

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Kontrak merupakan wadah yang tepat yang memberikan keuntungan-keuntungan bagi mereka untuk mengakomodasi kepentingan-kepentingan mereka dalam dunia bisnis. *Burgerlijk Wetboek* (selanjutnya disebut BW) memberi pengertian *overeenkomst* (perjanjian) yang sama dengan *contract* (kontrak) dalam judul Buku III BW tentang “Perikatan-Perikatan yang Lahir dari Kontrak atau Perjanjian.”¹ Pasal 1313 BW, perjanjian adalah “suatu perbuatan dengan mana pihak yang satu atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.” Pada dasarnya, hukum kontrak memberikan kebebasan yang seluas-luasnya kepada para pihak yang membuatnya untuk membuat kontrak sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, kesusilaan, dan ketertiban umum.²

Dalam membuat kontrak harus memenuhi syarat-syarat keabsahan kontrak berdasarkan Pasal 1320 BW, yaitu

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
2. Kecakapan atau kewenangan untuk membuat suatu perikatan;
3. Suatu hal tertentu;
4. Suatu sebab yang diperbolehkan.

¹ Y. Sogar Simamora, *Hukum Kontrak Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia*, Laksbang Pressindo, Surabaya, 2017, h. 24; Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Cetakan III, Kencana, Rawamangun-Jakarta, 2013, (selanjutnya disebut Agus Yudha Hernoko I), h. 1; Moch Isnaeni, *Selintas Pintas Hukum Perikatan (Bagian Umum)*, Revka Petra Media, Surabaya, 2017 (selanjutnya disebut Moch. Isnaeni I), h. 116-117.

² Agus Yudha Hernoko I, *Op.Cit.*, h. 13.

Syarat-syarat keabsahan kontrak kesepakatan dan kecakapan/kewenangan termasuk dalam syarat subjektif sedangkan hal/objek dan sebab/causa termasuk dalam syarat objektif.³ Jika syarat subjektif tidak terpenuhi, maka akibat hukumnya adalah dapat dibatalkan (*vernietigbaar*) sedangkan untuk syarat objektif tidak dipenuhi berakibat batal demi hukum (*nieteg*).⁴

Setelah kontrak terbentuk secara sah, para pihak dalam kontrak wajib untuk melakukan kewajiban-kewajibannya (pemenuhan prestasi). Bentuk-bentuk prestasi berdasarkan Pasal 1234 BW adalah memberikan sesuatu, berbuat sesuatu, dan tidak berbuat sesuatu. Pemenuhan prestasi ditentukan oleh faktor otonom dan faktor heteronom dalam hal menganalisis daya mengikatnya suatu kontrak.⁵

Faktor otonom merupakan faktor utama atau “faktor penentu primer” dalam menentukan isi kontrak, yang bersumber dari para pihak yang saling menentukan hak dan kewajiban mereka sesuai dengan kehendak mereka berdasarkan Pasal 1338 ayat (1) dan ayat (2) dan Pasal 1339 BW.⁶ Faktor heteronom merupakan faktor yang bersumber dari luar para pihak dan berada di urutan setelah faktor otonom dalam menentukan daya mengikat kontrak.⁷ Dalam Pasal 1339 BW dan 1347 BW, faktor heteronom merupakan faktor penentu subsider yang terdiri dari:⁸

1. syarat yang biasa diperjanjikan (*bestendig gebruikelijk beding*);

³ *Ibid.*, h. 160.

⁴ *Ibid.*, h. 161.

⁵ J. H. Nieuwenhuis, *Pokok-pokok Hukum Perikatan* (terjemahan Djasadin Saragih), Surabaya, 1985, h. 38.

⁶ Moch. Isnaeni, *Seberkas Diorama Hukum Kontrak*, Revka Petra Media, Surabaya, 2018 (selanjutnya disebut Moch. Isnaeni II), h. 244; Leonora Bakarbesy dan Ghansam Anand, *Buku Ajar Hukum Perikatan*, Zifatama Jawara, Sidoarjo, 2018, h. 167; Agus Yudha Hernoko I, *Op.Cit.*, h. 245.

⁷ Moch. Isnaeni II, *Op.Cit.*, h. 255; Leonora Bakarbesy dan Ghansam Anand, *Op. Cit.*, h. 170.

⁸ Leonora Bakarbesy dan Ghansam Anand, *Op.Cit.*, h. 171; Agus Yudha Hernoko I, *Loc.Cit.*

2. kepatutan;
3. kebiasaan; dan
4. peraturan perundang-undangan.

Jadi, Pasal 1338 BW dan Pasal 1339 BW menegaskan bahwa kontrak mengikat apabila para pihak menghendaki dan didasarkan pada sifat kontrak, kepatutan, kebiasaan, dan peraturan perundang-undang sehingga merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dalam pembuatan hingga pelaksanaan kontrak.

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, biasa berarti “lazim; umum; seperti sediakala (sebagai yang sudah-sudah); sudah merupakan hal yang tidak terpisahkan dari kehidupan sehari-hari; dan sudah menjadi adat.” Dalam *AMO INSTITUTE OF SCIENCES Dutch Law Encyclopedic Dictionary*, syarat yang biasa diperjanjikan (*bestendig gebruikelijke bedingen* dalam Bahasa Inggris disebut *permanent usual terms*) adalah syarat-syarat yang digunakan suatu pihak secara terus menerus dan teratur dalam transaksi-transaksi.⁹ Pengertian berikutnya adalah ketentuan-ketentuan yang merupakan aturan-aturan untuk kontrak-kontrak tertentu, tanpa peraturan perundang-undangan mengatur hal-hal tersebut, seperti aturan-aturan dalam transportasi, yang secara diam-diam dimasukkan ke dalam perjanjian meskipun aturan-aturan tersebut tidak diatur secara tegas.¹⁰

Di Indonesia, syarat yang biasa diperjanjikan dapat ditemukan di Pasal 1339 BW, yaitu “suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat

⁹ *AMO INSTITUTE OF SCIENCES Dutch Law Encyclopedic Dictionary*, [https://www.juridischwoordenboek.nl/zoek/bestendig gebruikelijke bedingen](https://www.juridischwoordenboek.nl/zoek/bestendig_gebruikelijke_bedingen), diakses pada 7 November 2021.

¹⁰ *Ibid.*

perjanjian, diharuskan oleh kepututan, kebiasaan, atau undang-undang”; dan Pasal 1347 BW, yaitu “hal-hal yang, menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam perjanjian, meskipun tidak dengan tegas dinyatakan.” Kata-kata “segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh ... kebiasaan ...” dan “hal-hal yang, menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan” menunjukkan adanya konsep syarat yang biasa diperjanjikan. Berdasarkan gabungan kata-kata dalam kedua Pasal tersebut, kita dapat menemukan adanya syarat yang biasa diperjanjikan dalam hukum kontrak Indonesia.

Akan tetapi, hingga sekarang masih belum ada penjelasan syarat yang biasa diperjanjikan di BW Indonesia, termasuk syarat, batasan, kedudukannya, dan penegakkannya dalam hukum kontrak di Indonesia. Dengan belum diaturnya lebih lanjut mengenai syarat yang biasa diperjanjikan dalam hukum kontrak Indonesia, kekosongan hukum terjadi. Akibatnya tidak dapat tercapainya ketidakpastian hukum dan keadilan dalam masyarakat bisnis. Dalam dunia bisnis, banyak hal-hal yang dilakukan berdasarkan kebiasaan atau kelaziman dalam tahap-tahap prakontraktual, pembuatan kontrak, dan pelaksanaan kontrak, seperti menentukan klausul nilai deposit atau uang jaminan beserta cara pembayarannya dalam kontrak sewa menyewa benda bergerak dan tidak bergerak. Hal tersebut tidak diatur oleh BW, tetapi sesuai dengan perkembangan zaman bisnis yang bersangkutan yang mengakibatkan klausul tersebut berpotensi menjadi syarat yang biasa diperjanjikan, baik di masyarakat bisnis maupun di pengadilan. Jika syarat yang biasa

diperjanjikan belum jelas diatur di dalam BW, maka kita merujuk pada doktrin yang berhubungan dengan syarat yang biasa diperjanjikan.

Menurut Scholten, syarat yang biasa diperjanjikan hanya memiliki pengertian tersendiri apabila syarat yang biasa diperjanjikan itu memiliki bentuk tertentu, sebagai *clause de style* yang secara terus-menerus digunakan dalam kontrak-kontrak tertulis.¹¹ Menurut Subekti, hal-hal yang selalu diperjanjikan menurut kebiasaan dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam perjanjian, meskipun tidak dengan tegas dinyatakan.¹² Sebagai akibat dianggap telah diperjanjikan atau menjadi bagian dari perjanjian yang berhubungan, maka hal yang berdasarkan kebiasaan selalu diperjanjikan itu bisa menyimpangi suatu Pasal undang-undang yang merupakan hukum pelengkap (*aanvulend recht*).¹³

Hukum kontrak Indonesia semula berasal dari hukum kontrak Belanda berdasarkan konkordansi sehingga konsep syarat yang biasa diperjanjikan ditemukan pertama kali di BW lama Belanda. Pasal 1383 BW lama Belanda mengatur secara eksplisit syarat yang biasa diperjanjikan, yaitu “*Bestendig gebruikelijke bedingen worden geacht stilzwijgend in de overeenkomst te zijn begrepen, schoon dezelve daarbij niet is uitgedrukt.*” Pasal tersebut juga berhubungan dengan Pasal 1375 BW lama Belanda yang mengatur faktor heteronom, termasuk syarat yang biasa diperjanjikan, yaitu “*Overeenkomsten verbinden niet alleen tot datgene hetwelk uitdrukkelijk bij dezelve bepaald is, maar ook tot al hetgeen dat, naar den aard van dezelve overeenkomsten, door de*

¹¹ Agus Yudha Hernoko I, *Op.Cit.*, h. 255.

¹² R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet Ke-20, Internusa, Jakarta, 2004 (selanjutnya disebut R. Subekti I), h. 40.

¹³ *Ibid.*

billijkheid, het gebruik of de wet, wordt gevorderd.” Dalam *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (NBW), tidak ada ketentuan mengenai syarat yang biasa diperjanjikan. Akan tetapi, makna-makna dalam NBW masih melekat pada syarat yang biasa diperjanjikan tersebut.¹⁴ Hal tersebut dapat disimak dalam kasus *Van der Ven/Stevens*, Hoge Raad memutus sebagai berikut:

*“3.3. 's Hofs door dit onderdeel bestreden oordeel is gebaseerd op het juiste uitgangspunt dat voor het slagen van een beroep op een bestendig gebruikelijk beding in ieder geval is vereist dat uit de stellingen van de partij die zich op dat beding beroept, voortvloeit dat de wederpartij ermee bekend was of had behoren te begrijpen dat, ingeval zij op dit punt zou zwijgen, het beding als bestendig gebruikelijk van toepassing zou zijn...”*¹⁵

Terjemahan bebasnya sebagai berikut:

“3.3. Putusan Pengadilan yang diuji didasarkan pada premise yang benar bahwa keberhasilan mendasarkan pada syarat yang biasa diperjanjikan menyaratkan bahwa pernyataan pihak yang mendasarkan pada ketentuan tersebut mengakibatkan pihak yang lain menyetujui dengan ketentuan tersebut atau dianggap menyetujui, dan apabila hal tersebut tidak ditegaskan, maka ketentuan tersebut tetap berlaku ...”

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, syarat yang biasa diperjanjikan masih ditemukan dalam hukum kontrak Belanda meskipun tidak diatur dalam NBW. Konsep syarat yang biasa diperjanjikan hanya ditemukan di Hukum Kontrak Belanda dan Indonesia. Di negara-negara penganut *common law* dan di *lex mercatoria*, syarat yang biasa diperjanjikan tidak diatur, meskipun hukum kontraknya didominasi oleh kebiasaan (*custom, usage, dan practice*) dan praktik terbaik (*best practice*) dalam masyarakat bisnis.

¹⁴ Arthur S. Hartkamp and Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – Verbintenissenrecht, Algemeen Overeenkomstenrecht, derde gedeelte*, Kluwer, 2010 (selanjutnya disebut Asser-Hartkamp & Sieburgh), h. 384.

¹⁵ Hoge Raad 21 September 1990 (*Van der Ven/Stevens*), NJ 1991, 799; Asser-Hartkamp & Sieburgh, *Loc.Cit.*

Selain di negara-negara *civil law* dan *common law*, ada *lex mercatoria* yang berurusan langsung dengan kebiasaan-kebiasaan dalam perdagangan internasional. Masa *lex mercatoria* yang disebut *Medieval Lex Mercatoria* atau *Old Lex Mercatoria* tumbuh dari abad ke 17 hingga abad ke 19. Dalam abad ke 19, *lex mercatoria* tersebut menghilang. Pada sekitar tahun 1960, *lex mercatoria* ditemukan kembali. Pada tahun sekitar 1960, Berthold Goldman¹⁶ memberi pengertian *lex mercatoria* sebagai “*a set of principles and customary rules spontaneously referred to or elaborated in a framework of international trade, without reference to a particular national system of law.*” Selanjutnya, Clift Schmittoff¹⁷ mengatakan bahwa *lex mercatoria* merupakan “*the uniform law developed by parallelism of action in the various national systems in an area of optional law in which the State, in principle, is disinterested.*” Berdasarkan penjelasan dari kedua ahli tersebut, inti definisi *lex mercatoria* adalah kebiasaan dan kepatutan umum dari masyarakat bisnis yang diimplementasikan pada praktik hukum dagang di berbagai negara, digunakan jika ada kekosongan (*gaps*) hukum. Selanjutnya, *lex mercatoria* berlaku jika para pihak menyisipkannya dalam kontrak mereka menurut prinsip *party autonomy*, tetapi *lex mercatoria* tidak merujuk pada hukum nasional tertentu untuk para pihak.

Lex mercatoria merupakan salah satu praktik kebiasaan yang mengikat karena telah menjadi hukum tertulis dengan adanya putusan hakim, arbitrase, atau klausul kontrak standar yang diterbitkan oleh organisasi hukum bisnis.¹⁸ *Lex*

¹⁶ Vanessa L.D. Wilkinson, “The New Lex Mercatoria, Reality or Academic Fantasy?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 2, No. 2, June 1995.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

mercatoria yang telah ditemukan tersebut bisa disebut *Modern Lex Mercatoria* atau *New Lex Mercatoria* (NLM) dengan memiliki karakteristik keberlakuan yang sama dengan *Medieval Lex Mercatoria*.¹⁹ Berdasarkan hal-hal tersebut, syarat yang biasa diperjanjikan hanya ada di Hukum Kontrak Belanda dan Indonesia.

Syarat yang biasa diperjanjikan tidak dapat dipisahkan dari ketentuan-ketentuan dalam BW. Dalam BW, terdapat pembagian jenis perjanjian, yaitu perjanjian bernama dan tidak bernama sesuai dengan Pasal 1319 BW, yaitu “Semua perjanjian, baik yang mempunyai nama khusus, maupun yang tidak terkenal dengan suatu nama tertentu, tunduk pada peraturan-peraturan umum, yang memuat di dalam bab ini dan bab yang lalu.” Ini menunjukkan bahwa dalam Buku III BW selain mengatur ketentuan terbuka, juga mengatur ketentuan memaksa, termasuk syarat-syarat keabsahan kontrak, faktor otonom, dan faktor heteronom.²⁰ Peraturan umum tersebut juga termasuk syarat yang biasa diperjanjikan. Dalam perjanjian bernama dan tidak bernama, juga tunduk pada syarat yang biasa diperjanjikan tersebut sesuai dengan perkembangan zaman.

Selanjutnya, syarat yang biasa diperjanjikan (*bestendig gebruikelijk beding*) dapat ditemukan di Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia (MA RI) Nomor 1245 K/Sip/1974 tanggal 9 November 1976 tentang penafsiran perjanjian yang menyebutkan:

“Pelaksanaan suatu perjanjian dan tafsiran suatu perjanjian, tidak dapat didasarkan semata-mata atas kata-kata dalam perjanjian tersebut *in casu* berdasarkan sifat dari pada bangunan lantai atas (*loods*) maka hal ini merupakan suatu “*bestendig en gebruikelijk beding*” terhadap pasal X dari

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Moch. Isnaeni I, h. 14.

perjanjian antara penggugat dan tergugat I (Pasal 1347 juncto Pasal 1339 KUH Perdata).”²¹

Selain itu, ada Putusan MA RI Nomor 3604 K/pdt/1985 tanggal 17 November 1987 yang menegaskan ulang atas pertimbangan hukum yang dikemukakan dalam Putusan MA RI Nomor 731 K/Sip/1975 tanggal 16 Desember 1976 tentang sifat pemberian kuasa dan menyinggung syarat yang biasa diperjanjikan mengenai kuasa mutlak sebagai berikut:

“Pasal 1813 KUHPerdata tidak bersifat limitatif dan juga tidak mengikat, yaitu kalau sifat dari perjanjian memang menghendakinya maka dapat ditentukan bahwa pemberian kuasa tak dapat dicabut kembali. Hal ini dimungkinkan karena pada umumnya pasal-pasal dari hukum perjanjian bersifat hukum yang mengatur mengenai pemberian kuasa yang tak dapat dicabut dan juga tidak batal karena meninggalnya pemberi kuasa, di Indonesia telah merupakan suatu *bestendig en gebruikelijk beding* sehingga tidak bertentangan dengan UU yaitu pasal 1339 dan pasal 1347 dan seterusnya KUHPerdata.”²²

Ada juga putusan MA RI yang berhubungan dengan Pasal 1347 BW, yaitu Putusan MA RI Nomor 2178 K/Pdt/2008 tanggal 12 September 2009 mengenai perkara antara PT Dwi Damai dengan PT Philips Indonesia mengenai pendistribusian dan penjualan produk-produk dengan merek Philips. Dalam koknsiderans putusan, hakim menyampaikan sebagai berikut:

“...bahwa setelah berakhirnya masa perjanjian kerja sama distributorship yang dimulai pada tanggal 1 Januari 2002 dan berakhir pada tanggal 31 Desember 2003, kedua belah pihak masih tetap melakukan perbuatan-perbuatan hukum yang dilaksanakan beritikad baik (*goeder trouw, bonafide*) seperti transaksi-transaksi pemesanan barang, pembayaran dan sebagainya, selayaknya perjanjian yang belum berakhir. Hal ini adalah mencerminkan adanya faktor Simbiosis-mutualistis, yaitu para pihak sama-sama membutuhkan peranan salah satu pihak. Dengan adanya perbuatan hukum yang dilakukan berupa transaksi-transaksi perdagangan biasa, maka secara

²¹ KLAPPER YURISPRUDENSI MAHKAMAH AGUNG REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1969 – 1984, Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jakarta, h. 64.

²² *Ibid.*, h. 65-66.

diam-diam kedua belah pihak telah menyatakan sepakat untuk dan oleh karena itu tunduk dan masuk kepada pembaharuan perjanjian distributorship tahap ke-2, yakni sebagaimana yang tercantum dalam Surat Perjanjian (Vide Bukti P-1) bahwa atas kesepakatan kedua belah pihak, perjanjian ini dapat diperbaharui untuk jangka waktu 3 (tiga) tahun berikutnya yakni sampai dengan tanggal 31 Desember 2006;”

Hakim-hakim ketika mempertimbangkan putusan-putusan tersebut didasarkan pada Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (selanjutnya disebut UU Kekuasaan Kehakiman) yang mengatur bahwa “Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.” Dalam hal ini, syarat yang biasa diperjanjikan merupakan hukum tak tertulis dan hakim telah mempertimbangkannya. Dengan kata lain, hakim-hakim telah melaksanakan kewajibannya, yaitu mendasarkan pada hukum tak tertulis.

Dalam putusan-putusan di atas, masih belum ada penjelasan lebih lanjut mengenai syarat yang biasa diperjanjikan. Belum ditemukannya suatu prinsip atau penjelasan hukum baru membuat fungsi hukum masih belum sesuai dengan perkembangan zaman. Suatu fungsi terpenting hukum adalah untuk berurusan dengan suatu bentuk tertentu ketidakpastian, yang lahir dari pengetahuan yang tidak lengkap oleh manusia mengenai kapan dan di mana kondisi-kondisi kekuasaan memaksa sistem hukum dapat dijalankan. Bentuk ketidakpastian ini dapat disebut ketidakpastian hukum. Ada yang berpendapat bahwa pengurangan ketidakpastian hukum mencegah kekacauan dan memungkinkan orang untuk berada di posisi untuk menemukan peraturan hukum dan memaksimalkan kebebasan orang tersebut.

Jadi, pengurangan ketidakpastian hukum menyaratkan peraturan hukum yang dibentuk dengan ketepatan dan maknanya yang jelas dan dimengerti oleh orang-orang dan pelaksana-pelaksana hukum.²³

Akan tetapi, pengurangan ketidakpastian hukum dapat berkonflik dengan keadilan dalam kasus perorangan, dan jadinya dapat secara tidak patut membatasi kebebasan perorangan karena aturan-aturan hukum yang jelas, tidak bermakna ganda, dan stabil dapat mencakup hanya ekspektasi-ekspektasi yang umum dan khusus masalah-masalah tersebut, dan mengakibatkan bahaya bahwa dalam pergantian keadaan, ekspektasi-ekspektasi orang-orang harus diabaikan tanpa kecuali masuk akal nya ekspektasi-ekspektasi tersebut.²⁴ Dengan kata lain, ketika ekspektasi-ekspektasi yang umum dan khusus masalah-masalah tersebut dapat dipertimbangkan, ekspektasi-ekspektasi yang timbul dari pengetahuan seseorang tentang keadaan-keadaan tertentu mengenai waktu dan tempat dapat diabaikan, sehingga hukum seharusnya menyediakan suatu mekanisme yang mencakup teknik-teknik fleksibilitas dan penyesuaian yang selaras dengan pendekatan pendapat optimistis kedua pada ketidakpastian untuk mencapai keadilan dalam kasus-kasus tertentu.

Ada suatu pertentangan antara pengurangan ketidakpastian hukum dan memberikan keadilan dalam suatu kasus tertentu pada suatu sistem hukum. Suatu sistem hukum timbul, ketika suatu rezim pemerintahan dapat menstabilkan ekspektasi-ekspektasi normatif orang-orang dengan membentuk suatu struktur

²³ Joseph Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", *Yale Law Journal*, New Haven, Connecticut, 81, 1972, h. 841-842.

²⁴ Frank Vischer, "The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts", *Recueil des Cours*, 142, 1974, h. 9.

yang tersendiri.²⁵ Ekspektasi-ekspektasi normatif ini harus koheren dan konsisten untuk sistem hukum untuk memberikan kepastian hukum. Akan tetapi, pertentangan tersebut berhubungan dengan perubahan dan kebutuhan untuk adaptasi dalam suatu masyarakat yang bersangkutan.

Ekspektasi-ekspektasi suatu orang bisa berubah dalam keadaan-keadaan tertentu dan berbeda dari ekspektasi-ekspektasi umum dan khusus. Dalam kasus-kasus ini, keadilan membuka kembali ruang yang telah ditutup oleh rutinitas putusan-putusan pengadilan dan mempertanyakan apakah, berdasarkan perubahan dalam ekspektasi-ekspektasi orang-orang pada keadaan-keadaan baru, kasus perlu untuk diputus berbeda.²⁶ Hal tersebut telah sejalan dengan Pasal 5 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman yang mengatur bahwa “hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.” Jadi hakim-hakim harus secara tepat mempertimbangkan dan memutus suatu perkara sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan untuk memenuhi ekspektasi-ekspektasi tersebut.

Fakta bahwa dalam semua sistem hukum, pembuat-pembuat hukum yang pada titik waktu tertentu telah memperbaiki sistem tersebut tidak berarti bahwa itu akan tidak berubah dan tertutup. Dalam konteks semua sistem liberal, yang meyakini pada kesempatan-kesempatan yang sistem tersebut sediakan untuk tindakan-tindakan yang tidak terkirakan dan tidak dapat diprediksi, suatu tindakan yang mengurangi ketidakpastian hukum akan bertujuan pada pencapaian suatu hasil

²⁵ Galf-Peter Calliess & Moritz C. Renner, “Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance”, *Ratio Juris*, 22, 2009, h. 261.

²⁶ Gunther Teubner, “Self-subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law?”, *Modern Law Review*, 72-1, January 2009, h. 13.

tertentu yang dapat diperkirakan, tetapi yang dicegah dengan itu tidak selalu akan diketahui. Jadi semua peningkatan-peningkatan menguntungkan untuk dibuat pada sistem yang ada harus bertahap dan dipimpin oleh suatu kumpulan prinsip-prinsip.²⁷ Pembuatan hukum benar-benar merupakan proses berkelanjutan, yang di dalamnya setiap langkah membuat sampai sekarang konsekuensi-konsekuensi yang tidak diperkirakan untuk apa yang harus dilakukan kemudian. Bagian-bagian suatu sistem hukum secara bertahap saling disesuaikan dengan penerapan berturut-turut prinsip-prinsip umum pada masalah-masalah khusus.

Berdasarkan hal tersebut di atas, syarat yang biasa diperjanjikan, meskipun dapat ditemukan dalam Pasal 1339 BW juncto 1347 BW yang berfungsi sebagai instrumen untuk mengesampingkan atau memodifikasi, atau menambahkan ketentuan-ketentuan umum maupun khusus dalam hukum kontrak, sampai sekarang masih belum ada syarat, batasan, kedudukannya, dan penegakkannya dalam hukum kontrak di Indonesia. Dengan ditemukannya suatu penjelasan lebih lanjut syarat yang biasa diperjanjikan, maka semua orang, termasuk masyarakat bisnis dan rakyat, dapat memahami konsep syarat yang biasa diperjanjikan. Selanjutnya, hakim dapat memutus suatu perkara kontrak dengan merujuk pada syarat yang biasa diperjanjikan yang relevan tanpa keragu-raguan dengan abstraksi-abstraksinya sehingga hakim dapat melaksanakan tugasnya dengan tepat.

²⁷ Friedrich A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Vol. 1: Rules and Order, Routledge, London, 1998, h. 55-56.

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan penjelasan di atas, maka yang diteliti tentang syarat yang biasa diperjanjikan dalam pemenuhan kewajiban kontraktual dengan rumusan masalah sebagai berikut:

1. Karakteristik Syarat yang Biasa Diperjanjikan Sebagai Salah Satu Faktor dalam Pemenuhan Kewajiban Kontraktual.
2. Interpretasi oleh Hakim untuk Memeriksa Syarat yang Biasa Diperjanjikan dalam Kontrak.

1.3 Tujuan Penelitian

1. Menemukan Karakteristik Syarat yang Biasa Diperjanjikan Sebagai Salah Satu Faktor dalam Pemenuhan Kewajiban Kontraktual.
2. Menemukan Dasar Hakim untuk Menafsirkan Syarat yang Biasa Diperjanjikan dalam Kontrak.

1.4 Manfaat Penelitian

1. Dari segi teoretis, berguna dalam mengembangkan ilmu hukum kontrak di Indonesia dengan:
 - a. memberikan temuan mengenai karakteristik syarat yang biasa diperjanjikan dalam pemenuhan kewajiban kontraktual dengan mempertimbangkan konsep-konsep hukum yang berlaku di luar Indonesia dan memiliki ciri-ciri yang mirip atau mendekati syarat yang biasa diperjanjikan; dan
 - b. memberikan temuan mengenai dasar hakim dalam menafsirkan syarat yang biasa diperjanjikan dalam kontrak dengan mengetahui

konsep-konsep hukum dalam sistem hukum yang sama atau berbeda dengan Indonesia yang berhubungan dengan syarat yang biasa diperjanjikan.

2. Dari segi praktis, berguna untuk membantu kaum praktisi, termasuk hakim, advokat, notaris, Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT), dan lain-lain, untuk menegakkan hukum mengenai syarat yang biasa diperjanjikan dalam hukum kontrak di Indonesia, khususnya mempelajari karakteristik syarat yang biasa diperjanjikan dalam pemenuhan kewajiban kontraktual dan dasar hakim dalam menafsirkan syarat yang biasa diperjanjikan dalam kontrak, dan lain-lain.

1.5 Originalitas Penelitian

Isu-isu hukum dalam bidang hukum kontrak sudah dibahas oleh banyak peneliti. Beberapa peneliti telah membahas isu-isu hukum dalam hukum kontrak. Dalam tingkatan Doktor, penelitian yang berkaitan dengan hukum kontrak adalah:

1. “Prinsip Hukum Kontrak dalam Pengadaan Barang dan Jasa oleh Pemerintah” oleh Yohanes Sogar Simamora di Universitas Airlangga tahun 2005, yang rumusan masalahnya mengenai prinsip hukum kontrak dalam pembuatan dan pelaksanaan kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah;
2. “Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial” oleh Agus Yudha Hernoko di Universitas Airlangga tahun 2007, yang rumusan masalahnya berkaitan dengan makna, fungsi, dan penerapan asas proporsionalitas dalam pra kontraktual, pembentukan, dan pelaksanaan kontrak komersial;

3. “Kebebasan Berkontrak dalam Pembuatan Perjanjian Kerja (suatu analisis perjanjian kerja pada sektor industri)” oleh Judiantoro di Universitas Indonesia tahun 2010 yang rumusan masalahnya mengenai penerapan dan faktor-faktor yang mempengaruhi penerapan asas kebebasan berkontrak dalam pembuatan dan pelaksanaan perjanjian kerja;
4. “Kewenangan Hakim Melakukan Penafsiran dalam Sengketa Kontrak” oleh Mohammad Zamroni di Universitas Airlangga tahun 2016 yang rumusan masalahnya adalah dasar kewenangan hakim mengadili sengketa kontrak, prinsip dan metode penafsiran kontrak, dan batas-batas kewenangan hakim melakukan penafsiran kontrak;
5. “Asas Itikad Baik Dalam Kontrak Kerja Konstruksi” oleh Barnabas Dumas Manery di Universitas Airlangga tahun 2017 yang rumusan masalahnya mengenai landasan filosofis asas itikad baik dan penerapannya dalam kontrak kerja konstruksi;
6. “Prinsip Otonomi Para Pihak Dalam Kontrak Elektronik Konsumen (*Electronic Consumer Contract*) Secara Transnasional” oleh Moh. Ali di Universitas Airlangga tahun 2018 yang rumusan masalahnya mengenai karakteristik *party autonomy* dalam kontrak konsumen elektronik transnasional, perlindungan hukum dalam penentuan hukum pilihan hukum pada kontrak konsumen elektronik transnasional, dan harmonisasi dan *ratio decidendi* hakim;
7. Asas Kebebasan Berkontrak, Fungsi Filosofis dan Fungsi Yuridis Kontrak, Serta Penyelesaian Sengketa Kontrak dalam Kontrak Kerja Konstruksi di

Indonesia oleh Muskibah di Universitas Gadjah Mada tahun 2018 yang rumusan masalahnya mengenai kebebasan berkontrak dalam kontrak kerja konstruksi, pemenuhan fungsi kontrak dalam kontrak kerja konstruksi, dan penyelesaian sengketa dalam kontrak kerja konstruksi;

8. “Prinsip Pembagian Beban Risiko *Overmacht* Dalam Kontrak” oleh Yory Yusran di Universitas Airlangga tahun 2019 yang rumusan masalahnya mengenai risiko akibat *overmacht* dalam kontrak, prinsip pembagian beban risiko dalam hukum kontrak, dan pendirian pengadilan dalam memeriksa dan mengadili pembagian beban risiko akibat *overmacht*; dan
9. “Asas Kebebasan Berkontrak dan Kedudukan Seimbang dalam Akta Para Pihak yang dibuat di Hadapan Notaris” oleh Herry Susanto di Universitas Gadjah Mada tahun 2020 yang rumusan masalahnya mengenai notaris seharusnya menjaga kepentingan para pihak agar memperoleh keseimbangan dalam perjanjian yang dituangkan dalam partij akte dan pengaturan yang ideal bagi notaris guna menjaga kepentingan para pihak agar tetap bebas dan seimbang.

Berdasarkan karya-karya di atas, penelitian yang berkaitan dengan syarat yang biasa diperjanjikan dan rumusan-rumusan masalahnya dalam hukum kontrak Indonesia belum ada yang meneliti dalam tingkatan Doktor karena penelitian membahas karakteristik syarat yang biasa diperjanjikan sebagai salah satu jenis faktor dalam pemenuhan kewajiban kontraktual dan interpretasi oleh hakim untuk memeriksa syarat yang biasa diperjanjikan dalam kontrak dan bahasan-bahasan tersebut tidak pernah ada di dalam disertasi lainnya.

1.6 Kerangka Teori

1.6.1 Pembentukan Kontrak

Kontrak merupakan dokumen persetujuan yang berbentuk tertulis maupun tidak tertulis yang berisi kehendak dan kesepakatan para pihak yang bersifat memberikan, tidak memberikan, atau melakukan sesuatu menurut prinsip pembagian hak dan kewajiban yang adil.²⁸ Dalam ilmu hukum kontrak, ada beberapa teori yang membahas mengenai hubungan kewajiban para pihak menurut Roscoe Pound, yaitu:²⁹

1. Teori hasrat (*will theory*), yaitu teori yang menjelaskan bahwa hasrat atau keinginan para pihak yang berjanji merupakan bagian terpenting berada di atas kewajiban para pihak;
2. Teori tawar-menawar (*bargain theory*), yaitu teori yang mengajarkan bahwa suatu kontrak hanya mengikat sesuai dengan hasil negosiasi para pihak. Teori ini merupakan perkembangan teori “sama nilai” (*equivalent theory*) dan selalu dipertimbangkan dalam negara *common law*;
3. Teori sama nilai (*equivalent theory*), yaitu teori yang menekankan bahwa kontrak mengikat apabila para pihak dalam kontrak memberikan prestasinya yang seimbang atau sama nilai. Teori ini didasarkan pada ajaran Laesio Enormos, yaitu suatu kerugian besar yang diderita oleh pihak penjual dalam harga kurang dari separuh dari harga barang yang dijual; dan

²⁸ Munir Fuady, *Hukum Kontrak: Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, h. 7-9.

²⁹ *Ibid.*

4. Teori kepercayaan merugi (*detrimental reliance theory*), yaitu teori yang menekankan bahwa kontrak sudah dianggap ada apabila dengan kontrak yang bersangkutan telah melahirkan kepercayaan untuk pihak terhadap siapa janji itu diberikan. Pihak yang menerima janji sebab kepercayaannya akan menderita kerugian bilamana janji itu tidak dilakukan.

Selanjutnya, ada empat teori yang mendasari pembentukan kontrak, yaitu:³⁰

1. Teori kontrak *de facto* atau *implied in-fact*, yaitu kontrak yang tidak pernah secara tegas tetapi ada secara kenyataan, dan pada prinsipnya dapat diterima sebagai kontrak yang sempurna;
2. Teori kontrak ekspresif, yaitu kontrak yang dinyatakan secara tegas oleh para pihak, baik tertulis maupun lisan, sepanjang memenuhi syarat-syarat sahnyanya kontrak;
3. Teori kontrak *promissory estoppel*, yang dianggap ada kesesuaian kehendak para pihak apabila pihak lainnya sudah melakukan sesuatu sebagai akibat perbuatan pihak lain yang dianggap merupakan tawaran untuk mengikatkan kepada kontrak; dan
4. Teori kontrak *quasi* atau *implied in law*, yaitu dalam hal-hal tertentu, jika syarat tertentu dipenuhi, hukum dapat menganggap adanya kontrak di antara para pihak dengan akibatnya yang secara nyata kontrak tidak pernah ada.

Secara klasik, teori kontrak yang lebih sering dijadikan dasar untuk suatu kontrak adalah teori hasrat, yang mendasari pada hasrat para pihak dalam kontrak itu dari pada yang secara sesungguhnya dilakukan, sedangkan teori benda

³⁰ *Ibid.*

menjelaskan kontrak merupakan suatu benda yang sudah ada keberadaannya secara objektif sebelum kontrak dilaksanakan. Teori kontrak sebagai benda memiliki bentuk jika dilakukan secara formal, seperti kontrak dibuat secara tertulis sehingga seolah-olah menjadi benda yang disebut kontrak itu adalah kertas yang berisi kontrak yang ditandatangani oleh para pihak berkontrak.

Dalam teori pelaksanaan, hal yang penting dan menentukan dalam kontrak adalah pelaksanaan kontrak, yang dilaksanakan oleh badan pengadilan atau badan penyelesaian sengeta lainnya. Hal ini disebabkan yang menjadi tujuan utama semua pembuatan kontrak adalah mendorong para pihak untuk membayar utangnya, memenuhi janjinya, dan berbuat benar dalam hubungan kontraktual. Dengan demikian perlu perbuatan yang dapat menghalangi wanprestasi (*deterrent effects*).

1.6.2 Faktor-faktor dalam Pemenuhan Kewajiban Kontraktual

Dalam hukum kontrak Indonesia, bentuk-bentuk kewajiban atau prestasi diatur dalam Pasal 1234 BW, yaitu memberikan sesuatu, berbuat sesuatu, dan tidak berbuat sesuatu. Kontrak baik tertulis maupun tidak tertulis berisi kewajiban-kewajiban para pihak yang telah disetujui. Dalam membentuk dan memenuhi kewajiban-kewajiban mereka, ada beberapa faktor, yaitu faktor otonom (internal) dan faktor heteronom (eksternal).

Faktor otonom merupakan faktor utama atau “faktor penentu primer” dalam menentukan isi kontrak, yang bersumber dari para pihak yang saling menentukan hak dan kewajiban mereka sesuai dengan kehendak mereka.³¹ Dalam menentukan

³¹ Moch. Isnaeni II, *Op.Cit.*, h. 244; Leonora Bakarbesy dan Ghansam Anand, *Op.Cit.*, h. 167; Agus Yudha Hernoko I, *Op.Cit.*, h. 245.

daya mengikat kontrak, faktor otonom berada pada urutan teratas. Dasar faktor otonom terletak pada Pasal 1338 (1) BW, yaitu “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.” Kontrak mengikat jika dibuat secara sah berdasarkan syarat keabsahan kontrak dalam Pasal 1320 BW, 1335 BW, dan 1337 BW dengan kekuatan mengikat yang sama dengan undang-undang yang bersifat bersifat memaksa bukan pelengkap. Berikutnya, Pasal 1338 (2) BW menentukan bahwa “kontrak itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang ditentukan oleh undang-undang.” Pasal 1338 (3) BW mengatakan bahwa kontrak “harus dilaksanakan dengan itikad baik.” Jadi, dapat disimpulkan dengan Pasal 1338 (2) dan (3) BW tersebut bahwa daya mengikatnya suatu kontrak didasarkan pada otonomi para pihak karena kesepakatan para pihak dan merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dalam pembuatan hingga pelaksanaan kontrak.

Pasal 1339 BW mengatur bahwa “Kontrak tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang secara tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat kontrak, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, dan undang-undang.” Secara *a-contrario*, Pasal 1339 BW bermakna:³²

1. Kontrak itu mengikat para pihak karena para pihak secara tegas memperjanjikannya sesuai dengan otonomi para pihak (faktor otonom); dan
2. Kekuatan mengikat kontrak juga didasarkan pada sifat kontrak, kepatutan, kebiasaan, dan undang-undang (faktor heteronom).

³² Agus Yudha Hernoko I, *Op.Cit.*, h. 246.

Pasal 1338 dan Pasal 1339 BW menegaskan bahwa kontrak mengikat apabila para pihak menghendaki.

Faktor Heteronom merupakan faktor yang bersumber dari luar para pihak dan berada di urutan setelah faktor otonom dalam menentukan daya mengikat kontrak.³³ Faktor heteronom yang merupakan faktor subsider dapat ditemukan didalam Pasal 1339 BW pada kata-kata sifat kontrak, keputusan, kebiasaan, dan undang-undang. Selain Pasal tersebut, faktor heteronom dapat ditemukan didalam Pasal 1347 BW, yaitu “hal-hal yang, menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam perjanjian, meskipun tidak dengan tegas dinyatakan.” Isi Pasal 1347 BW mengenai syarat-syarat yang biasa diperjanjikan (*bestendig gebruikelijk beding*) dan berhubungan dengan Pasal 1339 BW yang merujuk pada sifat kontrak. Apabila merujuk pada Pasal 1339 BW dan 1347 BW, faktor heteronom merupakan faktor penentu subsider yang terdiri dari:³⁴

1. syarat yang biasa diperjanjikan (*bestendig gebruikelijk beding*);
2. keputusan;
3. kebiasaan; dan
4. peraturan perundang-undangan.

1.6.3 *Practice, Custom, Usage, Trade Usage, dan Best Practice*

Dalam Bahasa Indonesia, *practice*, *custom*, dan *usage* memiliki arti yang sama, yaitu kebiasaan. Dalam *Black's Law Dictionary 10th Edition*,³⁵ *practice* adalah suatu cara, prosedur, perbuatan atau metode yang biasa dilakukan. *Comment*

³³ Moch. Isnaeni II, *Op.Cit.*, h. 255; Agus Yudha Hernoko I, *Op.Cit.*, h. 248.

³⁴ Leonora Bakarbesy dan Ghansam Anand, *Op.Cit.*, h. 171; Agus Yudha Hernoko I, *Loc.Cit.*

³⁵ Bryan A. Garner (Ed.), *Black's Law Dictionary 10th ed.*, West Group, 2014.

A Article 1:105 of Principles of European Contract Law – PECL menyebutkan bahwa *practice* adalah suatu keadaan dari suatu urusan yang timbul dari suatu tahap perbuatan sebelumnya pada suatu transaksi atau suatu jenis transaksi tertentu diantara para pihak.³⁶ *Practice* tersebut terbentuk ketika perbuatan mereka secara patut dianggap sebagai pengertian bersama.³⁷ Paragraf kesatu *Comment A Article 1:105 of PECL*, meskipun tidak merujuk pada *practice* yang disetujui, *practice* dapat dibuat menjadi bagian dari kontrak dengan secara khusus merujuk pada *practice* tersebut.

Menurut *Black's Law Dictionary 10th Edition*, *custom* adalah suatu perbuatan yang biasa dilakukan (*practice*) yang memiliki kekuatan hukum apabila perbuatan tersebut dilakukan secara terus menerus dalam jangka waktu yang cukup panjang dan diadopsi secara umum.³⁸ Selanjutnya, *usage* merupakan suatu metode yang biasa dilakukan (*practice*), diketahui secara luas dan seragam di dalam suatu profesi atau bisnis tertentu.³⁹ Dalam *PECL*, *usage* merupakan suatu rangkaian perbuatan yang dalam jangka waktu tertentu telah diadopsi secara bertahap oleh para pihak atau orang-orang dalam perdagangan atau suatu perdagangan tertentu. Dalam *PECL*, tidak dikenal istilah *custom*, tetapi *usage*. Dapat dikatakan bahwa menurut *PECL*, *custom* dan *usage* memiliki pengertian yang sama.⁴⁰ Akan tetapi, dalam *West's Encyclopedia of American Law edition 2*, *custom* dan *usage* dapat dibedakan

³⁶ F. W. Grosheide, "Scope of the Principles Art. 1:101-107", dalam Danny Busch et al, (Eds.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, h. 40.

³⁷ Bryan A. Garner (Ed.), *Loc. Cit.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ F. W. Grosheide, *Op. Cit.*, h. 40.

dalam hukum dagangnya.⁴¹ *Usage* merupakan pengulangan perbuatan-perbuatan sedangkan *custom* merupakan aturan atau aturan umum yang lahir dari pengulangan perbuatan-perbuatan tersebut. Suatu *usage* dapat berdiri tanpa adanya *custom*, tetapi *custom* tidak dapat lahir tanpa *usage* yang mendahuluinya atau melekat padanya. *Usage* memiliki kekuatan yang berasal dari persetujuan para pihak dari suatu transaksi dan dapat diterapkan hanya berdasarkan persetujuan para pihak tersebut. *Custom* memiliki kekuatan dari adopsi ke dalam suatu peraturan hukum dan dapat diterapkan tanpa persetujuan para pihak. Akan tetapi, dalam hukum yang berkembang, khususnya dalam bisnis, *usage* dan *custom* sering kali digabungkan atau dicampur menjadi satu oleh pengadilan untuk menilai apakah *practice*, *custom*, atau *usage* memiliki kekuatan hukum.⁴²

Selain *practice*, *custom*, dan *usage*, dikenal juga *best practice* (praktik terbaik). *Best practice* adalah suatu cara mulai atau bertindak suatu aktivitas tertentu, khususnya dalam bisnis, secara efisien dan efektif dengan optimal.⁴³ Pengertian selanjutnya adalah suatu penjelasan dari suatu cara mulai atau bertindak yang dibuat agar orang lain atau perusahaan lain bisa mempelajari dan mengikuti atau mematuhi sebagai suatu kelompok pedoman atau aturan-aturan. Perbedaan antara *practice* dan *best practice* adalah *practice* merupakan kebiasaan secara umum, sedangkan *best practice* adalah suatu cara terbaik yang diakui secara umum yang didasarkan pada kebiasaan. *Best practice* hanya bersifat internal untuk profesi yang bersangkutan dan tidak mengikat, lain dari pada hukum kebiasaan.⁴⁴

⁴¹ *West's Encyclopedia of American Law* edition 2., The Gale Group, Inc, 2008.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Bryan A. Garner (Ed.), *Loc. Cit.*.

⁴⁴ *Ibid.*

Di negara-negara *common law* dan *civil law*, suatu kebiasaan (*custom* atau *usage*) dapat memiliki kekuatan hukum yang mengikat apabila kebiasaan tersebut dilakukan dan dipatuhi secara terus-menerus dalam jangka waktu tertentu (*opinio juris sive necessitates*). Negara-negara *civil law*, seperti Indonesia, Belanda, Jerman, Perancis, dan lain-lain, tidak menggunakan Bahasa Inggris sebagai Bahasa nasional maupun resmi. Di Belanda (*gebruik* dan *gewoonte*), Jerman (*verkehrssitte*), Perancis (*d'usage*) tidak lahir dari konsep kebiasaan (*custom* dan *usage*) menurut *common law*. Jadi terjemahan-terjemahan dari bahasa-bahasa tersebut hanya mendekati, bukan persis. *Usage* dan *custom* yang merupakan istilah bahasa Inggris yang diterjemahkan menjadi kebiasaan tidak memiliki perbedaan yang jelas dan harus diahami dan mengetahui terminologi yang digunakan pada suatu proposisi yang berlaku di hukum masing-masing negara, dikenal atau diakui secara luas, seperti *trade usage* (kebiasaan perdagangan), dan sebagainya.

Berdasarkan *Black's Law Dictionary 10th Edition*, *trade usage* merupakan suatu prosedur atau metode yang biasa dilakukan (*practice*) atau cara bertransaksi yang dipatuhi secara teratur di dalam suatu wilayah, perdagangan, atau profesi, yang membenarkan suatu ekspektasi, dan yang akan dipatuhi di dalam transaksi yang bersangkutan.⁴⁵ Ruang lingkup *trade usage* adalah perdagangan. *Trade usage* biasanya dibentuk dengan testimoni ahli.⁴⁶

Berdasarkan penjelasan di atas, *practice*, *custom*, dan *usage* adalah kebiasaan dalam Bahasa Indonesia. Menurut *Comment A Article 1:105 of PECL*, perbedaan

⁴⁵ Bryan A. Garner (Ed.), *Loc. Cit.*

⁴⁶ *Ibid.*

usage dan *practice* adalah *practice* secara khusus merujuk pada hubungan para pihak dalam kontrak, sedangkan *usage* tidak. Dalam *Black's Law Dictionary 10th Edition*, *practice* merupakan komponen dari *custom* dan *usage*. Selanjutnya, *custom* dan *usage* tidak memiliki perbedaan yang jelas, khususnya di sistem *common law*. *Trade usage* merupakan *usage* dalam perdagangan. Selanjutnya, *best practice* adalah suatu cara terbaik yang diakui secara umum yang didasarkan pada kebiasaan. Persamaan diantara semuanya adalah mereka memiliki kekuatan hukum yang sama sehingga pengadilan akan menentukan yang terbaik diantaranya. Jadi, kita harus memahami istilah yang digunakan dan diakui secara luas baik dalam masyarakat bisnis, masyarakat khusus lainnya, maupun hukum nasional negara-negara yang dirujuk.

1.6.4 Syarat yang Biasa Diperjanjikan dan Kebiasaan

Penjelasan mengenai syarat yang biasa diperjanjikan, kebiasaan, dan perbedaan antara syarat yang biasa diperjanjikan dan kebiasaan diperlukan. Menurut Niewenhuis, kebiasaan adalah cara atau tingkah laku yang umum diikuti dalam pelaksanaan suatu jenis kontrak tertentu di dalam wilayah atau bidang usaha tertentu. Lalu, cara atau tingkah laku tersebut diikuti dalam praktik sebagai kewajiban hukum, tidak menjadi soal apakah para pihak bermaksud mengikuti kebiasaan tersebut (mengetahui atau tidak adanya kebiasaan tersebut).⁴⁷ Dengan demikian, kebiasaan ditekankan pada garis tingkah laku dalam pelaksanaan kontrak.

⁴⁷ Agus Yudha Hernoko I, *Op.Cit.*, h. 252; Leonora Bakarbesy dan Ghansam Anand, *Op.Cit.*, h. 175.

Menurut Pitlo, kebiasaan dapat menyangkut tingkah laku semua anggota masyarakat (kebiasaan umum-*algemene gewoonte*), tetapi yang lebih sering adalah menyangkut tingkah laku dari pada orang-orang yang tergolong suatu kelompok tertentu (i.c. kelompok yang dipersatukan oleh suatu cabang perusahaan).⁴⁸ Daya mengikat kontrak yang bersumber dari kebiasaan, terletak pada landasan keyakinan orang-orang di dalam lingkungan di mana ia berlaku, bagi mereka kebiasaan itu adalah sumber hukum yang harus dipatuhi.⁴⁹ Tanpa keyakinan umum ini, kebiasaan sebagai sumber hukum tidak akan mempunyai makna sama sekali.⁵⁰

Menurut Scholten, syarat yang biasa diperjanjikan hanya memiliki pengertian tersendiri apabila syarat yang biasa diperjanjikan itu memiliki bentuk tertentu, sebagai *clause de style* yang secara terus-menerus digunakan dalam kontrak-kontrak tertulis.⁵¹ Menurut Rutten, perbedaan antara syarat yang biasa diperjanjikan dan kebiasaan adalah kebiasaan dapat dilukiskan sebagai garis tingkah laku, dimana setelah dibuatnya semacam perjanjian-perjanjian tertentu telah biasa untuk terus diikuti, sedangkan janji yang biasa diadakan adalah suatu janji bahwa orang dalam membuat perjanjian tertentu telah biasa diadakan.⁵² Mencermati pendapat tersebut mengenai perbedaan di antara keduanya, dapat diambil pedoman bahwa kebiasaan ditekankan pada garis tingkah laku dalam pelaksanaan kontrak, sedangkan syarat yang biasa diperjanjikan merupakan kebiasaan dalam penutupan kontrak untuk

⁴⁸ Leonora Bakarbessy dan Ghansam Anand, *Op.Cit.*, h. 176; Agus Yudha Hernoko I, *Op.Cit.*, h. 253.

⁴⁹ Leonora Bakarbessy dan Ghansam Anand, *Op.Cit.*, h. 175; Agus Yudha Hernoko I, *Op.Cit.*

⁵⁰ Agus Yudha Hernoko I, *Loc.Cit*

⁵¹ *Ibid.*, h. 255.

⁵² *Ibid.*

mencantumkan syarat (janji) tertentu.⁵³ Dengan demikian, perbedaan di antara keduanya terletak pada proses pembentukan (syarat yang biasa diperjanjikan) dan pelaksanaan kontrak (kebiasaan). Para sarjana pada umumnya sepakat untuk menempatkan syarat yang biasa diperjanjikan sebagai bagian inheren dari kontrak yang disepakati para pihak.

a. Syarat yang Biasa Diperjanjikan di Indonesia

Di Indonesia, syarat yang biasa diperjanjikan (*bestendig gebruikelijk beding*) dapat ditemukan di dalam Pasal 1339 BW, yaitu “suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang”; dan Pasal 1347 BW, yaitu “hal-hal yang, menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam perjanjian, meskipun tidak dengan tegas dinyatakan.” Kata-kata “segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh ... kebiasaan ...” dan “hal-hal yang, menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan” menunjukkan adanya konsep syarat yang biasa diperjanjikan.

b. Syarat yang Biasa Diperjanjikan di Belanda

Berdasarkan Pasal 6:248 ayat (1) NBW, kontrak tidak hanya memiliki akibat hukum yang para pihak kehendaki, tetapi juga akibat-akibat yang berakibat dari kebiasaan (*gewoonte*): “*Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid*

⁵³ *Ibid.*

voortvloeiën." Terjemahan bebas Bahasa Inggris adalah “*a contract has not only the legal effects agreed to by the parties, but also those which, according to the nature of the contract, result from the law, usage, or the requirements of reasonableness and equity.*”⁵⁴ Dalam Hukum Kontrak Belanda, Pasal 6:248 ayat (1) *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (NBW) menggunakan kata *gewoonte* (*custom*), bukan kata *gebruik* (*usage*) seperti yang digunakan di dalam terjemahan bahasa Inggris. Akan tetapi, berdasarkan doktrin hukum Belanda, kata *custom* dan kata *usage* dapat dipakai tanpa adanya perbedaan.⁵⁵ Dalam hukum kontrak Belanda, *gewoonte* dan *gebruik* memiliki pengertian yang identik. Meskipun keduanya mempunyai arti yang sama, kita tetap memerlukan ketelitian dalam penggunaan istilah-istilah tersebut. Dalam hal membahas Pasal 6:248 ayat (1) BW dan Pasal 1375 BW lama Belanda (Pasal 1339 BW Indonesia), maka kita harus menggunakan istilah *gewoonte*. Dalam konteks Pasal 1383 BW lama Belanda (Pasal 1347 BW Indonesia), kita menggunakan istilah *gebruik*. Oleh karena itu, *gewoonte* dan *gebruik* bermakna sama dan penggunaan dalam konteks tertentu dapat berbeda.

Dalam putusan Hoge Raad tanggal 26 Februari 1960 mengenai kasus *Mozes/Uijting en Smits*, hakim memberikan pengertian syarat yang biasa diperjanjikan adalah suatu klausul/ketentuan yang dianggap telah dimasukkan kedalam kontrak karena merupakan kebiasaan untuk memasukkan di dalam kontrak tersebut.⁵⁶ Pasal 1383 BW lama secara eksplisit menentukan sebagai berikut: “*Bestendig gebruikelijke bedingen worden geacht stilzwijgend in de overeenkomst*

⁵⁴ F. W. Grosheide, *Op.Cit.*, h. 41.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Hoge Raad 26 Februari 1960 (*Mozes/Uijting en Smits*), NJ 1965, 373; Asser-Hartkamp & Sieburgh, no. 384.

te zijn begrepen, schoon dezelve daarbij niet is uitgedrukt." Selain Pasal tersebut, terdapat Pasal 1375 BW lama yang berhubungan, yaitu “*Overeenkomsten verbinden niet alleen tot datgene hetwelk uitdrukkelijk bij dezelve bepaald is, maar ook tot al hetgeen dat, naar den aard van dezelve overeenkomsten, door de billijkheid, het gebruik of de wet, wordt gevorderd.*” Hal tersebut bukan merupakan suatu masalah dalam keseluruhan kontrak, tetapi mayoritas perjanjian terdapat ketentuan/klausul tersebut.⁵⁷ Ketentuan/klausula tersebut memang sebagian bisa disebut “klausul umum.”⁵⁸

Dalam NBW tidak ada ketentuan mengenai syarat yang biasa diperjanjikan. Akan tetapi, makna-makna dalam NBW masih melekat pada syarat yang biasa diperjanjikan tersebut.⁵⁹ Makna pada syarat yang biasa diperjanjikan tersebut juga bergantung pada pendapat-pendapat yang dikemukakan atau dianut oleh ahli-hali mengenai mengikatnya syarat yang biasa diperjanjikan tersebut. Dalam Hukum Kontrak Belanda, pada syarat yang biasa diperjanjikan dapat diditemukan dalam kasus *Van der Ven/Stevens*, Hoge Raad memutus sebagai berikut:

“3.3. 's Hofs door dit onderdeel bestreden oordeel is gebaseerd op het juiste uitgangspunt dat voor het slagen van een beroep op een bestendig gebruikelijk beding in ieder geval is vereist dat uit de stellingen van de partij die zich op dat beding beroept, voortvloeit dat de wederpartij ermee bekend was of had behoren te begrijpen dat, ingeval zij op dit punt zou zwijgen, het beding als bestendig gebruikelijk van toepassing zou zijn. Daarvan uitgaande heeft het hof kennelijk geoordeeld dat zulk een geval zich kan voordoen wanneer uit die stellingen voortvloeit hetzij (1) dat pp. eerder met elkaar hebben gecontracteerd, in welk geval de omstandigheid dat het geding [sic] in eerdere contracten was opgenomen ertoe kan leiden dat de wederpartij had behoren te begrijpen dat het beding wegens dit eerdere gebruik daarvan

⁵⁷ Mr. G.J. Meijer, "8.7.3 Bestendig gebruikelijk beding", dalam Mr. G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (BPP nr. 13), Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Wolters Kluwer Nederland, 2011, h.1.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Asser-Hartkamp & Sieburgh, *Loc.Cit.*

tot de inhoud van de overeenkomst zou gaan behoren; hetzij (2) dat pp. behoren tot een kring van contracterende partijen die zulk een beding steeds plegen te maken, of dat een hunner daartoe behoort en de wederpartij dat weet, een en ander in dier voege dat de wederpartij in verband hiermee op de gelding van het beding bedacht had behoren te zijn. Deze oordelen zijn op zichzelf juist.”⁶⁰

Terjemahan bebasnya sebagai berikut:

“3.3. Putusan Pengadilan yang diuji didasarkan pada premise yang benar bahwa keberhasilan mendasarkan pada syarat yang biasa diperjanjikan menyaratkan bahwa pernyataan pihak yang mendasarkan pada ketentuan tersebut mengakibatkan pihak yang lain menyetujui dengan ketentuan tersebut atau dianggap menyetujui, dan apabila hal tersebut tidak ditegaskan, maka ketentuan tersebut tetap berlaku. Berdasarkan hal ini, Pengadilan Banding tampaknya mengatur bahwa ketentuan tersebut bisa timbul ketika adanya pernyataan-pernyataan sebagai berikut: (1) jika para pihak (pp) telah sebelumnya berkontrak yang dimana keadaan yang ketentuan yang biasa disertakan kedalam kontrak-kontrak sebelumnya yang menyebabkan pihak yang lain mengerti atau mengetahui bahwa syarat yang biasa diperjanjian tersebut akan menjadi bagian dari kontrak tersebut karena kontrak-kontrak sebelumnya; (2) (pp) para pihak telah menjadi bagian dari suatu kelompok para pihak yang selalu membuat atau menggunakan syarat yang biasa diperjanjikan tersebut, atau salah satu dari pihak dalam kelompok tersebut menggunakan syarat yang biasa diperjanjikan tersebut dan pihak lainnya telah mengetahui, dalam cara tersebut pihak lainnya telah mengetahui atau memperkirakan keabsahan dari syarat yang biasa diperjanjikan tersebut dalam konteks ini. Putusan-putusan ini telah benar dengan sendirinya.”

1.6.5 Lex Mercatoria

Lex Mercatoria adalah kumpulan prinsip-prinsip hukum umum dan aturan-aturan kebiasaan yang secara spontan diacu pada atau dituangkan dalam suatu kerangka kerja perdagangan internasional tanpa suatu rujukan pada sistem hukum nasional sebuah negara. Istilah *lex mercatoria* berasal dari bahasa latin, *lex* yang dalam Bahasa Inggris disebut *law* yang berarti hukum, dan *mercatoria* atau *merchant* dalam bahasa Inggris yang berarti para pedagang. Di dalam kepustakaan

⁶⁰ Hoge Raad 21 September 1990 (*Van der Ven/Stevens*), NJ 1991, 799; Asser-Hartkamp & Sieburgh, *Loc.Cit.*

hukum Indonesia, *lex mercatoria* disebut dengan hukum dagang yang berasal dari bahasa Inggris, yaitu *the law of merchant*. Seperti penjelasan di atas, *lex mercatoria* berkembang dari abad ke 15 hingga abad ke 19 yang disebut *Medieval Lex Mercatoria* atau *Old Lex Mercatoria*. Dalam abad ke 19, *lex mercatoria* tersebut menghilang. Saat itu, ide kenegaraan (*nation state*) dan isu-isu kedaulatan negara yang terjadi bersamaan mulai untuk berlaku di atas konsep suatu hukum dagang antar negara.⁶¹ Akibatnya, konsep-konsep dan aturan-aturan *medieval lex mercatoria* diintegrasikan kedalam hukum nasional beberapa negara, seperti *French Code de Commerce of 1807*, *the General German Commercial Code (Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, ADHGB) of 1861*, atau *the English Sale of Goods Act of 1893*.⁶² Dengan cara ini, legislator-legislator domestik memegang kendali mengenai hal-hal privat yang diatur dengan *medieval lex mercatoria*, yang menghilangkan kekosongan hukum yang mungkin telah ada tanpa harus bergantung pada suatu pendekatan perundang-undangan baru, yang memungkinkan dipisah dari kebutuhan perdagangan.

Pada tahun sekitar 1960, *lex mercatoria* ditemukan kembali yang dikenal dengan *Modern Lex Mercatoria* atau *New Lex Mercatoria* (NLM). NLM dilandasi oleh adanya semangat melakukan unifikasi hukum perdagangan internasional, mempunyai beberapa karakteristik, yaitu: 1) NLM atau hukum perdagangan internasional modern tidak merupakan bagian dari hukum internasional atau *jus*

⁶¹ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. I, 15th posthum ed., 1809, h. 75.

⁶² Riccardo Ferrante, "Codification and the Lex mercatoria: the maritime law of the second book of the Code de commerce (1808)", dalam Piergiovanni (Ed.), *From lex mercatoria to commercial law*, Berlin, 2005, 121.

gentium. Akan tetapi, NLM ini berlaku dan diimplementasikan oleh negara dengan toleransi dari negara-negara yang berdaulat secara sukarela, 2) NLM ini tidak merupakan kumpulan aturan-aturan hukum yang tak beraturan, melainkan itu dirancang secara sistematis oleh berbagai badan internasional yang memiliki cakupan di bidang perdagangan internasional. 3) NLM ini secara umum sama di semua bagian di dunia. Kesamaan ini yang membuat NLM (sebagai *model law*, *uniform law*, *the rules of international organisations*, atau konvensi internasional) sering dianggap hukum yang dapat mengakomodasi perbedaan ideologi, politik, dan ekonomi dari negara-negara.

Lex mercatoria sebagai kebiasaan dan kepatutan umum dari masyarakat bisnis yang dapat digunakan dalam praktik hukum dagang di negara-negara, jika ditemukan kekosongan (*gaps*) hukum. Kekosongan hukum perlu diisi dengan melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Dengan sifat itu, *lex mercatoria* bisa menjembatani masalah tidak adanya hukum nasional yang mengatur, sehingga para hakim dan arbitrator (atau arbiter) bisa merujuk *lex mercatoria* dengan menggabungkan prinsip *equity* sebagai bahan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

Lex mercatoria berlaku apabila para pihak memasukkannya dalam kontrak mereka dengan didasarkan pada prinsip *party autonomy* namun *lex mercatoria* tidak merujuk pada hukum nasional tertentu para pihak. Asal mula terbuatnya *lex mercatoria*, dapat dilihat dengan membaca sumber hukum kontrak internasional. Sumber hukum kontrak internasional terbagi menjadi tujuh jenis yaitu:⁶³

⁶³ Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2008, h. 69.

1. Hukum nasional suatu negara baik secara langsung atau tidak langsung berhubungan dengan kontrak;
2. Dokumen kontrak;
3. Kebiasaan-kebiasaan di bidang perdagangan internasional yang berhubungan dengan kontrak;
4. Prinsip-prinsip hukum umum mengenai kontrak;
5. Putusan pengadilan;
6. Doktrin; dan
7. Perjanjian internasional mengenai kontrak.

1.6.6 Interpretasi Kontrak

Kata penafsiran secara etimologis berasal dari bahasa Arab, yaitu *fasaro*, *yafsiru*, *fasron*, dan *tafsirun*, yang bermakna keterangan atau menerangkan.⁶⁴

Ahmad Muhammad Al-Hushari berpendapat bahwa kata “*al-fasru*” yang bermakna jelas dan terbuka (*al-ibahah wa al-kasyfu*).⁶⁵ Penafsiran bermakna menjelaskan, mengungkapkan, dan menjabarkan kata yang samar atau dalam kitab *Lisan Al-Arab* yang dimaknai membuka sesuatu yang diinginkan dari kata yang kompleks (*kasyf al-murad ‘an al-lafz al-musykil*).⁶⁶

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, kata dasar “tafsir” berarti “keterangan atau penjelasan tentang ayat-ayat Alquran agar maksudnya lebih mudah dipahami”.

⁶⁴ Rosihon Anwar, *Ilmu Tafsir*, Pustaka Setia, Bandung, 2005, h. 141.

⁶⁵ Syaikh Ahmad Muhammad Al-Hushari, *Tafsir Aysat-ayat Ahkam: Telaah Ayat-ayat Hukum Seputar Ibadah, Muamalah, Pidana, dan Perdata*, Terjemahan Abdurrahman Kasdi, Pustaka Al Kaustar, Jakarta, 2014, h. 21.

⁶⁶ Mohammad Nor Ichwan, *Belajar al-Qur'an: Menyingkap Khaznah Ilmu-ilmu al-Qur'an melalui Pendekatan Historis-Metodelogis*, Lubuk Raya, Semarang, 2001, h. 159-160; Syaikh Ahmad Muhammad Al-Hushari, *Ibid*.

Selanjutnya, “tafsiran” bermakna “penjelasan atau pendapat (tentang suatu kata, kalimat, cerita, dan sebagainya); interpretasi; hasil menafsirkan”. Selain kedua kata tersebut, arti kata “penafsiran” adalah “proses, cara, perbuatan menafsirkan; upaya untuk menjelaskan arti sesuatu yang kurang jelas”. Kata “interpretasi” berarti “pemberian kesan, pendapat, atau pandangan teoretis terhadap sesuatu; tafsiran”. Berdasarkan pencocokan arti-arti kata-kata “tafsir, “tafsiran”, “penafsiran”, dan “interpretasi”, mereka berhubungan karena mereka pada dasarnya memiliki pengertian yang sama, yaitu “penafsiran” dan “interpretasi” merupakan pemberian tafsiran. Jadi, penafsiran dan interpretasi dalam bahasa Indonesia memiliki makna yang sama dan bisa dibolak-balik.

Menurut Aharon Barak, penafsiran atau interpretasi bermakna “*an intellectual activity, concerned with determining the normative message that arises from the text*”.⁶⁷ Catherine Mitchell memiliki pandangan yang sejalan dengan mengatahan bahwa “*interpretation is usually the label applied to the process of uncovering meaning and seeking to understand an object in a situation where there is some doubt or room for difference of opinion*”.⁶⁸ Selanjutnya, Antonin Scalia dan Bryan A. Garner memberikan pengertian interpretasi, yaitu “*the ascertainment of the thought or meaning of the author of, or of the parties to, a legal document, as expressed therein, according to the rules of language and subject to the rules of law*”. Dalam Black’s Law Dictionary, interpretasi berarti “*the art or process of discovering and ascertaining the meaning of a statute, will, contract, or other*

⁶⁷ Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton, 2011, h. 3.

⁶⁸ Catherine Mitchell, *Interpretation of Contracts*, Routledge-Cavendish, New York, 2007, h. 6.

written document. The discovery and representation of the true meaning of any signs used to convey ideas".⁶⁹ Menurut Peter Mahmud Marzuki, interpretasi adalah suatu cara untuk mencari atau menemukan makna yang sesungguhnya dari suatu ketentuan, peraturan, pernyataan, dan lain-lain dan berfungsi sebagai pembentuk tujuan hukum yang tersembunyi.⁷⁰

Mengenai interpretasi kontrak, Corbin memberikan definisi interpretasi kontrak, yaitu proses di mana seseorang memberikan arti pada suatu bentuk dari ekspresi yang dipakai oleh orang lain, baik berupa oral, tulisan, maupun perbuatan.⁷¹ Interpretasi kontrak wajib dibedakan dengan pembentukan kontrak. Pada kontrak yang dimulai dengan interpretasi kata-kata yang digunakan (gramatikal), proses interpretasi berakhir hingga pada penentuan hubungan hukum kotraktan. Selanjutnya, A. Joanne Kellermann mengartikan interpretasi kontrak adalah penentuan arti yang harus didasarkan dari pernyataan-pernyataan yang dibuat oleh para pihak dalam kontrak dan akibat hukum yang terjadi karenanya.⁷² Jadi, pemahaman mendalam pada isi kontrak sangat bergantung pada kemampuan dan penguasaan cara interpretasi, dan hanya dapat dilaksanakan oleh ahli hukum di bidangnya.

Kontrak yang berisi berbagai pasal dengan rumusan kalimat yang tidak jelas dan tidak konkrit dapat terjadi karena adanya dua faktor penyebab, yaitu:⁷³

⁶⁹ Bryan A. Garner, *Loc. Cit.*

⁷⁰ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum Edisi Revisi*, Kencana, Jakarta, 2015 (selanjutnya disebut Peter Mahmud Marzuki I), h. 105.

⁷¹ Ridwan Khairandy, *Iktikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta 2003, h. 14.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Muhammad Syaifuddin, *Hukum Kontrak: Memahami Kontrak dalam Perspektif Filsafat, Teori, Dogmatik, dan Praktik Hukum (Seri Pengayaan Hukum Perikatan)*, Cet. II, Mandar Maju, Bandung, 2012, h. 323-324.

- 1) Faktor pembuat atau perancang kontrak (*contract drafter*) dan/atau penandatanganan kontrak, yang meliputi:
 - a. Perancang kontrak dan/atau penanda tangan kontrak kurang atau tidak memahami filsafat hukum (terutama nilai-nilai dan prinsip-prinsip hukum kontrak), teori hukum (dalam arti pemikiran hukum kontrak), dokmatik hukum (aturan-aturan hukum kontrak yang berlaku), dan praktik hukum (teknis-yuridis perancangan kontrak), sehingga merumuskan kalimat dalam pasal-pasal (yang merupakan norma-norma hukum kontraktual) menjadi tidak jelas dan tidak konkrit, bahkan menyesatkan;
 - b. Perancang kontrak dan/atau penanda tangan kontrak kurang atau tidak memahami bahasa hukum kontrak sebagai suatu rangkaian kalimat atau kata-kata lisan atau tulisan, atau tanda-tanda kebahasaan lainnya, yang dirumuskan secara terstruktur, jelas, tegas, efektif, monosemantik dan estetik, yang merupakan wujud dari ekspresi dan transformasi dari perasaan, pemikiran, dan sikap para pihak yang merancang kontrak dan/atau para pihak yang menandatangani kontrak;
 - c. Perancang kontrak dan/atau penanda tangan kontrak memahami ilmu hukum kontrak, praktik hukum kontrak, dan bahasa hukum kontrak, tetapi kurang atau tidak teliti dalam merumuskan kalimat dalam pasal-pasal, sehingga menimbulkan kekeliruan atau kesalahan yang berakibat mengaburkan makna sebenarnya yang terkandung kalimat tersebut; dan

- d. Perancang kontrak dan/atau penanda tangan kontrak memahami ilmu hukum kontrak, praktik hukum kontrak, dan bahasa hukum kontrak, tetapi memiliki iktikad buruk, sehingga dengan kesadaran dan kesengajaan merekayasa kontrak, dalam arti merumuskan kalimat dalam pasal-pasal yang tidak jelas atau kabur, supaya dapat menguntungkan posisi tawar-menawar untuk mewujudkan kepentingan bisnis pihak tertentu saja. Akan tetapi, iktikad buruk yang merekayasa kontrak itu, justru dapat merugikan semua pihak, termasuk pihak yang merekayasa kontrak.
- 2) Faktor aturan-aturan hukum, yang meliputi:
- a. Aturan-aturan hukum kontrak belum mengatur secara khusus, melainkan hanya mengatur secara umum saja. Jadi, ada kekosongan hukum. Tidak adanya aturan-aturan hukum kontrak secara khusus itu, terutama untuk kontrak-kontrak jenis baru, karena pembentukan aturan-aturan hukum memerlukan proses atau waktu yang lama dan biaya yang besar serta keahlian dan keterampilan hukum khusus. Jika ada aturan-aturan hukum khusus, tetapi substansinya hanya mengatur aspek administratif, terutama persyaratan prosedural untuk dapat melakukan kegiatan usaha yang bentuk hukum perusahaannya didirikan berdasarkan kontrak;
 - b. Aturan-aturan hukum kontrak sudah mengatur secara khusus, tetapi substansinya masih mengandung ketidakpastian hukum, dalam arti adanya inkonsistensi, disinkronisasi, dan kontradiksi secara internal

antara nilai-nilai, prinsip-prinsip, konsep-konsep, dan norma-norma hukum dalam kontrak; dan

- c. Aturan-aturan hukum kontrak sudah mengatur secara khusus, tetapi substansinya masih mengandung ketidakpastian hukum, dalam arti terdapat disinkronisasi dan kontradiksi secara eksternal dengan aturan-aturan hukum lainnya.

Berdasarkan penjelasan di atas, penafsiran dan interpretasi memiliki pengertian yang sama. Para ahli setuju dengan makna interpretasi yang memiliki inti, yaitu suatu metode untuk menemukan arti sesungguhnya suatu ekspresi baik tertulis maupun tidak tertulis. Bahkan, penafsiran tidak terbatas pada tata Bahasa, tetapi juga normatif. Hal tersebut hanya bisa dilakukan oleh orang yang memiliki keahlian khusus. Penafsiran kontrak juga diatur dalam hukum masing-masing negara, termasuk Indonesia, Belanda, dan lain-lain.

1.6.7 Kewenangan Hakim

a. Kewenangan Hakim dalam Memeriksa, Mengadili, dan Memutus

Kewenangan hakim sebagaimana diamanatkan pada Pasal 24 ayat (1) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyebutkan “kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.” Amanat konstitusi tersebut selanjutnya dirumuskan pada Pasal 1 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan:

“Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang telah merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik

Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.”

Kedua rumusan Pasal di atas merupakan dasar utama kewenangan hakim. Sedangkan mengenai bentuk kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang kepada hakim, dijabarkan pada Pasal 11 UU Kekuasaan Kehakiman juncties Pasal 50 dan 51 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum yang diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum (UU Peradilan Umum). Pasal-pasal tersebut mengatakan bahwa kewenangan yang diberikan kepada hakim ialah kewenangan untuk memeriksa, mengadili, dan memutus perkara yang dihadapkan kepadanya.

Pasal 25 ayat (2) UU Kekuasaan Kehakiman mengatur bahwa Peradilan umum berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara pidana dan perdata sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Dalam Pasal 50 dan 51 UU Kekuasaan Kehakiman juncto UU Peradilan Umum, Pengadilan Negeri “bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara pidana dan perkara perdata di tingkat pertama” sedangkan Pengadilan Tinggi “bertugas dan berwenang mengadili perkara pidana dan perkara perdata di tingkat banding.” Menurut Mohammad Askin, hakim merupakan pelaku inti secara fungsional melaksanakan kekuasaan kehakiman. Hakikat tugas pokok hakim adalah menerima, memeriksa, mengadili, memutuskan, dan menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya.⁷⁴ Hakim merupakan komponen utama yang melahirkan

⁷⁴ Mohammad Askin, “Peranan Hakim dalam Menciptakan Landmark Decision”, *Varia Peradilan*, Tahun XXIX No. 342, Mei 2014, h. 18.

hukum dalam arti konkret, baik dalam makna sekedar menerapkan hukum abstrak terhadap peristiwa konkret, menafsirkan hukum atau membentuk hukum.⁷⁵ Tugas hakim adalah menentukan bagaimana hukumnya bagi sesuatu persoalan hukum yang konkret yang dihadapkan kepadanya untuk kemudian dilekatkannya akibat hukum. Sudikno Mertokusumo menulis, tugas hakim adalah untuk menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dengan jalan menafsirkan hukum dan mencari dasar hukum serta asas-asas yang jadi landasannya, melalui perkara-perkara yang dihadapkan kepadanya, sehingga keputusannya mencerminkan perasaan keadilan bangsa dan rakyat Indonesia.⁷⁶

Menurut Soeroso,⁷⁷ kewenangan mengadili dalam dua kekuasaan kehakiman, yaitu kekuasaan kehakiman atribusi (*atributie van rechtsmacht*) dan kekuasaan kehakiman distribusi (*distributie van rechtsmacht*). Kekuasaan hakim atribusi adalah kewenangan mutlak atau kompetensi absolut badan Pengadilan di dalam memeriksa jenis perkara tertentu, dan secara mutlak tidak dapat diperiksa oleh badan Pengadilan lain. Sedangkan kekuasaan kehakiman distribusi adalah kewenangan nisbi atau kompetensi relatif dari Pengadilan Negeri di tempat tergugat tinggal yang berwenang memeriksa gugatan atau tuntutan hak.

Dalam menjalankan kewajiban hakim, harus merujuk pada Pasal 5 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman yang mengatur sebagai berikut: “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa

⁷⁵ Bagir Manan, *Hakim dan Prospek Hukum*, Varia Peradilan, Tahun XXIX No. 343, Juni 2014 (selanjutnya disebut Bagir Manan I), h. 10-11.

⁷⁶ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Universitas Atmajaya, Yogyakarta, 2010 (selanjutnya disebut Sudikno Mertokusumo I), h. 20.

⁷⁷ R. Soeroso, *Praktik Hukum Acara Perdata Tata Cara dan Proses Persidangan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, h. 6.

keadilan yang hidup dalam masyarakat.” Oleh karena itu, perlu dipahami bahwa hakim memiliki peran penting dalam menegakkan hukum, salah satunya dengan melakukan konstruksi melalui nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat sebagaimana disebutkan oleh Pasal 5 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman. Ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim dan hakim konstitusi sesuai dengan nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat. Selanjutnya dapat dikatakan bahwa hakim boleh menjadikan hukum tidak tertulis sebagai dasar untuk mengadili, hal ini sebagaimana disebutkan dalam Pasal 50 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman, yaitu “Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.”

Dari uraian di atas, dapat dikemukakan bahwa kewenangan hakim adalah kewenangan yang diberikan oleh undang-undang kepada pejabat peradilan negara yang cendekia, berbudi luhur dan bijaksana, untuk memeriksa, mengadili, dan memutus sengketa. Dalam konteks sengketa kontrak, yaitu kewenangan untuk memeriksa, mengadili, dan memutus sengketa kontrak dan merujuk pada hukum hukum tertulis, yaitu peraturan perundang-undangan dan hukum tidak tertulis, yaitu kebiasaan dan syarat yang biasa diperjanjikan.

b. Kewenangan Hakim dalam Sengketa Kontrak

Istilah sengketa menurut G. Pruitt dan Jeffery Z. Rubin adalah persepsi mengenai perbedaan kepentingan atau suatu kepercayaan bahwa aspirasi pihak-

pihak yang bersengketa tidak dicapai secara simultan.⁷⁸ Sementara *Black's Law Dictionary* mendefinisikan sengketa (*dispute*) sebagai *a conflict or controversy, especially one that has given rise to a particular lawsuit*.⁷⁹ Menurut Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, sengketa adalah pertentangan, perselisihan, atau percekcoakan yang terjadi antara pihak yang satu dengan pihak lainnya yang berkaitan dengan sesuatu yang bernilai, baik itu berupa uang atau benda.⁸⁰ Sedangkan Herowati Poesoko⁸¹ mengartikan sengketa dalam perspektif praktik Pengadilan, yaitu membedakan antara pengertian perkara dan sengketa. Menurutnya, pengertian perkara lebih luas dari pada pengertian sengketa karena pada pengertian perkara tersimpul dua keadaan, yaitu ada persengketaan dan tidak ada persengketaan. Adanya persengketaan itu tidak dapat diselesaikan sendiri oleh para pihak, oleh karenanya memerlukan penyelesaian lewat hakim sebagai instansi yang berwenang dan tidak memihak. Bersandar pada pengertian di atas, maka dapat dikemukakan bahwa sengketa adalah perselisihan mengenai perbedaan kepentingan yang berkaitan dengan sesuatu yang bernilai. Apabila perbedaan kepentingan yang berkaitan dengan sesuatu yang bernilai itu berupa suatu kontrak, maka disebut sebagai sengketa kontrak (*contractual dispute*).⁸²

⁷⁸ Dean G. Pruitt dan Jeffery Z. Rubin, *Konflik Sosial*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2004, h. 9-10.

⁷⁹ Bryan A. Garner (Ed.), *Loc. Cit.*

⁸⁰ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Rajawali Pers, Depok, 2014, h. 137.

⁸¹ Herowati Poesoko, "Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Penyelesaian Perkara Perdata", *Jurnal Hukum Acara Perdata ADHAPER*, Vol. 1, No. 2, Juli-Desember 2015, h. 218.

⁸² Michael J. Schaengold and Robert S. Brams, "Choice of Forum for Government Contract Claims: Court of Federal Claims vs Board of Contract Appeals", *The Federal Circuit Bar Journal*, Vol. 17, No. 3, 2008, h. 287.

Pada dasarnya hukum perdata telah memberikan dua alternatif penyelesaian sengketa kontrak, yaitu melalui jalur litigasi (*in court settlement*) atau jalur non-litigasi (*out-of-court settlement*). Penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi adalah proses penyelesaian melalui Pengadilan. Sedangkan penyelesaian sengketa melalui jalur non-litigasi adalah proses penyelesaian sengketa di luar Pengadilan menggunakan konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, penilaian ahli, atau arbitrase.

Indonesia merupakan penganut *civil law* sehingga hakim dalam penyelesaian sengketa, termasuk sengketa kontrak, dapat melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) berupa pembentukan hukum (*rechtsvorming*), analogi (*rechtsanalogie*), penghalusan hukum (*rechtsverfijning*), atau penafsiran (*interpretatie*) jika menemukan suatu terminologi yang tidak jelas dalam peraturan perundang-undangan, peraturan perundang-undangan tidak mengatur masalah yang bersangkutan, atau peraturan perundang-undangan bertentangan dengan situasi yang terjadi.⁸³ Penemuan hukum tersebut dapat merujuk pada syarat yang biasa diperjanjikan sehingga putusan hakim dapat mencakup hal-hal yang sesuai dengan kondisi pada sengketa kontrak yang terjadi.

1.7 Metode Penelitian

1.7.1 Tipe Penelitian

Penelitian hukum dilakukan untuk menghasilkan argumentasi, teori, atau konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi.⁸⁴

⁸³ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum: Edisi Revisi*, Kencana, Jakarta, 2015 (selanjutnya disebut Peter Mahmud Marzuki II), h. 282

⁸⁴ Peter Mahmud Marzuki I, h. 59, 69.

Oleh karena itu, pilihan terhadap satu atau beberapa metode penelitian terkait erat dengan perumusan masalah, objek yang diteliti, serta tradisi keilmuan itu sendiri. Pilihan terhadap metode yang digunakan untuk menganalisis terkait dengan keperluannya, yaitu keperluan akademis dan praktis.⁸⁵ Mengingat penelitian ini merupakan disertasi, maka terkait dengan substansinya, penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif dan doktrinal.⁸⁶ Penelitian hukum normatif digunakan dalam analisis disertasi ini, karena dilandasi oleh karakter khas ilmu hukum itu sendiri yang terletak pada metode penelitiannya, yaitu metode penelitian yang bersifat normatif. Tipe penelitian doktrinal (*doctrinal research*),⁸⁷ yaitu penelitian yang bertujuan untuk memperoleh penjelasan yang sistematis mengenai aturan hukum yang mengatur tentang dengan cara melakukan analisis terhadap aturan-aturan hukum tersebut, serta memberikan prediksi untuk perkembangan hukum tersebut ke depannya.

1.7.2 Pendekatan Masalah

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah *statute approach*,⁸⁸ yaitu penelitian yang berpedoman pada peraturan perundang-undangan yang berlaku yang berkaitan dengan syarat yang biasa diperjanjikan dalam hukum kontrak Indonesia, seperti Undang-Undang Dasar 1945, *Burgerlijk Wetboek* (BW), *Het Herziene Indonesische Reglement* (HIR), dan lain-lain. Selanjutnya, *conceptual approach*,⁸⁹ yaitu suatu pendekatan dengan cara membahas pandangan-pandangan

⁸⁵ *Ibid.*, h. 72.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*, h. 133.

⁸⁹ *Ibid.*, h. 135.

dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum sebagai landasan pendukung pembahasan materi penelitian, pendekatan *comparative approach*⁹⁰ (pendekatan perbandingan) yang akan membandingkan prinsip hukum syarat biasa diperjanjikan dalam hukum kontrak Indonesia Indonesia dan di luar Indonesia, seperti Belanda, dan *lex mercatoria* karena sistem hukum Belanda merupakan *civil law system* dan BW Indonesia dibuat pada saat penjajahan Belanda di Indonesia. Sedangkan *lex mercatoria* merupakan kumpulan-kumpulan kebiasaan-kebiasaan dalam perdagangan internasional yang dikenal secara luas oleh masyarakat bisnis. Berikutnya, pendekatan yang digunakan adalah *case approach*⁹¹ (pendekatan kasus), yaitu pendekatan yang dilakukan dengan cara menganalisis kasus-kasus yang memiliki kekuatan hukum tetap sepanjang berhubungan dengan isu-isu hukum dalam disertasi ini, seperti Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia (MA RI) Nomor 1245 K/Sip/1974 tanggal 9 November 1976, Putusan MA RI Nomor 3604 K/pdt/1985 tanggal 17 November 1987, Putusan MA RI Nomor 2178 K/Pdt/2008 tanggal 12 September 2009, dan lain-lain.

1.7.3 Sumber Bahan Hukum

Sumber-sumber penelitian hukum dapat dibedakan menjadi sumber-sumber penelitian yang berupa bahan-bahan hukum primer dan bahan-bahan hukum sekunder. Bahan-bahan hukum primer terdiri dari perundang-undangan, catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan. Sedangkan bahan-bahan sekunder berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan

⁹⁰ *Ibid.*, h. 134.

⁹¹ *Ibid.*

merupakan dokumen-dokumen resmi. Publikasi tentang hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, dan komentar-komentar atas putusan pengadilan.⁹²

1.7.4 Prosedur Pengumpulan Bahan Hukum

Cara pengumpulan bahan hukum adalah melalui studi pustaka meliputi mengumpulkan dan mengklasifikasikan bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder dari aktivitas penelusuran yang dilakukan di perpustakaan dan tempat lain yang mendukung guna terpenuhinya bahan hukum yang telah ada sebelumnya. Studi kepustakaan dilakukan dengan cara membaca, menelaah, mencatat, membuat ulasan bahan-bahan pustaka, maupun penelusuran melalui media internet yang ada kaitannya dengan Syarat yang Biasa Diperjanjikan dalam Hukum Kontrak Indonesia.

1.7.5 Analisis Bahan Hukum

Dalam melakukan analisis bahan hukum, dilakukan langkah-langkah (1) mengidentifikasi fakta hukum dan mengeliminir hal-hal yang tidak relevan untuk menetapkan isu hukum yang hendak dipecahkan, (2) pengumpulan bahan-bahan hukum yang sekiranya mempunyai relevansi dengan bahan-bahan non-hukum; (3) melakukan telaah atas isu hukum yang diajukan berdasarkan bahan-bahan yang telah dikumpulkan; (4) menarik kesimpulan dalam bentuk argumentasi yang menjawab isu hukum; dan (5) memberikan prestasi berdasarkan argumentasi yang

⁹² *Ibid.*, h. 181.

telah dibangun di dalam kesimpulan.⁹³ Langkah-langkah ini sesuai dengan karakter ilmu hukum sebagai ilmu yang bersifat preskriptif dan terapan.

1.8 Sistematika Penulisan

Sesuai dengan isi dari keseluruhan penulisan disertasi ini, sistematika penulisan disertasi dibagi dalam 4 (empat) bab yang diawali dengan Bab I, yaitu Pendahuluan yang merupakan gambaran umum dari disertasi ini yang menjelaskan latar belakang dan rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, originalitas penelitian, kerangka teoretik, metode penelitian, dan sistematika penulisan secara urut. Setelah itu, pembahasan rumusan masalah yang telah diuraikan dalam Bab I akan dituangkan lebih lanjut dalam pembahasannya di Bab II dan Bab III.

BAB II akan membahas karakteristik syarat yang biasa diperjanjikan sebagai salah satu jenis faktor dalam pemenuhan kewajiban kontraktual. Dalam Bab II, materi-materi muatan adalah keadilan berkontrak, faktor-faktor dalam pembentukan kontrak, kebiasaan dan hukum kebiasaan, syarat yang biasa diperjanjikan, dan hubungan antara syarat yang biasa diperjanjikan dan asas-asas hukum kontrak di Indonesia. Materi-materi muatan tersebut membentuk satu kesatuan menjadi penjelasan Bab II.

Bab III akan membahas interpretasi hakim untuk memeriksa syarat yang biasa diperjanjikan dalam kontrak. Bab ini berisi penjelasan interpretasi kontrak dalam hukum kontrak Indonesia, interpretasi kontrak dalam hukum kontrak Belanda, perbandingan interpretasi kontrak antara *civil law*, *common law*, *lex mercatoria*,

⁹³ *Ibid.*, h. 213.

dan *model law*, suplementasi kontrak, dan ruang lingkup hakim dalam interpretasi kontrak yang berhubungan dengan syarat yang biasa diperjanjkan. substansi Bab ini merupakan suatu kesatuan yang membentuk Bab III.

Setelah pembahasan pada Bab II dan Bab III, maka penulisan akan diakhiri dengan Bab IV yang merupakan penutup dari penulisan disertasi ini. Dalam Bab terakhir ini, terdapat kesimpulan mengenai apa yang telah dibahas dalam Bab-Bab sebelumnya dan juga memberikan saran-saran yang berkaitan dengan penulisan ini agar sekiranya dapat bermanfaat dalam perkembangan ilmu pengetahuan mengenai Syarat yang Biasa Diperjanjkan dalam Pemenuhan Kewajiban Kontraktual.