



APHK

PROCEEDING
PAPERS PLENARY SESSION

KONFERENSI NASIONAL
**HUKUM
PERDATA**

“

**Mengevaluasi Kesiapan Hukum Perdata Nasional Indonesia
dalam Menghadapi Tantangan Masa Depan**



ASOSIASI PENGAJAR HUKUM KEPERDATAAN

12

**PROCEEDING
(PAPER PLENARY SESSION)**

KONFERENSI NASIONAL HUKUM PERDATA

**MENGEVALUASI KESIAPAN HUKUM PERDATA NASIONAL
INDONESIA DALAM MENGHADAPI
TANTANGAN MASA DEPAN**

**PROCEEDING
(PAPER PLENARY SESSION)**

KONFERENSI NASIONAL HUKUM PERDATA

**MENGEVALUASI KESIAPAN HUKUM PERDATA NASIONAL
INDONESIA DALAM MENGHADAPI
TANTANGAN MASA DEPAN**

Diselenggarakan Oleh:



ASOSIASI PENGAJAR HUKUM KEPERDATAAN

Proceeding (Paper Plenary Session)
KONFERENSI NASIONAL HUKUM PERDATA
*Mengevaluasi Kesiapan Hukum Perdata Nasional Indonesia dalam
Menghadapi Tantangan Masa Depan*

Copyright © November 2014

Pertama kali diterbitkan di Indonesia dalam Bahasa Indonesia. Hak Cipta dilindungi oleh undang-undang. Dilarang mengutip atau memperbanyak baik sebagian ataupun keseluruhan isi buku dengan cara apapun tanpa izin tertulis dari penerbit.

Ukuran: 16,5x24 cm ; Halaman: 102

ISBN: 978-602-1642-33-7

Penulis:
Suhariningsih, dkk

Cover: Wawan S. Fauzi, Lay Out: Hikmatu Salmi

Diterbitkan atas kerjasama:
Asosiasi Pengajar Pengajar Hukum Perdataan (APHK)
dan Universitas Lambung Mangkurat

Dicetak oleh:
Intrans Publishing
Wisma Kalimetro
Jl. Joyosuko Metro 42 Malang, Jatim
Telp. 0341-573650, 7079957 Fax. 0341-588010
Email : redaksi.intrans@gmail.com
intrans_malang@yahoo.com

Sebuah Pengantar

Prof. Dr. Y. Sogar Simamora, S.H., M.Hum.

Ketua APHK

Yang terhormat Para Kolega dan Mitra Kerjasama,

Asosiasi Pengajar Hukum Keperdataan (APHK) merupakan asosiasi profesi bagi para dosen yang mengajar pada bidang Ilmu Hukum Keperdataan yang bervisi untuk mendorong dilakukannya pembaharuan Hukum Perdata di Indonesia. Hal ini dilatarbelakangi oleh suatu kenyataan bahwa hingga saat ini sebagian besar Hukum Perdata di Indonesia merupakan peninggalan Kolonialisme Hindia Belanda. Untuk itu, APHK melakukan berbagai kegiatan ilmiah yang melibatkan seluruh dosen yang tergabung dalam APHK untuk memberikan kontribusi pemikiran bagi terwujudnya suatu pembaharuan Hukum Perdata di Indonesia yang di masa mendatang dituntut untuk dapat menjawab kebutuhan masyarakat yang semakin kompleks. Pertemuan pertama untuk menginisiasi APHK telah dilakukan dengan sukses di Surabaya dengan tuan rumah Fakultas Hukum Universitas Airlangga pada 3-4 September 2014 yang telah berhasil menghimpun 107 dosen yang mengajar pada bidang Ilmu Hukum Keperdataan baik PTN dan PTS di seluruh Indonesia. Sesuai dengan rekomendasi pada pertemuan pertama, maka pertemuan di tahun 2014 diselenggarakan di Banjarmasin dengan tuan rumah Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat.

Pada pertemuan di Banjarmasin, APHK menyelenggarakan Konferensi Nasional yang mengambil tema "**Mengevaluasi Kesiapan Hukum Perdata Nasional Indonesia Menghadapi Tantangan Masa Depan.**" Tema tersebut dipilih karena isu regionalisme sangat mengemuka di mana pada tahun 2015 Indonesia akan masuk dalam Masyarakat ASEAN. Dalam konferensi kali ini telah diseleksi makalah-makalah terpilih yang akan dipresentasikan dan didiskusikan dalam forum ilmiah tersebut. Para akademisi, praktisi hukum dan pengambil keputusan diharapkan turut hadir untuk bertukar pikiran dan berdiskusi demi terwujudnya Hukum Perdata Nasional Indonesia yang mampu menjawab tantangan jaman. Hasil pemi-

kiran dari konferensi ini akan didokumentasikan dalam bentuk Prosiding dan akan disampaikan kepada para stakeholders, terutama eksekutif dan legislatif, sebagai salah satu pertimbangan dan masukan bagi para pengambil keputusan.

Akhirnya, kami yakin bahwa kegiatan ini merupakan even ilmiah yang luar biasa dan merupakan kesempatan yang sangat baik bagi seluruh pihak untuk turut berpartisipasi dan berkontribusi nyata bagi suatu perubahan demi terwujudnya Hukum Perdata Nasional Indonesia yang lebih baik.

Salam hangat
Ketua APHK,

Prof. Dr. Y. Sogar Simamora, S.H., M.Hum.

**SUSUNAN ACARA
KONFERENSI NASIONAL
Banjarmasin, 5-7 Juni 2014**

Kamis, 5 Juni 2014	
08.30 – 09.00	Registrasi
09.00 – 09.15	Pembukaan Konferensi Nasional, Rektor Universitas Lambung Mangkurat
09.15 – 09.45	Keynote Speech, Y.M. Ketua Mahkamah Agung RI
09.45 – 10.00	Coffee Break
10.00 – 12.30	<p>Plenary Session:</p> <p>Moderator: Prof. Dr. Y. Sogar Simamora, S.H., M.Hum.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Prof. Dr. Nindyo Pramono, S.H., M.S. (Hukum Bisnis Dalam Kerangka Masyarakat Ekonomi ASEAN 2015) - Prof. Dr. M. Isnaeni, S.H., M.S. (Dinamika Hukum Jaminan di Indonesia) - Prof. Dr. Anwar Borahima, S.H., M.H. (Dinamika Badan Usaha di Era Globalisasi) - Prof. Dr. Rosa Agustina, S.H., M.H. (Perbuatan Melanggar Hukum oleh Badan Hukum)
12.30 – 13.30	Lunch Break
13.30 – 15.30	<p>Parallel Session 1.1 Hukum Perdata Indonesia dalam Era Perdagangan Bebas ASEAN 2015</p> <ul style="list-style-type: none"> - Mengevaluasi Hukum Persaingan Usaha di Indonesia dalam Menyongsong Era Pasar Bebas ASEAN 2015 (Ria Setyawati dan Budi Kagramanto) - Pilihan Hukum Perdata dalam Menghadapi Pasar Bebas Beserta Persoalannya (Rini Fidiyani) - Pergeseran Metode Pendekatan dalam Hukum Dagang sebagai Antisipasi Globalisasi Ekonomi di Indonesia (Pujiono) - Perlindungan Hukum Hak-Hak Petani Dalam Perdagangan Global (Moch. Najib Imanullah)

13.30 – 15.30	<p>Parallel Session 1.2 Dinamika Hukum Hak Kekayaan Intelektual di Indonesia</p> <ul style="list-style-type: none"> - Perlindungan Hukum Merek Terkenal (Agung Sujatmiko) - Eksistensi Indikasi Geografis di Jawa Tengah (Ditinjau dari Pendaftaran Indikasi Geografis) (Rindia Fanny Kusumaningtyas) - Hak Kekayaan Intelektual sebagai Alat Koleteral (Djumadi) - Rancangan Undang-Undang Pengetahuan Tradisional dan Ekspresi Budaya Internasional ditinjau dari Aspek <i>Benefits</i> Pasal 8j UNCBD (Yenny Eta Widyanti) <p>Parallel Session 1.3 Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia</p> <ul style="list-style-type: none"> - Implikasi Diundangkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2009 tentang Penerbangan Terhadap Jaminan Pesawat Udara di Indonesia (Leonora Bakarbesy) - Parate Eksekusi atas Jaminan Fidusia (Mencari Model Eksekusi Jaminan Fidusia) (Markus Suryoutumo) - Membangun Kelembagaan Hak atas Merek sebagai Intangible Asset dalam Perspektif Jaminan Fidusia di Indonesia (Sri Mulyani) - Kajian Kebendaan Digital dalam Hukum Keperdataan Indonesia (Abdul Salam)
15.30	Coffee break, end of day 1
Jum'at, 6 Juni 2014	
08.15 – 08.30	Registrasi
08.30 – 11.00	<p>Plenary Session:</p> <p>Moderator: Prof. Dr. Ahmidu Miru, S.H., M.H.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Prof. Dr. Suhariningsih, S.H., S.U. (Hukum Perdata Indonesia dalam Perspektif Pluralisme Hukum Keluarga) - Prof. Dr. Herowati Pusoko, S.H., M.H. (Penegakan Hukum Perdata Materiil yang Menjamin Kepastian

	<p>Hukum)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H. (Pergeseran Prinsip-prinsip Hukum Kontrak) - Prof. Dr. Abd. Shomad, Drs., S.H., M.H. (<i>Syariah Compliance</i> dalam Transaksi Bisnis)
11.00 – 11.15	Wrap up dan coffee break
11.15 – 13.15	<p>Parallel Session 2.1 Hukum Kontrak: Penerapan Prinsip Itikad Baik sebagai Salah Satu Penilaian Keabsahan Kontrak</p> <ul style="list-style-type: none"> - Penerapan Konsepsi Consideration sebagai Salah Satu Syarat Sahnya Perjanjian (Studi Perbandingan Hukum Perdata) (Susilowati) - Prinsip Itikad Baik dalam Perspektif <i>Nieuw Burgerlijk Wetboek</i> (NBW): Pelajaran Bagi Indonesia Menuju Reformasi Hukum Kontrak? (Fifi Junita) - Prinsip Itikad Baik dalam Perjanjian Pengikatan Jual Beli Hak atas Tanah (Muh. Satria Muldjabar) - Perbandingan Asas-Asas Hukum Perjanjian Menurut BW, Hukum Adat dan Hukum Islam dalam Rangka Menuju Hukum Perjanjian Nasional (Djumikasih) <p>Parallel Session 2.2 Hukum Pertanahan Nasional: Upaya Mendukung Pertumbuhan Ekonomi di Indonesia</p> <ul style="list-style-type: none"> - Kajian Yuridis Terhadap Pembangunan yang Dilakukan Oleh Pihak Swasta di Atas Tanah Hak Pengelolaan (Merry Tjoanda) - Penegakan Hukum Lingkungan dalam Upaya Mendukung Investasi Pertambangan yang Berkelanjutan (Nur Sulisty Budi Ambarini) - Urgensi Pengadilan Agraria yang Berbasis Perlindungan Terhadap Masyarakat Adat Sebagai Lembaga Penyelesaian Konflik Agraria yang Berkeadilan Sosial (Diah Pawestri Maharani) <p>Parallel Session 2.3 Dinamika Hukum Orang dan Keluarga di Indonesia</p> <ul style="list-style-type: none"> - Masalah Pluralisme Batasan Umur Kedewasaan Da-

	<p>lam Hukum Perdata Materiil Indonesia (Dian Latifiani)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Pembatalan Perkawinan dalam Perspektif Hukum Islam (Fiska Silvia Raden Roro dan Ghansham Anand) - Dekonstruksi Hukum Waris Adat di Indonesia (Analisis Putusan Mahkamah Agung No. 1048K/Pdt/2012) (Victor Imanuel W. Nalle dan Ryna Frensiska)
13.15 – 14.15	Lunch break
14.15 – 16.15	<p>Parallel Session 3.1 Kapita Selektia Hukum Bisnis</p> <ul style="list-style-type: none"> - Penerapan Prinsip <i>Vicarious Liability</i> dalam Hukum Perburuhan di Indonesia (Ratih Dheviana Puru Hitaningtyas) - Asas Kebebasan Berkontrak dalam Perjanjian Kerja (Budi Santoso) - Peranan Asuransi Jiwa di Indonesia dalam Menghadapi Persaingan Pasar Bebas (Zahry Vandawati Chumaida)
	<p>Parallel Session 3.2 Perlindungan Konsumen dan Pemegang Hak Kekayaan Intelektual Menyongsong Pasar Bebas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Prinsip Keadilan dalam Perlindungan Nasabah (Uswatun Hasanah) - Perlindungan Konsumen Muslim dalam Menyongsong Era Pasar Bebas (Hanum Rahmaniari Helmi) - Penerobosan Asas Kebendaan sebagai Perlindungan Bagi Pemegang Hak Kekayaan Intelektual (Dewi Sulistiangsih)
	<p>Parallel Session 3.3 Perkembangan Hukum Ekonomi Indonesia dalam Peningkatan Kesejahteraan Masyarakat</p> <ul style="list-style-type: none"> - Harmonisasi Ex-ante dan Ex-Post Kebijakan Perbankan Nasional dalam Menanggulangi Krisis Keuangan (Yuniarti) - Konsep Legal Representasional sebagai Upaya Untuk Meningkatkan Nilai Ekonomis Aset Pelaku Usaha Mikro (Rhido Jusmadi)

	<ul style="list-style-type: none"> - Alternatif Pembiayaan Usaha Mikro Kecil Menengah Melalui Sukuk (Surat Berharga Syariah Negara) (Mas Rahmah) - Peran dan Tanggung Jawab Dewan Pengawas Syariah (DPS) dalam Menjaga Risiko Reputasi (<i>Reputation Risk</i>) yang dihadapi Perbankan Syariah Demi Terciptanya Pertumbuhan Perbankan Syariah yang Sehat (Nun Harrieti)
16.15 – 16.30	Penutupan Konferensi
16.30 – 17.00	Coffee Break
17.00 – 18.00	Rapat Pleno APHK
18.00 – 18.30	Break (Shalat Maghrib)
18.30 – 19.30	Rapat Pleno APHK (Lanjutan)
19.30	Closing, Makan Malam

Sabtu, 7 Juni 2014: Acara Bebas

Perhatian:

Susunan acara ini bersifat sebagai panduan bagi Panitia Pelaksana dan Peserta. Dalam implementasinya dapat disesuaikan menurut syarat yang dianggap baik

DAFTAR ISI

1. Suhariningsih	
Hukum Perdata Indonesia dalam Perspektif	1
2. Moch. Isnaeni	
Peran Hukum Jaminan dalam Bisnis Perbankan	11
3. Anwar Boharima	
Dinamika Hukum Yayasan di Era Globalisasi	25
4. Herowati Poesoko	
Problematika Hukum atas Eksekusi Jaminan Kebendaan	41
5. Abd. Shomad	
Sharia Compliance dalam Bisnis Bank Syariah	59
6. Agus Yudha Hernoko	
Pergeseran Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak	67
7. Rosa Agustina	
Perbuatan Melawan Hukum Badan Hukum	79

PERGESERAN PRINSIP-PRINSIP HUKUM KONTRAK*

Oleh: Agus Yudha Hernoko**

Pendahuluan

Ketika pihak panitia meminta saya untuk mengisi salah satu sesi pada acara Konferensi Nasional APHK 2014 dengan Topik "Pergeseran Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak", terbersit pertanyaan yang substansial dan essensial untuk diajukan, "*apakah memang prinsip-prinsip tersebut sudah bergeser dari tempatnya (marwahnya?)*". Pertanyaan ini terkesan mengada-ada atau bahkan agak nakal bagi sebagian orang awan (*the man on the street*), namun bagi penikmat dan pemerhati hukum kontrak justru menarik untuk dianalisis dan dikritisi. Dimensi serta spektrumnya tidak sekedar menjadi bahan renungan dogmatif, bahkan lebih dari itu menukik pada tataran teori maupun filosofi spekulatifnya.

Mengawali diskusi sederhana tentang "Pergeseran Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak",¹ kiranya perlu untuk menelusuri dimensi transendental proses lahirnya prinsip-prinsip hukum kontrak. Versi imajinatif ini saya awali dengan dialog antara Tuhan dengan Adam-Hawa, sebagai berikut:

* Makalah disampaikan pada *plenary session* dalam Konferensi Nasional dan Pertemuan Asosiasi Pengajar Hukum Keperdataan, Banjarmasin 5-7 Juni 2014.

** Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya.

¹ Dalam tulisan ini saya menggunakan dua istilah yang bermakna sama, yaitu prinsip atau asas.

Tuhan: Hai Adam dan Hawa, maukah kamu Aku beri limpahan nikmat atas Surga dan segala isinya?

Adam-Hawa: Dengan senang hati kami berdua menerima segala anugerah dan nikmat yang Engkau berikan, Wahai Tuhanku!

Tuhan: Mulai saat ini surga beserta segala isinya menjadi milikmu berdua, tetapi satu permintaan-Ku, "Janganlah kalian mendekati pohon itu dan memakan buahnya!"

Adam-Hawa: Baik Tuhanku, kami berdua berjanji untuk patuh akan semua perintah-Mu!

Kisah selanjutnya serta akibatnya sudah pembaca ketahui, dan cobalah temukan prinsip-prinsip hukum kontrak didalamnya serta daya kerjanya!

Bagi orang awam, memahami kisah ini seperti dongeng turun temurun dari orangtua kepada anaknya, dari mulut ke mulut, namun bagi masyarakat akademis kisah ini sangat inspiratif dan membawa pesan moral yang sangat kuat tentang, i.c. prinsip-prinsip hukum kontrak serta implementasinya dalam dunia nyata. Bahkan apa yang tertulis dalam berbagai kitab hukum pada masa Mesopotamia, Yunani, Romawi sampai era modern sekarang ini pada dasarnya derivatif nilai-nilai sorgawi yang diturunkan. Prinsip-prinsip hukum kontrak, semisal: kebebasan berkontrak, konsensualisme, *privity of contract*, *pacta sunt servanda*, itikad baik maupun proporsionalitas, pada hakikatnya bersumber dari sorga yang dapat ditelusuri dan dianalisis dari dialog di atas.

Prinsip atau Asas Pokok Dalam Hukum Kontrak

Mencermati prinsip atau asas di bidang hukum kontrak ternyata demikian beragam, antara lain sejalan dengan sudut pandang, aliran serta perkembangannya. Beberapa ahli mengidentifikasi asas atau prinsip hukum kontrak, antara lain:

- a. Niewenhuis² dalam disertasinya (*Drie Beginselen van contractenrecht*), menyebut tiga asas dalam hukum kontrak, yaitu: *autonomie-beginsel* (asas otonomi), *vertrouwensbeginsel* (asas kepercayaan), *causa-beginsel* (asas causa). Sementara itu dalam bukunya yang lain dengan judul "*Hoofdstukken Verbintennissenrecht*" (Pokok-Pokok Hukum Perikatan), Niewenhuis, menyebut tiga asas hukum kontrak dan perkecualiannya, yaitu:³

² J.H. Niewenhuis, *Hoofdstukken Verbintennissenrecht*, Kluwer-Deventer, 1976, h. 6.

³ J.H. Niewenhuis, *Drie Beginselen van Contractenrecht*, Kluwer-Deventer, 1979, h. 63-72.



- i. Asas kebebasan berkontrak (menurut bentuk dan isi) dengan pengecualian kontrak-kontrak formal dan riil (bentuk) dan syarat causa yang diperbolehkan (isi);
 - ii. Asas daya mengikat kontrak (perkecualian: daya pembatas itikad baik dan *overmacht*), dan
 - iii. Asas bahwa perjanjian hanya menciptakan perikatan di antara para pihak yang berkontrak (perkecualian janji demi kepentingan pihak ketiga).
- b. M. Isnaeni⁴ menyebut beberapa asas sebagai tiang penyangga Hukum Kontrak, yaitu asas kebebasan berkontrak yang berdiri sejajar dengan asas-asas lain berdasar proporsi yang berimbang, yaitu:
- i. asas *pacta sunt servanda*,
 - ii. asas kesederajatan,
 - iii. asas *privity of contract*,
 - iv. asas konsensualisme, dan
 - v. asas itikad baik.
- c. Dalam seminar tentang “Reformasi Kitab Undang-Undang Hukum Perdata” yang diselenggarakan oleh Badan Pengembangan Hukum Nasional (BPHN) pada tahun 1981 dinyatakan bahwa undang-undang kontrak yang baru akan dibuat berlandaskan pada asas-asas berikut:⁵
- i. asas kebebasan untuk mengadakan kontrak,
 - ii. asas menjamin perlindungan bagi kelompok-kelompok ekonomi lemah,
 - iii. asas itikad baik,
 - iv. asas keselarasan,
 - v. asas kesusilaan,
 - vi. asas kepentingan umum,
 - vii. asas kepastian hukum,
 - viii. asas *pacta sunt servanda*.
- d. Asas-asas dalam kontrak komersial menurut UNIDROIT adalah sebagai berikut:⁶

⁴ M. Isnaeni, “Hukum Perikatan Dalam Era Perdagangan Bebas”, *Pelatihan Hukum Perikatan Bagi Dosen dan Praktisi*, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 6-7 September 2006, h. 5

⁵ Tim Pengembangan Hukum Ekonomi (ELIPS), *Model Pengembangan Hukum Ekonomi*, Proyek ELIPS, Jakarta, 1998, h. 91.

⁶ Taryana Soenandar, *Prinsip-Prinsip UNIDROIT Sebagai Sumber Hukum Kontrak dan Penyelesaian Bisnis Internasional*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, h. 36.

- i. Asas kebebasan berkontrak.
 - ii. Asas itikad baik (*good faith*) dan transaksi jujur (*fair dealing*).
 - iii. Asas diakuinya kebiasaan transaksi bisnis di negara setempat.
 - iv. Asas kesepakatan melalui penawaran (*offer*) dan penerimaan (*acceptance*) atau melalui tindakan.
 - v. Asas larangan bernegosiasi dengan itikad buruk.
 - vi. Asas kewajiban menjaga kerahasiaan.
 - vii. Asas perlindungan pihak lemah dari syarat-syarat baku.
 - viii. Asas syarat sahnya kontrak.
 - ix. Asas dapat dibatalkannya kontrak bila mengandung perbedaan besar (*gross disparity*).
 - x. Asas *contra proferentem* dalam penafsiran kontrak baku.
 - xi. Asas menghormati kontrak ketika terjadi kesulitan (*hardship*).
 - xii. Asas pembebasan tanggung jawab dalam keadaan memaksa (*force majeure*).
- e. Menurut saya beberapa asas hukum kontrak yang bersifat fundamental, antara lain:
- i. Asas kebebasan berkontrak.
 - ii. Asas konsensualisme.
 - iii. Asas privity of contract
 - iv. Asas *pacta sunt servanda*.
 - v. Asas itikad baik.
 - vi. Asas proporsionalitas.

Terkait dengan asas-asas hukum kontrak sebagaimana tersebut di atas, para sarjana memberi porsi perhatian yang berbeda, namun dalam beberapa hal terdapat persamaannya. Dari berbagai asas hukum yang terdapat dalam hukum kontrak terdapat empat asas yang dianggap sebagai soko guru hukum kontrak, yaitu:⁷

- a. Asas kebebasan berkontrak.
- b. Asas konsensualisme.
- c. Asas *pacta sunt servanda*.
- d. Asas itikad baik.

⁷ Nindyo Pramono dalam makalah yang berjudul, "Kontrak Komersial: Pembuatan dan Penyelesaian Sengketa," dalam acara *Pelatihan Hukum Perikatan Bagi Dosen dan Praktisi*, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 6-7 September 2006, h. 1-3.

Bukan Pergeseran Prinsip *an sich*, Namun Dinamika Proporsi Daya Kerjanya

Sebagai bidang ilmu yang memiliki dimensi paling luas serta menyetuh berbagai aspek kemasyarakatan, bidang hukum kontrak tumbuh dan berkembang sejalan dengan dinamika, kompleksitas serta problematika yang ada di masyarakat. Dalam bisnis, pertukaran kepentingan para pihak senantiasa dituangkan dalam format kontrak mengingat “*Setiap langkah bisnis adalah langkah hukum*”. Ungkapan ini merupakan landasan utama yang harus diperhatikan para pihak dalam berinteraksi di dunia bisnis, dimana hukum (*i.c.* khususnya kontrak) merupakan simpul utama yang menghubungkan kepentingan mereka. Meskipun acapkali para pelaku bisnis tidak menyadarinya, namun perlu diingat bahwa setiap pihak yang memasuki belantara bisnis pada dasarnya melakukan langkah-langkah hukum dengan segala konsekuensinya.⁸

Kekeliruan mendasar dalam praktik bisnis (kalau tidak dapat disebut kesesatan), ketika muncul problematika yang berujung pada sengketa, maka format serta substansi penyelesaiannya berkuat pada tafsir-tafsir gramatikal-tekstual sehingga muaranya pada “keraguan akan kebenaran”. Hal ini tidak terlepas dari sudut pandang serta instrumen yang dipergunakan dalam menyelesaikan masalah, serta tidak dijadikannya prinsip atau asas sebagai bagian penting dalam memahami, menelaah serta menyelesaikan problematika tersebut. Pada kasus atau situasi ketika tafsir-tafsir gramatikal-tekstual tidak dapat menyelesaikan, maka seyogyanya spektrumnya ditingkatkan pada dimensi prinsip atau asas bahkan pada tataran filosofisnya. Oleh karena itu penting memahami esensi dan urgensi hukum yang diharapkan, dibangun dan diimplementasikan para pihak, yang mampu mewujudkan ide-ide hukum yang bersubstansikan keadilan dan kepastian.

Pertanyaan “*apakah memang prinsip-prinsip tersebut sudah bergeser dari tempatnya (marwahnya?)*”, hendaknya tidak dimaknai bergesernya prinsip “sebagai fundamen atau penopang atau soko guru yang bersifat meta norma dari sebuah struktur bangunan (*i.c.* kontrak)”. Karakter prinsip sebagai meta norma tidak akan pernah bergeser dari hakikatnya, namun daya kerjanya yang bergerak



⁸ “*Setiap langkah bisnis adalah langkah hukum*” pernyataan ini merupakan tesis (pendapat saya) yang senantiasa saya sampaikan dalam berbagai kesempatan. Tiada satupun langkah-langkah bisnis di dunia ini tanpa di dalamnya terkandung dimensi hukum. Dimensi hukum yang komprehensif senantiasa membingkai serta memformat hubungan-hubungan para pihak. Justru melalui format hukum sebuah proses bisnis akan mampu mencapai sasaran/tujuannya. (*i.c.* efisiensi – profit). Periksa Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010, h. 74.

sesuai karakteristik masing-masing kontrak dimungkinkan mengalami pergeseran.

Dengan demikian praktik yang berkembang dan kurang tepat dalam memaknai daya kerja prinsip atau asas hukum kontrak perlu diluruskan (Gambar di atas sebagai instrumen dasar memahami dan menyelesaikan problematika dimaksud).

Untuk memberikan gambaran sederhana terkait pergeseran prinsip-prinsip atau asas-asas hukum kontrak, i.c. kiranya lebih tepat pergeseran yang proporsional daya kerja prinsip atau asas, dapat dikemukakan contoh perbedaan daya kerja prinsip atau asas kebebasan berkontrak pada awal terbentuknya *Burgerlijk Wetboek* (BW), serta pada perkembangan terakhir *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek* (NBW).

a. Asas Kebebasan Berkontrak Pada Masa Awal Terbentuknya *Burgerlijk Wetboek* (BW)

Asas kebebasan berkontrak merupakan asas yang menduduki posisi sentral dalam hukum kontrak, meskipun asas ini tidak dituangkan menjadi aturan hukum namun mempunyai pengaruh yang sangat kuat dalam hubungan kontraktual para pihak. Pada awal mula perkembangannya kebebasan berkontrak merupakan perwujudan dari kehendak bebas, pancaran hak asasi manusia.⁹ Asas ini bersumber serta dilatarbelakangi oleh faham individualisme yang secara embrional lahir dalam zaman Yunani, dilanjutkan oleh kaum *Epicuristen* dan berkembang pesat pada zaman *renaissance* (dan semakin ditumbuhkembangkan pada zaman *Aufklarung*) melalui antara lain ajaran-ajaran Hugo de Groot, Thomas Hobbes, John Locke dan Rousseau. Sebagai asas yang bersifat universal momentum perkembangannya mencapai puncak setelah periode Revolusi Perancis, bersamaan dengan lahirnya paham ekonomi klasik yang mengagungkan *laissez faire* atau persaingan bebas.¹⁰

Kebebasan berkontrak berkembang dilandasi semangat liberalisme yang mengagungkan kebebasan individu. Perkembangan ini seiring dengan penyusunan BW di negeri Belanda, dan semangat liberalisme ini juga dipengaruhi semboyan Revolusi Perancis "*liberte, egalite et fraternite*" (kebebasan, persamaan dan persaudaraan). Menurut faham individualisme setiap orang bebas untuk memperoleh apa yang dikehendaki, sementara itu di dalam hukum perjanjian falsafah ini diwujudkan dalam asas kebebasan berkontrak. Faham ini memberi peluang luas kepada golongan eko-

⁹ Sebagai hak dasar manusia atau lebih lazim dikenal dengan hak asasi manusia, bertolak dari suatu idea yang berfokus pada manusia sebagai individu.

¹⁰ Mariam Darus Badruzaman, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Buku III Tentang Hukum Perikatan Dengan Penjelasan*, Alumni, Bandung, 1983, h. 110.

nomi kuat untuk mengatasi golongan ekonomi lemah, dominasi yang kuat terhadap yang lemah, suatu *"exploitation de l'homme par l'homme"*. Pada kondisi dan situasi ini kesan yang muncul yaitu adanya para kontraktan yang saling berhadapan dengan posisi berbeda kekuatan ekonomisnya. Sehingga lambat laun dirasakan bahwa kebebasan berkontrak menjurus pada ketidakadilan. Namun demikian, pada perkembangan berikutnya eksistensi asas ini telah direduksi, antara lain baik melalui doktrin-doktrin hukum, aturan hukum yang memaksa (*dwingend recht*) maupun intervensi pengadilan.

b. Asas Kebebasan Berkontrak Dalam *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek* (NBW)

Sebagai asas yang universal, asas kebebasan berkontrak diakui dalam berbagai sistem hukum, misal: UPICC dan RUU Kontrak (ELIPS) mengakui kebebasan berkontrak sebagai asas fundamental dalam hubungan kontraktual para pihak. Kebebasan tersebut mencakup isi maupun formalitasnya, sebagaimana tersimpul dari ketentuan Pasal 1.1 UPICC dan RUU Kontrak (ELIPS) yang menyatakan bahwa, *"Para pihak bebas untuk mengadakan suatu kontrak dan untuk menentukan isinya."* Demikian pula dalam Pasal 1.2 dinyatakan bahwa, *"Tidak satupun dalam asas-asas ini yang mensyaratkan suatu kontrak harus diadakan atau dinyatakan atau dibuktikan secara tertulis. Kontrak ini dapat dibuktikan dengan cara apapun, termasuk dengan saksi."* Dengan kandungan substansi yang sama Pasal 10 Akta Kontrak 1950 mengakui kebebasan berkontrak, dengan menyatakan bahwa, *"semua perjanjian adalah kontrak jika dibuat atas kerelaan bebas pihak-pihak yang layak membuat kontrak."* (garis bawah oleh saya). Kata *"bebas"*, *"tidak satupun"*, serta *"kerelaan bebas"* menunjukkan substansi pasal-pasal tersebut di atas dikuasai oleh asas kebebasan berkontrak.

Menarik untuk dikritisi perkembangan di Belanda saat ini, khususnya Buku 6 NBW Tentang Bagian Umum Hukum Perikatan, yang didalamnya terdapat perubahan fundamental terkait dengan keberadaan asas kebebasan berkontrak. Dalam Pasal 6:2 (1) NBW, kandungan asas kebebasan berkontrak sebagaimana tersimpul dari ketentuan Pasal 1338 (1) BW telah ditinggalkan, namun lebih menekankan pentingnya *"redelijkheid en billijkheid"* atau *"reasonableness and fairness"* atau *"kelayakan dan kepatutan"* dalam melakukan perbuatan hukum (kontrak), dan karenanya Pasal 6:2 (2) NBW melarang para pihak melanggar rambu-rambu *"redelijkheid en billijkheid"* tersebut.

Memahami substansi Pasal 6:2 NBW maka dapat ditarik kesimpulan, meskipun NBW tidak menuangkan asas kebebasan berkontrak dalam rumusan pasal-pasalnya, tidak berarti asas kebebasan berkontrak telah

mati. Asas kebebasan berkontrak secara implisit tetap diakui, namun dengan penekanan pada rambu-rambu “*redelijkheid en billijkheid*” atau “*reasonableness and fairness*” atau “kelayakan dan kepatutan”.

Dalam perspektif sistem BW Indonesia, apabila dianalisis lebih mendalam serta dikaitkan dengan praktik di pengadilan, maka “*redelijkheid en billijkheid*” atau “*reasonableness and fairness*” atau “kelayakan dan kepatutan”, lebih mengarah pada asas atau prinsip itikad baik. Dengan meletakkan dasar itikad baik dalam proses kontrak kiranya lebih mencirikan karakter “doktrin keadilan berkontrak” yang diharapkan para pihak.

Hubungan antar Asas atau Prinsip dan Daya Kerjanya

Memperhatikan contoh daya berlakunya asas kebebasan berkontrak sebagaimana tersimpul dalam ketentuan Pasal 1338 (1) BW¹¹, seyogyanya tidak dimaknai berdiri dalam kesendiriannya, asas-asas yang terdapat dalam pasal tersebut berada dalam satu sistem yang padu dan integratif dengan ketentuan-ketentuan lainnya. Terkait dengan kebebasan berkontrak, daya mengikatnya perjanjian berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya (*pacta sunt servanda*), ternyata pada situasi tertentu daya berlakunya (*strekking*) dibatasi bahkan dikesampingkan, antara lain dengan itikad baik.

Dengan demikian yang harus dipahami bahwa asas-asas atau prinsip-prinsip hukum kontrak hendaknya dibaca/diinterpretasikan dalam kerangka pikir yang komprehensif-proporsional. Selanjutnya dengan memperhatikan substansi masing-masing asas tersebut di atas, sesuai dengan fungsi “*check and balance*”, maka asas kebebasan berkontrak, asas konsensualisme, asas daya mengikat kontrak, asas *pacta sunt servanda*, itikad baik serta asas proporsionalitas mempunyai daya kerja menjangkau kontrak yang bersangkutan. Sebagai suatu sistem, pada prinsipnya dalam membuat membuat kontrak, seyogyanya dilandasi itikad baik, atas dasar kehendak bebas (sepakat) para pihak bebas menentukan isi dan bentuk kontrak, serta melangsungkan proses pertukaran hak dan kewajiban sesuai kesepakatan masing-masing secara proporsional. Sebagai sebuah janji yang bermakna maka diikatlah komitmen-komitmen para pihak dengan daya kerja yang mengikat, bahkan dengan penguat sanksi untuk menegakkannya.

Sebagai sebuah model-proses kontrak, skema di bawah ini menggambarkan daya kerja asas-asas atau prinsip-prinsip hukum kontrak (skema 1), dengan itikad baik sebagai landasan utamanya (skema 2).

¹¹ Di dalam ketentuan Pasal 1338 (1) BW tidak tersimpul azas kebebasan berkontrak, namun didalamnya juga terkandung azas konsensualisme, *partij aoutonomie*, serta daya mengikatnya perjanjian (*pacta sunt servanda*).

Skema 1



Skema 2



Pada skema di atas, kedudukan asas itikad baik merupakan struktur dasar yang fundamental karena karakternya yang melingkupi seluruh proses kontrak. Ratio pemikiran di atas dapat ditelusuri dari substansi Pasal 1338 (3) BW menyatakan bahwa, "Perjanjian-perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik." (*contractus bonafidei* – kontrak berdasarkan itikad baik). Dengan demikian fungsi itikad baik mempunyai sifat dinamis melingkupi keseluruhan proses kontrak tersebut. Selain itu juga dimaksudkan hendaknya perjanjian itu dilaksanakan menurut kepatutan dan keadilan.¹² Sebagaimana dikemukakan oleh J.M. van Dunne,¹³ bahwa daya

¹² Periksa P.L. Werry, *Perkembangan Hukum Tentang Itikad Baik di Netherland*, Percetakan Negara RI, Jakarta, 1990, h. 9; periksa juga Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 1982, h.139.

¹³ Substansi Pasal 1339 BW pada prinsipnya mempunyai kandungan yang sama dengan Pasal 6.248 paragraf 1 NBW yang menyatakan bahwa, "kontrak tidak hanya mengikat apa yang

berlaku itikad baik (*goede trouw; good faith*) meliputi seluruh proses kontrak atau diibaratkan dengan "*the rise and fall of contract*". Dengan demikian itikad baik meliputi tiga fase perjalanan kontrak, yaitu: (i) *pre contractuele fase*, (ii) *contractuele fase*, dan (iii) *postcontractuele fase*.¹⁴ Daya kerja itikad baik sebagaimana terdapat dalam Pasal 1338 ayat (3) BW, pada umumnya selalu dihubungkan dengan Pasal 1339 BW, bahwa "*Persetujuan tidak hanya mengikat apa yang dengan tegas ditentukan di dalamnya, melainkan juga segala sesuatu yang menurut sifatnya persetujuan dituntut berdasarkan keadilan, kebiasaan, atau undang-undang.*" (*garis bawah oleh saya*—keadilan yang dimaksud disini adalah itikad baik).

Pada kenyataannya itikad baik acapkali tumpang tindih dengan kewajaran dan kepatutan (*redelijkheid en billijkheid; reasonableness and equity*). Dalam itikad baik terkandung kepatutan, demikian pula dalam pengertian kepatutan terkandung itikad baik. Oleh karena itu dalam praktik pengadilan, itikad baik dan kepatutan dipahami sebagai asas atau prinsip yang saling melengkapi (*complementary*).¹⁵ Untuk itu perlu dilakukan proses interpretasi dengan metode yang tepat, sehingga hasil capaiannya mampu memberikan keadilan yang substansial bagi para pihak.

Penutup

- a. Hakikat asas-asas hukum kontrak sebagai meta norma merupakan pondasi, pedoman, parameter atau tolok ukur bagi kontrak yang dibuat para pihak. P
- b. Pergeseran asas-asas hukum kontrak, pada dasarnya dimaknai daya kerja masing-masing asas dalam suatu kontrak demi mewujudkan proses pertukaran yang fair.
- c. Salah satu instrumen penting dalam memahami daya kerja asas-asas hukum kontrak, melalui metode interpretasi untuk mengabstraksi luasan (spektrum) serta dimensinya.

secara tegas disepakati, tetapi juga kepada apa yang menurut sifat kontrak yang berasal dari hukum, kebiasaan, atau persyaratan kerasionalan dan kepatutan."

¹⁴ J.M. van Dunne, *Verbintenissenrecht, (Deel 1, Contractenrecht, 1e gedeelte)*, Kluwer-Deventer, 1993, h. 170. Periksa juga Steven R. Schuit, et. al., *Dutch Business Law*, Kluwer Law & Taxation Publishers, Antwerp-Boston-London-Frankfurt, 1983, h. 60. Hal yang sama diungkapkan oleh Steven J. Burton dan Eric G. Andersen, bahwa itikad baik sebagai prinsip fundamental dalam kontrak mencakup seluruh rangkaian "*formation, performance, and enforcement*". Periksa Steven J. Burton - Eric G. Andersen, *Contractual Goodfaith (Formation, Performance, Breach, Enforcement)*, Little, Brown and Company, Canada, 1995, h. 2-3.

¹⁵ *Ibid.*, h. 40.

DAFTAR BACAAN

- Badruzaman, Mariam Darus**, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Buku III Tentang Hukum Perikatan Dengan Penjelasan*, Alumni, Bandung, 1983.
- Burton, Steven J. - Eric G. Andersen**, *Contractual Goodfaith (Formation, Performance, Breach, Enforcement)*, Little, Brown and Company, Canada, 1995.
- Hernoko, Agus Yudha**, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010.
- Isnaeni, M.**, "Hukum Perikatan Dalam Era Perdagangan Bebas", *Pelatihan Hukum Perikatan Bagi Dosen dan Praktisi*, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 6-7 September 2006.
- Niewenhuis, J.H.**, *Hoofstukken Verbintennissenrecht*, Kluwer-Deventer, 1976.
- _____, *Drie Beginselen van Contractenrecht*, Kluwer-Deventer, 1979.
- Pramono, Nindyo**, "Kontrak Komersial: Pembuatan dan Penyelesaian Sengketa," dalam acara *Pelatihan Hukum Perikatan Bagi Dosen dan Praktisi*, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 6-7 September 2006.
- Schuit, Steven R. et. al.**, *Dutch Business Law*, Kluwer Law & Taxation Publishers, Antwerp-Boston-London-Frankfurt, 1983
- Soenandar, Taryana**, *Prinsip-Prinsip UNIDROIT Sebagai Sumber Hukum Kontrak dan Penyelesaian Bisnis Internasional*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004.
- Subekti**, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermedia, Jakarta, 1982.
- Tim Pengembangan Hukum Ekonomi (ELIPS)**, *Model Pengembangan Hukum Ekonomi*, Proyek ELIPS, Jakarta, 1998.
- van Dunne, J.M.**, *Verbintennissenrecht, (Deel 1, Contractenrecht, 1e gedeelte)*, Kluwer-Deventer, 1993.
- Werry, P.L.**, *Perkembangan Hukum Tentang Itikad Baik di Netherland*, Percetakan Negara RI, Jakarta, 1990.

PROCEEDING