoh dalam penelitian disertasi ini.

Selanjutnya penggunaan pendekatan konsep (*conseptual approach*) berkaitan dengan konsep-konsep hukum yang digunakan dalam penelitian dan penulisan disertasi ini. Sebagaimana diketahui bahwa penelitian hukum normatif banyak menggunakan konsep-konsep hukum yang berkaitan dengan objek penelitian, sehingga pemahaman terhadap konsep-konsep hukum menjadi penting dalam penelitian disertasi ini.

Pendekatan kasus (*case study*) juga digunakan dalam penelitian disertasi ini, khususnya yang berkaitan dengan kasus-kasus kontrak konsumen (*consumer contract*) yang dijadikan contoh dalam penelitian disertasi ini, baik kasus kontrak antara pemerintah dengan penyedia jasa dalam rangka pengadaan barang dan atau jasa pemerintah, maupun kontrak antara produsen dengan distributor, demikian juga kontak antara sesama pelaku usaha. Dengan pendekatan kasus ini diharapkan dapat lebih memberikan gambaran yang konkrit mengenai penggunaan asas-asas dalam kontrak konsumen (*consumer contract*).

### **1.8.3. Sumber Bahan Hukum**

Sumber bahan hukum dalam penelitian disertasi ini terdiri atas sumber bahan hukum primer dan sumber bahan hukum sekunder. Sumber bahan hukum primer merupakan sumber bahan hukum yang bersifat mengikat, yaitu peraturan perundang-undangan, yang terdiri atas:

- 1) Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945
- 2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
- 3) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara.
- 4) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen
- 4) Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 Tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Bebas Korupsi dan Kolusi.
- 5) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan

Transaksi Elektronik

- 6) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPdt)
- 7) Keputusan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/  
Jasa Pemerintah
- 8) Peraturan Pemerintah Nomor 57 Tahun 2001 tentang Badan  
Perlindungan Konsumen Nasional.
- 9) Peraturan Pemerintah Nomor 57 Tahun 2001 tentang Badan  
Perlindungan Konsumen Nasional
- 10) Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2001 tentang Pembinaan dan  
Pengawasan Penyelenggaraan Perlindungan Konsumen

Sedangkan sumber bahan hukum sekunder merupakan sumber bahan hukum dan dapat dipergunakan untuk membantu menjelaskan sumber bahan hukum primer, yang terdiri atas: buku-buku referensi yang berkaitan dengan permasalahan yang sedang diteliti, dan juga bahan-bahan hukum lainnya yang berkaitan dengan permasalahan dalam disertasi ini, khususnya yang berkaitan dengan asas keseimbangan. Di samping itu, juga digunakan jurnal-jurnal ilmiah tentang hukum bisnis.

Di samping menggunakan bahan hukum primer dan sekunder juga digunakan sumber bahan hukum tersier, yang terdiri dari bahan-bahan yang memberikan petunjuk terhadap bahan hukum primer dan sekunder, berupa kamus umum, kamus hukum dan kamus ekonomi.

#### **1.8.4. Teknik Pengumpulan dan Pengolahan Bahan Hukum**

Pengumpulan bahan hukum dalam penelitian disertasi ini, menggunakan beberapa metode, yang dimulai dengan melakukan telaah atau kajian pustaka (*literaturarydisertases*), dan dari hasil telaah atau kajian bahan pustaka, baik berupa hasil telaah referensi maupun telaah peraturan perundang-undangan tersebut selanjutnya dikumpulkan, dipilih dan dipilah sesuai dengan sifatnya untuk selanjutnya digunakan sebagai bahan analisis permasalahan yang dirumuskan dalam penelitian ini. Untuk sementara bahan-bahan hukum yang kurang relevan disisihkan, dan jika diperlukan maka bahan-bahan hukum tersebut dimanfaatkan kembali.

#### **1.8.5. Analisis Bahan Hukum**

Analisa bahan hukum yang digunakan dalam penelitian dan penulisan disertasi ini adalah analisis yuridis normatif. Hal ini berkaitan dengan jenis penelitian yang dilakukan, yaitu penelitian terhadap peraturan perundang-undangan dan penelitian asas hukum. Hasil telaah buku-buku referensi dan peraturan perundang-undangan tersebut kemudian dihubungkan dengan asas-asas hukum khususnya hukum kontrak dengan tujuan untuk menjelaskan eksistensi asas keseimbangan dalam kontrak konsumen (*consumer contract*), menjawab permasalahan ke dua yaitu alasan mengenai diabaikannya asas keseimbangan dalam kontrak konsumen (*consumer contract*). Untuk memperoleh hasil analisis yang memuaskan, maka analisis ini mendasarkan pada penggunaan argumentasi hukum (*legal argumentation*), dan penalaran hukum (*legal reasoning*).

### **1.9. Sistematika Pertanggungjawaban Penulisan**

Bab I: Pendahuluan, dalam bab ini memuat Latar Belakang Permasalahan yang mendasari ide dan alasan pentingnya penulisan ini, Rumusan Masalah, Tujuan Dan Kegunaan Penelitian, Manfaat Penelitian, Orisinalias, dan kemudian Landasan Teori dan Penjelasan Konsep. Di samping itu, dalam bab I juga disajikan tentang Metode Penelitian yang di dalamnya berisi Tipe Penelitian, Pendekatan Masalah, Sumber Bahan Hukum, Teknik Pengumpulan Dan Pengolahan Bahan Hukum, Serta Analisis Bahan Hukum.

BAB II dengan judul bab Eksistensi Asas Keseimbangan Dalam Kontrak Konsumen, di dalamnya diuraikan tentang, Kedudukan Hukum Para Pihak Dalam Kontrak Konsumen (*consumer contract*), Perjanjian Merupakan Perwujudan Kehendak Para Pihak, Prinsip Keadilan Dalam Kontrak Konsumen, Kontrak Konsumen Dalam Perspektif Teori Keadilan, Hakekad Kontrak Konsumen Sebagai Kontrak Baku, Kebebasan Kontrak Konsumen, Jenis –jenis perjanjian, Kecenderungan Penggunaan Klausul Baku Dalam Kontrak Konsumen, Penggunaan Asas-asas Perjanjian dalam kontrak konsumen Bentuk – bentuk Kontrak konsumen sebagai kontrak bisnis, Eksistensi Asas Keseimbangan Dalam Kontrak Konsumen, yang di dalamnya menjelaskan tentang Penggunaan Klausul Baku Dalam Kontrak Konsumen, Karakter Asas Keseimbangan Dalam Kontrak Konsumen, Fungsi Asas Keseimbangan Dalam Kontrak Konsumen, Asas Keseimbangan Tidak Terhapus Oleh Asas Kebebasan Berkontrak, Asas Keseimbangan Tidak Terhapus Oleh Klausul Eksonerasi, Perwujudan Asas

Keseimbangan Dalam Kontrak Konsumen, Analisis Kontrak Konsumen Pengadaan Barang, yang di dalamnya menjelaskan tentang Klausul Baku Dalam Kontrak Konsumen Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah, Akibat Hukum Penggunaan Klausul Baku Dalam Kontrak Konsumen, Penggunaan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Kontrak Konsumen Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah.

BAB III dengan judul bab Pengabaian Asas Keseimbangan Dalam Kontrak Konsumen. Di dalam Bab III ini diuraikan mengenai Keseimbangan Hak dan Kewajiban Para Pihak Dalam Kontak Konsumen, Faktor-faktor Penyebab Diabaikannya Asas Keseimbangan Dalam Kontrak Konsumen, yang di dalamnya memuat sub bab tentang Kedudukan Para Pihak Yang Tidak Seimbang, Perkembangan Dunia Bisnis Yang Sangat Pesat, Persaingan Usaha Tidak Sehat, Praktek Monopoli, Bentuk-bentuk Monopoli, yang memuat penjelasan tentang Larangan Monopoli yang Bersifat Perse Illegal, Larangan Yang Bersifat *Rule of Reason*, dan memuat sub bab Hukum Perdata Bersifat Mengatur (*aanfulen recht*), Juga menjelaskan mengenai Hubungan Hukum yang Ideal Dalam Kontrak Konsumen, Asas Keseimbangan Dalam Kontrak Konsumen Antara Produsen dan Konsumen, Asas Keseimbangan Sebagai Upaya Melindungi Konsumen Dalam Kontrak *E-Commerce*, Asas Keseimbangan Harus Diperjuangkan Dalam Kontrak Konsumen, Asas Keseimbangan Dalam Kontrak Konsumen yang Ideal, Perkembangan Penggunaan Asas Keseimbangan Dalam Kontrak Konsumen, Beberapa Pertimbangan Penggunaan Klausul Eksonerasi

Dalam Kontrak Konsumen, Analisis Putusan Pengadilan Terkait Penggunaan Asas Keseimbangan.

Bab IV dengan judul bab Penutup, di dalamnya menjelaskan tentang kesimpulan dari hasil pembahasan dan rekomendasi untuk ditindaklanjuti.