

**PELAKSANAAN KEBEBASAN BERKONTRAK PADA
KONTRAK STANDAR PERPAKIRAN KENDARAAN DIKAITKAN
DENGAN UNDANG-UNDANG NOMOR 8 TAHUN 1999 TENTANG
PERLINDUNGAN KONSUMEN**

TESIS

Diajukan Sebagai Salah Satu Syarat Untuk Memperoleh Gelar Magister Kenotariatan (M.Kn)

Oleh :

JOKO SRIWIDODO

2015016461148



**PROGRAM PASCASARJANA
UNIVERSITAS JAYABAYA
JAKARTA
2017**

**PELAKSANAAN KEBEBASAN BERKONTRAK PADA KONTRAK
STANDAR PERPARKIRAN KENDARAAN DIKAITKAN DENGAN
UNDANG-UNDANG NOMOR 8 TAHUN 1999 TENTANG
PERLINDUNGAN KONSUMEN**

Tesis

Telah Disetujui Oleh Pembimbing Pada Tanggal Seperti Tertera Di Bawah Ini Dan Telah
Dipertahankan Dihadapan Tim Penguji Program Studi Magister Kenotariatan Pascasarjana
Universitas Jayabaya

**Nama : JOKO SRIWIDODO
NPM : 2015010461148**



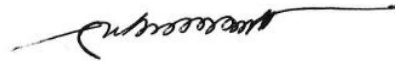
Jakarta, September 2017

Pembimbing I

Pembimbing II



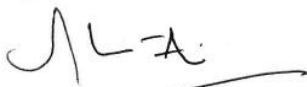
Dr. H. Fauzie Yusuf Hasibuan, SH., MH



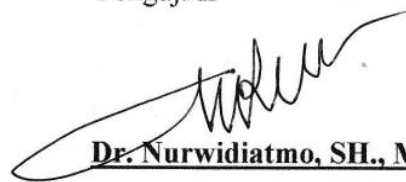
Dr. Sulhan, SH., S.Pd., M.Kn., M.Si

Penguji I

Penguji II



Dr. Sabir Alwy, SH., MH



Dr. Nurwidiatmo, SH., MH

Mengetahui/Mengesahkan,
Ketua Program
Magister Kenotariatan



Dr. H. Fauzie Yusuf Hasibuan, SH., MH

PERNYATAAN KEASLIAN TESIS

Yang bertandatangan dibawah ini saya :

Nama : Joko Sriwidodo

NIM : 2015016461148

Judul Tesis : Pelaksanaan Kebebasan Berkontrak Pada Kontrak Standar Perparkiran
Kendaraan Dikaitkan Dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999
Tentang Perlindungan Konsumen.

Menyatakan bahwa penyusunan penulisan tesis ini adalah murni hasil karya, gagasan, rumusan karya sendiri, atas bimbingan Tim Pembimbing. Dan segala bentuk kutipan dari orang lain, maka saya mencantumkan sumbernya sesuai dengan ketentuan penulisan yang berlaku dalam penulisan karya ilmiah. Apabila ditemukan tindakan plagiat/tiruan, ketidakbenaran, penyimpangan pernyataan ini saya bersedia menerima sanksi sesuai ketentuan hukum yang berlaku.

Demikian pernyataan dibuat dengan sebenarnya untuk dapat berguna seperlunya.

Jakarta,

Yang Membuat Pernyataan ini



JOKO SRIWIDODO

NIM:2015016461148

ABSTRAK

- A. Nama : Joko Sriwidodo
B. Juduk Tesis : PELAKSANAAN KEBEBASAN BERKONTRAK PADA KONTRAK STANDAR PERPAKIRAN KENDARAAN DIKAITKAN DENGAN UNDANG-UNDANG NOMOR 8 TAHUN 1999 TENTANG PERLINDUNGAN KONSUMEN
C. Jumlah Halaman : 192 halaman
D. Kata Kunci : Kontrak Standart, Perlindungan Konsumen
E. Isi Abstrak :

Kebebasan berkontrak sebagai asas dalam hukum perjanjian dan asas universal sifatnya berkaitan dengan hubungan hukum yang dibuat oleh manusia sebagai subjek hukum maupun subjek hukum selain manusia, yaitu badan hukum.

Kebebasan berkontrak dan asas *pacta sunt servanda* dalam kenyataannya dapat menimbulkan ketidakadilan. Kebebasan berkontrak didasarkan pada asumsi bahwa para pihak dalam kontrak memiliki posisi tawar (*bargaining position*) yang seimbang, tetapi dalam kenyataannya para pihak tidak selalu memiliki posisi tawar yang seimbang., tidak boleh merugikan pihak lain sebagaimana Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 18 ayat (1).

Dalam perjanjian perparkiran jika dikaitkan dengan prinsip-prinsip yang diatur dalam UNIDROIT pada dasarnya menyangkut mengenai perjanjian sebagaimana dituangkan dalam ketentuan Pasal 1320 KUH Perdata dan Pasal 1338 KUH Perdata yang intinya adalah setiap perjanjian yang dibuat oleh para pihak dianggap sebagai undang-undang, prinsip inilah yang tertuang didalam UNIDROIT. Maka dalam tesis ini membahas persoalan klausula baku/kontrak standart bertentangan dengan perlindungan konsumen sebagaimana diatur dalam Undang-undang Nomor 8 tahun 1999, Pasal 18 (1), dan bentuk penyelesaiannya yang harus dilakukan oleh para pihak jika wanprestasi.

Landasan Teori penulisan yang dipergunakan adalah Teori Negara Kesejahteraan, Teori Keadilan John Rawls, Teori Keseimbangan, dan Teori Kepastian Hukum. Metode pendekatan yuridis normatif penelitian hukum ini membahas tentang kebebasan berkontrak standar pada perparkiran. Ketentuan pasal 18 UU Nomor 8 tahun 1999, menyatakan klausula baku dalam suatu perjanjian adalah dilarang. Pasal 1338 KUH Perdata dibatasi pula ketentuan Pasal 1337 KUH Perdata, "suatu sebab adalah terlarang apabila dilarang oleh undang-undang apabila bertentangan dengan kesusilaan dan kepentingan umum.

- F. Daftar Acuan : 38 referensi buku, perundang-undangan, putusan pengadilan, makalah, dll.
G. Pembimbing :
1. Dr. H. Fauzi Yusuf Hasibuan, SH.,MH.
2. Dr. Sulhan, SPd., MSi., SH., MKn.

ABSTRACT

- A. Name : Joko Sriwidodo
B. Title Thesis : IMPLEMENTATION OF CONTRACTED FREEDOM IN
STANDARD CONTRACTS PARKING IS ASSOCIATED WITH
LAW NUMBER 8 OF 1999 ON CONSUMER PROTECTION
C. Number of Pages: 192 pages
D. Keywords : Standard Contract, Consumer Protection.
E. Abstract Content:

Freedom of contract as a principle in the law of covenant and the universal principle is related to the legal relationship made by man as a subject of law as well as the subject of law other than man, that is a legal entity.

Freedom of contract and the principle of *pacta sunt servanda* in reality can lead to injustice. Freedom of contract is based on the assumption that the parties to the contract have a balanced bargaining position, but in reality the parties do not always have a balanced bargaining position, should not harm others as Law No. 8 of 1999 on Consumer Protection As provided in the provisions of Article 18 paragraph (1).

In the parking agreement if associated with the principles set out in UNIDROIT basically concerning the agreement as outlined in the provisions of Article 1320 Civil Code and Article 1338 Civil Code essentially is any agreement made by the parties considered as law, this principle is Stated in UNIDROIT. So in this thesis discusses the issue of standard clauses / contract standards contrary to consumer protection as regulated in Law No. 8 of 1999, Article 18 (1), and the form of settlement that must be done by the parties if the default.

Basis Theory of writing that is used is the Theory of the State of Welfare, John Rawls Justice Theory, Theory of Equilibrium, and Legal Certainty Theory. This normative juridical approach method of legal research discusses the standard contract freedom in parking. The provisions of Article 18 of Law Number 8 Year 1999, stating that the standard clause in a treaty is prohibited. Article 1338 of the Civil Code is also limited to the provision of Article 1337 of the Civil Code, "a cause is prohibited if prohibited by law if it is contrary to decency and public interest.

F. References: 38 references to books, legislation, court decisions, Papers, etc.

G. Counselor:

1. Dr. H. Fauzi Yusuf Hasibuan, SH., MH.
2. Dr. Sulhan, SPd., MSi., SH., MKn.

KATA PENGANTAR

Puji syukur pada Allah Swt, yang telah memberikan hidayah dan petunjuk dalam penyelesaian penulisan tesis ini, dengan Judul”Pelaksanaan Kebebasan Berkontrak Pada Kontrak Standart Perparkiran Kendaraan Di Kota Bekasi”.

Penyusunan Tesis ini merupakan pembelajaran hukum dalam memahami hukum kontrak, tentang perparkiran kendaraan sesuai dengan hukum Perdata dikaitkan dengan Pasal 18 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999, Tentang Perlindungan Konsumen.

Penyusunan dan Penyelesaian Tesis ini merupakan arahan serta bimbingan dari pembimbing, oleh karena itu Penulis ucapkan terimakasih dan penghargaan setinggi-tingginya disampaikan kepada Yang Terhormat, Bapak Dr. H. Fauzi Yusuf Hasibuan, SH.,MH. sebagai Pembimbing I, dan Bapak Dr. Sulhan, S.Pd.,MSi., SH.,MKn., sebagai Pembimbing II, sehingga terselesaikannya penulisan tesis ini.

Penulis ucapkan terimakasih kepada Dosen Pengajar Magister Kenotariatan, seluruh staf akademis Univesiatas Jayabaya Jakarta, juga penghargaan setinggi-tingginya kepada Yang terhormat :

1. Bapak Prof. Amir Santoso, M.Sc.,Ph.D., selaku Rektor Universitas Jayabaya Jakarta.
2. Bapak Letjen. TNI (Purn) Prof. Dr.H.Syarifudin Tippe, selaku Direktur Program Pascasarjana Universitas Jayabaya Jakarta.
3. Bapak Dr. H. Fauzi Yusuf Hasibuan, SH.,MH. selaku Pembimbing I, Ketua Program Magister kenotariatan Universitas Jayabaya Jakarta.
4. Bapak Dr. Sulhan, SPd.,MSi., SH., MKn., selaku pembimbing II, dan Dosen Magister Kenotariatan Universitas Jayabaya Jakarta,

5. Bapak Dr. H.Nurwidiatmo, S.H. M.H. dan Bapak Dr.Sabir Alwy, S.H.M.H. sebagai Penguji, yang telah memberikan kritik dan sarannya pada tesis ini.
6. Ucapan Terimakasih Seluruh Dosen/Pengajar, dan staf akademis Universitas Jayabaya Jakarta, yang tidak kami sebutkan satu persatu;
7. Penulis ucapkan terimakasih kepada semua pihak yang terkait langsung maupun tidak langsung dalam sumbangsih pemikiran dan dukungannya dalam penyusunan penulisan tesis;
8. Khusus ucapan terimakasih kepada orang tua, istri, anak-anak kami yang telah memberikan motivasi dan doanya pada penulis sehingga terselesaikannya perkuliahan pada Magister Kenotariatan di Universitas Jayabaya Jakarta ini.
9. Seluruh teman, sahabat-sahabat dalam perkuliahan Kelas Z, yang tidak kami sebutkan satu persatu, semoga semuanya dalam kesuksesan dan kemudahan.

Penyusunan penulisan tesis ini tentu tidaklah sempurna, jika diketemukan kesalahan ataupun pemikiran yang lebih baik, maka penulis denga rendah hati untuk diberikan kritik dan saran yang lebih tepat dan baik. Semoga tesis ini memiliki manfaat sesuai dengan keilmuan pembaca, baik akademisi maupun praktisi pada umumnya.

Jakarta,

Penulis



JOKO SRIWIDODO
NIM:2015016461148

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
LEMBAR PENGESAHAN.....	ii
LEMBAR PERNYATAAN KEASLIAN.....	iii
ABSTRAK.....	iv
<i>ABSTRACT</i>	v
KATA PENGANTAR.....	vi
DAFTAR ISI	vii

BAB I: PENDAHULUAN

A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	17
C. Tujuan Penelitian	17
D. Kegunaan Penelitian	17
E. Kerangka Pemikiran	18
F. Metode Penelitian	35
1. Metode Pendekatan	35
2. Spesifikasi Penelitian	35
3. Jenis Data.....	35
4. Metode Pengumpulan Data	35
5. AnalisaData.....	36

BAB II : KONTRAK STANDAR DAN PINSIP-PRINSIP UNIDROIT

A. Pengaturan Hukum Kontrak Dan Asas-asas Hukum Kontrak....	38
B. Kontrak Standar	48
C. Prinsip Kontrak Komersial Internasional UNIDROIT.....	51

BAB III : KEBEBASAN BERKONTRAK PADA KONTRAK KOMERSIAL

A. Kebebasan Berkontrak Didasari Ideologi Individualisme	73
B. Teori Hukum Kontrak Paradigma Kebebasan Berkontrak	79
C. Paradigma Kebebasan Berkontrak Kearah Kepatutan	88
D. Kedudukan Klausula Eksonerasi dalam Perjanjian	95

**BAB IV : KONTRAK STANDAR DAN PERLINDUNGAN KONSUMEN SERTA
BENTUK PENYELESAIAN WANPRESTASI**

- A. Perjanjian Kontrak Standar (Klausula Baku) Bertentangan Dengan
Perlindungan Konsumen103
- B. Bentuk Penyelesaian Jika Terjadi Wanprestasi.....150

BAB V : PENUTUP

- A. Kesimpulan 187
- B. Saran188

DAFTAR PUSTAKA189

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Kebebasan berkontrak dan asas *pacta sunt servanda* dalam kenyataannya dapat menimbulkan ketidakadilan. Kebebasan berkontrak didasarkan pada asumsi bahwa para pihak dalam kontrak memiliki posisi tawar (*bargaining position*) yang seimbang,¹ tetapi dalam kenyataannya para pihak tidak selalu memiliki posisi tawar yang seimbang. Akibatnya, pihak yang memiliki posisi tawar yang lebih kuat cenderung menguasai pihak yang memiliki posisi tawar yang lebih lemah. Kemudian pada abad dua puluh timbul berbagai kritik dan keberatan terhadap kebebasan berkontrak baik yang berkaitan dengan akibat negatif yang ditimbulkannya maupun kesalahan berpikir yang melekat di dalamnya. Paradigma kebebasan berkontrak pada akhirnya bergeser ke arah paradigma kepatutan. Dengan demikian, walaupun kebebasan berkontrak masih menjadi asas penting dalam hukum kontrak baik dalam *civil law* maupun *common law*, tetapi ia tidak lagi muncul seperti kebebasan berkontrak yang berkembang pada abad sembilan belas. Sekarang, kebebasan berkontrak bukanlah kebebasan tanpa batas. Negara telah melakukan sejumlah pembatasan kebebasan berkontrak melalui peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan. Pembatasan kebebasan berkontrak tersebut setidaknya-tidaknya dipengaruhi oleh dua faktor yakni:

1. Makin berpengaruhnya ajaran itikad baik di mana itikad baik tidak

¹ A.G. Guest, ed., *Chity on Contract, Volume I – General Principles*, London: Sweet & Maxwell, 1983, hlm. 3

hanya ada pada pelaksanaan kontrak, tetapi juga harus ada pada saat dibuatnya kontrak;

2. Makin berkembangnya ajaran penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden* atau *undue influence*)

Kebebasan berkontrak dalam bahasa asing dikenal dengan istilah *contractvrijheid*, *contracteer verijheid*, atau *partij outonomis* atau *freedom of contract*. Kebebasan berkontrak dalam KUH Perdata Indonesia merupakan suatu asas hukum. Sebagai asas hukum pada umumnya maka kebebasan berkontrak merupakan pikiran dasar atau yang memberikan roh keberlakuan atau kekuatan hukum materiil kepada norma hukum kontrak di samping dan dalam kaitannya dengan kekuatan hukum formal.

Rutter sebagaimana dikutip Imaniyati, mengatakan asas kebebasan berkontrak merupakan asas paling penting. Tidak tertulis dengan kata-kata yang banyak dalam undang-undang tetapi seluruh hukum perdata didasarkan padanya.² Kebebasan berkontrak ini merupakan asas hukum bagi kaedah hukum perjanjian. Kebebasan berkontrak, hingga kini tetap menjadi asas penting dalam sistem hukum kontrak baik dalam sistem *civil law*, *common law*, maupun sistem lainnya,³ termasuk sistem hukum Islam.⁴

²Eni Sri Imaniyati, *Hukum Ekonomi dan Ekonomi Islam, Dalam Perkembangannya*, Mandar Maju, Bandung, 2002, hlm. 35.

³Ridwan Khairandy, *Iktikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Program Pascasarjana FH UI, Jakarta, 2003, hlm 43, lihat juga Eni Sri Imaniyati, *Op.cit.*, hlm. 29 yang mengatakan bahwa asas kebebasan berkontrak ini juga secara formal menjiwai hukum perjanjian di Indonesia

⁴Fathurrahman Djamil, *Hukum Perjanjian Syariah*, dalam *Kompilasi Hukum Perikatan*, 2001, hlm 249 menyebutkan Al-Hurriyah merupakan prinsip dasar dalam hukum Islam dan merupakan prinsip dasar pula dalam hukum perjanjian. Pihak yang melakukan akan mempunyai kebebasan untuk membuat perjanjian, baik dari segi yang diperjanjikan maupun menentukan persyaratan-persyaratan lain, termasuk menetapkan cara-cara penyelesaian bila terjadi sengketa. Lihat juga ICH.Ahmad Azhar Basyir, *Asas-asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*, UII Press, Yogyakarta, 2000, hlm 108 yang menulis, hukum Islam pada dasarnya memberi kebebasan orang membuat akad sesuai dengan keinginannya, tetapi yang menentukan akibat hukumnya adalah ajaran agama.

Asas kebebasan berkontrak dalam KUH Perdata tersirat di dalam suatu norma hukum sebagaimana yang tertuang di dalam Pasal 1338 KUH Perdata yang menegaskan, bahwa *semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya*. Konsekuensi penerapan asas kebebasan berkontrak dalam suatu aturan hukum mengakibatkan hukum perjanjian menganut sistem terbuka. Artinya para pihak diberi kebebasan untuk menentukan isi dan kepada siapa perjanjian diperbuat dan dengan demikian ketentuan Buku III KUH Perdata dapat disimpangi oleh para pihak sepanjang hal tersebut disepakati bersama.

Konsekuensi asas kebebasan berkontrak yang dianut di dalam hukum perjanjian menyebabkan orang dapat menciptakan hak-hak perseorangan sebagaimana yang diatur di dalam Buku III KUH Perdata. Demikian pun cara seseorang memperoleh hak milik dapat terjadi melalui perjanjian. Sebagaimana disebutkan terdahulu, hak pemilikan berkaitan dengan bagaimana cara orang memperoleh dan mempergunakan pemilikannya. Hukum menentukan cara bagaimana seseorang memperoleh dan mempergunakan hak miliknya. Dalam hukum perjanjian yang dijiwai oleh asas kebebasan berkontrak merupakan salah satu cara yang didasarkan ketentuan hukum bagaithana cara seseorang memperoleh dan mempergunakan hak miliknya.⁵

Menurut Khairandy, kebebasan berkontrak memiliki makna yang positif dan negatif. Kebebasan berkontrak pasif adalah para pihak memiliki

⁵Dalam ilmu hukum perdata dikenal *Obligatoir overeenkomst* dan *zakelijke overeenkomst*. Yaitu perjanjian untuk memperoleh hak bezit atau hak milik. Dalam pemilikan, selalu terdapat perjanjian penyerahan yang disebut perjanjian *obligatoir* atau perjanjian yang menimbulkan kewajiban, dalam mana timbul hak perseorangan (*persoonlijk recht*), umpama pembeli mempunyai hak untuk menuntut penyerahan terhadap penjualnya, sedangkan berkaitan dengan penyerahannya disebut perjanjian kebendaan (*zakelijke overeenkomst*).

kebebasan untuk membuat kontrak yang mengikat yang mencerminkan kehendak bebas para pihak. Dengan perkataan lain, kontrak adalah hasil kehendak bebas dari para pihak. Dengan prinsip tersebut, maka pembentukan suatu kontrak dan pemilihan isi kontrak adalah hasil kehendak bebas para pihak. Kebebasan berkontrak negatif bermakna bahwa para pihak bebas dari suatu kewajiban sepanjang kontrak yang mengikat itu tidak mengaturnya.⁶

Guest menyebutkan, bahwa pada abad ke sembilan belas, kebebasan berkontrak sangat diagungkan baik oleh para filsuf, ekonom, sarjana hukum maupun pengadilan.⁷

Kebebasan berkontrak sebagai asas dalam hukum perjanjian dan asas ini universal sifatnya dan kebebasan berkontrak ini berkaitan dengan hubungan hukum yang dibuat oleh manusia sebagai subjek hukum maupun subjek hukum selain manusia, yaitu badan hukum. Dan sifat keuniversalan asas kebebasan berkontrak tergambar sebagai wujud eksistensi manusia sebagai individu dalam mengaktualisasikan dirinya dapat diasumsikan bahwa asas kebebasan berkontrak ini sangat erat kaitannya dengan HAM.

Asas kebebasan berkontrak yang tertuang di dalam KUH Perdata adalah diperuntukkan bagi suatu *cultuurgemenschap*, suatu masyarakat yang modern dengan pandangan differensiasi terhadap pemisahan pelbagai masalah yang sangat tajam, individualis-kapitalis, di mana hak individu dalam perekonomian merupakan sebagian dari hak asasinya. Erat sekali hubungannya dengan dunia luar, sehingga untuk ini perlu diadakan

⁶ Ridwan Khairandy, *Op.cit.*, hlm. 42

⁷ *ibid*, hlm. 44

ketentuan-ketentuan yang tertib tentang jaminan pemenuhan janji yang telah diadakan.⁸

Asas kebebasan berkontrak mula-mula muncul dan berlaku dalam hukum perjanjian Inggris sebagai awal dari sejarah timbulnya asas kebebasan berkontrak.⁹

Menurut Treitel, sebagaimana dikutip oleh Remy Sjahdeini,¹⁰ *freedom of contract* digunakan untuk merujuk kepada dua asas umum. Pertama, asas umum yang mengemukakan, bahwa hukum tidak membatasi syarat-syarat yang boleh diperjanjikan oleh para pihak; asas tersebut tidak membebaskan berlakunya syarat-syarat suatu perjanjian hanya karena syarat-syarat perjanjian tersebut kejam atau tidak adil bagi satu pihak. Asas ini ingin menegaskan, bahwa ruang lingkup asas kebebasan berkontrak meliputi kebebasan para pihak untuk menentukan sendiri isi perjanjian yang ingin mereka buat.

Kedua, asas umum yang mengemukakan pada umumnya seseorang menuntut hukum tidak dapat dipaksa untuk memasuki suatu perjanjian. Dengan asas umum ini, ingin mengemukakan bahwa asas kebebasan berkontrak meliputi kebebasan bagi para pihak untuk menentukan dengan siapa dia ingin atau tidak ingin membuat perjanjian.

Dalam lintasan sejarahnya, asas kebebasan berkontrak merupakan refleksi paham pasar bebas yang dipelopori oleh Adam Smith. Adam Smith

⁸Achmad Ichsan, *Hukum Perdata IB*, Pembimbing Masa, Jakarta, 1969, hlm. 9

⁹Bandingkan dengan tulisan Djumadi, *Hukum Perburuhan Perjanjian Kerja*, Rajawali Press, Jakarta, 2002, hlm 18 yang menyebutkan asas kebebasan berkontrak, yang menjadi asas utama dalam suatu perjanjian, pada mulanya timbul dan berkembang di negeri Perancis, dan mencapai puncaknya setelah adanya Revolusi Perancis.

¹⁰Sutan Remy Syahdeini, "Asas Kebebasan Berkontrak dan Kedudukan yang seimbang dari kreditur dan debitur", makalah yang disampaikan pada *Seminar Ikatan Notaris Indonesia* di Surabaya pada tanggal 27 April 1993, hlm 2.

dengan teori ekonomi klasik mendasarkan seluruh pemikiran-pemikirannya pada ajaran hukum alam. Hal ini pun mendasari pemikiran Jeremy Bentham.¹¹

Menurut Syahdeni, teori klasik yang dikemukakan oleh Adam Smith dan teori *utilitarianisme* yang dikemukakan Jeremy Bentham adalah memiliki kesamaan-kesamaan dan saling melengkapi, kedua-duanya menyuburkan dan menghidupkan *liberal individualisme*. Menurut kedua pandangan di atas, individualisme adalah nilai sekaligus sebagai mekanisme sosial. Dengan falsafah demikian, maka asas kebebasan berkontrak diterima sebagai prinsip yang umum.¹²

Pengaruh paham individualisme yang berkembang pada abad 17-18 telah memberi peluang yang cukup luas atas isi asas kebebasan berkontrak demikian bebasnya dan sangat kuat dalam melindungi kepentingan individu. Namun, dalam perkembangannya, akibat desakan paham-paham etis dan sosialis, paham individualisme mulai pudar, terlebih-lebih setelah perang dunia kedua. Paham ini secara umum menimbulkan zaman baru dalam hukum, demikian juga pengaruh paham etis dan sosialis ini terlihat dan sangat terasa pada isi dari asas kebebasan berkontrak.¹³

¹¹Lihat juga Ridwan Khairandhy, *Op.cit.*, hlm 65-67.

¹²Eni Sri Imaniyati, *Hukum Ekonomi dan Ekonomi Islam dalam Perkembangan*, Mandar Maju, 2002, hlm 36.

¹³Mahadi, mengutip pendapat Pompe, menyebutkan bahwa dalam tahun 1945 atau abad ke 19 telah muncul zaman baru dalam bidang hukum yang ditandai dengan "*Zaman individualime telah habis*". Gerakan sosialisme telah membawa maut bagi individualisme. Gerakan sosialisme telah membawa gelombang baru dalam dunia hukum. Yang penting dan relevan dari zaman baru itu, adalah:

- a. Penetapan kepentingan umum lebih tinggi dari kepentingan individual.
- b. Penempatan hukum lebih tinggi daripada undang-undang.
- c. Penempatan dan penegakan asas-asas hukum hendaknya didasarkan kepada susila.

Dengan menonjolkan tiga segi relevan itu serentak pula berarti, bahwa dalam zaman sebelumnya ketiga itu tidak/kurang, mungkin pula sama sekali tidak mendapat perhatian.

Asas kebebasan berkontrak menurut hukum perjanjian Indonesia meliputi ruang lingkup sebagai berikut:¹⁴

1. kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian.
2. kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ia ingin membuat perjanjian.
3. kebebasan untuk menentukan atau memilih kuasa dari perjanjian yang dibuatnya.
4. kebebasan untuk menentukan objek perjanjian.
5. kebebasan untuk menentukan syarat-syarat suatu perjanjian termasuk kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*aanvullend, optional*).

Dalam lalu lintas perdagangan internasional juga dianut asas kebebasan berkontrak. Prinsip hukum kontrak komersial Internasional, yang diatur dalam prinsip-prinsip UNIDROIT juga mengatur tentang Asas kebebasan berkontrak. Prinsip UNIDROIT bertujuan untuk mengharmonisasikan hukum kontrak komersial di negara-negara yang mau menerapkannya, sehingga materinya difokuskan pada persoalan yang dianggap netral. Dengan demikian ruang lingkup yang diatur oleh Prinsip UNIDROIT adalah kebebasan berkontrak. Dasar pemikirannya adalah bahwa apabila kebebasan berkontrak ini tidak diatur, maka dapat terjadi distorsi, tetapi sebaliknya apabila pengaturannya terlalu ketat, maka akan hilanglah makna dari kebebasan berkontrak itu sendiri. Oleh karena itu, UNIDROIT berusaha mengakomodasi berbagai kepentingan yang diterapkan dapat memberikan solusi persoalan perbedaan sistem hukum dan kepentingan

Kepentingan individual menempati tempat tertinggi/terpenting (Mahadi, *Hukum Sebagai Sarana Mensejahterakan Masyarakat*, USU Press, Medan, 1985, hlm 2-3).

¹⁴ Remy Syahdeini, *Op.Cit.*, hlm. 10

ekonomi lainnya. Prinsip kebebasan berkontrak diwujudkan dalam lima bentuk prinsip hukum, yaitu:

1. Kebebasan menentukan isi kontrak;
2. Kebebasan menentukan bentuk kontrak;
3. Kontrak mengikat sebagai undang-undang;
4. Aturan memaksa (*mandatory rules*) sebagai perkecualian; dan
5. Sifat internasional dan tujuan-tujuan prinsip-prinsip UNIDROIT yang harus diperhatikan dalam penafsiran kontrak.¹⁵

Dalam perkembangannya asas hukum ini dipengaruhi oleh kebutuhan-kebutuhan dunia bisnis dan perdagangan, yaitu kepraktisan, efisiensi dan efektivitas sehingga asas kebebasan berkontrak ini sering kali disimpangi, bahwa dalam perkembangan berikutnya asas kebebasan berkontrak dalam dunia bisnis tidak diterima.¹⁶

Pembatasan asas kebebasan berkontrak dapat dilihat dari perjanjian kerja dan perburuhan, di mana Pemerintah (negara) turut campur tangan untuk membatasi asas kebebasan berkontrak khususnya isi dari perjanjian. Pangaturan isi perjanjian tidak semata-mata dibiarkan kepada para pihak, akan tetapi perlu diawasi Pemerintah sebagai pengemban kepentingan umum menjaga keseimbangan kepentingan individu dan kepentingan masyarakat. Melalui penerobosan Hukum Perjanjian oleh Pemerintah terjadi penggeseran Hukum Perjanjian ke bidang hukum publik. Melalui campurtangan Pemerintah ini, pemasyarakatan (*vermaatschappelijking*) hukum perjanjian¹⁷.

¹⁵Taryana Soenandar, *Tinjauan Atas Beberapa Aspek Hukum dari Prinsip-prinsip UNIDROIT, dalam Kompilasi Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 159.

¹⁶Eni Sri Imaniyati, *Op.cit.*, hlm. 29.

¹⁷Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan, Op.cit.*, hlm. 85

Pergeseran hukum perjanjian dari hukum privat ke publik dapat terlihat dalam lapangan hukum perburuhan sebagai salah satu contoh pembatasan kebebasan berkontrak. Misalnya mengenai besarnya upah yang harus diberikan kepada buruh, jaminan sosial, dan hak normatif buruh lainnya, larangan memperkerjakan anak-anak di bawah umur, larangan memuat aturan yang mewajibkan seorang pengusaha hanya menerima atau menolak pekerja dari suatu golongan, baik berkenaan dengan agama, golongan warga negara atau bangsa maupun karena keyakinan politik atau anggota dari suatu perkumpulan, larangan memuat aturan yang mewajibkan seseorang pekerja supaya hanya bekerja atau tidak boleh bekerja pada majikan dari suatu golongan, baik berkenaan dengan agama, golongan warga negara, maupun karena keyakinan politik atau anggota dari suatu perkumpulan, larangan memuat aturan yang bertentangan dengan undang-undang tentang ketertiban umum atau dengan tata susila.

Asas kebebasan berkontrak dalam perkembangan selanjutnya juga mengalami bermacam-macam pembatasan yang terjadi karena sebab-sebab:¹⁸ Pertama, karena timbulnya bentuk-bentuk persetujuan tertentu atau pemusatan dalam aktivitas bidang perekonomian. Artinya, dulu orang bertindak sendiri-sendiri di bidang perekonomian, namun kemudian terjadi penggabungan atau pemusatan ke dalam perseroan-perseroan yang lebih besar yang mengakibatkan kebebasan perseorangan dibatasi oleh berbagai macam peraturan-peraturan.

¹⁸ Amirizal, *Op.Cit.*, hlm. 37

Kedua, hukum tata usaha negara atau administrasi pemerintahan terlibat sebagai bagian campur tangan pihak pemerintah dalam lapangan ini, yakni: (a) membuat pengaturan diskriminatif yang memihak, untuk melindungi golongan yang lemah, seperti buruh, koperasi, pengusaha kecil, dan industri rumah tangga. (b) sebagai usaha untuk menciptakan keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan umum.

Ketiga, berkembangnya aliran pemikian dalam masyarakat untuk mewujudkan keadilan sosial, dan meletakkan keseimbangan sosial. Di negara-negara Barat, hal terakhir di atas tampak dalam berbagai upaya, di antaranya adalah kemungkinan untuk mencegah timbulnya perjanjian-perjanjian yang tidak memenuhi keadilan sosial.

Keempat, timbulnya semacam bentuk formal (formalisme) yaitu suatu keadaan, yang terbentuk karena diadakan oleh para pihak itu sendiri.

Kegiatan ekonomi masyarakat dalam pengertian yang luas, saat ini menjadi kajian hukum ekonomi. Bidang kajian hukum ekonomi adalah sangat luas, karena meliputi dua ruang lingkup sekaligus, yaitu:

Pertama, pengaturan usaha-usaha pembangunan ekonomi dalam pengertian peningkatan kehidupan ekonomi nasional secara makro.

Kedua, pengaturan usaha-usaha pembagian hasil pembangunan ekonomi secara merata.

Mengingat luasnya bidang kajian hukum ekonomi pada umumnya, maka hukum dapat dikatakan mau mengakomodasikan dua aspek hukum sekaligus sebagai suatu kajian yang komprehensif. Adapun aspek hukum dimaksud meliputi baik aspek hukum publik maupun aspek hukum perdata,

sehingga dari kedua aspek hukum tersebut mengandung asas hukum yang bersumber dan kedua aspek hukum dimaksud yang dapat digambarkan sebagai berikut:¹⁹

Dari asas-asas hukum yang dapat diakomodir hukum ekonomi baik yang bersumber dari asas-asas Hukum Perdata/ Hukum Dagang maupun asas-asas hukum Publik, pada dasarnya dapat ditarik menjadi asas-asas hukum dari bagian-bagian hukum tertentu yang mengandung nilai-nilai untuk melindungi berbagai aspek kehidupan manusia di dalam kegiatan ekonomi dalam pengertian luas.

Asas-asas utama dari hukum ekonomi yang sangat patut mendapat perhatian antara lain adalah (a) asas keseimbangan dan kepentingan (b) asas pengawasan publik (c) asas campur tangan negara terhadap kegiatan ekonomi. Sedangkan asas-asas hukum yang bersumber dari Hukum Perdata atau Hukum Dagang pada dasarnya hanya mengandung satu segi saja, yaitu khusus mengenai hubungan para pihak di dalam suatu kegiatan, di mana asas kebebasan berkontrak merupakan asas yang cukup penting.

Kontrak di Indonesia galibnya diatur oleh hukum adat (hukum kebiasaan) atau KUHPerdata (*Civil Code/Burgerlijke Wetboek*). Para prinsipnya hukum adat berlaku terhadap orang-orang dari masyarakat pribumi dalam situasi kehidupan perdesaan. Hukum adat tidak berlaku terhadap transaksi yang dilakukan orang-orang Eropa maupun transaksi internasional. Untuk mereka yang tergolong ke dalam masyarakat Eropa dan Timur Asing berlaku penuh ketentuan-ketentuan yang termaktub dalam

¹⁹Sri Rejeki Hartono, *Kapita Selekta Hukum Ekonomi*, Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm 39-40.

Buku III KUHPerdara (tentang perikatan).Bilamana orang-orang dari golongan penduduk yang berbeda-beda mengadakan transaksi di antara mereka, maka timbul persoalan hukum mana yang berlaku dan karena itu juga masalah pilihan hukum.²⁰ Persoalan ini dapat dipecahkan mengikuti prinsip-prinsip di bawah ini:²¹

- a) Kehendak para pihak. Para pihak membuat pernyataan tegas di dalam kontrak bahwa hukum adat atau KUHPerdara yang akan berlaku dalam penyelesaian sengketa hukum yang mungkin muncul. Pengadilan juga dapat membuat pengandaian bahwa pihak-pihak dalam kontrak secara implisit telah melakukan pilihan hukum demikian.Misalnya, pengadilan menemukan dan memastikan bahwa sejumlah konsep hukum dan peristilahan dikenal dan digunakan di dalam satu atau dua sistem hukum, sedemikian sehingga sistem hukum tersebut dapat diberlakukan.Bentuk dan substansi kontrak juga merupakan faktor penting. Misalnya bilamana kontrak tertentu tidak/belum pernah ditemukan sebelumnya di dalam suatu sistem hukum, kiranya jelas bahwa sistem hukum lain yang akan diberlakukan terhadap kontrak tersebut. Contohnya korporasi yang dimiliki baik oleh mereka yang masuk ke dalam golongan bumiputera, Timur Asing atau Eropa akan diatur dan ditundukan kepada KUHPerdara. Penentuan ini dilandaskan fakta bahwa korporasi pada prinsipnya adalah entitas hukum Barat.
- b) Lingkungan (situasi-kondisi yang melingkupi pembuatan kontrak). Jika transaksi terjadi di situasi perdesaan, maka akan berlaku (sistem) hukum adat. Jika seorang Eropa memiliki toko kecil di perdesaan dan menyewakannya kepada penduduk desa setempat, maka hukum adat akan berlaku terhadap transaksi demikian. Sebaliknya bila seorang penduduk desa memiliki rumah di Jakarta dan menyewakannya kepada seorang dari golongan Eropa, maka KUHPerdara akan berlaku karena sistem hukum itulah yang secara umum diberlakukan di Jakarta.
- c) Penundukan diri ke dalam sistem hukum pihak lainnya. Jika seseorang memilih domisili di tempat lain, yaitu tempat di mana transaksi dibuat, maka transaksi tersebut akan diatur oleh (sistem) hukum tempat di mana transaksi dilangsungkan. Misalnva, jika seseorang Indonesia bumiputera pergi ke toko milik orang berkebangsaan Eropa atau Cina untuk membeli sesuatu, maka diandaikan bahwa ia memasuki lingkungan hukum Barat dan dalam hal demikian KUHPerdara berlaku. Namun jika seorang pedagang keliling asing masuk ke perdesaan untuk menjual barang dagangannya, maka dianggap ia telah masuk ke dalam lingkup hukum lokal dan hukum adat akan berlaku terhadap transaksi demikian.
- d) Penawaran Umum. Jika seseorang menawarkan sesuatu kepada publik dan

²⁰ Rosa Agustina, Hans Nicuwentius, Jaap Hijma dan Suharnoko, *Hukum Perikatan(Law of Obligation)*, Jakarta: UI, University Groningen, Pustaka Larasan, 2012, hlm. 79

²¹*ibid*

seorang lain menerima tawaran umum tersebut, maka lingkup hukum dari pihak yang menawarkan akan berlaku terhadap transaksi demikian.

- e) Kedudukan ekonomi dan sosial yang dominan dari salah satu pihak. Hukum mengandaikan bahwa pihak yang dominan dapat memaksakan kehendaknya kepada pihak lainnya. Karena itu logis untuk menerima bahwa hukum dari pihak dominan demikian yang akan berlaku. Misalnya seorang penduduk pribumi yang tinggal di perdesaan membeli tiket pesawat terbang. Dalam hal demikian diandaikan bahwa transaksi demikian ditundukkan pada KUHPerdota.²²

Sebagai suatu prinsip umum, kontrak tercipta tatkala ada perjumpaan kehendak. Hal ini disebut pula sebagai prinsip konsensual yang melandasi perjanjian sebagaimana diatur di dalam ketentuan Pasal 1320 (1) KUHPerdota. Prinsip ini dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 1458 KUHPerdota yang menyatakan kontrak jual-beli sah dan mengikat para pihak terhitung sejak para pihak bersepakat tentang barang dan harganya. Kendati begitu validitas (keabsahan) bentuk-bentuk kontrak tertentu digantungkan pada pemenuhan formalitas tertentu. Misalnya untuk keabsahan suatu persetujuan dipersyaratkan bentuk tertulis. Persyaratan lainnya kita temukan di dalam keabsahan perjanjian untuk menyerahkan sesuatu yang mensyaratkan pertama penyerahan barang dan selanjutnya fisik barang telah diterima oleh pihak lainnya²³.

Apapun kontrak yang dibuat, dapat dikatakan bahwa kesepakatan bersama merupakan prinsip dasar yang menentukan keabsahan kontrak. Ada empat syarat yang harus dipenuhi sebelum suatu kontrak dapat dinyatakan mengikat secara hukum: kontrak harus dibuat beranjak dari kehendak bebas para pihak. Pihak yang membuat kontrak harus memiliki kecakapan hukum

²² Charles Himawan dan Mochtar Kusumaadmadja, *Business Law: Contract and Business Associations*, Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, 1973, hlm. 1-2

²³ R. Subekti dan R. Tjiptosudibyo, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Jakarta: Radnya Paramita, 1987.

untuk bertindak; kontrak harus mengenai hal tertentu dan apa yang diperjanjikan tidak boleh sesuatu yang melawan hukum. Menurut ketentuan Pasal 1338(1) KUHPerdara, seketika syarat-syarat keabsahan perjanjian dipenuhi (Pasal 1320(1) KUHPerdara), maka kontrak demikian mengikat dan berlaku sebagai hukum bagi para pihak²⁴.Selanjutnya ketentuan Pasal 1338(3) KUHPerdara menyatakan bahwa kontrak harus dilaksanakan dengan itikad baik.Untuk menjamin adanya itikad baik demikian, maka hakim pengadilan perdata memiliki kewenangan *diskresioner* tmtuk mengawasi pelaksanaan suatu kontrak dan menjamin adanya itikad baik demikian dengan menggunakan prinsip keadilan dan kemasuk-akalan.Hal ini berarti bahwa dalam praktiknya hakim dapat menyimpangi bunyi kontrak jika penyimpangan demikian diperlukan untuk menjamin dan memenuhi prinsip itikad baik.

Prinsip lain yang terkait dengan itikad baik berkenaan dengan perlindungan pembeli beritikad-baik (pembeli *bona fide*). Sebagai contoh, dalam hal debitur dengan itikad tidak baik mengalihkan harta bendanya kepada pihak ketiga dengan maksud menyembunyikan assetnya, KUHPerdara menyediakan satu sarana hukum khusus, *Actio Paulina*, sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 7341 KUHPerdara. Kreditor dapat menghindari konsekuensi yang timbul dari transaksi-transaksi dengan itikad tidak baik demikian yang dilakukan debitur dengan mengajukan gugatan agar pengadilan membatalkan transaksi-transaksi tersebut²⁵.Agar dapat dinyatakan batal, transaksi tersebut harus dinyatakan tidak memenuhi syarat yang

²⁴*Ibid.*, hlm.

²⁵Lihat ketentuan Pasal 3741 KUHPerdara

ditetapkan bagi keabsahan kontrak dan menimbulkan kerugian bagi kreditur. Umumnya kerugian dianggap ada jika debitur mengurangi nilai assetnya sedemikian rupa sehingga nilainya tidak lagi mencukupi pembayaran hutang-hutangnya. Sebaliknya, hak seorang pembeli beritikad baik (*bona fide*) juga dilindungi secara terpisah dan tidak akan terganggu oleh putusan pembatalan demikian. Ketentuan Pasal 1340 KUHPerdara menetapkan bahwa perjanjian akan mengikat para pihak dan tidak akan menimbulkan kerugian terhadap pihak ketiga. Ketentuan Pasal 1341 KUHPerdara menyatakan pula bahwa setiap kreditur dapat menuntut pembatalan semua tindakan debitur yang tidak diwajibkan dan yang merugikan kreditur sepanjang kreditur berhasil membuktikan bahwa debitur dan pihak ketiga tersebut mengetahui bahwa transaksi tersebut akan merugikan kreditur. Pada sisi lainnya dikatakan bahwa kebebasan berkontrak dan asas *pacta sunt servanda* dalam kenyataannya dapat menimbulkan ketidakadilan. Kebebasan berkontrak didasarkan pada asumsi bahwa para pihak dalam kontrak memiliki posisi tawar (*bargaining position*) yang seimbang, tetapi dalam kenyataannya para pihak tidak selalu memiliki posisi tawar yang seimbang.

Hal inilah yang seharusnya menjadi perhatian semua pihak yang bergerak di bidang pembuatan kontrak, mengingat saat ini telah ada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 18 ayat (1).

Untuk menghindari terjadinya penjiplakan terhadap penulisan tesis ini maka dilakukan analisis terhadap beberapa hasil penelitian yang pernah ada

antara lain sebagai berikut:

1. Zoelfirman, *Kebebasan Berkontrak Versus Hak Asasi Manusia*, (analisis Yuridis Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya), Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang, 2003. Adapun materi yang dibahas dalam tesis beliau adalah pelaksanaan kebebasan berkontrak sebagai wujud perlindungan terhadap hak asasi manusia baik di bidang sosial, ekonomi, budaya maupun perbankan. Adanya ketidakseimbangan dalam kontrak baku dapat menimbulkan tindakan kekerasan yang hal ini dapat pula terjadi antara nasabah dalam hal kreditur dan debitur khususnya pada perbankan. Antisipasi ke depan adalah bagaimana peran pemerintah untuk segera melakukan peninjauan kembali terhadap keberadaan kontrak baku tersebut seiring dengan kehadiran Undang-undang Nomor 8 tahun 1999 tentang perlindungan konsumen.
2. Heri Setiawan, dalam tesis beliau dengan judul *Pemberian Kredit Perbankan yang Berwawasan Lingkungan pada Bank Nasional Indonesia*. Fakultas Hukum, STIH IBLAM, Jakarta, 2006. Dalam tesis beliau membahas mengenai pemberian kredit yang berwawasan lingkungan yang berdasarkan pada beberapa kontrak standar yang dibuat oleh Bank Nasional Indonesia sebagai wujud memajukan perekonomian. Namun di sisi lain adanya kendala dalam proses pelaksanaannya karena setiap materi kontrak ditentukan oleh pihak perbankan.

Berdasarkan hal tersebut di atas maka peneliti melakukan penelitian tesis dengan judul “Pelaksanaan Kebebasan Berkontrak pada Kontrak Standart Perparkiran Kendaraan di Kota Bekasi”

B. Perumusan Masalah

Adapun perumusan masalah dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Apakah klausula baku tersebut tidak bertentangan dengan perlindungan konsumen sebagaimana diatur dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Pasal 18 ayat (1)?
2. Bagaimana bentuk penyelesaian yang harus dilakukan oleh para pihak jika terjadi wanprestasi?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian dalam penelitian ini yaitu:

1. Untuk menganalisis apakah klausula baku tersebut tidak bertentangan dengan perlindungan konsumen sebagaimana diatur dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Pasal 18 ayat (1)
2. Untuk mengetahui bagaimana bentuk penyelesaian yang harus dilakukan oleh para pihak jika terjadi wan prestasi

D. Kegunaan Penelitian

1. Kegunaan Teoritis

Menambah wawasan bagi peneliti untuk memahami lebih mendalam mengenai materi pembahasan tesis ini khususnya menyangkut Pelaksanaan Kebebasan Berkontrak Pada Kontrak Standar Perparkiran Kendaraan

2. Kegunaan Praktis

Menjadi masukan bagi pelaku bisnis dan lainnya yang ingin lebih mendalami materi tesis yang dilakukan oleh penulis.

E. Kerangka Pemikiran

1. Teori Negara Kesejahteraan

Kerangka pemikiran yang digunakan oleh penulis dalam tesis ini adalah negara kesejahteraan menunjuk pada sebuah model ideal pembangunan yang difokuskan pada peningkatan kesejahteraan melalui pemberian peran yang lebih penting kepada negara dalam memberikan pelayanan sosial secara universal dan komprehensif kepada warganya. Seperti telah disebutkan sebelumnya, Spicker misalnya, menyatakan bahwa:

*"Welfare state stands for a developed ideal in which welfare is provided comprehensively by the state to the best possible standards."*²⁶

Konsep Negara Kesejahteraan ini pada dasarnya menempatkan peran negara dalam setiap aspek kehidupan rakyatnya demi terwujudnya kesejahteraan sosial bagi seluruh rakyat.²⁷ Sedangkan menurut Marshall negara kesejahteraan merupakan bagian dari sebuah masyarakat modern yang sejalan dengan ekonomi pasar kapitalis dan struktur politik demokratis. Konsep ini dipandang sebagai bentuk keterlibatan negara dalam memajukan kesejahteraan rakyat setelah mencuatnya bukti-

²⁶ Spicker, Paul, *Social policy: Themes and Approaches*, Prentice Hall, London, 1995, hlm. 82

²⁷ Mustamin Dg. Matutu, *Selayang Pandang tentang Perkembangan Tipe-tipe Negara Modern*, Orasi Ilmiah, FH-UNHAS, Ujung Pandang, 1972, hlm. 15.

buktiempirik mengenai kegagalan pasar (*market failure*) pada masyarakat kapitalis dan kegagalan negara (*state failure*) pada masyarakat sosialis.²⁸

Dalam konteks ini, negara memperlakukan penerapan kebijakan sosial sebagai "penganugerahan hak-hak sosial" (*the granting of social rights*) kepada warganya. Semua perlindungan sosial yang dibangun dan didukung negara tersebut sebenarnya dibiayai oleh masyarakatnya melalui produktivitas ekonomi yang semakin makmur dan merata, sistem perpajakan dan asuransi, serta investasi sumber daya manusia (*human investment*) yang terencana dan melembaga. Negara kesejahteraan merupakan jalan tengah dari ideologi kapitalisme dan sosialisme. Oleh karena itu, konsep negara kesejahteraan tumbuh subur di negara-negara demokratis dan kapitalis. Meskipun dengan model yang berbeda, negara-negara kapitalis dan demokratis seperti Eropa Barat, AS, Australia dan Selandia Baru adalah beberapa contoh penganut *welfare state*.²⁹

Negara yang menganut konsep negara kesejahteraan dapat mengemban empat fungsi, yaitu:³⁰

- 1) *The State as Provider* (negara sebagai pelayan),
- 2) *The State as Regulator* (negara sebagai pengatur),
- 3) *The State as Entrepreneur* (negara sebagai wirausaha), dan
- 4) *The State as Umpire* (negara sebagai wasit)

²⁸ Marshall, T. H., *The Right To Welfare*, Heinemann Educational, London, 1981, hlm. 56-57.

²⁹ Marshal, T.H., *Loc.Cit*

³⁰ Friedmann, W., *The State and The Rule of Law in A Mixed Economy*, Steven & Son, London, 1971, hlm. 5

Berdasarkan empat fungsi tersebut, pemerintah dalam negara kesejahteraan diberi tugas membangun kesejahteraan umum dalam berbagai bidang.³¹ Pemerintah tidak boleh pasif atau berlaku sebagai "penjaga malam", melainkan harus aktif melaksanakan upaya-upaya untuk membangun kesejahteraan masyarakat dengan cara membangun kehidupan ekonomi dan sosial masyarakat. Dengan demikian, tugas negara tidak terbatas pada memelihara tata-tertib serta melindungi jiwa dan harta kekayaan rakyatnya ("*police state*"), melainkan juga negara bertugas mewakili kepentingan bersama, meningkatkan kemakmuran yang adil dan merata ("*welfare state*"), atau dalam melaksanakan tugasnya negara mempunyai kewajiban memerhatikan kepentingan bersama.

Negara adalah suatu organisasi dalam suatu wilayah yang memiliki kekuasaan tertinggi yang sah dan ditaati oleh rakyatnya. Keberadaan negara, seperti organisasi secara umum, adalah untuk memudahkan anggotanya (rakyat) mencapai tujuan bersama atau cita-citanya. Negara memiliki kekuasaan yang kuat terhadap rakyatnya. Kekuasaan, dalam arti kemampuan seseorang atau suatu kelompok untuk memengaruhi orang lain atau kelompok lain, dalam ilmu politik biasanya dianggap bahwa memiliki tujuan demi kepentingan seluruh warganya. Secara kontekstual, kekuasaan yang dimiliki oleh sekelompok orang yang berperan sebagai penyelenggara negara adalah semata-mata demi kesejahteraan warganya. Negara merupakan aktor pertama dan utama yang bertanggungjawab mencapai janji kesejahteraan kepada rakyatnya,

³¹ Astim Riyanto, *Teori Konstitusi*, Yapemdo, Bandung, 2000, hlm. 280

terutama memainkan peran distribusi sosial (kebijakan sosial) dan investasi ekonomi (kebijakan ekonomi). Fungsi dasar negara adalah mengatur untuk menciptakan *law and order* dan pencapaian kesejahteraan.

Dalam pandangan teori klasik tentang negara, peran negara dalam pembangunan termasuk peran kesejahteraan, mencakup lima hal. *Pertama*, peran ekstraksi, yakni mengumpulkan sumberdaya, misalnya memperoleh devisa dari ekspor, eksploitasi sumberdaya alam, menarik pajak warga, atau menggali pendapatan asli daerah. *Kedua*, peran regulasi, yakni melancarkan kebijakan dan peraturan yang digunakan untuk mengatur dan mengurus barang-barang publik dan warga. *Ketiga*, peran konsumsi, yakni menggunakan (alokasi) anggaran negara untuk membiayai birokrasi agar fungsi pelayanan publik berjalan secara efektif dan profesional. *Keempat*, peran investasi ekonomi, yakni mengeluarkan biaya untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi dan membuka lapangan kerja bagi warga. *Kelima*, peran distribusisosial, yakni negara mengeluarkan belanja untuk membiayai pembangunan sosial atau kebijakan sosial. Wujud konkretnya adalah pelayanan kepada publik untuk memenuhi hak-hak dasar warga.

Kelima peran klasik negara itu dapat terlaksana dalam situasi normal karena negara mempunyai kekuasaan politik yang besar dan mempunyai basis materi (ekonomi) yang memadai. Negara menjadi pelaku tunggal yang menjalankan peran mengumpulkan basis materiil sampai dengan membagi materiil itu kepada rakyat. Selanjutnya, dalam mencapai kesejahteraan, dibutuhkan peran normal negara untuk menciptakan

pembangunan yang seimbang, yaitu keseimbangan antara pembangunan ekonomi dan pembangunan sosial.

Sebagaimana telah diuraikan pada Bab I, ide dasar negara kesejahteraan berasal dari abad ke-18 ketika Jeremy Bentham mempromosikan gagasan bahwa pemerintah memiliki tanggung jawab untuk menjamin *the greatest happiness for the greatest number of their citizens*. Menurutny, aksi-aksi pemerintah harus selalu diarahkan untuk meningkatkan kebahagiaan sebanyak mungkin orang. Gagasan Bentham mengenai reformasi hukum, peranan konstitusi dan karya tulis sosial bagi pengembangan kebijakan sosial membuat dia dikenal sebagai "bapak negara kesejahteraan" (*father of welfare states*).

Konsep negara kesejahteraan model pertama kali muncul di Inggris dengan ditandatanganinya Undang-undang Kemiskinan (*The Poor Relief Act*). Gagasan negara kesejahteraan mencapai puncaknya pada pasca Perang Dunia II.

Faktor utama pendorong berkembangnya negara kesejahteraan pada saat itu adalah industrialisasi yang ikatan dalam tatanan tradisional penyediaan kesejahteraan dan keluarga, seperti akselerasi pertumbuhan ekonomi, populasi penduduk, munculnya pembagian kerja, perubahan pola kehidupan keluarga dan komunitas, maraknya pengangguran siklikal, serta terciptanya kelas pekerja nirlahan (*landless working class*) beserta potensi mobilisasi politis mereka. Perkembangan negara kesejahteraan ini mengalami penyesuaian dengan kondisi di masing-masing negara.³²

³² Pierson, C., *Loc. Cit*

Penerapan konsep negara kesejahteraan dan model pembangunan kesejahteraan, di berbagai negara memiliki wajah yang beragam. Konsep dan model tersebut dinamis mengikuti denyut perubahan dan tuntutan masyarakat di negara yang bersangkutan.

Negara kesejahteraan merupakan milik baik negara-negara maju secara ekonomi dan dengan kemauan politik, komitmen dan visi yang jelas mengenai investasi sosial dan manusia maupun negara-negara berkembang yang mampu menjalankan pendekatan pembangunan kesejahteraan.

Menurut Spicker pengertian *kesejahteraan sedikitnya mengandung empat makna, yakni sebagai kondisi sejahtera (well-being), pelayanan sosial, tunjangan sosial (yang diberikan kepada orang miskin) dan sebagai proses atau usaha terencana yang dilakukan oleh perorangan, lembaga-lembaga sosial, masyarakat maupun badan-badan pemerintah untuk meningkatkan ketiga makna tersebut, yakni kualitas kehidupan melalui pemberian pelayanan sosial dan tunjangan sosial.*³³ Pengertian sebagai kondisi sejahtera biasanya menunjuk pada istilah kesejahteraan sosial (*social welfare*), yang merupakan kondisi terpenuhinya kebutuhan materiil dan nonmateriil. Seperti dinyatakan oleh Midgley, et al:

“kesejahteraan sosial adalah sebagai kondisi sejahtera terjadi manakala kehidupan manusia aman dan bahagia karena kebutuhan dasar akan gizi, kesehatan, pendidikan, tempat tinggal, dan pendapatan dapat dipenuhi; serta manakala manusia memperoleh perlindungan dari resiko-resiko utama yang mengancam kehidupannya”.³⁴

³³ Spicker, *Op. Cit.*, hlm. 85

³⁴ Edi Suharto, Peta dan Dinamika *Welfare State* di Beberapa Negara: Pelajaran Apa yang Bisa Dipetik untuk Membangun Indonesia?, makalah disampaikan pada Seminar Mengkaji Ulang Relevansi *Welfare State* dan Terobosan melalui Desentralisasi-Otonomi di Indonesia, IRE dan Perkumpulan Prakarsa Jakarta, Yogyakarta, 25 Juli 2006, yang mengutip James Midgley, Martin

Menurut konsep negara kesejahteraan maka negara bukan sebagai alat kekuasaan belaka tetapi sebagai organ yang melakukan pelayanan umum³⁵.

Hukum harus berperan sebagai sarana untuk pembaharuan masyarakat berarti hukum harus mampu memenuhi kebutuhan masyarakat sesuai dengan tingkat kemajuan dan tahapan pembangunan, sehingga tercipta ketertiban dan kesejahteraan umum dalam rangka memperlancar pelaksanaan pembangunan, oleh sebab itu pembangunan hukum berupa pembaharuan dan pembentukan hukum baru yang merupakan hukum nasional multak diperlukan³⁶.

Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 menegaskan bahwa : "*Negara Indonesia adalah negara hukum*".

Negara kesejahteraan wajib mewujudkan kesejahteraan bagi warga negaranya, sehingga campur tangan pemerintah dalam mengurus kepentingan ekonomi rakyat dan kepentingan sosial politik tidak dapat dihindarkan³⁷.

2. Teori Keadilan John Rawls

Diangkatnya teori keadilan John Rawls menggambarkan upaya dirinya untuk "menggeneralisasi dan mengabstraksikan teori kontrak sosial yang diungkapkan Locke, Rousseau dan Kant. Dengan cara ini

B. Tracy and Michelle Livermore (ed), *The Handbook of Social Policy*, Sage, London, 2000, hlm. 11-15

³⁵ Mac Iver, *the Modern State*, Oxford University Press, London 1950, hlm.4

³⁶ Komar Kantaatmaja, *Peran dan Fungsi Profesi Hukum Dalam Undang-Undang perpajakan dalam Seminar Nasional Hukum Pajak*, IMNO-UNPAD, Bandung, 1985. Hlm 89.

³⁷ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-undangan, kanisius*, Jakarta, 2008, hlm 240.

Rawls "berharap teori tersebut bisa dikembangkan sehingga tidak terbuka lagi penolakan yang lebih nyata. Selain itu, teori ini tampaknya memberikan penilaian sistematis tentang keadilan sebagai sesuatu yang lebih tinggi dari *utilitarianisme* tradisional yang dominan, sehingga diakuinya sendiri, bahwa Teori Keadilan yang dihasilkan adalah "kental dengan corak Kantian"³⁸

Menurut Rawls, prinsip paling mendasar dari keadilan adalah bahwa setiap orang memiliki hak yang sama dari posisi-posisi mereka yang wajar. Karena itu, supaya keadilan dapat tercapai maka struktur konstitusi politik, ekonomi dan peraturan mengenai hak milik haruslah sama bagi semua orang. Situasi seperti ini disebut "kabut ketidaktahuan" (*Veil of Ignorance*), di mana setiap orang harus mengesampingkan atribut-atribut yang membedakannya dengan orang-orang lain, seperti kemampuan, kekayaan, posisi sosial, pandangan religius dan filosofis, maupun konsepsi tentang nilai.

Untuk mengukuhkan situasi adil tersebut perlu ada jaminan terhadap sejumlah hak dasar yang berlaku bagi semua, seperti kebebasan untuk berpendapat, kebebasan berpikir, kebebasan berserikat, kebebasan berpolitik dan kebebasan di mata hukum. Menurut penulis, hal yang sama sudah pernah ditegaskan oleh Aristoteles dengan konsepnya: keadilan korektif³⁹ dan prinsip persamaan numerik yang kemudian juga disebut keadilan komutatif (oleh Thomas Aquinas) yaitu keadilan yang memberikan kepada setiap orang tanpa pandang bulu dengan perlakuan

³⁸John Rawls, *Teori Keadilan: Dasar-dasar Filsafat Politik untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial dalam Negara*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006, hlm. vi.

³⁹Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum, Op.Cit.*, hlm. 273

yang sama. Konsep ini secara modern diberi nama prinsip *Equality* atau prinsip persamaan (persamaan perlakuan/fairness).

Pada dasarnya, teori keadilan Rawls hendak mengatasi dua hal, yaitu aliran *Utilitarianisme-Bentham* di satu sisi, dan di sisi lain menyelesaikan kontroversi mengenai dilema antara *Liberty* (kemerdekaan) dan *Equality* (persamaan) yang selama ini dianggap tidak mungkin untuk disatukan yang menurut Rawls adalah 'ilusi'. Rawls secara eksplisit memposisikan teorinya untuk menghadapi *Utilitarianisme*, yang sejak pertengahan abad ke-19 mendominasi pemikiran moralitas politik normatif liberalisme. Disini, menurut penulis, Rawls menggunakan 'penyederhanaan' untuk membuat suatu 'timbangan' yang fair (berimbang) dari 2 prinsip keadilan dari posisi asali (*Original Position*). Dari sinilah muncul gagasan tentang keadilan sebagai *fairness* (kesetaraan).

Sebenarnya, Rawls mendasarkan teori keadilan sosialnya pada dua prinsip utama. Pertama, *The Principle of Fair Equality of Opportunity*, yakni menetapkan kebebasan yang sama bagi tiap orang untuk mendapat akses pada kekayaan, pendapatan, makanan, perlindungan, kewibawaan, kekuasaan, harga diri, hak-hak dan kebebasan. Kedua, prinsip perbedaan (*The Difference Principle*); inti *The Difference Principle*, adalah "bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat bagi semua orang; khususnya bagi mereka yang paling kurang beruntung"⁴⁰. Sedangkan *The Principle of Fair Equality of Opportunity* menunjuk kesempatan yang sama bagi semua orang (termasuk mereka

⁴⁰John Rawls, *Teori Keadilan...*, *Op.Cit.*, hlm. 72

yang paling kurang beruntung) untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapatan dan otoritas⁴¹. Dikutip langsung dari buku Teori Keadilan John Rawls seperti di bawah ini:

dua prinsip tersebut berbunyi demikian:

Pertama: Setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang.

Kedua: Ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa sehingga (a) dapat diharapkan memberi keuntungan semua orang, dan (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang.

Prinsip-prinsip tersebut menganggap bahwa struktur sosial dapat dibagi menjadi dua bagian utama, prinsip pertama diterapkan yang satu, yang kedua pada yang lain. Mereka membagi antara aspek-aspek sistem sosial yang mendefinisikan dan menjamin kebebasan warga Negara dan aspek-aspek yang menunjukkan dan mengukuhkan ketimpangan sosial-ekonomi. Kebebasan warga negara adalah kebebasan politik (hak untuk memilih dan dipilih menduduki jabatan publik) bersama dengan kebebasan berbicara dan berserikat; kebebasan berkeyakinan dan kebebasan berpikir; kebebasan seseorang seiring dengan kebebasan untuk mempertahankan hak milik (personal); dan kebebasan dari penangkapan sewenang-sewnang sebagaimana didefinisikan oleh konsep *rule of law*.

Kebebasan-kebebasan ini oleh prinsip pertama diharuskan setara karena warga suatu masyarakat yang adil mempunyai hak-hak dasar yang sama.

Prinsip kedua berkenaan dengan distribusi pendapatan dan kekayaan serta dengan desain organisasi yang menggunakan perbedaan dalam otoritas dan tanggungjawab, atau rantai komando. Sementara distribusi keyakinan dan pendapatan tidak perlu sama, harus demi keuntungan semua orang dan pada saat yang sama, posisi-posisi otoritas dan jabatan komando harus bisa diakses oleh semua orang. Masyarakat yang menerapkan prinsip kedua dengan membuat posisi-posisinya terbuka bagi semua orang, sehingga tunduk dengan batasan ini, akan mengatur ketimpangan sosial ekonomi sedemikian hingga semua orang diuntungkan.⁴²

Menurut Rawls, prinsip yang pertama harus berlaku terlebih dahulu sebelum prinsip yang kedua. Demikian juga, persamaan yang adil atas

⁴¹*ibid*

⁴²*Ibid*, hlm. 72-73

kesempatan secara leksikal harus berlaku lebih dahulu daripada prinsip perbedaan. Hanya setelah kebebasan disediakan sepenuhnya, kita dapat bebas pula mengarahkan usaha mengejar tuntutan yang terdapat dalam prinsip berikutnya, yaitu persamaan yang adil atas kesempatan dan prinsip perbedaan. Dengan pengelolaan keadilan seperti ini, perkembangan bersama bisa berjalan terus tanpa distorsi dan orang-orang yang kurang beruntung tidak akan kehilangan harga diri. Jadi keadilan yang dibutuhkan di sini adalah *to each according to his/her need*, bukan *to each according to his/her merit*.

Rawls melihat teori utilitarisme Bentham sebagai satu-satunya lawan teori klasik, yaitu teori etis dengan 2(dua) prinsip keadilannya: keadilan distributif dan keadilan komutatif yang kemudian diubahnya dan disebutnya sebagai 2 (dua) prinsip keadilan Rawls. Dalam argumennya, Rawls berpendapat setelah penggabungan 2(dua) prinsip keadilan posisi asali (*Original Position*) di atas, yang disatukan melalui teori keadilan sebagai kesetaraan (*fairness*), maka akan lebih dipilih kebanyakan manusia dari pada teori utilitarisme Bentham. Alasannya adalah, karena lebih rasional bagi setiap orang untuk menggunakan alasan *maximin* (penggunaan maximum atas kebutuhan minimum) sehingga meningkatkan harmoni sosial dengan membuatnya lebih mudah bagi keadilan untuk dilihat dan dilakukan.

Menurut Rawls, di bawah penerapan teori utilitarianisme dapat menyebabkan kebebasan dasar dari beberapa warga mungkin dibatasi demi manfaat yang lebih besar kepada warga lainnya. Misalnya,

pembatasan kebebasan politik dan agama minoritas yang lemah (yang jumlahnya lebih kecil) untuk manfaat mayoritas. Sehingga sebuah partai atau kumpulan warga negara minoritas akan lebih memilih 2(dua) prinsip keadilan Rawls dan `bertaruh' dengan mengorbankan sebagian kebebasan dasar warga negara untuk dapat mendukung utilitas rata-rata.

Selain itu, dua prinsip keadilan Rawls juga memiliki keunggulan lain, yaitu masyarakat diatur oleh dua prinsip ini dapat mengamankan kebebasan dasar yang sama untuk semua, mendorong semangat kerja sama di antara warga negara atas dasar saling menghormati, menghilangkan diskriminasi terhadap kelompok tertentu (minoritas) yang menimbulkan konflik memecah-belah. Sebaliknya masyarakat *Utilitarian* akan tercabik-cabik oleh rasa saling curiga, karena adanya pengorbanan kepentingan minoritas untuk kepentingan mayoritas. Dua prinsip Rawls mengharuskan kebebasan yang sama (permanen) untuk semua, meningkatkan harmoni sosial dengan membuatnya lebih mudah bagi keadilan untuk dilihat dan dilakukan. Sehingga menurut Rawls jelas sudah kemenangan dua prinsip keadilan ini terhadap teori Utilitarisme Bentham".

3. Teori Keseimbangan

Teori yang dipergunakan dalam penelitian adalah *economics analysis of law* menurut Richard Posner.⁴³ *Economics Analysis Of Law* adalah penerapan prinsip-prinsip ekonomi sebagai pilihan-pilihan rasional untuk menganalisa persoalan hukum. Teori tersebut berasal dari aliran *utilitarianism* yang mengutamakan asas manfaat, yang dikembangkan oleh

⁴³Richard A. Posner dan Kenneth E. Scott, *Economic of Corporation Law and Securities Regulation*. Fifth Edition Boston and Toronto: Little, Brown & Company, 1980, hlm. 3

filosof Jeremy Bentham (1748-1832) dan filosof John Stuart Mill (1806-18723).

Seperti ekonomi, sistem hukum juga adalah mengenai tingkah laku yang rasional. Hukum ingin mempengaruhi perilaku melalui sanksi, seperti hukuman penjara atau ganti rugi. Aspek yang memaksa dari hukum mengansumsikan bahwa orang tahu mengenai konsekuensinya.⁴⁴

Selanjutnya bagaimana konsep-konsep mikro ekonomi tersebut diterapkan terhadap masalah-masalah hukum. Pendekatan analisa ekonomi dalam hukum ini lahir di Amerika Serikat yang menganut system *Common Law* di mana hakim memegang peranan penting dalam menetapkan apa yang merupakan hukum.⁴⁵

Analisis Ekonomi adalah menentukan pilihan dalam kondisi kelangkaan (*scarcity*). Dalam kelangkaan ekonomi diasumsikan bahwa individu atau masyarakat akan atau harus berusaha untuk memaksimalkan apa yang mereka ingin capai dengan melakukan sesuatu sebaik mungkin dalam keterbatasan sumber. Dalam hubungannya dengan *positive analysis* dari hukum, analisis akan bertanya bila kebijaksanaan (hukum) tersebut dilaksanakan, prediksi apa yang dapat kita buat yang mempunyai akibat ekonomi. Orang akan memberikan reaksi terhadap insentif atau disinsentif dari kebijaksanaan (hukum) tersebut. *Normative analysis* yang secara konvensional diartikan sebagai *welfare economics* cenderung akan bertanya apakah kebijaksanaan (hukum) yang diusulkan atau perubahan

⁴⁴ Frank H. Easterbrook, *The Inevitability of Law and Economics*, Legal Education Review Vol. 1 No. 1(1989), hlm. 3-4.

⁴⁵Gregory S. Crespi, Teaching the New Law and Economics. University of Toledo Law review Vol.25. No. 3, hlm. 715-717.

hukum yang dilakukan akan berpengaruh terhadap cara orang untuk mencapai apa yang dinginkannya? Dalam hubungan ini dua konsep efisiensi menjadi penting: *Pareto Efficiency* (nama seorang ahli ekonomi Italia abad yang lalu) dan "*Kaldor Hicks Efficiency*" (nama dua ahli ekonomi Inggris). *Pareto Efficiency* akan bertanya apakah kebijaksanaan atau perubahan hukum tersebut membuat seseorang lebih baik dengan tidak mengakibatkan seseorang lainnya bertambah buruk?. Sebaliknya *Kaldor-Hicks Efficiency* akan mengajukan pertanyaan apakah kebijaksanaan atau perubahan hukum tersebut akan menghasilkan keuntungan yang cukup bagi mereka yang mengalami perubahan itu, sehingga ia secara hipotetis dapat memberikan kompensasi kepada mereka yang dirugikan akibat kebijaksanaan atau perubahan hukum tersebut. Pendekatan yang terakhir ini adalah *cost-benefit analysis*⁴⁶.

Pendekatan analisis ekonomi dalam hukum, menekankan kepada *costbenefit*, yang kadang-kadang oleh sebagian orang dianggap tidak mendatangkan keadilan. Konsentrasi ahli ekonomi yang tertuju kepada efisiensi, tidak terlalu merasakan perlunya unsur keadilan (*justice*). Hal ini tentu dibantah oleh penganut-penganut pendekatan analisis ekonomi dalam hukum. Pertama dikatakan, bahwa tidak benar ekonom tidak memikirkan keadilan. Dalam usaha menentukan *claimnormative* mengenai pembagian pendapatan dan kesejahteraan, seseorang mesti memiliki filosofi politik melebihi pertimbangan ekonomi semata-mata. Kedua, ekonomi menyediakan kerangka di dalam mana pembahasan mengenai keadilan

⁴⁶ Michael J. Trebilock, *Law and Economics*, the Dalhousie Law journal Vol. 16, No. 2 (Fall 1993), hlm. 361-363.

dapat dilakukan. Para ekonom telah memperlihatkan bahwa jika kondisi-kondisi untuk adanya pasar yang kompetitif memuaskan, hasil yang diperoleh adalah efisiensi pareto. Sama juga, tiap hasil dari efisiensi pareto dapat dikembangkan dari distribusi asset lebih dulu yang menimbulkan kondisi kompetitif.⁴⁷

Filsuf Aristoteles berpendapat bahwa negara itu lahir dimaksudkan untuk kepentingan warganya, supaya mereka dapat hidup dengan baik dan dengan bahagia, hal ini sama artinya dengan suatu keinginan untuk mencapai keadilan yang merupakan suatu dasar semua pemerintahan.⁴⁸ Keadilan adalah suatu kebijakan politik, sehingga dengan aturan-aturannya negara diperintah dan aturan-aturan ini merupakan ukuran apa yang adil. Aristoteles memberikan pilihan pada keadilan menurut hukum atau keadilan positif di atas Prinsip-Prinsip abadi tentang kebenaran. Keadilan menghendaki perlakuan yang sama terhadap mereka yang menurut hukum adalah sama, akan tetapi siapa yang harus diperlakukan sama atau sebaiknya harus ditentukan oleh masing-masing ketertiban politik.⁴⁹

Menurut Aristoteles keadilan itu terdiri dari keadilan yang membagi (*distributive justice* "keadilan distributif") dan keadilan yang memperbaiki (*corrective justice* atau *remedial justice* "keadilan korektif")⁵⁰

⁴⁷Susan Rose-Ackerman, *Economics, Public Policy, and Law*, Valvaraiso University Law Review 26 (1996), hlm. 3.

⁴⁸Aristoteles (384-322 SM) murid Plato adalah putra seorang dokter dan murid yang tersohor dari Plato. Melanjutkan cara berpikir idealisme ke realisme, hal ini menimbulkan suatu ajaran ilmu pengetahuan yang lain dari ajaran Plato, Mr. Soetiksno, *Filsafat Hukum*, Bagian 1, Jakarta, PT. Fradnya Paramita, 2002, hlm. 51 (kursif peneliti :keadilan distributive dan keadilan korektif).

⁴⁹*Ibid*, hlm. 17

⁵⁰*Ibid.*, hlm. 14-15

Keadilan distributif adalah keadilan yang memberikan kepada tiap-tiap orang bagiannya menurut jasanya. Keadilan ini juga membagi dan memberi petunjuk tentang pembagian barang-barang dan kehormatan kepada masing-masing orang, menurut tempatnya di masyarakat. Keadilan ini menghendaki perlakuan yang sama terhadap mereka yang sama menurut hukum. Tidak ada suatu cita-cita mengenai keadilan yang benar, berlaku menurut teori dan pada waktu itu juga mempunyai isi yang tertentu. Keadilan distributif tidak menuntut orang supaya tiap orang mendapat bagian yang sama banyaknya, bukan persamaan akan tetapi kesebandingan atau proporsionalitas yang harus diperhatikan. Hukum positif-lah yang dijadikan dasar sebagai prinsip-prinsip kesesuaian dan politik yang menentukan siapa yang sama menurut hukum.

4. Kepastian Hukum

Kepastian hukum adalah penerapan hukum secara konsisten dan konsekuen dengan norma-norma hukum pidana baik materiil maupun formal oleh aparat penegak hukum terutama dalam menginterpretasikan hukum tersebut harus selalu menggunakan alasan yang masuk akal dari norma-norma moral yang bersumber pada hukum alam dan hukum Tuhan. Kepastian hukum menuntut semua agar selalu mentaati hukum positif yang sedang berlaku.⁵¹

Gustav Radbruch menyatakan bahwa nilai-nilai dasar hukum adalah nilai-nilai Keadilan, Kegunaan dan Kepastian Hukum.⁵² Antara ketiga

⁵¹Abdusalam, 2010, *Victimologi*, Jakarta, PTIK, hlm 220

⁵² Gustav Radbruch, 1961, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart : K.F. Koehler Verlag, hlm. 36

nilai-nilai tersebut sekalipun merupakan nilai-nilai dasar hukum namun terdapat suatu *Spannungsverhaltis* (ketegangan satu sama lain) karena berisi tuntutan yang berlainan dan yang satu sama lain mengandung potensi yang bertentangan sifatnya.⁵³

Dalam bahasa Latin terdapat pepatah *Serva Ordinum et ordo Serbavitte*, bermakna, layanilah peraturan maka peraturan itu akan melayanimu, artinya ada internalisasi nilai-nilai yang termaktub dalam peraturan dengan berbagai bentuk, sebagai konsekuensi lebih lanjut jika hukum pada dimaksudkan demi kebaikan umum, maka semua peraturan dibuat untuk mengatur perkara perkara individual haruslah menjadi bagian dari hakekat hukum untuk menjadi dasar keberlakuan perbuatan hukum itu.

Di sisi lain bahwa hukum dibuat bukan hanya untuk kepentingan orang perorangan, melainkan untuk kepentingan umum semua warga negara, dengan demikian hukum yang baik akan dapat mengatasi bentuk dan jenis kejahatan yang berkembang di masyarakat. Bila hukum menjadi aturan maka hukum bisa merupakan ukuran perbuatan manusia dimana nilai-nilai dasar hukum adalah keadilan, kegunaan / kemanfaatan dan kepastian hukum dimana kepastian hukum adalah merupakan perangkat hukum yang dihubungkan dengan upaya mencari dan menemukan ketiga nilai dasar hukum tersebut.⁵⁴

⁵³Satjipto Rahardjo, 2000, *Ilmu Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, hlm. 19.

⁵⁴ Rahardjo Satjipto, 1983, *Masalah Penegakan Hukum. Suatu Tinjauan Sosologis*, Bandung, CV Sinar Baru, hlm 19

F. Metode Penelitian

Dalam penelitian tesis ini membutuhkan data yang akurat yang dapat diperoleh melalui prosedur penelitian sebagai berikut :

1. Metode Pendekatan

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode pendekatan yuridis normatif karena penelitian ini merupakan penelitian hukum yang membahas tentang kebebasan berkontrak pada kontrak standart perparkiran kendaraan di Kota Bekasi.

2. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian yang dipakai adalah spesifikasi penelitian deskripsi analisis. Dikatakan deskripsi analisis karena penelitian ini diharapkan mampu memberi gambaran atau uraian secara rinci, sistematis dan menyeluruh mengenai asas kebebasan berkontrak pada kontrak standart perparkiran kendaraan di Kota Bekasi

3. Jenis Data

Dalam tesis ini digunakan data sekunder berupa :

- a. Bahan hukum primer yaitu peraturan perundang-undangan, traktat/konvensi-konvensi Internasional tentang kontrak.
- b. Bahan hukum sekunder yaitu hasil-hasil peneiltian dan hasil karya dari kalangan hukum.
- c. Bahan hukum tertier yaitu kamus

4. Metode Pengumpulan Data

Dalam penelitian ini, metode pengumpulan datanya berdasarkan data sekunder yang diperoleh melalui studi kepustakaan / studi

dokumenter. Studi kepustakaan/ dokumenter ini dilakukan untuk mencari konsepsi-konsepsi, teori-teori, pendapat-pendapat atau penemuan-penemuan yang membahas mengenai masalah-masalah kontrak yang diperoleh dari buku-buku, peraturan perundang-undangan dan tulisan-tulisan lainnya kemudian dituangkan dalam bentuk dokumentasi..

5. Analisis Data

Data yang telah dikumpulkan melalui kegiatan studi dokumenter dianalisis secara kualitatif normatif karena penelitian ini merupakan penelitian tentang asas-asas hukum/ penelitian hukum in konkrito.

G. Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan ini disajikan untuk memberikan gambaran secara garis besar tentang berbagai hal yang dikemukakan dalam tiap-tiap bab dari Tesis ini. Tesis ini terdiri dari 5 (lima) bab di mana dari masing-masing bab terdiri dari beberapa sub bab, yaitu:

Bab I Pendahuluan

Berisi mengenai latar belakang penelitian, perumusan masalah, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, kerangka pemikiran, metode penelitian dan sistematika penulisan.

Bab II Tinjauan Umum

Bab ini akan membahas mengenai Pengaturan/ Sumber Hukum Kontrak dan Asas-asas Hukum Kontrak; Kontrak Standar;

Bab III Penerapan Exenorasi dalam Perjanjian Perparkiran

Bab ini akan membahas mengenai Sejarah Hukum Kontrak, Pengertian Exenorasi Dalam Klausula Baku dan Pengertian Konsumen.

Bab IV Analisis dan Pembahasan

Bab ini akan membahas mengenai klausula baku tersebut tidak bertentangan dengan perlindungan konsumen sebagaimana diatur dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 Pasal 18 ayat (1), dan bentuk penyelesaian yang harus dilakukan oleh para pihak jika terjadi wan prestasi

Bab V Penutup

Bab ini terdiri dari kesimpulan dan saran.

BAB II
TINJAUAN PUSTAKA TENTANG KONTRAK STANDAR
DAN PRINSIP-PRINSIP UNIDROIT

A. Pengaturan / Sumber Hukum Kontrak Dan Asas-asas Hukum Kontrak

1. Pengaturan / Sumber Hukum Kontrak

Hukum kontrak merupakan bagian hukum privat. Hukum ini memusatkan perhatian pada kewajiban untuk melaksanakan kewajiban sendiri (self imposed obligation). Dipandang sebagai bagian hukum privat karena pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban yang ditentukan dalam kontrak, murni menjadi urusan pihak-pihak yang berkontrak⁵⁵.

Kontrak dalam bentuk yang paling klasik, dipandang sebagai ekspresi kebebasan manusia untuk memilih dan mengadakan perjanjian. Paradigma baru hukum kontrak timbul dari dua dalil di bawah ini :

1. setiap perjanjian kontraktual yang diadakan adalah sah (geoorloofd); dan
2. setiap perjanjian kontraktual yang diadakan secara bebas adalah adil dan memerlukan sanksi undang-undang.

Dalam paradigma baru ini, dalam kontrak timbul dua aspek: pertama, kebebasan (sebanyak mungkin) untuk mengadakan suatu kontrak. Kedua, kontrak tersebut harus diperlakukan sakral oleh pengadilan, karena pihak secara bebas dan tidak ada pembatasan dalam mengadakan kontrak.

Yang dimaksud dengan kontrak adalah suatu tindakan yang dilakukan oleh dua atau lebih pihak dimana masing-masing pihak yang ada

⁵⁵ Sudargo Gautama, Contoh-contoh Kontrak, Rekses & Surat-surat berharga. Bandung: Alumni 1991. hlm 115-129.

didalamnya dituntut untuk melakukan satu atau lebih prestasi. Dalam *black's law dictionary* disebutkan

“Contract: an agreement between two or more persons which creates an obligation to do or not to do a peculiar thing”.

Dalam pengertian demikian kontrak merupakan perjanjian. Namun demikian kontrak merupakan perjanjian yang berbentuk tertulis. Menurut Pasal 1313 KUH Perdata suatu kontrak diartikan sebagai suatu perbuatan dimana 1 (satu) orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap 1 (satu) orang lain atau lebih.

Buku III KUH Perdata merupakan landasan pokok bagi Hukum Kontrak di Indonesia. Dalam KUH Perdata terdapat aturan umum yang berlaku untuk semua kontrak dan aturan khusus yang berlaku hanya untuk kontrak tertentu saja yang namanya sudah diberikan oleh undang-undang (kontrak bernama) seperti jual beli, sewa menyewa, tukar-menukar, pinjam-meminjam, pemborongan, pemberian kuasa dan perburuhan.

Selain KUH Perdata, masih ada sumber hukum kontrak yaitu :

1. Peraturan perundang-undangan lainnya yang mengatur khusus untuk jenis kontrak tertentu atau mengatur aspek tertentu dari kontrak. Misalnya Undang-undang Perbankan dan Keputusan Presiden tentang Lembaga Pembiayaan.
2. Yurisprudensi yakni putusan-putusan hakim yang memutuskan perkara berkenaan dengan kontrak.
3. Perjanjian Internasional baik yang bersifat bilateral atau multilateral
4. Kebiasaan-kebiasaan bisnis yang berlaku dalam praktek sehari-hari.
5. Doktrin atau pendapat para ahli yang telah dianut secara meluas
6. Hukum adat di daerah tertentu sepanjang yang menyangkut dengan kontrak-kontrak tradisional bagi masyarakat pedesaan.

Perjanjian harus memenuhi beberapa syarat tertentu supaya dapat dikatakan sah. Dalam KUH Perdata ditemukan ketentuan yang menyebutkan syarat sah suatu perjanjian yakni Pasal 1320. Menurut Pasal

1320 KUHP ada 4 syarat yang harus dipenuhi suatu perjanjian supaya sah, yaitu:

a. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;

Menurut ketentuan Pasal 1321 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia, maka yang dimaksud dengan “sepakat mereka yang mengikatkan dirinya” adalah sepakat yang sah apabila sepakat itu diberikan karena bukan dari kekhilafan, atau diperolehnya bukan dengan paksaan, atau bukan karena penipuan

b. Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian;

Setiap orang adalah cakap untuk membuat perikatan, jika ia oleh undang-undang tidak dinyatakan tak cakap (Pasal 1328 jo Pasal 1329 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata). Menurut ketentuan Pasal 1330 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, maka tidak cakap untuk membuat perjanjian adalah:

- 1) orang-orang belum dewasa;
- 2) mereka yang ditaruh di bawah pengampuan; dan
- 3) orang-orang yang dilarang oleh undang-undang untuk membuat perjanjian itu.

c. Mengenai suatu hal tertentu;

d. Suatu sebab yang halal.

Dua syarat yang pertama, dinamakan syarat-syarat subyektif, karena mengenai orang-orang atau subyek-subyek yang mengadakan perjanjian, sedangkan dua syarat yang terakhir dinamakan syarat-syarat obyektif karena mengenai perjanjiannya sendiri atau obyek dari perbuatan hukum

yang dilakukan itu Bila syarat-syarat subjektif tidak terpenuhi maka dapat dimintakan pembatalan perjanjian kepada hakim. Sedangkan untuk syarat-syarat objektif tidak terpenuhi maka perjanjian batal demi hukum.

Pasal 1321 KUH Perdata menyebutkan 3 alasan untuk pembatalan perjanjian yaitu :

1. kekhilafan / kesesatan (Dwaling) jo Pasal 1322 KUH Perdata
2. paksaan (dwang) jo Pasal 1323 -1327 KUH Perdata
3. penipuan (bedrog) jo Pasal 1328 KUH Perdata

Mengenai alasan pembatalan ini dalam *Nieuw Burgelijk Wetboek (NBW)* ditambahkan lagi dengan suatu alasan baru yaitu penyalahgunaan keadaan (*Misbruik van Omstandigheden*). Nieuwenhuis mengemukakan 4 syarat-syarat adanya penyalahgunaan keadaan sebagai berikut ⁵⁶

- 1) Keadaan-keadaan istimewa (bijzondere omstandigheden seperti keadaan darurat, ketergantungan, ceroboh, jiwa ysng kurang waras dan tidak berpengalaman.
- 2) Suatu hal yang nyata (kenbaarheid)disyaratkan bahwa salah satu pihak mengetahui atau semestinya mengetahui bahwa pihak lain karena keadaan istimewa tergerak hatiinya untuk menutup suatu perjanjian.
- 3) penyalahgunaan(misbruik)salah satu pihak telah melaksanakan perjanjian itu walaupun dia mengetahui atau seharusnya mengerti bahwa dia seharusnya tidak melakukannya
- 4) hubungan kausal (causal verband)

⁵⁶ Henry P, Pangabeian, Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik van Omstandigheden sebagai alasan baru untuk pembatalan perjanjian (Berbagai perkembangan hukum di Belanda) ,Yogyakarta : Liberty, 2001 hal 40-41

adalah penting bahwa tanpa menyalahgunakan keadaan itu maka perjanjian itu tidak akan ditutup

Ajaran penyalahgunaan keadaan dibedakan dalam 2 (dua) hal, yaitu:⁵⁷

- (a) penyalahgunaan keunggulan ekonomi.
- (b) penyalahgunaan keunggulan kejiwaan.

Sedangkan unurnya ada 2 (dua), yaitu :

- (a) adanya kerugian yang diderita satu pihak, dan
- (b) adanya penyalahgunaan kesempatan oleh para pihak pada saat terjadinya perjanjian.

Dalam hal suatu kontrak ternyata mengandung unsur-unsur penyalahgunaan keadaan maka eksistensi kontrak tersebut akan dapat menjadi batal (*vernietigbaar*). Untuk itu perlu dipahami bahwa dalam penyusunan kontrak harus dihindari maksud atau niatan yang justru merugikan salah satu pihak.

2. Asas-asas Hukum Kontrak

Untuk lebih memahami mengenai beberapa asas hukum kontrak dan asas hukum umum yang dikenal dan kemudian membandingkan dengan perkembangan-pekerjaan yang ada sekarang ini, ada beberapa buku atau makalah yang menyebutkan beberapa asas penting untuk mendukung pembuatan suatu perjanjian, yaitu:⁵⁸

a. Asas Kebebasan Berkontrak

Asas ini adalah merupakan salah satu yang sangat terkenal di dalam hukum kontrak. Berdasarkan asas ini suatu pihak dapat

⁵⁷*Ibid.*

⁵⁸ Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, Bandung: Alumni, 1994, hlm.30.

memperjanjikan dan atau tidak memperjanjikan apa-apa yang dikehendakinya dengan pihak lain. Dengan perkataan lain para pihak berhak untuk menentukan apa-apa saja yang tidak dikehendaki untuk dicantumkan di dalam perjanjiannya, dan apa yang diperjanjikan untuk mengikat para pihak yang menanda tangani perjanjian tersebut (Pasal 1338 Kitab Undang-undang Hukum Perdata).

Aspek-aspek kebebasan berkontrak dalam Pasal 1338 KUH Perdata (BW) yang menyiratkan adanya 3 (tiga asas) yang seyogyanya dalam perjanjian yaitu:

1. Mengenai terjadinya perjanjian. Asas yang disebut konsensualisme, artinya menurut BW perjanjian hanya terjadi apabila telah adanya persetujuan kehendak antara para pihak (consensus, consensualisme).
2. Bahwa perjanjian mempunyai kekuatan yang mengikat antara pihak-pihak itu sendiri. Asas ini ditegaskan dalam Pasal 1338 ayat (1) BW yang menegaskan bahwa perjanjian dibuat secara sah diantara para pihak, berlaku sebagai Undang-Undang bagi pihak-pihak yang melakukan perjanjian tersebut.
3. Tentang isi perjanjian
Sepenuhnya diserahkan kepada para pihak (contractsvrijheid atau partijautonomie) yang bersangkutan.

Namun demikian, harus diakui bahwa penerapan asas kebebasan berkontrak tersebut tidak bebas sebeb-bebasnya. Beberapa pembatasan juga diterapkan oleh pembuat peraturan perundang-

undangan, asas kebebasan berkontrak tersebut tidak boleh bertentangan dengan ketertiban umum, kepatutan dan kesusilaan.

b. Asas Itikad Baik

Asas itikad baik dapat disimpulkan dari Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang Undang Hukum Perdata (KUHPerdata). Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) berbunyi sebagai berikut: "perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik"

Asas itikad baik ini merupakan asas bahwa para pihak yaitu pihak kreditur dan debitur harus melaksanakan substansi kontrak berdasarkan kepercayaan atau keyakinan yang teguh atau kemauan baik dari para pihak. Asas itikad baik dibagi menjadi dua macam, yaitu itikad baik nisbi dan itikad baik mutlak. Pada itikad baik nisbi, orang memperhatikan sikap dan tingkah laku yang nyata dari subyek. Pada itikad baik mutlak, penilaiannya terletak pada akal sehat dan keadilan, dibuat ukuran yang obyektif untuk menilai keadaan (penilaian tidak memihak) menurut norma-norma yang obyektif.

Didalam perkembangannya, asas itikad baik, belum dianggap cukup melindungi kepentingan para pihak sehingga perlu dituangkan lebih jauh dan lebih rinci didalam ketentuan-ketentuan perjanjian itu sendiri. Hal mana dibenarkan, dimungkinkan dan sejalan dengan asas kebebasan berkontrak yang telah diuraikan diatas.

Asas itikad baik memang suatu asas yang berlaku dan harus dipertahankan dalam hukum perjanjian, tetapi itikad baik saja belum cukup dalam suatu hukum perjanjian. Itikad baik seseorang biasa

berubah dari waktu ke waktu mengingat keadaan-keadaan dan kondisi-kondisi serta hal-hal mungkin mempengaruhi pikirannya. Untuk menghindari hal demikian, itikad baik daripada pihak dalam banyak hal dituangkan lebih lanjut dan lebih rinci dalam ketentuan-ketentuan perjanjian.

c. Asas Kebiasaan

Asas ini dipandang sebagai bagian dari perjanjian. Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk apa yang secara tegas diatur, akan tetapi juga hal-hal yang menurut kebiasaan lazim diikuti. . Asas ini sangat erat hubungannya dengan asas kebebasan mengadakan perjanjian.

d. Asas Setiap Orang Mengetahui Hukum

Asas ini merupakan suatu asas yang sangat mendasar, dan berpengaruh kepada pelaksanaan dan perkembangan hukum kontrak di Indonesia. Dengan asas ini setiap orang diasumsikan mengetahui dan mengenal hukum. Dengan demikian setiap orang dan pelaku bisnis di Indonesia dianggap mengetahui semua peraturan-peraturan hukum yang berkaitan dengan bisnis di Indonesia, khususnya peraturan-peraturan hukum yang berkaitan dengan bidang hukum kontrak.

e. Asas Konsensualitas

Asas ini dapat disimpulkan dalam Pasal 1320 ayat (1) KUHPerduta. Dalam pasal ini ditentukan bahwa salah satu syarat sahnya perjanjian yaitu adanya kesepakatan kedua belah pihak. Asas konsensualisme merupakan asas yang menyatakan bahwa perjanjian pada umumnya tidak diadakan secara formal, tetapi cukup dengan adanya

kesepakatan kedua belah pihak. Kesepakatan merupakan persesuaian antara kehendak dan pernyataan yang dibuat oleh kedua belah pihak. Asas konsensualisme yang dikenal dalam KUHPerdara adalah berkaitan dengan bentuk perjanjian.

f. Asas Keterbukaan

Asas ini yakni hal-hal yang telah diutarakan harus menjadi bahan pertimbangan bagi pembeli didalam rencana menutup transaksi tersebut, termasuk didalam menentukan beberapa harga yang wajar yang ditawarkan untuk suatu pembelian.⁵⁹

g. Asas persamaan Hukum

Yang dimaksud dengan asas persamaan hukum adalah bahwa subyek hukum yang mengadakan perjanjian mempunyai kedudukan, hak dan kewajiban yang sama dalam hukum. Mereka tidak dibeda-bedakan antara satu sama lainnya, walaupun subyek hukum itu berbeda warna kulit, agama dan ras.

h. Asas Perlindungan Bagi Pihak Yang Lemah

Asas ini memberikan hak lebih kepada pihak yang dianggap lemah dengan mengurangi hak dari yang lebih kuat. Resiko asas perlindungan bagi yang lemah kira-kira adalah bahwa pihak yang lemah berada dalam posisi dan kedudukan yang sulit dan tidak mungkin melakukan negosiasi dengan pihak yang kuat, sedangkan di pihak lain, pihak yang kuat akan dapat mendikte dan memaksakan dipihak lain, pihak yang kuat akan dapat mendikte dan memaksakan kehendaknya

⁵⁹ Kartini Mulyadi, *Hukum Kontrak Internasional dan Pengaruhnya Terhadap Perkembangan Hukum Nasional*, (Jakarta: BPHN Departemen Kehakiman, 1995). hlm.19.

untuk memasukkan klausul-klausul di dalam perjanjian yang akan ditanda tangannya. Asumsi demikian ada benarnya, tetapi tidak selamanya benar. Dalam suatu perjanjian kredit tidaklah selalu benar kalau bank diasumsikan selalu dalam keadaan yang lemah. Di dalam banyak hal justru peminjam kadang-kadang bisa mendikte dan memaksakan bank untuk memenuhi keinginan-keinginan yang diminta oleh pihak peminjam.

i. Asas Kepercayaan

Seorang yang mengadakan perjanjian dengan pihak harus dapat menumbuhkan kepercayaan di antara kedua pihak bahwa satu sama lain akan memenuhi prestasinya di kemudian hari. Tanpa adanya kepercayaan maka perjanjian itu tidak mungkin akan diadakan oleh para pihak. Dengan kepercayaan ini kedua pihak mengikatkan dirinya kepada perjanjian yang mempunyai kekuatan mengikat sebagai undang-undang.

j. Asas Kekuatan Mengikat

Dalam suatu perjanjian terkandung suatu asas kekuatan mengikat. Terikatnya para pihak pada apa yang diperjanjikan dan juga terhadap beberap unsur lain sepanjang dikehendaki oleh kebiasaan dan kepatuhan yang mengikat para pihak.

l. Asas Keseimbangan

Asas ini menghendaki kedua pihak untuk memenuhi dan melaksanakan perjanjian itu. Asas keseimbangan ini merupakan kelanjutan dari asas kesetaraan atau persamaan. Kreditur mempunyai

kekuatan untuk menuntut pelunasan prestasi melalui kekayaan debitur, namun kreditur memikul pula beban untuk melaksanakan perjanjian itu dengan itikad baik. Jadi bila dilihat kedudukan kreditur juga kuat diimbangi dengan kewajibannya untuk memperhatikan itikad baik sehingga kedudukan kreditur dan debitur seimbang.

m. Asas Moral

Asas ini terlihat dalam perikatan wajar, dimana suatu perbuatan sukarela dari seorang tidak menimbulkan hak baginya untuk menggugat kontraprestasi dari pihak debitur. Hal ini terlihat didalam zaakwarneming dimana seseorang yang melakukan suatu perbuatan dengan sukarela (moral) yang bersangkutan mengakui perbuatannya. Asas ini terdapatnya dalam pasal 1339 KUH Perdata. Faktor-faktor yang memberikan motivasi pada yang bersangkutan untuk melakukan perbuatan hukum adalah berdasarkan pada kesusilaan (moral).

B. Kontrak Standar

1. Pengertian Kontrak Standar

Berbicara mengenai kontrak standar maka penulis akan mengutip beberapa pengertian mengenai kontrak standar dari beberapa sarjana, sebagai berikut :

- a. Purwahid Patrik mengatakan bahwa kontrak standar/perjanjian baku adalah : “Suatu perjanjian yang di dalamnya telah terdapat syarat-syarat

tertentu yang dibuat oleh salah satu pihak, yang umumnya disebut perjanjian baku atau perjanjian adhisie”.⁶⁰

- b. J. Satrio, mengatakan bahwa perjanjian standar adalah “Perjanjian tertulis yang bentuk dan isinya telah dipersiapkan terlebih dahulu, yang mengandung syarat-syarat baku, yang oleh salah satu pihak kemudian disodorkan kepada pihak lain untuk disetujui”.⁶¹
- c. Sutan Remy Sjahdeini, mengatakan bahwa secara tradisional suatu perjanjian terjadi berdasarkan asas kebebasan berkontrak diantara dua pihak yang mempunyai kedudukan yang seimbang dan kedua belah pihak berusaha untuk mencapai kesepakatan yang diperlukan bagi terjadinya perjanjian melalui suatu proses negosiasi diantara mereka. Namun pada dewasa ini kecenderungan mulai memperlihatkan bahwa banyak perjanjian dalam transaksi bisnis yang terjadi bukan melalui proses negosiasi yang seimbang diantara para pihak, tetapi perjanjian itu terjadi dengan cara dipihak yang satu telah menyiapkan syarat-syarat baku pada suatu formulir perjanjian yang sudah dicetak dan kemudian disodorkan kepada pihak lain untuk disetujui.⁶²
- d. Menurut Munir Fuadi Kontrak/Perjanjian standar atau perjanjian baku adalah kontrak-kontrak yang telah dibuat secara baku (form standar) atau dicetak dalam jumlah yang banyak dengan blanko untuk beberapa

⁶⁰Purwahid Patrik, “Masalah Kontrak dalam Perjanjian-perjanjian Kredit”, Makalah disampaikan dalam seminar sehari tentang Kontrak Perjanjian Kredit oleh Ikatan Notaris Surabaya tanggal 10 Npember 1992, hlm. 5.

⁶¹ J. Satrio “Beberapa Segi Hukum Standarisasi Perjanjian Kredit”, Makalah disampaikan dalam seminar sehari tentang Kontrak Perjanjian Kredit oleh Ikatan Notaris Surabaya tanggal 10 Npember 1992, hlm. 1

⁶² Sutan Remy Sjahdeini, *Keabsahan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, (Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1993), hlm. 65-66.

bagian yang menjadi obyek transaksi seperti biasanya nilai transaksi, jenis dan jumlah barang yang ditransaksikan dan sebagainya.

Dari definisi/pengertian dari para ahli diatas maka dapat ditarik kesimpulan bahwa kontrak standar adalah kontrak yang memuat di dalamnya klausula-klausula yang sudah dibakukan, di cetak dalam bentuk formulir dengan jumlah yang banyak serta dipergunakan untuk semua kontrak yang sama jenisnya

2. Ciri dan Perbedaan Kontrak Standar Dengan Kontrak Biasa

Ciri antara kontrak standar dengan kontrak biasa pada dasarnya adalah sama. Hanya saja yang membedakan adalah mengenai prosedurnya. Yang dimaksud dengan prosedur itu adalah, jika di dalam kontrak biasa perumusan pemenuhan Pasal 1320 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (sepakat mereka yang mengikatkan dirinya, kecakapan untuk membuat suatu perikatan, suatu hal tertentu, dan suatu sebab yang halal) adalah langsung dituangkan ke dalam kontrak (yang ini sebenarnya juga sama dengan kontrak standar). Sedangkan di dalam kontrak standar perumusan suatu hal tertentu saja yang sedangkan pemenuhan ayat (1) dan ayat (2) dari ketentuan Pasal 1320 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (sepakat mereka yang mengikatkan dirinya dan kecakapan untuk membuat suatu perikatan) diisi kemudian ke dalam form bersangkutan.. Adapun ciri-ciri kontrak standar yang merupakan perbedaan dengan kontrak biasa yaitu :

- a. Isi dan syarat-syaratnya sudah dipersiapkan oleh salah satu pihak
- b. Hilangnya “kebebasan berkontrak”

- c. Tidak mengetahui isi dan syarat perjanjian standar dan walaupun tahu tidak mengetahui jangkauan akibat hukumnya
- d. Salah satu pihak secara ekonomis lebih kuat

C. Prinsip-prinsip Kontrak Komersial Internasional UNIDROIT

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya bahwa prinsip-prinsip UNIDROIT adalah prinsip yang mengatur hak dan kewajiban para pihak pada saat menerapkan prinsip kebebasan berkontrak.. Prinsip UNIDROIT tersusun dalam sebuah buku yang memuat pasal-pasal dan dilengkapi dengan komentar-komentar dan contoh-contoh dalam bentuk ilustrasi-ilustrasi kasus dimuat dalam tujuh Bab dan 109 pasal. Dalam penelitian ini akan dilihat 12 (dua belas) prinsip hukum kontrak yang mungkin dapat berguna bagi pembangunan hukum kontrak Indonesia yang berlaku saat ini. Kedua belas prinsip tersebut akan ditelaah sebagai berikut:⁶³

1. Prinsip Kebebasan Berkontrak

Prinsip kebebasan berkontrak diwujudkan dalam 5 (lima) bentuk prinsip hukum, yaitu:

- a) Kebebasan menentukan isi kontrak;
- b) Kebebasan menentukan bentuk kontrak;
- c) Kontrak mengikat sebagai undang-undang;
- d) Aturan memaksa (*mandatory rules*) sebagai perkecualian;
- e) Sifat internasional dan tujuan prinsip-prinsip UNIDROIT yang harus diperhatikan dalam penafsiran kontrak.

⁶³ Taryana Soenandar, Prinsip-prinsip UNIFROIT Sebagai Sumber Hukum Kontrak dan Penyelesaian Snegketa Bisnis Internasional. Jakarta: Sinar Grafika, 2004. hal 36

2. Prinsip Itikad Baik (*good faith*) dan Transaksi Jujur (*fair dealing*)

Landasan utama dari setiap transaksi komersial adalah prinsip itikad baik dan transaksi jujur. Kedua prinsip ini harus melandasi seluruh proses kontrak mulai dari negosiasi sampai pelaksanaan dan berakhirnya kontrak.

Pasal 1.7 menyatakan :

- (1) *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.*
- (2) *The parties may not exclude or limit this duty*

Menurut “*restatement*” dari pasal tersebut ada tiga unsur prinsip itikad baik dan transaksi jujur, yaitu:

- (1) Itikad baik dan transaksi jujur sebagai prinsip dasar yang melandasi kontrak;
- (2) Prinsip itikad baik dan transaksi jujur dalam UPICCs ditekankan pada praktek perdagangan internasional; dan
- (3) Prinsip itikad baik dan transaksi jujur bersifat memaksa.

Prinsip itikad baik (*good faith*) dan transaksi jujur (*fair dealing*), yang berarti bahwa prinsip tersebut merupakan landasan utama dari hukum kontrak. Setiap pihak wajib menjunjung tinggi prinsip itikad baik dan transaksi jujur dalam keseluruhan jalannya kontrak mulai dari proses negosiasi, pembuata, pelaksanaan sampai pada berakhirnya kontrak.

Prinsip itikad baik dan transaksi jujur dalam kaitan dengan UPICCs lebih ditekankan pada transaksi perdagangan internasional. Penekanan pada perdagangan internasional dimaksudkan untuk menegaskan bahwa UNIDROIT ingin mengatur hubungan-hubungan hukum yang netral dan tidak dimaksudkan untuk menentukan standar yang dipakai dalam hukum

nasional. Namun demikian aturan itu dapat menjadi standar domestik jika negara-negara secara umum telah menerimanya. Aturan praktek bisnis dapat berbeda-beda untuk setiap sektor perdagangan tertentu. Bahkan ada sektor perdagangan yang aturannya sangat dipengaruhi oleh lingkungan sosial ekonomi dimana perusahaan itu berada.

3. Prinsip Diakuinya Kebiasaan-kebiasaan Transaksi Bisnis di Negara Setempat

Seseorang yang melakukan hubungan hukum kontraktual dengan mitra bisnis di negara lain, di dalam praktek sering harus tunduk pada hukum kebiasaan setempat. Dalam hal ini UNIDROIT memberikan pedoman bagaimana hukum kebiasaan tersebut berlaku. Ketentuan tersebut mengandung enam hal pokok yang perlu diperhatikan, yaitu bahwa:

- a) Praktek kebiasaan harus memenuhi kriteria tertentu;
- b) Praktek kebiasaan yang berlaku di lingkungan para pihak;
- c) Praktek kebiasaan yang disepakati;
- d) Praktek kebiasaan lain yang diketahui luas atau rutin dilakukan;
- e) Praktek kebiasaan yang tidak benar; dan
- f) Praktek kebiasaan setempat yang berlaku mengenyampingkan aturan umum.

Suatu praktek yang sudah biasa berlaku diantara para pihak secara otomatis akan mengikat para pihak, kecuali apabila mereka sepakat secara tegas untuk mengabaikannya. Kapan suatu praktek kebiasaan dapat dianggap telah berlaku diantara para pihak, hal itu tergantung pada situasi dan

kondisi setiap kasus. Tetapi suatu praktek yang baru satu dilakukan suatu kali saja dalam transaksi tidaklah cukup dianggap sebagai praktek yang sudah berlaku.

Para pihak dapat menegosiasikan segala syarat kontrak termasuk syarat penerapan kebiasaan setempat yang berlaku. Para pihak dapat merumuskan penerapan kebiasaan-kebiasaan tersebut, termasuk kebiasaan yang berkembang dalam sektor perdagangan yang belum pernah berlaku ditempat para pihak, tetapi ada ditempat lain, atau kebiasaan yang berkaitan dengan jenis kontrak tertentu. Didalam praktek, kebiasaan itu haruslah secara umum diketahui dan secara rutin diterapkan dalam praktek perdagangan yang bersangkutan, baik dalam praktek perdagangan international maupun dalam praktek transaksi perdagangan nasional atau lokal saja.

Kecuali praktek kebiasaan yang mumi lokal, kebiasaan setempat berlaku terhadap perdagangan internasional misalnya jual beli komoditi tertentu atau penyelenggaraan pameran dagang, atau kebiasaan di pelabuhan-pelabuhan, asalkan kebiasaan itu secara rutin diikuti pula oleh mitra dagang luar negerinya. Seorang pedagang yang telah terikat dengan kontrak di negara tertentu maka ia akan terikat pula oleh kebiasaan-kebiasaan yang berlaku jenis kontrak tersebut yang dilakukan antara warga negara setempat dengan orang asing dinegara tersebut.

Suatu kebiasaan mungkin saja telah diketahui dalam sektor perdagangan tertentu, tetapi secara umum penerapannya dalam kasus yang dihadapi mungkin tidak cocok kerana telah terjadi keadaan tertentu,

sehingga apabila kebiasaan itu dipaksakan akan terjadi kejanggalan dari transaksi tersebut. Maka kebiasaan tersebut tidak boleh diterapkan.

Apabila praktek kebiasaan telah disepakati untuk diberlakukan terhadap transaksi tersebut, maka hukum kebiasaan itu akan mengenyampingkan ketentuan umum yang bertentangan dengan kebiasaan itu. Alasannya adalah karena hukum kebiasaan setempat tersebut mengikat para pihak sebagai syarat-syarat yang mengatur kontrak secara keseluruhan. Perkecualian diberikan hanya terhadap ketentuan-ketentuan yang bersifat memaksa.

4. Prinsip Kesepakatan Melalui Penawaran (*offer*) dan Penerimaan (*acceptance*) atau Melalui Tindakan

Para prinsipnya kata sepakat dicapai melalui penawaran dan penerimaan. Para penyusun prinsip UNIDROIT melihat unsur-unsur praktis dari proses terjadinya kontrak. Pasal 2.1 UPICCs menyatakan:

“A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement”.

Inti dari ketentuan tersebut adalah bahwa persetujuan terjadi karena (1) penawaran dan penerimaan; dan (2) adanya perilaku yang menunjukkan adanya persetujuan untuk terikat kontrak. Dasar pemikiran dari prinsip UNIDROIT adalah dengan tercapainya kata sepakat saja sudah cukup untuk melahirkan kontrak. Konsep tentang penawaran dan penerimaan digunakan untuk menentukan apakah dan kapan para pihak telah mencapai kata sepakat.

5. Prinsip Larangan Bernegosiasi dengan Itikad Buruk

Prinsip yang cukup penting yang diatur dalam prinsip UNIDROIT adalah mengenai jangkauan prinsip itikad baik (*good faith*) yang berlaku sejak negosiasi. Pasal 2.15 mengatur tentang larangan negosiasi dengan itikad buruk dengan menentukan

- (1) *A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.*
- (2) *However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses to the other party.*
- (3) *It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.*

Menurut prinsip UNIDROIT tanggung jawab hukum telah lahir sejak proses negosiasi. Prinsip-prinsip hukum yang berlaku bagi proses negosiasi adalah:

- (1) Kebebasan negosiasi;
- (2) Tanggung jawab atas negosiasi dengan itikad buruk; dan
- (3) Tanggung jawab atas pembatalan negosiasi dengan itikad buruk.

“*Restatement*” dari ketiga prinsip tersebut mengemukakan bahwa para pihak tidak hanya bebas untuk memutuskan kapan dan dengan siapa melakukan negosiasi, tetapi juga bebas untuk menentukan kapan, bagaimana, dan untuk berapa lama proses negosiasi akan dilakukan. Ketentuan ini mengikuti prinsip dasar kebebasan berkontrak yang diatur dalam pasal 1.1 dan merupakan hal yang *fundamental* untuk menjamin persaingan sehat diantara para pelaku bisnis yang berkecimpung dalam perdagangan internasional.

Setiap orang bebas untuk melakukan negosiasi dan untuk memutuskan syarat-syarat yang dinegosiasikan. Namun demikian negosiasi tersebut tidak boleh bertentangan dengan prinsip itikad baik dan transaksi jujur yang diatur dalam pasal 1.7. salah satu contoh negosiasi dengan itikad buruk adalah apabila seseorang melakukan negosiasi atau melanjutkan negosiasi dengan orang tersebut. Contoh lain apabila seseorang dengan sengaja telah menyesatkan pihak lain mengenai isi atau syarat-syarat kontrak yang diajukan, baik dengan cara mengajukan fakta yang menyesatkan maupun dengan menyembunyikan fakta yang semestinya diberitahukan ataupun mengenai status para pihak dalam kontrak tersebut.

Tanggung jawab atas negosiasi dengan itikad buruk terbatas hanya pada kerugian yang diakibatkannya terhadap biaya-biaya yang telah dikeluarkan ketika negosiasi dan juga dapat meminta ganti rugi atas kehilangan kesempatan untuk melakukan kontrak dengan orang ketiga (prinsip ini disebut dengan bunga kepercayaan atau bunga negatif), tetapi tidak ada kewajiban mengganti keuntungan yang seyogianya diperoleh dari kontrak yang batal dibuat (yang dikenal dengan bunga pengharapan atau bunga positif).

Hak untuk membatalkan negosiasi juga tundak pada prinsip itikad baik dan transaksi jujur. Apabila suatu penawaran telah dilakukan, penawaran itu dapat ditarik kembali hanya dalam batas waktu yang ditentukan dalam Pasal 2.4. bahkan sebelum sampai pada tahap ini, atau dalam proses negosiasi dengan urutan yang tidak tentu dari penawaran dan

penerimaan, salah satu pihak tidak lagi bebas membatalkan negosiasi secara tiba-tiba tanpa adanya alasan yang sah. Apabila tidak tercapai kata sepakat tentu saja penyelesaiannya tergantung pada keadaan yang dihadapi dalam kasus tersebut, sampai para pihak, memiliki alasan yang menjadi dasar untuk memutuskan hasil akhir dari negosiasi tersebut.

6. Prinsip Kewajiban Menjaga Kerahasiaan

Ketika para pihak melakukan negosiasi, tentu ada rahasia-rahasia perusahaan yang terbuka dan diketahui oleh kedua belah pihak. Maka ada kemungkinan mereka dapat memanfaatkan rahasia tersebut untuk keuntungannya. Pasal 2.16 mengatur kewajiban menjaga kerahasiaan:

“where information is given as confidential by one part in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party”.

Dari ketentuan tersebut dapat disimpulkan bahwa para pihak pada dasarnya tidak wajib menjaga rahasia, tetapi ada informasi yang memiliki sifat rahasia sehingga perlu dirahasiakan dan dimungkinkan adanya kerugian yang harus dipulihkan. Apabila tidak ada kewajiban yang disepakati, para pihak dalam negosiasi pada dasarnya tidak wajib untuk memperlakukan bahwa informasi yang mereka pertukarkan sebagai hal yang rahasia. Dengan kata lain, apabila para pihak bebas menentukan fakta mana yang relevan dengan transaksi yang sedang dinegosiasi, informasi tersebut dianggap bukan rahasia, yaitu informasi yang pihak lain dapat

membukanya kepada orang lain ketiga atau dapat menggunakannya untuk kepentingan sendiri walaupun kontrak tidak berhasil dibuat.

Salah satu pihak mungkin saja memiliki kepentingan atas informasi tertentu yang diberikan oleh pihak lain untuk tidak dibocorkan atau digunakan untuk tujuan selain yang telah ditentukan. Sepanjang pihak tersebut secara tegas menyatakan bahwa informasi tersebut pihak lain secara tersirat setuju untuk memperlakukan informasi tersebut sebagai hal yang rahasia. Permasalahan dapat timbul apabila terlalu lama, hal ini mungkin dapat bertentangan dengan hukum yang berlaku yang melarang praktek bisnis yang bersifat membatasi. Bahkan walaupun tidak ada pernyataan secara tegas pun, pihak yang menerima informasi dapat diminta menjaga kerahasiaan itu. Permasalahan timbul apabila berdasarkan sifat tertentu dari informasi atau kualifikasi profesional dari para pihak, tindakan itu akan bertentangan dengan prinsip umum tentang itikad baik dan transaksi jujur bagi yang menerima informasi untuk membuka atau menggunakan informasi tersebut untuk kepentingannya sendiri setelah putusnya negosiasi.

7. Prinsip Perlindungan Pihak Lemah dari Syarat-syarat Baku

a) Pengertian Syarat Baku

Sebagaimana dikatakan diatas bahwa kontrak baku merupakan salah satu sumber dari "*flex mercatoria*". Praktek penggunaan syarat-syarat baku ini telah biasa digunakan dalam dunia bisnis. Pasal 2.19 sampai dengan Pasal 2.22 memuat ketentuan-ketentuan tentan syarat-syarat baku tersebut. Apabila salah satu pihak atau kedua belah pihak

menggunakan syarat-syarat baku maka berlaku aturan-aturan umum tentang pembentukan kontrak dengan tunduk pada Pasal 2.20 Pasal 2.21 dan Pasal 2.22. syarat-syarat baku merupakan aturan yang telah dipersiapkan terlebih dahulu untuk dipergunakan secara umum dan berulang-ulang oleh salah satu pihak dan yang secara nyata digunakan tanpa negosiasi dengan pihak lain.

Pasal ini merupakan pasal pertama dari empat pasal (Pasal 2.19 sampai dengan Pasal 2.22) yang mengatur tentang keadaan khusus apabila salah satu atau belah pihak menggunakan syarat-syarat baku dalam membuat suatu kontrak. Syarat-syarat baku harus dipahami sebagai aturan kontrak yang dipersiapkan sebelumnya untuk digunakan secara umum dan berulang-ulang oleh salah satu pihak dan dalam kenyataan digunakan tanpa negosiasi dengan pihak lain. Apakah suatu syarat merupakan syarat baku atau bukan, yang menentukan bukanlah masalah penampilan formalnya, bukan masalah siapa yang telah mempersiapkan syarat-syarat baku tersebut, bukan pula masalah isinya.

Jika demikian apa yang menentukan bahwa syarat itu merupakan syarat baku. Penekanannya adalah pada fakta bahwa syarat-syarat baku itu secara nyata telah digunakan dan ditentukan oleh salah satu pihak tanpa negosiasi dengan pihak lain. Persyaratan ini berkaitan dengan syarat-syarat baku bahwa pihak lain harus menerima secara keseluruhan, sementara syarat-syarat lain dari kontrak yang sama dapat dibuat melalui negosiasi antara para pihak.

Biasanya syarat-syarat umum tentang pembentukan kontrak baku tanpa memperhatikan apakah salah satu pihak atau kedua belah pihak menggunakan syarat-syarat baku atau tidak. Ketentuan umum tersebut menentukan bahwa syarat-syarat yang diajukan oleh salah satu pihak mengikat pihak lain hanya atas dasar penerimaan, dan hal itu tergantung pada keadaan khususnya apakah kedua belah pihak harus merujuk pada syarat-syarat baku yang secara tegas atau apakah ada ketercakupan juga syarat-syarat demikian yang secara tersirat.

Oleh karena itu, syarat-syarat baku yang termuat di dalam dokumen kontrak itu sendiri biasanya akan mengikat hanya atas dasar tanda tangan pada dokumen kontrak tersebut secara keseluruhan, sekurang-kurangnya selama syarat-syarat itu direproduksi diatas tanda tangan itu dan tidak, misalnya, di bagian belakang dari dokumen tersebut. Di lain pihak, syarat-syarat baku yang dimuat dalam dokumen yang terpisah biasanya harus dirujuk secara tegas oleh para pihak yang menginginkan penggunaan syarat-syarat itu. Penggunaan secara diam-diam dapat diakui apabila terdapat praktek yang telah berlaku diantara para pihak atau kebiasaan yang berlaku terhadap hal itu.

b) Syarat Baku yang Janggal

Apabila ada syarat-syarat yang janggal maka syarat baku itu tidak berlaku bagi pihak lain. Tidak boleh ada syarat yang termuat dalam syarat baku yang memiliki sifat yang pahik secara wajar tidak dapat menerimanya, kecuali syarat itu secara tegas diterima oleh pihak tersebut. Dalam menentukan apakah suatu syarat memiliki sifat yang

janggal, maka harus diperhatikan isi, bahasa, dan cara penyajiannya.

Ada 4 (empat) kategori tentang syarat yang janggal yakni:

- 1) Syarat-syarat janggal sehingga syarat-syarat baku tidak efektif;
- 2) Syarat-syarat “itu janggal” menurut isinya;
- 3) Syarat-syarat “itu janggal” menurut bahasa dan penyajiannya;
- 4) Dimungkinkan penerimaan secara tegas atas syarat “janggal tersebut.

Salah satu pihak yang menerima syarat-syarat baku dari pihak lain secara prinsip terikat oleh syarat itu tanpa memperhatikan apakah dalam kenyataan pihak tersebut telah mengetahui secara pasti isinya atau tidak, atau apakah ia telah mengerti secara sepenuhnya tentang akibat syarat-syarat itu terhadap dirinya atau tidak. Tetapi ada perkecualian yang penting atas ketentuan ini yakni bahwa bagaimanapun juga penerimaan atas syarat-syarat tersebut yang isi, bahasa, atau penampilannya memiliki sifat yang dirinya secara wajar sesungguhnya tidak menginginkannya.

Alasan dari perkecualian ini adalah untuk menghindarkan seseorang menggunakan syarat-syarat baku untuk mengambil keuntungan dari posisi orang lain yang tidak semestinya. Tindakan itu dilakukan secara diam-diam dengan memaksakan syarat-syarat itu terhadap pihak lain yang sesungguhnya sudah pasti tidak akan menerima apabila ia menyadari tentang hal itu. Ketentuan ini dimaksudkan untuk melindungi pihak yang secara ekonomis lebih lemah dan kurang berpengalaman.

Syarat-syarat baku dapat dianggap janggal menurut isinya apabila isi dari syarat-syarat tersebut sedemikian rupa sehingga orang yang sewajarnya tidak akan mungkin mengharapka adabta syarat tersebut. Dalam menentukan apakah suatu syarat bersifat wajar atau tidak, haruslah diperhatikan, syarat-syarat yang biasanya ditemukan dalam syarat-syarat baku yang sudah umum di sektor perdagangan tersebut, dan syarat-syarat hasil negosiasi para pihak. Karena itu misalnya, ada syarat yang mengecualikan atau membatasi tanggung jawab pihak yang mungkin saja dianggap janggal, dan menjadi tidak efektif. Efektivitasnya syarat syarat baku itu tergantung pada apakah syarat-syarat itu sudah biasa dalam sektor perdagangan yang bersangkutan atau belum, dan apakah isi syarat itu konsisten apabila dilakukan negosiasi.

Alasan lain yang memungkinkan syarat-syarat baku menjadi janggal dilihat dari bahasa yang dituliskannya, yang barangkali tidak jelas, atau cara penyajian yang salah cetak. Untuk menentukan apakah janggal atau tidak, syarat pertimbangan tidak tentu terlalu ditekankan pada formulasi dan penyajian syarat-syarat baku tersebut, tetapi lebih pada keahlian profesional dan pengalaman dari orang yang sama dengan yang menerima syarat itu. Kata-kata tertentu mungkin saja tidak jelas bagi orang tertentu dan jelas bagi orang lain pada saat yang sama, tergantung pada apakah orang itu memiliki kategori profesi yang sama atau tidak seperti pihak yang menggunakan syarat-syarat baku tersebut.

Faktor bahasa juga dapat memainkan peranan yang penting dalam kaitan dengan perdagangan internasional. Jika syarat-syarat baku dirancang dalam bahasa asing, syarat-syarat itu dapat menjadi janggal bagi pihak tertentu yang secara wajar tidak mengharapkan sepenuhnya menerima semua akibat dari syarat itu.

Resiko dari pihak pemakai yang terikat para syarat-syarat janggal itu akan hilang jika syarat itu dikomunikasikan secara jelas dan pihak tersebut menerimanya. Pasal ini menentukan bahwa para pihak tidak lagi melandaskan pada sifat “janggal” dari syarat itu untuk menentang pemberlakuannya, tetapi karena pihak tersebut telah secara tegas menerima syarat tersebut.

c) *The Last Shot Doctrine*

Dalam praktek adakalanya terjadi konflik antara “syarat baku” dengan “syarat yang tidak baku” tetapi telah disepakati. Pasal 2.21 menentukan bahwa dalam hal terjadi konflik antara syarat baku dengan syarat yang bukan syarat baku maka yang berlaku adalah yang terakhir.

Syarat baku yang didefinisikan sebagai ketentuan yang dipersiapkan terlebih dahulu oleh salah satu pihak dan dimuat didalam kontrak yang isinya tidak dinegosiasikan oleh para pihak. Adalah logis apabila para pihak secara khusus menegosiasi dan menyetujui ketentuan-ketentuan tertentu dari kontrak mereka. Ketentuan-ketentuan tersebut akan mengenyampingkan ketentuan yang bertentangan yang termuat dalam syarat-syarat baku apabila syarat-syarat itu lebih mencerminkan kehendak para pihak didalam kasus yang dihadapi.

Ketentuan-ketentuan yang secara tersendiri disetujui dapat muncul dalam dokumen yang sama sebagai syarat-syarat baku, tetapi dapat juga termuat dalam dokumen yang terpisah. Dalam kasus yang pertama lebih sulit untuk dibedakan antara ketentuan-ketentuan yang merupakan syarat-syarat baku dan yang bukan, dan untuk menentukan posisi yang pasti seharusnya dimuat dalam dokumen yang berbeda. Untuk hal ini para pihak sering kali memasukkan ketentuan kontrak yang secara tegas merujuk dokumen-dokumen yang merupakan bagian dari kontrak mereka.

Masalah kasus yang mungkin timbul ketika perubahan atas syarat-syarat baku hanya disetujui secara lisan saja, tanpa mencoret ketentuan-ketentuan yang berlawanan yang termuat dalam syarat-syarat standar itu, dan syarat-syarat baku tersebut mengandung ketentuan yang menyatakan sifat eksklusif dari tulisan yang ditandatangani para pihak, atau yang tambahan perubahan atas isinya harus dilakukan secara tertulis.

Dapat terjadi perbenturan formulir, artinya kedua belah pihak sama-sama mengajukan formulir atau syarat-syarat baku. Apabila kedua pihak menggunakan syarat-syarat baku dan sampai pada persetujuan kecuali atas syarat-syarat tersebut, maka kontrak dibuat atas dasar syarat-syarat yang telah disepakati yang isinya sudah biasa, kecuali apabila salah satu pihak secara tegas menunjukkan sebelumnya atau kemudian segera memberitahukan pihak lain bahwa ia tidak berniat untuk terikat pada kontrak tersebut.

d) *Knock Out Doctrine*

Seringkali dalam transaksi komersial baik pihak yang menawarkan ketika mengajukan penawaran, maupun pihak yang ditawarkan ketika menerima penawaran itu, para pihak merujuk pada syarat-syarat bakunya masing-masing. Apabila tidak ada penerimaan secara tegas oleh pihak yang menawarkan atas syarat-syarat baku dari pihak yang ditawarkan, maka muncul masalah apakah kontrak telah tercapai atau belum, dan syarat-syarat baku yang mana yang semestinya berlaku.

Jika ketentuan-ketentuan umum dari penawaran dan penerimaan diterapkan maka tidak terjadi kontrak sama sekali, karena isi penerimaan oleh pihak yang ditawarkan telah memuat penawaran balik. Apabila kedua belah pihak telah memulai melaksanakan syarat itu tanpa mengajukan keberatan atas syarat-syarat baku itu maka kontrak dianggap telah terjadi berdasarkan syarat-syarat yang paling akhir dikirim atau dirujuk.

Doktrin "*the last shot*" dapat diterapkan dengan tepat apabila para pihak secara tegas menunjukkan bahwa penggunaan syarat-syarat baku mereka merupakan syarat yang penting bagi penutupan kontrak. Dilain pihak, apabila para pihak merujuk pada syarat-syarat baku yang perjanjiannya kurang praktis, misalnya melalui pertukaran pesanan tercetak di mana formulir pesanan yang memuat syarat-syarat baku dimuat pada halaman sebaliknya, mereka biasanya tidak menyadari adanya pertentangan syarat-syarat baku mereka. Dalam hal demikian

sulit untuk menyangkal apabila para pihak kemudian mempersoalkan keberadaan kontrak atau, apabila prestasi telah dimulai, memaksa penerapan syarat-syarat yang terakhir dikirim atau dirujuk.

Dalam hal demikian sekalipun dalam ketentuan umum tentang penawaran dan penerimaan, apabila para pihak sampai pada persetujuan pada syarat-syarat baku, maka kontrak terjadi atas dasar syarat-syarat yang disetujui dan atas syarat-syarat baku yang substansinya sudah biasa.

Tetapi salah satu pihak selalu dapat menyampingkan berlakunya doktrin “*knock out*” dengan menunjukkan secara tegas sebelumnya, atau setelahnya dengan segera memberitahukan pihak lain, bahwa ia tidak berniat untuk terikat pada kontrak itu yang tidak didasarkan pada syarat-syarat bakunya sendiri.

8. Prinsip-prinsip Syarat Sahnya Kontrak

Prinsip UNIDROIT tidak mengatur syarat sahnya kontrak seperti yang dimuat dalam Pasal 1320 Kitab Undang-undang Hukum Perdata. Alasan tidak dimuatnya aturan demikian ditegaskan dalam Pasal 3.1 yang menyatakan bahwa prinsip UNIDROIT tidak mengatur ketidakabsahan yang timbul dari: (a) tidak memiliki kemampuan; (b) tidak memiliki kewenangan; dan (c) amoralitas dan ilegalitas.

9. Dapat Dibatalkannya Kontrak Yang Mengandung Perbedaan Besar (*Gross Disparity*)

Prinsip ini pada dasarnya merupakan pelaksanaan dari prinsip itikad baik (*good faith*) dan transaksi jujur (*fair dealing*) serta prinsip

keseimbangan dan keadilan. Hal ini dilandasi adanya kenyataan disparitas-disparitas besar di masyarakat. Oleh karena itu diperlukan adanya sistem aturan yang dapat melindungi pihak yang memiliki posisi yang tidak menguntungkan.

Salah satu pihak dapat membatalkan seluruh kontrak atau sebagian syarat-syarat individual dari kontrak tersebut, apabila kontrak atau syarat tersebut secara tidak sah memberikan keuntungan yang berlebihan kepada salah satu pihak. Keadaan demikian didasarkan pada:

- a) Fakta bahwa pihak lain telah mendapatkan keuntungan secara curang dari ketergantungan, kesulitan ekonomi atau kebutuhan yang mendesak, atau dari keborosan, ketidaktahuan, kekurangan pengalaman atau kekurangan dalam tawar menawar; dan
- b) Sifat dan tujuan dari kontrak.

10. Prinsip “*Contra Proferentem*” dalam Penafsiran Kontrak Baku

Prinsip ini merupakan penafsiran terhadap kontrak baku penafsiran terhadap kontrak baku salah satu bentuk gaturan penafsiran kontrak diatur dalam Bab 4 dengan delapan pasal (pasal 4.1 s/d Pasal 4.8). Namun dalam tulisan ini hanya akan dilihat hal yang penulis anggap tidak ada pengaturannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata, sehingga keberadaannya dapat dijadikan contoh untuk pembaharuan hukum kontrak Indonesia. Alasannya adalah bahwa ketentuan-ketentuan lain dari penafsiran tersebut pada dasarnya telah diatur dalam hukum positif.

Ketentuan yang cukup penting yang berkaitan dengan perkembangan “*lex mercatoria*” adalah mengenai. Pasal 4.6 mengatur “*contra*

proferentem rule” yang menyatakan bahwa jika syarat-syarat kontrak yang diajukan oleh salah satu pihak tidak jelas, maka penafsiran yang berlawanan dengan pihak tersebut harus didahulukan

Suatu pihak harus bertanggung jawab atas rumusan syarat kontrak, baik karena ia telah merancang sendiri kontrak itu maupun karena ia telah mengajukan syarat-syarat tersebut. Misalnya dengan menggunakan syarat-syarat baku yang telah dipersiapkan lebih dahulu, pihak pembuat memang seyogyanya menanggung resiko atas ketidakjelasan rumusan yang dibuatnya itu. Hal itu merupakan alasan mengapa pasal ini menentukan bahwa jika syarat-syarat kontrak yang diajukan oleh salah satu pihak tidak jelas, maka diberikan preferensi penafsiran yang berlawanan dengan pihak yang membuat syarat baku tersebut. Cara pemberlakuan aturan ini akan tergantung pada hal-hal sebagai berikut :

- a) keadaan dari kasus yang dihadapi
- b) sifat kekurangan syarat kontrak yang merupakan pokok obyek negosiasi lebih lanjut antara para pihak
- c) pembenaran untuk menafsirkan syarat itu yang melawan pihak pembuat klausula baku tersebut.

11. Prinsip Menghormati Kontrak Ketika Terjadi Kesulitan (*Hardship*)

Pasal yang cukup penting dalam Bab pelaksanaan Kontrak adalah ketentuan tentang keadaan Sulit (*Hardship*). Ketentuan ini dibedakan dengan “*Force Majeur*” yang diatur dalam Bab tentang Wanprestasi (*Non-Performance*). Aturan tentang “*Hardship*” diatur dalam Pasal 6.2.1 yang menentukan bahwa apabila pelaksanaan kontrak menjadi lebih berat bagi

salah satu pihak, pihak tersebut bagaimanapun juga terikat untuk melaksanakan perikatannya dengan tunduk pada ketentuan-ketentuan tentang kesulitan. Ketentuan ini menentukan dua hal pokok, yaitu

- a) Sifat mengikat dari kontrak sebagai aturan umum; dan
- b) Perubahan keadaan yang relevan dengan kontrak jangka panjang

Tujuan dari ketentuan ini adalah untuk menegaskan bahwa sebagai akibat berlakunya prinsip umum tentang sifat mengikat kontrak berdasarkan Pasal 1.3, maka pelaksanaan kontrak harus dijalankan sepanjang hal itu mungkin dan tanpa memperhatikan beban yang dapat dipikul oleh pihak yang melaksanakan. Dengan kata lain, walaupun salah satu pihak mengalami kerugian besar atau pelaksanaan kontrak menjadi tidak berarti bagi pihak lain, kontrak bagaimanapun juga harus tetap dihormati.

Prinsip sifat mengikatnya kontrak bagaimanapun juga bukan sesuatu yang absolut. Apabila terjadi keadaan-keadaan yang menimbulkan perubahan *fundamental* atas keseimbangan dari kontrak tersebut, maka keadaan tersebut merupakan situasi yang dikecualikan yang dimaksud dalam prinsip-prinsip ini sebagai “kesulitan” (*hardship*) dan yang diatur dalam pasal-pasal berikut dari bagian ini.

Phenomena kesulitan telah diketahui dalam berbagai sistem hukum dengan menggunakan istilah-istilah lain tetapi maksudnya sama, seperti “*frustation of purpose*”, “*Wegfall der Geschäftsgrundlage*”, “*imprevisión*”, “*excessiva onerosita sopravvenuta*”, dan sebagainya. Istilah kesulitan (*hardship*) dipilih karena istilah ini secara luas dikenal dalam praktek

perdagangan internasional sebagaimana diperkuat dengan dimasukkannya di berbagai kontrak internasional yang disebut “klausula kesulitan” (*hardship clauses*).

12. Prinsip Pembebasan Tanggung Jawab Dalam Keadaan Memaksa (*Force Majeur*)

Wanprestasi adalah gagalnya salah satu pihak untuk melaksanakan setiap kewajiban berdasarkan kontrak, termasuk pelaksanaan yang cacat atau pelaksanaan yang terlambat. Wan prestasi didefinisikan sedemikian rupa sehingga mencakup segala bentuk pelaksanaan yang mengandung cacat sampai pada kegagalan sanaan secara total. Oleh karen aitu merupakan wan-prestasi apabila seorang pengembang membangun bangunan yang sebagian sesuai dengan kontrak tetapi sebagian lagi cacat atau lambat penyelesaiannya.

Untuk tujuan meletakkan prinsip-prinsip, konsep “wan-prestasi” mencakup “wan-prestasi” yang tidak dimanfaatkan (*non-exused*) an yang dimaafkan (*excuses*). Wan-prestasi dapat dimaafkan dengan alasan sikap perilaku pihak lain dari kontrak tersebut, atau karena adanya peristiwa eksternal yang tidak diharapkan. Salah satu pihak tidak berhak untuk menuntut kerugian-kerugian atau pelaksanaan khusus atas wan-prestasi yang dimaafkan dari pihak lain tetapi pihak yang tidak menerima pelaksanaan itu secara hukum akan berhak untuk mengakhiri kontrak baik wan-prestasi itu dimaafkan ataupun tidak. Pembahasan ini akan difokuskan pada alasan maaf dari wan-prestasi karena keadaan memaksa. Pasal 7.1.7 mengatur keadaan memaksa dengan menyatakan

- (a) Wan-prestasi yang dilakukan oleh salah satu pihak dapat dimaafkan apabila pihak tersebut dapat membuktikan bahwa wan-prestasi itu disebabkan oleh suatu rintangan di luar pengawasannya, dan hal itu secara wajar tidak diharapkan akan terjadi
- (b) Apabila rintangan tersebut hanya bersifat sementara, maka pemberian maaf akan berakibat hukum atas jangka waktu tersebut saja dengan memperhatikan akibat dari rintangan pelaksanaan kontrak tersebut
- (c) Pihak yang gagal melaksanakan kontrak harus menyampaikan pemberitahuan kepada pihak lain tentang rintangan dan akibatnya terhadap kemampuannya untuk melaksanakan kontrak. Jika pemberitahuan itu tidak diterima oleh pihak lain dalam jangka waktu yang wajar, setelah pihak yang gagal melaksanakan mengetahui atau seharusnya telah mengetahui adanya rintangan itu, ia bertanggung jawab atas kerugian-kerugian akibat dari tidak diterimanya pemberitahuan tersebut
- (d) Pasal ini tidak mencegah salah satu pihak untuk menggunakan haknya mengakhiri kontrak atau menahan pelaksanaan kontrak atau meminta pembayaran bunga atas uang yang telah jatuh tempo.

BAB III

KEBEBASAN BERKONTRAK PADA KONTRAK KOMERSIAL

A. Kebebasan Berkontrak Didasari Ideologi Individualisme

Kebebasan berkontrak, hingga kini tetap menjadi asas penting dalam sistem hukum kontrak baik dalam sistem *civil law*, *common law*, maupun sistem hukum lainnya.⁶⁴ Asas kebebasan berkontrak dalam sistem hukum sipil dan *common law* lahir dan berkembang seiring dengan pertumbuhan aliran filsafat yang menekankan semangat individualisme dan pasar bebas.⁶⁵ Pada abad sembilan belas, kebebasan berkontrak sangat diagungkan baik oleh para filosof, ekonom, sarjana hukum maupun pengadilan.⁶⁶ Kebebasan berkontrak sangat mendominasi teori hukum kontrak.⁶⁷ Inti permasalahan hukum kontrak lebih tertuju kepada realisasi kebebasan berkontrak. Pengadilan juga lebih mengkedepankan kebebasan berkontrak daripada nilai-nilai keadilan dalam putusan-putusannya. Pengaturan melalui legislasi pun memiliki kecenderungan yang sama. Pada saat itu, kebebasan berkontrak memiliki kecenderungan ke arah kebebasan tanpa batas (*unrestricted freedom of contract*).

⁶⁴ Rene David dan John E.C. Brierley mengklasifikasikan sistem hukum dalam beberapa sistem hukum, sistem *Romano-Germanic*, *Common Law*, hukum sosialis, hukum Islam, hukum Yahudi, hukum Timur Jauh, dan hukum *Black African*. Lihat Rene David dan John E.C. Brierley, *Major Legal System in the World Today*, Steven dan Sons, London, 1985, hlm. 22-31.

⁶⁵ Lihat Friedrich Kessler, *Contract Adhesion-Some Thought about Freedom of Contract*, *Columbia Law Review*, Vol 43 (1943), hlm. 630. Lihat pula Arthur Taylor von Mehren dan James Russel Gordley. *The Civil Law System*, Little Brown and Company, Boston, 1977, hlm. 788

⁶⁶ A. G. Guest, ed., *Chitty on Contract*, Vol 1 General Principles, Sweet & Maxwell, London, 1983, hlm. 3

⁶⁷ Alan J. Messe, *Liberty and Antitrust in the Formative Era*, *University Law Review*, Vol. 79, (1999), hlm. 2.

Pada masa itu kebebasan berkontrak menjadi paradigma baru dalam hukum kontrak.⁶⁸

Keberadaan asas kebebasan berkontrak tersebut tidak dapat dilepaskan dari pengaruh berbagai aliran filsafat politik dan ekonomi liberal yang berkembang pada abad kesembilanbelas.⁶⁹ Dalam bidang ekonomi berkembang aliran *laissez faire*⁷⁰ yang dipelopori Adam Smith yang menekankan prinsip non intervensi oleh pemerintah terhadap kegiatan ekonomi dan bekerjanya pasar.⁷¹ Filsafat utilitarian Jeremy Bentham yang menekankan adanya ideologi *free choice*⁷² juga memiliki pengaruh yang besar bagi pertumbuhan asas kebebasan berkontrak tersebut.⁷³ Baik pemikiran Adam Smith maupun Bentham didasarkan filsafat individualisme. Kedua pemikiran tersebut tidak dapat dilepaskan dari pengaruh filsafat etika Immanuel Kant.⁷⁴ Semua filsafat yang menekankan pada aspek kebebasan individu yang dikembangkan para filosof Barat di atas jika dilacak lebih jauh

⁶⁸ Michael Rosenfeld, *Contract and Justice: The Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory*, Iowa Law Review, Vol. 70, 1985, hlm. 821

⁶⁹ Howard O. Hunter, *Modern of Contract Law*, Warren, Gorham & Lamont, Inc, London, 1987, hlm. 253-254.

⁷⁰ Istilah *laissez faire* bukan berasal dari Adam Smith. Istilah itu pada mulanya dikemukakan oleh Vincent de Gournay, salah seorang pelopor mazhab fisiokrat. Istilah lengkapnya adalah: "*laissez faire, laissez passer, le monde va alors de lui moue*". Secara harfiah berarti: "Biarkanlah berbuat, biarkanlah berlalu, dunia akan tetap berputar terus. Semboyan kemudian dimaknai: "Biarkanlah orang berbuat seperti yang mereka sukai tanpa campur tangan pemerintah". Pemerintah hendaknya tidak memperluas campur tangannya dalam perekonomian melebihi minimum yang benar-benar esensial untuk melindungi kehidupan milik untuk mempertahankan kebebasan berkontrak. Lihat Komaruddin, *Pengantar Kebijakan Ekonomi*, Bumi Aksara, Jakarta, 1993

⁷¹ Peter Gillies, *Business Law*, The Federation Press, Sydney, 1993, hlm. 117

⁷² Dikaitkan dengan kontrak, kebebasan tersebut bermakna bahwa tidak ada seorangpun yang terikat kepada suatu kontrak jika tidak ada pilihan bebas untuk melakukan sesuatu. Lihat P.S. Atiyah, *An introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1981, hlm 8.

⁷³ Di Perancis juga berkembang pemikiran yang serupa yang dikemukakan oleh Dermolombe. Lihat Arthur Taylor von Mehren dan James Russel Gordley, *The Civil Law System*, Little Brown and Company, Boston, 1977, hlm 787

⁷⁴ Arthur Taylor von Mehren, *Op. Cit.*, hlm. 470

lagi, berakar kepada filsafat hukum alam (*natural law*) yang sangat berkembang pada abad pencerahan (*enlightenment* atau *aufklärung*).⁷⁵

Pada abad sembilan belas tersebut, teori hukum kontrak sangat dipengaruhi konsep yang diderivasi filsafat, paham politik, dan ekonomi liberal. Prinsip ekonomi *laissez faire* yang menjadi inti pemikiran ekonomi abad sembilan belas⁷⁶ menuntut bahwa para pihak yang membuat kontrak memiliki kebebasan penuh dalam hubungan kontraktual, dengan seminim mungkin intervensi dari negara. Teori politik revolusioner yang berkembang saat itu memandang negara sebagai suatu lembaga yang berada di luar suatu persatuan kehendak individu. Pengaruh filsafat hukum yang mempengaruhi teori kontrak saat itu adalah teori otonomi kehendak, yakni suatu teori yang menafsirkan bahwa hukum merupakan perintah atau produk suatu kehendak. Jika seseorang terikat kepada kontrak, karena ia memang menghendaki keterikatan tersebut.⁷⁷

Pemahaman yang komprehensif mengenai kebebasan berkontrak yang masih eksis hingga sekarang ini tidak dapat dibahas kecuali dalam konteks ideologi. Kebebasan berkontrak sebagai sebuah norma tidak dapat diderivasi secara langsung dari faktafakta. Baik pada periode hukum kontrak klasik maupun kontemporer keduanya mendasarkan dirinya justifikasi kepada

⁷⁵Semula gerakan pencerahan mulai berkembang di Inggris. Situasi politik di Inggris memungkinkan pemikiran bebas, sebab sejak 1693 undangundang Kerajaan menjamin kebebasan mencetak. Dari Inggris gerakan ini menyeberang ke Eropa Daratan. Di Perancis gerakan ini bahkan berjalan amat radikal. Di sini pencerahan secara tidak langsung mempersiapkan jalan bagi meletusnya revolusi Perancis. Di Jerman, gerakan pencerahan berjalan lebih tenang, kurang menampakkan pertentangan antara individu, gereja, dan negara. Lihat S.P. Lili Tjahjadi, *Hukum Moral Ajaran Immanuel Kant tentang Etika dan Imperatif Kategoris*, Kanisius — BPK Gunung Mulia, Yogyakarta, 1991, hlm 29 - 30.

⁷⁶George Gluck, "Standard Form Contracts: The Contract Theory Reconsidered", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 28, January 1979, hlm 72.

⁷⁷R.W. Ryan, *Loc.Cit*

ideologi individualisme.⁷⁸ Mengingat timbul dan berkembangnya asas kebebasan berkontrak sangat dipengaruhi ideologi individualisme dan liberalisme di Eropa pada abad kesembilanbelas, maka untuk memahami kebebasan berkontrak secara filosofis harus dilihat dan dipahami dalam konteks individualisme yang berkembang saat itu.

Sebagai sebuah ideologi, individualisme telah diterima secara luas dalam peradaban Barat modern (*modern western civilization*). Hal yang menonjol dari ideologi ini adalah postulatnya mengenai keunggulan individual atas *social goals*. Ideologi individualisme digunakan untuk tujuan sosial dan politik yang menjamin kepentingan individu. Secara historis, adanya ideologi ini merupakan perlawanan terhadap ideologi kolektivisme yang berkembang pada abad pertengahan.⁷⁹

Walaupun individualisme sebagai sebuah konsep yang kompleks yang memiliki pemahaman yang berbeda-beda baik dalam segi waktu maupun orang yang memahaminya, tetapi konsep individualisme dapat dibedakan antara individualisme sebagai mekanisme sosial dan individualisme sebagai sebuah nilai.

Individualisme sebagai suatu mekanisme sosial dikaitkan dengan bagaimana cara negara mengontrol warganegarannya. Ada beberapa cara yang dapat dilakukan suatu negara untuk melakukan kontrol sosial kepada warga negaranya tersebut, yakni: Pertama, dikaitkan dengan individualisme (*individualism*), *free choice*, ekonomi pasar bebas (*free market economies*); Kedua, didasarkan pada administrasi.

⁷⁸ Michael Rosenfeld, *Op.Cit.*, hlm. 776

⁷⁹ *Ibid*, hlm. 777

Cara pertama secara luas memberikan masyarakat kebebasan untuk membuat atau menentukan apa yang mereka inginkan. Cara ini mensyarakatkan individu sendirilah yang mengontrol dirinya terhadap apa yang mereka putuskan, dan memaksa untuk mematuhi apa yang mereka putuskan itu. Paham ini secara pasti menekankan pada keinginan *self reliance*, dan kebebasan memilih secara individu (*individual free choice*). Paham ini memerlukan pendidikan dan kebutuhan akan sistem yang tepat yang memberikan penghargaan dan hukuman kepada orang yang berperilaku baik dan anti-sosial. Jika orang telah memutuskan sesuatu, mereka harus mengajarkan bagaimana cara membuat keputusan itu dengan baik melalui instruksi langsung maupun melalui jaminan (*ensuring*) dimana mereka menerima gagasan yang pantas apakah keputusan yang mereka buat itu salah atau benar.

Alternatif yang kedua adalah melalui proses administrasi. Cara yang kedua ini pada dasarnya adalah suatu proses yang berkaitan dengan suatu hirarki pengambil keputusan bagi seseorang untuk melaksanakan suatu pendelegasian wewenang. Bagi para teoritis politik *non individualist*, wujud hirarki tatanan sosial dan konformitas setiap elemen dalam masyarakat merupakan satu kesatuan." Keputusan yang diakui didasarkan pada beberapa nilai kolektif (*collective values*). Mereka membuat keputusan tidak didasarkan kepada kepentingan pihak yang membuat keputusan, tetapi didasarkan kepada kepentingan kelompok sebagai suatu kepentingan publik.⁸⁰

⁸⁰ Michael Rosenfeld, *Loc.cit*

Individualisme sebagai mekanisme sosial dalam kenyataannya hanya berlangsung singkat sebagai bentuk masyarakat transisi pada abad kesembilanbelas di Inggris. Saat itu terjadi jurang pemisah antara keruntuhan organisasi sosial dan pertumbuhan. Pada awal periode itu, kelembagaan masyarakat pada abad delapan belas, seperti masyarakat pedesaan masih berlaku. Organisasi masyarakat masih sederhana. Hampir semua masyarakat desa terdiri dari pemilik tanah, petani penyewa tanah, dan buruh di bidang pertanian memiliki status dan kekayaan yang berbeda. Hal ini berbeda dengan masa antara 1800 dan 1870 yang tidak lagi didasarkan pada *rural areas*. Ketika terjadi revolusi industri, orang-orang pindah ke kota, mereka tidak lagi menemukan lingkungan sosial yang lama. Pada saat yang sama, orang-orang kota yang dalam kebiasaan kedudukan sosial lama menjadi tukang, pengrajin bekerja dalam suatu hirarki sosial tertentu menemukan dunia mereka yang terbalik oleh pertumbuhan penduduk dan pertumbuhan pabrik-pabrik baru. Kebanyakan bentuk *institutional organization*, seperti *guilds* atau *city corporation* yang korup dan tidak populer melakukan praktek monopoli. Organisasi yang demikian itu makin melemah dengan adanya persaingan dari kota baru. Hubungan lama *cottage-worker*, dengan buruh yang sedikit bekerja di rumah dengan keluarganya, dengan peralatan yang dibawanya sendiri berada di sekitar rumahnya, melemah dan kemudian menghilang. Dalam dunia yang baru, individualisme dijadikan sebagai sebuah mekanisme sosial. Setiap manusia hanya untuk dirinya sendirinya. Hubungan antara pekerja dan pemilik pabrik sudah bersifat impersonal. Hubungan yang bersifat paternalistik sudah ditinggalkan.

B. Teori Hukum Kontrak Klasik Dipengaruhi Paradigma Kebebasan Berkontrak

Doktrin liberalis-individualisme yang berkembang pada abad sembilan belas berpengaruh langsung atas kebebasan berkontrak yang berimbas kepada lahirnya paradigma baru hukum kontrak timbul dari dua dalil di bawah ini:⁸¹

1. setiap perjanjian kontraktual yang diadakan adalah sah (*geoorloofd*); dan
2. setiap perjanjian kontraktual yang diadakan secara bebas adalah adil dan memerlukan sanksi undang-undang.

Pada abad sembilan belas itulah hukum kontrak klasik secara mendasar terbentuk. Terbentuknya teori baru ini merupakan reaksi dan kritik terhadap tradisi abad pertengahan mengenai *substantive justice*. Para hakim dan sarjana hukum di Inggris dan Amerika Serikat kemudian menolak kepercayaan yang telah berlangsung lama mengenai justifikasi kewajiban kontraktual yang diderivasi dari *inherent justice* atau *fairness of an exchange*. Mereka kemudian menyatakan bahwa sumber kewajiban kontraktual adalah bertemunya kehendak (*convergence of the wills*) atau konsensus para pihak yang membuat kontrak.⁸²

Pada abad sembilan belas tersebut, para teoretikus hukum kontrak memiliki kecenderungan untuk memperlakukan atau menempatkan pilihan individual (*individual choice*) tidak hanya sebagai suatu elemen kontrak, tetapi seperti yang dinyatakan ahli hukum Perancis adalah kontrak itu

⁸¹ A.S. Hartkamp, ed., *op.cit.*, *Mr. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Deel II, Overeenkomsten*, hlm 36

⁸² Morton J. Horwitz, "The Historical Foundation of Modern Contract Law", *Harvard Law Review*, Vol 87 (1974), hlm 917. Kebebasan berkontrak jelas sekali berkaitan erat dengan teori kehendak (*will theory*) yang mengajarkan bahwa pengakuan dan pelaksanaan kontrak didasarkan pada kehendak mereka yang membuat kontrak. Lihat Konrad Zweigert dan Hein Kört, *op.cit.*, hlm 325 — 326.

sendiri. Mereka memiliki kecenderungan mengidentifikasi pilihan tersebut dengan kebebasan, dan kebebasan menjadi tujuan tertinggi keberadaan individu.⁸³

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

Paradigma baru dengan kecenderungan ekonomi liberal *laissez faire* di mana isi kontrak ditentukan oleh konsensus ini banyak merubah berbagai konsep hukum kontrak yang telah ada sebelumnya.⁸⁴ Kontrak dalam sistem hukum Barat dipandang sebagai seperangkat konsep dasar dan doktrin yang memberikan *effect* terhadap perjanjian sukarela sesuai dengan maksud para pihak. Konsep ini mengadaptasi perkembangan situasi ekonomi baru pada abad sembilan belas.⁸⁵ Bagi fiksi liberal, atribusi yang melekat pada kontrak

⁸³. Arthur Taylor von Mehren dan James Russell Gordley, *op.cit.*, hlm 788 789

⁸⁴ Abd El Wahab Ahmad El Hassan, *Freedom of Contract, the Doctrine of Frustration, and Sanctity of Contract in Sudan Law and Islamic Law*, Arab Law Quarterly, Vol. 1 Part 1, 1995, hlm 52.

⁸⁵ K.M. Sharma, *From Sanctity to Fairness: An Easy Transition in the Law of Contract?* New York Law School Journal of International Law & Comparative Law, Vol. 18, 1999, hlm 115. Penekanan individualisme, kebebasan, dan peranannya dalam masyarakat dipertinggi ide intelektual yang berasal dari utilitarian David Hume dan filsafat ekonomi bebas Adam Smith. Kedua aliran pemikiran ini diterima secara umum, khususnya yang berkaitan dengan

adalah kehendak para pihak.⁸⁶ Sehubungan dengan hal tersebut Lawrence M. Friedman menyatakan:⁸⁷

"The law of contract was a body of law well suited to a market economy. It was a general branch of law that made and applied rules for arm's length bargain in a free, impersonal market. The decay of feudalism and the rise of capitalist economy made the law of contract possible; and the age of Adam Smith made indispensable".

Dalam paradigma baru ini, dalam kontrak timbul dua aspek: Pertama, kebebasan (sebanyak mungkin) untuk mengadakan suatu kontrak. Kedua, kontrak tersebut harus diperlakukan sakral oleh pengadilan, karena para pihak secara bebas dan tidak ada pembatasan dalam mengadakan kontrak tersebut.⁸⁸ Dengan demikian, kebebasan berkontrak dan kesucian (*sanctity*) kontrak menjadi dasar keseluruhan hukum kontrak yang berkembang saat itu.⁸⁹

Dengan perkataan lain, orientasi mereka adalah kesucian dan kebebasan berkontrak.⁹⁰

Gagasan utama kebebasan berkontrak berkaitan dengan penekanan akan persetujuan dan maksud atau kehendak para pihak. Selain itu, gagasan kebebasan berkontrak juga berkaitan dengan pandangan bahwa kontrak

konsepsi mereka mengenai *contractual agreement* dan peranan yang mereka mainkan dalam mekanisme sosial.

⁸⁶*ibid*

⁸⁷Lawrence M. Friedman, *A History of American Law*, New York: Touchstone, 1973, hlm 244

⁸⁸ Esensi tersebut merupakan ide di balik timbulnya pandangan akan kesucian kontrak. Lihat *ibid*. Kesucian kontrak, atau lebih tepatnya kesucian janji, dapat dipahami lebih baik dalam *framework* secara keseluruhan *executory contract*. Seseorang dapat membayangkan skenario berikut untuk mengilustrasikan pentingnya suatu *purely executory exchange*: Dua pihak bertemu dan bersepakat dalam suatu *a future exchange*. Segera setelah ditutupnya perjanjian, salah satu pihak menyatakan maksudnya untuk tidak menepati perjanjian. Dengan demikian di sana tidak ada perbuatan atau usaha untuk dilaksanakan oleh setiap pihak. Perhatikan Larry A. Di Matteo, "Equity's Modification of Contract: An Analysis of the Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law", *New England Law Review*, Vol 33 (1990), hlm 307

⁸⁹ Perhatikan P.S Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press, 1981, hlm. 4

⁹⁰ K.M. Sharma, *loc.cit*

adalah hasil dari pilihan bebas (*free choice*). Dengan gagasan utama ini, kemudian dianut paham bahwa tidak seorang pun terikat kepada kontrak sepanjang tidak dilakukan atas dasar adanya pilihan bebas untuk melakukan sesuatu.

Gagasan tersebut di atas menjadi prinsip utama baik dalam sistem *civil law* maupun *common law* bahwa kontrak perdata individual di mana para pihak bebas menentukan kesepakatan kontraktual tersebut. Bagi mereka yang memiliki kemampuan bertindak untuk membuat kontrak (*capacity*) memiliki kebebasan untuk mengikatkan diri, menentukan isi, akibat hukum yang timbul dari kontrak itu.⁹¹

Sebagai konsekuensi adanya penekanan kebebasan berkontrak, kemudian dianut pula dogma bahwa kewajiban dalam kontrak hanya dapat diciptakan oleh maksud atau kehendak para pihak.⁹²

Hal tersebut menjadi prinsip mendasar hukum kontrak yang mengikat untuk dilaksanakan segera begitu mereka telah mencapai kesepakatan. Dengan demikian, kebebasan berkontrak di dalam teori hukum kontrak klasik memiliki dua gagasan utama, yakni kontrak didasarkan kepada persetujuan, dan kontrak sebagai produk kehendak (memilih) bebas.⁹³

Doktrin mendasar yang melekat pada kebebasan berkontrak adalah bahwa kontrak itu dilahirkan *ex nihilo*, yakni kontrak sebagai perwujudan

⁹¹ K.W. Ryan, *An Introduction to the Civil Law*, Bisbane: The Law Book of Australia, 1962, hlm. 39

⁹² Pada abad sebelumnya dianut pandangan bahwa para pihak dalam kontrak memiliki sedikit kontrol terhadap kewajiban kontraktual yang mereka buat. Pada masa sebelum abad sembilan belas, paradigma mengikatnya suatu janji mengenai sesuatu yang oleh orang berjanji telah siap untuk dilaksanakan. Dalam konteks ini, janji tidak menciptakan kewajiban, tetapi semata-mata hanya memperkuat keberadaannya. Sebaliknya, berdasarkan kebebasan berkontrak, suatu janji untuk melaksanakan *preexisting obligation* pada umumnya tidak dapat dilaksanakan. Lihat Michael Rosenfeld, *op.cit.*, hlm 822

⁹³ K.W. Ryan, *Op.Cit.*, hlm. 9

kebebasan kehendak (*free will*) para pihak yang membuat kontrak (*contractors*). Kontrak secara eksklusif merupakan kehendak bebas para pihak yang membuat kontrak. Melalui postulat bahwa kontrak secara keseluruhan menciptakan kewajiban Baru dan kewajiban yang demikian secara eksklusif ditentukan oleh kehendak para pihak, kebebasan berkontrak telah memutuskan hubungan antara kebiasaan dan kewajiban-kewajiban kontraktual. Kebebasan berkontrak membolehkan kesepakatan (*per-data*) untuk mengesampingkan kewajiban-kewajiban berdasarkan kebiasaan yang telah ada sebelumnya.⁹⁴

Kontrak yang dipersepsikan sebagai diciptakan *ex nihilo*, telah membongkar *network social relation* yang telah ada yang menjadi kewajiban yang mengikat di antara sesama individu. Pembongkaran untuk menggantikan hal tersebut dilakukan serangan melalui dua sisi, yakni sisi kewajiban non kontraktual yang didasarkan pada kebiasaan, dan sisi kewajiban kontraktual itu sendiri. Sebelum era kebebasan berkontrak, kontrak tidak begitu digantungkan pada kehendak para pihak untuk isi kontrak, kontrak tidak diciptakan oleh kehendak para pihak. Selama abad delapan belas, dalam hal ini para pihak dalam membuat kontrak umumnya tidak bebas untuk menentukan isi perjanjian mereka, pengadilan cenderung menolak *honor price term* yang *unfair* atau tidak adil.⁹⁵

Premis sentral teori hukum kontrak klasik pada abad kesembilanbelas tersebut adalah kebebasan berkontrak. Kebebasan otonomi individu *to be able to make bargains as they saw fit* (dengan sedikit mungkin intervensi dari

⁹⁴ Michael Rosenfeld, *Op.Cit.*, hlm. 822

⁹⁵ *ibid*

negara) betul-betul menempatkan pembentukan kontrak *ex nihilo* pada kehendak mereka. Menurut pandangan teori klasik kontrak ini, para pihak yang membuat kontrak ini adalah *equal*, para pihak juga memiliki kemampuan menentukan *fair bargain* di antara mereka. Pandangan ini selaras dengan bahwa kontrak merupakan produk yang dibuat para pihak (dengan kebebasan untuk menentukan) dan juga sesuai semangat pasar bebas dan persaingan bebas. Konsep utama pemikiran hukum kontrak pada abad kesembilanbelas itu adalah dihubungkannya otonomi kehendak yang luas dengan ide kebebasan berkontrak yang tidak terbatas.⁹⁶

Seiring dengan itu, dalam hukum kontrak juga berkembang paradigma yang menekankan kehendak (*will*) sebagai dasar sumber keterikatan para pihak di dalam kontrak. Di Perancis berkembang doktrin *autonomy of the will*. Di Inggris berkembang doktrin *consensus ad idem*.

Kedua doktrin di atas menekankan pada faktor kehendak (*will*) atau maksud (*intention*) para pihak sebagai dasar timbulnya kewajiban bagi para pihak dalam kontrak. Penekanannya pada kehendak individu, kewajiban kontraktual dapat diciptakan oleh suatu kehendak suci (*communion of wills*), suatu tindakan bersama, jika *purely mental procreation* merupakan hal yang diterima secara umum pada saat itu.⁹⁷

Dengan pandangan tersebut di atas, pada abad sembilan belas, di Jerman dan Perancis berkembang teori subjektif (*subjective theory*) dalam hukum kontrak. Jhering sangat menekankan *primacy of the will*. Orang menjadi terikat

⁹⁶ K.M. Sharma, *Op.Cit.*, hlm. 104

⁹⁷ K.M. Sharma, *Loc.Cit.*

jika mereka dengan sengaja menghendaknya.⁹⁸

Kebebasan berkontrak dengan penekanan kehendak individu memandang pembuat kontrak sebagai suatu tindakan yang tergolong sebagai *legislative capacity*, dan juga pelaksanaan kontrak oleh negara semata-mata sebagai implementasi hukum perdata yang ditetapkan Para pihak. Dengan persepsi kontrak yang demikian itu, membawa kontrak bergeser kepada paradigma bagi hubungan kontraktual dari *partially executed* kepada *the executory contract*.⁹⁹ Konsekuensi penting lainnya dari bergesernya persepsi kontrak adalah terjadinya suatu transformasi fungsi hukum kontrak yang begitu dalam yang diterima oleh pengadilan. Dalam hal ini Atiyah menyatakan:¹⁰⁰

"The primary function of the law came to be seen as purely facultative, and the function of the Court was merely to resolve a dispute by working out the implication of what the parties had already chosen to do. The idea that the Court had an independence role to play as a forum for adjustment of rights, or the settlement of disputes, was plainly inconsistent with this new approach. The Result was to mark off contract law more clearly from (say) the law of torts-where the function of the law, and its agent the Court, was seen more clearly to be that of resolving a conflict, or adjusting mutual claims. The law of contract became like the law of wills, a device for enabling private individuals to make their own arrangement, and to summon the state to their aid to see that those arrangement were adhered to."

Berkaitan dengan fungsi pengadilan yang dikaitkan dengan kontrak tersebut, pada kurun waktu yang sama muncul *formalism*. Konsep *formalism* merupakan lawan dari *realism*. *Formalism* mewakili suatu sikap pikiran, yakni sikap dari hakim yang berpendirian bahwa semua hukum berdasarkan doktrin dan asas-asas hukum yang dapat disimpulkan dari *precedent*. Hanya ada satu cara untuk memutuskan suatu perkara; bukan merupakan fungsi hakim untuk

⁹⁸ Max Radin, "Contract Obligation and the Human Will", Patricia Smith., hlm 339.

⁹⁹ Michael Rosenfeld, *Contract and Justice: The Relation between Classical Contract Law and Social Contract Theory*, Iowa Law Review, Vol. 70, 1985., hlm 825

¹⁰⁰ P.S. Atiyah, *op.cit.*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, hlm 408

meminta pertimbangan dari kebijakan para pihak (*policy consideration*) atau bahkan bantahan-bantahan terhadap keadilan yang relatif dari tuntutan para pihak. Alasan-alasan di balik asas-asas dan aturan-aturan tidaklah relevan. Peranan hakim adalah semata-mata pasif dan menafsir. Berdasarkan paham *formalism* itu, maka pemikiran yang berlaku pada masa itu adalah:¹⁰¹

Pertama, adalah para pihak yang harus membuat perjanjian mereka sendiri, memilih syarat-syarat mereka sendiri, dan pengadilan tidak diperkenankan untuk campur tangan dalam proses tersebut;

Kedua, terjadinya akibat hukum kontrak adalah pada saat begitu kontrak telah dibuat, bukan pengadilan yang menentukan. Fungsi pengadilan semata-mata pasif dan menafsir, pengadilan harus menentukan apa yang dimaksud oleh kontrak itu, tetapi harus bahwa dalam hal pengadilan berbuat demikian hanyalah sekedar memberikan akibat terhadap hal-hal yang dimaksud oleh para pihak.

Ketiga, pada umumnya paham *formalism* tercampur dengan *literalism* yang menolak penafsiran tersebut dalam hal para pihak tidak secara tegas telah menyebutkannya di dalam kontrak itu, dan bersiteguh bahwa implikasi-implikasi hanya dapat dibuat apabila memang benar-benar diperlukan supaya kontrak itu dapat berfungsi.

Keempat, *formalism* berarti bahwa pengadilan menyangkal setiap kekuasaan atau hak untuk turut campur tangan dengan tujuan agar suatu basil yang adil dapat tercapai. Keadilan suatu kontrak, keadilan suatu tawar menawar, sama sekali bukan kepentingan pengadilan. Para pihak itu sendiri

¹⁰¹*Ibid*, hlm. 388-389

yang harus memilih syarat-syarat mereka dan melakukan sendiri tawar menawar itu, dan apabila pihak yang satu memilih dengan pintar, sedangkan yang lain memilih dengan bodoh, hal itu semata-mata karena bekerjanya pasar bebas.

Kelima, keistimewaan *formalism* adalah kecenderungan untuk menuangkan hak-hak ke dalam syarat-syarat yang mutlak. Pengadilan tidak bersedia meneliti apa yang telah memotivasi satu pihak untuk bertindak menurut cara tertentu. Apabila misalnya seorang pembeli memiliki hak untuk menolak barang-barang yang dibelinya itu karena penjual telah menyerahkan barang-barang itu terlambat sehari, maka hak akan dituntut dengan teliti tanpa harus meneliti mengapa pembeli tersebut telah memilih untuk menolak barang-barang tersebut. Bukan tugas pengadilan untuk mempertimbangkan mengapa seseorang telah menentukan hak-haknya menurut cara tertentu karena hal itu merupakan prerogatif pemegang hak itu sendiri.

Paradigma kebebasan berkontrak dengan penekanan kehendak bebas individu menyebabkan mulai dielaborasi konsep perbuatan hukum (*acte juridique, rechtsgeschaft, juristic act*) dalam kontrak. Kontrak dipersepsikan tidak hanya sebagai sebuah kesepakatan, tetapi juga sebagai sebuah perbuatan hukum. Kontrak sebagai suatu perbuatan hukum diciptakan oleh hubungan interdependen yang mutualistik yang menyatakan kehendak Para pihak yang secara langsung menciptakan akibat hukum bagi keuntungan salah satu pihak atau kedua-dua pihak. Hubungan yang menyatakan kesepakatan para pihak itu harus interdependen, tanpa ada hubungan interdependen itu, maka tidak ada kontrak. Tujuan para pihak yang mengadakan kesepakatan itu harus

ditujukan untuk menciptakan akibat hukum. Kehendak para pihak itulah yang menciptakan hubungan hukum. Dengan demikian, perbuatan hukum dapat didefinisikan sebagai suatu perbuatan (*act*) di mana satu pihak atau para pihak menyatakan kehendak atau maksudnya dari *effecting changes* dalam hubungan hukum dan di mana hukum memberikan kewenangan melakukan perjanjian (*changes*) tersebut¹⁰² Kehendak para pihak untuk membuat kontrak adalah suatu perbuatan hukum. Penawaran dan penerimaan dalam kontrak merupakan suatu perbuatan hukum.¹⁰³ Konsep ini akhirnya mempengaruhi pendefinisian kontrak di dalam BGB¹⁰⁴ dan BW Belanda.¹⁰⁵

Berdasarkan kebebasan berkontrak, kontrak didasarkan pada kehendak bebas para pihak dalam kontrak, tidak hanya bagi terciptanya kontrak, tetapi juga definisi dan validitas isi kontraknya. Kebebasan berkontrak menolak kebiasaan yang mengatur isi kontrak, dan juga menolak ajaran bahwa *an objectively just price exists for any objects susceptible to exchange*. Ajaran baru ini menyerahkan isi setiap kontrak dan ukuran penilaian yang diisyaratkan bagi diperbolehkannya pelaksanaan kontrak kepada kehendak bebas individu para pihak dalam kontrak.

C. Paradigma Kebebasan Berkontrak Bergeser ke arah Kepatutan

¹⁰² K.W. Ryan, *loc.cit.* Lihat juga A.S. Hartkamp dan Marianne M.M. Tillema, *op.cit.*, hlm 33. Perhatikan pula Norbert Horn, et.al., *German Private and Commercial Law: An Introduction* (Oxford: Clarendon Press, 1992), hlm 74 - 75. Lihat pula Arthur Taylor von Mehrem, *op.cit.*, *The Civil Law System, Cases and Materials for Comparative Study of Law*, hlm 467

¹⁰³ Peter de Cruz, *A Modern Approach Comparative Law*, Deventer: Kluwer, 1993, hlm.188

¹⁰⁴ Pasal 305 jo 397 BGB menentukan bahwa suatu kontrak yang melahirkan perikatan berasal dari perbuatan hukum (*rechtsgeschaft*). Suatu kontrak biasanya mengharuskan adanya suatu hak dan kewajiban yang dipertukarkan. Suatu pernyataan dari maksud atau kehendak satu pihak umumnya tidak disyaratkan.

¹⁰⁵ Pasal 1349 BW Belanda (lama) mendefinisikan kontrak sebagai berikut: "*Eene overeenkomst is eene handeling zwaarbij een of meer personen zich jegens een of meer andere verbinden*" (Perjanjian adalah suatu perbuatan hukum di mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya kepada satu orang atau lebih). Definisi ini kemudian direvisi oleh Pasal 6. 213 (1) BW (Baru): "*Een overeenkomst in deze titel is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer*

Dari uraian di atas terlihat bahwa hukum kontrak secara tradisional dalam pandangan sistem hukum Barat merupakan seperangkat dasar konsep dan doktrin yang mendasarkan pada perjanjian sukarela sesuai dengan maksud para pihak telah bertahan selama abad sembilan belas yang mengadaptasi keseluruhan situasi ekonomi Baru saat itu. Fiksi liberal yang memberikan pengaruh bahwa kontrak harus diatribusikan kepada kehendak yang membuatnya masih tetap berlaku hingga kini.

Di sini terlihat jelas bahwa teori hukum kontrak klasik yang merupakan refleksi hukum terhadap teori ekonomi *laissez faire*, telah mengesampingkan atau bahkan memusuhi doktrin iktikad baik. Dalam pandangan teori klasik, sesuai dengan konsep otonomi kehendak dan kesucian kontrak, para pihak tetap terikat pada isi kontrak, sekalipun isi kontrak itu tidak patut.¹⁰⁶

Maksim *caveat emptor* digunakan sebagai doktrin yang menyatakan bahwa suatu pihak dalam kontrak harus melindungi kepentingannya sendiri sebab hukum tidak memiliki kewajiban untuk melindungi kepentingan pihak itu. Hukum kontrak berjalan pada pijakan bahwa para pihak (sebagai individu) menjadi hakim yang terbaik bagi kepentingan dirinya. Dengan demikian, suatu pihak dalam kontrak dalam melaksanakan kehendak bebasnya harus menerima semua konsekuensi yang berkaitan dengan kontrak itu.

Oleh karena itu, seringkali dikatakan bahwa di sana tidak ada persyaratan umum iktikad baik dalam melaksanakan hak dan kewajiban kontraktual. Sesuai dengan pendekatan tradisional ini, Lord Reid menolak bahwa seorang

¹⁰⁶ A.F. Mason, *Contract, Good Faith and Equitable Standard in Fair Dealing*, The Law Quarterly Review, Vol. 116, Januari 2000, hlm. 70

promisee harus bertindak secara masuk akal dalam memilih untuk melaksanakan hak itu, *the law that a person is only entitled to exercise his contractual rights in a reasonable way*.¹⁰⁷

Beberapa teoritis, seperti Grant Gilmore dan Brian Coote mendesak atau menuntut arus utama hukum kontrak yang secara radikal sudah tidak sesuai lagi dengan kondisi abad dua puluh dan mendesak menggantikannya dengan ideologi yang lebih sesuai dengan kondisi dan praktik terakhir.¹⁰⁸ Pesan yang hendak disampaikan Grant Gilmore yang memproklamasikan kontrak telah mati, ekonomi klasik dan struktur hukumnya telah gagal. Dia mengatakan pula bahwa hubungan antara masyarakat dan pemerintah telah berubah secara fundamental.¹⁰⁹ Ada transformasi masyarakat ke arah kesejahteraan sosial (*social welfare*).¹¹⁰

Dengan demikian, sekarang diperlukan struktur teori baru. Perkembangan ini mencakup berbagai perspektif (misalnya *legal realism*, dimensi agama, analisis hukum dan ekonomi, dan studi kritis tentang hukum) menimbulkan divergensi yang banyak sekali dari teori atau doktrin yang ada, dan fokusnya tertuju pada hubungan antara hukum kontrak dan masyarakat pada tataran mendasar, yakni ideologi hukum kontrak sebagai sarana kontrol sosial.¹¹¹

Di Amerika Serikat, putusan U.S. Supreme Court dalam perkara

¹⁰⁷ *Ibid*, hlm. 71

¹⁰⁸ K.M. Sharma, *Op.Cit.*, hlm. 116

¹⁰⁹ Timothy J. Muris, "In Defense of the Old Order" F. H. Buckley, ed., *The Fall and Rise of Freedom of Contract* Durham: Duke University Press, 1999, hlm 93.

¹¹⁰ Seiring dengan itu timbul pemikiran untuk menggunakan hukum kontrak sebagai sarana untuk redistribusi kesejahteraan. Lebih lanjut lihat Eric A. Posner, "Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitation on the Freedom to Contract", *Journal of Legal Studies*, Vol XXIV (June 1995), hlm 283 - 287.

¹¹¹ K.M. Sharma, *Loc.Cit.*

Lochner v. New York (1905) telah membawa adanya serangan yang progresif terhadap kebebasan berkontrak. Serangan yang progresif terhadap kebebasan berkontrak secara gradual berkembang tidak hanya berkaitan dengan sistem kontrak yang ada, tetapi lebih mendasar lagi adalah tantangan bagi adanya *fairness* dan *fair dealing* dalam struktur ekonomi.¹¹²

Menurut Richard A. Epstein, keberatan atau kritik terhadap doktrin kapitalisme *laissez faire* dan kebebasan berkontrak dapat dibagi dalam dua level. Di level pertama keberatan ditekankan pada *grand themes* akan ketidakpuasan terhadap industri dan politik kapitalisme. Keberatan ini secara jelas terlihat dalam beberapa ekspresi: peranan asumsi risiko dalam kasus-kasus perbuatan melawan hukum, peranan dalam kasus-kasus perburuhan, kasus *anti trust*, dan persyaratan *constitutional rates* mengenai *public utilities* dan pengaturan industri lainnya. Di level kedua kebebasan berkontrak dikritik tidak hanya bagi konsekuensi sosialnya, tetapi juga secara doktrinal dan internal bagi ketidakpuasan dan dasar konseptual yang dianggap membingungkan.

Tantangan terhadap doktrin *laissez faire* dan kebebasan berkontrak sangat kuat dan mendalam setelah terjadi depresi besar di Amerika Serikat. Bagi mereka yang lahir pada pertiga pertama abad dua puluh, depresi sangat dirasakan mendalam dan berimplikasi kepada fisik dan mental. Depresi besar tersebut terjadi akibat kegagalan *laissez faire*. Sehubungan dengan ini

¹¹² Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870 —1960 The Crisis of Legal Orthodoxy* (New York: Oxford University Press, 1992), hlm 34. Roscoe Pound merupakan salah seorang yang paling awal mengkritik putusan pengadilan dalam perkara *Lochner v. New York* dan putusan pengadilan yang mengikutinya. Bagi Pound, doktrin kebebasan berkontrak dengan konsep adanya hak yang seimbang (*equal rights*) antara majikan dan buruh merupakan pikiran yang keliru jika dikaitkan dengan kondisi perindustrian yang sesungguhnya. Lihat Roscoe Pound, *op.cit .*, "Liberty of Contract", hlm 454. Perhatikan pula Bernard H. Siegen, "Rehabilitating *Lochner*", *San Diego Law Review*, Vol 22 (1985), hlm 453 - 454.

Maynard Keynes menyatakan "*depression, by everyzvhre complelling government action, had underlined the obsolescence of laissez faire*". Pandangan tersebut tidak benar. Penyebab depresi tersebut sebagian besar akibat kesalahan manajemen Bank Sentral Amerika Serikat (Federal Reserve Board). Ironisnya, Bank Sentral sendiri sebagai institusi pemerintah yang diciptakan di bawah *activist impulse* Presiden Wodrow Wilson menentukan *superrior performance that of relatively unrestricted economy that preceded it*.¹¹³

Kritik baik terhadap *laissez faire* maupun teori kontrak klasik adalah benar berkaitan bahwa memang di dunia ini tidak ditemukan model yang sederhana. Kritik terhadap *laissez faire* biasanya dikaitkan dengan model ekonomi yang diasumsikan Para filosof tidaklah eksis, yakni adanya kompetensi yang sebenarnya di mana *price equal marginal cost, a vast number of sellers are present, and information is costless*. Timothy J. Muris menyetujui Richard A. Epstein bahwa pandangan *laissez faire* Aaron Director, dengan *its presumption in favor market*, menentukan pemahaman yang lebih baik dari peranan teori Idasik ekonomi daripada asumsi model yang abstrak.¹¹⁴

Kritik dan tantangan terhadap *laissez faire* dan kebebasan berkontrak mulai timbul di Eropa pada akhir abad sembilan belas. Akibat atau ekses dari "*industrial feudalism*", dan belakangan perang serta krisis ekonomi melahirkan reaksi bagi timbulnya pemikiran Baru, yakni sosialis dan humanistik. Robert Owen dan Charles Fourier mengelaborasi teori

¹¹³ Tomothy J. Muris, *Op. Cit.*, hlm. 94

¹¹⁴ *ibid*

otopis. Louis Auguste Blanqui dan terlebih lagi Pierre Joseph Proudhon, Karl Marx, dan Friedrich Engels bersuara keras menantang kapitalisme.¹¹⁵ Reaksi tersebut tidak hanya ditujukan terhadap sistem ekonomi yang ada, tetapi juga terhadap tatanan hukum yang diciptakannya.

Di bawah pengaruh doktrin negara kesejahteraan (*welfare state*), walaupun secara perlahan, sistem hukum memberikan respon terhadap keadaan di atas. Di Inggris, Pemerintah mulai menentukan adanya suatu *minimum of public service*, khususnya setelah berakhirnya abad sembilan belas di mana ternyata *laissez faire* tidak berhasil mengatur atau memelihara suatu standar minimum kesehatan. Teori yang berkembang pada abad sembilan belas mengenai tidak diberikannya kompensasi bagi buruh yang mengalami kecelakaan kerja sudah tidak dipertahankan lagi. Pemerintah mulai mengatur dan sekaligus mengawasi premi asuransi dan kontrak yang harus segera diikuti. Pertumbuhan serikat buruh, dengan potensi perlawanan mereka, dan dengan pengaruh politik mereka dapat meningkatkan posisi tawar mereka dalam kontrak perburuhan. Posisi yang demikian makin menguat. Bahkan di Amerika Serikat di mana pengadilan federal dan pengadilan negara bagian menetapkan hambatan konstitusional terhadap serangan gencar anti-liberal, mulai berubah. Mahkamah Agung Federal pada akhirnya mengalah dan mensahkan *protectionist legislation*.¹¹⁶

Keberhasilan program perencanaan ekonomi pasca perang dunia I yang berhasil memecahkan permasalahan pengangguran, kemiskinan, perumahan, harga, dan perdagangan yang diakibatkan adanya depresi besar

¹¹⁵ Luis Muniz Argueles, *A Theory on the Will Theory: Freedom of Contract in Historical and Comparative Perspective*, *Revista Juridica de La Universidad De Puerto Rico*, 2001, hlm. 262

¹¹⁶ *Ibid*, hlm. 263

dianggap sebagai titik awal kematian *laissez faire*. Pengaturan bagi kewajiban penetapan upah minimum, perlindungan buruh wanita, dan anak, kontrol yang ketat terhadap kontrak-kontrak asuransi, regulasi kegiatan perdagangan, perbankan, tarif perdagangan, dan lain-lain yang terjadi mulai pertiga awal abad dua puluh secara jelas mengindikasikan adanya kemunduran bagi kebebasan perdagangan dan kebebasan berkontrak melalui berbagai kebijakan (*policy*) pemerintah.¹¹⁷

Teori hukum kontrak klasik dengan pendekatan subjektif dalam versi yang paling ekstrim menyatakan bahwa apa yang tampak dari luar yang dalam kenyataannya tidak ada dalam perjanjian bukanlah kontrak. Pendekatan semacam ini sangat berpengaruh, tetapi hal itu kemudian menyebabkan lahirnya doktrin *mistake*. Sehubungan dengan ini Pothier menyatakan: "*Error is greatest defect that can occur in a contract, for agreement can only be formed by concern the parties, and there can be no consent when the parties are in error respecting the object of agreement.*" Pothier kemudian memperluas doktrinnya, yakni pengakuan akan *error in matter* selain terhadap objek kontrak. Pemahamannya tampak persuasif dan ini merupakan kejutan besar bahwa pada abad sembilan belas terjadi evolusi atau diterimanya doktrin *mistake*.¹¹⁸

Jadi, keberatan terhadap kebebasan berkontrak dan otonomi kehendak dengan pendekatan subjektifnya sebenarnya telah muncul pada akhir abad sembilan belas sendiri. Lahir pendekatan yang bersifat objektif. Pada akhirnya pendekatan subjektif tergeser oleh pendekatan objektif.

¹¹⁷*ibid*

¹¹⁸A.W.B. Simpson, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, The Law Quarterly Review, Vol. 91, April 1975, hlm. 267

Pada awal abad dua puluh, doktrin hukum menerima pendekatan objektif terhadap hukum kontrak. Hakim Oliver Wendel Holmes menyatakan bahwa seluruh doktrin kontrak adalah formal dan eksternal. Profesor Samuel Williston menyatakan bahwa sebagian besar pengadilan telah meninggalkan pendekatan subjektif terhadap kontrak dan lebih menyukai pendekatan objektif yang didasarkan pada manifestasi eksternal dari kesepakatan bersama.¹¹⁹ Pendekatan ini berusaha mengurangi peranan kehendak di dalam kontrak.

Mereka menyetujui jika kewajiban yang lahir dari hubungan kontraktual harus ditafsirkan sesuai dengan maksud subjektif para pihak, tetapi harus menurut interpretasi yang *reasonable* dari bahasa dan perilaku para pihak. Perkataan di dalam kontrak dikenal merupakan simbol yang licin yang dapat memperlebar divergensi antara arti yang dimaksud atau disampaikan seseorang dengan ekspresi dan pengertian yang *reasonable* atau *unreasonable* oleh seseorang kepada orang lain yang mengadakan hubungan.¹²⁰

D. Kedudukan Klausula Eksonerasi dalam Perjanjian

Kata *exoneratie* berasal dari kata latin: *ex* artinya keluar dan *ones* artinya beban. Jadi *exoneratie* berarti dibebaskan dari beban. Klausula eksonerasi (*exoneratie clause*) adalah syarat dalam suatu perjanjian, di mana pihak yang satu membebaskan diri dari atau dibatasi pertanggungjawaban atau kewajiban yang dibebankan kepadanya oleh hukum

¹¹⁹ John Makdisi, "An Objective Approach to Contractual Mistake in Islamic Law", *Boston University International Law Journal*, Vol 3 (1985), hlm 326.

¹²⁰ Richard A. Epstein, *loc.cit.* Lihat juga A.G. Guest, ed., *op.cit.*, *Anson's Law of Contract*, hlm 5

yang mengatur.¹²¹ Oleh Catharine Tay Swee Kian dan Tong See Chim (Singapore) dirumuskan sebagai berikut: “*An exemption clause is a purporting to limit or exclude the liability of one of the parties*”¹²² Lebih lanjut dijelaskan¹²³: *A common example of an exemption clause is found in parking areas where the owners of car parks put up notices to the effect that they “will not damage, loss or injury” to cars parked on the premises.*

Contoh kasus parkir ini sama dengan di Indonesia di mana pada karcis parkir tertuang catatan klausula eksonerasi. Karcis ini bukan penitipan (hanya karcis sewa tempat parkir). Kehilangan dan kerusakan kendaraan bukan tanggung jawab kami. Di sini peristiwa keadaan memaksa diperluas, semakin luas rumusan syaratnya, semakin kecil kesempatan untuk dapat menuntut ganti rugi debitur berdasarkan wanprestasi apabila ia tidak memenuhi prestasi.

Dalam hal tidak dipenuhi prestasi, maka terdapatlah keadaan memaksa. Jadi dalam suatu perjanjian dimungkinkan adanya syarat-syarat untuk pengecualian (pembatasan atau penghapusan atau pembebasan tanggung jawab).

R.J.H. Engels¹²⁴ mengatakan bahwa syarat-syarat untuk pembatasan atau penghapusan tanggung jawab, pada umumnya dituangkan dalam 3 macam bentuk yuridis:

¹²¹Sudikno Mertokusumo, *Devdenvergoeding*, Penataran Regional Hukum Perikatan II Dewan Kerjasama Ilmu Hukum Belanda dengan Indonesia, Proyek Hukum Perdata, Denpasar, Bali, 3-14 Januari 1990, hal. 13

¹²²Catherine Tay Swee Kian dan Tang See Chim, *Contract Law, A Layman's Guide*, Times Books International, Singapore – Kuala Lumpur, hal. 58

¹²³*Ibid*

¹²⁴R.J.H. Engels, *Syarat-syarat Eksonerasi atau Syarat-syarat Untuk Pengecualian Tanggung Jawab*, Cependium Hukum Belanda, hal. 159

1. Bentuk di mana tanggung jawab untuk akibat-akibat hukum, karena tidak atau kurang baik memenuhi kewajiban, dikurangi atau dihapuskan (misalnya ganti kerugian atau dihapuskan, misalnya ganti kerugian dalam hal ingkar kewajiban atau *wanprestasi*);
2. Bentuk di mana kewajiban-kewajiban sendiri, yang biasanya dibebankan pada pihak untuk mana syarat dibuat, dibatasi atau dihapuskan (misalnya perluasan pengertian keadaan darurat);
3. Bentuk di mana kewajiban-kewajiban dicipta (syarat-syarat pembebasan, *vrijwarringsbedingen*) adalah satu pihak dibebankan dengan kewajiban untuk memikul tanggung jawab pihak yang lain yang mungkin ada untuk kerugian yang diderita oleh pihak ketiga.

Lebih lanjut, Engels¹²⁵ mengatakan bahwa jika perhatian kita lebih dipusatkan kepada syarat-syarat sendiri, maka kita dapat membedakan dua warna:

- a. Menurut sifat dari tanggung jawab (atas kontrak atau atas perbuatan melawan hukum atau *onrechtmatigedaad*)
- b. Menurut sebab-sebab kerugian: jika kerugian ini disebabkan oleh perbuatan manusia (perbedaan ini dalam hubungan dengan pernyataan apakah pada beban hukum berlaku tolok ukur yang sama seperti pada orang lain: *natuurlijk persoon*).

Mengenai sifat tanggung jawab umumnya diterima pendapat bahwa pengecualian dari tanggung jawab untuk perbuatan melawan hukum sendiri, maupun orang-orang bawahannya diperkenankan. Persoalan ini penting

¹²⁵*Ibid*, hal. 159-160

karena pelanggaran dari kewajiban kontrak dapat pula menjadi sebab untuk gugatan berdasarkan melawan hukum. Hal ini dapat dikemukakan jika sikap yang menghasilkan ingkar kewajiban, terlepas dari hubungan hukum yang ada antara kedua pihak adalah bersifat tanpa hak.

Mengenai sebab-sebab kerugian dapat disebabkan oleh:

- a. Kesengajaan sendiri;
- b. Kesalahan besar sendiri;
- c. Kesalahan ringan sendiri;
- d. Kesengajaan atau kesalahan oleh orang-orang bawahan.¹²⁶

Eksonerasi untuk kesengajaan sendiri pada umumnya dianggap melawan kesusilaan (pasal 1335 dan Pasal 1337 BW), meskipun tidak ada keputusan umum Hoge Raad. Eksonerasi untuk kesalahan besar tidak jelas, maka harus diteliti dari suatu kejadian ke lain kejadian apakah telah melampaui batas-batas yang diizinkan.

Eksonerasi untuk kesalahan ringan yang dibuat sendiri umumnya diterima, hanya Houwing berpendapat bahwa: di sini pun tidak dapat diberi peraturan umum; selalu harus diteliti maksud dari pihak-pihak yang bersangkutan dan keadaan-keadaan.

Eksonerasi untuk kesalahan atau kesengajaan dari orang-orang bawahan dengan tegas diperbolehkan oleh Hoge Raad¹²⁷. Pada umumnya apabila dalam hal antara resiko dan kewajiban atau tanggung jawab tidak seimbang, maka diadakan klausula eksonerasi.

¹²⁶*Ibid*, hal. 161

¹²⁷*Ibid*

Pada hakikatnya tujuan pembatasan atau pembebasan tanggung jawab (klausula eksonerasi) bukanlah untuk memojokkan atau merugikan salah satu pihak, tetapi justru untuk pembagian beban resiko yang layak. Untuk mengurangi tanggung jawab salah satu pihak guna mengurangi risiko yang terlalu besar terhadap pihak lain, karena kemungkinan timbulnya banyak kesalahan-kesalahan, maka diadakan klausula eksonerasi¹²⁸.

Menurut Engels, suatu eksonerasi yang sendirinya tidak bertentangan dengan kesusilaan, biasa kehilangan *causa* yang diperbolehkan (*Geoorloofde Oorzaak*) sebagai pertimbangan, karena terdapatnya pengaruh-pengaruh khusus pada waktu diadakannya perjanjian, yaitu apabila pihak yang dirugikan tetap menerima beban yang tidak seimbang di bawah tekanan keadaan-keadaan yang dipergunakan oleh peserta yang menandatangani kontrak. Apakah suatu eksonerasi mempunyai *causa* yang diperbolehkan, hanya dapat dinilai oleh hakim berdasarkan atas keadaan-keadaan, khususnya dari kejadian¹²⁹.

Pasal 1321 BW menyebutkan tiga alasan pembatalan perjanjian yaitu karena adanya cacat kata sepakat:

1. Karena kekilafan atau kesesatan (*dwaling*), seperti diterangkan dalam Pasal 1322 BW;
2. Karena paksaan (*dwang*), seperti diterangkan dalam Pasal 1323-1327 BW;
3. Karena penipuan (*bedrog*), seperti diterangkan dalam Pasal 1328 BW.

¹²⁸Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*

¹²⁹R.J.H. Engels, *Op.Cit.*, hal. 163

Dalam BW Belanda yang baru (NBW) terdapat bahan alasan baru untuk pembatalan suatu perjanjian. Ketentuan-ketentuan alasan pembatalan perjanjian diatur dalam 2 pasal, yaitu:

Pasal 3:44 lid 1 NBW (dapat dibaca: buku 3 pasal 44 ayat 1) menyebutkan bahwa perbuatan hukum dapat dibatalkan, jika terjadi adanya:

- a. ancaman (*bedreiging*);
- b. penipuan (*bedrog*);
- c. penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*).

Pasal 6:228 lid 1 NBW (dapat dibaca: pasal 228 ayat 1, buku 6) menyebutkan bahwa suatu perjanjian yang lahir (terjadi) karena pengaruh kesesatan (*dwaling*) dan apabila dia mendapat gambaran sebenarnya, maka perjanjian itu tidak akan dibuat, maka perjanjian itu dapat dibatalkan.

- a. Apabila kesesatan itu disebabkan oleh penjelasan yang keliru dari kedua belah pihak, kecuali apabila perjanjian itu dapat diterima dan ditutup walaupun tanpa adanya penjelasan tersebut.
- b. Apabila kedua pihak mengetahui atau patut mengetahui adanya kesesatan itu, dan seharusnya mereka berupaya mendapatkan penjelasan terlebih dahulu.
- c. Apabila kedua pihak yang menutup perjanjian mempunyai pandangan keliru yang menimbulkan kesesatan, kecuali apabila dia tidak perlu mengetahui tentang pandangan yang sebenarnya itu bahwa kesesatan itu timbul dari perjanjian yang telah ditutup itu.

Pasal 6:228 lid NBW: Pembatalan itu tidak dapat didasarkan pada suatu kesesatan yang akan ditutup pada masa yang akan datang, atau yang

berhubungan dengan dasar dari perjanjian itu, yang mana keadaan yang keliru itu adalah merupakan tanggung jawab dari yang keliru itu¹³⁰

Khusus mengenai alasan penyalahgunaan keadaan, Van Dunne¹³¹ membedakan penyalahgunaan karena keunggulan ekonomis dan keunggulan kejiwaan dengan uraian sebagai berikut:

1. Salah satu pihak menyalahgunakan ketergantungan relatif, seperti hubungan kepercayaan istimewa antara orang tua dan anak, suami-istri, dokter-pasien, pendeta-jemaat.
2. Salah satu pihak menyalahgunakan keadaan jiwa yang istimewa dari pihak lawan, seperti adanya gangguan jiwa, tidak berpengalaman, gegabah, kurang pengetahuan, kondisi badan yang tidak baik, dan sebagainya. Atau apabila seseorang yang mengetahui atau seharusnya mengerti bahwa seorang lain tergerak untuk melaksanakan suatu perbuatan hukum karena keadaan-keadaan tertentu seperti *noodtoestand*, *afhankelijkheid*, *lichtzinnigheid*, *abnormale geestestoestand*, atau *onervarendheid* (dalam keadaan terpaksa, ketergantungan, kurang pertimbangan, keadaan kejiwaan yang abnormal atau ketiadaan pengalaman), tetap mengupayakan terjadinya perbuatan hukum tersebut, sedangkan ia mengetahui atau seharusnya mengerti bahwa ia seyogyanya tidak melakukan¹³².

¹³⁰ Henry P. Panggabean, *Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik van Omstandigheden) Sebagai Alasan untuk Pembatalan Perjanjian*, Liberty, Yogyakarta, 1992, hal. 33-34

¹³¹ Dunne, V.J.M dan Burght, Gr. V.D., *Penyalahgunaan Keadaan*, diterjemahkan oleh Sudikno Mertokusumo, Kursus Hukum Perikatan III, Dewan Kerjasama Ilmu Hukum Belanda dengan Indonesia Proyek Hukum Perdata, Semarang, 22 Agustus – 3 September 1988, hal. 155

¹³² Setiawan, *Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata*, Alumni, Bandung, 1992, hal. 190

Alasan untuk menyatakan batal atau pembatalan suatu perjanjian yang terjadi karena penyalahgunaan keadaan tidak diatur dalam perundang-undangan kita, melainkan merupakan konstruksi yang dapat dan masih harus dikembangkan melalui yurisprudensi. Sistem BW kita masih menganut *rubrikasi dwang, dwaling, dan bedroe*.

Salah satu keadaan yang dapat disalahgunakan ialah adanya kekuasaan ekonomi (*economisch overwicht*) pada salah satu pihak, yang mengganggu keseimbangan antara kedua belah pihak, sehingga tidak ada kehendak yang bebas untuk memberikan persetujuan yang merupakan salah satu syarat bagi sahnya suatu persetujuan¹³³.

¹³³*Ibid*, hal. 191

BAB IV

ANALISIS DAN PEMBAHASAN

A. Perjanjian Klausula Baku Bertentangan Dengan Perlindungan Konsumen

Berdasarkan ketentuan Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen dalam Pasal 18 ayat (1), ayat (2), ayat (3), dan ayat (4), dimana dicantumkan bahwa pengusaha dilarang mencantumkan klausula baku/eksenerasi dalam suatu perjanjian antara pengusaha dan konsumen. Bentuk tanggung jawab tersebut pada prinsipnya dilarang, namun dalam implementasinya hal tersebut masih tetap berlaku.

Pertanyaan penting yang berkaitan dengan prinsip tanggung jawab produk dalam hukum perlindungan konsumen adalah apakah Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 menganut prinsip tanggung jawab mutlak? Permasalahan tersebut dapat ditemukan dalam konstruksi, struktur dan sistematika hukum tanggung jawab produk di Indonesia, terutama dalam Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

1. Tanggung Jawab Berdasarkan Kesalahan dengan Beban Pembuktian Terbalik

Dalam Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen terdapat 3 (tiga) Pasal yang menggambarkan sistem tanggung jawab produk dalam hukum perlindungan konsumen di Indonesia, yaitu ketentuan Pasal 19, Pasal 23, dan Pasal 28 Undangundang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

Pasal 19 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen merumuskan tanggung jawab produsen sebagai berikut:

- a. Pelaku Usaha bertanggung jawab memberikan ganti rugi atas kerusakan, pencemaran, dan/atau kerugian konsumen akibat mengkonsumsi barang dan/atau jasa yang dihasilkan atau diperdagangkan.
- b. Ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa pengembalian uang atau penggantian barang dan/atau jasa yang sejenis atau setara nilainya, atau perawatan kesehatan dan/atau pemberian santunan yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
- c. Pemberian ganti rugi dilaksanakan dalam tenggang waktu 7 (tujuh) hari setelah tanggal transaksi.
- d. Pemberian ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) tidak menghapuskan kemungkinan adanya tuntutan pidana berdasarkan pembuktian lebih lanjut mengenai adanya unsur kesalahan.
- e. Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) tidak berlaku apabila pelaku usaha dapat membuktikan bahwa kesalahan tersebut merupakan kesalahan konsumen."

Ketentuan Pasal 19 kemudian dikembangkan pada Pasal 23 yang menyatakan: "Pelaku usaha yang menolak dan/atau memberi tanggapan dan/atau tidak memenuhi ganti rugi atas tuntutan konsumen sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 ayat (1), ayat (2), ayat (3), dan ayat (4), dapat

digugat melalui Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen atau mengajukan gugatan ke badan peradilan di tempat kedudukan konsumen."

Rumusan Pasal 23 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen nampaknya muncul berdasarkan dua kerangka pemikiran, yaitu pertama, bahwa Pasal 19 Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen menganut prinsip praduga lalai/bersalah (*presumption of negligence*). Prinsip ini berangkat dari asumsi bahwa apabila produsen tidak melakukan kesalahan, maka konsumen tidak mengalami kerugian, atau dengan rumusan lain, apabila konsumen mengalami kerugian, berarti produsen telah melakukan kesalahan. Sebagai konsekuensi dari prinsip ini, maka Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen menerapkan batas waktu pembayaran ganti kerugian 7 (tujuh) hari setelah tanggal transaksi. Dilihat dari konteks Pasal 23, maka batas waktu 7 (tujuh) hari tidak dimaksudkan untuk menjalani proses pembuktian, tetapi hanya memberikan kesempatan kepada produsen untuk membayar atau mencari solusi lain, termasuk penyelesaian sengketa melalui pengadilan.

Pemikiran bahwa Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen Pasal 19 ayat (1) menganut prinsip praduga bersalah paling tidak didasarkan pada perbedaan rumusannya dengan Pasal 1365 KUH Perdata, yaitu: *pertama*, Pasal 1365 KUH Perdata secara tegas memuat dasar tanggung jawab karena kesalahan atau karena kelalaian seseorang, sedangkan Pasal 19 ayat (1) tidak mencantumkan

kata kesalahan. Dalam hal ini, Pasal 19 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen menegaskan bahwa tanggung jawab produsen (pelaku usaha) muncul apabila mengalami kerugian akibat mengkonsumsi produk yang diperdagangkan. *Kedua*, Pasal 1365 KUH Perdata tidak mengatur jangka waktu pembayaran, sedangkan Pasal 19 Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen menetapkan jangka waktu pembayaran, yaitu 7 hari.

Pemikiran kedua yang terkandung dalam Pasal 23 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen adalah produsen tidak membayar ganti kerugian dalam batas waktu yang telah ditentukan. Sikap produsen ini membuka peluang bagi konsumen untuk mengajukan gugatan ke Pengadilan atau penyelesaian sengketa melalui Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen. Ketentuan lanjutan yang relevan dan signifikan dengan Pasal 23 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen adalah rumusan Pasal 28 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen yang berbunyi sebagai berikut: "Pembuktian terhadap ada tidaknya unsur kesalahan dalam gugatan ganti kerugian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 22, dan Pasal 23 merupakan beban dan tanggung jawab pelaku usaha." Rumusan Pasal inilah yang kemudian dikenai dengan sistem pembuktian terbalik. Penulis berpendapat, bahwa rumusan Pasal 23 memperlihatkan bahwa prinsip tanggung jawab yang juga dianut dalam Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen adalah prinsip praduga untuk selalu bertanggung jawab/*presumption of liability*

principle) Prinsip ini merupakan salah satu riindifikasi dari prinsip tanggung jawab berdasarkan kesalahan dengan beban pembuktian terbalik. Oleh karena itu, penulis berkesimpulan bahwa secara keseluruhan, Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 menganut prinsip tanggung jawab berdasarkan kesalahan dengan dua modifikasi, yaitu pertama prinsip tanggung jawab berdasarkan praduga bersalalillalai atau produsen sudah dianggap bersalah, sehingga tidak perlu dibuktikan kesalahannya (*presumption of negligence*) dan kedua adalah prinsip untuk selalu bertanggung jawab dengan beban pembuktian terbalik (*presumption of liability principle*). Jelas, bahwa konstruksi hukum yang demikian menggambarkan adanya kemajuan dari sistem tanggung jawab sebelumnya, namun belum sepenuhnya menganut prinsip tanggung jawab mutlak sebagaimana yang secara tegas-tegas dirumuskan dalam beberapa hukum positif di negara lain.¹³⁴ Hal ini tergambar pula dalam pendapat akhir ketika memberikan persetujuan terhadap Rancangan tentang Perlindungan Konsumen yang menyatakan: "Dalam undang-undang ini, dimasukkan pasal yang memungkinkan adanya pembuktian terbalik baik dalam hal pidana maupun perdata. Hal ini merupakan suatu terobosan baru di dunia hukum negara kita di era reformasi."¹³⁵ Perkembangan tersebut menunjukkan bahwa Indonesia masih dalam

¹³⁴ Bandingkan dengan rumusan prinsip tanggung jawab mutlak dalam *Restatement (Second) of Torts Art.402A* Amerika Serikat, atau dengan *Republic Act No. 7394 Art.97, The Consumer Act of The Philipines*, atau dengan *Product Liability Act No. 85* Tahun 1994 di Jepang.

¹³⁵ Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, *Proses Pembahasan Rancangan tentang Perlindungan Konsumen* (Jakarta: Sekretariat Jenderal DPR RI, 2001), h. 1146.

tingkat modifikasi terhadap prinsip tanggung jawab berdasarkan kesalahan, satu langkah di belakang prinsip tanggung mutlak.

Prinsip tanggung jawab produk dalam Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen semakin jelas perbedaannya dengan prinsip tanggung jawab mutlak apabila dibandingkan dengan prinsip tanggung jawab mutlak yang telah diterapkan di bidang lingkungan hidup, yaitu dalam Undang-undang No. 23 Tahun 1997 tentang, Pengelolaan Lingkungan Hidup,¹³⁶ Undang-undang No. 5 tahun 1983 tentang Zona Ekonomi Eksklusif Indonesia,¹³⁷ dan Undang-undang No. 10 Tahun 1997 tentang Ketenaganukliran.¹³⁸ Ketiga Undang-undang tersebut secara tegas memasukkan beberapa kualifikasi seperti "menggunakan bahan berbahaya", "bertanggung jawab secara mutlak atas kerugian yang ditimbulkan", "membayar seketika", atau dalam Undang-undang tentang Zona Ekonomi Eksklusif yang menggunakan kata-kata "memikul tanggung jawab secara mutlak" dan "batas-batas jumlah maksimum".

Kemudian beberapa peraturan lain yang telah menerapkan tanggung

¹³⁶Republik Indonesia, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1997 Nomor 68. Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3699. Pasal 35 ayat (1) merumuskannya sebagai berikut: "Penanggung jawab usaha dan/atau kegiatan yang usaha dan kegiatannya menimbulkan dampak besar dan penting terhadap lingkungan hidup, yang menggunakan bahan berbahaya dan beracun, dan/ atau menghasilkan limbah bahan berbahaya dan beracun, bertanggung jawab secara mutlak atas kerugian yang ditimbulkan, dengan kewajiban membayar ganti rugi secara langsung dan seketika pada saat terjadinya pencemaran dan/atau perusakan lingkungan hidup."

¹³⁷ Republik Indonesia, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1983 Nomor 44. Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3260. Pasal II ayat (I) merumuskannya sebagai berikut: "Dengan tidak mengurangi ketentuan Pasal 8, dan dengan memperhatikan batas ganti rugi maksimum tertentu, barang siapa di Zona Ekonomi Eksklusif Indonesia menyebabkan terjadinya pencemaran lingkungan laut dan/atau perusakan sumber daya alam memikul tanggung jawab mutlak dan membayar biaya rehabilitasi lingkungan laut dan/atau sumber daya alam tersebut dengan segera dan dalam jumlah yang memadai."

¹³⁸ Republik Indonesia, Lembaran Negara Tahun 1997 Nomor 23, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3676.

jawab mutlak adalah *Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage* (CLC) yang telah diratifikasi dengan Keputusan Presiden No 18 Tahun 1978.¹³⁹

Sayangnya, prinsip tanggung jawab berdasarkan kesalahan yang diadopsi dalam Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen masih juga diikuti oleh beberapa Undang-undang lainnya yang terkait dengan perlindungan konsumen. Salah satu contohnya adalah Undang-undang No 36 Tahun 1999 tentang Telekomunikasi,¹⁴⁰ serta peraturan pelaksanaannya dalam Peraturan Pemerintah No. 52 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Telekomunikasi.

Ketentuan tentang ganti kerugian dalam UU No. 36 Tahun 1999 Bab V Pasal 68 dirumuskan sebagai berikut:

- a. Atas kesalahan dan atau kelalaian penyelenggara telekomunikasi yang menimbulkan kerugian, maka pihak-pihak yang dirugikan

¹³⁹ Pembahasan lebih mendalam tentang prinsip tanggung jawab mutlak dalam bidang hukum lingkungan terdapat dalam bukunya Mas Achmad Santosa Dkk. *Penerapan Asas Tanggung Jawab Mutlak (Strict Liability) di Bidang Lingkungan Hidup*, Cetakan Pertama (Jakarta: Lembaga Pengembangan Ilukum Lingkungan Indonesia, 1997), h. 27-29. Mas Achmad Santosa mengemukakan pula beberapa konvensi internasional yang terkait dengan masalah iingicungan hidup yang telah menerapkan prinsip tanggung jawab mutlak, yaitu: 1. Konvensi tentang Pertanggungjawaban Pihak Ketiga di Bidang Energi Nuklir (*Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy*, 29 July 1960, Paris); 2. Konvensi tentang Pertanggungjawaban Sipil atas Kerugian yang Diakibatkan oleh Nuklir (*Convention on Civil Liability for Nuclear Damage*, 21 May 1963, Vienna); 3. Konvensi Internasional tentang Pertanggungjawaban Sipil atas Kerugian Pencemaran Minyak (*Liability for Oil Pollution Damage*, 29 November 1969, Brussels); 4. Konvensi tentang Pertanggungjawaban Internasional atas Kerugian yang disebabkan oleh Objek Ruang Angkasa (*Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*, 29 March 1972, Geneva); 5. Konvensi Pergerakan Lintas Batas Limbah bahan Berbahaya dan Beracun (*Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal*, 22 March 1989); 6. Konvensi tentang Pertanggungjawaban Sipil Terhadap Kerugian yang Diakibatkan oleh Aktifitas yang Membahayakan Lingkungan (*Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment*, Lugano, 21 Juni 1993); 7. Rancangan Protocol Keamanan hayati (*Biosafety*) sebagai Pelaksanaan dari Konvensi keanekaragaman hayati (*Convention on Biodiversity*).

¹⁴⁰ Republik Indonesia, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 154, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3881.

- berhak mengajukan ganti rugi kepada penyelenggara telekomunikasi.
- b. Penyelenggara telekomunikasi wajib memberikan ganti rugi sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), kecuali penyelenggara telekomunikasi dapat membuktikan bahwa kerugian tersebut bukan diakibatkan oleh kesalahan dan atau kelalaiannya.
 - c. Ganti rugi sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) terbatas kepada kerugian langsung yang diderita atas kesalahan dan atau kelalaian penyelenggara telekomunikasi."

Penulis berpendapat bahwa sistem tanggung jawab dalam Undang-undang No. 36 Tahun 1999 yang kemudian diatur dalam PP No. 52 Tahun 2000 mengikutl prinsip tanggung jawab yang diatur dalam Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen yang sudah lahir sebelumnya yaitu modifikasi terhadap tanggung jawab berdasarkan kesalahan dengan beban pembuktian terbalik.

Salah satu bidang hukum terkait dengan perlindungan konsumen yang sudah menerapkan tanggung jawab mutlak adalah di bidang jasa angkutan udara sebagaimana diatur dalam Undang-undang No. 15 Tahun 1992 tentang Penerbangan.¹⁴¹ Secara teoritis, Undang-undang Penerbangan menganut dua prinsip tanggung jawab, yaitu prinsip untuk selalu bertanggung jawab (*presumption of liability*) dan prinsip pembatasan tanggung jawab (*limitation of liability*).¹⁴²

Kedua prinsip tanggung jawab tersebut diterapkan dalam Undang-

¹⁴¹ Republik Indonesia, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1992 Nomor 53 Tahun 1992, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3481.

¹⁴² E. Suherman, *Tfukurr dara Indonesia dan Internasional*, (Bandung: Alumni, 1978) h. 181.

undang tentang Penerbangan yang dirumuskan dalam beberapa pasal, yaitu dalam Pasal 43 dan Pasal 44 Undang-undang No. 15 Tahun 1992. Kedua pasal tersebut sekaligus menggambarkan dua pihak yang dapat meminta pertanggungjawaban kepada pengangkut, yaitu pengguna jasa, baik penumpang maupun pengirim barang, dan pihak ketiga, baik yang ada di darat maupun di udara kalau terjadi kecelakaan pesawat.

Pasal 43 Undang-undang No. 15 Tahun 1992 tentang Penerbangan menyatakan sebagai berikut:

- a. Perusahaan angkutan udara yang melakukan kegiatan angkutan udara niaga bertanggung jawab atas:
 - 1) kematian atau lukanya penumpang yang diangkut;
 - 2) musnah, hilang atau rusaknya barang yang diangkut;
 - 3) keterlambatan angkutan dan penumpang dan/atau barang yang diangkut apabila terbukti hal tersebut merupakan kesalahan pengangkut."¹⁴³
- b. Batas ganti rugi terhadap tanggung jawab pengangkut sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah."¹⁴⁴

Selanjutnya mengenai tanggung jawab kepada pihak ketiga, Pasal 44 Undang-undang No. 15 Tahun 1992 merumuskannya sebagai berikut:

¹⁴³Penjelasan ayat (1) huruf a menyatakan bahwa tanggung jawab perusahaan angkutan udara sebagaimana dimaksud dalam ketentuan ini adalah apabila kematian atau lukanya penumpang diakibatkan karena kecelakaan selama dalam pengangkutan udara dan terjadi di dalam pesawat udara atau kecelakaan pada saat naik ke atau turun dan pesawat udara. Termasuk dalam pengertian lukanya penumpang adalah cacat fisik dan/atau cacat mental.

¹⁴⁴Dalam penjelasannya dikatakan bahwa ketentuan ini dimaksudkan untuk menyempurnakan batas ganti kerugian sebagaimana diatur dalam Pasal 30 Ordonansi Pengangkutan Udara (*Luchtvervoer Ordonantie Staatsblad 1939 No. 100*). Besarnya ganti kerugian disesuaikan dengan perkembangan nilai mata uang.

- a. Setiap orang atau badan hukum yang mengoperasikan pesawat udara bertanggung jawab terhadap kerugian yang diderita oleh pihak ketiga yang diakibatkan oleh pengoperasian pesawat udara atau kecelakaan pesawat udara atau jatuhnya benda-benda lain dari pesawat udara yang dioperasikan."¹⁴⁵
- b. Persyaratan dan tata cara untuk memperoleh ganti rugi dan batas jumlah ganti rugi sebagaimana dimaksud dalam ayat (I) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah."¹⁴⁶

Salah satu faktor penting penerapan prinsip tanggung jawab mutlak dalam hukum angkutan udara adalah bahwa hukum angkutan udara memiliki karakteristik internasional yang sangat kuat. Oleh karena itu, dalam penjelasan umum Undang-undang No. 15 Tahun 1992 tentang Penerbangan dikatakan bahwa Indonesia sebagai salah satu negara anggota Organisasi Penerbangan Sipil internasional (*International Civil Aviation Organization (ICAO)*), maka ketentuan-ketentuan penerbangan internasional sebagaimana tercantum dalam Konvensi Chicago tahun 1944 beserta Annexes dan dokumen-dokumen teknis operasionalnya serta konvensi-konvensi internasional terkait lainnya, merupakan ketentuan-ketentuan yang harus ditaati sesuai dengan kepentingan nasional.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Dalam penjelasannya dikatakan: "Yang dimaksud pihak ketiga adalah orang atau badan hukum yang tidak ada kaitannya dengan pengoperasian pesawat udara tetapi meninggal dunia atau menderita kerugian akibat pengoperasian pesawat udara."

¹⁴⁶Penjelasan ayat (2) menyatakan bahwa penetapan batas ganti rugi harus selalu disesuaikan dengan perkembangan nilai mata uang.

¹⁴⁷Penjelasan Umum Undang-undang No. 15 Tahun 1992 tentang Penerbangan. Sayangnya, Undang-undang No 15 Tahun 1992 ini tidak dimasukkan sebagai salah satu Undang-undang yang terkait dalam Penjelasan Umum Undang-undang No. 8 Tahun 1999. Namun penulis berpendapat, bahwa dengan tidak dimasukkannya dalam Penjelasan Umum Undang-undang perlindungan

Prinsip tanggung jawab dalam Undang-undang No. 15 Tahun 1992 tentang Penerbangan kemudian dijabarkan dalam Peraturan Pemerintah No. 40 Tahun 1995 tentang Angkutan Udara. Peraturan Pemerintah No. 40 Tahun 1995, di samping mengatur kembali tentang prinsip tanggung jawab,¹⁴⁸ juga menetapkan batas tanggung jawab untuk masing-masing kerugian, baik untuk penumpang,¹⁴⁹ maupun untuk pihak ketiga¹⁵⁰ sesuai dengan prinsip pembatasan tanggung jawab.

Perdebatan mengenai unsur kelalaian dalam hukum perlindungan konsumen sebenarnya, muncul selama pembahasan Rancangan tentang

konsumen bukan berarti Undang-undang Penerbangan tidak termasuk dalam ruang lingkup hukum perlindungan konsumen. Karena Undang-undang yang teruat dalam Penjelasan Umum Undang-undang perlindungan konsumen hanyalah contoh saja.

¹⁴⁸ Sebagaimana diatur dalam Pasal 42 Peraturan Pemerintah No. 40 Tahun 1995, yaitu: Perusahaan Angkutan Udara yang melakukan kegiatan angkutan niaga berjadwal bertanggung jawab atas: (a) kematian atau lukanya penumpang yang diangkut; (b) musnah, hilangnya atau rusaknya barang yang diangkut; (c) keterlambatan angkutan penumpang dan/atau barang yang diangkut apabila terbukti hal tersebut merupakan kesalahan pengangkut.

¹⁴⁹ Pasal 43 PP tersebut mengatur tentang limit tanggung jawab kepada penumpang, yaitu: (1) Santunan untuk penumpang yang meninggal dunia karena kecelakaan pesawat udara ditetapkan sebesar Rp 40.000.000 (empat puluh juta rupiah); (2) Santunan untuk penumpang yang meninggal dunia karena kecelakaan pesawat udara atau sesuatu peristiwa di dalam pesawat udara atau selama waktu antara embarkasi dan debarkasi berlangsung, ditetapkan sampan dengan setinggi-tingginya Rp. 40.000.000,00 (empat puluh juta rupiah); (3) santunan ganti rugi bagi penumpang yang menderita cacat tetap karena kecelakaan pesawat udara ditetapkan berdasarkan tingkat cacat tetap yang dialami sampai dengan setinggi-tingginya Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah); (4) Ganti rugi karena keterlambatan yang dialami oleh penumpang karena kesalahan pengangkut hanya diberikan untuk kerugian yang secara nyata diderita oleh calon penumpang, sampai dengan setinggi-tingginya 1.000.000,00 (satu juta rupiah).

¹⁵⁰ Peraturan Pemerintah No. 40 Tahun 1995 Pasal 45 mengatur tentang limit tanggung jawab untuk pihak ketiga, yaitu (1) Setiap orang atau badan hukum yang mengoperasikan pesawat udara bertanggung jawab terhadap kerugian yang diderita oleh pihak ketiga yang diakibatkan oleh pengoperasian pesawat udara atau kecelakaan pesawat udara atau jatuhnya benda-benda lain dari pesawat udara yang dioperasikan. (2) Santunan untuk pihak ketiga yang meninggal dunia sebagai akibat dari peristiwa sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), ditetapkan sebesar Rp 40.000.000,00 (empat puluh juta rupiah). (3) Santunan untuk pihak ketiga yang menderita luka sebagai akibat dari peristiwa sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) ditetapkan setinggi-tingginya Rp 40.000.000,00 (empat puluh juta rupiah). (4) Santunan ganti rugi bagi pihak ketiga yang menderita cacat tetap karena kecelakaan pesawat udara ditetapkan berdasarkan tingkat cacat tetap yang dialami sampai dengan setinggi-tingginya Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah). (5) Ganti rugi untuk kerusakan barang milik pihak ketiga sebagai akibat dari peristiwa sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), hanya terdapat kerugian yang secara nyata diderita berdasarkan penilaian yang layak. (6) Ketentuan lebih lanjut ditetapkan dengan Surat Keputusan Menteri.

Perlindungan Konsumen. Namun, nampaknya, karena argumentasi yang kurang kuat, prinsip tanggung jawab dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 kembali menjadi prinsip yang konvensional yaitu mengacu kepada Pasal 1365 KUH Perdata. Ada beberapa pendapat yang dikemukakan ketika pembahasan Rancangan tentang Perlindungan Konsumen.

Pendapat Pemerintah misalnya, (Dirjen Perdagangan Dalam Negeri Depperindag/Ir. Teddy Setiadi) menjelaskan:¹⁵¹

"Pasal 24 ayat (1): pelaku usaha yang memproduksi barang yang pemanfaatannya berkelanjutan dalam batas waktu sekurang-kurangnya 1 tahun wajib menyediakan suku cadang dan atau fasilitas purna jual dan memenuhi jaminan atau garansi sesuai yang diperjanjikan. Pasal 24 ayat (2): pelaku usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bertanggung jawab atas tuntutan ganti rugi dan atau gugatan konsumen sepanjang pelaku usaha tersebut: (a) Tidak atau lalai menyediakan suku cadang dan atau fasilitas perbaikan; (b) Tidak atau gagal memenuhi jaminan atau garansi yang diperjanjikan."

Selanjutnya, Anggota DPR Ridwan Sani dari FKP mengemukakan pendapatnya sebagai berikut:¹⁵²

"Terima kasih Pak Ketua. Kami apa yang disarankan Pemerintah itu cukup bagus, karena memang ini banyak yang terjadi jualnya tapi tidak ada garansi kalau istilah kita sehari-hari. Jadi Pasal 24 yang diusulkan pemerintah ini, ini kami ingin melihat kepada ayat (2), pada ayat (2)-nya pelaku usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bertanggung jawab atas tuntutan ganti rugi atau gugatan konsumen sepanjang pelaku usaha tersebut tidak atau lalai. Nah yang ini kami dari Dewan seperti yang dijelaskan oleh rekan kami terdahulu tadi diminta penjelasan kepada Pemerintah mengenai sekurang-kurangnya 1 tahun kenapa memilih waktu 1 tahun, kalau kami ingin menambahkan adalah kata lalai, kenapa kita tidak mau tegas-tegas saja, tidak menyediakan suku cadang, sebab kalau lalai ini berkelitnya luar biasa, dan ini kalau menurut pendapat kami ini

¹⁵¹ Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, *Rancangan tentang Perlindungan Konsumen*, h. 685.

¹⁵² *Ibid.*, h. 686.

makanan dari pihak pengacara, dia menafsirkan istilah lalai itu bagaimana? Sebab pelaku usaha lalai karena lalainya apa?¹⁵³ Itu macam-macam alasannya, alasannya mungkin barang itu dari pabriknya belum datang karena ada kelambatan di Tanjung Priok, mungkin kontinernya rusak dan lain-lain, jadi gagal juga. Jadi demikian juga tidak atau gagal memenuhi jaminan atau garansi yang diperjanjikan, karena di ayat (1) di atas kita tegas-tegas katakan, harus dijamin berikan jaminan garansinya, kalau tidak anda tidak bisa memperdagangkan itu di Indonesia, jadi lalai itu gagal itu saran dan Dewan ini terutama mengenai lalai ini jangan dimasukkan Pak, kita yang tegas-tegas saja karena dengan demikian kita akan dapat memproduksi satu hukum yang memang benar-benar menjamin kepentingan daripada konsumen supaya nanti pihak pengusaha jangan berkilah. Terima kasih Pak Ketua.”

Pendapat Anggota DPR Ridwan Sani ini kemudian ditanggapi oleh

Dr. Rosediana Suharto, M.Sc. mewakili Pemerintah sebagai berikut:¹⁵⁴

"Pertama-tama mungkin kita mulai dengan sekurang-kurangnya 1 tahun, memang dalam garansi dan purna jual itu biasanya untuk barang-barang tertentu itu ada yang 1 tahun, ada yang maksimal sampai 5 tahun *life time*-nya biasanya diberikan garansi dan spare part sesuai dengan *life time*-nya. Jadi makin lama mereka memberikan garansi, makin laku jualannya, jadi seperti kita kalau mengadakan *ender* biasanya kita minta kepada mereka minimal garansi spare part sesuai dengan *life time* mesin itu 1 tahun. Tapi ada yang menawarkan 7 tahun, ada yang menawarkan 6 tahun, akan kita pilih yang lebih lama tentunya, tapi oleh sebab itu ditulis minimal 1 tahun karena pada umumnya alat-alat yang dipakai oleh rumah tangga itu 1 tahun. Kemudian yang kedua fasilitas purna jual, itu mereka harus tanya, jadi jangan nanti mereka menjual jam setelah mereka kembali kepada mereka, mereka tidak bisa memasang spare partnya tidak ada ahli teknisnya. Biasanya di dalam pengusaha itu dalam membuka usaha yang melayani purna jual itu dinilai apakah mereka mempunyai tenaga ahli teknis yang sudah ditraining di pabrik di mana mereka menjual. Jadi itu merupakan kredit yang positif bagi mereka. Kemudian yang dikatakan pak Hamidy tadi mengenai lalai, nah di sini tidak atau lalai itu dikenakan, jadi kalau mereka umpamanya mengatakan itu masih dipelabuhan ya mereka yang terkena. Jadi kalau kita buang lalainya jangan-jangan mereka malah boleh lalai, ini di sini kalau apapun alasan yang dia kemukakan selama itu tidak ada dengan dia, dia janjikan masih yang lama masih ada dipelabuhan terhambat dan lain-lain dia harus tetap bertanggung jawab atas tuntutan

¹⁵³Garis bawah oleh Penulis.

¹⁵⁴Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, *Rancangan tentang Perlindungan Konsumen*, h. 688.

konsumen.¹⁵⁵ Sedangkan pemanfaatan berkelanjutan itu biasanya pemanfaat itu sesuai dalam jangka panjang sesuai dengan life timenya, barangkali ada pemanfaatan 6 bulan.1 tahun ada sampai 10 tahun, kalau pesawat terbang itu pemanfaatannya sampai 20 tahun, jadi ada pemanfaatan berkelanjutan."

Selanjutnya Ridwan Sani dari FKP berpendapat:¹⁵⁶

"Terima kasih Pak Ketua, jadi kami mencermati setelah dapat penjelasan dari Pemerintah, apa yang kami bicarakan mengenai lalai kami dapat menerimanya bahwa memang barangkali ada kesalahan kami (Dewan) juga ini kata-kata sepanjang pada ayat (2) kalau kita baca_pelan-pelan "pelaku usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bertanggung jawab atas tuntutan ganti rugi dan atau pendapatan konsumen si pelaku usaha tersebut".¹⁵⁷ Apakah tidak dapat kita ganti atau kita pakai kata-kata yang relatifsaja, jika pelaku usaha tersebut, jadi ini jelas-jelas, kalau sepanjang ini nanti ini menjadi lagu sepanjang jalan, ini barangkali kata jika itu terlalu keras, karena undang-undang ini kan mempunyai mission atau katakan motifnya adalah di samping pelaku usaha dilindungi juga konsumen dilindungi, apabila misalnya, ya jangan jadi lagulah."

Sebenarnya, kalangan akademisi di Indonesia sudah lama melihat pentingnya penerapan prinsip tanggung jawab mutlak, sebagaimana yang terungkap dalam Naskah Akademik Undang-undang perlindungan konsumen dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Dalam naskah akademik tersebut dikemukakan bahwa prinsip tanggung jawab mutlak dimaksudkan untuk memudahkan pembuktian di pihak konsumen mengingat kedudukannya yang jauh lebih lemah dibandingkan dengan kedudukan pengusaha. Hal ini disebabkan antara lain oleh: *pertama*, kemampuan pengusaha di bidang keuangan. *Kedua*, kemajuan teknologi

¹⁵⁵Garis bawah oleh penulis.

¹⁵⁶Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, *Rancangan tentang Perlindungan Konsumen*, hlm.690.

¹⁵⁷Garis bawah oleh Penulis.

industri yang amat pesat, dan *ketiga*, kemampuan pengusaha untuk memakai ahli hukum yang terbaik.¹⁵⁸

Dalam RUU tentang Perlindungan Konsumen yang diajukan oleh Pemerintah, pembuktian terbalik hanya diterapkan pada kasus-kasus pidana sedangkan aspek-aspek perdata tidak dirumuskan. Namun, setelah melalui perdebatan dan pembahasannya di DPR, prinsip beban pembuktian juga diterapkan untuk kasus perdata. Oleh karena itu, dalam pembahasan di DPR, Pemerintah memasukkan rumusan baru,¹⁵⁹ yang mengakibatkan sistematisa Undang-undang perlindungan konsumen terkesan *overregulated*, karena dalam Pasal 28 sebagai pasal tambahan diatur kembali tentang pembalikan beban pembuktian, baik aspek pidana maupun perdata. Penulis berpendapat, seharusnya ketentuan Pasal 22 tidak diperlukan, karena apa yang dituangkan dalam Pasal 28, mengulangi ketentuan Pasal 22, khususnya untuk aspek pidananya.

Beban pembuktian terbalik, dalam prakteknya belum dilaksanakan secara konsisten. Artinya, walaupun sudah ada aturan tentang pembuktian dalam Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, namun beberapa kasus yang sampai ke pengadilan masih menggunakan prinsip lama seperti gugatan konsumen elpiji dalam kasus *Waskito Adiri Wibowo dkk v. Perusahaan Pertambangan Minyak Bumi dan Gas Negara dan Dewan Komisaris*

¹⁵⁸ Fakultas Hukum Universitas Indonesia bekerjasama dengan Departemen Perdagangan Republik Indonesia, *Rancangan Akademik Undang-Undang tentang Perlindungan Konsumen*, (Jakarta: 1992), hlm. 109.

¹⁵⁹ Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, *Rancangan tentang Perlindungan Konsumen*, h. 280.

Pemerintah untuk Pertamina,¹⁶⁰ gugatan konsumen listrik dalam kasus *Yayasan Lembaga Konsumen Indonesia v. PT Perusahaan Listrik Negara (Persero)*,¹⁶¹ dan gugatan korban banjir dalam kasus *Gun Subasri dkk. v. Negara Republik Indonesia cq. Presiden Republik Indonesia, Gubernur Provinsi Daerah Khusus Ibu Kota Jakarta, dan Gubernur Provinsi Jawa Barat*.¹⁶²

Sementara pada sisi lain, memang muncul pendapat yang mengatakan bahwa beban pembuktian terbalik dalam prakteknya perlu diterapkan secara limitatif, terutama khusus untuk risiko-risiko konsumen yang sudah nyata. Pembalikan beban pembuktian dalam Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen dapat menjadi "bumerang" bagi konsumen, karena produsen memiliki kemampuan untuk membuktikan bahwa dirinya tidak bersalah. Bahkan dalam kasus-kasus pidana justru polisi, kewalahan menghadapi kemampuan para produsen dalam melakukan pembuktian.¹⁶³

2. Tidak Mengenal Janji yang Tidak Dinyatakan Secara Tegas (*Implied warranty*)

Dalam sistem tanggung jawab produk Amerika Serikat dikenal dua jenis janji yang berkaitan dengan produk, yaitu janji yang dinyatakan dengan tegas (*express warranty*) dan janji yang tidak dinyatakan secara tegas (*implied warranty*). Kemudian janji yang tidak dinyatakan secara tegas dikelompokkan lagi ke dalam janji yang tidak dinyatakan dengan

¹⁶⁰Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor 550/Pdt.G/2000/PN. Jkt. Pst.

¹⁶¹ Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 134/Pdt.G./1997/PN.Pst

¹⁶²Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor 83/Pdt.G/2002/ PN.JKT.PST.

¹⁶³Wawancara penulis dengan Sudaryatmo, Pengurus Yayasan Lembaga Konsumen Indonesia, pada hari Jum'at 12 September 2002.

tegas, karena produk tersebut sudah diperdagangkan (*implied warranty of merchantability*) dan janji yang tidak dinyatakan secara tegas karena disesuaikan dengan tujuan dan kegunaan dari produk (*implied warranty of fitness for special purposes*).

Pengakuan terhadap *implied warranty* merupakan konstruksi hukum yang responsif terhadap kepentingan konsumen. Namun, Undang-undang perlindungan konsumen hanya mengatur *express warranty* untuk beberapa hal yaitu dituangkan dalam Pasal 13 dan 14 Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, yaitu: *Pertama*, mengenai kondisi, jaminan, keistimewaan atau kemanjuran sebagaimana dinyatakan dalam label, etiket atau keterangan barang dan/atau jasa tersebut. *Kedua*, mengenai mutu, tingkatan, komposisi, proses pengolahan, gaya, mode, atau penggunaan tertentu sebagaimana dinyatakan dalam label atau keterangan barang dan/atau jasa tersebut. *Ketiga*, janji atas hadiah yang tidak akan diberikan, dengan ketentuan bahwa pelaku usaha dilarang menawarkan, mempromosikan, atau mengiklankan suatu barang dan/atau jasa dengan cara menjanjikan pemberian hadiah berupa barang dan/atau jasa lain secara cuma-cuma dengan maksud tidak memberikannya atau memberikan tidak sebagaimana yang dijanjikannya atau tidak memberikan hadiah sebagaimana dijanjikan atau memberikan hadiah dalam bentuk barang lain. *Keempat*, janji pemberian hadiah berupa barang dan atau jasa lain, dengan ketentuan bahwa pelaku usaha dilarang menawarkan, mempromosikan, atau mengiklankan obat, obat tradisional,

suplemen makanan, alat kesehatan, dan jasa pelayanan kesehatan dengan cara menjanjikan pemberian hadiah berupa barang dan/atau jasa lain. Pelaku usaha dalam menawarkan barang dan/atau jasa yang ditujukan untuk diperdagangkan dengan memberikan hadiah melalui cara undian, dilarang untuk: (a) tidak melakukan penarikan hadiah setelah batas waktu yang dijanjikan; (b) memberikan hadiah tidak sesuai yang dijanjikan; (c) mengganti hadiah yang tidak setara dengan nilai hadiah yang dijanjikan.

Kelima, waktu, dalam arti waktu memenuhi pesanan dan/atau kesepakatan waktu penyelesaian sesuai dengan yang dijanjikan dan tidak menepati janji atas suatu pelayanan dan/atau prestasi. *Keenam*, *warranty* dalam arti garansi dan suku cadang. Suatu kewajiban produsen yang memproduksi barang yang pemanfaatannya berkelanjutan dalam batas waktu sekurang-kurangnya 1 (satu) tahun wajib menyediakan suku cadang dan/atau fasilitas purna jual dan wajib memenuhi jaminan atau garansi sesuai dengan yang diperjanjikan.

Ketidaktepatan mengakomodasi *implied warranty* dalam Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen hanya dapat dikembalikan kepada sistem tanggung jawab dalam KUH Perdata, yaitu ketentuan dalam Pasal 1339 KUH Perdata, yang intinya bahwa "perjanjian tidak hanya menyangkut hal-hal yang dengan tegas dinyatakan dalam kontrak, tetapi juga yang tidak dinyatakan dengan tegas". Namun penulis berpendapat bahwa secara filosofis ketentuan dalam KUH Perdata dapat diterapkan sepanjang kedua belah pihak

berada pada posisi yang seimbang. Pada konteks yang demikian tidak cocok untuk diterapkan dalam hubungan antara produsen dan konsumen.

3. Penggugat: Konsumen Dalam Arti Luas Tanpa Hubungan Kontrak Secara Horisontal

Dilihat dari hubungan hukum dan subyeknya, maka konsumen dapat dilihat dalam arti sempit dan dalam arti luas. Dalam arti sempit, konsumen adalah orang dalam arti individu yang mempunyai hubungan hukum secara langsung dengan pihak produsen. Sedangkan dalam arti luas, konsumen tidak saja orang perorangan dalam arti individu, tetapi juga badan hukum, yang tidak mempunyai hubungan hukum dengan produsen.

Salah satu perkembangan hukum tanggung jawab produk yang berorientasi pada hukum yang responsif terhadap kepentingan konsumen adalah penghapusan persyaratan hubungan kontrak secara horisontal, sehingga konsumen tidak hanya pembeli yang mempunyai hubungan hukum tetapi juga pengguna produk. Di Amerika Serikat, setelah "tembok" hubungan kontrak diruntuhkan, konsumen, dalam arti luas dilindungi oleh doktrin *strict product liability*,¹⁶⁴ kategori konsumen yang dapat mengajukan gugatan semakin bervariasi. Konsumen tidak saja dalam arti pembeli akhir, tetapi juga anggota famili,¹⁶⁵ tamu,¹⁶⁶ karyawan,¹⁶⁷ penyewa,¹⁶⁸ seseorang yang menerima pemberian

¹⁶⁴ William L. Prosser. "The Fall of the Citadel (Strict Liability to the Consumer)", *Minnesota Law Review*, Vol. 50 (1966), h. 817.

¹⁶⁵ *Klein v. Duchess Sandwich Co.*, 14 Cal. 2d 272, 93 P. 2d 799 (1939); *Heningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1966)

¹⁶⁶ *Deveny v. Rheem Mfg. Co.*, 319 F. 2d 124 (2d Cir. 1963); *Thompson v Reedman*, 199 F. Supp. 120 (E.D. Pa. 1961)

atau hadiah,¹⁶⁹ penumpang kendaraan,¹⁷⁰ bayi yang disuntik vaksin.¹⁷¹ pasien di rumah sakit,¹⁷² bahkan dalam kasus *Piercefield v. Remington .-Irms Co.*,¹⁷³ yang diputuskan oleh Pengadilan di Michigan pada tahun 1965, seorang pejalan kaki yang menjadi korban kecelakaan peluru yang meledak dikategorikan sebagai konsumen.¹⁷⁴ Di samping itu, konsumen dirumuskan secara eksplisit sesuai dengan maksud dari masing-masing undang-undang, sehingga pengertian konsumen semakin bervariasi.¹⁷⁵

Perjanjian yang merupakan perbuatan hukum ganda, di mana satu pihak atau lebih saling mengikatkan diri terhadap satu pihak atau lebih

¹⁶⁷*Dagley v. Armstrong Rubber Co.*, 344 F.2d 245 (7th Cir. 1965); *Greeno v. Clark Equip. Co.*, 237 F. Supp. 427 (N.D. Ind. 1965); *Delta Oxigen Co. v. Scott*, 238 Ark. 434, 383 S.W. 2d 885 (1964).

¹⁶⁸*Simpson v Powered Prods., Inc.*, 24 Conn. Supp. 409, 192 A. 2d 555 (C.P. 1963).

¹⁶⁹*Blarjeske v. Thompsons Restaurant Co.*, 325 Ill. App. 189, 59 N.E. 2d 320 (1945); *Coca Cola Bottling Works v. Lyons*, 145 Miss. 876, III So.305 (1927).

¹⁷⁰*Thompson v Reedman*, 199 F. Supp. 120 (E. D. Pa. 1961). *McKee v. Brunswick Corp.*, 354 F. 2d 577 (7th Cir 1965) (shi).

¹⁷¹*Gottsdanker v. Cutter Labs.*, 182 Cal. App. 2d 602, 6 Cal. Rptr. 320 (Dist. Ct. App. 1960).

¹⁷²*Montgomery v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 231 F. Supp. 447 (S.D. N.Y. 1964).

¹⁷³375 Mich. 85, 133 N.W.2d 129 (1965).

¹⁷⁴*Restatement 2nd of Torts s. 402A.cmt. o.*

¹⁷⁵ Presiden J.F. Kenedy pada tahun 1962, ketika berpidato di depan Kongres Amerika Serikat menyatakan sebagai berikut: "*Consumers, by definition. includes us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two Thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard...*" 108 Cong. Rec. 4167. 4263 (1962) dalam Editorial Comment, "Consumer Dispute Resolution in Missouri: Missouri's Need for A "True" Consumer Ombudsman." *Journal of Dispute Resolution*, Vol No. 1 (1992), h. 68. Kemudian, di Amerika Serikat pengertian konsumen dirumuskan sesuai dengan undang-undang yang mengaturnya, baik Undang-undang Federal maupun Undang-undang Negara Bagian. Undang-undang Federal misalnya: *Truth in Lending Act* (1982) mendefinisikan konsumen dikaitkan dengan transaksi kredit, yaitu: "*as one in which the party to whom credit is offered or extended is a natural person, and the money, property, or services which are the subject of the transaction are primarily for personal, family, or household purposes.* Dalam *Fair Debt Collection Act* (1982): *The term consumer means any natural person obligated or allegedly obligated to pay any debt.* Dalam *Magnuson-Mgrs Act* (1982) konsumen didefinisikan sebagai berikut: "*Consumer means a buyer (other than for purposes of resale) of any consumer product; and person to whom such product is transferred during the duration of an implied or written warranty (or services contract) or under applicable state law to enforce against the warrantor (or service contractor) the obligations of the warranty (or service contract).* Dalam *Fair Credit Reporting* (1982): *The term "consumer" means an individual.* Dalam *Electronic Transfers Act* (1982) *term "consumer" means "a natural*

lainnya mengenai sesuatu hal, dianggap sah kalau memenuhi syarat-syarat sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 BW (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).

Bahwa untuk sahnya perjanjian diharuskan adanya 4 syarat:¹⁷⁶

1. Kata sepakat dari mereka yang mengikatkan diri (*to esteming*);
2. Adanya kecakapan untuk mengadakan perikatan (*bekwaamheid*);
3. Mengenai suatu objek tertentu (*een bepaal onder-werp*);
4. Mengenai kausa yang diperbolehkan (*geoorloof de-oorzaak*)

Kata sepakat dari mereka yang mengikatkan diri (Pasal 1320-1 BW) oleh Mariam Darus dengan mengutip Asser Rutten dianggap merupakan asas esensial dari hukum perjanjian. Asas ini dinamakan juga asas “konsensualisme”.¹⁷⁷

Syarat “kata sepakat dari mereka yang mengikatkan diri” adalah menyangkut penawaran dan permintaan yang berisi “pernyataan kehendak”, baik dari yang menawarkan maupun lawannya, bahwa disetujui untuk mengadakan suatu perjanjian. Pernyataan kehendak terjadi kalau ada “persesuaian kehendak” antara kedua belah pihak. Tidak menjadi persoalan, apakah pernyataan kehendak tersebut dilakukan secara tegas atau dilakukan secara diam-diam.

Asas “konsensualisme” mempunyai hubungan yang erat dengan asas “kekuatan mengikat” (*pacta sunt servanda* atau perjanjian yang dibuat pihak-pihak mengikat pihak-pihak yang membuatnya). Banyak perjanjian yang

¹⁷⁶ R. Soetjo Prawiro Hardjojo, Marlana Pohan, *Hukum Perikatan*, PT. Bina Ilmu, 1984, hlm. 144

¹⁷⁷ Mariam Darus, *Perlindungan Konsumen dilihat dari Sudut Perjanjian Baku (Standard)*, Kertas Kerja pada Simposium “Aspek-aspek Hukum Masalah Perlindungan Konsumen”, diselenggarakan oleh B.P. H.N Departemen Kehakiman, Jakarta, 16-18 Oktober 1980, hlm. 11

dibuat oleh pihak-pihak dalam masyarakat, baik yang berbentuk tertulis maupun yang tidak tertulis, baik perjanjian yang telah diatur dalam buku ketiga BW yang dikenal sebagai perjanjian-perjanjian bernama (*benoemde overeenkomst*) maupun perjanjian yang diatur di luar BW, termasuk yang berkembang dalam praktik.

Pada hakikatnya orang bebas mengadakan perjanjian apa saja, asalkan tidak bertentangan dengan ketentuan undang-undang, kesusilaan, kepatutan, dan ketertiban umum. Dengan demikian, perjanjian itu mengikat dan maasing-masing pihak harus bertanggung jawab terhadap apa yang telah dijanjikan dalam perjanjian itu. Hal ini sesuai dengan asas dalam perjanjian yaitu asas “kebebasan berkontrak” (*contracts vrijheid*). Asas kebebasan berkontrak berarti bahwa setiap orang bebas untuk membuat suatu perjanjian apa saja dan apapun isinya. Asas ini disimpulkan dari Pasal 1338 ayat 1 BW yang berbunyi: “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.”¹⁷⁸

Asas kebebasan berkontrak berhubungan dengan sistem terbuka dari perjanjian, yang oleh R. Subekti¹⁷⁹ dikatakan bahwa hukum perjanjian memberikan kebebasan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian yang berisi apa saja, asalkan tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan. Pasal-pasal dari hukum perjanjian merupakan apa yang dinamakan hukum pelengkap yang berarti bahwa pasal-pasal itu boleh disingkirkan apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang membuat perjanjian. Mereka diperbolehkan membuat ketentuan-ketentuan

¹⁷⁸ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Penerbit: PT. Intermasa, Jakarta, 1995, hlm. 13

¹⁷⁹ *Ibid*

sendiri yang menyimpang dari pasal-pasal hukum perjanjian. Mereka diperbolehkan mengatur sendiri kepentingan mereka dalam perjanjian-perjanjian yang mereka adakan itu. Kalau mereka tidak mengatur sendiri sesuatu soal, itu berarti mereka mengenai soal tersebut akan tunduk kepada undang-undang.

Berdasarkan asas kebebasan berkontrak, maka dalam praktik timbul perjanjian-perjanjian yang mengandung syarat yang isinya membatasi tanggung jawab, atau menghapuskan tanggung jawab, atau membebaskan tanggung jawab, atau mengurangi tanggung jawab, atau meringankan tanggung jawab salah satu pihak, yang dikenal dengan istilah “klausula eksonerasi” (*exoneratie clause*), terutama dalam perjanjian baku.

Menurut Purwahid Patrik, pada dewasa ini klausula eksonerasi yang demikian telah mengambil tempat dalam banyak bidang perjanjian, antara lain: perjanjian pengangkutan, perjanjian perdagangan, perbankan, sewa menyewa, sewa beli, pemberian kredit, asuransi, dan sebagainya.

Klausula eksonerasi banyak terdapat dalam perjanjian perjanjian baku. Atau yang oleh Pitlo dikatakan bahwa lebih-lebih dalam perjanjian baku, klausula eksonerasi tidaklah jarang terjadi. Lagi pula, perjanjian-perjanjian baku kebanyakan adalah perjanjian *adhesi*. Dengan perkataan lain bahwa salah satu pihak secara sepihak menyusun syarat-syarat dan pihak lain harus menerimanya.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Purwahid Patrik, *Asas Iktikad Baik dan Kepatutan dalam Perjanjian*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 1986, hlm. 37

Perjanjian baku menurut Mariam Darus adalah perjanjian yang isinya dibakukan dan dituangkan dalam bentuk formulir¹⁸¹ dan perjanjian adhesi” adalah merupakan salah satu bentuk perjanjian baku, yaitu “perjanjian baku sepihak”. Perjanjian baku sepihak adalah perjanjian yang isinya ditentukan oleh pihak yang kuat kedudukannya di dalam perjanjian itu. Pihak yang kuat di sini ialah pihak kreditor yang lazimnya mempunyai posisi (ekonomi) lebih kuat dibandingkan pihak debitur.¹⁸²

Beberapa contoh klausula eksonerasi dalam perjanjian, khususnya dalam perjanjian baku dapat kita lihat atau kita baca dalam dokumen yang dituangkan dalam bentuk formulir, antara lain:

- Dalam jual beli barang di toko, maka dari lembaran bukti tanda terima pembayaran dapat dibaca syarat-syarat: barang yang telah dibeli tidak dapat dikembalikan atau di tukar”;
- Dalam bukti penerimaan mencuci pakaian di binatu tercantum syarat : “barang yang tidak diambil dalam jangka waktu 3 bulan tidak menjadi tanggung jawab kami;
- Dari bukti penerimaan film yang akan dicuci-cetak tercantum syarat:
 - a. Semua hasil cuci/cetak berada di luar tanggung jawab kami;
 - b. Film yang ternyata kemudian rusak atau hilang, kami hanya mengganti dengan film baru (*unex posed film*);
 - c. Film-foto yang tidak diambil dalam tempo satu bulan, kami tidak bertanggung jawab atas kehilangan atau kerusakan;

¹⁸¹ Mariam Darus, *Op. Cit.*, hlm. 3

¹⁸² *Ibid*, hlm. 8

- Dalam salah satu pasal dari perjanjian sewa/beli kendaraan bermotor, tercantum syarat: pihak kesatu tidak menanggung segala cacat-cacat, baik yang kelihatan maupun yang tidak kelihatan, juga tidak menanggung suatu kondisi atau mutu tertentu dari kendaraan bermotor tersebut.

Penelitian terhadap prinsip tanggung jawab mutlak dalam hukum perlindungan konsumen (*strict product liability*) dirasakan penting, paling tidak didasarkan pada empat alasan, yaitu: *pertama*, tanggung jawab mutlak merupakan instrumen hukum yang relatif masih baru untuk memperjuangkan hak konsumen memperoleh ganti kerugian.¹⁸³ *Kedua*, tanggung jawab mutlak merupakan bagian dan hasil dari perubahan hukum¹⁸⁴ di bidang ekonomi, khususnya industri dan perdagangan yang dalam prakteknya sering menampilkan kesenjangan atau "gap" antara standar yang diterapkan di negara yang satu dengan negara lainnya, dan kesenjangan dalam negara yang bersangkutan, yaitu antara kebutuhan keadilan masyarakat dengan standar perlindungan konsumen dalam hukum positifnya. *Ketiga*, penerapan prinsip tanggung jawab mutlak melahirkan masalah baru bagi produsen, yaitu bagaimana produsen menangani risiko gugatan konsumen. *Keempat*, Indonesia merupakan contoh yang menggambarkan dua kesenjangan yang

¹⁸³ David G Owen, M. Stuart Madden, Mary J. Davis, *Madden & Owen on Products Liability* Third Edition, Volume I Chapters 1 to 13, (West Group, 2000), h. 2. Dikatakan bahwa: "Product liability law as a broad and coherent set of legal principle for the recovery of product caused harm, is of recent origin."

¹⁸⁴Salah satu yang melihat perubahan prinsip tanggungjawab ini adalah Peter W. Huber. Peter Huber menulis buku dengan judul: *Liability the Legal Revolution and Its Consequences*, (USA: Basic Books, A Subsidiary of Perseus Books, L.L.C.). Buku ini menggambarkan transformasi *Tort Law* di Amerika Serikat sejak tahun 1960-an, dan menunjukkan peningkatan tanggung jawab yang kemudian berdampak pada masalah keselamatan, kesehatan, biaya asuransi dan hak-hak individu. Carl T. Bogus, "The Third Revolution in Products Liability", *Chicago-Kent Law Review*, 23, (1996), h. 3-18. Tiga tahap yang dimaksud adalah *Strict liability for Defective Products*, *Strict liability for Nondefective Products with Unreasonably Dangerous Features*, dan *Strict liability for Unreasonably Dangerous Products*.

dimaksud, yaitu antara standar norma dalam hukum positif dan kebutuhan perlindungan kepentingan dan hak-hak konsumen.

Ketika suatu bangsa memasuki tahap negara kesejahteraan, tuntutan terhadap intervensi pemerintah melalui pembentukan hukum yang melindungi pihak yang lemah sangatlah kuat.¹⁸⁵ Pada periode ini negara mulai memperhatikan antara lain kepentingan tenaga kerja, konsumen, usaha kecil dan lingkungan hidup.¹⁸⁶ Perlindungan terhadap konsumen merupakan konsekuensi dan bagian dari kemajuan teknologi dan industri, karena perkembangan produk-produk industri di satu pihak, pada pihak lain memerlukan perlindungan terhadap konsumen. Kemajuan teknologi dan industri, telah pula memperkuat perbedaan antara pola hidup masyarakat tradisional¹⁸⁷ dan masyarakat modern.

Ada dua perbedaan pokok antara masyarakat tradisional dan modern yaitu dalam hal cara memproduksi barang kebutuhan konsumen dan pola hubungan antara konsumen dan produsen. Dalam masyarakat tradisional, barang-barang kebutuhan konsumen diproduksi melalui proses yang

¹⁸⁵ Erman Rajagukguk, "Peranan Hukum di Indonesia: Menjaga Persatuan, Memulihkan Ekonomi dan Memperluas Kesejahteraan Sosial," Pidato *Disampaikan dalam rangka Dies Natalis dan Peringatan Tahwi Emas Universitas Indonesia (1950-2000)*, Kampus UI-Depok, 5 Februari 2000 (Jakarta: Februari 2000), h. 14. Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1860* (Cambridge: Harvard University Press, 1977), h. 253-254.

¹⁸⁶ Dalam sejarah pertumbuhan hukum perlindungan konsumen, masalah-masalah tenaga kerja, usaha kecil dan perlindungan lingkungan hidup merupakan bagian dari "ruang lingkup pengertian konsumen". Karen S. Fishman, *An Overview of Consumer Law*, dalam Donald P. Rothschild & David W. Carroll, *Consumer Protection Reporting Service, Volume One (Maryland: National Law Publishing Corporation, 1986)*, h. 7-9. Sebenarnya sistem hukum perlindungan konsumen juga demikian, terbukti dari pencantuman beberapa undang-undang terkait, termasuk Undang-undang di bidang ketenagakerjaan dan lingkungan hidup dalam Penjelasan Umum Undang-undang Perlindungan Konsumen.

¹⁸⁷ Istilah tradisional diambil dari tulisan Karen S. Fishman, *Consumer Law*, dalam Donald P. Rothschild & David W. Carroll *[ibid]*, h. I. Untuk maksud yang sama, Frank Zaid menggunakan "in simpler times", dalam "The Emerging of Law on Product Liability and Consumer Product Warranties," *Canadian Business Law Journal*, 4, (1979-80), h. 2. Sedangkan Etsuko Fujimoto menggunakan istilah "old days" dalam "Products Liability in the US S. 44 The Federal Products Liability Bill" (Thesis-University of Washington, School of Law, August 1985), h. 1.

sederhana.¹⁸⁸ Sementara dalam masyarakat modern, barang-barang tersebut diproduksi secara massal, sehingga melahirkan masyarakat yang mengkonsumsi produk barang dan jasa secara massal pula (*mass consumer consumption*). Hubungan antara konsumen dan produsen dalam masyarakat tradisional juga sederhana. Konsumen dapat bertatap muka dengan produsen. Sebaliknya, dalam masyarakat modern, sistem distribusi yang rumit termasuk lintas negara, mengakibatkan hubungan antara konsumen dan produsen menjadi rumit atau kompleks. Konsumen tidak dapat mengenal siapa pembuat barang, bahkan produsen suatu barang tertentu berada di negara lain. Hal ini memperlihatkan pula, bahwa hukum perlindungan konsumen mempunyai kaftan yang erat dengan globalisasi perdagangan dan industri dalam aktivitas ekonomi suatu negara. Oleh karena itu, sebagaimana yang dikemukakan oleh Erman Rajagukguk, bahwa :

Perlindungan konsumen harus mendapat perhatian yang lebih, saw dan lain hal, karena investasi asing telah menjadi bagian pembangunan ekonomi Indonesia, di mana ekonomi Indonesia juga berkaitan dengan ekonomi dunia. Persaingan perdagangan intemasional dapat membawa implikasi negative bagi konsumen.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Dalam masyarakat sederhana, risiko yang dihadapi relatif lebih sedikit, karena produk yang dikonsumsi lebih mudah dideteksi oleh konsumen karena tidak menggunakan teknologi canggih. Etsuko Fujimoto, *Ibid.* Rebecca A. Bays, "The Market Share Theory: Sindell's Contribution to Industry-Wide Liability," *Houston Law Review*, Vol. 19 No. 107 (1981), h.107. Frank Zaid, *Product Liability*, h. 14.

¹⁸⁹ Erman Rajagukguk, "Pentingnya Hukum Perlindungan Konsumen Dalam Era Perdagangan Bebas". dalam Husni Syawali dan Neni Sri tmaniyati (Penyunting), *Hukum Perlindungan Konsumen* (Bandung: Mandar Maju, 2000), h. 2. Pemikiran ini sejalan dan dapat dibandingkan pula dengan Mario Gomez, "Sosial Economic Rights and Human Right Cornmision," *Human Rights Quartely* Vol. 17 (1995), h. 155 atau Yemi Osinbajo - Olukonyisolla Ajayi, "Human Rights and Economic Development in Developing Countries", *The International Lawyer*, vol. 28 No. 3 (1994), h. 731 - 732.

Selanjutnya pada kesempatan lain, Erman Rajagukguk menyatakan bahwa: "Perlindungan konsumen tidak saja terhadap barang-barang berkualitas rendah tetapi juga terhadap barang-barang yang membahayakan kehidupan manusia. Umpamanya, makanan, obat, dan minuman."¹⁹⁰

Sebenarnya, signifikansi perlindungan konsumen dalam konteks industri dan perdagangan bebas tidak saja menjadi persoalan negara berkembang, tetapi juga negara maju.¹⁹¹ Setelah Perang Dunia II berakhir, Amerika Serikat menjadi negara pengimpor utama bahan-bahan mentah untuk kebutuhan industri. Itu berarti tidak dapat dipungkiri bahwa produk-produk yang dibuat di Amerika kini mengandung komponen-komponen produk buatan banyak negara.¹⁹²

Sistem perekonomian yang semakin kompleks tersebut, berdampak pada perubahan konstruksi hukum dalam hubungan antara produsen dan konsumen. Perubahan konstruksi hukum diawali dengan perubahan paradigma hubungan antara konsumen dan produsen, yaitu hubungan yang semula dibangun atas prinsip *caveat emptor*¹⁹³ berubah menjadi prinsip *caveat venditor*.¹⁹⁴ Suatu prinsip hubungan yang semula menekankan pada kesadaran

¹⁹⁰Erman Rajagukguk, "Agenda Pembaharuan Hukum Ekonomi di Indonesia Menyongsong Abad XXI", *UNISIA*.NO. 33/XVIIU1/1997.

¹⁹¹Roy E. Pomerantz, "Product Liability Insurance in The New Industrial Revolution," *The Insurance Law Journal*, Number 686 (1980), h. 99.

¹⁹²*Ibid.* Dicontohkan misalnya, komponen mobil yang hanya bisa diproduksi oleh perusahaan otomotif Honda dari Jepang. Kemudian, Honda bekerja sama dengan Volkswagen membuka pabrik mobil di Ohio, AS. Demikian pula dengan produk lensa kamera. Produk buatan Jepang menguasai 95% pasar lensa kamera di AS.

¹⁹³Istilah Latin dalam Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary, Seventh Edition* (St. Paul, Minn.: 1999), h. 215. Inggris: *let the buyer beware*: suatu doktrin yang mengatakan bahwa pembeli menanggung risiko atas kondisi produk yang dibelinya. Artinya, pembeli (konsumen) yang tidak ingin mengalami risiko harus berhati-hati sebelum membeli suatu produk.

¹⁹⁴Istilah Latin dalam Bryan A. Garner, *Ibid.* Inggris: *let the seller beware* adalah kebalikan dari *let the buyer beware* yang berarti pihak penjual harus berhati-hati, karena jika terjadi satu dan lain hal yang tidak dikehendaki atas produk tersebut, maka yang akan bertanggungjawab adalah

konsumen sendiri untuk melindungi dirinya berubah menjadi kesadaran produsen untuk melindungi konsumen.¹⁹⁵

Untuk melindungi konsumen dari situasi seperti yang digambarkan di atas, pemerintah mulai memikirkan berbagai kebijakan.¹⁹⁶ Masyarakat Eropa misal-nya, gerakan awal perlindungan konsumen ditempuh melalui 2 (dua) tahap program, yaitu program pertama pada tahun 1973 dan program kedua pada tahun 1981.¹⁹⁷

Melalui program pertama, Masyarakat Eropa memfokuskan pada persoalan kecurangan produsen terhadap konsumen seperti bentuk kontrak standar, ketentuan perkreditan, dan penjualan yang bersifat memaksa, perlindungan terhadap konsumen yang menderita kerugian akibat mengkonsumsi produk cacat, praktek iklan yang menyesatkan serta masalah

penjual.

¹⁹⁵Malcolm Leder and Peter Shears, *Consumer Law, Fourth Edition*, (London: Financial Times Pitman Publishing, 1996), h. 28.

¹⁹⁶ Canada misalnya pada tahun 1970 membentuk *The Food and Drugs Act* yang bertujuan untuk mengawasi proses pembuatan makanan, obat-obatan, dan kosmetik, serta proses penjualannya. Sedangkan untuk produk berbahaya diatur dalam Undang-undang tentang "*The Hazardous Products Act*", yang dikeluarkan pada tahun 1970. Di Amerika Serikat pun demikian, tahun 1890 Kongres Amerika menyetujui *The Sherman Antitrust Act*. Undang-undang ini melarang praktek kontrak-kontrak dan berbagai konspirasi yang dapat merusak atau menghambat perdagangan. Undang-undang ini juga melarang upaya monopoli perdagangan antar negara. Dengan Undang-undang ini, pemerintah ingin memberikan jaminan bahwa konsumen dapat menggunakan haknya untuk memilih (*the right to choose*) melalui persaingan yang terbuka dan bebas. Kemudian pada tahun 1906 Kongres juga menyetujui *Food Drugs, and Cosmetic Act* untuk melindungi konsumen dan produk-produk palsu dan tidak aman dalam industri makanan dan obat-obatan. Kemudian pada tahun 1914 Amerika mengeluarkan *The Federal Trade Commission Act (FTCA)*. Editorial Comment, "Consumer Dispute Resolution in Missouri: "Missouri's Need for a "True" Consumer Ombudsman", *Journal of Dispute Resolution*, No.1 (1992), h. 67-68. Sedangkan Masyarakat Ekonomi Eropa pada tahun 1975 mengeluarkan kebijakan perlindungan konsumen untuk melindungi 5 (lima) hak-hak dasar konsumen. Kemudian, pada tahun 1985 Masyarakat Ekonomi Eropa juga mengeluarkan kebijakan perlindungan konsumen yang di fokuskan pada pentingnya perlindungan kesehatan (*health*) dan kenyamanan/ keamanan (*safety*) konsumen. Sedangkan Mexico pertama kali mengeluarkan hukum perlindungan konsumen pada tahun 1975 melalui "Mexico's Federal Consumer Protection Act (FCPA)". Sebelumnya perlindungan konsumen di Mexico pada dasarnya tidak ada. Paulee A. Coughlin, "The Movement of Consumer Protection in the European Community: A Vital Link in the Establishment of Free Trade and a Paradigm for North America *Ind. Int 'l & Comp. L. Review*, 5 No. 143 (1994), h. 162.

¹⁹⁷ Norbert Reich, "Protection of Consumers' Economic Interests by the EC", *The Sydney Law Review*, Vol 4 Number 1 (1992), h. 24-25.

jaminan setelah pembelian produk (*after sales service*). Selanjutnya dalam program kedua, yang dimulai pada tahun 1981, Masyarakat Eropa menekankan kembali hak-hak dAsnr konsumen, yang kemudian dilanjutkan dengan langkah-langkah Komisi Eropa mengeluarkan tiga kerangka acuan perlindungan konsumen, yaitu *pertama*, produk yang dipasarkan di Masyarakat Eropa haruslah memenuhi standar kesehatan dan keselamatan konsumen. *Kedua*, konsumen harus dapat menikmati keuntungan dari pasar bersama Masyarakat Eropa dan *ketiga*, bahwa kepentingan konsumen harus selalu diperhitungkan dalam setiap kebijakan-kebijakan yang dikeluarkan Masyarakat Eropa.¹⁹⁸

Sementara itu, Amerika Serikat dalam gerakan awal perlindungan konsumen ditandai oleh tujuan dan filosofi bahwa pengaturan dimaksudkan untuk memberikan bantuan atau perlindungan terhadap konsumen yang berpenghasilan rendah (*low-income consumer*), memperbaiki cara distribusi dan kualitas barang dan jasa, meningkatkan jumlah persediaan barang dan jasa di pasar, meningkatkan persaingan antara produsen.¹⁹⁹

Perjuangan kepentingan konsumen semakin mendapat pengatcuan yang kuat ketika hak-hak konsumen dirumuskan secara jelas dan sistematis. Pada tahun 1962 misalnya, Presiden Amerika J.F. Kennedy dalam pidatonya di depan Kongres Amerika Serikat mengemukakan 4 (empat) hak konsumen.²⁰⁰ Pidato Presiden J. F. Kennedy menjadi inspirasi bagi

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Donald P. Rothschild & David W. Carroll, *Consumer Protection*, h. 24. Namun ditambahkan pula bahwa tidaklah tepat kalau yang dilindungi hanya konsumen yang berpenghasilan rendah dan kurang berpendidikan. Oleh karena itu kebijakan perlindungan konsumen juga diarahkan kepada konsumen yang berpenghasilan menengah.

²⁰⁰ Hak-hak tersebut adalah: *the right to safety, the right to be informed, the right to choose,*

Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB), sehingga pada tahun 1984, PBB mengeluarkan resolusi No. 39/248 mengenai *the guidelines for consumer protection* bagian II (*general principles*).angka 3. Dalam *Guidelines* tersebut terdapat 6 (enam) kepentingan lconswnen (*legitimated needs*).²⁰¹ Sementara itu, Masyarakat Ekonomi Eropa merumuskan hak-hak konsumen dalam 5 (lima) hak dasar konsumen.²⁰²

Di Indonesia, signifikansi pengaturan hak-hak konsumen melalui Undang-undang merupakan bagian dari implementasi sebagai suatu negara kesejahteraan, karena Undang-Undang Dasar 1945 di samping sebagai konstitusi politik jugs dapat disebut konstitusi ekonomi, yaitu konstitusi yang mengandung ide negara kesejahteraan yang tumbuh berkembang karena pengaruh sosialisme sejak abad 19.²⁰³ Indonesia melalui Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen menetapkan 9 (sembilan) hak konsumen,²⁰⁴ sebagai penjabaran dari Pasal-pasal yang bercirikan negara

the right to be heard. Hak-hak tersebut disampaikan dalam pidatonya di depan Kongres pada tanggal 15 Maret 1962. Donald P. Rothschild dan David W. Carroll, *ibid*.

²⁰¹ Hak-hak tersebut adalah: (1) perlindungan konsumen dari bahaya-bahaya terhadap kesehatan dan keamanannya; (2) promosi dan perlindungan dan kepentingan sosial ekonomi konsumen; (3) tersedianya informasi yang memadai bagi konsumen agar mereka mampu melakukan pilihan yang tepat sesuai kehendak dan kebutuhan pribadi; (4) pendidikan konsumen; (5) tersedianya upaya ganti kerugian yang efektif; (6) kebebasan untuk membentuk organisasi konsumen atau organisasi lainnya yang relevan dan memberikan kesempatan kepada organisasi tersebut untuk menyuarakan pendapatnya dalam proses pengambilan keputusan yang menyangkut kepentingan mereka.

²⁰² Hak-hak tersebut adalah: *the right to protection of health and safety, the right to protection of economic interest; the right of redress; the right to information and education; the right to representation (the right to be heard)*.

²⁰³ Jimmly Asshiddiqie, *Undang-undang Dasar 1945: Konstitusi Negara Kesejahteraan dan Realitas Masa Depan*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap Madya (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1998), h. 1-2. Konsep Negara kesejahteraan ini dinamakan oleh Mohammad Hatta sebagai konsep Negara "pengurus".Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan Undang-undang Dasar 1945* (Jakarta: Jajasan Prapantja, 1960), h.298.

²⁰⁴ Di Indonesia, Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen mencantumkan 9 (sembilan) hak konsumen, yaitu (1) hak atas kenyamanan, keamanan, dan keselamatan dalam mengkonsumsi barang dan/atau jasa; (2) hak untuk memilih barang dan/atau

kesejahteraan, yaitu Pasal 27 ayat (2)²⁰⁵ dan Pasal 33²⁰⁶ Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia.²⁰⁷

Betapa pentingnya hak-hak konsumen, sehingga melahirkan pemikiran yang berpendapat bahwa hak-hak konsumen merupakan "generasi keempat hak asasi manusia", yang merupakan kata kunci dalam konsepsi hak asasi manusia dalam perkembangan umat manusia di masa-masa yang akan datang.²⁰⁸

Hukum tanggung jawab produk, khususnya prinsip tanggung jawab mutlak yang menjadi obyek penelitian ini merupakan instrumen hukum yang

jasa serta mendapatkan barang dan/ atau jasa tersebut sesuai dengan nilai tukar dan kondisi serta jaminan yang dijanjikan; (3) hak atas informasi yang benar, jelas, dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa; (4) hak untuk didengar pendapat dan keluhannya atas barang dan/atau jasa yang digunakan; (5) hak untuk mendapatkan advokasi perlindungan konsumen secara patut; (6) hak untuk mendapatkan pembinaan dan pendidikan konsumen; (7) hak untuk diperlakukan atau dilayani secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif; (8) hak untuk mendapatkan kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian, apabila barang dan/atau jasa yang diterima tidak sesuai dengan perjanjian atau tidak sebagaimana mestinya; (9) hak-hak yang diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan lainnya.

²⁰⁵ Pasal 27 ayat (2) ini berbunyi: "Tiap-tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan".

²⁰⁶ Pasal 33 ini berbunyi : "(1) perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asasas kekeluargaan. (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara. (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat." Relevansi dari Pasal 33 UUD 1945 adalah berkaitan dengan konsep pembangunan ekonomi yang berorientasi pada peningkatan kemakmuran rakyat, baik melalui proses produksi yang dikuasai negara maupun oleh swasta Pasal 33 UUD 1945, ditempatkan dalam Bab XIV tentang Kesejahteraan Sosial, oleh karena itu, maka fokusnya adalah pada masalah kesejahteraan sosial, sedangkan mengenai penguasaan oleh Negara atau swasta, termasuk privatisasi merupakan cara atau alat untuk mencapai kesejahteraan tersebut.

²⁰⁷ Ketentuan konsiderans "Mengingat" dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 42, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3821.

²⁰⁸ Jimly Asshiddiqie, "Dimensi Konseptual dan Prosedural Pemajuan Hak Asasi Manusia Dewasa ini, Perkembangan ke Arah Pengertian Hak Asasi Manusia Generasi Keempat", *Paper Diskusi Terbatas tentang Perkembangan Pemikiran mengenai Hak Asasi Manusia, Institute for Democracy and Human Rights*, (Jakarta: The Habibie Center, 2000), h. 12. Dasar pemikiran adanya generasi keempat hak-hak asasi manusia adalah bahwa untuk masa yang akan datang konsep hak asasi manusia tidak saja dalam konteks hubungan vertikal antara rakyat dan negara, tetapi dalam hubungan horisontal, sesama warga masyarakat, dalam hal ini antara konsumen dan produsen, karena praktek eksploitasi tidak saja dalam hubungan vertikal tetapi juga dalam hubungan horisontal.

dimaksudkan untuk memberikan jaminan terhadap hak-hak konsumen, khususnya terhadap hak atas keselamatan, kesehatan, dan hak untuk mendapatkan ganti kerugian.²⁰⁹ Instrumen ini diperlukan, karena pengaturan di bidang cara berproduksi (*quality control techniques*) dan perdagangan barang, belum memadai untuk mencegah atau menghindari serta melindungi konsumen yang menderita kerugian, baik kerugian berupa cacat atau kerusakan pada tubuh konsumen (*bodily/personal injury*), maupun kerusakan pada harta benda lain (*property damages*), dan kerusakan yang berkaitan dengan produk itu sendiri (*pure economic loss*). Sehingga di samping peraturan mengenai cara berproduksi, masih tetap dibutuhkan instrumen hukum yang secara khusus menjamin perolehan ganti kerugian akibat mengkonsumsi suatu produk,²¹⁰ yang dikenal dengan hukum tentang tanggung jawab produk (*product liability*).

Sementara itu, ada 4 (empat) alasan pokok mengapa konsumen perlu dilindungi secara hukum, yaitu sebagai berikut:

1. Melindungi konsumen sama artinya dengan melindungi seluruh bangsa.
2. Melindungi konsumen diperlukan karena untuk menghindarkan konsumen dari dampak negatif penggunaan teknologi.
3. Melindungi konsumen dibutuhkan karena untuk melahirkan manusia-manusia yang sehat rohani dan jasmani, sehingga menjaga kesinambungan pembangunan.

²⁰⁹Kerangka pemikiran ini dijelaskan pula oleh Norbert Reich yang mengatakan bahwa hak untuk mendapatkan ganti kerugian dan hak atas perlindungan kesehatan dan keselamatan merupakan bagian dari hukum tentang tanggung jawab produk. Sedangkan hak untuk mendapatkan informasi dan pendidikan dan hak untuk memiliki perwakilan lebih merupakan masalah-masalah politik. Lihat Norbert Reich, *Protection of Consumers Economic Interest*, h. 25.

²¹⁰ Frank Zaid, "Product Liability", h. 2.

4. Melindungi konsumen diperlukan karena untuk menjamin sumber dana pembangunan yang bersumber dari masyarakat konsumen.

Pada dasarnya perlindungan konsumen mempunyai dua aspek yang bermuara pada praktik perdagangan yang tidak jujur (*unfair trade practices*) dan masalah keterikatan pada syarat-syarat umum dalam suatu perjanjian. Dalam pandangan ini secara tegas dinyatakan bahwa upaya untuk melakukan perlindungan terhadap konsumen disebabkan adanya tindakan-tindakan atau perbuatan para pelaku usaha dalam menjalankan aktivitas bisnisnya yang tidak jujur sehingga dapat merugikan konsumen. Istilah perlindungan konsumen digunakan untuk menggambarkan perlindungan hukum yang diberikan kepada konsumen dalam usaha untuk memenuhi kebutuhannya dari hal-hal yang dapat merugikan konsumen. Undang-undang perlindungan konsumen mempunyai suatu misi yang besar yaitu untuk mewujudkan kehidupan berbangsa dan bernegara yang adil dan makmur sesuai yang diamanatkan dalam pembukaan UUD 1945.

Sedangkan kepentingan konsumen dapat dibagi menjadi 4 (empat) macam kepentingan, yaitu sebagai berikut:

1. Kepentingan fisik yang berkenaan dengan badan atau tubuh yang berkaitan dengan keamanan dan keselamatan tubuh dan jiwa dalam penggunaan barang dan/atau jasa. Kepentingan fisik ini berkaitan dengan kesehatan dan keselamatan jiwa, sehingga harus diperhatikan oleh pelaku usaha.
2. Kepentingan sosial dan lingkungan konsumen yang bermakna terwujudnya keinginan konsumen untuk memperoleh hasil yang optimal

dari penggunaan sumber-sumber ekonomi mereka dalam mendapatkan barang dan/atau jasa yang merupakan kebutuhan hidup, sehingga konsumen memerlukan informasi yang benar mengenai produk yang digunakan, sebab akan terjadi gejolak sosial jika konsumen menggunakan produk yang tidak aman.

3. Kepentingan ekonomi yang melindungi para pelaku usaha untuk mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya adalah sesuatu yang wajar, akan tetapi daya beli konsumen juga harus dipertimbangkan, sehingga para pelaku usaha jangan memikirkan keuntungan semata tanpa memerinci biaya riil produksi atas suatu produk yang dihasilkan.
4. Kepentingan hukum konsumen adalah akses konsumen terhadap keadilan (*access to justice*), sehingga konsumen berhak untuk dilindungi dari tindakan pelaku usaha yang merugikan.

Secara filosofis, maksud dan tujuan dikeluarkan suatu peraturan perundang-undangan adalah untuk melindungi kepentingan masyarakat, akan tetapi dalam pelaksanaannya sering ditemukan maksud dan tujuan tersebut tidak berjalan dengan semestinya, sehingga antara *das sollen* dengan *das sein* terdapat kesenjangan, begitupun dengan peraturan perundang-undangan di bidang transportasi udara. Pada jenis moda transportasi ini para konsumen atau penumpang sering diperlakukan tidak sebagaimana mestinya oleh pengangkut, atau hak-hak konsumen diabaikan oleh pelaku usaha.

Prinsip-prinsip kedudukan konsumen dalam hubungan hukum antara konsumen dan pelaku usaha berangkat dari doktrin atau teori yang dikenal dalam sejarah hukum perlindungan konsumen, yaitu teori *let the buyer*

beware (caveat emptor), teori *the due care theory*, teori *the privity of contract*, dan teori prinsip kontrak bukan merupakan syarat. Doktrin *let the buyer beware (caveat emptor)*, merupakan embrio lahirnya sengketa di bidang transaksi konsumen. Asas ini berasumsi, bahwa pelaku usaha dan konsumen adalah dua pihak yang sangat seimbang sehingga tidak diperlukan proteksi apapun bagi konsumen. Teori ini tidak menguntungkan bagi konsumen sebab konsumen memiliki keterbatasan dalam mengakses informasi mengenai suatu produk yang digunakannya, dan tidak ada keterbukaan produsen/pelaku usaha berkaitan dengan informasi produk yang dihasilkannya. Dalam pandangan teori ini pembeli atau konsumen yang harus berhati-hati dalam menggunakan suatu produk yang ditawarkan oleh produsen/pelaku usaha. Teori ini dalam perkembangannya mendapat tantangan keras dari pendukung gerakan perlindungan konsumen.²¹¹

Dikaitkan dalam konteks perlindungan konsumen di Indonesia, maka dengan kelahiran Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, ada kecenderungan untuk mengalihkan suatu tanggung jawab atau pihak yang harus berhati-hati, dalam hal ini adalah pelaku usaha atau produsen yang harus lebih berhati-hati dalam menawarkan produknya kepada konsumen, sehingga doktrin *caveat emptor* dialihkan menjadi *caveat venditor*. Teori ini dikaitkan dengan kegiatan transportasi udara niaga maka dapat dikonstruksikan bahwa pihak perusahaan transportasi udara harus berhati-hati dalam menyelenggarakan kegiatan penerbangan, sehingga tujuan perjanjian transportasi udara yaitu menyelenggarakan

²¹¹ Inosentius Samsul, *Perlindungan Konsumen, Kemungkinan Penerapan Tanggung Jawab Mutlak*, Universitas Indonesia Fakultas Hukum Pascasarjana, Jakarta, 2004, hlm. 99.

penerbangan yang aman dan nyaman serta selamat sampai ke tempat tujuan yang telah disepakati dapat diwujudkan.

Teori perlindungan konsumen selanjutnya adalah *due care theory*. Dalam doktrin ini dinyatakan bahwa pelaku usaha memiliki kewajiban untuk berhati-hati dalam memasyarakatkan produknya, baik berupa barang maupun jasa. Selama berhati-hati dengan produknya, maka pelaku usaha tidak dapat dipersalahkan. Secara *a-contrario*, untuk dapat mempersalahkan pelaku usaha, maka konsumen harus dapat membuktikan bahwa pelaku usaha melanggar prinsip kehati-hatian. Dalam hal ini yang aktif dalam membuktikan kesalahan pelaku usaha adalah konsumen, sedangkan pelaku usaha bersifat pasif. *Due care theory* dikaitkan dengan hukum pembuktian di Indonesia dapat ditemukan pada Pasal 1865 KUH Perdata yang menyatakan bahwa "Setiap orang yang mengaku mempunyai suatu hak, atau menunjuk suatu peristiwa untuk meneguhkan haknya itu atau untuk membantah suatu hak orang lain, wajib membuktikan adanya hak itu atau kejadian yang dikemukakan itu". Pasal 1865 KUH Perdata ini berlaku dalam lapangan hukum perdata, baik terhadap konsumen yang menggugat secara wanprestasi ataupun atas dasar perbuatan melawan hukum.

Dalam realitas agak sulit bagi konsumen untuk menghadirkan bukti-bukti guna memperkuat gugatannya. Sebaliknya, bagi pelaku usaha dengan berbagai keunggulannya (secara ekonomis, sosial, psikologis), relatif lebih mudah berkelit dan menghindari dari gugatan konsumen. Berdasarkan hal tersebut maka di sini letak kelemahan teori *due care*, yaitu meletakkan posisi pelaku usaha lebih kuat dari konsumen. Teori perlindungan konsumen

berikutnya adalah *the Privity Contract*. Teori ini menyatakan bahwa pelaku usaha mempunyai kewajiban untuk melindungi kepentingan konsumen, tetapi hal itu baru dapat dilaksanakan jika di antara mereka telah terjalin hubungan kontraktual. Pelaku usaha tidak dapat dipersalahkan atas hal-hal di luar isi kontrak atau perjanjian, sehingga konsumen hanya dapat menggugat berdasarkan wanprestasi (*contractual liability*). Selain itu di tengah minimnya peraturan perundang-undangan bidang konsumen, maka sangat sulit menggugat pelaku usaha dengan dasar perbuatan melawan hukum (*tortious liability*), terlebih jika dikaitkan dengan berbagai fenomena kegiatan perekonomian dewasa ini yang banyak menggunakan kontrak-kontrak standar atau perjanjian baku yang isinya lebih banyak menguntungkan pelaku usaha, sebab kontrak-kontrak tersebut dibuat dan disusun oleh pelaku usaha, dan tidak ada pilihan lain bagi konsumen. Oleh karena itu dalam fenomena perjanjian baku muncul istilah "*take it or leave it*". Teori ini tentu saja banyak mengandung kelemahan bagi konsumen.

Teori perlindungan konsumen yang lain adalah teori kontrak bukanlah syarat. Berdasarkan kelemahan-kelemahan yang terdapat pada beberapa teori perlindungan konsumen sebagaimana dijabarkan di atas, maka lahirlah teori yang menyatakan bahwa kontrak bukan merupakan syarat mutlak dalam menentukan tanggung jawab pelaku usaha, sebab yang paling esensial adalah adanya hubungan hukum di antara para pihak.

Dalam konteks hubungan tanggung jawab pengangkut dan penumpang pada rezim Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2009 tentang Penerbangan, terlihat bahwa telah adanya pengaturan secara detil. Tanggung

jawab pengangkut terhadap penumpang yang meninggal, cacat atau luka-luka akibat kejadian pengangkutan udara di dalam pesawat dan/atau naik turun pesawat udara, terdapat dalam Pasal 141 Undang-undang Penerbangan, dan Peraturan Menteri Perhubungan RI Nomor 77 Tahun 2011 tentang Tanggung Jawab Pengangkut Angkutan Udara. Namun demikian, beberapa tahun terakhir ini masih ada perusahaan transportasi udara nasional yang dalam menyelesaikan kompensasi terhadap penumpang yang menderita kerugian akibat kecelakaan pesawat udara, belum mengacu pada peraturan pelaksana dari Undang-undang Penerbangan tersebut.

Selain itu berkaitan dengan besaran kompensasi ada satu pasal yang memberikan perlindungan terhadap penumpang yaitu Pasal 172 Undang-undang Penerbangan. Pasal ini menegaskan bahwa nominal jumlah kompensasi dievaluasi paling sedikit satu kali dalam satu tahun oleh Menteri Perhubungan berdasarkan pertimbangan beberapa hal, yaitu sebagai berikut: tingkat hidup yang layak rakyat Indonesia, kelangsungan hidup badan usaha angkutan udara niaga, tingkat inflasi kumulatif, pendapatan per kapita, dan perkiraan usia harapan hidup. Pada umumnya jika terjadi kecelakaan, penumpang sangat jarang menuntut kompensasi kepada perusahaan transportasi udara ke muka pengadilan. Hal ini karena penyelesaian sengketa melalui pengadilan sangat lambat, biaya perkara mahal, pengadilan umumnya tidak responsif, putusan pengadilan tidak menyelesaikan masalah, dan kemampuan para hakim bersifat generalis.

Dalam bentuk ini terlihat bahwa nilai-nilai keadilan tidak mampu terabsorpsi secara sempurna dalam tataran kebijakan transportasi udara di

Indonesia. Dengan demikian, perlu adanya dekonstruksi ulang terhadap kebijakan yang ada dalam rangka memperbaiki kondisi kebijakan pada umumnya dan berbagai aturan pada khususnya, sehingga membuat cita dan tujuan dari negara hukum yang berkeadilan sejatinya dapat tercapai.

Perbuatan melawan hukum di Indonesia yang semula tercantum dalam satu kitab undang-undang yang terkodifikasi yaitu dalam KUH Perdata kemudian berkembang melalui putusan-putusan pengadilan dan melalui undang-undang. Begitu juga *Tort*, konsepnya berkembang dalam keputusan pengadilan dan dalam undang-undang umpamanya *Occupier 's Liability Act 1957*, dan *Defective Premises Act 1972*. Walaupun terdapat perbedaan sistem hukum dimana KUH Perdata berasal yaitu sistem hukum Eropa Kontinental yang karakteristiknya antara lain, kodifikasi (*Enacted Law*) sedangkan Amerika Serikat dan Inggris menganut Sistem Common Law di mana hukumnya berkembang dan keputusan-keputusan hakim (*Judge made law*), tampaknya terjadi pendekatan mengenai perkembangan perbuatan melawan hukum dan *tort*.

"Perbuatan Melawan Hukum" Indonesia yang berasal dari Eropa Kontinental diatur dalam pasal 1365 KUH Perdata sampai dengan pasal 1380 KUH Perdata. Pasal-pasal tersebut mengatur bentuk tanggung jawab atas Perbuatan Melawan Hukum yang terbagi atas :

Pertama, tanggung jawab tidak hanya karena perbuatan melawan hukum yang dilakukan diri sendiri tetapi juga berkenaan dengan perbuatan melawan hukum orang lain dan barang-barang dibawah pengawasannya.

Pasal 1367 ayat (1) KUH Perdata menyatakan bahwa:

"Seseorang tidak hanya bertanggung jawab untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya sendiri tetapi juga disebabkan karena perbuatan orang-orang yang menjadi tanggungannya, atau disebabkan oleh barang-barang yang berada di bawah pengawasannya".

Berdasarkan pasal 1367 ayat (1) KUH Perdata, yang merupakan rumusan umum, maka pertanggung jawaban dibagi menjadi:

- a. Tanggung jawab terhadap perbuatan orang lain
 - 1) Tanggung jawab atas perbuatan yang dilakukan oleh orang yang menjadi tanggungannya secara umum;
 - 2) Tanggung jawab orang tua dan wali terhadap anak-anak yang belum dewasa (pasal 1367 ayat 2 KUH Perdata);
 - 3) Tanggung jawab majikan dan orang yang mewakilkan urusannya terhadap orang yang diperkerjakannya (pasal 1367 ayat 3 KUH Perdata);
 - 4) Tanggung jawab guru sekolah dan kepala tukang terhadap murid dan tukangnyanya (pasal 1367 ayat 4 KUH Perdata).
- b. Tanggung jawab terhadap barang dalam pengawasannya.
 - (1) Tanggung jawab terhadap barang pada umumnya (pasal 1367 ayat 1 KUH Perdata);
 - (2) Tanggung jawab terhadap binatang (pasal 1368 KUH Perdata);
 - (3) Tanggung jawab pemilik terhadap gedung (pasal 1369 KUH Perdata).

Kedua, Perbuatan Melawan Hukum terhadap tubuh dan jiwa manusia.

Pasal 1370 KUH Perdata menyatakan bahwa dalam hal terjadi pembunuhan

dengan sengaja atau kelalaiannya, maka suami atau istri, orang tua korban yang lazimnya mendapat nafkah dari pekerjaan urban, berhak untuk menuntut ganti rugi yang harus dinilai menurut keadaan dan kekayaan kedua belah pihak.

Ketiga, Perbuatan Melawan Hukum terhadap nama baik. Masalah penghinaan diatur dalam pasal 1372 sampai dengan pasal 1380 KUH Perdata. Pasal 1372 menyatakan bahwa tuntutan terhadap penghinaan adalah bertujuan untuk mendapat ganti rugi dan pemulihan nama baik, sesuai dengan kedudukan dan keadaan para pihak. Beberapa tuntutan yang dapat diajukan karena perbuatan melawan hukum ialah :

- 1) Ganti rugi dalam bentuk uang atas kerugian yang ditimbulkan; Ganti rugi dalam bentuk natura atau dikembalikan dalam keadaan semula;
- 2) Pernyataan bahwa perbuatan yang dilakukan adalah melawan hukum;
- 3) Melarang dilakukannya perbuatan tertentu.

Apakah Undang-Undang Perlindungan Konsumen Merupakan *Lex specialis* dari Pasal 1365 KUH Perdata ?.

Penerapan pasal 1365 KUH Perdata mengalami perkembangan melalui putusan pengadilan dan undang-undang. Perkembangan undang-undang telah mengatur secara khusus tentang ganti rugi karena Perbuatan Melawan Hukum, umpamanya dalam Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Undang-Undang Tentang Perseroan Terbatas, Undang-Undang Tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup, Undang-undang Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat serta Undang-

Undang Tentang Hak Cipta dan Undang-Undang Tentang Perlindungan Konsumen.

Sebelum berbagai undang-undang tersebut lahir, ketentuan yang diterapkan pada perkara Perbuatan Melawan Hukum adalah ketentuan Pasal 1365 KUH Perdata. Namun dengan lahirnya berbagai undang-undang yang secara khusus mengatur mengenai Perbuatan Melawan Hukum maka telah terjadi perubahan dalam penerapan pasal 1365 KUH Perdata.

Perkara berikut ini menunjukkan perubahan penerapan pasal 1365 KUH Perdata dalam hubungan dengan sengketa antara konsumen dan pelaku usaha, perkara bermula dan pembelian mobil jenis BMW 318i yang dilakukan oleh Penggugat, menurut Tergugat salah satu kecanggihan mobil BMW adalah system elektroniknya akan memberi keamanan dan kenyamanan dan kunci elektroniknya tidak mungkin dipalsukan.

Pada suatu hari penggugat pergi mengantarkan isteri penggugat untuk mengurut kakinya kesuatu tempat dengan mengendarai mobil BMW. Sesampainya dirumah penggugat tidak bisa menahan buang air kecil karena menderita suatu penyakit sehingga terburu-buru masuk ke toilet yang terletak di dalam rumah sambil menutup pintu mobil yang menggunakan remote control sebagaimana yang sering dilakukan oleh penggugat ketika mengendarai jenis mobil yang lainnya karena sekalipun dikunci dan luar penumpang yang masih berada di dalam mobil tetap bisa keluar dari mobil dengan cara membuka pintu dari dalam.

Karena kondisi kaki isteri penggugat masih terasa nyeri, maka tidak bisa keluar mobil bersamaan dengan penggugat dan ketika hendak keluar,

isteri penggugat lalu membuka pintu mobil dari dalam namun tidak berhasil sehingga merasa ketakutan karena terperangkap di dalam mobil.

Isteri penggugat langsung menekan tombol klakson mobil BMW untuk minta pertolongan tetapi klakson tidak berfungsi karena seluruh system elektroniknya mati, lalu ia berusaha mencopot panel yang ada di dalam mobil namun tidak berhasil memecahkannya. Akhirnya isteri penggugat berteriak sekeras-kerasnya dengan harapan ada yang mendengarkan dan bisa membantu keluar dari mobil. Harapan isteri penggugat ternyata juga sia-sia karena tidak seorangpun mendengarkan teriakkannya karena ia berada dalam ruangan kedap suara (dalam mobil BMW yang terkunci) sehingga pada saat itu kondisi isteri penggugat sangat lemah dan mengesankan akibat banyaknya mengeluarkan tenaga serta kehabisan oksigen.

Setelah empat puluh menit berjuang akhirnya isteri penggugat meretakkan kaca mobil dengan sebuah benda yang berhasil ditemukan di dalam mobil BMW. Tanpa pikir panjang isteri penggugat merobek kaca mobil yang sudah retak dengan tangannya dan berhasil membentuk lobang angin, tanpa disadari tangan isteri penggugat terluka dan berlumuran darah. Setelah itu barulah ia dapat menghirup udara segar yang masuk dari lobang kaca mobil. Isteri penggugat kembali berteriak untuk meminta tolong yang ternyata dapat didengar oleh penggugat yang sebelumnya beranggapan bahwa isteri penggugat sudah masuk ke dalam rumah. Akhirnya jiwa isteri penggugat dapat diselamatkan meskipun dalam keadaan yang sangat menyedihkan.

Berdasarkan kejadian tersebut penggugat menggugat BMW AG yang berkedudukan di Jerman sebagai Tergugat I, BMW Group Indonesia sebagai Tergugat II dan PT. Astera Internasional Tbk. sebagai Tergugat III dengan dalil Perbuatan Melawan Hukum. Menurut penggugat tindakan Tergugat I dan Tergugat II memproduksi mobil BMW dengan menggunakan sistem *double lock* serta tindakan tergugat III yang tidak memberikan informasi yang jelas tentang kondisi mobil serta cara pemakaiannya kepada penggugat, sangat berakibat fatal dan hampir merenggugat nyawa serta menimbulkan kerugian yang besar bagi penggugat dan menurut penggugat hal ini merupakan perbuatan melawan hukum.

Lebih lanjut penggugat juga mendalilkan bahwa para tergugat yang telah memproduksi mobil BMW dengan sistem penguncian *lock* tersebut juga telah melanggar Undang-undang perlindungan Konsumen No.8 Tahun 1999.

Undang-undang Perlindungan Konsumen dalam pasal 4 mengatur tentang hak konsumen antara lain sebagai berikut :

1. Hak atas kenyamanan, keamanan dan keselamatan dalam mengkonsumsi barang atau jasa.
2. Hak atas informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan dan/atau jasa.
3. Hak didengar pendapat dan keluhannya atas barang dan/atau jasa yang digunakan.
4. Hak untuk mendapatkan kompensasi ganti rugi dan/atau penggantian, apabila barang dan/atau jasa yang diterima tidak sesuai dengan perjanjian atau tidak sebagaimana mestinya.

Menurut penggugat sistem penguncian *double lock* yang diproduksi tergugat I dan tergugat II tidak menjamin keamanan dan keselamatan konsumen di dalam memakai produk tersebut.

Tergugat dalam jawabannya mendalilkan bahwa karena penggugat telah mengajukan tuntutan pelanggaran undang-undang No.8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen di samping Perbuatan Melawan Hukum (Pasal 1365 KUH Perdata) maka sesuai dengan asas hukum *lex specialis derogat legi generalis* dan asas hukum *lex posteriori derogat legi priori*, hukum yang berlaku dalam perkara ini adalah Undang-undang No.8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen.

Majelis Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Pusat melalui Putusan No.385/Pdt.G/2002/PN.Jkt.Pst. berpendapat bahwa pasal 1365 KUH Perdata adalah suatu aturan umum/generalis dalam hal mengajukan gugatan terhadap suatu Perbuatan Melawan Hukum yang dilakukan oleh tergugat sedangkan Undang-undang Perlindungan Konsumen No.8 Tahun 1999 adalah merupakan suatu aturan khusus/ spesialis yang mengatur mengenai tanggung jawab dari pelaku usaha terhadap konsumen bila terjadi suatu kesalahan atau suatu Perbuatan Melawan Hukum dari pelaku usaha tersebut terhadap konsumennya. Menurut Majelis Hakim dalam hal gugatan mengenai tanggung jawab dari pelaku usaha terhadap konsumennya yang berlaku adalah Undang-undang Perlindungan Konsumen sebagai aturan khusus/specialis (*lex specialis derogat legi generali*). Berdasarkan Undang-undang Perlindungan Konsumen Pasal 23 maka gugatan harus diajukan ke Pengadilan Negeri di mana konsumen/Penggugat bertempat tinggal bukan ke

Pengadilan Negeri di mana salah satu Tergugat bertempat tinggal sebagaimana di atur dalam pasal 118 (2) HIR, hal tersebut karena adanya aturan khusus (pasal 23 Undang-undang Perlindungan Konsumen) yang didahulukan dari aturan umum (Pasal 118 ayat (2) HIR) *Lex specialis derogat legi generali*.

Dalam amar putusannya Majelis Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Pusat menyatakan tidak berwenang mengadili perkara ini. Putusan ini diperkuat oleh Pengadilan Tinggi Jakarta sebagai Peradilan Banding melalui Putusan No.210/Pdt./2004/PT.DKI.

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya bahwa penerapan Pasal 1365 KUH Perdata mengalami perubahan melalui putusan pengadilan dan undang-undang. Berbagai undang-undang telah mengatur secara khusus tentang ganti rugi karena Perbuatan Melawan Hukum misalnya Undang-undang Tentang Perlindungan Konsumen. Sebelum undang-undang tersebut lahir gugatan yang berkenaan dengan ganti rugi berkaitan dengan materi yang kemudian di atur dalam undang-undang tersebut didasarkan pada pasal 1365 KUH Perdata. Namun dengan lahirnya undang-undang yang secara khusus mengatur mengenai tuntutan ganti kerugian maka telah terjadi perubahan dalam penerapan pasal 1365 KUH Perdata.

Sebelum adanya Undang-undang No.8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen digunakan pasal 1365 KUH Perdata dalam menggugat tindakan pelaku usaha yang menyebabkan kerugian kepada konsumen.

Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No.385/Pdt.G/2002/PN.Jkt.Pst. jo. Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta No.210/Pdt./2004/PT.DKI.di atas membuktikan telah terjadi pergeseran Penerapan pasal 1365 KUH Perdata dalam perkara antara Konsumen dengan Pelaku Usaha. Dalam Putusan Majelis Hakim berpendapat bahwa Undang-undang Perlindungan Konsumen merupakan aturan khusus yang harus didahulukan dari aturan umum (*lex specialis derogat legi generali*).

B. Bentuk Penyelesaian Yang Harus Dilakukan Oleh Para Pihak Jika Terjadi Wanprestasi

Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UUPK) disahkan dan diundangkan pada tanggal 20 April 1999 dengan maksud untuk mewujudkan keseimbangan perlindungan konsumen dan pelaku usaha sehingga tercipta perekonomian yang sehat.

Perlindungan konsumen dan pelaku usaha terwujud dalam Pasal 4, Pasal 5, Pasal 6 dan Pasal 7 UUPK yang mengatur hak dan kewajiban konsumen maupun pelaku usaha.

Ketidakseimbangan antara hak dan kewajiban konsumen maupun pelaku usaha sebagaimana ditentukan dalam Pasal 4 huruf (h) berlawanan dengan Pasal 7 huruf (f) dan (g) UUPK, dan Pasal 6 huruf (a) berlawanan dengan Pasal 5 huruf (c) UUPK, serta Pasal 6 huruf (b) berlawanan dengan Pasal 5 huruf (b) UUPK mengakibatkan timbulnya sengketa antara konsumen dan pelaku usaha. Sengketa antara keduanya dalam UUPK dikenal dengan sebutan sengketa konsumen.

UUPK tidak menguraikan arti dan maksud sengketa konsumen. Batasan sengketa konsumen ditemukan dalam ketentuan Pasal 1 angka 8 Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan (Kepmenperindag) Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Walaupun tidak mendefinisikan sengketa konsumen, UUPK mengatur keberadaan suatu lembaga yang bertugas dan berwenang menangani dan menyelesaikan sengketa antara pelaku usaha dan konsumen yaitu Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 angka 11 UUPK, Pasal 1 angka 1 Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

BPSK bertugas dan berwenang memutuskan dan menetapkan ada dan tidaknya kerugian di pihak konsumen (Pasal 52 huruf (k) UUPK, Pasal 3 huruf (k) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001).

BPSK juga bertugas dan berwenang menjatuhkan sanksi administratif kepada pelaku usaha yang melanggar UUPK (Pasal 52 huruf (m) UUPK, Pasal 3 huruf (m) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001).

Disamping tugas dan wewenang menjatuhkan dan menetapkan ada tidaknya kerugian di pihak konsumen dan sanksi administratif kepada pelaku usaha, BPSK mempunyai tugas dan wewenang lainnya seperti ditentukan dalam Pasal 52 UUPK, Pasal 3 Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Beban pembuktian terhadap ada dan tidaknya unsur kesalahan dalam gugatan ganti rugi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 22 dan Pasal

23, merupakan beban dan tanggung jawab pelaku usaha. (Pasal 28 UUPK, Pasal 22 Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001).

Dengan demikian berarti konsumen sebagai pihak penggugat tidak dibebani upaya pembuktian untuk membuktikan dalil gugatannya tentang ada dan tidaknya kerugian yang diderita konsumen sebagai penggugat.

Berbeda dengan hukum acara perdata yang berlaku untuk peradilan umum utamanya ketentuan Pasal 163 HIR (Reglement Indonesia yang diperbaharui/RIB, Staatsblad 1884 Nomor 16 yang diperbaharui dengan Staatsblad Nomor 44 Tahun 1941, berlaku untuk Jawa dan Madura), Pasal 283 Rbg (Reglement untuk Daerah Seberang, Staatsblad 1927 Nomor 227, berlaku untuk Daerah Luar Jawa dan Madura) yang mengatur beban pembuktian kepada penggugat untuk membuktikan dalil gugatannya, dan kepada penggugat agar membuktikan dalil bantahannya.

Untuk membuktikan ada dan tidaknya unsur kesalahan dalam gugatan ganti rugi diperlukan alat bukti. UUPK tidak mengatur perihal alat bukti tersebut.

Alat bukti dimaksud diatur dalam ketentuan Pasal 21 Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001, yaitu:

1. Barang dan/atau jasa
2. Keterangan para pihak yang bersangkutan;
3. Keterangan saksi dan/atau saksi ahli
4. Surat dan/atau dokumen
5. Bukti-bukti yang mendukung

Berlainan dengan hukum acara perdata yang berlaku pada peradilan umum, alat bukti yang diperlukan baik oleh penggugat maupun tergugat diatur dalam ketentuan Pasal 164 HIR, Pasal 284 Rbg yaitu:

1. Bukti surat
2. Bukti saksi
3. Bukti sangka
4. Bukti pengakuan
5. Bukti sumpah

Berdasarkan pemeriksaan terhadap alat-alat bukti yang diatur dalam Pasal 21 Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.tersebut BPSK menjatuhkan putusan dengan amar berupa:

1. Perdamaian
2. Gugatan ditolak
3. Gugatan dikabulkan

Pasal 40 ayat (1) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.)

Tidak seperti halnya dengan putusan pada peradilan umum yang sudah menjadi yuriprudensi tetap yaitu amar putusan bisa berupa:

1. Gugatan dinyatakan tidak dapat diterima
2. Gugatan ditolak. Atau;
3. Gugatan dikabulkan untuk seluruhnya ataupun hanya untuk sebagian

Sedang putusan perdamaian diatur secara tersendiri berdasarkan ketentuan Pasal 130 HIR, Pasal 154 Rbg, Pasal 17 Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 01 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

Pasal 19 ayat (1) dan ayat (2) UUPK, Pasal 12 Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001, mengatur hak konsumen untuk menuntut ganti rugi kepada pelaku usaha.

Sebaliknya Pasal 24 ayat (1) UUPK dan Pasal 25 ayat (1) dan ayat (2) UUPK mengatur tanggung jawab pelaku usaha yang menjual barang dan/atau jasa, atas tuntutan ganti rugi dan/atau gugatan konsumen.

Ganti rugi yang menjadi hak konsumen dan kewajiban/tanggung jawab pelaku usaha terbatas dan dibatasi oleh ketentuan Pasal 19 ayat (2) UUPK, Pasal 12 ayat (2) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001 yang mengatur wujud dan rupa ganti.

Wujud atau rupa ganti rugi menurut ketentuan Pasal 19 ayat (2) UUPK, Pasal 12 ayat (2) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001 dapat berupa pengembalian uang atau penggantian barang dan/atau jasa yang sejenis atau setara nilainya, atau perawatan kesehatan dan/atau pemberian santunan yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Dalam perkara perdata umum, kerugian timbul sebagai akibat adanya perikatan yang diatur dalam ketentuan Pasal 1234 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH Perdata) yang menentukan bahwa tiap-tiap perikatan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu. Hak menuntut ganti rugi antara lain diatur dalam ketentuan Pasal 1235, Pasal 1236 KUH Perdata (Perikatan untuk memberikan sesuatu), Pasal 1239, Pasal 1242 KUH Perdata (Perikatan untuk berbuat/tidak berbuat

sesuatu). Pasal 1243 KUH Perdata mengatur sejak kapankah timbulnya kewajiban ganti kerugian.

Adapun wujud atau rupa ganti kerugian diatur diantaranya dalam ketentuan Pasal 1246, Pasal 1247, Pasal 1248, Pasal 1249 KUH Perdata.

Pasal 60 ayat (1) UUPK menentukan BPSK berwenang menjatuhkan sanksi administratif terhadap pelaku usaha yang melanggar Pasal 19 ayat (2) dan ayat (3), Pasal 20, Pasal 25 dan Pasal 26.

Rupa atau wujud sanksi administratif diatur dalam Pasal 60 ayat (2) UUPK, Pasal 14, Pasal 40 ayat (3) huruf (b) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Pasal 19 ayat (2), ayat (3), Pasal 60 ayat (1) UUPK mengatur wewenang penjatuhan sanksi administratif sekaligus bersama sama ganti rugi. Sedang Pasal 20, Pasal 25 ayat (1), ayat (2), Pasal 26 UUPK mengatur penjatuhan sanksi administratif.

Sanksi administratif menurut ketentuan Pasal 60 ayat (2) UUPK, Pasal 14, Pasal 40 ayat (3) huruf (b) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001 berupa penetapan ganti rugi paling banyak Rp. 200.000.000,- (dua ratus juta rupiah).

Pasal-pasal UUPK diatas mengatur sanksi-sanksi perdata terhadap pelaku usaha. Sedang sanksi pidana terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8, Pasal 9, Pasal 10, Pasal 13 ayat (2), Pasal 15, Pasal 17 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf c, ayat (2) dan Pasal 18 UUPK berupa pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun atau denda

paling banyak Rp. 2.000.000.000,- (dua milyar rupiah) diatur dalam ketentuan Pasal 62 ayat (1) UUPK.

Demikian juga sanksi pidana terhadap pelanggaran ketentuan Pasal 11, Pasal 12, Pasal 13 ayat (1), Pasal 14, Pasal 16 dan Pasal 17 ayat (1) huruf (d) dan huruf (f) berupa pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun atau pidana denda paling banyak Rp. 500.000.000,- (lima ratus juta rupiah) diatur dalam ketentuan Pasal 62 ayat (2) UUPK.

Tata cara pengajuan keberatan terhadap putusan BPSK diatur dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2006 tentang Tata Cara Pengajuan Keberatan Terhadap Putusan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen. Pasal 6 ayat (6) Perma Nomor 01 Tahun 2006 menentukan: “Dalam mengadili sendiri, Majelis Hakim wajib memperhatikan ganti rugi sebagaimana diatur dalam Pasal 19 ayat (2) Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999”.

Berdasarkan uraian singkat ketentuan-ketentuan pasal-pasal UUPK dan Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001, dibandingkan dengan ketentuan HIR, Rbg dan KUH Perdata kiranya dapat tergambar permasalahan ruang lingkup ganti rugi dan sanksi administratif menurut UUPK dan Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Dasar Hukum dan Pengertian :

1. Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK)

1.a Pasal 1 angka 11 UUPK, Pasal 1 angka 1 Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Badan penyelesaian sengketa konsumen (BPSK) adalah badan yang bertugas menangani dan menyelesaikan sengketa antara pelaku usaha dan konsumen

- 1.b. Pasal 52 huruf (k) UUPK, Pasal 3 huruf (k) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) bertugas dan berwenang memutuskan dan menetapkan ada dan tidak adanya kerugian di pihak konsumen

- 1.c. Pasal 52 huruf (m) UUPK, Pasal 3 huruf (m) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001

Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) bertugas dan berwenang menjatuhkan sanksi administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan undang-undang ini. (Catatan: dalam hal ini adalah UUPK).

2. Arti sengketa Konsumen

Pasal 1 angka (8) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Sengketa konsumen adalah sengketa antara pelaku usaha dengan konsumen yang menuntut ganti rugi atas kerusakan, pencemaran dan/atau yang menderita kerugian akibat mengkonsumsi barang dan/atau memanfaatkan jasa.

3. Arti Pelaku Usaha

Pasal 1 angka (3) UUPK, Pasal 1 angka (3) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Pelaku usaha adalah setiap orang perseorangan atau badan, baik yang berbentuk badan hukum maupun bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian menyelenggarakan kegiatan usaha dalam berbagai bidang ekonomi.

Penjelasan Pasal 1 angka (3) UUPK:

Pelaku usaha yang termasuk dalam pengertian ini adalah perusahaan korporasi, BUMN, Koperasi, Importir, Pedagang Distribusi dan lain-lain

4. Arti Konsumen

Pasal 1 angka (2) UUPK, Pasal 1 angka (2) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Konsumen adalah setiap orang pemakai barang dan/atau jasa yang tersedia dalam masyarakat, baik bagi kepentingan diri sendiri, keluarga, orang lain, maupun makhluk hidup lain dan tidak untuk diperdagangkan.

5. Arti Barang

Pasal 1 angka (4) UUPK, Pasal 1 angka (4) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Barang adalah setiap benda baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, dapat dihabiskan maupun tidak dapat dihabiskan, yang dapat untuk diperdagangkan, dipakai, dipergunakan atau dimanfaatkan oleh konsumen.

6. Arti Jasa

Pasal 1 angka (5) UUPK, Pasal 1 angka (5) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Jasa adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang disediakan bagi masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen.

7. Hak dan Kewajiban Konsumen

7.1 Pasal 4 UUPK

Hak Konsumen adalah:

- a. Hak atas kenyamanan, keamanan dan keselamatan dalam mengkonsumsi barang dan/atau jasa
- b. Hak untuk memilih barang dan/atau jasa serta mendapatkan barang dan/atau jasa tersebut sesuai dengan nilai tukar dan kondisi serta jaminan yang dijanjikan
- c. Hak atas informasi yang benar, jelas, dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa
- d. Hak untuk didengar pendapat dan keluhannya atas barang dan/atau jasa yang digunakan
- e. Hak untuk mendapatkan advokasi, perlindungan dan upaya penyelesaian sengketa perlindungan konsumen secara patut
- f. Hak untuk mendapat pembinaan dan pendidikan konsumen
- g. Hak untuk diperlakukan atau dilayani secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif.
- h. Hak untuk mendapatkan kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian apabila barang dan/atau jasa yang diterima tidak sesuai dengan perjanjian atau tidak sebagaimana mestinya

7.2 Pasal 5 UUPK

Kewajiban Konsumen adalah:

- a. Membaca dan mengikuti petunjuk informasi dan prosedur pemakaian atau pemanfaatan barang dan/atau jasa, demi keamanan dan keselamatan
- b. Beritikad baik dalam melakukan transaksi pembelian barang dan/atau jasa
- c. Membayar sesuai dengan nilai tukar yang disepakati
- d. Mengikuti upaya penyelesaian hukum sengketa perlindungan konsumen secara patut

8. Hak dan Kewajiban Pelaku Usaha

8.1 Pasal 6 UUPK

Hak pelaku usaha adalah:

- a. Hak untuk menerima pembayaran yang sesuai dengan kesepakatan mengenai kondisi dan nilai tukar barang dan/atau jasa yang diperdagangkan
- b. Hak untuk mendapat perlindungan hukum dari tindakan konsumen yang beritikad tidak baik
- c. Hak untuk melakukan pembelaan diri sepatutnya didalam penyelesaian hukum sengketa konsumen
- d. Hak untuk rehabilitasi nama baik apabila terbukti secara hukum bahwa kerugian konsumen tidak diakibatkan oleh barang dan/atau jasa yang diperdagangkan

- e. Hak –hak yang diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan lainnya

8.2 Pasal 7 UUPK

Kewajiban Pelaku Usaha adalah:

- a. Beritikad baik dalam melakukan kegiatan usahanya
- b. Memberikan informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa serta memberi penjelasan penggunaan, perbaikan dan pemeliharaan
- c. Memperlakukan atau melayani konsumen secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif
- d. Menjamin suatu barang dan/atau jasa yang diproduksi dan/atau diperdagangkan berdasarkan ketentuan standar mutu barang dan/atau jasa yang berlaku
- e. Memberi kesempatan kepada konsumen untuk menguji dan/atau mencoba barang dan/atau jasa tertentu serta memberi jaminan dan/atau garansi atas barang yang dibuat dan/atau yang diperdagangkan.
- f. Memberi kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian atas kerugian akibat penggunaan, pemakaian dan pemanfaatan barang dan/atau jasa yang diperdagangkan
- g. Memberi kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian apabila barang dan/atau jasa yang diterima atau dimanfaatkan tidak sesuai dengan perjanjian.

9. Hak Menuntut Ganti Rugi

9.1 Pasal 19 ayat (1) UUPK, Pasal 12 ayat (1) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Pelaku usaha bertanggung jawab memberikan ganti rugi atas kerusakan, pencemaran, dan/atau kerugian konsumen akibat mengkonsumsi barang dan/atau jasa yang dihasilkan atau diperdagangkan.

9.2 Pasal 24 ayat (1) UUPK

Pelaku usaha yang menjual barang dan/atau jasa kepada pelaku usaha lain bertanggung jawab atas tuntutan ganti rugi dan/atau gugatan konsumen apabila:

- a. Pelaku usaha lain menjual kepada konsumen tanpa melakukan perubahan apapun atas barang dan/atau jasa tersebut
- b. Pelaku usaha lain didalam transaksi jual beli tidak mengetahui adanya perubahan barang dan/atau jasa yang dilakkan oleh pelaku usaha atau tidak sesuai dengan contoh, mutu dan komposisi.

9.3. Pasal 25 ayat (1) UUPK

Pelaku usaha yang memproduksi barang yang pemanfaatannya berkelanjutan dalam batas waktu sekurang-kurangnya 1 (satu) tahun wajib menyediakan suku cadang dan/atau fasilitas purna jual dan wajib memenuhi jaminan atau garansi sesuai dengan yang diperjanjikan.

Pasal 25 ayat (2) UUPK

Pelaku usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bertanggung jawab atas tuntutan ganti rugi dan/atau gugatan konsumen apabila pelaku usaha tersebut:

- a. Tidak menyediakan atau lalai menyediakan suku cadang dan/atau fasilitas perbaikan
- b. Tidak memenuhi atau gagal memenuhi jaminan atau garansi yang diperjanjikan

10. Rupa atau Wujud Ganti Rugi

10.1 Pasal 19 ayat (2) UUPK, Pasal 12 ayat (2) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa pengembalian uang atau penggantian barang dan/atau jasa yang sejenis atau setara nilainya, atau perawatan kesehatan dan/atau pemberian santunan yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku

10.2 Pasal 19 ayat (1) UUPK, Pasal 12 ayat (1) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001

Pelaku usaha bertanggung jawab memberikan ganti rugi atas kerusakan, pencemaran, dan/atau kerugian konsumen akibat mengkonsumsi barang dan/atau jasa yang dihasilkan atau diperdagangkan

10.3 Pasal 6 ayat (6) Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 01 Tahun 2006, tanggal 13 Maret 2006

Dalam mengadili sendiri, Majelis Hakim wajib memperhatikan ganti rugi sebagaimana diatur dalam Pasal 19 ayat (2) Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999.

11. Sanksi Administratif

11.1 Pasal 52 huruf (m) UUPK, Pasal 3 huruf (m) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001.

Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) bertugas dan berwenang menjatuhkan sanksi administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan UUPK.

11.2. Pasal 60 ayat (1) UUPK

Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) berwenang menjatuhkan sanksi administratif terhadap pelaku usaha yang melanggar Pasal 19 ayat (2) dan ayat (3).Pasal 20, Pasal 25 dan Pasal 26.

11.3. Pasal 19 ayat (2) UUPK

Ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa pengembalian uang atau penggantian barang dan/atau jasa yang sejenis atau setara nilainya, atau perawatan kesehatan dan/atau pemberian santunan yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

11.4. Pasal 19 ayat (3) UUPK

Pemberian ganti rugi dilaksanakan dalam tenggang waktu 7 (tujuh) hari setelah tanggal transaksi.

11.5. Pasal 20 UUPK

Pelaku usaha periklanan bertanggung jawab atas iklan yang diproduksi dan segala akibat yang ditimbulkan oleh iklan tersebut.

11.6. Pasal 25 ayat (1) UUPK

Pelaku usaha yang memproduksi barang yang pemanfaatannya berkelanjutan dalam batas waktu sekurang-kurangnya 1 (satu) tahun wajib menyediakan suku cadang dan/atau fasilitas purna jual dan wajib memenuhi jaminan atau garansi sesuai dengan yang diperjanjikan

11.7. Pasal 25 ayat (2) UUPK

Pelaku usaha sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bertanggung jawab atas tuntutan ganti rugi dan/atau gugatan konsumen apabila pelaku usaha tersebut :

- a. tidak menyediakan atau lalai menyediakan suku cadang dan/atau fasilitas perbaikan.
- b. tidak memenuhi atau gagal memenuhi jaminan atau garansi yang diperjanjikan

11.8. Pasal 26 UUPK

Pelaku usaha yang memperdagangkan jasa wajib memenuhi jaminan dan/atau garansi yang disepakati dan/atau diperjanjikan.

12. Rupa Atau Wujud Sanksi Administratif

Pasal 60 ayat (2) UUPK, Pasal 14 dan Pasal 40 ayat (3) huruf (b)
Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/ 2001

Sanksi administratif berupa penetapan ganti rugi paling banyak Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah).

13. Beban Pembuktian Menurut UUPK

Pasal 28 UUPK. Pasal 22 Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/12/2001

Pembuktian terhadap ada tidaknya unsur kesalahan dalam gugatan ganti rugi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 22, dan Pasal 23 merupakan beban dan tanggung jawab pelaku usaha.

14. Beban Pembuktian Menurut HIR DAN RBG Pasal 163 HIR, Pasal 283

Rbg.

Barangsiapa yang menyatakan mempunyai barang sesuatu hak atau menyebutkan sesuatu kejadian untuk meneguhkan haknya itu, atau untuk membantah hak orang lain, maka orang itu harus membuktikan adanya hak itu atau kejadian itu.

15. Alat Bukti Menurut UUPK

Pasal 21 Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/21/ 2001

- a. barang dan/atau jasa.
- b. keterangan para pihak yang bersangkutan.
- c. keterangan saksi dan/atau saksi ahli.
- d. surat dan/atau dokumen.
- e. bukti-bukti yang mendukung

16. Alat Bukti Menurut HIR dan RBG

Pasal 164 HIR, Pasal 284 Rbg.

Maka yang disebut bukti yaitu:

- a. bukti surat.
- b. bukti saksi.
- c. sangka.
- d. pengakuan.
- e. Sumpah

17. Putusan BPSK

Pasal 40 ayat (1) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/ Kep/12/2001

Putusan BPSK dapat berupa:

- a. perdamaian.
- b. gugatan ditolak: atau
- c. gugatan dikabulkan.

17.1. Kewajiban pelaku usaha

Pasal 40 ayat (2) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/ Kep/12/2001

Dalam hal gugatan dikabulkan, maka dalam amar putusan ditetapkan kewajiban yang harus dilaktikan pelaku usaha.

17.2. Rupa/wujud kewajiban pelaku usaha

Pasal 40 ayat (3) Kepmenperindag Nomor 350/MPP/Kep/ 12/2001

Kewajiban sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) berupa pemenuhan:

- a. ganti rugi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12 ayat (2) dan atau:
- b. sanksi administratif berupa penetapan ganti rugi paling banyak Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah).

Sebagai kerangka pemikiran dalam penelitian ini digunakan teori negara hukum kesejahteraan mengandung dua unsur pokok, yaitu penyelenggaraan negara dalam koridor hukum dan pemenuhan hak dasar manusia. Menurut Lili Rasjidi dan I.B. Wyasa Putra, tujuan hukum adalah kesejahteraan yang sebesar-besarnya bagi sebagian terbesar rakyat atau bagi seluruh rakyat, dan evaluasi hukum dilakukan berdasarkan akibat-akibat yang dihasilkan dari proses penerapan hukum. Sejalan dengan teori utility Jeremy Bentham, Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi menyarankan agar pembentuk undang-undang hendaknya merefleksikan keadilan bagi semua individu, sehingga menciptakan kebahagiaan yang terbesar bagi masyarakat yang lebih luas. Sedangkan keadilan merupakan *conditio sine qua non* dalam hukum. Pengertian 'keadilan' dalam konteks Indonesia, berdasarkan Pembukaan UUD 1945 dan Perubahannya serta sila kelima Pancasila, sebagai *rechtside* dan *rechtsphilosophie* dari hukum yang berlaku di Indonesia, adalah keadilan sosial yang berakar pada kolektivitas. Keadilan sosial dalam konteks hukum ekonomi sosial adalah pembagian hasil pembangunan ekonomi nasional secara adil dan merata sesuai hak asasi manusia Indonesia, dan menyeimbangkan antara kepentingan individu dengan kepentingan masyarakat secara umum. Namun, untuk mencapai keadilan sosial tidak lepas dari kepastian hukum.

Berkaitan dengan hal tersebut dikaitkan juga dengan teori John Rawls yang mengemukakan teori *keadilan fairness* atau "*Justice is Fairness*", bahwa perlu keadilan yang diformalkan melalui konstitusi dan hukum sebagai basis pelaksanaan hak dan kewajiban individu dalam interaksi sosial atau

keadilan formal menurut kesamaan minimum bagi segenap masyarakat. Walaupun keadilan formal diperlukan, namun belum mendukung dan mendorong penuh suatu masyarakat yang tertata baik (*well-ordered society*). Suatu konsep keadilan hanya dapat secara efektif mengatur masyarakat apabila konsep yang bersangkutan dapat diterima secara umum, dan memberikan perlakuan yang sama bagi semua anggota masyarakat yang terakomodasi dalam keadilan regulatif, mengandung pengakuan akan kebebasan dan kesamaan bagi semua, sedangkan keadilan formal yang cenderung dipaksakan secara sepihak, khususnya oleh penguasa harus dihindari. Perlu langkah lanjutan menyeberangi keadilan formal kepada rumusan teori keadilan yang memberi tempat kepada semua pihak yang terjangkau kebijakan publik tertentu.

Rawls sebagai teori keadilan dipercaya bersifat kontrak yang menjamin semua pihak secara *fair*. Keadilan juga harus dipahami sebagai *fairness*, dalam arti bahwa tidak hanya mereka yang memiliki bakat dan kemampuan yang lebih baik saja yang berhak menikmati berbagai manfaat sosial lebih banyak, tetapi keuntungan tersebut juga harus membuka peluang bagi mereka yang kurang beruntung untuk meningkatkan prospek kehidupan. Penerapan keadilan sebagai *fairness*, Rawls menyaratkan tiga hal :

Pertama, *person* moral sebagai basis konsep keadilan, menegaskan bahwa *person* moral mendasar ditandai oleh dua kemampuan moral, yakni:

- (1) kemampuan untuk mengerti dan bertindak berdasarkan rasa keadilan dan dengan itu juga didorong untuk mengusahakan suatu kerja sama sosial, dan
- (2) kemampuan untuk membentuk, merevisi dan secara rasional

mengusahakan terwujud konsep yang baik, yang mendorong semua orang untuk mengusahakan terpenuhi nilai-nilai dan manfaat-manfaat primer bagi dirinya. Dua bentuk kemampuan moral yang dimiliki oleh setiap *person* ini menguatkan individu sebagai *person* yang rasional, bebas dan berderajat sama. Kemampuan-kemampuan moral itu juga memungkinkan setiap *person* untuk bertindak sesuai dengan prinsip-prinsip keadilan, rasional dan otonom, menerapkan cara-cara dan tujuan-tujuan yang tepat bagi dirinya sendiri, juga kemampuan-kemampuan moral itu berfungsi sebagai motivasi dan nilai dalam diri sendiri yang pantas dan direalisasikan. Pandangan bahwa *person* moral sebagai basis konsep keadilan merefleksikan keyakinan dasar dan pandangan manusia sebagai *person* moral yang bersifat bebas, rasional dan berderajat sama, dengan demikian membawa hak dan kewajiban yang sama merupakan basis yang paling baik di mana konsep keadilan yang *fairness* bertumpu dan dikembangkan.

Kedua, keadilan prosedural murni (*pure procedural justice*), sebagai *fairness* harus berproses sekaligus terefleksi melalui suatu prosedur yang adil untuk menjamin hasil yang adil pula. Meskipun ditemukan beranekaragam konsep keadilan yang dianut oleh masyarakat yang berbeda, selalu ditemukan kesamaan-kesamaan tertentu dalam konsep yang beragam. Berdasarkan fakta bahwa ada perbedaan tidak berarti masyarakat sebagai suatu keseluruhan tidak mampu melihat suatu perwujudan sejati apa yang disebut keadilan, meskipun menganut konsep keadilan yang berbeda-beda, masyarakat secara keseluruhan selalu bisa membedakan apa itu adil dan yang tak adil. Tekanan pada hak dan kewajiban serta relevansi dengan konsep keadilan bagi suatu

kerja sama sosial memperlihatkan bahwa teori keadilan Rawls memusatkan perhatian pada masalah keadilan sosial, adalah bagaimana mendistribusikan hak dan kewajiban secara seimbang dalam masyarakat di mana setiap orang berpeluang memperoleh manfaat dan secara nyata menanggung beban yang sama. Demi menjamin distribusi yang *fair*, mendorong kerja sama sosial maka prinsip-prinsip pertama keadilan yang berfungsi sebagai panduan harus merupakan hasil dari kesepakatan yang *fair*, dalam arti keadilan sebagai *fairness* adalah keadilan procedural murni (*pure procedural justice*).

Ketiga, menurut John Rawls keadilan sebagai *pure procedural justice* hanya akan terjamin dengan baik apabila struktur masyarakat sendiri memang adil, artinya dibutuhkan suatu masyarakat ideal yang teratur memungkinkan prinsip-prinsip keadilan dapat diterapkan secara efektif. Gagasan tentang masyarakat yang baik memiliki corak pokok bahwa masyarakat harus secara efektif diatur oleh suatu konsep keadilan yang diterima oleh semua orang, anggota masyarakat yang tertata baik juga terlihat sebagai *person-person* moral yang bebas dan sama sebagai lembaga-lembaga sosial dasar yang telah ditetapkan bersama harus menciptakan rasa keadilan yang mampu mempengaruhi tingkah laku serta mendukung pertumbuhan rasa keadilan dalam diri segenap anggota masyarakat. Kondisi masyarakat yang baik bagi Rawls seperti digambarkan juga oleh Francis Fukuyama, sebagai *civil society* yang diciptakan secara teratur oleh kehadiran aturan-aturan moral.

Rawls memperkenalkan dua prinsip keadilan : pertama yang berisi kesamaan dalam kebebasan (*the principle of great liberty*) dan prinsip keadilan kedua pada prinsip *Different* (perbedaan). Prinsip keadilan pertama

bersifat umum yang nanti melahirkan prinsip kedua. Isi dan prinsip keadilan pertama dirumuskan Rawls dengan "semua nilai-nilai sosial kebebasan dan kesempatan, pendapatan dan kekayaan, dan basis harga diri harus didistribusikan secara sama". Suatu distribusi yang tidak sama atas nilai sosial hanya diperbolehkan apabila memang bermanfaat bagi orang banyak. Dalam hal ini terjadi perbedaan pemikiran Rawls, dengan para pemikir Amerika lainnya yang bercorak *individualistis-kapitalis* yang menjadi ciri khas mereka. Tetapi Rawls lebih mencerminkan pandangan yang lebih sosialis demokrat. Selanjutnya bagaimana konsep-konsep mikro ekonomi tersebut diterapkan terhadap masalah-masalah hukum. Pendekatan analisa ekonomi dalam hukum ini lahir di Amerika Serikat yang menganut system *Common Law* di mana hakim memegang peranan penting dalam menetapkan apa yang merupakan hukum.

Analisis Ekonomi adalah menentukan pilihan dalam kondisi kelangkaan (*scarcity*). Dalam kelangkaan ekonomi diasumsikan bahwa individu atau masyarakat akan atau harus berusaha untuk memaksimalkan apa yang mereka ingin capai dengan melakukan sesuatu sebaik mungkin dalam keterbatasan sumber. Dalam hubungannya dengan *positive analysis* dari hukum, analisis akan bertanya bila kebijaksanaan (hukum) tersebut dilaksanakan, prediksi apa yang dapat kita buat yang mempunyai akibat ekonomi. Orang akan memberikan reaksi terhadap insentif atau disinsentif dari kebijaksanaan (hukum) tersebut. *Normative analysis* yang secara konvensional diartikan sebagai *welfare economics* cenderung akan bertanya apakah kebijaksanaan (hukum) yang diusulkan atau perubahan hukum yang

dilakukan akan berpengaruh terhadap cara orang untuk mencapai apa yang dinginkannya? Dalam hubungan ini dua konsep efisiensi menjadi penting : *Pareto Efficiency* (nama seorang ahli ekonomi Italia abad yang lalu) dan "*Kaldor-Hicks Efficiency*" (nama dua ahli ekonomi Inggris). *Pareto Efficiency* akan bertanya apakah kebijaksanaan atau perubahan hukum tersebut membuat seseorang lebih baik dengan tidak mengakibatkan seseorang lainnya bertambah buruk? Sebaliknya *Kaldor-Hicks Efficiency* akan mengajukan pertanyaan apakah kebijaksanaan atau perubahan hukum tersebut akan menghasilkan keuntungan yang cukup bagi mereka yang mengalami perubahan itu, sehingga ia secara hipotetis dapat memberikan kompensasi kepada mereka yang dirugikan akibat kebijaksanaan atau perubahan hukum tersebut. Pendekatan yang terakhir ini adalah *cost-benefit analysis*.

Keadilan distributif sebagaimana dikemukakan oleh John Rawls merupakan kewajiban negara yang harus memberikan kepada warganya kesejahteraan, namun dengan dilakukan privatisasi pada beberapa perusahaan baik tingkat daerah maupun tingkat pusat seperti halnya BUMN/BUMD sangat bertentangan dengan ketentuan dalam Pasal 33 UUD 1945 menyangkut hajat hidup orang banyak. Dengan dilakukan privatisasi maka aset perusahaan akan beralih ke tangan investor asing dalam hal pengelolaan, berdampak pada perekonomian Indonesia. Untuk mengatasi hal tersebut maka apa yang dikemukakan oleh John Rawls seharusnya Pemerintah Indonesia tidak melakukan privatisasi seperti yang terjadi saat ini.

Pendekatan analisis ekonomi dalam hukum, menekankan kepada *cost-benefit*, yang kadang-kadang oleh sebagian orang dianggap tidak mendatangkan keadilan. Konsentrasi ahli ekonomi yang tertuju kepada efisiensi, tidak terlalu merasakan perlunya unsur keadilan (*justice*). Hal ini tentu dibantah oleh penganut-penganut pendekatan analisis ekonomi dalam hukum. Pertama dikatakan, bahwa tidak benar ekonom tidak memikirkan keadilan. Dalam usaha menentukan *klaim normative* mengenai pembagian pendapatan dan kesejahteraan, seseorang mesti memiliki filosofi politik melebihi pertimbangan ekonomi semata-mata. Kedua, ekonomi menyediakan kerangka di dalam mana pembahasan mengenai keadilan dapat dilakukan. Para ekonom telah memperlihatkan bahwa jika kondisi-kondisi untuk adanya pasar yang kompetitif memuaskan, hasil yang diperoleh adalah efisiensi pareto. Sama juga, tiap hasil dari efisiensi pareto dapat dikembangkan dari distribusi asset lebih dulu yang menimbulkan kondisi kompetitif.

Keadilan tidak boleh dipandang sama arti dengan persamarataan, keadilan bukan berarti bahwa tiap-tiap orang memperoleh bagian yang sama. Aristoteles dalam bukunya *Rhetorica* membagi keadilan dalam dua macam keadilan yaitu keadilan distributif dan keadilan commutatif. Keadilan distributif ialah keadilan yang memberikan kepada setiap orang jatah menurut jasanya. Ia tidak menuntut supaya tiap-tiap orang mendapat bagian yang sama banyaknya, bukan persamaan, melainkan keseimbangan. Keadilan Commutatif ialah keadilan yang memberikan pada setiap orang sama banyaknya, dengan tidak mengingat jasa-jasa perseorangan. Keadilan ini berperan dalam tukar menukar pertukaran barang dan jasa, dalam mana

sebanyak mungkin harus terdapat persamaan antara apa yang dipertukarkan. Keadilan Commutatif lebih menguasai hubungan antara perseorangan khusus sedangkan keadilan distributif terutama berkenaan dengan hubungan antara masyarakat khususnya negara dengan perseorangan khusus

Semakin tepat dan tajam peraturan hukum itu, maka keadilan semakin terdesak, itulah arti *summum ius summa iniuria*. Keadilan yang tertinggi adalah ketidakadilan yang tertinggi. Indonesia adalah negara Pancasila. Pancasila merupakan dasar negara Indonesia, tertuang dalam pembukaan UUD 1945. Negara Indonesia didirikan dengan dasar falsafah Pancasila, tertuang dalam pembukaan UUD 1945

Dalam perjanjian perpajakan jika dikaitkan dengan prinsip-prinsip yang diatur dalam UNIDROIT pada dasarnya menyangkut mengenai perjanjian sebagaimana dituangkan dalam ketentuan Pasal 1320 KUH Perdata dan Pasal 1338 KUH Perdata yang intinya adalah setiap perjanjian yang dibuat oleh para pihak dianggap sebagai undang-undang, prinsip inilah yang tertuang didalam UNIDROIT.

Prinsip-prinsip dalam hukum kontrak komersial internasional yang disusun oleh UNIDROIT merupakan salah satu upaya untuk mengupayakan standarisasi prinsip hukum kontrak yang memuat hak dan kewajiban para pihak pada saat menerapkan prinsip kebebasan berkontrak. Hal ini disebabkan prinsip kebebasan jika tidak diatur dapat membahayakan pihak yang lemah posisinya atau fleksibilitasnya akan menjadi alat penekan pihak tertentu. Dengan demikian, untuk memahami keseimbangan para pihak, diterapkan prinsip keseimbangan pengadilan atau arbitrase yang kritis melihat

kepincangan dalam kontrak agar diperoleh putusan yang adil dalam menerapkan kebebasan berkontrak dengan berpedoman pada prinsip UNIDROIT.

Adapun prinsip dalam kontrak komersial internasional UNIDROIT terdapat duabelas macam sebagai berikut.

1. Prinsip kebebasan berkontrak.
2. Prinsip itikad baik (*good faith*) dan transaksi jujur (*fair dealing*).
3. Prinsip diakuinya kebiasaan transaksi bisnis di negara setempat.
4. Prinsip kesepakatan melalui penawaran (*offer*) dan penerimaan (*acceptance*) atau melalui tindakan.
5. Prinsip larangan bernegosiasi dengan itikad buruk.
6. Prinsip kewajiban menjaga kerahasiaan.
7. Prinsip perlindungan pihak lemah dan syarat-syarat baku.
8. Prinsip syarat sahnya kontrak.
9. Prinsip dapat dibatalkannya kontrak bila mengandung perbedaan besar (*gross disparity*).
10. Prinsip *contra proferentem* dalam penafsiran kontrak baku.
11. Prinsip menghormati kontrak ketika terjadi kesulitan (*hardship*).
12. Prinsip pembebasan tanggung jawab dalam keadaan memaksa (*force majeure*).

Keduabelas prinsip tersebut tercipta sebagai *lex mercatoria* atau hukum kebiasaan komersial internasional (*international commercial customary law*),²¹² menjadi hukum kebiasaan bagi masyarakat bisnis dalam proses pembuatan dan pelaksanaan kontrak bisnis. Hukum tersebut

²¹² Taryana Soenandar, *Prinsip-prinsip UNIDROIT sebagai Sumber Hukum Kontrak dan Penyelesaian Sengketa Bisnis Internasional*, Jakarta: Sinar Grafika, 2004, hlm. 15.

hakikatnya dikembangkan dan diberi kekuatan mengikat oleh pengadilan niaga (*mercantile courts*) yang diselenggarakan oleh pedagang untuk menyelesaikan perselisihan di antara mereka.²¹³

Secara garis besar prinsip yang dimuat dalam UNIDROIT adalah mengharmonisasikan hukum kontrak komersial nasional dengan persoalan yang netral. Dalam prinsip pertama mengenai kebebasan berkontrak, UNIDROIT mewujudkannya dalam lima bentuk prinsip, yaitu (1) kebebasan menentukan isi kontrak (*the parties are free to enter into a contract and determine its content*), (2) kebebasan menentukan bentuk kontrak, yang menentukan kesederhanaan dalam pembuatan kontrak, sehingga tidak harus selalu tertulis, tetapi para pihak menyepakatinya, kecuali ditentukan undang-undang yang mengharuskan dengan bentuk yang formalistis, (3) kontrak mengikat sebagai undang-undang, yang merupakan realisasi prinsip *pactasunt servanda*, sehingga setiap persetujuan melahirkan kontrak, demikian juga pengakhiran membutuhkan persetujuan para pihak, kecuali suatu pengakhiran ditentukan syaratnya secara mengikat dalam kontrak, (4) aturan memaksa (*mandatory rules*) sebagai pengecualian dalam kebebasan berkontrak dapat menghalangi kebebasan berkontrak, meliputi (a) aturan hukum memaksa yang berlaku dalam prinsip-prinsip UNIDROIT sendiri, aturan memaksa yang berlaku apabila prinsip-prinsip UNIDROIT dipilih sebagai hukum yang mengatur kontrak; (b) aturan memaksa berdasarkan hukum perdata internasional yang relevan, dan (5) sifat internasional dan tujuan prinsip-prinsip UNIDROIT yang harus diperhatikan dalam penafsiran kontrak yang

²¹³*Ibid*, hlm. 19

terkait dengan hal yang harus diperhatikan dalam penafsiran kontrak, meliputi (a) Penafsiran prinsip-prinsip UNIDROIT berbeda dengan penafsiran terhadap kontraknya, (b) dalam menafsirkan prinsip-prinsip UNIDROIT harus memperhatikan sifat internasionalnya dan tujuannya, (c) dimungkinkan ada penambahan terhadap ketentuan prinsip-prinsip UNIDROIT. Dengan demikian penafsiran kontrak komersial internasional harus memperhatikan sifat internasional.²¹⁴

Prinsip kedua berkaitan dengan itikad baik dan transaksi jujur, hakikatnya diterjemahkan dalam tiga hal, yaitu itikad baik dan transaksi jujur sebagai prinsip dasar yang melandasi kontrak, prinsip itikad baik dan transaksi jujur ditekankan pada praktik perdagangan internasional, dan prinsip itikad baik dan transaksi jujur bersifat memaksa. Prinsip ini hakikatnya mengatur hubungan hukum yang netral dan tidak dimaksudkan menentukan standar yang dipakai hukum nasional.²¹⁵

Prinsip ketiga mengenai praktik kebiasaan dalam transaksi bisnis sebagai hukum memaksa diterapkan dengan menekankan pada enam hal, yaitu (1) praktik kebiasaan harus memenuhi 'criteria tertentu, (2) Praktik kebiasaan yang berlaku di lingkungan para pihak, (3) praktik kebiasaan yang disepakati, (4) praktik kebiasaan lain yang diketahui luas atau rutin dilakukan, (5) praktik kebiasaan yang tidak benar, dan (6) praktik kebiasaan setempat yang berlaku mengesampingkan aturan umum. Menurut prinsip ini, praktik kebiasaan yang berlaku di antara para pihak secara otomatis mengikat para pihak, kecuali disepakati secara tegas untuk mengabaikannya. Para pihak

²¹⁴*Ibid*, hlm. 37-40

²¹⁵*Ibid*, hlm. 44

dapat menegosiasikan segala syarat kontrak termasuk penerapan kebiasaan setempat yang berlaku.²¹⁶

Prinsip keempat berkaitan dengan kesepakatan melalui penawaran dan penerimaan dan melalui perilaku hakikatnya menunjukkan persetujuan terjadi karena dua hal, yaitu penawaran dan penerimaan, serta perilaku yang menunjukkan adanya persetujuan untuk terikat kontrak. Dengan demikian prinsip UNIDROIT adalah dengan tercapainya kata sepakat saja sudah cukup melahirkan kontrak, sehingga digunakan untuk menentukan apa dan kapan para pihak telah mencapai kata sepakat. Ada dua syarat agar penawaran mengikat dan menyepakati untuk segera mengikatkan din dalam kontrak, yaitu (1) adanya persetujuan pihak yang ditawarkan untuk menutup kontrak melalui penerimaan dan (2) adanya persetujuan dan pihak yang menawarkan untuk terikat apabila ada penerimaan. Adapun penerimaan tidak perlu dilakukan melalui cara yang khusus, cukup dengan petunjuk adanya persetujuan, baik secara tegas maupun diam-diam. Di sisi lain penerimaan menjadi efektif pada saat pemberitahuan persetujuan sampai pada pihak yang menawarkan.²¹⁷

Prinsip kelima berkaitan dengan larangan bernegosiasi dengan itikad buruk menunjukkan tanggung jawab hukum telah lahir pada proses negosiasi, sehingga berlaku kebebasan bernegosiasi, tanggung jawab atas negosiasi dengan itikad buruk, dan tanggung jawab atas pembatalan negosiasi dengan itikad buruk. Dengan kata lain negosiasi tetap dilandasi dengan itikad baik dan transaksi jujur. Apabila dirugikan, pihak yang dirugikan dapat meminta pengembalian biaya yang telah dikeluarkan ketika negosiasi dan mengganti

²¹⁶*Ibid*, hlm. 45

²¹⁷*Ibid*, hlm. 52

kerugian atas kehilangan kesempatan untuk melakukan kontrak dengan orang ketiga. Dalam hal pembatalan negosiasi juga harus tunduk pada prinsip itikad baik dan transaksi jujur.²¹⁸

Prinsip keenam berkaitan dengan kewajiban menjaga kerahasiaan atas informasi yang diperoleh saat negosiasi perlu dijaga apabila memang disepakati dan wajib disimpan. Para pihak bebas menentukan fakta mana yang relevan dengan transaksi yang dianggap rahasia atau bukan rahasia. Pelanggaran atas prinsip kerahasiaan ini menimbulkan tanggung jawab untuk mengganti kerugian.²¹⁹

Berkaitan dengan prinsip ketujuh mengenai perlindungan pihak lemah dalam syarat baku, UNIDROIT menentukan batasan tidak diperolehkannya adanya syarat yang janggal dengan empat kategori, yaitu syarat-syarat janggal sehingga syarat baku tidak efektif, syarat-syarat "itu janggal" menurut isinya, syarat-syarat "itu janggal" menurut bahasa dan penyajiannya, dan dimungkinkan penerimaan secara tegas atas syarat "janggal" tersebut. Dalam hal penerimaan syarat baku, salah satu pihak harus mengetahui secara pasti isi dan mengerti akibatnya. Di sisi lain, meskipun salah satu pihak menerima pun, tetapi jika dapat dibuktikan syarat tersebut isi, bahasa, dan penampilannya memiliki sifat tidak wajar, dapat dikatakan tidak terikat kepadanya. Alasannya adalah menghindari syarat baku untuk mengambil keuntungan dan posisi orang lain secara tidak semestinya atau melindungi pihak yang secara ekonomis lebih lemah dan kurang berpengalaman; bahkan syarat baku juga dapat dianggap janggal apabila isi syarat-syarat tersebut secara patut tidak

²¹⁸*Ibid*, hlm. 56

²¹⁹*Ibid*, hlm. 57

layak dijadikan syarat dan bukan lahir dan negosiasi. Suatu syarat yang tidak efektif atau tidak lazim dalam sektor perdagangan termasuk syarat baku yang janggal. Dalam hal pilihan keberlakuan antara syarat baku dan syarat yang tidak baku tetapi telah disepakati, prinsip UNIDROIT yang berlaku adalah yang terakhir (*the last shot doctrine*). Dengan demikian ketentuan perjanjian yang bertentangan dengan yang termuat dalam syarat baku berlaku apabila mencerminkan kehendak para pihak. Dalam hal kontrak dengan syarat bakudisepakati, kontrak terjadi atas dasar syarat yang disetujui dan atas syarat baku yang substansinya sudah biasa atau lazim (*knock out doctrine*), kecuali secara tegas menolak atas syarat baku yang ditetapkan.²²⁰

Prinsip kedelapan mengenai syarat sahnya kontrak adalah kontrak yang sah tidak mungkin muncul dan tiga alasan, yaitu tidak memiliki kemampuan, tidak memiliki kewenangan, serta amoralitas dan ilegalitas. Sahnya kontrak diatur berdasarkan aspek kesepakatan saja, sehingga kontrak sah apabila harta yang menjadi objek kontrak belum ada pada saat pembuatan kontrak. Selain itu, mengenai pembatalan kontrak apabila ada kesalahan baik mengenai fakta maupun mengenai hukum yang diberikan kesempatan perbaikan kesalahan sebelum dinyatakan wanprestasi, penipuan, dan ancaman, serta perbedaan besar (*gross disparity*)²²¹

Prinsip kesembilan mengenai kontrak yang mengandung perbedaan besar dapat dibatalkan merupakan pelaksanaan dan prinsip itikad baik dan transaksi jujur serta keseimbangan dan keadilan. Dalam prinsip ini salah satu pihak dapat membatalkan seluruh atau sebagian syarat individual kontrak

²²⁰*Ibid*, hlm. 62-63

²²¹*Ibid*, hlm. 65

apabila kontrak atau syarat tersebut secara tidak sah memberikan keuntungan yang berlebihan kepada salah satu pihak. Hal demikian didasarkan pada dua hal, yaitu (1) fakta pihak lain telah mendapatkan keuntungan secara curang dan ketergantungan, kesulitan ekonomi atau kebutuhan yang mendesak, atau dari keborosan, ketidaktahuan, kekurangpengalaman atau kekurangahlian dalam tawar-menawar, dan (2) sifat dan tujuan dari kontrak. Dengan demikian permintaan pembatalan kontrak oleh pihak yang berhak, pengadilan dapat mengubah kontrak atau syarat agar sesuai dengan standar komersial yang wajar dan transaksi yang jujur. Pengadilan dapat mengubah seluruh atau sebagian syarat atas permintaan pihak yang berhak atas tiga alasan, yaitu (1) posisi tawar-menawar yang tidak seimbang, (2) sifat dan tujuan kontrak, dan (3) faktor lain, sehingga menimbulkan hak untuk membatalkan dan mengubah kontrak. Selain itu pembatalan kontrak apabila terjadi perbedaan mencolok (*gross disparity*) yang memberikan keuntungan berlebihan secara tidak sah kepada salah satu pihak. Maksud keuntungan yang berlebihan secara tidak sah adalah perbedaan penting dalam harga dan unsur lain yang mengganggu keseimbangan pelaksanaan yang menjadi alasan pembatalan atau perubahan kontrak. Adapun tidak sah dinilai dari keuntungan yang tidak jujur dari kebergantungan, kesulitan ekonomi, atau kebutuhan mendesak pihak lain, keborosan, ketidaktahuan, ketidakahlian, atau ketidakpengalaman dalam proses negosiasi. Faktor kedua adalah sifat dan tujuan kontrak yang menekankan klausula dan tindakan berlebihan kepada salah satu pihak yang menyalahgunakan posisi yang terlalu kuat dalam pelaksanaan kontrak. Ketiga, permintaan pembatalan dilakukan pengadilan agar sesuai dengan standar

kontrak komersial internasional. Atas kondisi tersebut kontrak tidak harus menjadi batal, tetapi dapat diperkuat kontrak untuk menjamin kepastian hukum.

Prinsip kesepuluh adalah *contra proferentem* dalam penafsiran kontrak baku yang hakikatnya menyatakan jika syarat kontrak yang diajukan salah satu pihak tidak jelas, penafsiran yang berlawanan harus didahulukan. Oleh sebab itu jika rumusan pasal tidak jelas, diberikan preferensi penafsiran yang berlawanan dengan pihak pembuatan syarat baku tersebut, yang caranya bergantung pada keadaan atas kasus yang dihadapi, sifat kekurangan syarat kontrak yang merupakan pokok objek negosiasi lebih lanjut antarpada pihak, dan pembenaran untuk menafsirkan syarat itu yang melawan pihak pembuat klausul baku tersebut. Dalam hal ketidakcocokan bahasa kontrak, prioritas penafsiran digunakan menurut versi asli dan kontrak, yang ketepatan dalam menentukan syarat harus memperhatikan juga kehendak para pihak, sifat dan tujuan kontrak, itikad baik dan transaksi wajar, serta kelayakan.²²²

Prinsip kesebelas adalah menghormati kontrak ketika terjadi kesulitan dimaknai sebagai keadaan kontrak dalam pelaksanaan terlalu berat sebelah yang menyulitkan salah satu pihak dapat dilakukan peninjauan kontrak dengan memperhatikan sifat mengikat kontrak sebagai aturan umum dan perubahan keadaan yang relevan dengan kontrak jangka panjang. Kontrak sebagai suatu ikatan harus dihormati, tetapi kondisi demikian dikecualikan dalam hal terjadi kesulitan dalam bentuk peristiwa yang secara fundamental mengubah keseimbangan kontrak yang disebabkan oleh biaya pelaksanaan kontrak

²²²*Ibid*, hlm. 69-70

semakin meningkat atau pelaksanaan kontrak bagi pihak penerima menurun, sehingga terjadi empat hal sebagai berikut.

1. Peristiwa itu terjadi atau diketahui oleh pihak yang dirugikan setelah penutupan kontrak.
2. Peristiwa tidak dapat diperkirakan secara semestinya oleh pihak yang dirugikan pada saat penutupan kontrak.
3. Peristiwa terjadi di luar control dan pihak yang dirugikan.
4. Risiko peristiwa tidak diperkirakan oleh pihak yang dirugikan.

Dengan demikian ada tiga kriteria untuk menentukan unsur kesulitan (*hardship*), yaitu perubahan keseimbangan kontrak secara fundamental, meningkatnya ongkos pelaksanaan kontrak, dan menurunnya nilai pelaksanaan kontrak yang harus diterima oleh salah satu pihak. Sementara itu syarat alasan adanya kesulitan agar dapat dimintakan peninjauan secara hukum harus memenuhi empat alasan di atas. Adanya klausula kesulitan lazimnya relevan diterapkan pada kontrak jangka panjang, di mana terjadi perubahan keadaan yang dalam jangka waktu tertentu dalam pelaksanaan kontrak menyebabkan terjadinya kondisi kesulitan bagi salah satu pihak. Dalam hal terjadi kesulitan dalam kontrak tersebut, ditetapkan prosedur penyelesaiannya dengan cara:

1. pihak yang dirugikan berhak meminta renegotiasi kontrak kepada pihak lain, harus diajukan segera dengan menunjukkan dasarnya;
2. permintaan renegotiasi tidak dengan sendirinya memberikan hak kepada pihak yang dirugikan untuk menghentikan pelaksanaan kontrak;
3. apabila para pihak dapat mencapai kesepakatan dalam jangka waktu yang wajar, masing-masing pihak dapat mengajukan ke pengadilan; atau

4. apabila pengadilan membuktikan adanya kesulitan, pengadilan dapat memutuskan untuk mengakhiri kontrak pada tanggal dan jangka waktu yang pasti atau mengubah kontrak untuk mengembalikan keseimbangan.

Dalam prosedur renegotiasi yang utama adalah tetap dilaksanakan dengan itikad baik di mana kesulitan terjadi secara nyata dan tidak meminta renegotiasi sebagai manuver atau tipu muslihat untuk menunda pelaksanaan kontrak. Pelaksanaan renegotiasi harus dilakukan secara konstruktif dengan membuka saling pengertian dan pemahaman.²²³

Prinsip keduabelas adalah pembebasan tanggung jawab dalam keadaan memaksa sebagai prinsip terakhir sebagai bentuk pemaaf atas wanprestasi karena keadaan memaksa dengan menyatakan keadaan sebagai berikut.

1. Wanprestasi yang dilakukan oleh salah satu pihak dapat dimaafkan apabila pihak tersebut dapat membuktikan bahwa wanprestasinya disebabkan oleh suatu rintangan di luar pengawasannya, dan hal itu secara wajar tidak diharapkan akan terjadi.
2. Apabila rintangan hanya bersifat sementara, pemberian maaf akan berakibat hukum atas jangka waktu dengan memperhatikan akibat dari rintangan pelaksanaan kontrak.
3. Pihak yang gagal melaksanakan kontrak harus memberitahukan pihak lain tentang rintangan dan akibat terhadap kemampuannya untuk melaksanakan kontrak. Jika pemberitahuan itu tidak diterima oleh pihak lain dalam jangka waktu yang wajar, setelah pihak yang gagal melaksanakan

²²³*Ibid*, hlm. 71-79

mengetahui atau seharusnya telah mengetahui adanya rintangan, ia bertanggung jawab atas kerugian akibat dan tidak diterimanya pemberitahuan.

4. Pasal ini tidak mencegah salah satu pihak menggunakan haknya mengakhiri kontrak, menahan pelaksanaan kontrak, atau meminta pembayaran bunga atas uang yang telah jatuh tempo.²²⁴

²²⁴*Ibid*, hlm. 80

BAB V PENUTUP

A. Kesimpulan

Adapun kesimpulan dari tesis ini adalah sebagai berikut:

1. Kontrak baku adalah kontrak yang dibuat secara sepihak dalam format tertentu dan massal (banyak) oleh pihak yang mempunyai kedudukan dan posisi tawar-menawar yang lebih kuat, di dalamnya memuat klausula-klausula (pasal-pasal) yang tidak dapat dan tidak mungkin dirundingkan atau diubah oleh pihak lainnya dan mempunyai kedudukan atau posisi tawar-menawar yang lebih lemah selain menyetujui (*take it*) atau menolaknya (*leave it*), bertujuan menghemat biaya, waktu dan tenaga serta mempermudah praktik hukum perancangan dan pelaksanaan kontraknya.

Namun dengan kelahiran Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, dalam ketentuan Pasal 18 menyatakan klausula baku dalam suatu perjanjian adalah dilarang. Namun jika para pihak menerima maka hal tersebut “sah” sebagai undang-undang sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata. Akan tetapi pasal 1338 tersebut dibatasi dengan ketentuan Pasal 1337 KUH Perdata yang menentukan bahwa “suatu sebab adalah terlarang apabila dilarang oleh Undang-undang atau apabila bertentangan dengan kesusilaan atau ketertiban umum.

2. Jika terjadi wanprestasi, maka penyelesaiannya dengan digunakan melalui litigasi dan non litigasi sebagaimana diatur dalam Undang-undang Nomor

8 Tahun 1999. Ketentuan ini secara khusus memberikan perlindungan hukum terhadap konsumen perparkiran untuk memperoleh hak-haknya sesuai dengan apa yang seharusnya diatur oleh Undang-undang dan pengelola harus mentaati, kecuali dengan kondisi terpaksa (*foremajeur*).

B. Saran

1. Perlu diatur lebih tegas tentang kontrak standar dalam hukum positif tentang kontrak di Indonesia sehingga tidak bertentangan dengan Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999, Tentang Perlindungan Konsumen.
2. Pengelola Perparkiran harus memberikan perlindungan hukum terhadap konsumen perparkiran untuk memperoleh hak-haknya sesuai dengan apa yang seharusnya diatur oleh Undang-undang Nomor 8 tahun 1999, Tetang perlindungan konsumen dan pengelola harus tertib mentaati, kecuali dengan kondisi terpaksa (*foremajeur*).

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Adolf, Huala. *Dasar-dasar Hukum Kontrak Internasional*, Bandung: Refika Aditama, 2007
- Agustina Rosa, Hans Nicuwentius, Jaap Hijma dan Suharnoko, *Hukum Perikatan(Law of Obligation)*, Jakarta: UI, University Groningen, Pustaka Larasan, 2012
- Badruzaman, Mariam Darus. *Aneka Hukum Bisnis*, Bandung: Alumni, 1994.
- Baumer, David dan J.C. Poindexter, *Cyberlaw & E-Commerce*, Boston: McGraw Hill-Irwin, 2002.
- Gautama, Sudargo. *Kontrak Dagang Internasional*, Bandung: Alumni, 1980.
- Harahap, M. Yahya. *Arbitrase*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Hartono, C.F.G. Sunaryati. *Naskah Akademis Tentang Kontrak di Bidang Perdagangan*, Jakarta: BPHN Departemen Kehakiman, 1994.
- Himawan Charles dan Mochtar Kusumaadmadja, *Business Law: Contract and Business As-sociations*, Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, 1986
- Himawan, Charles. *Menerapkan Temuan Ilmiah Untuk Menangkis Kemiskinan Peran Hukum dalam Pembangunan Ekonomi*, Jakarta: Hukum dan Pembangunan Nomor 5 Tahun XXV, Oktober 1995.
- Juwana, Hikmahanto. *Hukum Internasional Dalam Konflik Kepentingan Ekonomi Negara Berkembang dan Negara Maju (Pidato Upacara Pengukuhan sebagai Guru Besar Tetap Dalam Ilmu Hukum Internasional Pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia)*, Depok: 10 November 2001.
- Khairandy Ridwan, *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Jakarta: FHUI, 2004
- Kusumohamidjojo, Budiono. *Dasar-dasar Merancang Kontrak*, Jakarta: Grasindo, 1998.
- Mulyadi, Kartini. *Hukum Kontrak Internasional dan Pengaruhnya Terhadap Perkembangan Hukum Nasional*, Jakarta: BPHN Departemen Kehakiman, 1995.

- Pangabean, Henry. *Penyalahgunaan Keadaan Sebagai Alasan Untuk Pembatalan Perjanjian*, Yogyakarta: Liberty, 2001.
- Patrik Purwahid, *Perjanjian Baku dan Penyalahgunaan Keadaan*, Semarang: FH. Universitas Diponegoro, Program Pascasarjana, 1989
- Pohan Amrul Partomuan, *Naskah Akademik di Bidang Perdagangan*, Jakarta: BPHN Dep. Kehakiman 1993
- Prodjodikoro, Wirjono. *Asas-asas Hukum Perdata*, Bandung: Sumur, 1992.
- Purba, Victor. *Kontrak Jual Beli Barang Internasional (Konvensi Vienna Tahun 1980)*, Jakarta: FH-UI, 2002.
- Purwadarminta, WJS. *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta: PN Balai Pustaka, 1984.
- Purwahid Patrik, “Masalah Kontrak dalam Perjanjian-perjanjian Kredit”, Makalah disampaikan dalam seminar sehari tentang Kontrak Perjanjian Kredit oleh Ikatan Notaris Surabaya tanggal 10 Npember 1992
- Satrio J. “Beberapa Segi Hukum Standarisasi Perjanjian Kredit”, Makalah disampaikan dalam seminar sehari tentang Kontrak Perjanjian Kredit oleh Ikatan Notaris Surabaya tanggal 10 Npember 1992
- Seto, Bayu. *Kontrak Jual Beli Internasional*, Jakarta: PPH, News Letter Nomor 11 Tahun III.
- Sjahdeini, Sutan Remy. *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1993
- Sjahdeini Sutan Remy, *Naskah Akademis Kontrak Hukum Bisnis*, Jakarta: BPPN, 1992
- Soenandar, Taryana. *Tinjauan atas Beberapa Aspek Hukum dari Prinsip-prinsip UNIDROIT & CISG*. Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2001
- Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI-Press, 1986)
- Subekti R. dan R. Tjiptosudibyoy, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Jakarta: Radnya Paramita, 1987.
- Subekti, *Pembinaan Hukum Nasional*, Jakarta: Alumni, 1975
- Subekti, R. *Aneka Hukum Perjanjian*, Bandung: Alumni, 1983.
- Subekti, R. dan R. Tjitro Sudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, Cet. XXV, Jakarta: PT. Pradnya Paramita.

- Vollmar, H.F.A. *Pengantar Studi Hukum Perdata Jilid II, Terjemahan I.S. Adiwimarta*, Jakarta: Radja Grafindo Persada, 1995.
- , *Dalam Kompilasi Hukum Perikatan (Dalam Rangka Menyambut Masa Purna Bakti Usia 70 Tahun Mariam Darus Badruzaman), Lex Mercatoria, merupakan hukum yang seragam atau hukum yang harmonis yang berlaku untuk setiap negara*, Bandung: P.T. Citra Aditya Bakti, 2002.
- , *Beberapa Tinjauan Tentang Permasalahan Hukum (Buku Kesatu)*, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1997.
- , *Hukum Perjanjian, Cet. Ke XIII*, Jakarta: PT. Intermeda, 1991.
- , *KUH Perdata Buku III Tentang Hukum Perikatan Dengan Penjelasan*, Bandung: Alumni, 1983.
- , *Prinsip-prinsip UNIDROIT sebagai Sumber Hukum Kontrak dan Penyelesaian Sengketa Bisnis Internasional*, Jakarta:Sinar Grafika, 2004
- , *Yahya. Beberapa Tinjauan Mengenai Sistem Peradilan dan Penyelesaian Sengketa*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997.
- , *Badruzaman, Mariam Darus. Perjanjian Kredit Bank*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1991.

B. Peraturan Perundang-undangan:

Burgelijk Wet Boek (BW)

Indonesia, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1994 Tentang Ratifikasi Perdagangan Bebas

Indonesia. Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang perubahan Undang-undang Nomor 7 tahun 1992 Tentang Perbankan.

Indonesia, Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen

Indonesia, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Indonesia, Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008 Tentang Tatacara Mediasi di Pengadilan

C. Makalah

- Gani, Abdoel. "Peranan Ilmu Hukum Dalam Pembangunan Indonesia", Makalah disampaikan pada Simposium Peranan Ilmu Hukum Dalam Pembangunan Indonesia, diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 7 Nopember 1984.
- Mulyadi, Kartini. "Hukum Kontrak Internasional dan Pengaruhnya Terhadap Perkembangan Hukum Nasional", (Jakarta: BPHN Departemen Kehakiman, 1995).
- Patrik, Purwahid. "Masalah Kontrak dalam Perjanjian-perjanjian Kredit", Makalah disampaikan dalam seminar sehari tentang Kontrak Perjanjian Kredit oleh Ikatan Notaris Surabaya tanggal 10 Nopember 1992.
- Prasetyo, Rudy. "Perbedaan Antara Kontrak Standar dan Kontrak Baku", Makalah disampaikan pada Program S-2 UNDIP, Semarang: 1995.
- Satrio, J. "Beberapa Segi Hukum Standarisasi Perjanjian Kredit", Makalah disampaikan dalam seminar sehari tentang Kontrak Perjanjian Kredit oleh Ikatan Notaris Surabaya tanggal 10 Npember 1992.
- Silalahi, Pande Radja. "Profesionalisme dan Etika Pengusaha Terhadap Kebijakan Ekonomi Pemerintah", Seminar Peran Hukum Bisnis Menghadapi Era AFTA dan APEC", Diselenggarakan Senat Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Garden Palace Hotel, Surabaya, 6 Maret 1997.