DIALEKTIKA HUKUM KONTRAK DAN PERLINDUNGAN KONSUMEN BISNIS *ON-LINE*



Marulak Pardede, S.H., M.H., APU.
(Ahli Peneliti Utama Bidang Hukum)

PENGAYOMAN

BALITBANGKUMHAM Press

DIALEKTIKA HUKUM KONTRAK DAN PERLINDUNGAN KONSUMEN BISNIS *ON-LINE*

UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA NOMOR 28 TAHUN 2014
TENTANG HAK CIPTA

Pasal 1

(1) Hak Cipta adalah hak eksklusif pencipta yang timbul secara otomatis berdasarkan prinsip deklaratif setelah suatu ciptaan diwujudkan dalam bentuk nyata tanpa mengurangi pembatasan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Pasal 113

(1) Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp100.000.000 (seratus juta rupiah).

(2) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

(3) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

(4) Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah).

DIALEKTIKA HUKUM KONTRAK DAN PERLINDUNGAN KONSUMEN BISNIS *ON-LINE*

Marulak Pardede, S.H., M.H., APU.

BALITBANGKUMHAM Press

@2021 Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan Hak Asasi Manusia
Pusat Penelitian dan Pengembangan Hak Asasi Manusia

DIALEKTIKA HUKUM KONTRAK & PERLINDUNGAN KONSUMEN BISNIS ON-LINE

Penulis	:	Marulak Pardede, S.H., M.H., APU.
Editor	:	Firdaus, S.Sos., M.Hum
Reviewer	:	Ayup Suran Ningsih, S.H., LL.M., M.H.
Layout	:	Panjibudi
Dicetak oleh	:	Percetakan Pohon Cahaya
ISBN	:	978-623-6958-56-8
Cetakan Pertama	:	Desember 2021

Diterbitkan oleh:



BALITBANGKUMHAM Press (Anggota IKAPI)
Jl. HR Rasuna Said Kav. 4-5 Kuningan, Jakarta Selatan
Website: www.balitbangham.go.id
Telp: (021) 252 5015, ext. 512/514
E-mail: balitbangkumhampress@gmail.com

SAMBUTAN

Salam Pembaruan!

Ketentuan hukum, tidak dapat dilepaskan dari praktik kegiatan bisnis sehari-hari. Kalangan masyarakat pelaku bisnis senantiasa bersentuhan dengan berbagai ketentuan perundang-undangan yang terkait dengan bisnis. Kesepakatan-kesepakatan para pelaku bisnis harus dituangkan dalam kontrak, perjanjian yang kadangkala sering menimbulkan perbenturan kepentingan para pihak di sana-sini. Dalam kaitan tersebut, penulis menguraikan segi-segi hukum kontrak di Indonesia. Materi muatan buku ini, antara lain: Ketentuan Hukum mengenai kontrak, perjanjian dalam pelaksana-an bisnis sehari-hari, yang antara lain menguraikan tentang: Fungsi dan Peranan Hukum, Pembangunan Hukum dan Perkembangan Masyarakat, Hukum Ekonomi Internasional dan Eksistensi Hukum Kontrak dan Perkembangan Masyarakat; Pengertian Asas-Asas Hukum, Asas-asas Hukum Perikatan; Kebebasan berkontrak dalam perikatan; Aspek hukum perikatan dan perlindungan konsumen dalam bisnis komersial di Indonesia; Aspek hukum kontrak internasional yang terdiri atas Prinsip-prinsip Dasar Kontrak; *Convention on the International Sale of Goods (*CISG); perbuatan

melawan hukum dalam internet; alat bukti elektronik; kejahatan komputer; dan lain-lain.

Buku ini diharapkan dapat menjadi referensi dan wawasan mengenai hukum kontrak dan kosnumen. Terima kasih kepada seluruh pihak yang telah mendukung dengan berpartisipasi dan berkontribusi sejak awal penelitian hingga menghasilkan buku ini. Semoga buku ini dapat membawa manfaat bagi seluruh pihak.

Jakarta, 15 Desember 2021
Kepala Badan Penelitian dan Pengembangan
Hukum dan Hak Asasi Manusia,



Dr. Sri Puguh Budi Utami

KATA PENGANTAR

Ketentuan hukum, tidak dapat dilepaskan dari praktek kegiatan bisnis sehari-hari. Kalangan masyarakat pelaku bisnis senantiasa bersentuhan dengan berbagai ketentuan perundang-undangan yang terkait dengan bisnis. Kesepakatan-kesepakatan para pelaku bisnis harus dituangkan dalam kontrak, perjanjian yang kadangkala sering menimbulkan perbenturan kepentingan para pihak disana-sini. Dalam kaitan tersebut, penulis menguraikan segi-segi hukum kontrak di Indonesia. Materi muatan buku ini, antara lain: Ketentuan Hukum mengenai kontrak, perjanjian dalam pelaksanaan bisnis sehari-hari, yang antara lain menguraikan tentang: Fungsi dan Peranan Hukum, Pembangunan Hukum Dan Perkembangan Masyarakat, Hukum Ekonomi Internasional dan Eksistensi Hukum Kontrak Dan Perkembangan Masyarakat; Pengertian Asas-Asas Hukum, Asas-asas Hukum Perikatan; Kebebasan berkontrak dalam perikatan; Aspek hukum perikatan dan perlindungan konsumen dalam bisnis komersial di Indonesia; Aspek hukum kontrak internasional yang terdiri atas Prinsip-prinsip Dasar Kontrak;

Convention on the International Sale of Goods (CISG); perbutan hukum dalam internet; alat bukti elektronik; kejahatan komputer; dan lain-lain.

Kami menyambut baik atas terbitnya buku dengan judul: ***Dialektika Hukum Kontrak dan Perlindungan Konsumen Bisnis On-Line*,** ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran dan manfaat bagi instansi/Lembaga pemerintah, antara lain: BPHN, Dit. Jend. Peraturan Perundang-undangan, Kementerian Hukum dan HAM, para praktisi dan teoritisi hukum: polisi, jaksa, hakim, advokat/pengacara, dosen perguruan tinggi, maupun kalangan masyarakat pada umumnya. Akhir kata, kami menyadari bahwa buku ini, masih jauh dari sempurna, sehingga tetap membutuhkan kritik dan saran dari berbagai pihak.

Jakarta, November 2021

Ayup Suran Ningsih, S.H., LL.M., M.H.

PRAKATA PENULIS

Dengan segala kerendahan hati, penulis mengucapkan puji dan syukur kehadirat Tuhan Yang Maha Esa, hanya karena atas perlindungan dan kemudahan-Nya, penyusunan karya tulis ilmiah hasil penelitian dalam bentuk, dengan berjudul: ***Dialektika Hukum Kontrak dan Perlindungan Konsumen Bisnis On-Line*****,** dapat diselesaikan sesuai dengan tenggang waktunya. Ketentuan hukum, tidak dapat dilepaskan dari praktek kegiatan bisnis sehari-hari. Kalangan masyarakat pelaku bisnis senantiasa bersentuhan dengan berbagai ketentuan perundang-undangan yang terkait dengan bisnis. Kesepakatan-kesepakatan para pelaku bisnis harus dituangkan dalam kontrak, perjanjian yang kadangkala sering menimbulkan perbenturan kepentingan para pihak disana-sini. Dalam kaitan tersebut, penulis menguraikan segi-segi hukum kontrak di Indonesia. Materi muatan buku ini, antara lain: Ketentuan Hukum mengenai kontrak, perjanjian dalam pelaksanaan bisnis sehari-hari, yang antara lain menguraikan tentang: Fungsi dan Peranan Hukum, Pembangunan Hukum Dan Perkembangan Masyarakat, Hukum Ekonomi Internasional dan Eksistensi Hukum Kontrak Dan Perkembangan Masyarakat; Pengertian Asas-Asas Hukum, Asas-asas Hukum Perikatan; Kebebasan berkontrak dalam

perikatan; Aspek hukum perikatan dan perlindungan konsumen dalam bisnis komersial di Indonesia; Aspek hukum kontrak internasional yang terdiri atas Prinsip-prinsip Dasar Kontrak; Convention on the International Sale of Goods (CISG); perbutan hukum dalam internet; alat bukti elektronik; kejahatan komputer; dan lain-lain.

Dengan terbitnya buku ini, diharapkan dapat memberikan manfaat bagi para parktisi maupun teoritisi hukum, seperti Polisi, Jaksa, Hakim, Pengacara, Dosen perguruan tinggi negeri maupun swasta, dan berbagai pihak lainnya. Pada kesempatan yang baik ini, kami menghaturkan terima kasih kepada: Ibu Kepala Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan HAM; Bapak Kepala Pusat Penelitian dan Pengembangan Hukum; Bapak Kepala Pusat Data dan Informasi, BALITBANGKUMHAM, Kementerian Hukum dan Hak Azasi Manusia, dan tidak lupa juga kepada semua pihak yang tidak dapat kami sebutkan satu persatu, yang sudah banyak membantu, sehingga terselenggaranya penulisan hingga penerbitan buku ini.

Akhir kata, kami menyadari bahwa buku ini, masih jauh dari sempurna, sehingga kami tetap membutuhkan kritik dan saran yang bersifat membangun, konstruktif dari berbagai pihak, untuk kesempurnaan buku ini di masa mendatang.

Jakarta, November 2021
Penulis,

Marulak Pardede, S.H., M.H., APU.
(Ahli Peneliti Utama Bidang Hukum)

DAFTAR ISI

SAMBUTAN v
KATA PENGANTAR vii
PRAKATA PENULIS ix
DAFTAR ISI xi

BAB I JAMINAN PERLINDUNGAN HUKUM DALAM KONTRAK BAKU 1

A. Arti Penting, Sejarah, Fungsi dan Peranan Perlindungan Hukum 1
B. Pembangunan Hukum dan Perkembangan Masyarakat 12
C. Kebebasan Berkontrak dalam Negara Hukum dan Kesejahteraan 28
D. Makna dan Pembatasan Asas-asas Kebebasan Berkontrak 61
E. Asas-Asas Hukum Perjanjian/Perikatan/Kontrak .. 78
F. Asas Kebebasan Berkontrak dalam Hukum Kontrak Indonesia 95

BAB II ASPEK HUKUM KONTRAK DALAM BISNIS NASIONAL DAN INTERNASIONAL 119

A. Prinsip-Prinsip Dasar Kebebasan Kontrak dan Kontrak Baku 119

B. Kontrak Jual-Beli Menurut *Convention on the International Sale of Goods (*CISG) 129

C. Kebebasan Berkontrak Dalam Sistem Hukum *Common Law* *141*

D. Perlindungan Konsumen Dalam Kontrak Baku. ... 152

E. Wanprestasi dalam Kontrak Baku 204

F. Perlindungan Hukum Konsumen Perdagangan Memakai Sistem Elektronik (PMSE) 231

BAB III ASPEK HUKUM KONTRAK DALAM BISNIS PERBANKAN INDONESIA 237

A. Sejarah Perkembangan Bisnis Perbankan Indonesia 237

B. Asas-Asas Hukum Dalam Bisnis Perbankan Indonesia 252

C. Jaminan Perlindungan Hukum Nasabah Bank (*Implicit Deposit Protection*) 267

D. Penyelesaian Hukum Atas Bank Bermasalah 293

E. Implementasi Hukum Kontrak Terkait Perlindungan Nasabah Bank 312

F. Fintech Dan Bank Digital Berbasis Tekhnologi 417

BAB IV TINJAUAN YURIDIS NORMATIF/SOSIOLOGIS TERHADAP PERLINDUNGAN KONSUMEN DALAM KONTRAK BAKU PERBANKAN DAN TRANSAKSI ELEKTRONIK SERTA ALTERNATIF PENYELESAIAN SENGKETA HUKUMNYA.....431

A. Pemanfaatan Tekhnologi Informasi Dalam Transaksi Bisnis Perdata..... 431
B. Bentuk dan Jenis Transaksi Bisnis Perdagangan Melalui Elektronik..... 436
C. Pilihan Hukum Penyelesaian Sengketa Bisnis Perdata.....457
D. Penyelesaian Sengketa Melalui Pengadilan Virtual (*e-court*). 497

BAB V EKSPEKTASI PERUNDANG-UNDANGAN TENTANG PERIKATAN, KEBEBASAN BERKONTRAK DAN KONTRAK BAKU DALAM BISNIS KOMERSIAL DI INDONESIA 507

A. Ideologi Individualisme Kebebasan Berkontrak... 507
B. Paradigma Baru Kepatutan Kebebasan Berkontrak Masa Depan..... 513
C. Klausula Eksonerasi Dalam Kontrak 532
D. Kebutuhan Kekuatan Mengikat Kontrak Baku.....538
E. Materi Muatan Pengaturan RUU Tentang Kontrak Baku/Standard 555
F. Pengaturan Cyber Law dan E-Commerce di Indonesia.....579

DAFTAR PUSTAKA.....593
GLOSARIUM..... 605
INDEKS.....637
DESKRIPSI PENULIS..... 647

BAB I
JAMINAN PERLINDUNGAN HUKUM DALAM KONTRAK BAKU

A. Arti Penting, Sejarah, Fungsi dan Peranan Perlindungan Hukum

Jaminan kepastian perlindungan hukum terhadap masyarakat merupakan cerminan pelaksanaan dasar hukum yang tersirat dalam UUD 1945.[1] Pelaksanaan perlindungan hukum merupakan salah satu rangkaian kebijakan yang ditetapkan pemerintah dalam pembangunan hukum nasional untuk menciptakan ketertiban berusaha agar dapat lebih berpotensi dalam peningkatan ekonomi.[2] Aristoteles, mengemukakan tentang kesamaan perlakuan bagi pelaku usaha, menurut kebutuhannya masing-masing.[3] Sebagai contoh dapat dikemukakan, bahwa jika pembangunan ekonomi

1 Moh. Koesnoe. *Nilai-Nilai Dasar Tata Hukum Nasional. Identitas Hukum Nasional.* (Jogyakarta: FH UII, Pustaka Pelajar Ofset, Et. Artidjo Alkostar, 1997), hal.3.
2 Soedikno. *Mengenal Hukum*, cet.2. (Jogyakarta: Liberty, 1999), halaman 74.
3 Aristoteles, Pro Justisia, Tahun XII, Nomor 1, Januari 1994, halaman19.

ingin ditunjang perbankan, maka disamping memajukan pembangunan ekonomi, pemerintah harus menciptakan perlindungan yang sama baik bagi bank dan nasabah.[4] Menurut Miynt,[5] keterbelakangan rakyat dalam pembangunan ekonomi dapat diakibatkan oleh kurangnya perlindungan pemerintah terhadap pelaku usaha yang menghasilkan produktivitas yang rendah dengan sistem usaha tradisionil. Pelaksanaan perlindungan hukum oleh pemerintah merupakan penyelarasan perlindungan hukum kepentingan pemerintah maupun masyarakat.[6]

Menurut Meuwissen, perlindungan hukum yang diberikan oleh pemerintah bertujuan untuk menstabilkan pelaksanaan usaha, dan merealisasikan ketertiban usaha atas pertimbangan perwujudan tujuan nasional demi kesejahteraan seluruh masyarakat sebagaimana termaktub dalam Pembukaan UUD1945.[7] Efektifnya peraturan tergantung dari aspek yang terkait dalam sistem hukum, yang menurut Friedmann adalah *legal structure, legal substance, and legal culture*. Struktur hukum adalah kelembagaan dan proses pembentukan, penegakan, dan penyelenggaraan hukum; substansi hukum adalah asas kaidah hukum; budaya hukum adalah persepsi masyarakat mengenai hukum.[8] Menurut Mochtar

---

4 Cunan, Edwin. "An Inquiry In To The Nature And Causes Of Wealth Of Nations", *The Modern Library*, New York, 1965; *Pro Justisia*, vol. XII, No.1 (Januari 1994), 415.

5 H. Miynt. *An Interpretation Economic Backwardness*. (Oxford Economic Papers, Terjemahan Budiono, 1954), hal.214.

6 Natahn Rosenberg. *Laissez-faire Revisited, dalam Gerald P.O. Driscoll (ed.), Adam Smith and Modern Political Economy, Cicentennial Essay on 'The Wealth of Nations"*, (Iowa: Iowa State Univ. Press, 1979), 19-34.

7 Meuwissen. "Ilmu Hukum". *Pro Justitia* Tahun XII Nomor 4 (Oktober 1994): 23.

8 Posner. *Economic Analysis of Law.* (Boston: Marthin Nijhoff, 1977), 137.

Kusumaatmadja,[9] unsur yang berperan dalam sistem hukum untuk mencapai tujuannya, bukan hanya asas dan kaidah, tetapi termasuk pula proses dan kelembagaan harus saling menunjang agar tercapai tujuan sebagaimana tercantum dalam politik hukum nasional. Untuk meningkatkan peranan perbankan dalam pembangunan ekonomi nasional, perlindungan hukum terhadap masyarakat hendaknya mengandung nilai keadilan sebagaimana terkandung dalam Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Nilai perlindungan mengandung nilai keadilan bagi seluruh rakyat, sebagai pencerminan asas *equality before the law*.[10]

Asas Equality Before the Law (untuk selanjutnya disebut EBL) adalah konsep yang sangat universal (berlaku dimana saja) dan tekstual bagi hukum. Secara universal EBL sudah menjadi prinsip hukum dan kenegaraan yang mensyaratkan adanya hukum dan diberlakukan bagi setiap orang. Sedangkan tekstual, EBL tertulis dalam dokumen hukum yang induk aturan hukum yang menegaskan bahwa aturan hukum berlaku bagi semua orang ditempat hukum tersebut berlaku. Sebaliknya, dari sisi hukum, bisa dilihat bahwa hukum tidak membiarkan dirinya hanya untuk menguntungkan sejumlah pihak tanpa alasan yang sah dimuka hukum. Jika ada pengecualian maka hal tersebut mengkhianati konsep hukum. Dalam Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia, disebut sebagai Kehormatan Manusia (Human Dignity), yang secara historis memiliki sejarah yang panjang. Berbagai peristiwa yang mengganggu nilai asasi manusia diakibatkan oleh praktik

9 Kusumaatmadja, Moh. *Hukum, Masyarakat, Dan Pembinaan Hukum Nasional.* (Bandung: Binacipta, 1976), 7.

10 Moh. Koesno, *Op.Cit.* 3 - 57.

buruk dan penggunaan hukum sekedar untuk melayani kemauan penguasa. Konsolidasi pengakuan HAM, misalnya, bisa dilihat dari kemunculan Deklarasi Umum HAM pada 1948., yang berisi kuat penolakan terhadap praktik diskriminasi (pasal 2). Setiap orang..." artinya tidak boleh ada pengecualian hak terutama atas hak yang dibutuhkan bagi eksistensi manusia untuk hidup lebih martabat, termasuk menolak diskriminasi hukum.

EBL merupakan salah satu konsep untuk melawan diskriminasi, upaya melawan praktik ini juga menjadi bagian dari tanggung jawab Negara. Setiap negara atau otoritas harus mendasarkan kekuasaan dan pengaturannya berdasarkan pada hukum. Bagi Indonesia, hal ini bisa dilihat dari pasal 1 ayat 3 UUD 19945, yang menyatakan bahwa 'Negara Indonesia adalah Negara Hukum'. Kedua, hukum tersebut harus berlaku bagi setiap orang, bukan sekedar warga negara. Pasal 28D menyebutkan bahwa 'Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum'. Sedangkan pasal 27 (1) menegaskan semua warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum. Dari kedua pasal diatas, bisa digambarkan bahwa ada perlakuan, yang seharusnya, sama baik bagi setiap orang maupun bagi setiap warga negara. Perbedaannya, pada pasal 27 (1) ada dalam bab Warga Negara dan Penduduk. Sementara pada pasal 28D berada pada bab HAM. Artinya, kesetaraan dimata hukum adalah sesuatu yang mendasar baik untuk tanggung jawab negara terhadap setiap orang yang berada di Indonesia, atau bahkan dalam konteks global (misalnya, disebutkan dalam pembukaan UUD 1945, '..turut serta menjaga perdamaian dunia..") dan bagi warga negaranya.

Turunan konstitusi dalam hukum atas kepastian EBL bisa dilihat dalam UU Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman pasal 4 (1) yang menyebutkan 'Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang'. Undang-undang ini menegaskan bahwa Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung dengan badan Peradilan yang berada dibawahnya seperti peradilan umum, peradilan militer, peradilan agama dan peradilan tata usaha negara. Termasuk peradilan khusus yang berada dibawah peradilan umum, seperti pengadilan HAM, pengadilan anak, pengadilan hubungan industrial, pengadilan perikanan, pengadilan tindak pidana korupsi dan pengadilan niaga (pasal 18, pasal 25 dan pasal 27). Selain Mahkamah Agung, juga secara sejajar Kekuasaan Kehakiman berlaku bagi Mahkamah Konstitusi. Dengan demikian sudah jelas bahwa Peradilan di Indonesia dalam hal ini melalui Mahkamah Agung dan Badan-badan Peradilan dibawahnya serta Mahkamah Konstitusi mengemban tugas menjamin persamaan setiap orang di muka hukum (Equality Before the Law).[11] Mahkamah Agung Republik Indonesia, menjadi ujung penanggung jawab akses keadilan. Mahkamah Agung dalam upaya memastikan rencana kerjanya pada 2010 membuat 'Cetak Biru Pembaruan Mahkamah Agung 2010-20135, antara lain: "[..] dari penilaian organisasi atau Organizational Diagnostic Assessment (ODA) pada tahun 2009, kinerja lembaga peradilan tetap mendapat sorotan dari berbagai kalangan, antara lain mengenai informasi

11 Haris Azhar, SH, MA., Direktur Eksekutif Lokataru Foundation, Pengantar Hukum dan HAM, Pengajar Hukum dan HAM, Universitas Trisakti dan Sekolah Tinggi Hukum Jentera Indonesia, Kuliah Umum Hukum di Sekolah Tinggi Hukum Gunung Jati, Tangerang, 21 Juli 2018.

proses peradilan yang tertutup, biaya berperkara yang tinggi, masih sulitnya akses masyarakat miskin dan terpinggirkan, serta proses penyelesaian perkara yang dirasakan masih sangat lama."[12]

Hukum harus mampu mewujudkan tujuan kehadirannya dimana ia dibutuhkan, dan bertindak untuk kepentingan mereka yang menjadi alasan kehadirannya.[13] Hukum tidak hanya menjamin kepentingan umum, tetapi juga harus menyeimbangkan kepentingan umum dengan kepentingan individual guna tercapai kebahagiaan terbesar bagi sebanyak mungkin orang. Menurut Meuwissen, hukum menjangkau penataan pergaulan hidup manusia yang memiliki hak asasi yang bebas, dengan cara menciptakan aturan yang adil guna kebutuhan berusaha bagi semua pihak.[14] Hukum dalam bidang bisnis dari waktu kewaktu terus berkembang mengikuti perkembangan bisnis yang semakin beragam. M.M. Djojodigoeno, mengatakan, hukum adalah suatu proses perataan yang terus-menerus memperbaharui dirinya secara langsung oleh masyarakat atau penguasa untuk perbuatan dan tingkah laku anggotanya dalam hubungan petembayan *(zakelijke verhoudingen)* yang bertujuan menjadi dasar ketertiban, keadilan dan kesejahteraan masyarakat.[15] Menurut Mariam

12 Mahkamah Agung, Cetak Biru Pembaruan Peradilan 2010-2035, 2010. hal. 3.
13 Huijbert. *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah. (*Jogyakarta: Kanisius, 1982), 286.
14 Meuwissen, *Teori Hukum, t*erjemahan B. Arief Sidharta. (Pro Justitia Tahun XII, 2 April 1994), hal.14.
15 Mariam Darus Badrulzaman. *Perjanjian Baku (Standard) Perkembangannya di Indonesia.* (Medan: Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara (USU), 1980), hal.2.

Darus Badrulzaman,[16] hukum menjaga gerak masyarakat agar berjalan lancar serta kepentingannya terpenuhi. Jika kepentingan masyarakat berubah, hukum harus diperbaharui, bila tidak sesuai harus dibuang dan ditinggalkan. Pembaharuan hukum di Inggris, yang dimulai dari revolusi industri pada abad pertengahan, dimana hukum yang berasal dari kaum feodal dihancurkan dan diganti oleh peraturan baru. Awalnya, hukum hanya memberi kemakmuran pada pengusaha tanpa memperhatikan kepentingan masyarakat. [17] Hukum ekonomi sosial Indonesia menyangkut pemikiran dan kaidah hukum yang memikirkan peningkatan kesejahteraan warga negara Indonesia sebagai perseorangan dan tetap memelihara harkat dan martabat kemanusiaan Indonesia, pemerataan pendapatan. Karena tujuan negara Indonesia adalah untuk memelihara keseimbangan antara keseluruhan dan perorangan, maka dalam setiap kaidah hukum ekonomi Indonesia terpaut segi-segi hukum ekonomi pembangunan yang saling berkaitan dengan hukum ekonomi sosial, sesuai pasal 33 Undang-Undang Dasar tahun 1945. Oleh karena itu, fungsi dan peranan hukum dalam mengatur masyarakat sudah dikenal sejak masyarakat mengenal hukum itu sendiri, sebab hukum itu dibuat untuk mengatur kehidupan manusia sebagai mahluk sosial.

Hubungan antara masyarakat dan hukum diungkapkan dengan sebuah adagium yang sangat terkenal dalam ilmu hukum, yaitu:

16 CFG. Sunaryati Hartono. *Naskah Akademis Peraturan PerUndang-Undangan Tentang Kontrak Di Bidang Perdagangan,* (Jakarta: BPHN-Departemen Kehakiman, 1992/1993), 1.

17 CFG.Sunaryati Hartono, Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia (Jakarta: Binacipta, 1982), 1 - 7.

ubi societas ibi ius (dimana ada masyarakat disana ada hukum). Adagium ini adalah ungkapan yang tercatat pertamakalinya diperkenalkan oleh Marcus Tullius Cicero (106-43 SM) seorang filsuf/ahli hukum dan ahli politik yang dilahirkan di Kota Roma, Italia. Konsep hukum ini jika diamati, sejatinya berlaku juga dimasa kini, menembus dimensi pemikiran dn fisik.[18] Apabila kita dilihat perkembangan peranan hukum dalam masyarakat, maka kita akan didapati bahwa peranan hukum dalam mengatur kehidupan masyarakat mengalami perubahan atau perbedaan dari satu kurun waktu ke kurun waktu lainnya. Dalam masyarakat yang sederhana, hukum berfungsi untuk menciptakan dan memelihara keamanan dan ketertiban *(status quo).* Kemudian, fungsi ini berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat itu sendiri dan meliputi berbagai aspek kehidupan masyarakat yang bersifat dinamis. Dewasa ini, fungsi hukum yang penting, antara lain, adalah sebagai alat rekayasa sosial, sebagai sarana untuk merubah perilaku masyarakat dan merencanakan perubahan dalam rangka pembangunan berencana. Luasnya aspek kehidupan masyarakat yang dijangkau oleh hukum menyebabkan lahirnya serbagai bidang hukum yang secara khusus mengatur suatu aspek tertentu. Misalnya, hukum ekonomi, yang mengatur aspek-aspek yang berhubungan dengan aktivitas ekonomi masyarakat.

Fungsi dan peranan hukum dalam mengatur aktivitas ekonomi masyarakat sudah dikenal sejak masyarakat menggunakan hukum untuk melindungi hak-hak kebendaan. Sebagai suatu proses hukum dapat berfungsi sebagai sarana pembangunan

18 www.sembilanbintang.co.id. 10 Juni 2021.

ekonomi. Profesor Charles Himawan[19] menunjukkan bahwa proses pembangunan ekonomi dapat ditingkatkan melalui penerapan hukum, dan alat-alat pelayanan hukum secara rasional. Ini berarti bahwa pendekatan hukum dapat digunakan dalam pembangunan ekonomi. Hukum menghendaki keteraturan dan kepastian yang sangat diperlukan agar proses-proses ekonomi dapat berjalan dengan lancar. Oleh karena itu, untuk mencapai suatu tujuan ekonomi, maka diperlukan hukum yang mengatur mekanisme pasar. Profesor Satjipto Rahardjo,[20] mengingatkan bahwa, adanya sistem peraturan dalam masyarakat merupakan *conditio sine quo non,*[21] bagi berjalannya aktivitas ekonomi.

Adapun mengenai Sejarah terbentuknya Hukum Bisnis/ Kontrak,[22] adalah dimuali dengan tahap-tahapan sebagai berikut:

1. Revolusi Inggris.[23]

Sejarah hukum di Inggris, yang dimulai dari Revolusi Industri Inggris pada abad pertengahan. Hukum yang berasal dari kaum feodal, sedikit demi sedikit dihancurkan dan diganti oleh peraturan baru yang didasarkan pada usaha peningkatan industrialisasi.

---

19 Lihat Ch. Himawan, The Foreign Investment Process in Indonesia, (Singapure, GunungAgung, 1980), hal. 10.

20 Lihat Satjipto Rahardjo, Beberapa Pemikiran Tentang Ancangan Antardisiplin Dalam Pembinaan Hukum Nasional, (Bandung, Sinar Baru, 1985), halaman 57.

21 https://ejournal.unsrat.ac.id. Vieuw: "Konsep hukum Conditio Sine Quanon, dalam system hukum pidana adalah konsep hukum sebab akibat yang muncul dan dipeloporioleh Von Buri di Jerman pada tahun 1869 yang inti ajarannya adalah: ""Suatu hal adalah sebab dari statu akibat apabila akibat itu."

22 Hartono, C.F.G. Sunaryati. *Naskah Akademis Tentang Kontrak di Bidang Perdagangan*, Jakarta: BPHN Departemen Kehakiman, 1994.

23 Ibid

Kebebasan pribadi dan kemerdekaan berkontrak merupakan asas yang mutlak dijunjung tinggi. Pada awalnya, negara hanya sebagai polisi pasif, sedangkan para pengusaha (majikan) mendapat kekebasan melalui landasan kaidah hukum yang berlaku untuk mengejar keuntungan sebesar-besarnya, tanpa memperhatikan kepentingan buruh. Dalam situasi yang demikian gerakan untuk memprotes ketidakadilan tersebut, dan perjuangan mereka menghasilkan ***Factory Laws*** yang merupakan bentuk pertama campur tangan pemerintah dalam perekonomian sesudah Adam Smith.

Sejarah hukum Inggris dalam masa Revolusi Industri, menunjukkan bahwa: Pembangunan ekonomi melalui perkembangan industri, sangat didorong oleh faktor non ekonomi, seperti agama dan sistem hukum yang berlandaskan kebebasan. Sebelum lahirnya *Factory Laws*, hukum Inggris pada masa revolusi industri semata-mata dipergunakan untuk menunjang perkembangan ekonomi dan industri. Tanpa bantuan *Factory Laws*, pembangunan ekonomi hanya memberi kemakmuran pada kaum pengusaha dan golongan kecil masyarakat kaum tani yang miskin menjadi sengsara, karena kehilangan tanahnya dan dijadikan buruh pabrik. Kelahiran *Factory Laws* bertujuan untuk memperbaiki keadaan dan mencegah terjadinya peristiwa serupa dimasa datang. Bertitik tolak dari uraian tersebut diatas, dapat dikemukakan bahwa kaidah hukum berfungsi untuk menunjang industrialisasi, dan pada perkembangan selanjutnya berfungsi untuk memperbaiki serta mencegah kepincangan masyarakat. Kaidah hukum hanya berfungsi pada peristiwa masa lampau.

2. Revolusi Perancis.[24]

Revolusi Perancis (1830-1850), bersemboyan kemerdekaan dan persamaan hak dan persaudaraan; serta unifikasi dan kodifikasi hukum dagang ke *Code Civil dan Code du Commerce* dan hukum pidana ke *code penal*. Suksesnya perkembangan ekonomi di Perancis, karena adanya kepastian hukum dimana dikenal faham hak milik yang mutlak dan kebebasan berkontrak, serta adanya faham legisme dimana diluar kodifikasi tidak dikenal hukum.

3. Revolusi Industri di Belanda.[25]

Belanda mengabil alih code Napoleon dan faham yang mendasarinya ke dalam Hukum Perdata dan Dagang (BW dan WvK), yang mengakui hak milik dan kebebasan berkontrak sebagai hak asasi yang tidak dapat diganggu gugat yang sangat menunjang industrialisasi, dengan semboyan membiarkan masyarakat Bumiputera dalam suasana hukum adatnya sendiri.

4. Sejarah Hukum Indonesia.[26]

Di Indonesia terdapat dualisme perundang-undangan, sesuai dengan semboyan Belanda. Dalam sejarah hukum Indonesia, cukup banyak contoh yang melukiskan hubungan erat antara hukum dan perkembangan perekonomian, melalui perubahan peraturan perundang-undangan. Dari berbagai uraian diatas, maka dapat

---

24 Ibid

25 Ibid

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

terlihat bahwa antara sistem hukum dan sistem ekonomi suatu negara terdapat hubungan yang sangat erat dan pengaruh timbal balik. Pembaharuan dasar pemikiran di bidang ekonomi ikut mengubah dan menentukan dasar sistem hukum. Penegakan asas-asas hukum yang sesuai akan memperlancar terbentuknya struktur ekonomi yang dikehendaki dan sebaliknya.

B. Pembangunan Hukum dan Perkembangan Masyarakat

Suatu faham yang sampai saat ini masih berlaku dikalangan para sarjana hukum di Indonesia, bahwa: Hukum hanya dapat mengikuti perkembangan masyarakat. Berbagai pakar hukum, seperti *"Von Savigny, Terr Haar"* mengemukakan bahwa: "tidak mungkin mengatur peristiwa yang belum terjadi didalam masyarakat". Namun demikian, dalam pembangunan hukum melalui perancangan peraturan perundang-undangan harus mampu mengantisipasi ke masa depan. Sehingga, dalam pembentukan melalui penelitian historis, sosiologis, tidak lagi memadai menuju pembentukan hukum yang terencana menuju sistem hukum nasional Indonesia, yaitu menuju cita-cita bangsa. Dengan demikian hukumlah yang harus membentuk kebiasaan masyarakat Indonesia yang modern. Hukum dalam pembangunan, mempunyai fungsi, antara lain sebagai:[27]

27 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.

1. **Pemelihara Ketertiban dan Keamanan.** Ketenteraman dan keamanan akan terjamin apabila hukum mampumemelihara persamaan antar manusia, sesuai dengan martabat kemanusiaannya. Sebagaimana difokuskan dalam Pancasila, maka dikehendaki tercapainya keadilan sosial, yang secara rinci diuraikan dalam UUD 1945 dan GBHN. Keadilan sosial itu baru tercapai, apabila terdapat keseimbangan antara penyelenggaraan kebutuhan masyarakat sebagai satu keseluruhan dan kebutuhan perseorangan sebagai bagian daripada keseluruhan masyarakat. Dengan kata lain, tujuan dan fungsi hukum Indonesia, bukanlah sekadar memelihara ketertiban, keamanan dan stabilisasi masyarakat, akan tetapi lebih diarahkan pada cita-cita untuk mencapai kesejahteraan masyarakat Indonesia, maupun untuk mencapai kesejahteraan bagi setiap warga negara Indonesia sebagaimana dirumuskan dalam pasal 27 ayat 2 UUD 1945.

2. **Sarana Pembangunan.** Hukum harus mampu mengarahkan dan menampung kebutuhan hukum menurut tingkat kemajuan pembangunan disegala bidang sehingga terdapat ketertiban dan kepastian hukum sebagai prasarana kearah peningkatan pembinaan kesatuan bangsa, sekaligus berfungsi sebagai sarana pembangunan yang menyeluruh. Pembangunan harus dilakukan sedemikian rupa, sehingga mampu menciptakan suatu sistem hukum pembangunan nasional disegala bidang, yang pada akhirnya mencapai ketahanan nasional, baik dari segi fisik maupun budaya, yang tidak hanya mempertahankan diri dari segi luar maupun dalam negeri yang membahayakan keutuhan bangsa dan negara, akan tetapi harus mampu terus

meningkatkan taraf hidup setiap warga negara mencerdaskan bangsa dan memajukan kesejahteraan umum dengan tetap memelihara dan menegakkan keadilan bagi setiap warga negara Indonesia. Pembangunan hukum harus mendahului pelaksanaan pembangunan di segala bidang. Inilah arti hukum sebagai sarana pembangunan dan keadilan. Hukum dalam pembangunan berencana, harus berorientasi ke masa depan (*Forward Looking).* Hukum harus sebagai sarana pendidikan dan prasarana mental untuk memungkinkan terjadinya pembangunan dengan tertib dan teratur, tanpa menghilangkan bahkan dengan menjunjung tinggi martabat kemanusiaan dari anggota masyatakat.

3. **Sarana Penegak Keadilan.** Tujuan pembangunan hukum secara berencana adalah untuk secara bertahap mengubah dan meningkatkan taraf hidup dan kesejahteraan masyarakat. Perubahan ini akan mengalami perubahan hubungan antar manusia. Hal ini akan menimbulkan ketegangan sesuai dengan pembangunan, maka sering pula terjadi perubahan yang dirasakan sebagai ketidakadilan. Sehingga tugas hukum adalah untuk mempersiapkan norma-norma baru yang berlaku dalam hubungann antar manusia baru. Mengusahakan penyelesaian masalah dengan seadil-adilnya terutama kaum lemah. Disinilah letak peranan hukum sebagai sarana penegak keadilan, sehingga hukum dalam pembangunan harus senantiasa melihat ke depan dan memperhitungkan masalah yang sangat mungkin akan terjadi. Inilah yang dmaksudkan *oleh Prof. Dr. Mochtar Kusumaatmadja*, bahwa hukum sebagai alat pembaharuan.

4. **Sarana Pendidikan Masyarakat.** Pembangunan hukum secara berencana akan mengubah serta mendidik masyarakat yang tradisional menjadi modern. Batas-batas hak milik diukur secara matematis, kontrak dibuat dalam bentuk tertulis di notaris, dan lain-lain. Hukum melakukan pembaharuan yang membimbing masyarakat kearaha kesadaran hukum baru dan nasional yang lebih sesuai dan menunjang pembangunan masyarakat dan kehidupan modern. Untuk memenuhi fungsinya sebagai sarana pendidik masyarakat, hukum yang akan dibentuk harus memperhatikan keadaan yang beraneka ragam di dalam kenyataan, dan pembentuk hukum wajib menemukan kaidah hukum yang tepat untuk masing-masing kebutuhan masyarakat yang beraneka warna itu. Dalam rangka penegakan hukum yang adil dan sekaligus sebagai sarana pendidikan masyarakat, khususnya dalam rangka memupuk kesadaran hukum masyarakat itulah diperlukan pandangan yang jauh kedepan, yang hanya dimiki oleh mereka yang telah mengetahui ilmu-ilmu sosial dan ilmu hukum.

Menurut pendapat penulis sebagai peneliti hukum Badan Pembinaan Hukum Nasional, Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia: ”Pembentukan sistem hukum nasional yang merupakan hukum pembangunan *(development law),* bukanlah sekadar keseluruhan dari kaidah hukum yang dibentuk setelah proklamasi kemerdekaan, akan tetapi harus memenuhi beberapa syarat, antara lain: berdasarkan pancasila dan UUD 1945; mengandung dan memupuk nilai sosial baru yang berikatan kenegaraan secara nasional; perubahan masyarakat agraris ke industrialistis modern; menjamin kontinuitas pembangunan dimasa mendatang; dengan

memenuhi empat fungsi, yaitu: sebagai pemelihara ketertiban dan keamanan, sarana pembangunan, sarana penegak keadilan dan sarana pendidikan masyarakat".

Mengenai Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia, bidang hukum ekonomi Indonesia *(Economic Law),* dewasa ini masih menjadi perdebatan dikalangan para sarjana hukum di Indonesia. Apakah hukum tersebut perlu dipisahkan dari hukum lainnya. Untuk ini, telah dilakukan berbagai penelitian melalui sistematisasi yang dimulai sejak tahun 1975 yang bertujuan untuk menentukan ruang lingkup hukum ekonomi Indonesia sesuai dengan UUD 1945. Disimpulkan, bahwa REPELITA menjadi penyebab timbulnya kaidah hukum ekonomi Indonesia yang sebagian besar tidak berpegangan pada asas hukum perdata maupun publik konvensional, akan tetapi kaidah hukum dan pranata hukum baru. Misalnya kaidah hukum kuasa pertambangan, cara pembebasan tanah untuk keperluan perindustrian, surat keputusan bersama Menteri *(sui generis).* Dalam rangka unifikasi hukum UUPA merupakan hal yang sangat penting.

Dengan perubahan kaidah baru tersebut, maka ilmu hukum dan pendidikan hukum akan mengalami perubahan yang benar-benar menjadi nasional. Hukum ekonomi Indonesia mempunyai dua aspek, yaitu yang semula: peningkatan kehidupan ekonomi nasional, pembagian hasil pembangunan secara merata. Dari hasil penelitian tersebut, Hukum ekonomi Indonesia dapat dibedakan menjadi: Hukum ekonomi pembangunan dan hukum ekonomi sosial. Hukum ekonomi Indonesia ini dapat menjadi pengarah pembangunan, pembagian hasil pembangunan secara merata, adil, memelihara dan meningkatkan martabat kemanusiaan.

Pembagian, Penggolongan istilah maupun materi bidang hukum ekonomi Indonesia ini, berbeda dengan bidang hukum ekonomi negara lain, seperti Belanda, Jerman, Perancis, Italia, Inggris dan Amerika Serikat dan negara-negara sosialis. Hal ini sebagai akibat dari perbedaan dalam sejarah hukum, sosial budaya, politik dan ekonomi yang terdapat antara Indonesia dengan negara lain. Adapun perbedaan tersebut, adalah:[28]

1. **Istilah dan Materi Hukum Ekonomi Pembangunan,**[29] Pembangunan ekonomi Indonesia melekat pada usaha pembangunan ekonomi secara berencana dinegara berkembang, berbeda dengan negara lain yang mendasarkan kepada teori-teori dan pemikiran perkembangan ekonomi di negara industri, yang tanpa perencanaan. Pembangunan administrasi dinegara berkembang berbeda dengan pembangunan administrasi dinegara maju, sehingga dikenal administrasi pembangunan. Hal ini tentu akan melahirkan perubahan terhadap sistem hukum Indonesia. Dengan lahirnya hukum ekonomi dan hukum pembangunan, rencana pembangunan harus ditentukan lebih dahulu.
2. **Istilah dan Materi Hukum Ekonomi Sosial Indonesia,**[30] Hukum ini menyangkut pengaturan dan pemikiran mengenai cara pembagian hasil pembangunan ekonomi nasional secara adil dan merata sesuai dengan martabat kemanusiaan

28 Prof.Dr. Sunaryati, *Hukum Ekonomi Indonesia*. Malang: Bayumedia Publishing, 2007. Hal. 25-30.
29 Ibid
30 Ibid

Indonesia. Istilah sosial dikaitkan dengan hak setiap warga negara Indonesia atas kehidupan dan pekerjaan yang layak sebagaimana tercantum dalam UUD 1945 pasal 27 ayat 2. Istilah sosial dalam hal ini tidak dipakai dalam arti luas, seperti fungsi sosial, kepentingan umum, akan tetapi sosial dalam arti ekonomi. Dengan membedakan kepentingan perorangan dan kepentingan umum *(Asas Negara Kesejahteraan)*.

3. **Sejarah Perkembangan Hukum Ekonomi Indonesia[31].** Perkembangan sejarah hukum ekonomi di Indonesia, terbalik dengan perkembangan hukum di Belanda. Sebab di Indonesia orang-orang asing saja sebelum kemerdekaan aktif dalam dunia perdagangan nasional dan internasional yang tunduk pada hukum barat *(BW dan WvK)*. Sedang bumiputera hanya sebagai petani, sehingga hukum ekonomi berlangsung dibawah hukum adat. Hanya sebagian kecil seperti cek, wesel, pendirian perseroan terbatas. Setelah kemerdekaan, hukum barat mulai berlaku bagi orang Indonesia asli, terutama setelah nasionalisasi perusahaan belanda. Baru kemudian dikeluarkan UUPMA, PMDN, WvK, BW. Dengan perkembangan hukum ekonomi barat dari individualistis mengarah ke komunal, maka hukum ekonomi Indonesia adalah sebaliknya. Akan tetapi dengan hukum ekonomi sosial, maka keseimbangan tersebut dapat di atas.

4. **Hubungan Antara Hukum Ekonomi Pembangunan dan Hukum Ekonomi Sosial.**[32] Hukum ekonomi pembangunan

31 Ibid
32 Ibid

Indonesia menyangkut pemikiran hukum dan kaidah hukum dalam sistem ekonomi Indonesiayang terarah, sedangkan hukum ekonomi sosial Indonesia menyangkut pemikiran dan kaidah hukum yang memikirkan peningkatan kesejahteraan warga negara Indonesia sebagai perseorangan dan tetap memelihara harkat dan martabat kemanusiaan Indonesia, pemerataan pendapatan. Karena tujuan masyarakat Indonesia adalah untuk memelihara keseimbangan antara keseluruhan dan perorangan, maka dalam setiap kaidah hukum ekonomi Indonesia akan terpaut segi-segi hukum ekonomi pembangunan. Hukum ekonomi pembangunan akan saling berkaitan dengan hukum ekonomi sosial, sesuai pancasila dan UUD 1945 pasal 33.

5. **Luas lingkup Hukum Ekonomi Indonesia.**[33] Hukum ekonomi Indonesia adalah keseluruhan kaidah dan putusan hukum secara khusus mengatur kegiatan dan kehidupan ekonomi di Indonesia. Dengan demikian tidak perlu lagi diadakan pembedaan kaidah hukum perdata atau publik. *Prof. Dr. G. Schrans dari Belgia,* menyatakan bahwa: Hukum Ekonomi dibagi dalam beberapa hal, yaitu: dasar-dasar hukum ekonomi; kedudukan pelaku-pelaku di bidang ekonomi; kaidah hukum ekonomi yang mengatur secara khusus kepentingan umum; struktur organisasi; kebijaksanaan kehidupan perekonomian, seperti: kebijakan konjuktur, struktur ekonomi, penegakan hukum ekonomi. Sedangkan menurut ***Daud Yusuf,*** hukum ekonomi meliputi: a). Hubungan Negara dengan Perusahaan

33 Ibid

yang meliputi: hubungan intern perusahaan; hubungan antar perusahaan; hubungan antara perusahaan dan pemerintah; b). Hubungan Negara dan dunia luar yang meliputi: asas hukum ekonomi Internasional; peraturan dasar hukum ekonomi Internasional; transaksi ekonomi internasional; konflik ekonomi antar negara; lembaga ekonomi internasional.

6. **Hubungan antara Hukum Ekonomi Indonesia dan Hukum Dagang.**[34] Hukum yang terkait erat dengan KUHD yang diundangkan 1848, yang pemikiran ekonominya adalah liberal yang tidak cocok dengan Indonesia yang sosialistis. Manfaatnya hanya sebagai sejarah hukum dari hukum ekonomi Indonesia, disamping memberikan pengertian dasar seperti: *cek, bill of lading, perbankan, asuransi, perusahaan terbatas, makelar ekspeditur, dan lainnya.* Dengan demikian dapat dikemukakan, bahwa masalah ekonomi Indonesia masa kini tidak dapat lagi dikembangkan pengaturannya oleh KUHD karena landasan pemikirannya berbeda. Hukum perdata yang bersifat perdata murni, maka hukum ekonomi Indonesia memerlukan metode penelitian dan pengembangan yang ***interdisipliner dan transnasional***. Interdisipliner, karena hukum ekonomi tidak hanya bersifat perdata, akan tetapi erat dengan hukum administrasi negara, hukum antar wewenang, pidana, publik internasional dan bahkan perdata internasional. Transnasional, karena hukum ekonomi tidak dapat lagi ditinjau secara intern nasional, akan tetapi memerlukan pendekatan secara transnasional.

---

34 Ibid

Hukum Ekonomi Internasional, dalam kaitannya dengan gagasan pembinaan suatu tata ekonomi internasional yang baru di negara berkembang, maka tata ekonomi internasional Indonesia adalah dilandasi pemikiran yang sama. Inti dari hal ini adalah adanya redistribusi kekuasaan dalam pengaturan perekonomian dunia, yang menyangkut perubahan struktural pengelolaan kebijaksanaan pada segenap lembaga internasional yang sedang dan menggarap masalah pokok perekonomian dan sosial. Dalam rangka pembangunan tata ekonomi nasional Indonesia, pokok masalahnya juga berkisar pada reorganisasi kerangka kelembagaan di bidang ekonomi yang mengharuskan adanya redistribusi kekuasaan dalam pengaturan perekonomian nasional, khususnya yang menyangkut pengelolaan kebijakan pada senegap lembaga ekonomi nasional sehingga tercapai keseimbangan yang lebih wajar dan adil, baik dalam imbangan antara lembaga pemerintah dan swasta, maupun antara lembaga/ perusahaan asing dan lembaga/ perusahaan orang Indonesia asli.

Tata ekonomi Internasional yang baru itu, hendak mengusahakan peningkatan taraf kesejahteraan sebagian besar masyarakat dunia dengan memperjuangkan pengaturan baru dari serangkaian masalah yang kait-mengkait seperti pangan, perluasan kesempatan kerja, industrialisasi, energi, bahan mentah sumber daya alam, lingkungan, pendidikan, penelitian, IPTEK, perdagangan dan moneter internasional, penataan perusahaan transnasional dan sebagainya. Dengan demikian, masalah ekonomi nasional tidak dapat lagi diselesaikan dengan cara pendekatan yang terlepas sama sekali dari pengaturan masalah ekonomi internasional.

Pendekatan hukum ekonomi Indonesia yang bersifat transnasional dan interdisipliner, berbeda dengan pendekatan

hukum dagang, tanah, perjanjian dan bidang hukum lainnya yang sampai saat ini dianggap erat hubungannya dengan ekonomi Indonesia dan bersifat internasional. Oleh karena itu, cukup jelas alasannya baik dari segi ilmiah maupun kebutuhan nyata untuk mengakui adanya bidang hukum ekonomi Indonesia, yang mencari sesuatu pengaturan yang integral dan terpadu dari setiap masalah ekonomi baik secara nasional maupun internasional. Hubungan yang erat antara hukum ekonomi nasional dan internasional dapat terlihat dalam penanaman modal asing dan perusahaan multinasional (transnasional). KUHD belum memikirkan keseluruhan hal tersebut di atas.[35]

1. **Perusahaan Transnasional Dalam hukum Indonesia.**[36] Istilah yang dipergunakan untuk perusahaan transnasional masih beragam, seperti: *international companies, multional corporations, multional enterpises atau transnational enterpises.* Dengan demikian, maka dalam hal ini kita memakai istilah transnasional (TNC) sebagaimana dikemukakan oleh Tindall, karena mencerminkan adanya suatu ***network of corporate and non-corporate entities in different countries joined together by ties of ownership***. Hukum nasional Indonesia hanya mungkin mengatur TNC saja, sedangkan TNE merupakan onjek pengaturan hukum internasional. TNC adalah suatu perusahaan yang didirikan menurut hukum Indonesia, tetapi secara organisatoris, manajerial, finansil, kontraktual ataupun

35 Prof.Dr. Sunaryati, *Hukum Ekonomi Indonesia*. Malang: Bayumedia Publishing, 2007. Hal. 62-68.

36 Ibid

strategi seluruh atau sebagian merupakan bagian dari satu kesatuan unit ekonomi yang lebih besar yang berpusat di luar negeri. Adapun perusahaan yang termasuk jenis ini, adalah: ***wholly owned subsidiary; joint enterpises*** (Penanaman Modal Asing, Penanaman Modal Dalam Negeri yang memakai fasilitas asing); PMDN yang menggunakan modal, finansial, tenaga asing. Dalam hal ini termasuk perusahaan kontrak karya, production sharing. Maka dengan demikian hukum ekonomi Indonesia harus sudah mengatur hal tersebut. Namun sayangnya tidaklah demikian, perusahaan yang demikian dilihat seolah-olah tidak ada hubungannya dengan perusahaan asing di luar negeri. Hal ini terjadi karena hukum ekonomi Indonesia adalah bersifat tertutup, walaupun Indonesia sudah memiliki UUPMA, UUPMDN akan tetapi hanya merupakan foreign investment incentives acts saja.

2. **Perbedaan antara Titik Tolak Hukum Indonesia dengan Perkembangan Ekonomi Indonesia.** Menurut hukum Indonesia,[37] semua perusahaan yang didirikan di Indonesia dan tunduk kepada hukum Indonesia, adalah perusahaan Indonesia, walaupun sebagian atau seluruhnya dikendalikan oleh asing. Tampaklah betapa jauhnya pendekatan hukum Indonesia dewasa ini dengan perkembangan ekonomi Indonesia dewasa ini. Kaidah hukjum Indonesia dapat menghambat perkembangan ekonomi kearah industrialisasi dan modernisasi. Pada hal disi lain masyarakat membutuhkan percepatan pembangunan ekonomi dengan tanpa bantuan

37 Ibid

modal asing. Karena ketergantungan terhadap bantuan asing dapat menimbulkan bahaya yang tidak kecil. Dalam kaitan tersebut, menjadi jelasa bahwa hukum ekonomi nasional Indonesia tidak mungkin akan dapat menemukan pengaturan hukum yang tepat dan efisien untuk mengurangi akibat negatif TNC didalam dan tehadap perekonomian nasional dan pengusaha nasional, apabila menutup diri terhadap kaidah hukum Internasional dan kaidah hukum asing.

Bertitik tolak dari uraian tersebut diatas, dapat dikemukakan bahwa hukum dan pembangunan ekonomi sangat berkaitan erat dengan, yaitu ditandai pada permulaan Revolusi Industri di Inggris, Perancis dan Belanda, dimana setiap cabang perdagangan dan industri terhambat oleh peraturan-peraturan yang rumit, yang berasal dari penguasa kaum feodal dan didasarkan atas ajaran *abad pertengahan.* Akan tetapi sedikit demi sedikit sistem hukum feodal ini dihancurkan dan diganti oleh peraturan-peraturan baru yang didassarkan pada usaha peningkatan industrialisasi. Sejarah hukum dalam masa Revolusi Industri menunjukkan, bahwa: Perkembangan industri dan pembangunan ekonominya sangat didorong oleh faktor-faktor non-ekonomi, seperti agama dan sistem hukum yang berlandaskan kebebasan (liberalisasi). Sebelum lahirnya *Factory Laws,* hukum Inggris pada masa Revolusi Industri semata-mata dipergunakan untuk menunjang perkembangan ekonomi dan industri. Tanpa bantuan Factory Laws, pembangunan ekonomi hanya memberi kemakmuran kepada kaum pengusaha, dan golongan kecil masyarakat kaum tani yang miskin menjadi semakin sengsara, karena kehilangan tanahnya dan dijadikan buruh-buruh pabrik dengan upah minimal. *Factory Laws* dan

lain-lain Undang-undang Sosial *(Social Legislation)* yang lahir kemudian, bertujuan memperbaiki keadaan yang telah terjadi dan mencegah terjadinya peristiwa-peristiwa yang serupa di masa yang akan datang.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer) dan Kitab Undang-undang Hukum Dagang (KUHD) Indonesia tahun 1848 mempunyai sumber yang sama dengan undang-undang di negeri Belanda dan Perancis (sesuai dengan asas konkordansi) yang menganggap hak milik dan kebebasan berkontrak sebagai hak-hak asasi yang tidak dapat diganggu gugat, maka dapat disimpulkan, bahwa juga kaidah-kaidah KUHPerdata dan KUHDagang mempunyai sifat-sifat yang sama, yaitu berlandaskan *faham liberalism,*[38] dan dengan itu mempunyai sifat yang sangat menunjang industrialisasi. Antara sistem hukum dan sistem ekonomi sesuatu negara terdapat hubugan yang sangat erat dan pengaruh timbal balik. Kalau pada satu pihak pembaharuan dasar-dasar pemikiran di bidang ekonomi ikut menubah dan menentukan dasar-dasar sistem huuum yang bersangkutan, maka penegakan asas-asas hukum yangs sesuai juga akan memperlancar terbentuknya struktur ekonomi yang dikehendaki. Tetapi sebaliknya penegakan asas-asas hukum yang tidak sesuai justru akan menghambat terciptanya struktur ekonomi yang dicita-citakan.

Sampai saat ini di Indonesia masih berlaku pandangan, bahwa: hukum hanya dapat mengikuti perkembangan masyarakat. Pada hal hukum yang hendak dibentuk adalah hukum yang berorientasi

38 Kasim, Fajri M, Ridhwan, Muhammad, "Liberalisme Dalam Masyarakat Islam (Studi) Pengarus Aspek Negatif Liberalisme Pada Masyarakat Islam Indonesia), Journal Garuda, Vol.8. No.2 (2014), Garuda,kemendikbud.go.id

ke depan. RUU yang hanya didasarkan pada penelitian historis dan sosiologis sekalipun, kini tidak memadai lagi harus ditambah dengan wawasan futurologis. Hukum dalam pembangunan ini mempunyai empat fungsi, yaitu hukum sebagai: pemeliharaan ketertiban dan keamanan; sarana pembangunan; sarana penegak keadilan; dan sebagai sarana pendidikan masyarakat. Dalam rangka untuk memuaskan kebutuhan masyarakat, perlu diberikan tekanan pada cara yang secara terus menerus mengusahakan pencegahan yang efektif dari pemborosan dan pencegahan konflik-konflik antar manusia dalam dalam rangka menikmati kebutuhan-kebutuhan hidup manusia. Tujuan lain dari pada hukum, adalah kesejahteraan semua dan setiap warga masyarakat. Inilah yang merupakan cita-cita suatu negara kesejahteraan.

Berdasarkan Pasal 33 UUD 45 dalam hubungannya dengan Psal 27 ayat 2 dan GBHN tahun 1973 maka dapat disimpulkan bahwa menurut falsafah hukum Pancasila, keadilan sosial itu baru akan tercapai, apabila terdapat keseimbangan antara penyelenggaraan kebutuhan masyarakat sebagai satu keseluruhan dan kebutuhan perseorangan sebagai bagian daripada keseluruhan masyarakat itu. Tujuan dan fungsi hukum Indonesia itu bukanlah sekedar memelihara ketertiban, keamanan dan stabilitasi masyarakat, akan tetapi lebih diarahkan pada cita-cita untuk mencapai kesejahteraan masyarakat Indonesia secara keseluruhannya.

Apabila dalam masyarakat yang belum atau tidak mempunyai rencana pembangunan, seperti di dalam masyarakat tradisional atau dalam masyarakat modern yang liberal, pembentukan dan pengembangan hukum terjadi sesudah terbentuknya kebiasaan dan kebiasaan hukum, maka dalam masyarakat yang membangun secara berencana pembentukan hukum justru harus mendahului

pelaksanaan pembangunan di lain-lain bidang, untuk melancarkan pembangunan di bidang itu dan terutama untuk menjaga agar supaya pembangunan masyarakat itu tidak akan mengakibatkan ketidakadilan di dalam masyarakat, tetapi tetap akan menegakan keadilan di dalam masyarakat, sekalipun hubungan masyarakat dan hubungan antar manusia mengalami perubahan yang terus menerus dan bertubi-tubi. Inilah arti dari hukum sebagai sarana pembangunan dan keadilan. Dalam rangka penegakan hukum yang adil, yang sekaligus berfungsi sebagai sarana pendidikan hukum masyarakat, khususnya dalam rangka memupuk kesadaran hukum masyarakat itulah diperlukan pandangan yang jauh ke depan *(foresight),* yang hanya mungkin dimiliki oleh mereka yang telah mempersenjatai diri dengan berbagai ilmu-ilmu sosial dan ilmu hukum. Bahwa sistem hukum nasional kita harus memenuhi beberapa syarat, yaitu: Bahwa kaidah-kaidah nasional kita harus berdasarkan falsafah kenegaraan Pancasila (yang merupakan *Grundnorm* dan UUD 1945; Bahwa kaidah-kaidah nasional kita harus pula mengandung dan memupuk nilai-nilai baru yang mengubah nilai-nilai sosial yang bersumber pada kehidupan kesukuan dan kedaerahaan menjadi nilai-nilai soail yang bersumber dan memupuk kehidupan dalam ikatan kenegaraan secara nasional; Bahwa kaidah-kaidah hukum nasional Negra Indonesia, harus mencerminkankan terjadinya perubahan dari susunan masyarakat yang agraris-tradisional menuju suatu masyarakat Indonesia yang lebih industrialistis-modern; Bahwa sistem hukum nasional itu mengandung kemungkinan untuk menjamin dinamika pembaharuan hukum nasional, sehingga secara kontinyu berkelanjutan dapat mempersiapkan pembangunan dan pembaharuan masyarakat di masa yang berikutnya.

Pengertian dan luas lingkup hukum ekonomi Indonesia, hukum ekonomi pembangunan dan hukum ekonomi sosial indonesia, berdasarkan inventarisasi dan sistematisasi Hukum Ekonomi Pembangunan dan Hukum Ekonomi Sosial yang dilakukan oleh Fakultas Hukum Universitas Pajajaran yang diketuai oleh Dr. CFG. Sunaryati Hartono, S.H.,berhasil menemukan dasar hukum *(rechtvaardigingsground,*[39] dan luas lingkup hukum ekonomi di Indonesia, yaitu: bidang hukum Ekonomi dan Pembangunan, adalah: Tanah; Bentuk-bentuk usaha; Penanaman modal asing; Kredit dan bantuan luar negeri; Perkreditan dalam negeri (perbankan); Paten, merek dan *transfer of know-how;* Asuransi; Eksport-import; Pertambangan; Perburuhan; Perumahan; Pengangkutan; dan Perjanjian Internasional. Sedangkan bidang Hukum Ekonomi Sosial, adalah menyangkut: Obat-obatan; Kesehatan dan Keluarga Berencana; Perumahan; Bencana alam; Transmigrasi; Pertanian; Bentuk-bentuk Perusahaan Rakyat; Bantuan dan Pendidikan bagi pengusaha kecil; Perburuhan; Pendidikan; Penderita cacat; Orang-orang miskin; Orang tua dan Pensiunan.

C. Kebebasan Berkontrak dalam Negara Hukum dan Kesejahteraan

Salah satu bidang hukum yang sangat penting dalam mengatur aktivitas ekonomi itu adalah kontrak (perjanjian), dimana hampir semua aktivitas ekonomi menggunakan kontrak sebagai wadahnya.

---

39 Prof.Dr. CFG. Sunaryati Hartono, S.H., "Inventarisasi dan Sistematisasi Hukum Ekonomi Pembangunan dan Hukum Ekonomi Sosial, Fakultas Hukum Universitas Pajajaran, Bandung, 2011.

Kecuali itu, Profesor Sunaryati Hartono[40] juga menunjukkan bahwa hukum kontrak dapat merupakan sumber hukum kebiasaan disebabkan hukum tertulis (Peraturan Perundang-undangan) tidak akan dapat mengejar perubahan dalam masyarakat akibat pembangunan yang berencana. Di Jerman, Max Weber[41] mengamati bahwa hal yang paling istimewa dari hukum material moderen adalah sangat meningkatnya signifikansi transaksi hukum, khususnya kontrak sebagai suatu sumber hak yang dijamin (pelaksanaannya) oleh paksaan hukum. Hukum Kontrak utamanya mengatur mekanisme bagaimana suatu sumberdaya ekonomi digunakan untuk memberikan manfaat yang besar bagi pemilik dan pemakaianya. Dalam wadah kontrak ini sumberdaya ekonomi dapat dikuasakan kepada orang lain demi memperoleh manfaat bagi kedua belah pihak. Dengan kata lain, dikatakan bahwa lembaga perikatan, khususnya kontrak (perjanjian), merupakan suatu cara yang dipakai mengelola sumberdaya masyarakat guna mencapai kesejahteraan.[42]

Secara konkret, fungsi hukum kontrak dalam mewadahi aktivitas ekonomi dalam rangka pengelolaan sumber daya ekonomi masyarakat dapat dilihat dalam transaksi yangdilakukan oleh anggota masyarakat sehari-hari. Proses peradilan barang dari

---

40 Sunaryati Hartono, "Perspektif Politik Hukum Nasional" dan Pembangunan Hukum Dalam Perspektif Politik Hukum Nasional, Ed. Artidjo Alkostar dan M. Sholeh Amin. (Jakarta, CV Rajawali, 1986), halaman 21.

41 Max Weber, On Law in Economy and Society, (Wirtschaft und Gesellschaft), Trans. Edward Shill and Max Rgeinstein, (New York: Simon and Shcuster, 1987), halaman 101.

42 Lihat Satjipto Rahardjo, "Hukum Perserikatan dalam Perspektif" Hukum Nasional 1 (1984), halaman 37. Cf. T.W. Huang, "Reflection on law and the economic in the People's Republic of China" 1 Lawasia 4 (1973), halaman 27.

produsen atau penjual kepada konsumen dan pemberian suatu jasa oleh seseorang konsultan atau dokter kepada kliennya, merupakan transaksi ekonomi berdasarkan kontrak (perjanjian). Disinilah kita dapat melihat betapa pentingnya fungsi hukum kontrak dalam mengatur mekanisme transaksi ekonomi dalam proses peradilan hak atas suatu barang atau jasa. Di satu pihak, meningkatnya ektivitas ekonomi masyarakat menyebabkan adanya kebutuhan kaidah-kaidah hukum yang baru. Di lain pihak, kaidah hukum yang tersedia tidak mampu menampung perubahan dan kebutuhan baru akibat tertinggalnya pembangunan hukum.

Menurut pengamatan Profesor Sunaryati Hartono,[43]para sarjana hukum dalam dasawarsa 1970-an sudah mengemukakan tentang perlunya hukum kita disesuaikan dengan perubahan-perubahan baru, tetapi umumnya masyarakat menganggap sepi masalah ini. Akibat menggap sepi masalah hukum tersebut, maka masyarakat mencari sendiri terobosan agar aktivitas ekonominya tidak mengalami hambatan. Mereka tidak akan menunggu dibuatkan suatu peraturan baru. Akibatnya, perlindungan hukum bagi mereka yang lemah terabaikan karena pihak yang kuatlah yang menentukan syarat-syarat dalam suatu transaksi ekonomi. Prof. Dr. C.F.G. Sunaryati Hartono[44] telah mengingatkan bahwa dalam suatu negara harus merupakan sarana bagi kebutuhan baru yang akan timbul. Ibarat saluran irigasi dan bendungan air yang

43 Sunaryati Hartono, Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional, (Bandung, Penerbit Alumni, 1991), hal.102.

44 Sunaryati Hartono, "Hukum Perseroan Kita dan Pengawasan Terhadap Perusahaan Multinasional" dalam Simposium Aspek-aspek Hukum Perusahaan Multinasional. Badan Pembinaan Hukum Nasional. (Bandung; Binacipta, 1982), halaman 116.

perlu dibangun terlebih dahulu sebelum aircukup dapat dialirkan ke sawah-sawah untuk menghasilkan produk yang berlipat ganda. Demikian gambaran peranan pranata hukum dalam pembangunan ekonomi. Berdasarkan hal ini, dapat dikatakan bahwa apabila pembangunan dilaksanakan untuk kemanfaatan yang maksimal bagi seluruh rakyat, maka mutlak harus disiapkan terlebih dahulu pranata hukum yang adil guna mengantarkan hasil pembangunan itu kepada seluruh lapisan masyarakat.

Kevakuman pranata hukum di bidang ekonomi tidak dapat dibiarkan, karena dapat memperlebar jurang *(gap)* antara yang kaya dan yang miskin. Secara tepat telah ditunjukkan oleh Profesor Sunaryati Hartono dan Albert Wijaya[45] tentang adanya kevakuman hukum atau paling tidak kesimpang-siuran dalam mengatur berbagai kegiatan yang berkaitan dengan proses pemindahan barang dari produsen ke konsumen. Ini merupakan kesempatan baik bagi mereka yang bertanggung jawab, untuk tanpa melanggar hukum sebab kaidah hukum tidak mengaturnya - menarik keuntungan yang tidak wajar dari kevakuman hukum ini. Keadaan ini menyebabkan proses perekonomian mengalami berbagai hambatan dan ketimpangan. Padahal, justru dalam pengaturan proses pemindahan barang inilah terletak salah satu peranan hukum sebagai suatu *tool of social engineering.* Kenyataan bahwa peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia sudah tidak dapat memenuhi kebutuhan masyarakat yang sedang mengalami perubahan-perubahan besar dan cepat, bukanlah masalah baru.

45 Lihat Sunaryati Hartono dan Albert Wijaya, "Ekonomi Pancasila, Sistem Ekonomi Indonesia, dan Hukum Ekonomi Pembangunan", Prisma 1 (1981), halaman 5 et.seq.

Namun demikian, perlu diingatkan bahwa pembangunan yang dilaksanakan secara berkesinambungan *(sustainable)* telah memberikan dampak yang besarterhadap pranata hukuman pranata sosial lainnya. Apabila sektor hukum sekarang belum mendapatkan prioritas dalam rencana pembangunan nasional Indonesia,[46] maka kevakuman hukum akan semakin menambah berbagai aspek ekonomi disertai berbagai konsekwensinya. Salah satu konsekwensi itu adalah seperti yang dituunjukkan di atas. Kevakuman hukum dapat terjadi karena tidak adanya pranata hukum yang mengatur tentang suatu aspek kehidupan tertentu; maupun tidak sesuainya pranata hukum yang ada (lama) dengan kebutuhan dan nilai baru dalam masyarakat dewasa, sehingga pranata hukum lama itu tidak berdaya guna lagi.

Sebagaimana dikemukakan diatas bahwa salah satu bidang hukum yang mengalami kevakuman dewasa ini adalah Hukum Kontrak. Sebab, pranata Hukum Kontrak yang bersumber pada Buku III Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH Perdata) itu tidak dapat memenuhi kebutuhan-kebutuhan baru dan nilai-nilai baru yang dianut oleh masyarakat Indonesia dewasa ini. KUH Perdata itu dibuat lebih dari satu abad yang lalu, sedangkan kita sekarang hidup dalam suasana yang jauh berbeda dengan suasana satu abad yang lalu, merupakan terjemahan dari *Burgerlijk Wetboek (*B.W.) dari negeri Belanda. Meskipun terjemahan ini

46 Profesor Ch. Himawan menunjukkan bahwa pelaksana pembangunan di Indonesia telah menempatkan hukum sebagai penunjang (supplement), tegasnya sebagai infrastruktur penunjang (supplementary infrastructure). Ini merupakan masalah serius, sebab menempatkan "kuda" hukum di belakang "kereta" pembangunan. Lihat Ch. Himawan, op. cit., halaman 13.

berdasarkan asas konkordasi, namun yang mendasarinya tetap faham liberalisme yang berkembang di negara-negara Barat. Oleh karena itu, tidak dapat dipungkiri bahwa hukum Kontrak yang terdapat di dalam KUH Perdata ini didasarkan pula pada faham liberalisme dengan intinya individualisme. Refleksi individualisme dalam Hukum Barat, misalnya, jelas terlihat dalam pengakuan hak milik secara absolut. Di bidang ekonomi,yang menghendaki tidak adanya intervensi pemerintah terhadap pasar dan menganjurkan kompetisi.

Mengingat proses industrialisasi mengarahkan perkembangan masyarakat menjadi masyarakat industri, maka pembangunan hukum harus sesuai dengan arah yang dituju masyarakat Indonesia. dewasa ini, masyarakat Indonesia sedang mengalami transformasi yang meliputi berbagai aspek kehidupan. Akibatnya, nilai-nilai yang dianut dan pranata sosial-pun turut berubah, sehingga perlu antisipasi dari pranata hukum. Ini penting diperhatikan agar hukum yang dibuat tidak cepat ketinggalan zaman *(out of date)* Adalah tepat yang diingatkan oleh Profesor Ch. Himawan[47] dan Profesor Sunaryati Hartono[48] bahwa jika mengeluarkan peraturan hukum harus lebih dahulu mengetahui arah yang dituju oleh masyarakat dan kebutuhan mereka yang memerlukan pengaturan.

Negara kesejahteraan menunjuk pada sebuah model ideal pembangunan yang difokuskan pada peningkatan kesejahteraan melalui pemberian peran yang lebih penting kepada negara dalam

47 Ch. Himawan, "Hukum Perlu Disadari Sebagai Alat Pembangunan", Dialog, Prisma 1 (1981), hal. 64.

48 Sunaryati Hartono, "Apakah the rule of law Itu?" (Bandung: Penerbit Alumni, 1982), halaman 121.

memberikan pelayanan sosial secara universal dan komprehensif kepada warganya. Seperti telah disebutkan, 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."*[49] Konsep Negara Kesejahteraan ini pada dasarnya menempatkan peran negara dalam setiap aspek kehidupan rakyatnya demi terwujudnya kesejahteraan sosial bagi seluruh rakyat.[50] 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 empirik kegagalan pasar *(market failure)* pada masyarakat kapitalis dan kegagalan negara *(state failure)* pada masyarakat sosialis.[51]

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 productivitas 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

---

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

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

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

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.*[52]

Negara yang menganut konsep negara kesejahteraan dapat mengemban empat fungsi, yaitu:[53] *The State as Provider* (negara sebagai pelayan), *The State as Regulator* (negara sebagai pengatur), *The State as Enterpreneur* (negara sebagai wirausaha), dan *The State as Umpire* (negara sebagai wasit). Berdasarkan empat fungsi tersebut, pemerintah dalam negara kesejahteraan diberi tugas membangun kesejahteraan umum dalam berbagai bidang.[54] 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.

Keberadaan negara, seperti organisasi secara umum, adalah untuk memudahkan anggotanya (rakyat) mencapai tujuan bersama

---

52 Marshal, T.H., *Loc.Cit*

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

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

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, 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.

Negara-negara maju, seperti, Amerika Serikat, Inggris maupun negara Eropa Kontinental merupakan negara yang menempatkan hukum di atas segalanya di dalam menjalankan roda pemerintahan, penyusunan undang-undang maupun pengadilan. Sehingga pemerintah maupun warga masyarakat sangat patuh terhadap hukum yang ditetapkan oleh negara. Negara-negara di atas, merupakan negara yang menganut teori *"rule of law* atau *rechstaat"* tau teori negara hukum. [55]

Teori negara hukum, yang dalam bahasa Inggris, disebut *state theory of law,* sedangkan dalam bahasa Belandanya, disebut dengan *staat rechtstheorie* terdiri atas dua suku kata, yang meliputi: teori; dan negara hukum. Pengertian teori secara gramatikal adalah:

---

55 Departemen Pendidikan dan Kebudayaan. *Kamus Besar Bahasa Indonesia,* Jakarta: Balai Pustaka, 1989, hlm. 932.

pendapat yang dikemukakan sebagai keterangan mengenai suatu peristiwa atau kejadian; atau asas dan hukum umum yang menjadi dasar suatu kesenian atau ilmu pengetahuan; atau pendapat, cara dan aturan untuk melakukan sesuatu.

Fred N. Kerlinger mengemukakan pengertian teori. Teori adalah: "Seperangkat konstruk (konsep), batasan, dan proposisi yang menyajikan pandangan sistematis tentang fenomena dengan merinci hubungan-hubungan antar variabel, dengan tujuan untuk menjelaskan dan memprediksikan gejala itu".[56] Dalam definisi ini, teori dikonstruksikan sebagai: konstruk (konsep); batasan; dan proposisi. Konsep adalah unsur-unsur abstrak yang mewakili kelas-kelas fenomena dalam satu bidang studi sehingga merupakan penjabaran abstrak dari teori.[57] Batasan adalah penjelasan arti atau definisi. Proposisi adalah ungkapan yang dapat dipercaya, disangkal atau dibuktikan benar atau tidaknya suatu masalah. Dari pengertian teori yang disajikan di atas, maka teori dikonsepkan sebagai pendapat dari ahli. Bernhard Limbong mengemukakan dua pengertian negara hukum, yang meliputi: "Negara hukum dalam arti formal (sempit/kiasik) dan negara hukum dalam arti materiil. Negara hukum dalam arti formal (sempit/klasik) adalah negara yang kerjanya hanya menjaga agar jangan sampai ada pelanggaran terhadap ketentraman dan kepentingan umum, seperti, yang telah ditentukan dalam hukum tertulis (undang-undang), yaitu hanya bertugas melindungi jiwa, benda, atau hak asasi warganya

56 Fred N. Kerlinger, *Asas-Asas Penelitian Behavioral,* Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1990, hlm. 14-15.

57 Maria SW Sumardjono, *Pedoman Pembuatan Usulan Penelitian,* Yogyakarta: tanpa penerbit, 1989, hlm. 13.

secara pasif, tidak campur tangan dalam bidang perekonomian atau penyelenggaraan kesejahteraan rakyat karena yang berlaku dalam lapangan ekonomi adalah prinsip *laissez faire laiesizealler.* Negara hukum dalam arti materiil (luas atau modern), yaitu negara yang terkenal dengan istilah *welfare state,* yang bertugas menjaga keamanan dalam arti kata seluas-luasnya, yaitu keamanan sosial *(social security)* dan menyelenggarakan kesejahteraan umum, berdasarkan prinsip-prinsip hukum yang benar dan adil sehingga hak-hak asasi warga negaranya benar-benar terlindung".[58]

Dalam definisi ini, pengertian negara hukum dibedakan menjadi dua macam, yang meliputi: negara hukum dalam arti formal; dan negara hukum dalam arti materiil. Tugas negara hukum dalam arti formal, yaitu melindungi: jiwa; benda; hak asasi warganya; tidak campur tangan dalam bidang perekonomian; penyelenggaraan kesejahteraan rakyat; dan/atauprinsip yang diterapkan, yaitu *laissez faire laiesizealler. Laissez faire* adalah sebuah istilah dalam dunia filsafat liberal yang menjadi semangat dan filosofi dari liberalisme dan ekonomi liberal. Ekonomi yang bercorak liberal, ditandai dengan beralihnya kekuatan ekonomi ke tangan para borjuasi kelas menengah yang kemudian disebut dengan istilah para pemodal. Kekuatan ekonomi bergeser ke tangan pemodal dimulai semenjak runtuhnya feodalisme di Eropa dan dari situlah mulai berkembang kekuatan kapital sebagai penggerak perekonomian. Pahamnya pun berubahubah seperti Liberal Klasik dan Neo Klasik dan terakhir dewasa ini adalah Neo Liberal.[59]

---

58 Bernhard Limbong, *Pengadaan Tanah untuk Pembangunan Regulasi Kompensasi Penegakan Hukum,* Jakarta: CV Rafi Maju Mandiri, 2011, hlm. 49.

59 Dody Nur Andriyan, "Laissez Faire", Majalah Resonansi, tanggal 24 Maret 2009.

Sementara itu, tugas negara hukum materiil, yaitu menjaga keamanan dalam arti kata seluas-luasnya, yang meliputi: keamanan sosial *(social security);* dan menyelenggarakan kesejahteraan umum; dan didasarkan pada prinsip-prinsip hukum yang benar dan adil sehingga hak-hak asasi warga negaranya benar-benar terlindungi. Bintan R. Saragih menyajikan konsep negara hukum. Ia mengemukakan negara hukum adalah: "Sebagai negara di mana tindakan pemerintah maupun rakyatnya didasarkan atas hukum untuk mencegah adanya tindakan sewenang-wenang dari pihak pemerintah dan tindakan rakyat yang dilakukan menurut kehendak sendiri". Ada dua unsur yang tercantum dalam definisi yang dikemukakan oleh Bintan R. Saragih, yang meliputi:[60] adanya tindakan; dan adanya tujuan. Pada prinsipnya, definsi negara hukum yang disajikan oleh para ahli, namun tidak dicantumkan definisi teori negara hukum. Teori negara hukum merupakan:"Pendapat dari ahli yang mengkaji bahwa setiap tindakan, baik yang dilakukan oleh penyelenggara pemerintah maupun rakyat harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dan tidak diperkenankan untuk melakukan tindakan main hakim sendiri"

Ada tiga unsur teori negara hukum, yang meliputi: adanya pendapat ahli; adanya tindakan; dan didasarkan atas hukum. Pendapat ahli, yang dalam bahasa Inggris, disebut dengan *the expert opinion,* sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan *deskundig advies* adalah pikiran atau kesimpulan dari orang yang mempunyai pengetahuan atau keahlian tentang negara

60 Pataniari Siahan, *Politik Hukum Pembentukan Undang-Undang Pasca Amandemen UUD 1945,* Jakarta: Konpress, 2012, hlm. 23.

hukum. Tindakan atau *action* diartikan sebagai perbuatan yang akan dilakukan oleh pemerintah di dalam menjalankan roda pemerintahan maupun yang akan dilakukan oleh rakyat. Tindakan itu, dibedakan menjadi dua macam, yang meliputi: tindakan pemerintah; dan tindakan rakyat. Tindakan pemerintah merupakan tindakan yang dilakukan oleh pemerintah, baik yang menyangkut tentang tindakan pemerintah dalam bidang hukum publik maupun hukum privat harus bertumpu pada ketentuan atau peraturan perundang-undangan yang berlaku. Tindakan rakyat merupakan segala hal yang dilakukan oleh masyarakat harus didasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Tujuan dari tindakan pemerintah dan rakyat, yaitu untuk mencegah terjadinya kesewenang-wenangan. [61]

Unsur ketiga dari teori negara hukum, yaitu hukum. John Austin (1790-1859) mengemukakan definisi hukum. Hukum adalah: "Peraturan yang diadakan untuk memberi bimbingan kepada makhluk yang berakal oleh makhluk yang berakal yang berkuasa atasnya". Austin membagi hukum menjadi dua macam, yaitu: hukum Tuhan; dan hukum manusia (undang-undang yang diadakan oleh manusia untuk manusia). Hukum Tuhan tidak mempunyai fungsi yuridis, namun hukum Tuhan hanya berfungsi menjadi wadah-wadah kepercayaan utilitarian, yaitu pada prinsip kegunaannya. Hukum manusia dibagi menjadi dua macam, yang meliputi: hukum positif (undang-undang atau hukum yang sebenarnya); dan hukum yang tidak sebenarnya.

---

61 Friedmann, W, *Legal Theory (Teori & Filsafat Hukum Telaah Kritis Atas Teori-teori Hukum)* (Susunan I, II, dan III), diterjemahkan oleh Muhammad Arifin, Jakarta: Rajawali, 1990, hlm. 149.

Hukum positif merupakan undang-undang yang diadakan oleh kekuasaan politik (apakah yang tertinggi atau bawahan) untuk orang-orang politis yang merupakan bawahannya (seperti undang-undang dan undang-undang khusus), atau peraturan-peraturan yang diadakan oleh orang-orang, sebagai pribadi, berdasarkan hak-hak yang sah yang diberikan kepadanya. Contohnya, pemberian hak-hak kepada wali atas orang yang ada di bawah pewaliannya. Pemberian hak ini atas dasar perintah yang berkuasa. Ada empat ciri hukum positif, yaitu: perintah; sanksi; kewajiban; dan kedaulatan.

Pengembang teori negara hukum digolongkan berdasarkan tradisi hukum yang berlaku di dunia. Tradisi negara hukum di dunia dibagi menjadi dua macam, yang meliputi: tradisi negara hukum di Eropa Kontinental; dan tradisi Anglo Amerika.[62] Konsep negara hukum di Eropa Kontinental dikembangkan oleh: Immanuel Kant; Paul Laband; Julius Stahl; Fichte; dan lain-lain dengan menggunakan istilah Jerman, yaitu *"rechtsstaat"*. Sementara itu, tradisi Anglo Amerika, konsep negara hukum dikembangkan atas kepeloporan A.V. Dicey dengan sebutan *"The Rule of Law"*.

Beberapa pandangan ahli tentang unsur-unsur negara hukum, antara lain dapat dikemukakan sebagai mana berikut ini:

> F.J. Sthall memaknai negara hukum dengan mengemukakan unsurunsur pokok dari suatu negara hukum. Unsur-unsur itu, meliputi: pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia; pemisahan kekuasaan

62 Jimly Asshiddiqie, "Gagasan Negara Hukum Indonesia", Akses pada PDF Created with deskPDF PDF Writer - Trial: http://www.docudesk.com, tanggal 5 Agustus 2015, hlm. 2.

> negara berdasarkan prinsip *trios politica;* pemerintahan diselenggarakan berdasarkan undang-undang *(wetmatig bestuur);* dan adanya peradilan administrasi negara.[63]

Pengakuan *(recognition)* dan perlindungan *(protection)* hak asasi manusia merupakan upaya untuk mengesahkan dan membenarkan serta segala upaya yang ditujukan untuk memberikan rasa aman terhadap hak-hak asasi manusia. Hak asasi manusia dikonsepkan sebagai:

> "Seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerahNya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum dan pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia"[64]

Unsur kedua dari negara hukum, yaitu pemisahan kekuasaan negara berdasarkan prinsip *trias politica*. Prinsip *trias politica* membagi kekuasaan negara menjadi tiga macam, yang meliputi: legislatif; eksekutif; dan yudikatif. Lembaga legislatif merupakan lembaga yang membuat dan menetapkan undang-undang. Eksekutif merupakan lembaga yang menjalankan roda pemerintahan. Lembaga yudikatif merupakan lembaga yang

63 Bernhard Limbong, *Op.Cit.,* hlm. 49

64 Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

mengadili warga masyarakat yang telah melakukan perbuatan yang melanggar undang-undang.

Unsur lain dari teori negara hukum yang disajikan oleh F.J. Sthall, yaitu pemerintahan diselenggarakan berdasarkan undang-undang. Pemerintahan, yang dalam bahasa Inggrisnya, disebut dengan *government,* sedangkan dalam bahasa Belandanya, disebut dengan *heersen* merupakan proses atau segala urusan yang dijalankan oleh negara dalam menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat dan kepentingan negara. Pemerintahan yang dijalankan berdasarkan undang-undang merupakan pemerintahan yang dijalankan berdasarkan pada undang-undang yang ditetapkan oleh lembaga yang berwenang. Peradilan administrasi negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah *(onrechtmatige overheidsdaad).*A.V. Dicey mengemukakan tiga unsur utama dalam negara hukum yang meliputi: supremasi hukum atau *supremacy of law;* persamaan di depan hukum atau *equality before the law;* dan *due process of law.*[65] Selanjutnya A.V. Dicey mengemukakan pengertian ketiga unsur negara hukum di atas. Supremasi hukum atau *supremacy of law* diartikan bahwa tak seorang pun yang dapat dihukum atau secara hukum dapat dibuat menderita tubuh atau harta bendanya kecuali atas pelanggaran hukum tertentu yang tertuang dalam tata cara hukum biasa di hadapan pengadilan umum negara. Persamaan di depan hukum atau *equality before the law* artinya bahwa setiap orang apa pun pangkat atau kondisinya tunduk pada hukum biasa

65 A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution (Pengantar Studi Hukum Konstitusi),* diterjemahkan oleh Nurhadi, Bandung: Nusa Media, 2007, hlm. 254-259; Pataniari Siahan, *Op.Cit.* hlm. 24.

yang merupakan lingkup dan berada di dalam yurisdiksi mahkamah biasa. Secara sederhana, dikatakan bahwa *equality before the law* atau persamaan di depan hukum, berarti bahwa semua warga, baik selaku pejabat negara maupun sebagai individu biasa tunduk pada hukum yang sama dan diadili di pengadilan biasa yang sama. Jadi setiap warga negara sama kedudukannya di hadapan hukum dan apabila ia melanggar hukum, baik selaku pribadi atau individu maupun selaku pejabat negara, ia akan diadili dengan hukum yang sama dan dalam pengadilan yang sama pula.[66]

Due process of law artinya bahwa konstitusi dijiwai oleh *rule of law* dengan alasan-alasan bahwa prinsip-prinsip umum konstitusi (misalnya, terkait dengan hak akan kebebasan pribadi, atau hak untuk mengadakan rapat umum) yang merupakan hasil keputusan yudisial yang menentukan hakhak individu pada kasus tertentu yang dibawa ke muka pengadilan atau secara sederhana dapat dikatakan bahwa *due process of law* diartikan segala tindakan negara harus berdasar atas hukum dan tidak ada suatu tindakan apa pun yang tidak memiliki dasar hukum.[67]

Sementara itu, dalam *"The International Commission Purists"* telah ditentukan tiga prinsip yang dianggap ciri penting negara hukum, yang meliputi: Negara harus tunduk pada hukum; Pemerintah menghormati hak-hak individu; dan Peradilan yang bebas dan tidak memihak.[68] Muhammad Tahir Azhary dengan mengambil inspirasi dari sistem hukum Islam, mengajukan

66 Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Op.Cit.,* hlm. 672.
67 Hamdan Zoelva, *Pemakzulan Presiden di Indonesia,* Jakarta: Sinar Grafika, 2011, hlm. 235-238.
68 Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit.,* hlm. 3.

pandangan bahwa ciri-ciri nomokrasi atau Negara Hukum yang baik itu mengandung sembilan prinsip, yang meliputi: prinsip kekuasaan sebagai amanah; prinsip musyawarah; prinsip keadilan; prinsip persamaan; prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia; prinsip peradilan yang bebas; prinsip perdamaian; prinsip kesejahteraan; dan prinsip ketaatan rakyat.[69] Di samping itu Jimly Asshiddiqie mengemukakan tiga-belas prinsip pokok negara hukum *(rechtsstaat)* yang berlaku di zaman sekarang. Ketigabelas prinsip pokok tersebut merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya satu negara modern sehingga dapat disebut sebagai negara hukum *(the rule of law,* ataupun *rechtsstaat)* dalam arti yang sebenarnya, yang meliputi: supremasi konstitusi *(supremacy of law);* persamaan dalam hukum *(equality before the law);* asas legalitas *(due process of law);* adanya pembatasan kekuasaan berdasarkan Undang Undang Dasar *(limitation of power);* berfungsinya organ-organ negara yang independen, dan saling mengendalikan; prinsip peradilan yang bebas dan tidak memihak *(independent and impartial judiciary);* tersedianya upaya peradilan tata usaha negara *(administrative court);* tersedianya peradilan tata negara *(constitutional adjudication);* adanya jaminan perlindungan hak asasi manusia *(human dignity);* bersifat demokratis *(democratische rechtsstaat);* berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan bernegara *(welfare*

69 Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini,* Jakarta: Bulan Bintang, 1992, hlm. 64.

rechtsstaat); transparansi dan kontrol sosial; dan Berketuhanan Yang Maha Esa.[70]

Dari unsur tersebut, berikut ini disajikan penjelasan tentang Berketuhanan Yang Maha Esa. Jimly Asshiddiqie mengemukakan bahwa: "Khusus mengenai cita negara hukum Indonesia yang berdasarkan Pancasila, ide kenegaraan tidak dapat dilepaskan pula dari nilai Ketuhanan Yang Maha Esa yang merupakan sila pertama dan utama Pancasila".[71] Karena itu, disamping ke-12 ciri atau unsur yang terkandung dalam gagasan negara hukum modern seperti tersebut di atas, unsur ciri yang ketiga belas adalah bahwa Negara Hukum Indonesia itu menjunjung tinggi nilai-nilai ke-Maha Esaan dan ke-Maha Kuasaan Tuhan. Artinya, diakuinya prinsip supremasi hukum tidak mengabaikan keyakinan mengenai Kemaha Kuasaan Tuhan Yang Maha Esa yang diyakini sebagai sila pertama dan utama dalam Pancasila. Karena itu, pengakuan segenap bangsa Indonesia mengenai kekuasaan tertinggi yang terdapat dalam hukum konstitusi di satu segi, tidak boleh bertentangan dengan keyakinan segenap warga bangsa mengenai prinsip dan nilai-nilai Kemaha Kuasaan Tuhan Yang Maha Esa itu, dan di pihak lain pengakuan akan prinsip supremasi hukum itu juga merupakan pengejawantahan atau ekspresi kesadaran rasional kenegaraan atas keyakinan pada Tuhan Yang Maha Esa yang menyebabkan setiap manusia Indonesia hanya memutlakkan Yang Esa dan menisbikan kehidupan antar sesama warga yang bersifat egaliter dan menjamin

70 Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit.,* hlm. 8-15
71 Jimly Asshiddiqie, *Op.Cit.,* hlm. 15-16.

persamaan dan penghormatan atas kemajemukan dalam kehidupan bersama dalam wadah Negara Pancasila.[72]

Dalam pandangan teori klasik tentang negara, peran negara dalam pembangunan termasuk peran kesejahteraan, mencakup lima hal.[73] *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 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

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

73 Ibid

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

Ide dasar negara kesejahteraan berasal dari abad ke-18 ketika Jeremy Bentham[74] mempromosikan gagasan bahwa pemerintah memiliki tanggung jawab untuk menjamin *the greatest happiness for the greatest number of their citizens*. Menurutnya, aksi-aksi pemerintah harus selalu diarahkan untuk meningkatkan kebahagian 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 padasaat 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.[75] Penerapan konsep negara kesejahteraan dan model pem-

74 Ibid
75 Pierson, C., *Loc.Cit*

bangunan 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.[76]Pengertian sebagai kondisi sejahtera biasanya menunjuk pada istilah kesejahteraan sosial *(social welfare),* yangmerupakan kondisi terpenuhinya kebutuhan materiil dan nonmnateriil. 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 menusia memperoleh perlindungan dari resiko-resiko utama yang mengancam kehidupannya".[77]

---

76 Spicker, *Op.Cit.,* hlm. 85

77 Edi Suharto, Peta dan Dinamika *Welfare State* di Beberapa Negara: Pelajaran Apa yagn Bisa Dipetik untuk Membangun Indonesia?, makalah disampaikan pada Seminar Mengkaji Ulang Relevansi Welfare State dan Terobosan melalui

Menurut konsep negara kesejahtraan maka negara bukan sebagai alat kekuasaan belaka tetapi sebagai organ yang malakukan pelayanan umum.[78]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 kesejahtraan umum dalam rangka memperlancar pelaksanaan pembangunan, oleh sebab itu pembangunan hukum berupa pembaharuan dan pembentukan hukum baru yang merupakan hukum nasional multak diperlukan[79]. Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 menegaskan bahwa: *"Negara Indonesia adalah negara hukum."* Negara kesejahtraan wajib mewujudkan kesejahtraan bagi warga negaranya, sehingga campur tangan pemerintah dalam mengurusi kepentingan ekonomi rakyat dan kepentingan sosial politik tidak dapat dihindarkan[80].

Berdasarkan Teori Keadilan John Rawls,[81] diangkatnya teori keadilan John Rawls menggambarkan upaya dirinya untuk "menggeneralisasi dan mengabstraksikan teori kontrak sosial yang diungkapkan Locke, Rousseau dan Kant. Dengan cara ini Rawls

---

Desentralisasi-Otonomi di Indonesia, IRE dan Perkumpulan Prakarsa Jakarta, Yogyakarta, 25 Juli 2006, yang mengutip James Midgley, Martin B. Tracy and Michelle Livermore (ed), The Handbook of Social Policy, Sage, London, 2000, hlm. 11-15

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

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

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

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

”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.” 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 korektif[82] 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 yang sama. Konsep ini secara modern diberi nama prinsil *Equality* atau prinsip persamaan (persamaan perlakuan/*fairness).*

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

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 mengunakan `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).

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"[83]. Sedangkan *The Principle of Fair Equality of Opportunity* menunjuk kesempatan yang sama bagi semua orang (termasuk mereka yang paling kurang beruntung) untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapatan dan otoritas[84]. Dikutip langsung dari buku Teori Keadilan John

83 John Rawls, *Teori Keadilan...,Op.Cit.,* hlm. 72
84 *ibid*

Rawls,[85] 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

85 John Rawls, Op.Cit. hlm. vi.

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.[86]

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

86 *Ibid,* hlm. 72-73

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".

Menurut Teori Keseimbangan, suatu teori yang dipergunakan dalam penelitian adalah *economics analysis of law* menurut Richard Posner.[87]*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 filosof Jeremy Benthem (1748-1832) dan filosof John Stuart Mill (1806-18723).

Seperti ekonomi, sistim hukum juga adalah mengenai tingkah laku yang rasional.Hukum ingin mempengaruhi prilaku melalui sanksi, seperti hukuman penjara atau ganti rugi.Aspek yang memaksa dari hukum mengansumsikan bahwa orang tahu mengenai konsekuensinya.[88]

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 kelengkapan *(scarcity)*.[89]

Dalam kelengkaan ekonomi diasumsikan bahwa individu atau masyarakat akan atau harus berusaha untuk memaksimalkan apa yang mereka ingin capai dengan melakukan sesuatu sebaik mungkin

---

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

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

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

dalam keterbatasan sumber. Dalam hubungannya dengan *positive analysis* dari hukum, analis 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 Effeciency* (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-benefitanalysis.*[90]

Pendekatan analisis ekonomi dalam hukum, menekankan kepada *cost and benefit* yang kadang-kadang oleh sebagian orang dianggap tidak mendatangkan keadilan. Konsentrasi ahli ekonomi

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

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 *klaimnormative* mengenai pembagian pendapatan dan kesejahteraan, seseorang mesti memiliki philosofi 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 effisiensi pareto dapat dikembangkan dari distribusi asset lebih dulu yang menimbulkan kondisi kompetetif.[91]

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.[92] Keadilan adalah suatu kebijakan politik, sehingga dengan aturan-aturannya negara diperintah dan aturan-aturan ini merupakan ukuran apa yang adil. Aristoteles

---

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

92 Aristoteles (384-322 SM) murid Plato adalah putra seorang dokter dan murid yang tersohor dari Plato. Melanjutkan cara berpikir idealism 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).

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.[93]

Menurut Aristoteles,[94] keadilan itu terdiri dari keadilan yang membagi *(distributive justice* "keadilan distributif") dan keadilan yang memperbaiki *(corrective justice* atau *remedial justice* "keadilan korektif"). 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 rnenurut 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 positive-lah yang dijadikan dasar sebagai prinsip-prinsip kesusilaan dan politik yang menentukan siapa yang sama menurut hukum.

Kepastian hukum adalah penerapan hukum secara konsisten dan konsekuen dengan norma-norma hukum pidana baik materiil

93 *Ibid,* hlm. 17
94 *Ibid.,* hlm. 14-15

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.[95]

Gustav Radbruch menyatakan bahwa nilai-nilai dasar hukum adalah nilai-nilai Keadilan, Kegunaan dan Kepastian Hukum.[96] Antara ketiga 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.[97]

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 konsekensi 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

---

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

96 Gustav Radbruch, 1961, *Einfiihrung in die Rechtswissenschaft,*Stutgart: K.F. Koehler Verlag, hlm. 36

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

aturan maka hukum bisa merupakan ukuran perbuatan manusia dimana nilai-nilai dasar hukum adalah keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum dimana kepastian hukum adalah merupakan perangkat hukum yang dihubungkan dengan upaya mencari dan menemukan ketiga nilai dasar hukum tersebut.[98]

D. Makna dan Pembatasan Asas-asas Kebebasan Berkontrak

Kebebasan berkontrak dan asas *pacta sunt servanda* dalam kenyataannya dapat menimbulkan ketidakadilan. Kebebasan berkontrak didasarkan pada asumsi bahwa para pihak dalam kontrak memi liki posisi tawar (*bargaining position*) yang seimbang, 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 tidak lagi muncul seperti kebebasan berkontrak yang berkembang pada abad sembilan belas. Sekarang, kebebasan berkontrak bukanlah kebebasan tanpa batas. Negara

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

telah melakukan sejumlah pembatasan kebebasan berkontrak melalui peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan. Pembatasan kebebasan berkontrak tersebut setidak-tidaknya dipengaruhi oleh dua faktor yakni:[99] Makin berpengaruhnya ajaran itikad baik di mana iktikad baik tidak hanya ada pada pelaksanaan kontrak, tetapi juga harus ada pada saat dibuatnya kontrak; dan 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 Pasal 1338 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.[100] 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,*

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

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

common law, maupun sistem lainnya,[101] termasuk sistem hukum Islam.[102] 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.* Assas ini merupakan asas *Pacta Sunt Servanda*, yang memiliki ketentuan bahwa suatu perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik, tulus dan jujur sehingga dalam pelaksanaannya perjanjian tersebut dapat berjalan dengan baik dan lancer sesuai dengan harapan yang membuat perjanjian. 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.

---

101 Ridwan 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

102 Fathurrahman 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 teijadi 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.

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 bagaimana cara seseorang memperoleh dan mempergunakan hak miliknya.[103]

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

103 Dalam 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 recut),* umpama pembeli mempunyai hak untuk menuntut penyerahan terhadap pejualnya, sedangkan berkaitan dengan penyerahannya disebut perjanjian kebendaan *(zakelijke overeenkomst).*

mengaturnya.[104] Guest menyebutkan, bahwa pada abad ke sembilan belas, kebebasan berkontrak sangat diagungkan baik oleh para filusuf, ekonom, sarjana hukum maupun pengadilan.[105]

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 ujud 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, indivualistis-kapitalis, di mana hak individu dalam perekonomian merupakan sebagian dari hak asasinya. Erat sekali hubungannya dengan dunia luar, sehingga untuk ini perlu diadakan ketentuan-ketentuan yang tertib tentang jaminan pemenuhan janji yang telah diadakan.[106] Asas kebebasan berkontrak mula-mula muncul dan berlaku dalam hukum perjanjian Inggris sebagai awal dari sejarah timbulnya asas kebebasan berkontrak.[107]

---

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

105 *ibid,* hlm. 44

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

107 Bandingkan 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

Menurut Treitel, sebagaimana dikutip oleh Remy Sjahdeini,[108] *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 menutut 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 dengan teori ekonomi klasik mendasarkan seluruh pemikiran-pemikirannya pada ajaran hukum alam. Hal ini pun mendasari pemikiran Jeremy Bentham.[109] Menurut Syahdeni, teori klasik yang dikemukan oleh Adam Smith dan teori *utilitarianisme* yang dikemukakan Jeremy Bentham adalah memiliki kesamaan-kesamaan dan saling melengkapi, kedua-

---

dan berkembang di negeri Perancis, dan mencapai puncaknya setelah adanya Revolusi Perancis.

108 Sutan 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.

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

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. [110]

Pengaruh faham indivualisme 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 faham-faham etis dan sosialis, faham individualisme mulai pudar, terlebih-lebih setelah perang dunia kedua. Faham ini secara umum menimbulkan zaman baru dalam hukum, demikian juga pengaruh faham etis dan sosialis ini terlihat dan sangat terasa pada isi dari asas kebebasan berkontrak.[111]

Asas kebebasan berkontrak menurut hukum perjanjian Indonesia meliputi ruang lingkup sebagai berikut:[112]Kebebasan

---

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

111 Mahadi, 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: Penetapan kepentingan umum lebih tinggi dari kepentingan individual; Penempatan hukum lebih tinggi daripada undang-undang; 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. Kepentingan individual menempati tempat tertinggi/terpenting (Mahadi, *Hukum Sebagai Sarana Mensejahterakan Masyarakat,* USU Press, Medan, 1985, hlm 2-3).

112 Remy Syahdeini, *Op.Cit.,* hlm. 10

untuk membuat atau tidak membuat perjanjian; Kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ia ingin membuat perjanjian; Kebebasan untuk menentukan atau memilih kuasa dari perjanjian yang dibuatnya; Kebebasan untuk menentukan objek perjanjian; Kebebasan untuk menentukan syarat-syarat suatu perjanjian termasuk kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*optional/Inggris*, *aanvullend rech /Belandat, yaitu Prinsip hukum keterbukaan)*.[113]

Dalam lalu lintas perdagangan internasional juga dianut asas kebebasan berkontrak. Prinsip hukum kontrak komersial Internasional, yang diatur dalam prinsip-prinsip: *Formaly English: The International Institute for the Univication of Private Law. French: Institut International pour Univication du droit private (UNIDROIT),*[114] 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

113 Gunawan Widjaja, Memahami Prinsip Keterbukaan (Aanvullend recht, Penerbit: Raja Grafindo, Jakarta, 2007. Hal.39.

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

berbagai kepentingan yang diterapkan dapat memberikan solusi persoalan perbedaan sistem hukum dan kepentingan ekonomi lainnya. Prinsip kebebasan berkontrak diwujudkan dalam lima bentuk prinsip hukum, yaitu: Kebebasan menentukan isi kontrak; Kebebasan menentukan bentuk kontrak; Kontrak mengikat sebagai undang-undang; Aturan memaksa *(mandatory rules)* sebagai perkecualian; dan Sifat internasional dan tujuan-tujuan prinsip-prinsip UNIDROIT yang harus diperhatikan dalam penafsiran kontrak.

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.[115]

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

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

publik. Melalui campurtangan Pemerintah ini, pemasyarakatan *(vermaatschappelijking)* hukum perjanjian.[116]

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 tejadi karena sebab-sebab:[117] *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

116 Mariam Darus Badrulzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan, Op.cit.,*hlm. 85
117 Amirizal, *Op.Cit.,* hlm. 37

yang mengakibatkan kebebasan perseorangan dibatasi oleh berbagai macam peraturan-peraturan. *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 komprenhensif. 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:

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.[118]

Kontrak di Indonesia pada umumnya 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 tergolongan ke dalam masyarakat Eropa dan Timur Asing berlaku penuh ketentuan-ketentuan yang termaktub dalam Buku III KUHPerdata (tentang perikatan). Bilamana orang-orang dari

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

golongan penduduk yang berbeda-beda mengadakan transaksi di antara mereka, maka timbul persoalan hukum mana yang berlaku dan karena itu juga masalah pilihan hukum.[119] Persoalan ini dapat dipecahkan mengikuti prinsip-prinsip di bawah ini:[120]

1. Kehendak para pihak. Para pihak membuat pernyataan tegas di dalam kontrak bahwa hukum adat atau KUHPerdata 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 KUHPerdata. Penentuan ini dilandaskan fakta bahwa korporasi pada prinsipnya adalah entitas hukum Barat.

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

120 *ibid*

2. 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 KUHPerdata akan berlaku karena sistem hukum itulah yang secara umum diberlakukan di Jakarta.
3. 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 KUHPerdata 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.
4. Penawaran Umum. Jika seseorang menawarkan sesuatu kepada publik dan seorang lain menerima tawaran umum tersebut, maka lingkup hukum dari pihak yang menawarkan akan berlaku terhadap transaksi demikian.
5. 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 KUHPerdata.[121]

Sebagai suatu prinsip umum, kontrak tercipta ketika ada perjumpaan kehendak. Hal ini disebut pula sebagai prinsip konsensual yang melandasi perjanjian sebagaimana diatur di dalam ketentuan Pasal 1320 (1) KUHPerdata. Prinsip ini dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 1458 KUHPerdata 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 ditemukan di dalam keabsahan perjanjian untuk menyerahkan sesuatu yang mensyaratkan pertama penyerahan barang dan selanjutnya fisik barang telah diterima oleh pihak lainnya.[122]

Apapun kontrak yang dibuat, dapat dikatakan bahwa kesepakatan bersama merupakan prinsip dasar yang menentukan keabsahan kontrak. Ada empat syarat (Kesepakatan; Kecakapan; Hal tertentu; dan sebab yang halal) yang harus dipenuhi sebelum suatu kontrak dapat dinyatakan mengikat secara hukum: kontrak

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

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

harus dibuat beranjak dari kehendak bebas para pihak. Pihak yang membuat kontrak harus memiliki kecakapan hukum untuk bertindak; kontrak harus mengenai hal tertentu dan apa yang diperjanjikan tidak boleh sesuatu yang melawan hukum. Menurut ketentuan Pasal 1338 (1) KUHPerdata, seketika syarat-syarat keabsahan perjanjian dipenuhi (Pasal 1320 (1) KUHPerdata), maka kontrak demikian mengikat dan berlaku sebagai hukum bagi para pihak[123]. Selanjutnya ketentuan Pasal 1338(3) KUHPerdata 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, KUHPerdata menyediakan satu sarana hukum khusus, *Actio Paulina,* sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 7341 KUHPerdata. Kreditor dapat menghindari konsekuensi yang timbul dari transaksi-transaksi dengan itikad tidak baik demikian yang dilakukan debitur dengan mengajukan gugatan

123 *Ibid.,* hlm.

agar pengadilan membatalkan transaksi-transaksi tersebut[124].Agar dapat dinyatakan batal, transaksi tersebut harus dinyatakan oleh hakim (pengadilan) tidak memenuhi syarat yang 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 KUHPerdata menetapkan bahwa perjanjian akan mengikat para pihak dan tidak akan menimbulkan kerugian terhadap pihak ketiga. Ketentuan Pasal 1341 KUHPerdata 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. Asumsi kebebasan berkontrak, didasarkan pada para pihak 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).

---

124 *Lihat ketentuan Pasal 3741 KUHPerdata*

Kebebasan Berkontrak diyakini, dapat juga bersinggungan dengan Hak Asasi Manusia. Dalam 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 perbankankan. Sehingga perlu dipikirkan 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. Kontrak baku dalam pelaksanaan Pemberian Kredit Perbankan yang Berwawasan Lingkungan, yang berdasarkan pada beberapa kontrak standar yang dibuat oleh pihak perbankan sebagai wujud intermediary memajukan perekonomian nasional. Namun di sisi lain menjadi masalah dalam proses pelaksanaannya, karena setiap materi kontrak ditentukan oleh pihak perbankan.

E. Asas-Asas Hukum Perjanjian/Perikatan/Kontrak

Sebelum membahas pengertian asas-asas hukum, maka terlebih dahulu diutarakan mengenai pengertian sistem. Sistem adalah suatu susunan atau catatan yang teratur, suatu keseluruhan yang terdiri atas bagian-bagian yang berkaitan satu sama lain. Tersusun menurut suatu rencana atau pola hasil dari suatu pemikiran untuk mencapai suatu tujuan. Dalam suatu sistem yang baik, tidak boleh terjadi duplikasi atau tumpang tindih *(overlapping)* diantara bagian-bagian itu. Dengan demikian suatu sistem hukum adalah keseluruhan aturan hukum yang disusun secara terpadu

berdasarkan asas-asas tertentu. Dari uraian tersebut diatas, dapat disimpulkan bahwa sistem adalah kumpulan asas-asas yang terpadu, yang merupakan landasan diatas mana dibangun tertib hukum. Asas-asas ini diperoleh melalui konstruksi yuridis, yaitu dengan menganalisa (mengolah) data-data yang sifatnya nyata (konkrit) untuk kemudian mengambil sifat-sifatnya yang umum atau abstrak. Asas-asas ini mempunyai tingkatan dilihat dari gradasi sifatnya yang abstrak, yaitu asas idiil (filosofis), asas konstitusional (struktural), asas konsepsional (politis), dan asas operasional (teknis). Perbedaan antara berbagai asas ini tidak prinsipiil, tetapi gradual. Aturan hukum membentuk dirinya dalam suatu hukum dapat pula digolong-golongkan dalam sub-sub sistem, seperti hukum perdata, pidana, ekonomi dan lain-lain. Seluruh sub-sub sistem ini satu sama lain berkaitan dalam hubungan yang harmonis dan serasi, tidak berbenturan oleh karena memiliki asas-asas, sendi-sendi yang terpadu. [125] Dalam kaitan tersebut yang dimaksud dengan asas hukum adalah asas yang berlaku secara umum dalam bidang hukum. Maka asas hukum perdata adalah asas khusus yang merupakan bagian dari asas hukum yang berlaku di bidang khusus, berada disamping asas hukum lainnya, seperti asas hukum pidana, asas hukum tata negara dan sebagainya. Tidak jarang terdapat bahwa asas hukum khusus sama dengan asas hukum umum, tetapi belum tentu bahwa asas hukum umum berlaku dalam hukum khusus.

125 Mariam Darus Badrulzaman, *Mencari Sistem Hukum Benda Nasional*, (BPHN, Departemen Kehakiman Bekerjasama dengan Penerbit Alumni Bandung, 1983), 15 - 16.

Asas hukum atau *rechtsbeginsel* bukan merupakan peraturan yang konkret yang berlaku, melainkan suatu hal teoritis yang melandasi, mendasari, serta mendukung suatu peraturan, baik berupa falsafah, prinsip atau dasar. Pasal 11 Algemeine Bepalingen (AB), menegaskan: *"Jika hakim menghadapi perkara yang ternyata tidak ada peraturan hukum yang dapat diterapkan, maka hakim tidak dapat menolak memberikan keadilan berdasarkan dalih bahwa Undang-Undang tidak lengkap dan tidak ada peraturan yang dapat diterapkan. Hakim wajib memberikan keadilan dengan mencari asas-asas hukum yang dapat dijadikan dasar putusannya, dan bila perlu menerapkan kebiasaan atau adat sebagai dasar keputusannya".* Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa asas hukum itu harus dicari dengan pemikiran, dan tidak ditentukan oleh penguasa, sehingga merupakan sesuatu yang kedudukannya dapat dianggap lebih tinggi dan lebih pokok daripada peraturannya sendiri. Penggunaan asas hukum bukan merupakan kewajiban, melainkan merupakan sesuatu yang secara nalar (logis) berlaku secara otomatis, sehingga tidak perlu diminta persetujuan dari siapapun. Asas adalah merupakan sesuatu peningkatan *(optrekking)* suatu peraturan kepada sesuatu yang lebih tinggi, lebih universal, melalui jalan pemikiran.[126] Asas-asas hukum adalah bersifat abstrak, oleh karena sudah menjelma didalam hukum positif, dalam hal ini hukum dasar yang tertulis.[127]

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa perikatan ditujukan untuk memberikan sesuatu untuk berbuat sesuatu atau untuk

126 Rochmat Soemitro, *Asas-Asas Hukum Perpajakan*, (Badan Pembinaan Hukum Nasional, Bandung: Binacipta), ix - x.

127 Mariam Darus Badrulzaman, *Mencari Sistem….. Op.Cit.* 21 - 25.

tidak berbuat sesuatu sebagaimana dirumuskan dalam pasal 1234 KUHPerdata. Oleh karena itu, terhadap semua perikatan berlaku asas-asas perikatan pada umumnya dan ketentuan terkait lainnya. Hubungan hukum antara para pihak dalam suatu perjanjian harus tunduk kepada asas hukum perikatan, sebagai sub-sistem dari hukum perdata nasional, didasarkan pada nilai filosofis, sosiologis, dan yuridis yang terkandung dalam Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.

Hukum perikatan bersifat terbuka atau asas kebebasan berkontrak, dimana semua perjanjian mengikat sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya. Hal ini sesuai dengan ciri hukum perikatan modern dan juga perkembangan yang cepat dalam masyarakat khususnya masyarakat bisnis, sehingga dapat menampung keperluan baru yang timbul sebagai akibat era globalisasi perdagangan dunia. Untuk syahnya suatu perjanjian tidak boleh berisikan sesuatu hal yang bertentangan dengan kesusilaan serta perikemanusiaan. Hal ini perlu ditegaskan untuk mencegah penyalahgunaan kedudukan pihak yang ekonominya lebih kuat terhadap pihak yang lemah. Dewasa ini terdapat kecenderungan perubahan persepsi terhadap asas hukum perikatan terutama dalam praktek bisnis perbankan, sehingga perlu diperhatikan asas-asas hukum dalam praktek sesuai dengan perkembangan.

Beberapa asas hukum yang perlu perhatikan dalam perikatan, antara lain sebagai berikut:

1. Asas setiap orang dianggap mengetahui hukum dan perlindungan

Asas ini sangat mendasar dan berpengaruh kepada pelaksanaan dan perkembangan hukum perikatan di Indonesia. Dengan asas ini setiap orang diasumsikan mengetahui dan mengenal hukum. Dengan demikian setiap orang dan pelaku bisnis di Indonesia, dianggap mengetahui setiap dan semua peraturan hukum yang berkaitan dengan kegiatan bisnis di Indonesia, khususnya hukum perjanjian. Asas ini pada dasarnya tidak dapat digeneralisasikan terhadap semua orang, sebab tidak semua orang memiliki kemampuan sama memahami hukum. Oleh karena itu diperlukan perlindungan hukum. Asas perlindungan dapat dibedakan dalam dua jenis, yaitu perlindungan untuk golongan ekonomi lemah dan kepada pihak yang beritikad baik *(to goeder trouw),* walaupun pihak yang menyerahkannya tidak berwenang *(beschikkingson bevoegd).* Hal ini diutarakan dalam pasal 1977 KUHPerdata.

2. Asas kebebasan berkontrak *(Partij Otonomi)*

Asas ini sangat terkenal dalam hukum perikatan. Berdasarkan asas ini suatu pihak dapat memperjanjikan apapun yang dikehendaki dan tidak dikehendaki dengan pihak lain untuk dicantumkan didalam perjanjian, dan apa yang diperjanjikan itu mengikat para pihak yang menandatangani perjanjian tersebut (pasal 1338 KUHPerdata). Namun demikian harus diakui, bahwa penerapan asas kebebasan berkontrak ini adalah tidak bebas sebebas-bebasnya. Beberapa pembatasan juga diterapkan oleh pembuat peraturan berkontrak tersebut, diantaranya tidak boleh bertentangan dengan ketertiban umum, kepatutan dan kesusilaan (pasal 1320 KUHPerdata). Jaminan kepastian hukum atas suatu

perikatan terletak pada kesepakatan antara para pihak yang diberikan secara bebas. Akan tetapi dalam prakteknya kebebasan berkontrak hanya semu *(pseudo-concensus)*. Oleh karena itu, hakim yang harus menentukan apakah kesepakatan dalam suatu kebebasan berkontrak diberikan secara sah dan apakah kebebasan berkontrak itu mempunyai kekuatan mengikat. Kecuali itu, hakim juga harus memperhatikan rasa keadilan masyarakat. Subekti,[128] menunjukkan suatu ajaran tentang kekuasaan hakim untuk mengkonversikan suatu kontrak. Hakikatnya, hakim dapat merubah atau menggantikan apa yang sebenarnya dikehendaki oleh para pihak agar suatu kontrak itu mempunyai makna yang sah. Sebab, kalau tidak dikonversikan kontrak itu tidak sah menurut Undang-Undang. Konversi itu dilakukan oleh hakim untuk memberikan keadilan. Apabila dalam pelaksanaan suatu kontrak terdapat kesukaran, baik menyangkut alasan kebebasan maupun kesepakatan antara para pihak, maka hakim berwenang menafsirkan mengenai apa diperjanjikan para pihak yang mengikat dirinya. Subekti,[129] mengakui bahwa asas kebebasan berkontrak berpangkal dari anggapan kedudukan yang sama kuat antar para pihak dalam kontrak, sedangkan kenyataannya sering tidak demikian.

3. Asas Konsensualitas

Menurut asas ini, perjanjian ada dan sudah dilahirkan sejak detik tercapainya sepakat. Dengan kata lain, perjanjian itu sudah sah apabila tercapai sepakat mengenai hal-hal yang

128 Subekti. *Pembinaan Hukum Nasional*, (Bandung: Alumni, 1981), 59-60.
129 Subekti. *Aspek-aspek Hukum Perikatan Nasional.* (Bandung: Alumni, 1986), 8.

pokok dan tidak diperlukan suatu formalitas tertentu. Namun didalam perkembangan tidak mempergunakan lagi penerapan asas konsensualitas. Bukan hanya asas konsensualitas itu sulit dibuktikan, akan tetapi orang juga akan lebih mudah lupa dan mengingkari apa yang telah disepakati dibandingkan dengan harus melihat apa yang telah tertulis. Bahkan lebih jauh, hal-hal yang tertulis yang telah ada sebelumnya, bila kemudian ditandatangani suatu perjanjian maka perjanjian yang telah ada sebelumnya menjadi tidak berlaku lagi dan perjanjian ini telah menggantikan dan menjadikan satu-satunya perjanjian yang berlaku dan mengikat para pihak, sebagaimana pasal 1320, 1338 KUHPerdata.

Menurut Profesor Eggens, sebagaimana dikutip oleh Subekti,[130] menyatakan asas konsensualitas merupakan putusan kesusilaan *(zedelijke eis)* dan puncak dari peningkatan martabat manusia. Dengan mempercayai kata-kata dari seseorang, maka menempatkan dirinya pada suatu martabat kemanusiaan yang tertinggi. Kesepakatan adalah suatu persesuaian faham dan kehendak antara dua belah pihak. Apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu, adalah juga yang dikehendaki oleh pihak yang lain, meski tidak sejurusan tetapi secara timbal balik. Dari uraian ini dapat ditarik dua unsur penting dalam suatu kesepakatan, yaitu adanya kesesuaian faham dan kehendak para pihak dan bersifat timbal balik *(reciprocal)*. Sebagai bandingan, dapat dilihat juga definisi yang diberikan oleh Retnowulan Sutantio,[131] yang dimaksud dengan kata sepakat (kesepakatan) adalah, kedua subyek yang membuat perjanjian itu

130 Ibid, 6 et seq.

131 Retnowulan Sutantio, "Perjanjian Menurut Hukum Indonesia". *Varia Peradilan,* No.56, Jakarta: IKAHI, (April 1990), 122.

harus sepakat, setuju, atau seia-sekata mengenai pokok perjanjian, apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu, dikehendaki oleh pihak yang lain secara timbal-balik.

Kesepakatan (konsensus) merupakan salah satu saja dari empat syarat sahnya suatu kontrak (pasal 1320 KUH Perdata). Ketiga syarat lainnya adalah: cakap (para pihak) untuk membuat suatu kontrak, tetang suatu hal tertentu, dan suatu sebab *(cause)* yang halal. Syarat-syarat sahnya suatu kontrak menurut pasal 1320 KUH Perdata, dapat dibedakan atas bagian inti yang disebut *esentialia* dan bagian bukan inti yang terdiri dari *naturalia* dan *aksidentalia*. Bagian inti *(sensialia)* adalah sifat yang harus ada, penyebab suatu kontrak tercipta, seperti kesepakatan dan obyek dari kontrak. *Naturalia* adalah sifat bawaan dari kontrak yang melekat pada kontrak, seperti tidak adanya cacad pada barang yang dijual. Sedangkan *aksidentalia* adalah sifat yang melekat pada suatu kontrak yang secara tegas diperjanjikan para pihak, seperti domisili para pihak. Pasal 1321 KUHPerdata menegaskan: *"Kesepakatan itu tidak sah apabila diberikan karena kekhilafan (salah pengertian), paksaan, atau penipuan. Kekhilafan atau kekeliruan mungkin terjadi mengenai suatu hal yang pokok dari apa yang diperjanjikan atau suatu sifat penting dari barang atau orang (pihak) yang dikaitkan dalam suatu kontrak. Suatu paksaan dalam hal ini adalah paksaan yang bersifat psiklogis, bukan paksaan fisik. Sedangkan penipuan adalah dengan sengaja memberikan keterangan palsu atau suatu tipu muslihat lainnya. Ketiga hal ini, yaitu kekhilafan atau kekeliruan, paksaan, dan penipuan menyebabkan seorang tidak bebas dalam berkehendak, sehingga apabila ia memberikan kesepakatan, maka kesepakatan tersebut tidak sah".* Dengan demikian kesepakatan harus lahir dalam suasana bebas. Untuk

menjamin kebebasan dalam melahirkan suatu kesepakatan sebagai sebab adanya *(raison d'etre)* kontrak, maka pasal 1321KUHPerdata, juga memberikan sanksi hukum atas pelanggaran ketentuan itu. Disinilah letak hubungan yang sangat erat antara asas kebebasan berkontrak dan asas konsensualitas.

4. Asas kepercayaan *(Vertrouwensbeginsel)*

Seseorang yang mengadakan perjanjian dengan pihak lain, menumbuhkan kepercayaan diantara kedua belah pihak, bahwa satu sama lain akan memegang janjinya. Dengan kata lain, akan memenuhi prestasinya dikemudian hari. Kedua belah pihak mengikatkan dirinya, dan pernjanjian itu mempunyai kekuatan mengikat sebagai Undang-Undang. Menurut Teori Kepercayaan (Trust) dalam perjanjian, kalau pihak yang menerima pernyataan tahu atau sepatutnya tahu, bahwa si pemberi pernyataan keliru dalam pernyataannya, maka akseptasi dari pihak yang menerima pernyataan tidak menimbulkan perjanjian.[132]

5. Asas itikad baik *(Good Faith)*

Suatu perikatan harus dilaksanakan dengan itikad baik.[133] Ini berarti bahwa didalam suatu perikatan antara bank dan nasabah, pihak bank harus menjamin dengan itikad baik bahwa simpanan nasabah akan dipergunakan untuk tujuan yang sesuai dengan prinsip perbankan. Sedangkan nasabah harus melaksanakan

---

132 J. Satrio, "Catatan Hukum", Hukum On-Line.com. 05 Januari 2018.

133 Setiawan. *Naskah Akademik Peraturan PerUndang-Undangan tentang Hukum Perikatan Pengganti Burgerlijk Wetboek/Stb 1847-23 Buku Ketiga Titel 1-4,* (Jakarta: BPHN Departemen Kehakiman, 1993/1994), 84 et seq.

kewajibannya dengan itikad baik bahwa uang yang disimpannya adalah uang halal dan milik sendiri.

Didalam perkembangannya, asas itikad baik yang dituangkan didalam ketentuan pasal 1338 KUHPerdata belum dianggap cukup melindungi kepentingan para pihak sehingga perlu dituangkan lebih jauh dan lebih rinci didalam ketentuan perjanjian itu sendiri. Hal mana dibenarkan dan sejalan dengan asas kebebasan berkontrak. Asas itikad baik memang suatu asas yang valid dan harus dipertahankan dalam hukum perjanjian, tetapi itikad baik saja belum cukup dalam suatu perjanjian. Itikad baik seseorang bisa berobah dari waktu kewaktu mengingat keadaan dan kondisi serta hal yang mungkin mempengaruhi pikirannya. Dalam kaitan ini dapat dikemukakan putusan badan peradilan tertinggi.

Penerapan asas itikad baik dapat membatasi daya berlaku pasal 1756 KUHPerdata, sebagaimana telah dikukuhkan sebagai jurisprudensi tetap hingga kini, dalam kasus perubahan nilai mata uang walaupun para pihak tidak memperjanjikan sebelumnya digunakan rumusan bahwa resiko atas perubahan nilai mata uang dibebankan kepada kedua belah pihak menurut imbangan yang sama dengan menggunakan harga emas sebagai ukurannya. Sebagai rujukan tentang hal ini, dapat dipergunakan Putusan Makhamah Agung tanggal, 10 Desember 1988 No.3703 K/Pdt/1986, dalam kasus antara S.T. Silalahi lawan Suryono dkk, putusan yang pertama sekali mengenai hal tersebut, dikarenakan belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang hal tersebut.[134]

134 *Varia Peradilan*, No.51, (Desember 1989), 36 et seq.

6. Asas kepatutan/kewajaran *(Fairness)*

Diketahui bahwa suatu perikatan dibuat bukanlah untuk kepentingan suatu pihak saja, tetapi untuk kepentingan semua pihak dalam perikatan. Perikatan harus dibuat dengan mengindahkan dan memperhatikan kepentingan para pihak. Adalah tidak layak dan tidak wajar apabila suatu perikatan didalam perumusannya memberikan kewajiban 99% kepada pihak lain dan hanya memberikan hak 1%, sedangkan kepada pihak yang lainnya diberikan hak 99% sedangkan kewajibannya hanya 1%. Menetapkan sesuatu itu layak dan wajar adalah sangat sensitif. Asas ini dituangkan dalam pasal 1339 KUHPerdata, kepatutan merupakan ukuran hubungan yang ditentukan juga oleh rasa keadilan dalam masyarakat.

7. Asas persamaan dalam hukum *(Equality Before the Law)*

Asas ini menempatkan para pihak didalam persamaan derajat, tidak ada perbedaan, walaupun berbeda ras, kekayaan, jabatan dan lainnya. Para pihak wajib melihat persamaan ini sebagai manusia ciptaan Tuhan. Pasal 27 ayat 1 Undang-Undang Dasar 1945 menegaskan: *"Hukum harus menjamin kedudukan yang sama di dalam hukum dan pemerintahan bagi segala warga negara, serta wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya".*

8. Asas kesamarataan/keseimbangan.

Dalam suatu perjanjian asas ini memberi arti bahwa para pihak pada dasarnya diberikan kedudukan yang sama, hak yang sama dan kewajiban sesuai perjanjian. Kalau kepada satu pihak diberikan hak

untuk melakukan pemutusan perikatan, kepada pihak lainnya juga diberikan hak yang sama. Asas ini sering dirancukan dengan asas perlindungan bagi pihak yang lemah.

9. Asas tanggungjawab.

Sebagaimana diketahui, pasal 1131 KUHPerdata mengandung asas bahwa setiap orang bertanggungjawab terhadap hutang-hutangnya, tanggungjawab mana berupa penyediaan kekayaannya baik benda bergerak maupun tetap, jika perlu dijual untuk melunasi hutang-hutangnya. Asas ini sesuai juga dengan asas kepercayaandidalam hukum perikatan, dimana setiap orang yang memberikan hutang kepada seseorang percaya bahwa debitur akan memenuhi prestasinya dikemudian hari. Setiap orang wajib memenuhi janjinya merupakan asas moral yang oleh pembentuk Undang-Undang dikuatkan sebagai norma hukum. Asas ini juga sangat penting dalam hubungannya dengan kewajiban seseorang terhadap kemungkinan kerugian yang diderita oleh orang lain akibat perbuatannya (Pasal 1365 KUHPerdata).

10. Asas kepastian hukum/ketepatan waktu *(Time Is of The Essence)*.

Hukum bertujuan menciptakan keadilan melalui tertib hukum, berusaha memberikan kepastian hukum.[135] Kepastian hukum ini sangat penting dalam kehidupan hukum, sehingga setiap orang mengetahui sampai sejauh mana hak dan kewajibannya yang

135 Mariam Darus Badrulzaman, *Mencari Sistem Hukum Benda Nasional*, (BPHN, Departemen Kehakiman Bekerjasama dengan Penerbit Alumni Bandung, 1983), 15 - 16.

diberikan oleh hukum. Kepastian hukum ini tersimpul dalam Undang-Undang yang tergantung kepada ketegasan, kejelasan, kepastian yang disebabkan oleh susunan kalimat.

Kepastian hukum memberikan jaminan bahwa subjek hukum tidak akan diberlakukan secara sewenang-wenang/tidak semena-mena, sehingga setiap orang akan dapat mengetahui dengan pasti apa dan sejauh mana hak dan kewajiban yang diberikan oleh Undang-Undang kepadanya. Dalam kehidupan masyarakat yang tertib, segala sesuatu harus berdasarkan hukum yang berlaku. Perbuatan yang melanggar hukum akan menyebabkan ketidakseimbangan masyarakat, sehingga menyebabkan ketidaktenangan dan akan mengganggu ketenangan masyarakat. Perjanjian sebagai suatu figur hukum harus mengandung kepastian hukum yang terlihat dari kekuatan mengikat perjanjian, sebagai Undang-Undang bagi para pihak. Di dalam perikatan tertentu, asas ini merupakan dasar pertimbangan utama dalam pengertian suatu proyek harus diselesaikan tepat waktu. Ketepatan waktu sangat essensial, apabila terlambat akan berakibat terlambatnya memulai kegiatan bisnis, terlambatnya *revenue*kewajiban untuk melakukan pembayaran kembali, naiknya biaya pengeluaran, adanya kewajiban baru yang harus ditanggung yang sebelumnya tidak diperkirakan.

11. Asas keterbukaan *(As Is Where Is)*

Asas ini diberlakukan dan dipergunakan dalam suatu transaksi yang melibatkan masalah yang sebenarnya dapat tidak dimasukkan didalam konsiderasi, tetapi telah diberitahukan oleh suatu pihak kepada pihak lain. Sebagai akibatnya transaksi tersebut akan ditutup dengan konsiderasi yang mendasarkan kepada keadaan yang telah diberitahukannya.

12. Asas kerahasiaan *(Confidentiality)*

Dalam setiap perikatan merupakan asas dimana para pihak diwajibkan untuk menjaga kerahasiaan ketentuan atau data yang tersangkut dalam perikatan dan tidak dibenarkan untuk disebarluaskan kepada pihak ketiga.[136]

13. Asas ketertiban umum *(Public order)*

Asas kebebasan berkontrak mengandung arti bahwa para pihak dapat menyepakati apapun selama tidak bertentangan dengan Undang-Undang, ketertiban umum, kesusilaan. Suatu persetujuan adalah terlarang, apabila dilarang Undang-Undang atau berlawanan dengan kesusilaan atau ketertiban umum (pasal 1337). Dalam hubungan keperdetaan internasional, asas kebebasan berkontrak banyak ditandai dengan adanya *choice of law* yang judga dibatasi oleh *public policy*. [137] Pilihan hukum dilakukan sekehendak para pihak dengan batasan-batasan, yang merupakan imbangan antara asas kebebasan berkontrak dengan asas ketertiban umum. Asas kebebasan berkontrak membenarkan adanya pilihan hukum, namun asas ketertiban umum membatasi luasnya pilihan hukum, sepanjang tidak melanggar ketertiban umum. Peraturan Makhamah Agung Nomor 1 tahun 1990 tentang pelaksanaan putusan arbitrase asing, mengaskan, ketertiban umum ialah sendi-sendi asasi seluruh sistem hukum dan masyarakat di Indonesia".

136 Setiawan, *Naskah Akademik....Op Cit* 89.
137 Setiawan, *Naskah Akademik....Op Cit* 99.

14. Asas Kepentingan Umum *(General necessity principles)*

Menurut pasal 1338 jo 1340 KUHPerdata, persetujuan hanya berlaku kepada pihak pihak pembuatnya. Sesuai dengan sifatnya, hukum perikatan bersifat relatif, dimana hak-hak yang lahir dari perikatan itu hanya berlaku bagi orang tertentu *(persoonlijk)*. Persetujuan tidak boleh merugikan pihak ketiga, dan kepentingan umum. Setiap orang secara riil akan mendapatkan hak dan kewajibannya sesuai dengan untung rugi yang dilakukannya. Hal ini sesuai dengan asas kebebasan yang bertanggungjawab yang menghendaki agar masyarakat menjaga keseimbangan hak dan kewajiban, antara kepentingan pribadi dan masyarakat dan masyarakat, antara kepentingan masyarakat dan kepentingan umum (nasional), yang senada juga dengan asas kekeluargaan yang merupakan watak bangsa Indonesia. *"Pasal 3 angka 3 Undang-Undang No.28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan bebas dari KKN, disebutkan salah satu asas umum penyelenggaraan negara meliputi asas kepentingan umum, yaitu asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif dan selektif".*

Untuk kepentingan umum termasuk kepentingan bangsa dan negara, harus didahulukan dari kepentingan orang seorang, maka dalam keadaan memaksa yaitu jalan musyawarah tidak berhasil, pemerintah berwenang mengambil dan mencabut hak orang lain (Misalnya pengadaan tanah untuk kepentingan umum sesuai dengan Keppres No.55 tahun 1993 juncto Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 juncto Peraturan Pemerintah Nomor 19 Tahun 2021). Basis hubungan hukum antara para pihak dalam suatu perjanjian adalah hubungan kontraktual, perikatan yang timbul

adalah perikatan atas dasar kontrak. Hubungan itu tidak hanya menciptakan perikatan kontraktual, melainkan menciptakan perikatan atas dasar perbuatan melanggar hukum serta dalam beberapa hal tertentu juga atas dasar *lastgeving* (pemberian kuasa). Hubungan hukum kontraktual dalam KUH Perdata, selain mengatur tentang asas-asas umum hukum perikatan, juga mengatur tentang bentuk perjanjian tertentu, antara lain jual-beli, sewa-menyewa, pemberian kuasa, yang lazim dinamakan *"benoemde overeenkomst"* (perjanjian bernama). [138]

Pasal 1319 KUHPerdata menyebutkan dua kelompok perjanjian, yaitu perjanjian yang oleh Undang-Undang diberikan suatu nama khusus *(benoemde atau nominaatcontracten)* dan perjanjian yang dalam Undang-Undang tidak dikenal dengan suatu nama tertentu yang disebut perjanjian tak bernama *(on-benoemde* atau *in-nominaat contracten)*.[139] Hubungan kontraktual bank dan nasabah tidak termasuk suatu *"benoemde contract"*. Dalam KUHPerdata tidak ditemukan pengaturan hubungan kontraktual bank dan nasabah. Hubungan itu merupakan kontrak campuran, perjanjian pemberian kuasa *(lastgeving)* pasal 1792 KUHPerdata dan perjanjian penitipan barang (pasal 1694). Sebahagian besar adalah perjanjian pinjam-meminjam (pasal 1754 KUHPerdata), perjanjian melakukan pekerjaan, atau memberikan jasa tertentu (pasal 1601 KUH Perdata).

---

138 A.W.H. Massier, *Beknopt Juridisch Woordenboek Indonesisch-Nederlands,* (Centrum Voor Niet-Westerse Studies Rijksuniversiteit Leiden, Postbus 9515, 2300 RA Leiden Nederland: 1992), 74.

139 Sri Gambir Melati Hatta, *Op.Cit.* 124-125.

Sistem hukum perjanjian Indonesia sebagaimana tertuang dalam buku ketiga KUH Perdata menganut asas kebebasan berkontrak. Para pihak dapat memperjanjikan lain dari peraturan, asal tidak bertentangan dengan ketertiban umum serta kesusilaan. Pasal 1754 KUH Perdata mengatur pokok tentang pinjam-meminjam, namun memberikan pengaturan tersendiri tentang hutang yang timbul dari pinjam-meminjam uang (Pasal 1756). Hutang yang terjadi karena peminjam uang, hanya atas jumlah uang yang disebutkan dalam persetujuan. Apabila sebelum saat pelunasan terjadi perubahan nilai mata uang, maka pengembalian jumlah yang dipinjam harus dilakukan dengan mata uang yang berlaku pada saat pelunasan, menurut harga yang berlaku saat itu, walaupun ada perubahan nilai mata uang. Undang-Undang membuka kemungkinan, para pihak membuat kesepakatan lain untuk mengatasi risiko turun naiknya nilai mata uang. Menurut ketentuan pasal 1756 KUH Perdata, risiko akibat turunnya nilai uang, di tangan kreditur.

Dilihat dari segi hukum perdata, kegiatan bank di bidang liabilities berupa penghimpun dana masyarakat dalam bentuk simpanan giro, deposito berjangka, tabungan dan transaksi lainnya yang berupa penghimpun dana masyarakat, tunduk pada hukum penitipan, dimana titipan uang harus dikembalikan dalam mata uang yang sama. Menurut KUH Perdata: *"Pasal 1694 KUHPerd, penitipan terjadi apabila seseorang menerima sesuatu barang dari seorang lain, dengan syarat bahwa ia akan menyimpan dan mengembalikannya dalam ujudnya asal". Pasal 1714 KUHPerd: "Sipenerima titipan diwajibkan mengembalikan barang yang sama yang telah diterimanya. Dengan demikian jumlah uang harus dikembalikan dalam mata uang yang sama, seperti yang dititipkan,*

baik mata uang mata uang itu telah naik atau telah turun harganya. Dalam bisnis perbankan, simpanan dana nasabah tidak termasuk kategori titipan, mengingat nasabah menerima imbalan jasa berupa bunga atas simpanan uang. Hal ini berarti dalam perbankan ketentuan ini disimpangi dengan memperjanjikan secara tegas bahwa bank memberikan bunga kepada si penitip.[140]

F. Asas Kebebasan Berkontrak dalam Hukum Kontrak Indonesia

Sebagai sarana untuk mengalihkan hak atas suatu benda, hukum kontrak sudah dikenal sejak zaman sebelum Masehi sampai sekarang.[141] Dengan rentang waktu yang cukup panjang itu, mama eksistensi kebebasan berkontrak *(freedom of contract)* dalam berbagai masyarakat telah mengalami masa pasang-surut. Kebebasan berkontrak ini dipandang sebagai salah satu hak asasi manusia yang paling pokok, sehingga berlaku secara absolut (mutlak). Sebaliknya pada waktu yang lain, kebebasan berkontrak dipandang bersifat relatif, artinya diakui sejauh tidak melanggar ketertiban umum atau kepentingan masyarakat. Menurut faham liberalisme yang berkembang pada abad pertengahan di negara-negara Barat, setiap individu mempunyai hak untuk mencapai kebahagiaan masing-masing. Untuk mencapai kebahagiaan tersebut, kepada individu harus diberikan kebebasan yang seluas-

140 R. Subekti & R. Tjitrosudibio, "Kitab Undang-Undang Hukum Perdata", Penerbit: Prradnya Paramita, Jakarta, 1989, hal.318.

141 Lihat Mubyarto, Ilmu Ekonomi, Ilmu Sosial, dan Keadilan Sosial, (Jakarta; Yayasan Agro Ekonomi, 1986), halaman 18 et seq, Ch. Winardi, Kapitalisme versus Sossialisme, (Bandung, Remadja Karya CV, 1986), halaman 37-38.

luasnya untuk mengejar motif pribadinya. Ini merupakan inti ajaran Ekonomi Klasik yang diajarkan oleh Adam Smith, yang mengajukan alasan bajwa dengan cara demikianlah masyarakat secara keseluruhan akan mencapai kesejahteraan yang optimal. Karena faham liberalisme, [142] menganggap bahwa: kebebasan individu merupakan hak asasi yang paling utama, maka kebebasan berkontrak dan hak milik pribadi *(property right)* juga dipandang tidak dapat diganggu gugat. Disini jelas ada hubungan yang erat antara liberalisme, teori ekonomi klasik, teori hukum alam, dan Hukum Kontrak utamanya kebebasan berkontrak. Kebebasan berkontrak dianggap mutlak, sebab setiap individu berhak menutup suatu kontrak yang lahir dari kemauan atau kehendaknya yang bebas.

Dengan adanya kebebasan berkontrak *(free will),* maka setiap orang bebas untuk memilih *(free choise)* tentang apa saja yang dianggap perlu dan baik bagi dirinya. Setiap individu dapat pula menentukan apa yang merupakan hak dan keqwajibannya terhadap orang lain. Hak dan kewajibannya ditentukan sendiri melalui kontrak-kontrak yang dibuat secara bebas. Oleh karena itu, kontrak merupakan suatu sumber hak dan kewajiban.[143] Ini berbeda dengan masyarakat yang masih relatif sederhana, dimana hak-hak diperoleh berdasarkan status dan adat-istiadat secara turun-temurun. Status sangat ditentukan oleh kekuasaan dan hak-hak

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

143 Cf. Max Weber, On Law in Economy and Society, (Wirtschaft und Gesellschaft), Trans, Edward Shill and Max Rheinstein, (New York; Simon and Schuster, 1967), halaman 101.

istimewa *(privileges)* dari suatu keluarga,[144] dan pengaturannya tidak termasuk dalam Hukum Kontrak. Akan tetapi, dengan runtuhnya feodalisme, diikuti dengan bangkitnya sistem ekonomi kapitalis, maka eksistensi kontrak menjadi semakin penting.[145]Dalam masyarakat demokrasi moderen, utamanya negara-negara industri dan yang sedang mengalami proses industrialisasi, eksistensi kntrak mutlak diperlukan. Sebab, ia merupakan wadah bagi terlaksananya berbagai proses pertukaran barang dan jasa. Karena itu, adalah benar pengamatan Henry S. Maine, bahwa gerakan masyarakat maju adalah dari status ke kontrak.[146] Untuk dapat berjalannya gerakan ke kontrak ini diperlukan kebebasan berkontrak dengan tidak mengabaikan kepentingan masyarakat banyak dan golongan masyarakat yang lemah.

Dalam *Common Law* di Inggris, ide-ide tentang kebebasan berkontrak semakin penting sejak abad 16 paralel dengan perkembangan individualisme, setelah terjadinya reformasi Inggris. Dalam Hukum Inggris, kontrak timbul dari adanya perbuatan melawan hukum *(torts)* yang menyangkut hak milik seseorang[147] dan sebagai akibat dari pilihan bebas dari mereka yang menutup kontrak dengan pihak lain. Abad 18 dan 19 merupakan masa kejayaan bagi Teori Hukum Alam yang sesuai pula dengan doktrin *laissez-faire* dan *free market* dalam ekonomi. Hakim-hakim-pun

144 Lihat Hwnry S. Maine, Ancient Law, (t.t.: Dorset Press, 1986), halaman 141. Cf. catatan 4 supra Bab I halaman 110.

145 Lawrence Friedmann, A History of American Law, 2nd. Ed. (New York; Simon and Schuster, 1985), halaman 275

146 Henry S. Maine, loc. cit.

147 Sunaryati Hartono, Mencari Bentuk dan Sistem Hukum Perjanjian Nasional Kita, (Bandung:Penerbit Alumni, 1974), halaman 52.

menganggap bahwa hukum harus seminimal mungkin mencampuri urusan-urusan masyarakat.[148]. Kondisi ini sangat amendukung suasana kebebasan kontrak di Inggris. Ketika Inggris menjajah Amerika pada abad 17 dan 18, Inggris membawa serta hukumnya yang telah menjadi tradisi di Inggris.[149] Hal ini sangat mendorong perkembangan di sana, utamanya karena banyak imigran yang datang dari Eropa yang sudah relatif lebih maju. Sedangkan dalam sistem hukum Amerika, sampai abad 19 hukum kontrak belum dianggap penting. Sebab, umumnya sampai dengan awal abad 19 transaksi ekonomi masih bersifat sederhana, berlangsung *face-to-face,* dengan posisi tawar menawar yang relatif sama dan jenis barang pun masih bersifat sederhana.[150]

Kebebasan berkontrak dalam Hukum Amerika juga merupakan implementasi dari hak-hak asasi manusia yang bersifat mutlak. Ini tidak berbeda sama sekali dengan kebebasan berkontrak di Inggris, sebab yang mendasarinya tetap liberalisme dan individualisme, yang memberikan kebebasan yang luas bagi setiap individu untuk menutup kontrak berdasarkan kehendak yang bebas. Mengenai kebebasan berkontrak di Amerika Serikat, Metzger dan kawan-kawan menerangkan sebagai berikut: *"Its central tenet was "freedom of contract": contract should be enforced*

148 Profesor Atiyah menunjukkan bahwa sepanjang abad 18 dan 19, fungsi utama hukum di Inggris adalah melindungi kebebasan dan hak-hak individu, hak milik pribadi, dan sebagainya. Lihat P.S. Atiyah, Law and Modern Society, (oxford-New York: Oxford University Press, 1983), halaman 81.

149 Harold J. Berman, "The Historical Background of American Law" in Talks on American Law, Ed. Harold J Berman, (New York: Random House, 1961), halaman 19-11.

150 Lihat Metzger, Michael B. et al., Business Law and the Regulatory Environment: Concepts and Cases, 6th. Ed. (Homewood, Illionis: Irwin, 1986), halaman 131.

because they are the products of the free will of their creators, who should, within broad limits, be free to determine the extent of their obligations".[151] Konstitusi Amerika Serikat menjamin bahwa negara tidak akan mengurangi syarat-syarat yang ditentukan dalam kontrak. Amandemen ke-14 konstitusi ini yang dibuat pada tahun 1868 memberikan perlindungan bagi seseorang untuk membuat kontrak secara bebas. Adapun bagian (section) 1 dari Amandemen ini adalah sebagai berikut: *"..... No stase shall mare or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizans of the United States; nor shal any Staes deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws".*

Jaminan konstitusional bagi kebebasan warga negara di Amerika Serikat ini merupakan refleksi dari faham liberalisme yang intinya adalah *Equality Before The Law.* Kebebasan berkontrak tidak dapat dipisahkan dari latar belakang ini, karena mempunyai kaitan yang sangat erat. Penerapan asaskebebasan berkontrak dalam masyarakat Amerika Serikat sendiri telah menimbulkan beberapa dampak negatif yang merugikan masyarakat. Sebab, dalam kenyataannya tidak semua orang mempunyai kemampuan dan kedudukan yang sama dalam masyarakat. Oleh karena itu di beberapa negara bagian ditentukan bahwa beberapa jenis kontrak harus dibuat menurut bentuk yang telah ditentukan, yang memberikan informasi kepada pembeli mengenai syarat-syarat dalam kontrak, hak-hak dan kewajiban-kewajibannya, dan satu lembar copynya yang ditanda tangani oleh penjual dikirim kepada

151 Ibid.

pembeli.[152] Sementara itu, *Sherman Act (section)* 1 dan *federal Trade Commission Act) (section 5)* juga membatasi kebebasan berkontrak, yang secara khusus menunjuk pada *price fixing contra.*[153] Sedangkan kontrak-kontrak lain yang sejenis seperti *the tie-in-sale, exlusive dealership,* dan *the requirement contract,* dibatasi oleh *Clayton act (Section 3)*[154]. Dengan demikian jelas bahwa di Amerika Serikat kebebasan berkontrak tidak lagi bersifat mutlak, seperti abad 18 dan 19 yang lalu. Pembatasan kebebasan berkontrak ini sebagian besar merupakan respon terhadap reaksi gerakan konsumerisme yang timbul di Amerika Serikat sejak permulaan abad ke-20.

Keadaan kebebasan berkontrak dalam Hukum Perdata Belanda dapat dikatakan bersumber dari *Code Civil* Perancis yang dijadikan pedoman dalam penyusunannya pada abad yang lalu. *Code Civil* Perancis ini sangat dipengaruhi oleh Hukum Romawi, sehingga KUH Perdata *(Burgerlijk Wetboek)* Belanda-pun demikian. KUH Perdata (lama) Belanda disusun ketika kuatnya pengaruh liberalisme pad abad ke-19, yang mengakibatkan kebebasan berkontrak dipandang sebagai hak asasi manusia yang bersifat mutlak.[155] Dalam KUH

---

152 Robert Braucher, "Commercial Pransaction in American Law" in Talks on America Law, Ed. Harold J. Bermann, (New York: Vintage Book, 1961), halaman 159.

153 Martin C. Zchnitzer, Comtemporary Government and Business Relations, 3rd Ed. (Boston: Houghton Mifflin Company, 1987), halaman 173.

154 Ibid, halaman 117.

155 Profesor Sunaryati Hartono berpendapat bahwa, dapat dikatakan bahwa KUH Perdata (BW) dan KUH Dagang (WvK) Indonesia tahun 1848 mempunyai sumber yang sama dengan Undang-undang di Negeri Belanda dan Perancis (sesuai dengan asas konkordasi) yang menganggap hak milik dan kebebasan berkontrak sebagai hak-hak asasi yang tidak dapat diganggu-gugat, maka dapat disimpulkan, bahwa juga kaidah-kaidah KHU Perdata dan KUH Dagang mempunyai sifat-sifat yang sama, yaitu berlandaskan faham liberalisme. Lihat

Perdata belanda yang baru *(Nieuw Burgerlijk Wetboek)* yang mulai berlaku pada tanggal 1 Januari 1992, kebebasan berkontrak telah dibatasi. Dalam Buku 6 yang berjudul *Algemene Gedeelte van het Verbintenissen* ditentukan bahwa bidang usaha yang boleh menggunakan kontrak baku diatur dengan undang-undang. Penetapan, perubahan atau penambahan suatu kontrak baku harus dengan persetujuan dari suatu komisi yang dibentuk oleh Menteri kehakiman [Article 214 (6.5.1.2).

Dalam Hukum Indonesia, kebebasan berkontrak berasal dari 2 (dua) sistem hukum, yaitu Hukum Adat dan Hukum Belanda (Barat). Dalam hukum adat kebebasn berkontrak tercermin dari perlunya menyatakan kehendak secara bebas dalam menutup suatu kontrak. Kehendak yang bebas dalam proses perjanjian yang dikuasai oleh Hukum Adat ini sering dinyatakan secara verbal, yaitu *Ijab dan qobul.* Kemudian diteruskan dengan satu tindakan konkret, seperti memberikan panjar sebagai tanda pengikat. jadi, kontrak dalam Hukum Adat merupakan suatu perbuatan hukum yang bersifat konkret dan tunai. Dalam Hukum Perdata Belanda (Barat) yang berlaku di Indonesia, kebebasan berkontrak tercantum dalam Pasal 1320 dan pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata *(Burgerlijk Wetboek)* yaitu bahwa semua kontrak (perjanjian) yang dibuat secarasah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Kebebasan berkontrak ini bersumber dari kebebasan individu (individualisme), sehingga yang merupakan titik tolaknya adalah kepentingan individu pula. Dalam konteks inilah dengakita dapat

---

Sunaryati Hartono, Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia, (Bandung: Binacipta, 1988), halaman 3-4.

memahami bahwa kebebasan individu identik dengan kebebasan berkontrak, yang kedua-duanya adalah hak asasi manusia. Pada umumnya diakui bahwa kebebasan berkontrak bersumber dari Hukum Kodrat yang diajarkan oleh Grotius, yang juga dikenal dengan pacta sunt servada (janji itu mengikat) dan promissorum implendorum obligatio (kita harus memenuhi janji kita).[156] Ajaran ini mempunyai pengaruh yang luas, sehingga berbagai sistem hukum di dunia menjadikannya sebagai rujukan, khususnya dalam lapangan Hukum Kontrak.

Sumber Hukum Kontrak yang utama dalam Sistem Hukum Indonesia ada 2 (dua) macam, yaitu yang tertulis dan tidak tertuls. Sumber hukum kontrak yang tertulis ini adalah Buku III KUH Perdata, sedangkan sumber hukum kontrak tidak tertulis adalah Hukum Adat. Buku III KUH Perdata ini berjudul Tentang Perikatan *(Van Verbintenissen),* dimulai dengan pasal 1233 KUHPerdata yang menegaskan bahwa, suatu perikatan lahir dari kontrak atau undang-undang. Penegasan ini penting, sebab baik kontrak maupun undang-undang merupakan sumber perikatan utama yang mempunyai implikasi yang sangat luas terhadap berbagai macam hubungan hukum dan implementasinya - utamanya apabila memerlukan sanksi hukum. Untuk mendapatkan pengertian yang jelas mengenai hubungan antara kontrak dan perikatan secara umum, lihat bagan di halaman berikut. Meskipun bagan ini masih tetap bergunam namun beberapa pakar hukum menganggap tidak tepat *(niet juist)* pembagian sumber-sumber perikatan ini.

156 Mariam Darus Badrulzaman, Kitab Undang-undang Hukum Perdata Buku III tentang Hukum Perikatan dengan Penjelasannya, (Bandung: Penerbit Alumni, 1983), halaman 10.

Sumber Perikatan (Pasal 1233); Dari Kontrak;(Pasal 1313); dari Undang-undang (Pasal 1352); Karena Perbuatan Manusia (Psl.153); Perbuatan Menurut Hukum {Pasal 651, 1354, 1359 (1); Perbuatan Melanggar Hukum (Pasal 1365).

Hukum Kontrak Indonesia memberikan kebebasan kepada tiap orang yang dapat melakukan perbuatan hukum untuk menutup kontrak tentang apa saja yang mereka inginkan. Namun demikian, apa yang diperjanjikan itu tidak boleh bertentangan dengan kaidah-kaidah hukum yang bersifat memaksa, kaidah-kaidah agama, kesusilaan, dan ketertiban umum. Setiap orang dibolehkan membuat peraturan sendiri mengenai kontrak yang dibuatnya dengan menyampingkan ketentuan-ketentuan yang ada dalam pasal-pasal yang mengatur mengenai kontrak dalam Buku III KUH Perdata. Apakah para pihak dalam suatu kontrak membuat peraturannya sendiri, maka ketentuan-ketentuan dalam Buku III KUH Perdata itu bersifat pelengkap saja.[157] Artinya, apabila para pihak tersebut tidak mengatur sendiri mengenai suatu hal tertentu, maka berlakulah ketentuan dalam Buku III KUH Perdata. Oleh sebab itu, dikatakan bahwa Hukum Kontrak menganut sistem terbuka. Sebab ketentuan-ketentuan yang ada tidak membatasi secara kuat kehendak para pihak dalam mengadakan suatu kontrak bagi dirinya sendiri. Begitu pula adanya beberapa jenis kontrak yang disebut dalam Buku III KUH Perdata itu tidak berarti bahwa hanya jenis-jenis kontrak itu saja yang boleh diadakan oleh para pihak yang dimaksud mengadakan kontrak. Tetapi, kontrak-

157 Profesor Subekti menyebut ketentuan dalam Buku III itu sebagai hukum pelengkap. Lihat Subekti, Hukum Perjanjian, (Jakarta: P.T. Intermasa, 1984), halaman 13.

kontrak ini hanyalah jenis-jenis kontrak yang sudah dikenal pada saat dibuatnya undang-undang tersebut lebih dari satu abad yang lalu. Karena itu, tidak tertutup kesempatan bagi siapa saja untuk membuat suatu kontrak yang lain daripada apa yang ada dalam undang-undang itu sesuai dengan kebutuhan masing-masing pihak. Dengan menganut sistem terbuka, Hukum Kontrak dapat berkembang secara bebas dan lebih cepat daripada hukum lain untuk memenuhi berbagai kebutuhan masyarakat yang dinamis. Inti dari sistim terbuka ini adalah asas kebebasan berkontrak. Adanya asas kebebasan berkontrak ini disimpulkan dari pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, sebagai berikut: "Semua kontrak (perjanjian) yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya". Berdasarkan pasal ini semua orang dapat membuat kontrak tentang apa, dengan siapa, dan dalam bentuk apa saja yang mereka inginkan. Dapat dikatakan bahwa segala sesuatu yang tidak dilarang oleh hukum, agama, kesusilaan, dan tidak melanggar ketertiban umum dapat dijadikan sebagai obyek kontrak.

Kebebasan berkontrak ini ada hubungannya dengan suatu asas hukum, kewajiban, dan kedudukan yang sama di depan hukum *(equlity before the law),* yang dalam Hukum Barat dikaitkan secaraeratdengan hak asasi manusia. Kebebasan berkontrak dengan berbagai implikasinya merupakan konkretisasi dari asas yang bersifat umum ini. Salah satu implikasi dari kebebasan berkontrak ini adalah bahwa hukum tidak memperhatikan adanya perbedaan sosial, ekonomi, dan kedudukan dari pihak yang terlibat dalam suatu kontrak. Ini merupakan refleksi dari faham liberalisme dalam hukum, yang akibatnya dapat saja berlawanan dengan

tujuan hukum itu sendiri. Prof. Dr. C.F.G. Sunaryati Hartono[158] telah menunjukkan bahwa KUH Perdata Indonesia, yang dibuat pada tahun 1848 di Negeri Belanda dan diterapkan di Indonesia berdasarkan asas konkordasi, mempunyai latar belakang ideologi yang sama dengan undang-undang yang ada di Negeri belanda dan Perancis, yaitu liberalisme. Oleh karena itu, tidak sesuai dengan keadaan masyarakat Indonesia yang bersifat kekeluargaan. Begitu pula, seperti telah disebutkan di atas, bahwa di negara-negara Barat-pun kebebasan berkontrak tidak bersifat mutlak lagi. negeri Belanda sendiri telah membatasi kebebasan berkontrak dangan KUH Perdata barunya *(Niuew Burgerlijk Wetboek)* yang sekaligus mengatur penggunaan berbagai kontrak baku dalam kegiatan bisnis. Kita memang mengakui bahwa kebebasn berkontrak tetap diperlukan sebagai suatu asas umum dari Hukum Kontrak yang moderen. tetapi, juga perlu pembatasn-pembatasan melalui peraturan perundang-undangan untuk melindungi pihak yang mempunyai kedudukan dan kemampuan yang lemah. Tanpa pembatasan kebebasn berkontrak akan terpeliharalah ketidak-seimbangan dalam berbagai kontrak komersial dalam masyarakat. Sebab, tidak mungkin semua orang akan mencapai suatu kedudukan atau kemampuan yang sama.

Subekti[159] mengakui bahwa asas kebebasan berkontrak itu berpangkal dari adanya anggapan kedudukan yang sama kuat antara para pihak dalam kontrak. Sedangkan kenyataannya sering tidak demikian, sehingga tidak dapat dipungkiri bahwa perlu

158 Lihat catatan 14 supra, loc. cit.

159 Subekti, Aspek-aspek Hukum Perikatan Nasional, (Bandung: Penerbit Alumni, 1986), halaman 8.

ketentuan-ketentuan yang melindungi pihak yang secara ekonomis lemah. Dalam konteks ini, Profesor Sunaryati Hartono[160]secara tepat sekali menegaskan, bahwa penyempurnaan asas kebebasan berkontrak ini dilakukan untuk menghilangkan fiksi seakan-akan para pihak yang mengadakan kontrak itu selalu sama kedudukannya secarasosial dan ekonomis. Untuk itu perlu diadakan peraturan-peraturan khusus agar keadilan akan tetap terjamin. Sebenarnya, kebebasan berkontrak dalam Hukum Indonesia secara parsial telah dibatasi juga. tetapi, bukan mengenai kontrak-kontrak komersial yang snagat banyak digunakan oleh masyarakat sehari-hari. Dapat dikatakan, pembatasan kebebasn berkontrak ini tidak banyak mendapat perhatian para pakar hukum, sebab tidak antsipasifterhadap perkembangan masyarakat yang mengarah ke industrialisasi.

Pembatasan kebebasan berkontrak dalam Hukum Indonesia dapat dijumpai dalam beberapa peraturan perundang-undangan. Misalnya: Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Omnibus Law Cipta Lapangan Kerja; Peraturan pertama yang membatasi kebebasan berkontrak berada di bidang Hukum Perburuhan, yaitu Staatblad 1819 Nomor 10 tertanggal 5 Januari 1819. Peraturan ini mengharuskan semua perjanjian kerja didaftarkan oleh residen, setelah sebelumnya diteliti apakah dalam proses pembuatannya ada unsur paksaan dan apakah syarat-syarat kerjanya cukup layak.[161] Namun demikian, pada tahun 1938 peraturan ini dicabut dengan tujuan untuk memudahkan pihak Gubernemen mendapatkan

160 Lihat catatan 14supra, halaman 117.

161 Imam Soepomo, Hukum Perburuhan Bidang Hubungan Kerja, (jakarta: Pradnya Paramita, 1987), hal. 24.

buruh guna dipekerjakan di perkebunannya. Pada masa setelah kemerdekaan, pengawasan atas kontrak-kontrak di bidang perburuhan semakin mendapat perhatian dari pemerintah. Dalam berbagai peraturan dimasukkan kaidah-kaidah hukum yang bersifat memaksa untuk menjamin perlindungan bagi pihak buruh dan memaksa pihak majikan untuk memenuhi segala kewajibannya terhadap buruh yang bekerja padanya. Misalnya, Undang-undang Nomor 21 Tahun 1954 tentang Perjanjian Perburuhan Antara Serikat Buruh dan Majikanm merupakan ”payung” bagi perjanjian kerja yang dibuat antara buruh secara perorangan dan majikannya. Undang-undang ini mengatur tentang perjanjian perburuhan *(collective labour agreement),* dimana yang merupakan para pihak adalah serikat buruh dan majikan atau perkumpulan majikan.

Dalam berbagai peraturan perundang-undangan di bidang perburuhan kita dapat menjumpai pembatasan kebebasan berkontrak. Ini didasarkan pada kenyataan tidak seimbangnya kedudukandankemampuanburuhdibandingkandengankedudukan dan kemampuan majikan (Pengusaha), yang menyebabkan tidak seimbangnya posisi tawar-menawar *(bargaining power)* diantara mereka. Maka untuk menjamin pemenuhan hak-hak buruh oleh majikan dipandang perlu campur tangan dari pemerintah sebagai pemelihara kepentingan umum. Dengan adanya pembatasan-pembatasan dalam mengadakan beberapa macam kontrak dalam peraturan perundang-undang tersebut, maka dapat dikatakan bahwa kebebasan berkontrak dalam Hukum Indonesia tidak lagi bersifat mutlak. Namun demikian, bidang-bidang yang sangat memerlukan pembatasn kebebasan berkontrak, seperti kontrak-kontrak komersial yang umumnya bersifat kontrak baku (standar)

yang banyak digunakan sehari-hari, belum diatur dalam Hukum Kontrak Indonesia.

Sementara itu Hukum Kontrak (Perjanjian) Adat tidak mengenai asas-asas hukum yang bersifat umum untuk semua bentuk kontrak (perjanjian), seperti asas kebebasan berkontrak dan konsensualitas. Yang dikenal hanya perjanjian-perjanjian yang berbeda-beda menurut obyek dan sifatnya. Oleh karena itu, adanya dualism,[162] dalam Hukum Kontrak Indonesia ini mempunyai implikasi-nya sendiri bagi perkembangan hukum dan praktek bisnis di Indonesia. Di satu pihak, dualisme Hukum Kontrak ini memperkaya khazanah Hukum di Indonesia, tetapi di lain pihak, menghambat usaha unifikasi hukum yang menghendaki adanya satu hukum yang berlaku bagi semua orang. Maka, untuk menanggulangi masalah ini harus diperhatikan lingkungan dimana suatu kontrak itu dibuat. Hukum Kontrak (Perjanjian) Adat berlaku bagi kontrak-kontrak yang dibuat dalam lingkungan dan sektor tradisional. Sedangkan Hukum Kontrak Barat (Buku III KUH Perdata khususnya) berlaku bagi kontrak-kontrak yang dibuat dalam lingkungan dan sektor moderen. Dualisme ini memang tidak mudah dihilangkan, sebab landasan (titik tolak) dari dua sistem hukum tersebut berbeda. Karena asas konsensualitas tidak dikenal dalam Hukum Kontrak (Perjanjian) Adat, maka pembahasan tentang asas ini hanya berlaku dalam Hukum Kontrak Indonesia yang berasal dari Hukum

162 Uraian lebih lanjut tentang dualisme dalam Hukum Kontrak Indonesia dan peranan Hukum Kontrak (Perjanjian) Adat dan Hukum Kontrak dan KUH Perdata, dapatdibacadalam Business Law: Contract and Business Associations, Survey of Indonesian Economic Law, reported by Charles Himawan and Mochtar Kusumaatmadja, (Bandung: Padjadjaran University Faculty of Law, 1984), halaman 1-20.

Barat (khususnya KUH Perdata). Adanya asas konsensualitas ini disimpulkan dari pasal 1320 KUH Perdata, sebagai berikut: "Untuk sahnya suatu kontrak (perjanjian) diperlukan 4 (empat) syarat: Sepakat mereka yang mengikat dirinya; Cakap untuk membuat suatu kontrak; Tentang suatu hal tertentu; Suatu sebab *(causa)* yang halal". Dari ketentuan pasal ini tampak bahwa kesepakatan (konsensus) merupakan syarat yang pertama dan utama yang harus dipenuhi untuk sahnya suatu kontrak. Tanpa memenuhi syarat itu, suatu kontrak akan batal demi hukum. Sebab, kesepakatan merupakan sebab adanya *(miring)* suatu kontrak.[163] Dengan kata lain dapat dikatakan bahwa suatu kontrak lahir dari kesepakatan yang dicapai diantara para pihak yang mengadakan atau menutup kontrak tersebut.

Profesor Subekti[164] dengan menunjuk kepada Hukum Kontrak dalam KUH Perdata menegaskan bahwa, untuk melahirkan suatu kontrak (perjanjian) cukup dengan sepakat (kesepakatan) saja dan kontrak itu serta perikatan yang timbul darinya sudah lahir pada saat atau detik tercapainya konsensus tersebut. Pada detik tersebut kontrak sudah jadi dan mengikat, bukan pada detik-detik lain yang sesudahnya atau sebelumnya. Menurut Profesor Eggens, sebagaimana dikutip oleh Profesor Subekti[165], adanya asas konsensualitas itu merupakan putusan kesusilaan *(zedelijke eis)* dan puncak dari peningkatan martabat manusia yang tersimpul

163 Mariam Darus, op. cit., halaman 108.
164 Subekti, Pembinaan Hukum Nasional, (bandung: Penerbit Alumni, 1981), halaman 56.
165 Subekti, Aspek-aspek Hukum Perikatan Nasional, (Bandung: Alumni, 1986), halaman 6.

dalam pepatah *"een man een man, een woord een word".* Ini berarti, dengan mempercayai kata-kata dari seseorang, maka penepatkan dirinya pada suatu martabat kemanusiaan yang tertinggi. Mengingat pentingnya kesepakatan (konsensus) ini maka perlu diajukan pertanyaan: apakah yang dimaksud dengan kesepakatan (konsensus) itu Profesor Subekti[166] menerangkan bahwa: "(Ke) sepakat(an) adalah suatu persesuaian faham dan kehendak antara dua belah pihak tersebut. Apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu, adalah juga yang dikehendaki oleh pihak yang lain, meski tidak sejurusan tetapi secara timbal balik. Kedua kehendak itu bertemu satu sama lain".

Dari uraian Profesor Subekti ini dapat ditarik 2 (dua) unsur penting yang harus ada dalam suatu kesepakatan, yaitu: adanya kesesuaian faham dan kehendak antara para pihak dan bersifat timbal balik *(reciprocal).* Sebagai bandingan, kita melihat juga definisi yang diberikan oleh Retnowulan Sutantio[167], sebagai berikut: "Yang dimaksud dengan kata sepakat (baca: kesepakatan) adalah bahwa, kedua subyek yang membuat perjanjian itu harus sepakat, setuju, atau seia-sekata, mengenai hal-hal pokok dari perjanjian yang mereka buat itu, apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu, juga harus dikehendaki oleh pihak yang lain, mereka menghendaki sesuatu yang sama secara timbal-balik". Unsur-unsur penting yang harus ada dalam suatu kesepakatan menurut definisi ini, selain subyek (para pihak), adalah adanya kesepakatan mengenai hal-hal pokok, suatu obyek yang sama-sama dikehendaki, dan bersifat

166 Lihat catatan 23 supra, halaman 26.

167 Retnowulan Sutantio, "Perjanjian Menurut Hukum Indonesia". Varia Peradilan 56 (1990), halaman 122.

timbal balik. Hal-hal pokok yang dimaksud dalam definisi ini adalah tentang obyek dari kontrak, harga, dan tempat pelaksanaan kontrak tersebut. Kesepakatan (konsensus) merupakan salah satu saja dari empat syarat sahnya suatu kontrak (Pasal 1320 KUH Perdata). Ketiga syarat lainnya adalah: cakap (para pihak) untuk membuat suatu kontrak, tetang suatu hal tertentu, dansuatu sebab *(cause)* yang halal.

Melihat syarat-syarat sahnya suatu kontrak menurut Pasal 1320 KUH Perdata ini, Asser,[168] membedakan bagian-bagian dari suatu kontrak (perjanjian) atas bagian inti *(wezenlijk oordel)* yang disebut esentialia dan bagian bukan inti yang terdiri dari naturalia dan aksidentalia. Bagian inti (sesnsialia) adalah sifat yang harus ada, menentukan, dan menyebabkan suatu kontrak itu tercipta, seperti kesepakatan dan obyek dari kontrak. Ada naturalia adalah sifat bawaan dari kontrak yang melekat pada kontrak, seperti tidak adanya cacad pada barang-barang yang dijual. Sedangkan aksidentalia adalah sifat yang melekat pada suatu kontrak yang secara tegas diperjanjikan antara para pihak, seperti domisili para pihak yang bersangkutan. Uraian ini telah menunjukkan bahwa kesepakatan (konsensus) antara pihak dalam suatu kontrak merupakan syarat mutlak untuk sahnya suatu kontrak. Demikian pula Profesor Subekti telah menyatakan bahwa asas konsensualitas merupakan syarat mutlak bagi Hukum Kontrak (Perjanjian) yang moderen. Mengingat keberadaan kesepakatan (konsensus) ini sebagai raison d'etre dari suatu kontrak, makasangat perlu memperhatikan proses pencapaian kesepakatan itu agar kontrak

168 Subekti, Op.Cit. hal.45.

yang dilahirkan sah dn mempunyai kekuatan mengikat bagi para pihak.

Pasal 1321 KUH Perdata menegaskan bahwa, kesepakatan itu tidak sah apabila diberikan karena kekhilafan (salah pengertian), paksaan, atau penipuan. Kekhilafan atau kekeliruan mungkin terjadi mengenai suatu hal yang pokok dari apa yang diperjanjikan atau suatu sifat penting dari barang atau orang (pihak) yang dikaitkan dalam suatu kontrak. Suatu paksanaan dalam hal ini adalah paksanaan yang bersifat psiklogis, bukan paksaan fisik. Sedangkan penipuan adalah dengan sengaja memberikan keterangan palsu atau suatu tipu muslihat lainnya. *Ketiga,* yaitu kekhilafan atau kekeliruan, paksaan, dan penipuan menyebabkan seorang tidak bebas dalam berkehendak, sehingga apabila ia memberikan kesepakatan dalam suatu kontrak, maka kesepakatan tersebut tidak sah. Sebab, berdasarkan pasal 1321 KUH Perdatadi atas, kesepakatan yang dicapai antara para pihak harus lahir dalam suasanan bebas. Untuk menjamin adanya kebebasan berkehendak dalam melahirkan suatu kesepakatan (konsensus) sebagai sebab adanya (raison d'etre) kontrak tersebut, maka Pasal 1321 itu juga memberikan sanksi hukum atas pelanggaran ketentuan itu. Disinilah letak hubungan yang sangat eratantara asas kebebasan berkontrak dan asas konsensualitas. Sehubungan dengan pentingnya kesepakatan (konsensus) dalam proses pembuatan suatu kontrak, maka perlu pengajuan pertanyaan: kapankah lahir kesepakatan antara para pihak dalam proses pembuatan suatu kontrak?

Untuk menjawab pertanyaan ini dapat digunakan beberapa teori, sebagai berikut:[169] Teori kehendak, yang menyatakan bahwa kesepakatan lahir pada saat kehendak dari pihak penerima dinyatakan; Teori pengiriman, yang menyatakan bahwa kesepakatan lahir pada saat kehendak yang dinyatakan itu dikirimkan oleh pihak yang menerima tawaran; Teori pengetahuan, yang menyatakan bahwa, pihak yang menawarkan seharusnya sudah mengetahui bahwa tawarannya diterima; Teori kepercayaan, yang menyatakan bahwa kesepakatan lahir pada saat pernyataan kehendak dianggap layak diterima oleh pihak yang menawarkan.

Adalah penting mengetahui saat lahirnya kesepakatan dalam proses pembauatan suatu kontrak. Sebab, dengan lahirnya kesepakatan berarti lahirlah kontrak dan perikatannya. Begitu pula, dengan mengetahui saat dan suasana lahirnya kesepakatan antara para pihak, kita juga akan mengetahui apakah kontrak itu lahir dlam suasana bebas. Akhirnya, dapat dipastikan apakah kontrak itu sah dan mempunyai kekuatan mengikat bagi para pihak yang membuatnya. Apabila dalam pelaksanaan suatu kontrak terdapat kesukaran, baik menyangkut dengan alasan-alasan kebebasan maupun kesepakatan antara para pihak, maka yang berwenang dapat pula menafsirkan mengenai apa saja yang telah diperjanjikan atau disepakati oleh para pihak yang mengikat dirinya. Kekuatan kontrak terletak pada kesepakatan antara para pihak yang diberikan secara bebas. Akan tetapi dalam prakteknya kebebasan berkontrak hanya ada kesepakatan semu *(pseudo-concensus).* Oleh karena itu, hakim yang harus menentukan apakah kesepakatan dalam suatu

169 Mariam Darus, op. cit., halaman 98-99.

kebebasan berkontrak diberikan secara sah dan apakah kebebasan berkontrak itu mempunyai kekuatan mengikat. Kecuali itu, hakim juga harus memperhatikan rasa keadilan masyarakat.

Perikatan antara bank dan nasabah, oleh sementara kalangan disinyalir dapat dijadikan bank untuk tidak membayar penuh utangnya kepada nasabah apabila bank wanprestasi. Perikatan tersebut disinyalir bertentangan dengan asas-asas perikatan, oleh karenanya harus batal demi hukum. Pembatalan perjanjian antara bank dan nasabah dapat dilakukan secara sepihak oleh bank, pada hal menurut hukum perdata, tidak bisa dilakukan sepihak (Pasal 1338 ayat 2 KUHPerdata), sebab menyangkut "Legal Business". Pembatalan sepihak akan membawa implikasi pada tidak adanya kepastian hukum. Pihak nasabah bank sebenarnya dapat membatalkan perjanjian dengan pihak bank, asal mampu membuktikan bahwa pihak bank wanprestasi. Bentuk wanprestasi itu bisa melanggar salah satu butir yang diperjanjikan atau melakukan penipuan pada saat perjanjian dibuat (Pasal 1328 KUHPerdata). Nasabah harus membuktikan bahwa bank melakukan penipuan baik dengan tidak menjelaskan secara menyeluruh klausula-klausula yang diperjanjikan.

Perjanjian apapun bisa dibatalkan jika salah satu pihak tidak melakukan kewajibannya. Pihak tersebut disebut sebagai pihak yang melakukan wanprestasi. Dengan demikian, jika perusahaan yang berutang itu melanggar perjanjian, batal dengan sendirinya demi hukum. Masalah hukum kontrak diakui bukanlah sesuatu yang sakral. Namun, untuk membatalkannya harus ada unsur penipuan di dalamnya. Ini harus dibuktikan terlebih dahulu melalui pengadilan. Pihak bank harus bersedia mengambil alih secara pribadi semua utang, meskipun itu adalah utang perseroan. Jika

bank tidak mau membayar dan memilih pasang badan (gijzeling sesuai dengan Perma No.1/2000 juncto Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1997 juncto Undang undang Nomor 19 tahun 2000 tentang penagihan pajak dengan surat kuasa (UU.PPSP), nasabah tidak akan mendapatkan apa-apa. Pengambilalihan kewajiban perseroan oleh pemegang saham dengan cara menyerahkan kekayaan, baik berupa saham maupun uang tunai, haruslah dinilai sebagai suatu bentuk tanggungjawab para bankir. Hal ini sesuai juga dengan pasal 6, pasal 14, pasal 20 Undang Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan (UUHT) dn ketentuan pasal 1178 KUHPerdata. Ini bukan semata-mata untuk menghindari proses hukum karena proses hukum itu sendiri tidak sederhana dan bisa berakibat aset menjadi tidak berharga. Masalah yang selalu menjadi sorotan dalam setiap pembahasan mengenai kontrak adalah pembahasan tanggung jawab *(limitation of library strict liability)*[170] dari pihak yang membuat kontrak itu sendiri. Mereka memasukkan syarat-syarat tertentu dalam formulir kontrak baku yang dibuatnya itu menghindari dari segala risiko yang mungkin timbul dari pelaksanaan kontrak yang bersangkutan. Syarat-syarat pembatasan tanggung jawab tersebut dikenal dengan istilah klausula-eksonersi yang diterjemahkan dari

170 Dalam pengangkutan laut digunakan Bill of Lading yang diatur secara internasional. Dalam Bill of Lading tanggung jawab pengangkut (carrier) dibatasi. Akan tetapi pembatasan tanggung jawab pengangkut ini diatur sesuai dengan asas keadilan dan tunduk pada konvensi internasional yang berlaku, yaitu The Haque Rules (The International Convention for Unification of Certain Rules Relating to Bill of Lading) dan Hamburg Rules 1978 (United Nation Convention on the Carriage of good bye Sea). Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD) Indonesia juga memperbolehkan pembatasan tanggung jawab dalam pengangkutan laut (Periksa pasal 472 ayat (2) dan (3).

istilah Belanda *exoneratie* klausula. Dalam bahasa Inggris istilah ini dikenal sebagai *Exemption Clause Atau Exclution Clause*.[171]

Lord Reid[172] mengamati bahwa, dalam kontrak-kontrak di Inggris terdapat banyak klausula ekonerasi yang bersifat tajam *(harsh)* dan keterlaluan *(unconscionable)*. Dewasa ini para pakar hukum semakin banyak yang menaruh perhatiannya terhadap penyalahgunaan keadaan *(misbruik van omstandigheden)* dalam suatu hubungan kontraktual. Sebab, penyalahgunaan keadaan ini menyebabkan pihak yang lemah dalam kontrak tersebut mengalami eksploitasi oleh pihak yang kuat. Akibatnya, pihak yang tereksploitasi mengalami kerugian, baik material maupun immaterial.

Prof. P.L. Wery[173] telah menunjukkan bahwa, dua buah putusan hukum (HR 19 Mei 1967 NJ Nomor 261 dan 20 Pebruari 1976 NJ Nomor 486) telah memberikan pertimbangan bahwa dalam keadaan tertentu, klausula eksonerasi tidak berlaku lagi. Alasannya adalah bahwa klausula tersebut bertentangan dengan itikad baik. Dalam beberapa kasus di Negeri Belanda dan Indonesia, penyalahgunaan keadaan ini telah dijadikan sebagai alasan suatu

171 Kontroversi mengenai masalah klausula eksonerasi ini tidak lepas dari kebebasan berkontrak dan perlindungan para pihak. Dalam skala yang lebih luas, klausula-klausula eksonerasi ini berkaitan dengan kepentingan umum dan keadilan sosial. Dalam bisnis, penggunaan kontrak meliputi berbagai macam dan tingkatan transaksi, sehingga keberadan klausula eksonerasi menyebar dalam berbagai kontrak.

172 Lihat H.K. Lucke, "Exlusion Clauses and Freedom ofContract: Judicial and Legislative Reactions" 51 The Australian Law Journal 8 (1977), halaman 534.

173 P.L. Wery, Perkembangan Hukum Tentang Itikad Baik di Nederland, (Jakarta: Percetakan Negara RI, 1990), hal.13.

baru untuk membatalkan suatu kontrak.[174] Sebagaimana diketahui bahwa, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) Indonesia adlah berasal dari *Burgerlijk Wetboek (BW)* Belanda, yang diberlakukan di Indonesia berdasarkan asas konkordasi. Karenanya, alasan-alasan untuk pembatalan suatu kontrak-pun tidak erbeda. Alasan-alasan untuk pembatalan suatu kontrak yang konvensional dalam Pasal 1321 KUH Perdata Indonesia adalah: adanya kekhilafan *(dwaling),* paksaan *(dwang)* atau penipuan *(bedrog).*

Profesor J.M. van Dunne an Profesor C. van den Burgt[175] membedakan penyalahgunaan keadaan menjadi dua macam, yaitu penyalahgunaan keadaan karena keunggulan ekonomi dan penyalahgunaan keadaan karena keunggulan kejiwaan (psikologis). Penyalahgunaan keadaan karena keunggulan ekonomi terjadi apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut: Salah satu pihak harus mempunyai keunggulan ekonomi terhadap pihak lainnya; Pihak yang lain terpaksa harus mengadakan perjanjian (kontrak).

Penyalahgunaan keadaan karena keunggulan kejiwaan (psikologis) terjadi apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut: Salah satu pihak menyalahgunakan keadaan ketergantungan relatif, seperti hubungan kepercayaan istimewa antara orangtua-anak, suami-isteri, dokter dan pasien, dan sebagainya; Salah satu pihak penyalahgunakan keadaan jiwa yang istimewa dari pihak lawan, seperti adanya gangguan jiwa, tidak berpengalaman,

174 Henry P. Panggabean, Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik van Omstandigheden) Sebagai Alasan (Baru) untk pembatalan Perjanjian, (Yogyakarta: Penerbit Liberty, 1992), halaman 32 et seq.

175 Ibid., halaman 44.

gegabah kurang pengetahuan, kondisi badan yang tidak baik, dan sebagainya.

Dalam pasal 3.44.1 *Niuwe Burgelijk Wetboek (NBW),* yang mulai berlaku sejak tanggal 1 Januari 1992 di negeri Belanda, penyalahgunaan keadaan sudah merupakan suatu alasan (baru) untuk membatalkan suatu kontrak. Dalam hal ini, Nieuwenhuis[176] menyatakan bahwa ada 4 (empat) syarat bagi penyalahgunaan keadaan, yaitu:

1. Keadaan istimewa *(bijzondere omstandigheden),* seperti keadaan darurat, ketergantungan, ceroboh, jiwa yang kurang waras, dan tidak berpengalaman;
2. Suatu hal yang nyata *(kenbaaheid),* yaitu salah satu pihak mengetahui atau semestinya mengetahui bahwa pihak lain karena keadaan istimewa tergerak (hatinya) untuk menutup suatu kontrak;
3. Penyalahgunaan *(misbruik)*, yaitu salah satu pihak telah melaksanakan kontrak itu walaupun dia mengetahui atau seharusnya mengetahui bahwa ia seharusnya tidak melakukannya;
4. Hubungan Kausal *(causal verband),* yaitu hubungan sebab-akibat, yang satu merupakan sebab (faktor) dan yang lainnya merupakan akibatnya (fakta) dalam penyalahgunaan keadaan tersebut.
5. Penyalahgunaan keadaan karena keunggulan ekonomi sangat umum terjadi. Ini, utamanya karena mekanisme pasar berjalan atau dasar faham kapitalisme-liberal yang individualistik.

176 Ibid., halaman 40-41.

BAB II
ASPEK HUKUM KONTRAK DALAM BISNIS NASIONAL DAN INTERNASIONAL

A. Prinsip-Prinsip Dasar Kebebasan Kontrak dan Kontrak Baku

Kontrak baku adalah setiap perjanjian yang bentuk dan isinya ditentukan secara sepihak dan dibakukan dalam bentuk formulir.[177] Yang membuat kontrak baku adalah satu pihak saja, yaitu pihak yang menawarkan barang atau jasa, yang dikenal sebagai produsen atau penjual. Karena produksi barang atau jasa tersebut bersifat massif dan ditawarkan kepada masyarakat secara impersonal, maka akan sukar terjadi tawar-menawar dalam proses transaksi. Oleh karena itu, untuk memudahkan penawaran kepada konsumen atau

177 Badrulzaman, Mariam Darus, *Perlindungan Konsumen dilihat dari Sudut Perjanjian Baku (Standard),* Kertas Kerja pada Simposium "Aspek-aspek Hukum Masalah Perlindungan Konsumen", diselenggarakan oleh BPHN Departemen Kehakiman, Jakarta, 16-18 Oktober 1980, hlm. 11*Aneka Hukum Bisnis,* Bandung: Alumni, 1994. Hal. 25.

pembeli, maka dibuatkanlah sarana transaksi yang berupa kontrak baku yang siap pakai. Dalam praktek bisnis, untuk suatu unit barang berlaku satu macam kontrak baku dengan syarat-syarat yang berlaku untuk semua orang. Dengan demikian, semakin banyak dan unit barang yang ditawarkan semakin banyak pula bentuk kontrak baku yang dibuat oleh produsen atau oleh penjual. Uraian diatas menunjukkan bahwa, dalam proses pembuatan kontrak baku yang dibuat oleh produsen atau penjual. Uraian diatas penunjukkan bahwa, dalam proses pembuatan kontrak baku tersebut hanya ada satu pihak, yaitu produsen atau penjual. Sedangkan, ihak yang kepada siapa kontrak baku itu ditawarkan, yaitu konsumen atau pembeli, tidak mungkin dilibatkan dalam proses pembuatannya. Apabila konsumen menerima syarat-syarat yang ditawarkan oleh produsen atau penjual itu, tidak berarti telah menyetujuinya. Disini dapat diajukan pertanyaan: mengapa konsumen atau pembeli harus menerima syarat-syarat baku dalam kontrak baku yang ditawarkan kepada konsumen? Jawabannya adalah karena adanya ketergantungan atau saling ketergantungan (interdependensi) antara produsen dan konsumen. Di satu pihak produsen atau penjual harus menjual barang atau jasa yang dihasilkannya untuk memperoleh keuntungan. Di lain pihak konsumen atau pembeli membutuhkan barang atau jasa yang ditawarkan itu.

Profesor Sunaryati Hartono[178] telah menunjukkan bahwa, semakin maju masyarakat industri semakin erat interdependensi antar-manusia. Dengan adanya interdependensi ini menyebabkan berkurangnya kebebasn individu. Refleksinya, antara lain, dapat

178 Catatan 6 Supra, halaman 13 et. seq.

kita lihat dalam hubungan antara produsen dan konsumen, yang wujud nyatanya menjelma dalam kontrak baku. Dengan dibuatnya kontrak baku oleh pihak produsen, maka kebebasan pihak konsumen menjadi berkurang, bahkan hilang sama sekali, untuk ikut menentukan syarat-syarat dalam kontrak tersebut. Namun karena adanya interdependensi dengan terpaksa harus menerima syarat yang tercantum dalam kontrak itu, apabila bermaksud melangsungkan transaksi dan memperoleh barang atau jasa dari produsen itu. Dengan demikian jelas bahwa, yuridis hubungan hukum antara produsen dan konsumen dalam kontrak baku itu bersifat kontraktual dan sosiologis bersifat terpaksa, sebab konsumen mempunyai ketergantungan pada barang atau jasa dari produsen. Pihak konsumen yang membutuhkan barang dan jasa sering mengabaikan aspek kebebasannya, *in casu* kebebasan berkontrak. Sebab, bagi konsumen memperoleh barang yang dibutuhkan itu lebih penting dari pada kebebasan berkontrak, yang berarti kesempatan untuk tawar-menawar. Semakin kecil nilai ekonomi dari suatu transaksi semakin terabaikan keinginan untuk melakukan tawar-menawar terhadap syarat-syaratdalam kontrak baku. Dalam transaksi antara pihak-pihak yang sangat berbeda kedudukan sosial ekonominya hampir tidak mungkin diadakan tawar-menawar. Sebab, pihak yang mempunyai kedudukan ekonomi kuat tidak merasa tergantung pada yang lemah, Sebaliknya, pihak yang lemah tergantung pada yang kuat. Akan tetapi, apabila kedua belah pihak mempunyai kedudukan sosial-ekonomi yang relatif sama, maka tawar-menawar dapat terjadi pada inter-dependensi.

Asas kebebasan berkontrak menghendaki bahwa, suatu kontrak harus lahir dari suatu kehendak yang bebas, yang brasal dari

hati-nurani orang yang menutup kontrak itu.[179] Dalam kehendak yang bebas itu mencakup kebebasan menentukan pilihan, baik mengenai subyek, obyek maupun syarat dalam syarat kontrak itu. Adanya kehendak yang bebas ini merupakan syarat mutlak *(conditio sine qua non)* untuk melahirkan suatu kesepakatan yang sah sebagai sebab adanya *(raison d'etre)* kontrak itu. Kesepakatan (konsensus) yang dicapai antara pihak lain bisanya sudah melalui suatu proses tawar-menawar *(bargaining)* Untuk terjadinya suatu tawar-menawar dalam membuat suatu kontrak mutlak diperlukan kebebasan kedua belah pihak. Hal ini tidak menjumpai dalam kontrak baku. Sebab, kontrak baku sudah dibuat secara sepihak dan dicetak jai secara masal oleh pihak produsen atau pengusaha. Ini menyebabkan pihak konsumen kehilangan kesempatan untuk menyatakan kehendaknya melalui tawar-menawar dalam hal ini, Posner menunjukkan bahwa, kontrak baku ini ditawarkan pada konsumen berdasarkan prinsip *take-it-or leave-it*. Jadi, konsumen tinggal apakah menyetujui syarat-syarat dalam kontrak itu atau meninggalkannya sama sekali. Dalam keadaan begini, apakah dapat dikatakan bebas menutup suatu kontrak dengan pihak produsen atau pengusaha. Penulis berpendapat bahwa, dalam keadaan tanpa tawar-menawar tidak ada kebebasan. Dalam keadaan begini para konsumen terpaksa menyetujui syarat-syarat dalam suatu kontrak baku, sebab tidak tersedia dalam pihak lain. Demikian pula klausula eksonerasi *(exemption clause)* dalam suatu

179 Mariam Darus, Loc.Cit. dalam *Perlindungan Konsumen dilihat dari Sudut Perjanjian Baku (Standard),* Kertas Kerja pada Simposium "Aspek-aspek Hukum Masalah Perlindungan Konsumen", diselenggarakan oleh BPHN Departemen Kehakiman, Jakarta, 16-18 Oktober 1980, hlm. 29.

kontrak baku tentu tidak diinginkan oleh pihak konsumen. Sebab produsen atau pengusaha mengalihkan segala resiko dalam kontrak baku itu kepada pihak konsumen, merupakan salah satu bentuk penyalahgunaan keadaan, yang sepatutnya mendapat peraturan perundang-undangan.

Fakta ini memperkuat pendapat Pitlo[180] yang menyatakan bahwa, kontrak baku merupakan suatu *dwangcontract*. Teoritis, ini adalah masalah serius dalam Hukum Kontrak, sebab unsur paksaan merupakan salah satu faktor yang menyebabkan tidak sahnya kesepakatan yang dicapai dalam suatu kontrak (Pasal 1321 KUH Perdata). Secara ringkas dapat dikatakan bahwa, kontrak baku ini bertentangan dengan asas-asas hukum kontrak. Asas-asas yang dilanggar oleh kontrak baku itu adalah asas konsensualitas (Pasal 1320 jo 1321) dan asaskebebasan berkontrak Pasal 1338). Dan oleh karena itu, kebebasan berkontrak tidak terdapat dalam kontrak baku.

Peranan hukum kontrak dalam bisnis internasional tidak hanya bergantung kepada harmonisasi dan standardisasi berbagai aturan dan praktek. Keberhasilan kontrak bergantung pula kepada budaya hukum masing-masing pihak, terutama antara Barat dan Timur. Masyarakat Barat, terutama Amerika Serikat, memandang hukum itu sebagai *"rights"* (hak), sehingga menegakkan hukum kontrak adalah menegakkan hak, yang merupakan kewajiban bagi pihak lain. Kontrak adalah merupakan dokumen hukum. Jika timbul sengketa, para pihak harus kembali kepada kontrak yang tertulis.

---

180 Mariam darus, loc. cit. dan dalam disertasi beliau yang telah diterbitkan berjudul Perjanjian Kredit bank, (bandung: Penerbit Alumni, 1989), halaman 33.

Sementara itu, masyarakat Timur seperti Cina, Jepang dan Korea, secara tradisional menganggap hukum itu "order" (perintah) dari penguasa untuk menjaga ketertiban.[181] Dari sudut tradisi yang berakar pada ajaran konfiusius ini, hukum selalu berdampingan dengan hukuman. Oleh itu orang Cina, Jepang dan Korea tradisional enggan membawa sengketa dagang mereka kedepan Pengadilan. karena "image" Pengadilan hanyalah tempat orang-orang jahat. Sengketa-sengketa perdata diseleselesaikan melalui musyawarah, konsiliasi dan mediasi. Pandangan mereka terhadap kontrak juga tidak sama dengan pandangan masyarakat Barat. Kontrak tidak lebih sebagai simbul dari kejasama, bukan "dokumen hukum" sehingga dapat diubah setiap saat, manakala kondisi dan situasi mengalami perubahan. Hubungan bisnis lebih ditekankan kepada hubungan kepercayaan *(personal)* daripada hubungan hukum. Menurut bangsa Jepang, dalam bisnis *"Trust the people rather than paper".*

Beberapa prinsip dasar[182] yang harus diperhatikan dalam kontrak-kontrak dalam transaksi bisnis internasional dan patut menjadi perhatian penyusun kontrak dagang, antara lain adalah:

1. Prinsip Kebebasan

Prinsip kebebasan berkontrak dianut oleh hukum positif kita (pasal 1338ayat 1 KUH Perdata) dan diberlakukan secara luas dalam praktek hukum di Indonesia, dan bahkan prinsip ini menjadi

181 Kartini Mulyadi, Hukum Kontrak Internasional dan Pengaruhnya Terhadap Perkembangan Hukum Nasional, (Jakarta: BPHN Departemen Kehakiman, 1995). Hal. 12.

182 Ibid.

begitu penting karena digunakan sebagai prinsip kunci dalam mengembangkan berbagai jenis perjanjian yang sebelumnya tidak dikenal dalam sistem hukum dan praktek hukum di Indonesia. Kita sebut saja sebagai contoh Perjanjian Patungan. Perjanjian Bantuan Tehnis, Perjanjian Lisensi, Perjanjian Penggabungan *(merger)* Perjanjian Bagi Hasil *(Production Sharing Contract)* dan sebagainya. Jenis-jenis perjanjian tersebut baru dikenal luas setelah diperkenalkannya Undang-Undang Nomor 25 Tahun2007 tentang Penanaman Modal Asing yang mengundang masuk investor asing ke Indonesia.

2. Prinsip penawaran dan penerimaan

Prinsip ini lebih dikenal dalam hukum kita sebagai "persesuaian kehendak" diantara para pihak. Dalam sistem hukum Anglo Saxon, lembaga ini mirip dengan prinsip *" offer and acceptance".* Terobosan yang banyak dibuat oleh kalangan bisnis di Indonesia adalah pembuatan apa yang disebut sebagai " Memorandum of Understanding". Sulit untuk ditentukan apakah bentuk ini termasuk dalam pengertian perjanjian dalam hukum Indonesia, karena banyak pihak yang menginginkan bentuk ini semata-mata sebagai dokumen yang memuat saling pengertian diantara para pihak sebelum suatu perjanjian dibuat. Dalam hukum kita dikenal suatu prinsip bahwa perjanjian tidak hanya ditafsirkan dari apa yang tertulis, tetapi juga apa yang secara wajar dimaksudkan oleh para pihak, atau secara umum berlaku di masyarakat. Jadi kalau suatu *"Memorandum of Understanding"* mengisyaratkan telah terjadinya suatu perikatan maka tanpa melihat judul dokumen, dokumen tersebut dianggap telah memuat perjanjian diantara para pihak tersebut.

3. Itikad Baik

Prinsip ini terkandung dalam setiap perjanjian, dan kiranya dianut dalam setiap sistem hukum. Pihak yang melakukan suatu tindakan atau perbuatan dengan dasar itikat baik, walaupun tidak disebutkan dalam perjanjian yang bersangkutan, dapat meyakini bahwa tindakannya tersebut akan dilindungi oleh hukum. Walaupun demikian, penyusun kontrak yang baik akan memilih untuk membuat kontrak yang jelas dan rinci daripada semata-mata bergantung kepada prinsip ini. Dalam perkara Gateway v Arton Holdings Ltd. 1991), 106, NSR (2d) 180 (S.C.) di Kanada, itikad baik melahirkan tiga pertanyaan. Pertama, apakah doktrin itikad baik tersebut semata-mata mengenal ketidak pastian dan moralisme hukum? Kedua apakah doktrin itikad baik tersebut adalah teori hukum kontrak yang terkait dengan teori hukum kontrak neoklasik? Dan Ketiga, apakah doktrin ini *"rule of law"* atau*" rule of interpretation".*

4. Penggunaan Istilah.

Penyusunan kontrak yang baik akan sangat berhati-hati dalam menggunakan istilah. Istilah yang sudah baku dan jelas pengertiannya dalam hukum tertulis hanya dapat digunakan dalam kontrak yang sederhana dan tunduk pada hukum Indonesia serta menyangkut pihak-pihak Indonesia. Dalam kontrak yang kompleks dan beraspek trans-nasional, istilah-istilah sebaiknya diberikan pengertiannya atau definisinya dalam kontrak yang bersangkutan, atau dibuat referensinya kepada ketentuan-ketentuan tertentu dari hukum tertulis.

5. Peralihan Risiko.

Dalam sistem hukum Indonesia, beralihnya suatu risiko atas kerugian yang timbul merupakan suatu prinsip yang berlaku untuk jenis-jenis perjanjian tertentu seperti jual beli, tukar menukar, sewa menyewa, pinjam pakai pemborongan, pemberian kuasa dan sebagainya, tanpa perlu memperjanjikannya dalam perjanjian yang bersangkutan, kecuali jika para pihak menginginkan peraturan peralihan risiko yang lain dari yang ditetepkan oleh Undang-Undang. Diluar perjanjian-perjanjian yang menurut undang-undang telah mengatur sendiri masalah peralihan risiko, maka pembuat perjanjian perlu melakukan pengaturan sendiri atas risiko yang mungkin timbul.

6. Ganti Kerugian/Penalty.

Prinsip ganti rugi dalam perjanjian selalu hadir dalam setiap sistem hukum. Setiap pihak yang dirugikan berhak untuk menuntut ganti rugi atas dipenuhinya atau dilanggarnya atau diabaikannya suatu ketentuan dalam perjanjian oleh pihak lainnya. Adapun tugas dari pembuat perjanjian untuk memberikan pengertian dan batasan atas ganti kerugian tersebut dalam suatu kontrak yang beraspek transnasional, karena prinsip ganti rugi dalam hukum Indonesia mungkin berbeda dengan prinsip ganti rugi dalam sistem hukum lain. Kita tidak mengenal misalnya apa yang dinamakan *"consequential damages"* atau *punitive damages"* dalam sistem hukum Anglo saxon. Pencantuman istilah tersebut dalam suatu perjanjian akan dapat menimbulkan masalah bila tidak dijelaskan secara rinci, karena para pihak waktu pembuatan perjanjian mungkin memahami istilah tersebut dalam konteks yang berlainan.

7. Perubahan Kontrak.

Kontrak-kontrak dalam bisnis internasional ada yang bersifat rigit disamping yang bersifat flexible. Dalam kontrak yang flexible selalu dicantumkan *"RenegotiationClause"* terutama dalam kontrak-kontrak jangka panjang. Klausula ini jangan dilihat sebagai jalan bagi salah satu pihak untuk lari dari kewajibannya, tetapi bagaimana kontrak tersebut dapat memberikan jaminan bahwa kedua belah pihak akan sama-sama mendapat keuntungan, manakala situasi dan kondisi telah berubah dibandingkan dengan saat kontrak tersebut ditandatangani. Memasukkan klausula ini dalam kontrak internasional dapat mengurangi timbulnya perselisihan, karena memberikan kesempatan kepada para pihak untuk menyesuaikan kontrak yang mereka buat dengan keadaan yang baru.

8. Alasan Pemutusan.

Pemutusan suatu perjanjian timbal balik hanya dapat dilakukan atas persetujuan bersama para pihak didalamnya. Persetujuan dapat diberikan dalam perjanjian yang bersangkutan untuk hal-hal tertenu menyusun perjanjian yang tunduk pada hukum Indonesia wajib mengetahui bahwa tanpa adanya perjanjian demikian mengharuskan salah satu pihak menginginkan pemutusan untuk meminta persetujuan pengadilan terlebih dahulu (pasal 1266 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata). Dalam praktek penyusunan perjanjian, para pembuat perjanjian selalu mencantumkan bahwa para pihak setuju untuk melepaskan ketentuan pasal 1266 Efektifitas pelepasan pasal tersebut masih belum diuji dan karenanya membutuhkan suatu preseden dari yurisprodensi.

9. Pilihan Hukum.

Untuk perjanjian yang mempunyai aspek transnasional, masalah pilihan menjadi penting. Tidak semua pihak asing merasa *"comfortable"* bahwa perjanjiannya, walaupun menyangkut Indonesia, diatur dan ditafsirkan menurut hukum di Indonesia. Pilihan hukum asing untuk suatu perjanjianyang menyangkut Indonesia adalah sah dan mengikat. Masalahnya bagi penyusun perjanjian adalah, apakah pilihan demikian praktis dan efektif.

10. Penyelesaian Sengketa.

Sebagian besar transaksi bisnis internasional memilih arbitrase luar negeri sebagai tempat penyelesaian sengketa, dengan berbagai alasan. Kalau penyelesaian sengketa yang timbul dari perjanjian tersebut dilakukan dihadapan badan peradilan di Indonesia, masalahnya apakah badan peradilan yang bersangkutan dianggap mampu. Kalau sengketa tersebut dilakukan dipengadilan diluar negeri, apakah keputusan pengadilan asing dapat dilaksanakan di Indonesia. Sesuai dengan prinsip hukum acara yang belaku di Indonesia, keputusan hakim asing tidak dapat serta merta dilaksanakan di Indonesia. Pengadilan di Indonesia hanya dapat menggunakan keputusan tersebut sebagai salah satu bahan atau bukti dalam memberikan keputusannya sendiri dalam suatu perkara baru yang diajukan ke hadapan pengadilan tersebut.

B. Kontrak Jual-Beli Menurut *Convention on the International Sale of Goods* (CISG)

Perubahan hukum kontrak sekarang ini selalu dikaitkan dengan gejala internasionalisasi yang meluas. Namun implikasi

dari gejala tersebut tidak boleh disebutkan secara berlebihan. Perubahan sosial ekonomi diakibatkan oleh internasionalisasi adalah jelas. Akan tetapi kemungkinan reaksi dari hukum nasional dan hukum kontrak masing-masing negara patut di analisis secara mendalam.[183] Aturan-aturan kontrak internasional yang dipakai pengusaha kita adalah "aturan-aturan kontrak". Amerika dan negara-negara *common law* ainnya. Format-format Amerika cenderung mendetil dan tebal, sehingga mengesankan awam dibandingkan dengan konsep-konsep *civil lawyer,* Tetapi dengan membersihkan formalitas bengeknya" bermanfaat untuk dijadikan acuan bagi pembuatan berbagai *lex spesialis* baru. Keterkaitan aneka aturan kontrak internasional dalam transaksi bisnis, dapat diartikan "Peraturan" seperti dalam Peraturan Pemerintah" Peraturan Daerah dan lain-lain. Dalam arti demikian aturan ialah bagian dari hukum publik, khususnya peraturan-peraturan regulator dari pelbagai bidang usaha. Tetapi kata "aturanpun dapat diartikan sebagai "aturan main" antar pihak dalam suatu perjanjian. Dalam arti tersebut, "aturan" ialah soal hukum privat, khususnya, persyaratan perjanjian, berikut *lex specialis* dan *lex generalis* hukum perjanjian, yang dalam buku ini disebut "aturan kontrak".

Jika "aturan kontrak" dalam suatu bidang tertentu menjadi baku atau "berstanding: artinya menjadi kebiasaan atau *"gebruig"* maka "aturan" tersebut dapat meningkat menjadi apa yang dalam

183 Perbedaan antara sistem "common law" dan Civil law" tetap ada dalam kenyataannya. Menjawab pertanyaan, "is comercial law becoming world law?" Hunter dan Cater menyimpulkan: "although the movement toward a global comercial legal system is real and will continue, it will not supplant the many different local variations that now exist".

BW lama (pasal 1347) dinamakan *"berstanding gebruikelijk beding"* (b.gb.). Bgb-bgb demikian dapat dipakai sebagai acuan dalam pembuatan lex specialis lex specialis baru. Suatu lex specialis yang tumbuh dari b.g.b. demikian akan merupakan hukum yang ideal yaitu sesuai dengan adagium terkenal *"das Recht is nicht gemacht, es ist and wird mit dem Volke"* (Von Savigny). Hukum ini tidak dibuat, tapi harus tumbuh sesuai pertumbuhan masyarakat. Aturan kontrak internasional asal mulanya hanya digunakan dalam transaksi bisnis yang mengandung unsur asing. Aturan-aturan kontrak internasional yang dipakai para pengusaha dinegara kita dewasa ini ialah "aturan-aturan kontrak "yang berasal dari Amerika dan negara-negara common law lainnya. Jurisprudentie dan doktrin Belanda hanya dipakai untuk mencarikan tempat " aturan-aturan kontrak" asing tersebut dalam lex generalis yang ada.[184]

Dalam rangka pembaharuan Hukum Kontrak, Economic Law and Improved procurement Sistem Project (Elips) pada tanggal 13-20 Februari 1995 telah mengaadakan pertemuan yang terdiri dari Prof. T. Parnall dan Prof. A. Hartkamp dari Belanda, Prof. Withmore Gray dari AS, dan Prof. Dr. Sunaryati Hartono dan Prof. Mr. Dr. Sudargo Gautama. Pertemuan ini dilanjutkan dengan seminar terbatas selama tiga hari pada tanggal 21-23 Pebruari 1995. Sementara difokuskan pada *Convention on the International Sale of Goods* (CISG) dan Unidroit-Principles of International Contractor. Seminar menghasilkan kesimpulan berisi harapan agar Pemerintah Indonesia meratifikasi CISG.Tidak perlu lagi disusun Undang-

184 Kartini Mulyadi, Hukum Kontrak Internasional dan Pengaruhnya Terhadap Perkembangan Hukum Nasional, (Jakarta: BPHN Departemen Kehakiman, 1995). Hal. 69.

Undang tentang kontrak jual beli internasional, melainkan cukup dengan ratifikasi CISG oleh Pemerintah, karena asas-asas CISG tidak bertentangan dengan hukum kontrak kita dan ketentuan-ketentuan jual beli dalam KUH Perdata.

Konvensi tentang Kontrak Jual Beli Internasional tahun 1980 *(United Nations Convention Contracts or the International Sale ofGoods),* ditandatangani dalam konvensi diplomatik Perserikatan Bangsa-Bangsa yang diselenggarakan di Wina tahun 1980. Pasal terakhir dari konvensi ini mengatakan bahwa CISG menjadi efektif sebagai suatu perjanjian multilateral pada bulan januari, yaitu 12 bulan setelah sepuluh negara meratifikasinya. Pada tanggal 11 April 1981. Cina, Italia dan Amerika Serikat menjadi negera kesembilan, kesepuluh dan kesebelas yang meratifikasinya. Oleh karena itu CISG menjadi efektif pada tanggal 11 Januari 1981. Apakah konvensi ini perlu diratifikasi oleh Indonesia? Didalam pembahasan tentang materi, yang akan disinggung ialah asas *(principles)* yang terdapat pada CISG ini. Dengan pembahasan asas-asas ini dapat dilihat apakah CISG dapat diterima secara menyeluruh melalui ratifikasi atau apakah ratifikasi ini belaku hanya untuk sebagiaan saja. Untuk menemukan asas-asas tersebut, tidak diperlukan pembahasan atas seluruh pasal. Beberapa diantaranya, antara lain adalah sebagai berikut:

1. Asas Uniformitas dan Aplikasinya.

Asas ini terdapat didalam article 1, yaitu tentang *"spare of application and general provicion" article 1,*[185] berbunyi sebagai berikut:

a) *This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose place of business are in different States: a) when the States are Contracting States; or b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.*
b) *The fact that the parties have their places of business in differnt States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.*
c) *Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.*[186]

---

185 Prof. Dr. Sunaryati Hartono dan Prof. Mr. Dr. Sudargo Gautama, Pembaharuan Hukum Kontrak, Economic Law and Improved procurement Sistem Project (Elips), Makalah disampaikan dalam seminar terbatas selama tiga hari pada tanggal 21-23 Pebruari 1995. pada tanggal 13-20 Februari 1995 telah mengaadakan pertemuan yang terdiri dari Prof. T. Parnall dan Prof. A. Hartkamp dari Belanda, Prof.Withmore Gray dari AS, Sementara difokuskan pada *Convention on the International Sale of Goods* (CISG) dan Unidroit-Principles of International Contractor.

186 Prof.Mr.Dr. Sudargo Gautama menafsirkannya sebagai berikut: "Dengan diterimanya teks seperti itu, konvensi 1980 akan berhasil memperluas hukum uniform dan juga melakukan koordinasi dari hukum uniform ini dengan suatu

2. Asas Pembentukan Perjanjian

Asas ini mengatur pembentukan kontrak serta hak dan kewajiban antara penjual dan pembeli yang timbul dari kontrak itu. Asas ini terdapat di dalam article 4,[187] yang berbunyi sebagai berikut: *This convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with: the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage; the effect which the contract may have on the property in the goods sold.*

3. Asas Penafsiran Perjanjian

Perjanjian ini harus ditafsirkan sesuai dengan sifat internasionalnya, uniformitasnya dan itikad baik. Andaikata tidak terdapat conformity, maka isi covention ini mengacu kepada hukum privat Internasional. Asas ini diatur didalam pasal 7 CISG sebagai berikut:

a) *In the interpretation of this Convention, regard is to be had to is international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.*
b) *Question concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in*

---

konvensi yang mungkin ada mengenai Hukum Perdata Internasional, jika yang belakangan ini menunjuk berlakunya hukum dari suatu negara peserta".

187 Ibid.

conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law. Didalam KUH Perdata, itikad baik diatur di dalam pasal 1338 ayat 4.

4. Asas Maksud Para Pihak *(Intention)*

Asas ini terdapat di dalam article 8 CISG, berbunyi sebagai berikut:

a) *For the purposes of this Convention Statement made by and other conduct of a party are to bye interpreted according to this intent where the other party knew or kould not have been unaware what that intent was.*
b) *If the preceding paragraph is not applicable, atatements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.*
c) *In determining the intent of a party or the understending a reasonable person would have had, due cosideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usage.*

Apakah maksud dari para pihak? Untuk tujuan konvensi ini, maka pernyataan-pernyataan *(statements)* yang telah dikemukakan oleh dan juga sikap *(conduct)* dari salah satu pihak, harus ditafsirkan sesuai dengan apa yang dimaksudkan olenya, dimana pihak lawan *(the other party)* mengetahui atau tidak mungkin tidak mengetahui apa yang dimaksudkan itu. Bagaimana menafsirkannya? Ternyata

dalam pernyataan ini dan sikap dari pada salah satu pihak, harus ditafsirkan sesuai dengan pengertian dari pada *"a reasonable person of the same kind"* Sama seperti pihak lain akan memperoleh dalam keadaan serupa. Maksud ini merupakan dasar dari pembentukan perjanjian. Dibandingkan dengan KUH Perdata, maka maknanya dapat berarti kemauan/kesepakatan para pihak untuk mengadakan perjanjian.

5. Asas Kebiasaan *(Custom)*

Dalam pasal 9 konvensi 1980 ini ditentukan bahwa *the parties* para pihak):

a) *The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established bedween themselves.*
b) *The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made aplicable to their contract or is formation a usage of which in international trade is widely known to, and regular observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.*

Terikat pada kebiasaan-kebiasaan dalam perdagangan *(usages)* yang telah disetujui oleh mereka atau yang secara diam-diam *(Impliedly)* telah dianggap berlaku untuk kontrak mereka berdasarkan kebiasaan yang oleh para pihak diketahui atau seharusnya diketahui. Kebiasaan itu sudah umum berlaku dalam perdagangan internasinal bersangkutan dan lazimnya ditaati oleh pihak-pihak yang membuat suatu kontrak dalam perdagangan khusus mereka. Kebiasaan internasional atau *"les*

usages international" dipandang merupakan juga kehendak dari para pihak secara diam-diam. Dianggap bahwa para pihak telah memilih kebiasan-kebiasan yang lazim berlaku untuk perdagangan internasional itu. Jadi tidak dihambat perkembangan atau berlakunya kebiasaan-kebiasaan di bidang internasional oleh konvensi 1980 itu. Dengan perkataan lain, pasal ini memberi jaminan bahwa praktek internasional dalam perdagangan yang sudah diakui dan lazim diterima, akan tetap merupakan sumber utama dari pada Perjanjian Jual Beli Internasional menurut konvensi 1980 ini. idalam KUH Perdata konvensi ini menghendaki agar diperhatikan kebiasaan yang berlaku antara para pihak, seperti yang dimuat di dalam pasal 1339 dan 1347 KUH Perdata, diatur tentang kebiasaan.

6. Asas Tempat Terjadinya Perjanjian.

Artikel 10 CISG sebagai berikut: *For the purposes of the Convention:*

a) *If a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract ;*
b) *It party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residences.*

Artikel 10 ini memuat ketentuan ini mengatur tentantang domisili perjanjian yaitu tempat dimana perjanjian itu dilangsungkan yaitu tempat yang terdekat dengan kontrak dan pelaksanaannya.

7. Asas Tidak Tertulis

Bentuk suatu kontrak tidak harus tertulis dan tidak terikat pada bentuk tertentu, pembuktiannya dapat dilakukan dalam segala bentuk. Asas ini terkandung di dalam article 11 CISG yang berbunyi sebagai berikut: *"A Contractof sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requiment as to from. It may be proved by any means, including witnesses".*

8. Asas Penyampingan Oleh Para Pihak *(Divergence of Law)*

Para pihak juga dapat menyampingkan dipakainya konvensi ini atau dapat mengubah akibat daripada ketentuan-ketentuan ini, (pasal 6). Jadi dengan perkataan lain, kehendak para pihak *(intention of the parties)* adalah yang paling menentukan bagaimana mengatur Jual Beli Internasional para pihak *"Choise of law by the parties"* dihormati penuh. Mereka dapat mengubah dan menetukan sendiri kaidah-kaidah yang mereka kehendaki dan yang dianggap harus berlaku untuk perjanjian mereka itu. Di dalam hal ini terdapat juga asas kebebasan berkontrak. Hanya apabila mereka tidak menetukan lain, maka akan berlakulah ketentuan-ketentuan dalam Konvensi Jual Beli Internasional 1980 ini. Konvensi ini dipergunakan sebagai Modal Kontrak, para pihak dapat memakainya dan juga dapat mengenyampingkannya.

9. Asas Itikat Baik *(Good Faith)*

Dalam melakukan interpretasi dari pada konvensi ini, sifat internasionalnya serta kebutuhan untuk mempromosikan *uniformity* dalam pemakaiannya perlu diperhatikan. Apabila muncul masalah-masalah dan persoalantentang hal-hal yang

tidak disebut dalam konvensi-konvensi ini atau tidak secara tegas diatur di dalamnya, harus disesuaikan sesuai dengan hukum yang berlaku berdasarkan kaidah-kaidah Hukum Perdata Internasional. Kiranya dalam hal ini, juga perlu kita perhatikan bahwa kaidah-kaidah Hukum Perdata Internasional (HPI) berbagai negara berbeda adanya, sesuai dengan prinsip-prinsip yang dianut oleh negara masing--masing. Tiap negara mempunyai sistem HPI-nya sendiri. Tidak ada suatu HPI yang bersifat "internasional" berdiri di atas negara-negara nasional masing-masing). Untuk menetukan apakah yang merupakan sikap dari suatu pihak atau apa yang telah diartikan oleh salah seorang yang bijaksana *(understanding a reasonable person could have had)* harus diperhatikan kepada semua keadaan di sekitar persoalan ini *(relevant circumstances of the case)* termasuk perundingan-perundingan *(negotiations),* sesuatu praktek yang sudah dibina antara para pihak, kebiasaan *(usages),* dan sikap selanjutnya dari para pihak *(subsequent conduct of the parties)".*

10. Asas Penyerahan

Penjual mempunyai kewajiban untuk menyerahkan barang (Article 31 CISG). Jika penjual tidak terikat untuk menyerahkan barang pada tempat tertentu, maka kewajiban untuk menyerahkan barang terdiri dari sebagai berikut:

a) Jika kontrak jual beli menyangkut juga masalah pengangkutan-pengangkutan, maka barang itu diserahkan pada pengangkutan yang pertama berangkat.
b) Barang diserahkan pada tempat yang ditunjuk pembeli.

11. Asas Pemberitahuan *(Notice)*

Jika penjual menyerahkan barang dengan memuatnya kepengangkutan, maka penjual mesti memberitahukannya kepada pembeli. Di dalam perjanjian jual beli menurut KUH Perdata di tentukan juga mengenai penyerahan barang. Pasal 1459 KUH Perdata. Untuk adanya peralihan hak milik harus diadakan penyerahan perjanjian saja tidak memenuhi syarat untuk adanya eksistensi Jual beli. Menurut konsep KUH Perdata, jual beli telah terjadi antara kedua pihak seketika setelah kedua pihak mencapai sepakat tentang benda yang dijual serta harganya, namun peralihan hak milik baru terjadi sesudah ada penyerahan. Di dalam kewajiban penjual untuk menyerahkan terkandung kewajiban untuk memenuhi jumlah, kualitas dan uraiannya yang ditentukan di dalam kontrak dan juga pengemasannya. Penjual bertanggung jawab apabila kewajiban itu tidak dipenuhi.

12. Asas Ingkar Janji Oleh Penjual (Section III Pasal 45)

Jika penjual tidak memenuhi kewajiban yang disebutkan di dalam kontrak, maka pembeli berhak meminta ganti rugi. Pembeli dapat menentukan sesuatu jangka waktu yang patut agar Penjual dapat memenuhi kewajibannya.

13. Asas Kewajiban dari Pembeli (Pasal 54)

Pembeli wajib membayar harga barang. Di dalam kewajiban untuk membayar termasuk diatur pula tempat dimana pembayaran dilakukan dan kewajiban menerima penjelasan.

14. Asas Ganti Rugi Oleh Pembeli (Section III)

Jika pembeli tidak memenuhi kewajibannya, penjual berhak minta ganti rugi.

15. Asas Jumlah Ganti Rugi (Section III)

Ganti rugi karena ingkar janji terdiri dari jumlah kerugian yang diderita termasuk kehilangan keuntungan yang diharapkan. Kerugian tersebut tidak mencakup kerugian yang diperkirakan yang ada pada saat perjanjian diadakan. Asas ganti rugi ini diatur di dalam bagian umum dari ajaran Hukum Perikatan (Pasal 1248-1252 KUHPerdata).

C. Kebebasan Berkontrak Dalam Sistem Hukum *Common Law*

Dalam sebuah artikel dalam Law Review dari loyola of Los Angeles University Law School, dibahas tentang: *"The Impact of U.S. Law Propsitions on Indonesian Commercial Law,"* Negara Indonesia, disebutkan ketinggalan perkembangan karena KUH Perdata/ KUHD, khususnya lex specialis hukum perjanjian yang ada, tidak dapat melayani kebutuhan masyarakat akan format-format bisnis modern. Sementara itu pertanyaan yang dapat timbul ialah apakah benar bahwa hukum positif itu sudah ketinggalan zaman. Hal tersebut tidak seluruhnya benar. Sejatinya lex sepecialis lex specialis yang ada, Lex generalis yang terdapat dalam KUH Perdata masih relevan, karena: *pertama*, hukum tentang pelaksanaan, perjanjian kita bermuatan moral. Menurut pasal 1338 KUH Perdata (paling terkenal dikalangan sarjana hukum di Indonesia), perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik, artinya jika suatu hak yang timbul

dari suatu perjanjian akan berdampak kejam terhadap mitra, maka hak tersebut tidak boleh dipaksakan.

Dalam *common law* penemuan hukum adalah ilmu research dari sejuta rasio-rasio decindendi kasus-kasus kongkrit yang pernah timbul sejak zaman dahulu perbedaan budaya hukum sebagaimana telah digambarkan diatas telah membentuk benak yang berbeda dari para ahli *hukum civil law* an *common law.* Karena sadar akan adanya beking dari lex specialis, yang dapat ditafsirkan secara historis, sosiologis, analogi dilembutkan, bahkan dibekuk in causa positum, maka dalam membuat konsep-konsep perjanjian, para civil lawyer pada pokoknya lebih rileks daripada para common lawyer yang senantiasa dihinggapi kekhawatiran bahwa konsepnya kurang memperhitungkan segala kemungkinan, sehingga cenderung mendetil dan tebal, sehingga mengesankan awam dibandingkan dengan konsep civil law. Format perjanjian kredit biasanya memuat bab-bab panjang:

1. Operational Clause, yang berinti pernyataan perikatan untuk term loan atau revolving credit, jumlah pinjaman atau komitmen, jadwal drawdowns dengan promissory notes yang panjang lebar, tata pembayaran angsuran, peruntukan kredit, bunga pinjaman yang tidak selalu bersuku sekadar tetap, biaya-biaya, dan lain-lain.
2. Ketentuan cantelan Perjanjian Jaminan.
3. Conditions Precedent, yang merinci hal-hal yang dijadikan conditio sine qua non bagi drawdown awal, seperti misalnya bahwa Sekretaris Perusahaan harus menyatakan bahwa semua persyaratan anggaran dasar telah dipenuhi, dan sebagainya.
4. Representations and Warranties, yang menyatakan bahwa hal-hal yang sebenarnya tidak perlu dikata lagi, seperti

bahwa perusahaan peminjam atau debitor telah didirikan sesuai ketentuan hukum dan adalah bonafid, perjanjian yang bersangkutan mengikat dan dapat dilaksanakan serta dipaksakan dalam hukum, neraca perusahaan adalah sebagai terlampir, tidak ada perselisihan perburuhan dan litigasi atau arbitrasi yang berarti, perusahaan tidak menunggak utang, semua harta benda perusahaan dimiliki dan bebas dari segala beban, perusahaan punya izin-izin operasional, amdal dan lain-lainnya, utang-utang lain dari debitor atau pemimpin ialah sebagai tretera dalam exhibit dan lain-lainnya, adalah benar dan dijamin benar.

5. Affirmative Covenants, yaitu kewajiban-kewajiban debitor atau peminjam untuk secara aktif melakukan pelbagai hal menyangkut pembukuan, pemeliharaan harta benda, praktek bisnis, asuransi, ketaatan perusahaan pada hukum, kewajiban memberi laporan keuangan kepada kreditor, dan lain-lainnya.
6. Negative Convenants, yitu bahwa tidak ada hal-hal yang dirinci didalamnya yang dilakukan oleh pemiminjam atau debitor tanpa tanpa persetujuan terlebih dahulu dari kreditor, seperti bahwa peminjam atau debitor tidak akan membebani harta benda perusahaan dengan jaminan lain,. meminjanm uang lagi, go public, mengeluarkan right, dan warrants, melakukan penggabungan (merger), peleburan consolidation dan pengambilalihan perusahaan (acquisition), menyewa harta benda secara leasing, membagikan deviden, menjual seluruh atau sebagian besar harta benda perusahaan, mengadakan investasi dalam ekuiti perusahaan lain, menjamin utang-utang perusahaan anak-atau affiliate atau pihak ketiga, jual beli dengan perusahaan anak atau affiliate dengan harga tidak

wajar, mengurangi jumlah modal kerja, turunnya pelbagai rasio pembukuan seperti misalnya current ratio, rasio antara liabilities dan ekuiti nyata perusahaan, dan lain-lainnya.

7. Event of Default, yaitu perjanjian pembuktian (bewijsovereenkomst) tentang hal-hal yang akan ipsofacto merupakan cidera janji, seperti misalnya jika peminjam tidak membayar suatu angsuran pada waktunya yang telah ditentukan, warranty dilanggar, terhadap perusahaan diturunkan vonis yang mewajibkannya membayar ganti rugi, kepada penggugat melampaui sejumlah tertentu, perjanjian jaminan menjadi hampa karena misalnya harta benda yang digadaikan musnah, tidak berlaku atau lain, dan lain-lainnya.
8. Ketentuan-ketentuan Miscellaneous yang mencakup soal-soal menyangkut amendemen perjanjian, alamat lengkap para pihak untuk komunikasi, Indemnity, Hold Harmless Provision yaitu pembebasan mitra dari pelbagai tanggung jawab, Assignment Clause yaitu pernyataan bahwa perjanjian mengikat para pihak berikut para penerima hak mereka, soal penanggungan biaya dan pajak, kebatalan perjanjian -perjanjian sebelumnya, Pilihan Hukum dan Arbitrase, pernyataan bahwa suatu ketentuan yang batal tidak membatalkan pasal pasal lainnya, dan bahwa judul-judul pasal tidak dapat dipakai sebagai alat tafsir, yang masing-masing panjang lebar. alam hal revolving credit, tata cara penarikan kredit diatur secara mendetil dan debitor harus tiap kali menyerahkan sebuah promes (promissory notes atau notes dalam bentuk panjang yang ditetapkan dan dilampirkan pada perjanjian kredit yang bersangkutan, dan yang terkadang mempunyai pelbagai lampiran sendiri. Sementara itu, mengenai format promissory notes tersebut ada

juga masalahnya tersendiri. Unsur-unsur esensial bagi promes menurut KUHD hanyalah terdiri dari: kata promes dan klausula order, janji mutlak untuk membayar sejumlah uang tertentu, tanggal jatuh tempo, tempat dimana promes harus dibayar, nama si behak, tempat dan tanggal pengeluaran promes, dan tandatangan penerbit promes. Bandingkan dengan promissory note Amerika, yang panjang lebar. Note Amerika memang bisa begitu panjang lebar, Jika promes kita buat begitu panjang lebar sampai mencerminkan in extenso pelbagai pokok persyaratan kredit sebagai diatas, maka timbullah pertanyaan apakah promes demikian masih dapat dianggap sebagai promes yang mempunyai pengaturan khusus mengenai sita jaminan dalam Rv. Menurut maksud asli Rv, promes yang memenuhi syarat, secara defacto memberi kemungkinan untuk meletakkan sita jaminan tanpa proses terlebih dahulu.

Dalam berbelanja atau melakukan transaksi di dunia maya melalui internet dapat menimbulkan keragu-raguan mengaenai hukum dan yuridiksi hukum yang mengikat para pihak yang melakukan transaksi tersebut, apakah hukum perdata dan hukum pidanan yang berlaku di dunia nyata berlaku bagi inetrnet. Karim Banyekhlef berpendapat, bahwa seorang tidak dikatakan sudah memahami betul fenomena mengenai dunia maya apabila pemahamannya terbatas pada unsur-unsur teknis saja dari dunia maya itu, dan belum menyadari tentang masalah-masalah hukum dari dunia maya itu. Berbelanja atau melakukan transaksi di dunia maya melalui internet sangat berbeda dengan berbelanja atau melakukan transaksi di dunia nyata. Kenyataan ini telah menimbulkan keragu-raguan mengenai hukum dan yurisdiksi

hukum yang mengikat para pihak yang melakukan transaksi tersebut. Ada sementara pihak yang berpendapat, bahwa oleh karena transaksi tersebut terjadi di dunia maya, maka hukum yang berlaku di dunia nyata tidak berlaku. Pendapat ini menjadi kuat karena pada kenyataannya tidak ada pemilik tunggal dari internet. Sejalan dengan apa yang telah dikemukakan di atas, maka terdapat kebingungan mengenai, apakah hukum perdata dan hukum pidana yang berlaku di dunia nyata berlaku bagi internet. Banyak pengguna internet yang memiliki pandangan bahwa internet tidak memiliki hukum, dan sebaiknya pemerintah tidak boleh mencampuri dan memasuki dunia internet.[188]

Pertanyaan yang timbul adalah, apakah hukum yang berlaku didunia maya dan hukum yang berlaku di dunia nyata harus berbeda? Apakah hukum di dunia nyata secara otomatis berlaku bagi perbuatan-perbuatan hukum baik perbuatan keperdataan maupun perbuatan yang merupakan hukum, tindak pidana yang berlangsung di dunia maya? Apabila tidak demikian apakah perlu dibuat hukum yang khusus bagi kehidupan dunia maya? Semua perbuatan hukum yang dilakukan di dunia maya adalah perbuatan-

188 Dunia maya di mana transaksi-transaksi E-Commerce berlangsung adalah memang dunia yang lain dari dunia nyata tempat kita sesungguhnya hidup karena tempat di mana kita bernafas dan merasakan kenikmatan dan kesakitan jasmaniah adalah di dunia nyata dan bukannya di dunia maya. Tetapi di dunia maya tempat manusia dapat berinteraksi di antara sesamanya dan dapat melakukan berbagai perbuatan hukum, tidak mustahil manusia melakukan perbuatan hukum yang melanggar hak hukum dari orang lain. Oleh sebab itu di dunia maya perlu ada hukum dan perlu pula hukum tersebut dapat ditegakkan apabila dilanggar. Tanpa adanya hukum di Dunia maya dan tanpa dapat ditegakkannya itu apabila dilanggar sudah barang tentu akan menimbulkan keadaan yang kacau (Chaos), persis seperti apabila hal itu terjadi di dunia nyata.

perbuatan hukum yang dilakukan oleh manusia-manusia yang berada di dunia nyata dan perbuatan-perbuatan itu dilakukan sementara manusia-manusia itu berada di dunia nyata, dan dilakukan di lokasi tertentu di dunia nyata. Hanya saja perbuatan-perbuatan hukum tersebut dilakukan menggunakan media atau sarana internet (yaitu mengunakan komputer yang berada di dunia nyata). Jasmani manusia yang melakukan perbuatan-perbuatan hukum tersebut tidak berada dan tidak hidup di dunia maya. Mungkin kelak teknologi akan benar-benar dapat menciptakan makhluk-makhluk maya, yaitu manusia-manusia maya dan binatang-binatang maya sebagaima yang sering kita lihat di film-film, dan manusia-manusia maya ini yang nantinya melakukan sendiri perbuatan-perbuatan hukum itu tanpa perintah dan kendali manusia yang berada di dunia nyata.

Akan mungkinkah terjadi hal yang demikian itu? Bagi kita yang hidup didunia nyata, apabila memang telah muncul-manusia-mnusia maya seperti itu kita tidak akan menganggap perlu, apakah di dalam dunia maya terdapat hukum dan perlu menegakkannya apabila dilanggar sepanjang perbuatan-perbuatan hukum tidak menjangkau atau memberikan dampak yang merugikan bagi manusia-manusia di dunia nyata. Oleh karena interaksi dan perbuatan-perbuatan hukum yang terjadi melalui atau di dunia maya adalah sesungguhnya interaksi antara sesama manusia di dunia nyata dan apabila terjadi pelanggaran hak atas perbuatan hukum melalui atau di dunia maya itu adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh manusia dari dunia nyata dan hak yang dilanggar adalah hak dari manusia dari dunia nyata, maka hukum

yang berlaku yang harus diterapkan adalah hukum dari dunia nyata.[189]

Salah satu masalah hukum yang dihadapi oleh mereka yang bermaksud mendirikan perusahaan dan berusaha di dunia maya ialah penentuan alamat, atau dalam istilah internet disebut domain name. Makin mirip domain name tersebut dengan nama perusahaan atau merek barang yang dijual, makin mudah bagi pelanggan untuk menemukan alamat atau domian name tersebut. Jika ada suatu Bank di Indonesia yang bernama ”Bank Umum Indonesia” (BUI)

---

189 Pada saat ini, Internet packet dapat berkelana melalui jaringan yang dimiliki dan dioperasikan oleh lima atau enam entities yang berbeda melalui jalan mereka masing-masing sampai kepada tujuannya yang terakhir. Masing-masing Internet Acces Provider memiliki kebijakannya sendiri yang mereka terangkan kepada pelangganya sebelum mereka menandatangai perjanjian. Terdapat perbedaan-perbedaan yang signifikan antara perjanjian yang dibuat antara on line service Provider seperti Compuserve dan Amerika Online, yang memiliki jaringannya sendiri di samping menyediakan akses kepada internet dan internet services provider seperti Unet dan PSInet yang lebih berorientasi komersial. Akses anda kepada Internet dapat diakhiri seketika oleh acces provider yang bersangkutan apabila anda melanggar syarat-syarat perjanjian. Di samping syarat-syarat perjanjian tersebut, terdapat pula ketentuan-ketentuan yang menyangkut sopansantun berkomunikasi melalui internet yang disebut Netiquette, yitu code on Conduct dari Internet. Aturan-aturan Netiquette dipatuhi secara sukarela oleh kebanyakan pengguna Internet, karena mereka telah memehami dan menyetujui bahwa mereka memfasilitasi pengguna yang efisien dari jasa-jasa Internet dan meminimalkan kesulitan-kesulitan yang timbul dari penyalahgunaan Internet. Netiqueete telah mnjadi penting terutama sejak hukum yang tradisional belum disesuaikan terhadap masalah-masalah baru yang timbul berkaitan dengan internet dan jasa-jasa Internet yang baru. Internet Sevice Provider (ISP) dapat pulamenghentikan akses kita kepada Internet apabila kita melanggar Netiquette, seperti mengirimkan banyak sekali kemana-mana surat-surat atau brosur-brosur yang merupakan junke e-mail ke mana-mana. Dalam praktik adalah biasa dilakukan oleh pihak yang merasa terganggu untuk langsung menghubungi Internet Service Provider dari seseorang yang telah mengganggunya, dan meminta agar ISP tersebut memutuskan hubungan si pengganggu apabila gangguan-gangguan tersebut terjadi.

dan web site bank tersebut menggunakan bui.com sebagai domain name, tentulah situs bank tersebut akan mudah dan ditemukan oleh orang daripada apabila bank terbut menggunakan domain name lain.[190]

McDonald's Corporation baru dapat memperoleh nama "McDonald's" setelah berusaha memberi nama tersebut dari pihak lain yang telah mendaftarkan nama tersebut mendahului McDonald's Corporation. Harapan pihak tersebut ialah memperoleh banyak keuntungan dari manjual nama tersebut kepada McDonald's Corporation. Contoh lain adalah yang dialami oleh Panavision sebagaimana dalam perkara yang diputuskan oleh pengadilan banding 9th Circuit di Amerika pada tahun 1998, yaitu putusan perkara Panavision International, L.P.v. Toeppen. Dalam perkara gugatan tersebut, Panavision menuduh Toppen sebagai "cyberpirate", atau perompak di dunia cyber. Cyber-pirate adalah pihak yang membuat berbagai domain name di Internet,

190 Sebelum suatu perusahaan menentukan suatu domain name tertentu, seyogiyanya terlebih dahulu menghubungi InterNIC untuk mengecek apakah domain name yang akan digunakannya itu telah digunakan oleh pihak lain. InterNIC adalah suatu organisasi yang mendaftar domain names dan mengikuti perkembangannya melalui suatu database searcher yang disebut Whois. Apabila nama yang diinginkan telah didaftarkan oleh pihak lain, maka perusahaan tersebut harus menghubungi pihak lain yang telah mendaftarkan nama tersebut dan menjajagi kemungkinannya, apakah perusahaan tersebut dapat membeli hak penggunaan nama tersebut, atau mengambil tindakan hukum terhadap pihak tersebut. Sering terjadi praktik-praktik oleh para pihak-pihak tertentu untuk mendahului mendaftarkan suatu domain name tertentu yang terkait dengan perusahaan lain tertentu. Tujuan pihak tersebut ialah dapat memperoleh kuntungan besar Keuntungan itu diperoleh dengan cara menjual domain name tersebut kepada perusahaan yang seyogyianya memiliki domain name tersebut. Praktik atau perbuatan itu disebut cyber squating. Pihak yang melakukan cybersquatting disebut cybersquatter.

dan kemudian menjual domain name tersebut kepada pihak yang seharusnya memiliki domain name tersebut. Gugatan yang diajukan oleh Panavision ialah bahwa Toeppen telah mendaftarkan trademark (merek dagang dari Panavision) sebagai domain name dari Toeppen, yaitu Panavision.com. Ketika Panavision menemukan hal tersebut, Toeppen telah berusaha agar Panavision menyelesaikan masalah tersebut dengan membayar kepadanya uang sebesar US$ 13.000 sebagai pengganti dari domain name tersebut.[191]

Pengadilan tingkat banding 9th Circuit di Amerika pada tahun 1998, telah mendukung gugatan tersebut dengan menyatakan bahwa

---

191 Kasus yang terjadi akhir-akhir ini yang dapat dikemukakan adalah kasus yang terjadi di Republik Rakyat China dalam perkara Inter IKEA B.V..v. Cinet Infomration Co. Ltd. Hakim telah memberikan kemenangan kepada IKEA. Putusan tersebut dianggap sebagai suatu landmark dicision, karena untuk pertama kalinya perusahaan asing dimenangkan oleh Pengadilan setempat melawan suatu perusahaan Cina berkaitan dengan kasus domain name. Inter IKEA (penggugat) adalah suatu perusahaan yang memiliki lebih dari 150 toko di 29 negara dan memiliki registered trade marks di 90 negara. Pada tahun 1983 perusahaan tersebut telah mendaftarkan IKEA dan merek-merek yang berkaiaytan pada kantor merek dagang Trde Mark office di RRC. Perusahaan tersebut telah membuka 2 toko dengan nama IKEA di Beijing dan Sanghai pada tahun 1998. Namun demikian ketia perusahaan tersebut hendak mendaftarkan Domain Namenya di Internet di Cina, ternyta IKEA. Com.Cn telah terlebih dahulu didaftarkan oleh Cinet Information Co. Ltd (tergugat). Cinet telah menyatakan bahwa perusahan tersebut telah mendaftarkan Domain Name tersebut untuk mengembangkan suato Voice mail Service yang sama sekali hubungan dengan Furniture Product dari penggugat. IKEA menggugat Cinet dengan tuduhan bahwa Cinet telah melanggar Paris Convention for the Protection of Industrial Property dan melanggar Kitab Undang-undang Hukum Perdata Republik Rakyat Cina. Itikat jelek dari Cinet telah ternyata dari kenyataan bahwa perusahaan tersebut telah mendaftarkan banyak domain name lainnya dengan mengeluarkan merek-merek dagang ternama, yang tidak satupun diantaranya digunakan secara aktif oleh perusahaan itu, termasuk "bacardi", "dunhill", "lancome", "philips" dan "rolex".

hukum membela dan melindungi persaingan sehat, oleh karena itu para operator seharusnya mematuhi asas itikad baik dan bisnis etik lainnya. Merek "IKEA" sangat populer dan terkenal di China, dan ejaan serta pengucapan nama yang didaftarkan oleh Cinet serupa dengan registered trade mark dari penggugat. Menurut putusan pengadilan, perbuatan-perbuatan yang dilakukan oleh tergugat bukan saja melanggar ketentuan Profesional Administrative Rules of Registration of Domian Name on the Internet of China, tetapi juga melangar Paris Convention for the Protection of industrial Property dan melanggar Undang-undang Anti persaingan Tidak Sehat dari Republik Rakyat China (anti Unfair Competition Law of People's Republic of China). Oleh karena tergugat telah merugikan hak-hak hukum dan kepentingan penggugat sebagai pemilik merek dagang IKEA yang terkenal itu, maka berdasarkan ketentuan hukum perdata tergugat harus bertanggung jawab. Oleh karena itu, pengadilan memerintahkan agar pendaftaran ikea.com.cn yang dilakukan oleh Cinet harus dibatalkan segera, dan perusahaan tersebut harus mengajukan permohonan untuk pembatalan domain name tersebut dalam jangka waktu 10 hari setelah putusan pengadilan, dan membayar ongkos perkara sebasar 1.000 Yuan.

Pada tahun 2021 ini, Amerika Serikat sedang dibuat undang-undang mengenai penggunaan domain names pada jaringan Internet dan melarang seseorang untuk mendaftarkan suatu nama yang tidak seharusnya dimiliki oleh pihak tersebut. pihak yang mendaftarkan suatu nama harus dapat memberikan alasan mengapa pihak tersebut ingin mendaftarkan nama tertentu itu. Di samping itu dilarang pendaftaran berulang kali atas suatu nama yang serupa oleh suatu pihak yang sama.

D. Perlindungan Konsumen Dalam Kontrak Baku.

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. Hal ini berkaitan dengan prinsip tanggung jawab produk dalam hukum perlindungan konsumen, Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 menganut prinsip tanggung jawab mutlak. Hal 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 Undang-undang 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 tangggapan 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 produsenuntuk 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 jawdb 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 jawabberdasarkan kesalahan dengan beban pembuktian terbalik.

Oleh karena itu, penulis berkesimpulan bahwa secara keseluruhan, Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 menganut prinsip tanggung jawab berasarkan 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.[192] 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."[193] Perkembangan tersebut menunjukkan bahwa Indonesia masih dalam 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-undangNo.23 Tahun 1997 tentang, Pengelolaan Lingkungan Hidup,[194] Undang-undang No. 5 tahun 1983 tentang Zona Ekonomi

192 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.

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

194 Republik Indonesia, membaran 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 Iingkungan hidup, yang menggunakan bahan berbahaya dan beracun, dan/ atau menghasilkan limbah bahan berbahaya dan beracun, bertanggung jawab secara mutlak atas kerugian yang ditimbulkan, dengan kewa-

Eksklusif Indonesia,[195] dan Undang-undang No. 10 Tahun 1997 tentang Ketenaganukliran.[196] 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 Ekslusif yang menggunakan kata-kata "memikul tanggung jawab secara mutlak" dan "batas-batas jumlah maksimum". Kemudian beberapa peraturan lain yang telah menerapkan tanggung jawab mutlak adalah *Convention on Civil Liabilityfor Oil Pollution Damage* (CLC) yang telah diratifikasi dengan Keputusan Presiden No 18 Tahun 1978.[197]

---

jiban membayar ganti rugi secara langsung dan seketika pada saat terjadinya pencemaran dan/atau perusakan lingkungan hidup."

195 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 dart, atau sumber daya alam tersebut dengan segera dan dalam jumlah yang memadai."

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

197 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, 19971, 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,*

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, serta peraturan pelaksanaannya dalam Peraturan Pemerintah No. 52 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Telekomunikasi. juncto pasal 27 Undang Undang Nomor 11 Tahun 2008 juncto Pasal 45 ayat 3 Undang Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Informasi Transaksi Elektronik. [198]

Ketentuan tentang ganti kerugian dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016, Pasal 28 ayat 2 dirumuskan sebagai berikut:

a. Atas kesalahaan dan atau kelalaian penyelenggara telekomunikasi yang menimbulkan kerugian, maka pihak-pihak yang dirugikan berhak mengajukan ganti rugi kepada penyelenggara telekomunikasi.

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 Transboundry Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, 22March 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).*

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

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 Pasal 45 ayat 3 Undang Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Informasi Transaksi Elektronik, dan tanggung jawab yang diatur dalam Undang-undang No. 8 Tatun 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.[199]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)*.[200] Kedua prinsip tanggung jawab tersebut diterapkan dalam Undang--undang tentang Penerbangan yang dirumuskan dalam beberapa pasal, yaitu dalam Pasal 43 dan Pasal 44 Undang-undang No.

199 Republik Indonesia, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1992 Nomor 53 Tahun 1992, Tambahan Lembaran Negara Republik indonesia Nomor 3481.
200 E. Suherman, *Tfukurr dara Indonesia dan Internasional, (Bandung:* Alumni, 1978) h. 181.

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: kematian atau lukanya penumpang yang diangkut; musnah, hilang atau rusaknya barang yang diangkut; keterlambatan angkutan dan penumpang dan/atau barang yang diangkut apabila terbukti hal tersebut merupakan kesalahan pengangkut."[201]
b. Batas ganti rugi terhadap tanggung jawab pengangkut sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah."[202]

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

---

201 Penjelasan 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.

202 Dalam 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 pekembangan nilai mata uang.

berikut: 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."[203] Persyaratan dan tata cara untuk memperoleh ganti rugi dan batas jumlah ganti rugi sebagaimana dimaksud dalam ayat (I) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah."[204]

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 Anexxes dan dokumen-dokumen teknis operasionalnya serta konvensi-konvensi internasional terkait lainnya, merupakan ketentuan-ketentuan yang harus ditaati sesuai dengan kepentingan nasional.[205]

---

203 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."

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

205 Penjelasan 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-

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,[206] juga menetapkan batas tanggung jawab untuk masing-masing kerugian, baik untuk penumpang,[207] maupun untuk pihak ketiga[208] sesuai dengan prinsip pembatasan tanggung jawab.

---

undang No. 8 Tahun 1999. Namun penulis berpendapat, bahwa dengan tidak dimasukkannya dalam Penjelasan Umum Undang-undang perlindungan konsumen bukan berarti Undang-undang Penerbangan tidak termasuk dalam ruang lingkup hukum perlindungan konsumen.Karena Undang-undang yang temuat dalam Penjelasan Umum Undang-undang perlindungan konsumen hanyalah contoh saja.

206 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 daniatau barang yang diangkut apabila terbukti hal tersebut merupakan kesalahan pengangkut.

207 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).

208 Peraturan Pemerintah No. 40 Tahun 1995 Pasal 45 mengatur tentang limit tanggung jawab untuk pihak ketiga, yaitu (1) Setiap orang atau badan hukum

Perdebatan mengenai unsur kelalaian dalam hukum perlindungan konsumen sebenarnya, muncul selama pembahasan Rancangan tentang 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:[209] "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

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 datam 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.

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

(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,[210] dari FKP mengemukakan pendapatnya sebagai berikut:

> *"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 makanan dari pihak pengacara, dia menafsirkan istilah lalai itu bagaimana? Sebab pelaku usaha lalai karena lalainya apa? ltu macam-macam alasannya, alasannya mungkin barang itu dari pabriknya belum datang karena ada kelambatan di Tanjung Priok,*

210 Anggota DPR periode 1996-2001, dari Fraksi Karya Pembangunan mengeluarkan pendapat, tanggal, 12 Maret 1996. Hal.686

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 memproduk satu hukum yang memang benar-benar menjamin kepentingan daripada konsumen supaya nanti pihak pengusaha jangan berkilah."

Pendapat Anggota DPR Ridwan Sani ini kemudian ditanggapi oleh Dr. Rosediana Suharto, M.Sc. mewakili Pemerintah sebagai berikut:[211]

"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,

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

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 part nya 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 lali, 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 konsumen. 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:[212] "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". Apakah tidak dapat kita ganti atau kita pakai kata-kata yang relatif saja, 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.

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 Fakutlas 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 industri yang

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

amat pesat, dan *ketiga,* kemampuan pengusaha untuk memakai ahli hukum yang terbaik.[213]

Dalam UU 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,[214] yang mengakibatkan sistematika 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.

Terkait dengan msalah pembuktian terbalik, berdasakan Undag-Undang Nomor 20 tahun 2001 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 tentang pemberantasan tindak pidana korupsi, menentukan, bahwa system pembuktian terbalik adalah system dinama beban pembuktian berada pada terdakwa dan proses pembuktuian ini hanya berlaku pada saat pemeriksaan di pengadilan. Beban pembuktian terbalik, dalam prakteknya belum dilaksanakan secara konsisten. Artinya,

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

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

walaupun sudah ada aturan tentang pembuktikan 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 Pemerintah untuk Pertamina,*[215]gugatan konsumen listrik dalam kasus *Yayasan Lembaga Konsumen Indonesia v. PT Perusahaan Listrik Negara (Persero),*[216]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.*[217]

Sementara pada sisi lain, memang muncul pendapat yang mengatakan bahwa beban pembuktikan 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.[218]

---

215 Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor 550/Pdt.G/2000/PN. Jkt. Pst.
216 Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 134/Pdt.G./1997/PN.Pst
217 Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor 83/Pdt.G/2002/ PN.JKT.PST.
218 Sudaryatmo, Pengurus Yayasan Lembaga Konsumen Indonesia, Jum'at 12 September 2002.

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 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.

Ketidaksempurnaan 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 KUHPerdata dapat diterapkan

sepanjang kedua belahpihak 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 pekembangan 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,*[219] kategori konsumen yang dapat mengajukan gugatan semakin bervariasi. Konsumen tidak saja dalam arti pembeli

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

akhir, tetapi juga anggota famili,[220] tamu,[221]karyawan,[222] penyewa,[223] seseorang yang menerima pemberian atau hadiah,[224] penumpang kendaraan,[225] bayi yang disuntik vaksin.[226]pasien di rumah sakit,[227] bahkan dalam kasus *Piercefield v. Remington .-Irms Co.,*[228]yang diputuskan oleh Pengadilan di Michigan pada tahun 1965, seorang pejalan kaki yang menjadi korban kecelakaan peluru yang meledak dikategorikan sebagai konsumen.[229]Di samping itu, konsumen dirumuskan secara eksplisit sesuai dengan maksud dari masing-masing undang-undang, sehingga pengertian konsumen semakin bervariasi.[230]

---

220 *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 (1996)

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

222 *Dagley v. Amstrong 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).

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

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

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

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

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

228 375 Mich. 85, 133 N.W.2d 129 (1965).

229 *Restatement 2"' of Torts s. 402A.cmt. o.*

230 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

Perjanjian yang merupakan perbuatan hukum ganda, di mana satu pihak atau lebih saling mengikatkan diri terhadap satu pihak atau lebih 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:[231] Kata sepakat dari mereka yang mengikatkan diri (*to esteming*); Adanya kecakapan untuk mengadakan perikatan (*bekwaamheid*); Mengenai suatu objek tertentu (*een bepaal onder-werp);* 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

---

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 transfered 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*

231 R. Soetojo Prawiro Hardjojo,Marlena Pohan, *HukuM Perikatan,* PT. Bina Ilmu, 1984, hlm. 144

juga asas ”konsensualisme”.[232] 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 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

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

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."[233]

Asas kebebasan berkontrak berhubungan dengan sistem terbuka dari perjanjian, yang oleh R. Subekti,[234] 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 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

233 R. Subekti, *Hukum Perjanjian,* Penerbit: PT. Intermasa, Jakarta, 1995, hlm. 13
234 *Ibid*

dikenal dengan istilah ”klausula eksonerasi” (*exoneratie clausule*o, 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.[235]

Perjanjian baku menurut Mariam Darus adalah perjanjian yang isinya dibakukan dan dituangkan dalam bentuk formulir[236] 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.[237]

Beberapa contoh klausula eksonerasi dalam perjanjian, khususnya dalam perjanjian baku dapat kita lihat atau kita baca

---

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

236 Mariam Darus,*Op.Cit.,* hlm. 3

237 *Ibid,* hlm. 8

dalam dokumen yang dituangkan dalam bentuk formulir, antara lain:

a. 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:"
b. Dalam bukti penerimaan mencucikan 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: Semua hasil cuci/cetak berada di luar tanggung jawab kami; Film yang ternyata kemudian rusak atau hilang, kami hanya mengganti dengan film baru (*unex posed film*); Film-foto yang tidak diambil dalam tempo satu bulan, kami tidak bertanggung jawab atas kehilangan atau kerusakan;
c. 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 hukum 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.[238] *Kedua,* tanggung jawab mutlak merupakan bagian dan hasil dari perubahan hukum[239] di bidang ekonomi, khususnya industri dan perdagangan yang dalam prakteknya sering menampakkan 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 dimaksud, yaitu antara standar norma dalam hukum positifdan kebutuhan perlindungan kepentingan dan hak-hak konsumen.

Ketika suatu bangsa memasuki tahap negara kesejahteraan, tuntutan terhadap intervensi pemerintah melalui pembentukan

238 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."*

239 Salah 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.*

hukum yang melindungi pihak yang lemah sangatlah kuat.[240] Pada periode ini negara mulai memperhatikan antara lain kepentingan tenaga kerja, konsumen, usaha kecil dan lingkungan hidup.[241] 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 tradisional[242] dan masyarakat modem.

Ada dua perbedaan pokok antara masyarakat tradisional dan modern yaitu dalam hal cara memproduksi barang kebutuhan

---

240 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 Ul-Depok, 5 Pebruari 2000 (Jakarta: Feburari 2000), h. 14. Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1860* (Cambrige: Harvard University Press, 1977), h. 253-254.

241 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. Sebenamya 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 Undangundang Perlindungan Konsumen.

242 lstilah tradisional diambil dari tulisan Karen S. Fishman, *Consumer Law,* dalam Donald P. Rothschild & David W. Carroll *[bid,* 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 Fujijmoto 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.

konsumen dan pola hubungan antara konsumen dan produsen. Dalam masyarakat tradisional, barang-barang kebutuhan konsumen diproduksi melalui proses yang sederhana.[243] 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 baik, karena investasi asing telah menjadi bagian pembangunan ekonomi Indonesia, di mana ekonomi Indonesia juga berkaitan dengan ekonomi dunia. Persaingan perdagangan intemasional dapat membawa*

243 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.

implikasi negative bagi konsumen.[244] *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''.*[245]

Sebenarnya, signifikansi perlindungan konsumen dalam konteks industri dan perdagangan bebas tidak saja menjadi persoalan negara berkembang, tetapi juga negara maju.[246] Setelah Perang Dunia II berakhir, Amerika Serikat menjadi negara pengimpor utama bahanbahan mentah untuk kebutuhan industri. Itu berarti tidak dapat dipungkiri bahwa produk-produk yang dibuat di Amerika kini mengandung komponen-komponen produk buatan banyak negara.[247]

---

244 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.

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

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

247 *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.

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*[248] berubah menjadi prinsip *caveat venditor.*[249] Suatu prinsip hubungan yang semula menekankan pada kesadaran konsumen sendiri untuk melindungi dirinya berubah menjadi kesadaran produsen untuk melindungi konsumen.[250]

Untuk melindungi konsumen dari situasi seperti yang digambarkan di atas, pemerintah mulai memikirkan berbagai kebijakan.[251] Masyarakat Eropa misal-nya, gerakan awal

---

248 Istilah 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.

249 Istilah 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 penjual.

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

251 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 iaminan bahwa konsumen dapat menggunalcan haknya untuk memilih *(the right to choose)* melalui persaingan yang terbuka dan be-

perlindungan konsumen ditempuh melalui 2 (dua) tahap program, yaitu program pertama pada tahun 1973 dan program kedua pada tahun 1981.[252]

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 jaminan setelah pembelian produk *(after sales service)*. Selanjutnya dalam program kedua, yang dimulai pada tahun 1981, Masyarakat Eropa menekankan kembali hak-hak atas perlindungan konsumen, yang kemudian dilanjutkan dengan langkah-langkah Komisi Eropa mengeluarkan

---

bas. Kemudian pada tahun 1906 Kongres juga menyetujui *Food Drugs, and Cosmetic Act* untuk melindungi konsumen dan produkproduk 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.

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

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.[253] 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.[254]

Perjuangan kepentingan konsumen semakin mendapat pengakuan 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.[255] Pidato Presiden J. F. Kennedy menjadi inspirasi bagi Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB), sehingga pada tahun 1984, PBB mengeluarkan resolusi No.

---

253 *Ibid.*

254 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.

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

39/248 mengenai *the guidelines for consumer protection* bagian II *(general principles, point 3)*. Dalam *Guidelines* tersebut terdapat 6 (enam) kepentingan lconswnen *(legitimated needs)*.[256] Sementara itu, Masyarakat Ekonomi Eropa merumuskan hak-hak konsumen dalam 5 (lima) hak dasar konsumen.[257]

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.[258] Indonesia melalui Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen menetapkan 9

256 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.

257 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).*

258 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.

(sembilan) hak konsumen,[259] sebagai penjabaran dari Pasal-pasal yang bercirikan negara kesejahteraan, yaitu Pasal 27 ayat (2)[260] dan Pasal 33[261] Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia.[262] Betapa pentingnya hak-hak konsumen, sehingga melahirkan pemikiran yang berpendapat bahwa hak-hak konsumen merupakan

259 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 jasa serta mendapatkan barang clan/ 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 keluhannnya 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.

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

261 Pasal 33 ini berbunyi: "(1) perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdas atas asaaas 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 oieh swasta Pasal 33 UUD 1945, ditempatkan dalam Bab XIV tentang Kesejahteraan Sosial, oleh karena itu, maka fokusnya adalah pada masalah kesejahteraan sosial, sendangkan mengenai penguasaan oleh Negara atau swasta, termasuk privatisasi merupakan cara atau alat untuk mencapai kesejahteraan tersebut.

262 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.

”generasi keempat hak asasi manusia”, yang merupakan kata kunci dalam konsepsi hak asasi manusia dalam perkembangan umat manusia di masa-masa yang akan datang.[263]

Hukum tanggung jawab produk, khususnya prinsip tanggung jawab mutlak yang menjadi obyek penelitian ini merupakan instrumen hukum yang dimaksudkan untuk memberikan jaminan terhadap hakhak konsumen, khususnya terhadap hak atas keselamatan, kesehatan, dan hak untuk mendapatkan ganti kerugian. 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),* dankerusakan 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

263 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.

akibat mengkonsumsi suatu produk,[264] 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:[265]

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 manusiamanusia yang sehat rohani dan jasmani, sehingga menjaga kesinambungan pembangunan.
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

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

265 Kerangka 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.

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. Akses Konsumen Terhadap Keadilan (*Access To Justice*), Perlindungan Hukum

Secara filosofis,[266] 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.[267] Begitu juga 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),*[268] merupakan embrio lahirnya sengketa di bidang transaksi

266 Pasal 5 dan Penjelasan Pasal 5 huruf d Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, serta Lampiran I Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011.

267 Maria Farida Indrati Soeprapto, Ilmu Perundang-Undangan, Proses dan Tekhnik Pembentukannya, Yogyakarta, Kanisius, 2007. Hal. 29.

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

konsumen. Asas ini berasumsi, bahwa pelaku usaha dan konsumen adalah dua pihak yang sangat seimbang sehingga tidak diperlukan proteksi apapun bagi konsumen. Asas ini berasumsi bahwa pelaku usaha dan konsumenadalah dua pihak yang sangat seimbang, sehingga konsumen tidak memerlukan perlindungan. 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.[269]

Dikaitkan dalam konteks perlindungan konsumen di Indonesia, maka dengan kelahiran Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, dalam konsideran dan penjelasannya, antara lain ditegaskan, bahwa: guna memenuhi butir-butir falsafah tersebut, Undang undang ini menegaskan bahwa perlindungan konsumen Indonesia berasaskan manfaat, keadilan, keseimbangan, keamanan dan keselamatan, serta kepastian hukum. Dari hal tersebut, tersirat 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 (Pasal 2 dan penjelasannya), sehingga doktrin *caveat emptor* dialihkan menjadi

269 https://elib.unikom.ac.id.

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

Teori perlindungan konsumen selanjutnya adalah *due care theory*. [270] 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. Dalama hal ini yang aktif dalam membuktikan kesalahan pelaku usaha adalah konsumen, sedangkan pelaku usaha bersifat pasif. *De 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".*

270 Sidharta, Business Law: "Caveat Emptor Dalam Gaya Hidup Konsumtif", BINUS UNIVERSITY, Fakulty of Humanities, Jakarta, 2014

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 menghindar 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.[271]

Teori perlindungan konsumen yang lain adalah teori kontrak bukanlah syarat.[272] 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

271 Sidharta, Ibid.
272 Sidharta, Ibid.

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 sebagaimana dimaksudkan dalam pasal 1365 KUHPerdata 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.[273] Begitu juga *Tort,*

273 Djuhaendah Hasan, Istilah dan Pengertian Perbuatan Melawan Hukum Dalam Laporan Akhir Kompendium Bidang Perbuatan Melawan Hukum, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen kehakiman-RI, Jakarta, 1996/1997. Hal.24 Seperti dikutip oleh Rosa Agustina, Perbuatan Melawan Hukum, Ja-

konsepnya berkembang dalam keputusan pengadilan *Occupier 's Liability Act 1957,* dan dalam Undang-undang *Defective Premises Act 1972.* Walaupun terdapat perbedaan sistem hukum darimana 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:[274]

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

karta, 2003, Program Pasca sarjana, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, hal.39.

274 Rachmat Setiawan, Tinjauan Elemneter Perbuatan Melawan Hukum, Alumni, Bandung, 1992. Hal.15.

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 tukangnya (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 KUHPerdata).

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 namabaik, 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.

Beberapa contoh kasus tentang perlindungan konsumen yang telah menjadi yurisprudensi, antara lain adalah sebagai berikut:

1. Putusan Mahkamah Agung Nomor 79 K/Pdt.Sus-Bpsk/2018, Tanggal 8 Maret 2018: Kamaruddin Sinaga Vs Pt Bank Mandiri (Persero) Tbk., Cabang Pematang Siantar.
2. Putusan Pt Medan Nomor 487/Pdt/2019/Pt Mdn, Tanggal 23 Januari 2020: Pembanding/Penggugat Ii: Sri Hastuti Diwakili Oleh: Sri Hastuti; Pembanding/Penggugat I: Muhammad Said Diwakili Oleh: Muhammad Said; Terbanding/Tergugat Ii: Kantor Pelayanan Kekayaan Negara Dan Lelang Kpknl Pematang Siantar; Terbanding/Tergugat Iii: Redi Aston Simarmata; Terbanding/ Tergugat I: Pt.Bank Mandiri , Persero.
3. Yurisprudensi, Tahun 2018, Nomor Katalog: 1/Yur/ Perkons/2018, Bidang Hukum Perdata Khusus, Klasifikasi Hukum Perdata Khusus Perlindungan Konsumen Perjanjian Pembiayaan Konsumen. Sengketa Yang Timbul Dari Perjanjian Pembiayaan Baik Dengan Hak Tanggunganmaupun Fidusia Tidak Tunduk Pada Uu Perlindungan Konsumen Sehingga Bukan Kewenangan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen. Sikap Hukum Yang Serupa Kemudian Diikuti Secara Konsisten Dalam Seluruh Putusan Ataspermasalahan Hukum Serupa Hingga Tahun 2018. Sikap Hukum Sebagaimanadi Atas, Dimana Berpandangan Bahwa Sengketa Yang Timbul Dalam Pelaksanaanperjanjian Pembiayaan Konsumen Bukan Merupakan Sengketa Konsumen Sehingga Sengketa Tersebut Bukan Merupakan Kewenangan Bpsk Telah Menjadi Yurisprudensitetap Di Mahkamah Agung. Hal Ini Dikarenakan Mahkamah Agung Telah Secarakonsisten Menerapkan Sikap

Hukumnya Tersebut Diseluruh Putusan Denganpermasalahan Serupa Sejak Tahun 2013.

4. Yurisprudensi Perlindungan Konsumen, Putusan Mahkamah Agung 78 K/Pdt.Sus-Bpsk/2018, Maret 2018 — Hasea Sitinjak Vs Pt Bank Tabungan Pensiunan Nasional Tbk., Kantor Umk Cabang Perdagangan (B.Ank Btpn). Sengketa Yang Timbul Dari Perjanjian Pembiayaan Baik Dengan Hak Tanggungan Maupun Fidusia Tidak Tunduk Pada Uu Perlindungan Konsumen Sehingga Bukan Kewenanganbadan Penyelesaian Sengketa Konsumen.
5. Putusan Nomor: 385/Pdt.G.2002/Pn.Jkt.Pst Bahwa Pasal 1365 Kuhperdata Adalah Suatu Aturan Umum/Generalis Dalam Hal Pengajuan Gugatan Terhadap Suatu Perbuatan Melawan Hukum. Sedangkan Undang-Undang Perlindungan Konsumen Nomor 8 Tahun 1999 Adalah Merupakan Suatu Aturan Khusus/ Spesialis Mengatur Tanggung Jawab Dari Pelaku Usaha Terhadap Konsumen Bila Terjadi Kesalahan Suatu Perbuatan Melawan Hukum Terhadap Konsumennya
6. Putusan Yurisprudensi Putusan Nomor 210/Pdt/2004/Pt.Dki. Undang-Undang Telah Mengatur Secara Khusus Tentang Ganti Rugi Karena Perbuatan Melawan Hukum Yaitu Dengan Penerapan Undang-Undang Perlindungan Konsumen
7. Putusan Peninjauan Kembali Tertanggal 21 April 2010 Bahwa Setiap Penyedia Layanan Parkir Wajib Mengganti Kendaraan Yang Hilang Dengan Sejumlah Uang Senilai Kendaraan Yang Hilang. Berdasarkan Permohonan Peninjauan Kembali (Pk) Perkara Nomor 124 Pk/Pdt/2007 Yang Diajukan Oleh Secure Parking Pt. Securindo Packtama Indonesia (Spi) (Yang Dimenangkan Gugatan Oleh Konsumennya). Secure Parking

Harus Mengganti Kendaraan Senilai 60 Juta. Keputusan Mengikat Mewajibkan Pengelola Parkir Untuk Mengganti Semua Bentuk Kehilangan Di Lahan Parkir Termasuk Di Dalamnya Kendaraan, Helm, Isi Dalam Mobil Yang Hilang. Penggantian Sesuai Dengan Barang Yang Hilang Atau Rusak.

8. Putusan Mahkamah Agung Nomor 2920 K/Pdt/2011 Bahwa Sudah Sewajarnya Menjadi Tanggung Jawab Juru Parkir Apabila Kendaraan Yang Sudah Membayar Karcis Parkir Untuk Menggantinya, Karena Kehilangan Mobil Tersebut Dinilai Adalah Kelalaian/Keteledoran Pihak Tergugat/Pemohon Kasasi.
9. Putusan Mahkamah Agung Nomor 2157k/Pdt/2010. Putusan Nomor Mahkamah Agung Nomor 1264/K/Pdt/2003 Menyatakan Sikap Pasif Pengelola Parkir Dapat Dikualifikasi Sebagai Perbuatan Melawan Hukum Sebagaimana Diatur Dalam Pasal 1365 Kuh Perdata
10. Putusan Mahkamah Agung Nomor 2078k/Pdt/2009, Tentang Kewajiban Dan Tanggung Jawab Pengelola Parkir Untuk Memberikan Penggantian Kepada Konsumen Pengguna Jasa Parkir Yang Mengalami Kehilangan/Kerusakan Dan Kecelakaan Dilokasi Pelataran Parker.

Penyelesaian sengketa konsumen dapat ditempuh melalui pengadilan atau diluar pengadilan berdasarkan pilihan sukarela para pihak yang bersengketa. Meski demikian, penyelesaian sengketa tersebut juga dapat dilakukan secara damai tanpa melalui pengadilan atau BPSK (Penjelasan pasal 45 ayat (2) Undang-Undang Perlindungan Konsumen (UUPK). Sengketa konsumen yang diselesaikan melalui Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen

(BPSK), putusan BPSK ini merupakan putusan yang final dan telah merupakan keputusan hukum yang tetap berdasarkan Pasal 54 ayat (3) Undang Undang nomor 8 tahun 1999 tentang perlindungan konsumen., kecuali terhadap keputusan arbitrase, dapat dimintakan banding (Pasal 45 ayat (1) jo pasal 23 UUPK.

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.

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*).

E. Wanprestasi dalam Kontrak Baku

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 mendefenisikan 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: Barang dan/atau jasa; Keterangan para pihak yang bersangkutan; Keterangan saksi dan/atau saksi ahli; Surat dan/atau dokumen; 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: Bukti surat; Bukti saksi; Bukti sangka; Bukti pengakuan; 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: Perdamaian; Gugatan ditolak; 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:

Gugatan dinyatakan tidak dapat diterima; Gugatan ditolak. Atau; 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 dalma 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 tidka 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 tidka 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).

Analisis Ekonomi adalah menentukan pilihan dalam kondisi kelengkapan *(scarcity).* Dalam kelengkaan 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, analis 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 Effeciency* (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-benefitanalysis.*

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).*

Kedua belas prinsip tersebut tercipta sebagai *lex mercatoria* atau hukum kebiasaan komersial internasional *(international commercial customary law),*[275]menjadi hukum kebiasaan bagi masyarakat bisnis dalam proses pembuatan dan pelaksanaan kontrak bisnis. Hukum tersebut hakikatnya dikembangkan dan diberi kekuatan mengikat oleh pengadilan niaga *(mercantile courts)* yang diselenggarakan oleh pedagang untuk menyelesaikan perselisihan di antara mereka.[276]

Secara garis besar prinsip yang dimuat dalam UNIDROIT adalah mengharmonisasikan hukum kontrak komersial nasional dengan persoalan yang netral:

---

275 Taryana Soenandar, *Prinsip-prinstp UNIDROIT sebagai Sumber Hukum Kontrak dan Penyelesaian Sengketa Bisnis Internasional,* Jakarta: Sinar Grafika, 2004, hlm. 15.

276 *Ibid,* hlm. 19

*Prinsip pertam*a: 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 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 internasionalya dan tujuannya, (c) dimungkinkan ada penambahan terhadap ketentuan

prinsip-prinsip UNIDROIT. Dengan demikian penafsiran kontrak komersial internasional harus memperhatikan sifat internasional.[277]

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.[278]

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 dapat menegosiasikan segala syarat kontrak termasuk penerapan kebiasaan setempat yang berlaku.[279]

Prinsip keempat: berkaitan dengan kesepakatan melalui penawaran dan penerimaan dan melalui perilaku hakikatnya menunjukkan persetujuan terjadi karena dua hal, yaitu penawaran

277 *Ibid,* hlm. 37-40
278 *Ibid,* hlm. 44
279 *Ibid,* hlm. 45

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 ditawari 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.[280]

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 kerugian atas kehilangan kesempatan untuk melakukan kontrak dengan orang ketiga. Dalam hal pembatalan negosiasi juga harus tunduk pada prinsip itikad baik dan transaksi jujur.[281]

280 *Ibid,* hlm. 52
281 *Ibid,* hlm. 56

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.[282]

Prinsip ketujuh: mengenai perlindungan pihak lemah dalam syarat baku, UNIDROIT menentukan batasan tidak diperolehkan adanya syarat yang janggal dengan empat katagori, 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 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

282 *Ibid,* hlm. 57

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 subtansinya sudah biasa atau lazim *(knock out doctrine),* kecuali secara tegas menolak atas syarat baku yang ditetapkan.[283]

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, seta perbedaan besar *(gross disparity)*[284]

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 apabila kontrak atau syarat tersebut secara tidak sah memberikan keuntungan yang

283 *Ibid,* hlm. 62-63
284 *Ibid,* hlm. 65

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 menganggu 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: mengenai*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 antarpara 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.[285]

Prinsip kesebelas: mengenai 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 konrak yang disebabkan oleh biaya pelaksanaan kontrak semakin meningkat

285 *Ibid,* hlm. 69-70

atau pelaksanaan kontrak bagi pihak menerima menurun, sehingga terjadi empat hal sebagai berikut: Peristiwa itu terjadi atau diketahui oleh pihak yang dirugikan setelah penutupan kontrak; Peristiwa tidak dapat diperkirakan secara semestinya oleh pihak yang dirugikan pada saat penutupan kontrak;Peristiwa terjadi di luar control dan pihak yang dirugikan; 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: pihak yang dirugikan berhak meminta renegosiasi kontrak kepada pihak lain, harus diajukan segera dengan menunjukkan dasarnya; permintaan renegosiasi tidak dengan sendirinya memberikan hak kepada pihak yang diruikan untuk menghentikan pelaksanaan kontrak; apabila para pihak dapat mencapai kesepakatan dalam jangka waktu yang wajar, masing-masing pihak dapat mengajukan ke pengadilan; atau 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 renegosiasi yang utama adalah tetap dilaksanakan dengan itikad baik di mana kesulitan terjadi secara nyata dan tidak meminta renegosiasi sebagai manuver atau tipu muslihat untuk menunda pelaksanaan kontrak. Pelaksanaan renegosiasi harus dilakukan secara konstruktif dengan membuka saling pengertian dan pemahaman.[286]

Prinsip keduabelas: mengenai 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 mengetahui atau seharusnya telah mengetahui adanya rintangan, ia bertanggung jawab atas kerugian akibat dan tidak diterimanya pemberitahuan.

286 *Ibid,* hlm. 71-79

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.[287]

F. Perlindungan Hukum Konsumen Perdagangan Memakai Sistem Elektronik (PMSE)

Berkomunikasi melalui telepon, yaitu pribadi dan aman (private and secure). Menurut ketentuan hukum, e-mail tidak bersifat pribadi. Catatan-catatan suatu e-mail dicatat masing-msing pada server pengirim dan server penerima. Di Amerika catatan tersebut dapat dipakai sebagai bukti di muka pengadilan. Hal ini pernah tejadi pada pengadilan kasus Oliver North dan Rodney King. Penghapusan catatan e-mail tidak membuat hapusnya catatan tersebut. Backup tapes yang biasanya ada pada sever, tetap mencatat isi pesan e-mail itu, baik yang dihapus maupun yang tidak dihapus. Sudah barang tentu sepanjang catatan itu tidak rusak karena diserang virus. Adalah menarik untuk mengetahui apa yang telah terjadi terhadap Colonel Oliver North. Ketika Colonel Oliver North diperiksa berkaitan dengan Iran Contra Affair, dia dengan sangat hati-hati telah menghancurkan dokumen-dokumen dan menghapuskan dari komputernya isi e-mail yang dapat dijadikan bukti kuat untuk mempersalahkan dia. Namun, tanpa disadari olehnya, pesan-pesan elektronik yang dikirimkan dengan menggunakan IBM Professional Office Syssem (PROFS) itu selalu memilki backup tapes tersebut.

287 *Ibid,* hlm. 80

Voice mail system seringkali incompatible, yaitu antara sistem yang satu dengan sistem yang lain tidak serasi sehingga sistem yang satu tidak dapat berhubungan atau tidak dapat dihubungkan dengan sistem yang lain. Tetapi pada format Internet mail, adalah sebaliknya, yaitu telah distandardisasi dan dapat dikirimkan kepada daftar penemrima (mailing list) yang luas hanya dengan menekan beberapa key dari komputer yang bersangkutan. Oleh karena itu, perlu benar disadari oleh mereka yang berkomunikasi melalui email bahwa komunikasi yang sedang berlangsung meungkin dirasakan hanya diketahui oleh kedua belah pihak saja ketika komunikasi itu berlangsung, tetapi ternyata terbuka secara umum. Sehubungan dengan tidak terjamin privacy dan security dan berkomunikasi menggunakan email, maka perlu adanya undang-undang yang melindungi right to privacy bagi para pengguna Internet.

Berdasarkan Peraturan Pemerintah nomor 80 Tahun 2019 tentang perdagangan melalui system elektronik, perjanjian trasaksi e-commerce sebaliknya dipikirkan untuk dimuat klausal mengenai pembatasan tanggungjawab dari pihak. Pembatasan ini penting agar supaya jelas bagi para pihak batas-batas dari tanggung jawab masing-masing pihak. Namun yang penting diperhatikan adalah jangan sampai pembatasan tanggung jawab itu, misalnya berupa klausal-klausal eksemsi (exemption clauses atau disclaimer), melanggar asas kepatutan yang berlaku pada hukum yang dipilih oleh para pihak untuk ditetapkan dalam menyelesaikan sengketa diantara mereka. Pembatasan tanggungjawab tersebut dapat pula menentukan batas jumlah ganti kerugian yang harus dibayar oleh pihak yang satu kepada pihak yang lain apabila timbul sengketa. Dengan demikian para pihak sudah sejak dini mengetahui beberapa besar kemungkinan masing-masing pihak harus menanggung

kewajiban pembayaran ganti kerugian apabila pihaknya cidera janji dan kemudian diputuskan oleh pengadilan untuk membayar sejumlah ganti kerugian kepada pihak penggugat.[288]

Namun bagaimanakah halnya apabila transaksi e-commerce tersebut berlangsung di antara pihak-pihak yang merupakan penduduk dua negara yang berbeda? Sebagai contoh misalnya, toko buku Gramedia di Jakarta memesan buku-buku dari Amazon.Com di amerika Serikat melalui Internet, ternayata kemudian buku-buku tersebut tidak pernah dikirimkan atau tibanya sangat lambat, atau dikirim dengan salah alamat, yaitu misalnya menyimpang ke alamat lain, bahkan alamat lain itu ada di negara lain, misalnya ke Kuala Lumpur. Ke pengadilan mana Gramedia harus melakukan gugatannya? Ke pengadilan Indonesia atau ke pengadilan Amerika? Hukum mana yang harus diberlakukan oleh hakim, apakah hukum Indonesia ataukah hukum Amerika?

---

288 Sekali seseorang mendirikan suatu perusahaan dan berusaha secara elektronik, maka perusahaan dan usaha itu tidak berlangsung hanya sebatas negara dimana perusahaan itu didirikan. Perusahaan akan melakukan usaha-usahanya melewati semua batas negara yang ada didunia ini. Oleh karena itu, hubungan-hubungan hukum yang terjadi karena transaksi e-commerce bukan saja akan merupakan hubungan-hubungan keperdataan nasional yang tunduk pada hukum perdata dari suatu negara tertentu, dalam hal Indonesia tunduk pada kitab Undang-undang Hukum Perdata Indonesia, tetapi merupakan hubungan-hubungan keperdataan internasional yang termasuk dalam ruang lingkup Hukum perdata Indternational. Apabila timbul suatu perselisihan yang menyangkut sustu transaksi e-commerce di antara orang-orang atau badan-badan hukum yang berkedudukan di Indonesia dan transaksi itu berlangsung di Indonesia, sedangkan untuka transaksi tersebut para pihak sebelumnya tidak membuat perjanjian di antara mereka, maka masih mudah bagi hakim untuk menentukan atau bagi para pihak untuk melakukan kesempatan di kemudian hari setelah timbulnya perselisihan itu, agar perselisihan tersebut diselasaikan menurut hukum Indonesia.

Apabila yang diberlakukan adalah hukum dari negara dimana perbuatan ini dilakukan, akan sulit sekali untuk menentukan di negara mana perbuatan itu dilakukan. apakah perbuatan itu dilakukan transaksi itu terjadi didunia maya *(virtual world atau cyberspace)* yang tidak mengenal batas negara, maka sulit menentukan di negara mana peristiwa hukum itu terjadi. Karena transaksi itu tidak dapat dikatakan terjadi di Amerika Setikat atau terjadi di Indonesia. transaksi itu telah terjadi tidak di negara manapun juga, tetapi terjadi di "antah berantah". Apakah seyogyanya hukum yang berlaku ditentukan berdasarkan hukum negara dari tergugat, ataukah berdasarkan hukum negara dari penggugat? Atau apakah seyogianya didasarkan kepada hukum negara dari penjual, atau apakah akan didasarkan hukum negara dari pembeli? Pertanyaan-pertanyaan ini merupakan masalah-masalah yang terletak dalam bidang Hukum Perdata Internasional.[289]

289 Masalah-masalah yang disebutkan di atas akan dapat dipecahkan apabila antara pembeli, dalam hal kasus diatas adalah toko buku Gramedia, dan penjual, dalam hal kasus diatas adalah Amanzon.Com, dibuat perjanjian yang didalamnya dimuat klausal yang menentukan hukum dari negara mana yang kan diberlakukan apabila timbul perselisihan diantara mereka kelak. Namun pada pemesanan barang yang dilakukan oleh komsumen perorangan (bukan pegadang) kepada penjual, biasanya pemesanan itu tidak berdasarkan perjanjian. Dalam hal tidak ada perjanjian, maka masalah-masalah tersebut di atas pasti akan muncul. Kesulitan-kesulitan yang timbul apabila terjadi sengketa antara para pihak di dalam transaksi e-commerce, bukan saja menyangkut pilihan hukum yang kan diterapkan untuk dijadikan dasar menyelesaikan sengketa yang timbul, tetapi juga mengenai pilihan pengadilan yang akan memeriksa sengketa tersebut. Hal itu dapat dihindari apabila para pihak menentukan di dalam perjanjian dinatara mereka pengadilan mana yang mereka pilih untuk menyelesaikan sengketa yang mungkin timbul kelak kemudian hari berkenaan dengan pelaksanaan dan penafsiran perjanjian di antara mereka.Para pihak dapat pula menentukan didalam perjanjian itu bahwa sengketa yang mungkin timbul dikelak kemudian hari diselesaikan oleh suatu badan arbitrase, baik

Peraturan Pemerintah Nomor 46 Tahun 2021 tentang Pos, Telekomunikasi dan Penyiaran, peraturan perundag-undang tersebut dilakhirkan sebagai konsekwensi dari adanya perubahan mendasar dalam penyelenggaraan dan cara pandang terhadap telekomunikasi yang memerlukan penataan dan pengaturan kembali penyelenggaraan telekomunikasi nasional.

badan arbitrase institusional maupun badan arbitrase ad hoc. kaluasal dalam perjanjian yang mengatur hal ini disebut arbitration provisions atau klausal arbitrase.

BAB III
ASPEK HUKUM KONTRAK DALAM BISNIS PERBANKAN INDONESIA

A. Sejarah Perkembangan Bisnis Perbankan Indonesia

Pada pertengahan Oktober 1988, industri perbankan nasional berkembang cukup pesat sebagai dampak dikeluarkannya berbagai paket kebijakan deregulasi dan debirokratisasi di bidang perbankan secara berkesinambungan melalui paket kebijaksanaan: Oktober 1988, Januari 1990, Pebruari 1991, Mei 1993 dan berbagai paket lainnya, yang pada umumnya memberikan kemudahan pendirian suatu perusahaan bank. Hal ini tercermin dari adanya pertambahan jumlah bank umum dari 111 bank pada bulan Desember 1988 menjadi 239 bank pada bulan Desember 1996. BPR dari 8.041 pada Desember 1988 menjadi 9.310 pada Desember 1996.[290] Industri perbankan

290 S. Sundari Arie M, "Hubungan Hukum Antara Bank dan Nasabah Dalam Kaitannya Dengan Kedudukan Hukum Simpanan Dana Nasabah" (Makalah Disampaikan pada Seminar Pertanggungjawaban Bank Terhadap Nasabah, BPHN, Jakarta, Juni 1997), 1-3.

nasional diberikan keleluasaan berusaha dalam jangkauan yang lebih luas, dengan tetap melaksanakan prinsip kehati-hatian *(prudential banking principles)*. Keleluasaan bagi bank untuk bergerak, antara lain diwujudkan dalam kondisi di mana bank dapat melakukan kegiatan, antara lain: penyertaan modal pada perusahaan lain di bidang keuangan, penyertaan modal sementara untuk mengatasi kegagalan kredit.

Usaha bank semakin beraneka ragam dengan diperbolehkannya melakukan kegiatan anjak piutang, usaha kartu kredit, dan kegiatan wali amanat, menyediakan pembiayaan bagi nasabah berdasarkan prinsip bagi hasil. Sebelumnya, industri perbankan hanya dimungkinkan berusaha sebagai *intermediary*, yaitu sebagai perantara jasa keuangan yang menghimpun dana masyarakat dan menyalurkannya kembali kemasyarakat dalam bentuk kredit. Pemberian keleluasaan berusaha dimaksudkan agar industri perbankan senantiasa berpeluang untuk dapat mengembangkan diri. Terbukanya berbagai peluang di bidang perbankan, disatu sisi tetap mewajibkan bank untuk tunduk pada aturan main yang ketat agar asas kehati-hatian untuk memelihara stabilitas keuangan dapat terlaksana, namun disisi lain aturan ketat tersebut dapat menghambat bank melakukan ekspansinya.[291] Kenyataan menunjukkan, bahwa kebijaksanaan deregulasi dibidang perbankan telah melahirkan berbagai kesulitan yaitu persaingan ketat diantara sesama bank.

Dalam era globalisasi yang semakin kompetitif ini, pengoptimalisasian sumber daya yang ada, baik dari segi asset, teknologi,

291 Ibid, 25.

manjemen, tenaga kerja dan distribusi suatu perusahaan sangat mutlak diperlukan untuk memperoleh sinergisme baru dalam rangka mengoptimalkan kegiatan perusahaan yang mengacu kepada efisiensi dan produktivitas yang lebih tinggi dari waktu ke waktu. Sistem perekonomian nasional, tidak dapat lagi menutup diri terhadap situasi perekonomian internasional, dunia usaha semakin dituntut untuk dapat bersaing di forum internasional. Salah satu cara yang dapat diyakini untuk mencapai maksud tersebut dengan melakukan tindakan merger, konsolidasi dan akuisisi.[292] Merger bank BUMN, Bank Bumi Daya, Bank Dagang Negara, dan Bank Exim menjadi Bank Mandiri, dilakukan untuk menghadapi ketatnya persaingan jangka panjang dengan bank asing maupun bank swasta nasional, sebagai konsekuensi dari diterimanya kesepakatan Marrakesh 1993 yang menyetujui liberalisasi perdagangan dan jasa, sehingga konsumen pengguna jasa perbankan juga harus semakin dilindungi.[293]

Dalam sistem hukum perbankan nasional, pada dasarnya perlindungan hukum nasabah tidak dapat dipisahkan dengan upaya perlindungan terhadap sistem perbankan pada umumnya. Menurut sistem perbankan Indonesia, perlindungan terhadap nasabah penyimpan dana, dapat dilakukan melalui dua cara, yakni: perlindungan secara implisit *(implicit deposit protection)* dan perlindungan secara eksplisit *(explicit deposit protection)*.

---

292 Normin. S. Pakpahan. *Hukum Perusahaan Indonesia, Tinjauan Terhadap UU.No.1/1995.* (Jakarta: Yayasan Pengembangan Hukum Ekonomi Indonesia, 1995), 27.

293 Footer, Mary E Summer. "GATT And The Multilateral Regulation of Banking Services", *The Journal International Lawyer*, vol.27, No..2 (Maret 1993), 363-363.

Bank yang tetap dapat menjaga kelangsungan usahanya dan tetap tangguh dalam persaingan dunia perbankan yang semakin ketat, hanyalah bank yang mampu menjaga kesehatannya dengan baik. Pembinaan kepercayaan masyarakat terhadap perbankan melalui implementasi prinsip kehati-hatian *(prudential banking principles)* oleh sementara kalangan masih dianggap memadai untuk melindungi kepentingan nasabah, akan tetapi pengalaman menunjukkan, di dalam industri perbankan Indonesia yang mengalami fragmentasi, mudah mengalami kegoncangan, lalu restrukturisasi melalui merger, akuisisi, konsolidasi maupun likuidasi terpaksa harus ditutup sehingga merugikan masyarakat karena sebagian atau seluruh dananya tidak kembali. Kenyataan demikian menimbulkan kekhawatiran kepastian perlindungan hukum nasabah penyimpan dana.

Berdasarkan kenyataan, penerapan prudential banking principles yang merupakan andalan bagi upaya pembinaan kepercayaan nasabah dan sekaligus sebagai sarana perlindungan, belum mencapai sasaran. Di samping itu pengembalian dana nasabah belum menunjukkan kepastian bila terjadi krisis perbankan. Hal ini menimbulkan permasalahan apabila terjadi sesuatu hal yang berakibat kegagalan bank *(bank failure)* yang mengejutkan, misalnya tiba-tiba suatu bank tidak dapat melaksanakan kewajibannya membayar kepada nasabah yang menarik simpanannya. Berbagai kasus kegagalan bank pada

umumnya merugikan nasabah karena deposan nasibnya masih terkatung-katung.[294]

Dampak penyelesaian kasus likuidasi Bank Summa yang sangat sulit, alot dan berbelit-belit, beberapa tahun lalu, telah mengakibatkan goyahnya kepercayaan masyarakat terhadap perbankan khususnya kepercayaan terhadap bank swasta, sehingga banyak dana bank swasta dialihkan ke bank pemerintah. Menurut Deputi Direktur Direktorat Penelitian dan Pengaturan Perbankan, Bank Indonesia, Lasmaida S Gultom,[295] proses penyelesaian kasus likuidasi Bank Summa sejak tahun 1992 hingga kini belum selesai, belum ada keputusan atau persetujuan dari pihak Departemen Kehakiman dan HAM yang menyatakan bahwa badan hukum Bank Summa telah bubar.

Dalam hubungan hukum antara bank dan nasabah terlihat jelas kepentingan para pihak yang terletak pada hak dan kewajiban yang diperoleh oleh masing-masing pihak. Pihak nasabah berkepentingan bahwa dana yang dipercayakan kepada bank terjamin pengembaliannya ditambah dengan bunga, bila ditarik sewaktu-waktu. Sehingga bank senantiasa solvabel (solvency), baik jangka pendek maupun untuk jangka panjang. Bank harus mampu membayar saat jatuh tempo, mempunyai kondisi keuangan yang baik dalam pengelolaan likuiditas dan rentabilitas secara memadai dan optimal.[296] Di samping bank harus memelihara kesehatannya

---

294 Marulak Pardede. *Likuidasi Bank dan Perlindungan Nasabah.* (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1998), 53.

295 Lasmaida S Gultom, "Proses Penyelesaian Kasus Likuidasi Bank Summa Sejak Tahun 1992 Hingga Kini Belum Selesai", *Koran Tempo,* 4 Maret 2002, 3.

296 Iswahyudi Karim, "Wewenang Kewajiban dan Tanggungjawab Direksi Menurut Undang-undang Perseroan Terbatas", (Makalah disampaikan pada Konfer-

sesuai dengan ketentuan yang ditetapkan Bank Indonesia, bank juga dibebani berbagai kewajiban.[297]

Usaha pokok perbankan untuk menghimpun dana masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kembali ke masyarakat dalam bentuk kredit, dapat berjalan semata-mata hanya karena kesediaan masyarakat yang dilandasi kepercayaan terhadap bank, bahwa dana yang disimpannya dapat kembali pada saat dibutuhkan ditambah bunga sebagai penghasilannya.[298] Hilangnya kepercayaan masyarakat dapat mengakibatkan tidak berfungsinya bank sebagai penyalur dana ke masyarakat, dan mempunyai pengaruh berantai *(domino),* menjalar ke bank lain sehingga keseluruhan mengalami kesulitan *(rush).* Dalam ketetapan MPR/ IV/MPR/1999 tentang Garis Besar Haluan Negara tahun 1999-2004, ditegaskan: "Pembangunan nasional lima tahun (propenas) khususnya bidang ekonomi antara lain disebutkan bahwa dalam dua tahun terakhir telah terjadi penurunan impor nonmigas terutama disebabkan oleh melemahnya kegiatan ekonomi dalam masa krisis serta penolakan L/C impor dari Indonesia oleh perbankan di luar negeri karena menurunnya kepercayaan internasional terhadap perbankan nasional".[299]

---

ensi Perkembangan akhir UUPT, Jakarta: 27-28 September 1995), 6-7.

297 Remi Sjahdeini. *Sudah Memadaikah Perlindungan yang Diberikan Hukum Kepada Nasabah Penyimpan Dana?* (Surabaya: Airlangga University Press, 1994), 22-25.

298 Sundari Arie, "Transaksi Kredit", (Makalah Disampaikan Dalam Lokakarya Tentang Pengadilan Niaga, Diselenggarakan oleh BPHN-Dep.Kehakiman dan HAM Bekerjasama Dengan Puslitbang MA-RI, Jakarta, 29-30 Mei 2001), hal.1.

299 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2000 tentang Program Pembangunan Nasional (Propenas) Tahun 2000-2004, iv - 90.

Oleh karena itu, bank sebagai unit usaha dituntut untuk mampu menyediakan sumber pembiayaan bagi usaha produktif untuk mendorong perekonomian nasional.[300] Bank memiliki posisi strategis dalam pembangunan dan sekaligus sebagai sarana pengendalian moneter sehingga perlu terus dijaga dan ditumbuhkembangkan.[301] Pengabaian jaminan kepastian hukum perlindungan terhadap nasabah merupakan tindakan yang tidak hanya mengganggu kepercayaan masyarakat, tetapi juga mengganggu sistem keuangan negara. Menurunnya tingkat kepercayaan masyarakat, dapat mengakibatkan berkurangnya sumber pembiayaan pembangunan, dan *capital flight*.[302]

Dalam suatu perikatan, pihak-pihak yang mengikatkan diri dalam suatu perjanjian masing-masing memiliki kewajiban tertentu. Pihak kreditur atau pihak yang menyerahkan sesuatu hal/barang dan memperoleh sesuatu, memiliki kewajiban untuk memberikan informasi secukupnya tentang apa yang diserahkannya. Sebaliknya, pihak debitur atau pihak yang menerima sesuatu hal/barang dan oleh karenanya menyerahkan sejumlah sesuatu hal/barang dan oleh karenanya penyerahan sejumlah pembayaran tertentu, harus diteliti serta tindakan yang sangat berhati-hati sehingga prestasi yang diterimanya sesuai prestasi yang diberikan ataupun

300 Setiawan. "Bank dan Nasabah: Antara Hukum dan Kepercayaan", *Varia Peradilan.* Vol.8, April 1991, 8-9.

301 Robert H Behrens. *Commercial Loan Officer's Handbook: From Basic Concepts to Advanced Technique.* (Boston: Bankers Publishing Company, 1995), VI.

302 Mariam Darus Badrulzaman, "Perspektif Lembaga Jaminan Simpanan Dana Nasabah Di Indonesia". (Makalah disampaikan pada Seminar Pertanggungjawaban Bank Terhadap Nasabah, Jakarta, 24-25 Juni 1997), 9.

sebaliknya. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa perikatan ditujukan untuk memberikan sesuatu untuk berbuat sesuatu atau untuk tidak berbuat sesuatu sebagaimana dirumuskan dalam pasal 1234 KUHPerdata. Oleh karena itu, terhadap perikatan antara bank dan nasabah berlaku asas-asas perikatan pada umumnya dan ketentuan terkait lainnya.

Kesediaan bank menerima kemauan masyarakat untuk menyimpan uangnya pada bank dengan harapan bahwa uangnya dapat kembali pada waktunya pada saat dibutuhkan ditambah dengan bunga sebagai penghasilannya, pada asasnya telah melahirkan suatu perikatan. Dengan demikian perikatan antara bank dengan nasabah terjadi karena nasabah memperoleh jasa pelayanan bank. Hubungan hukum antara bank dan masyarakat penyimpan dana, tidak lain adalah suatu perjanjian yang tunduk kepada asas hukum perikatan, sebagai sub-sistem dari hukum perdata nasional, didasarkan pada nilai filosofis, sosiologis, dan yuridis yang terkandung dalam Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.

Hukum perikatan bersifat terbuka atau asas kebebasan berkontrak, dimana semua perjanjian mengikat sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Hal ini sesuai dengan ciri hukum perikatan modern dan juga perkembangan yang cepat dalam masyarakat khususnya masyarakat bisnis, sehingga dapat menampung keperluan baru yang timbul sebagai akibat era globalisasi perdagangan dunia. Untuk syahnya suatu perjanjian tidak boleh berisikan sesuatu hal yang bertentangan dengan kesusilaan serta perikemanusiaan. Hal ini perlu ditegaskan untuk mencegah penyalahgunaan kedudukan pihak yang ekonominya lebih kuat terhadap pihak yang lemah, mengingat dewasa ini

terdapat kecenderungan perubahan persepsi terhadap asas hukum perikatan terutama dalam praktek bisnis perbankan, sehingga perlu diperhatikan asas-asas hukum dalam praktek perbankan sesuai dengan perkembangan zaman.

Asas perlindungan dapat dibedakan dalam dua jenis, yaitu perlindungan untuk golongan ekonomi lemah dan kepada pihak yang beritikad baik *(to goeder trouw),* walaupun pihak yang menyerahkannya tidak berwenang *(beschikkingson bevoegd).* Hal ini diutarakan dalam pasal 1977 KUHPerdata. Setiap pihak dapat memperjanjikan apapun yang dikehendaki dan tidak dikehendaki dengan pihak lain untuk dicantumkan didalam perjanjian, dan apa yang diperjanjikan itu mengikat para pihak yang menandatangani perjanjian tersebut (pasal 1338 KUHPerdata). Namun menjadi persoalan, apakah penerapan asas kebebasan berkontrak ini dapat dilakukan sebebas-bebasnya. Jaminan kepastian hukum atas suatu perikatan terletak pada kesepakatan antara para pihak yang diberikan secara bebas. Subekti,[303] mengakui bahwa asas kebebasan berkontrak berpangkal dari anggapan kedudukan yang sama kuat antar para pihak dalam kontrak, sedangkan kenyataannya sering tidak demikian.

Dua unsur penting dalam suatu kesepakatan, yaitu adanya kesesuaian faham dan kehendak para pihak dan bersifat timbal balik *(reciprocal).* Sebagai bandingan, dapat dilihat juga definisi yang diberikan oleh Retnowulan Sutantio,[304] yang dimaksud dengan kata sepakat (kesepakatan) adalah, kedua subyek yang

303 Subekti. *Aspek-aspek Hukum Perikatan Nasional.* (Bandung: Alumni, 1986), 8.

304 Retnowulan Sutantio, "Perjanjian Menurut Hukum Indonesia". *Varia Peradilan,* No.56, Jakarta: IKAHI, (April 1990), hal.122.

membuat perjanjian itu harus sepakat, setuju, atau seia-sekata mengenai pokok perjanjian, apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu, dikehendaki oleh pihak yang lain secara timbal-balik. Hukum menempatkan para pihak didalam persamaan derajat, tidak ada perbedaan, walaupun berbeda ras, kekayaan, jabatan dan lainnya. Para pihak wajib melihat persamaan ini sebagai manusia ciptaan Tuhan. Pasal 27 ayat 1 Undang-Undang Dasar 1945 menegaskan: "Hukum harus menjamin kedudukan yang sama di dalam hukum dan pemerintahan bagi segala warga negara, serta wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya".

Dalam suatu perjanjian para pihak pada dasarnya diberikan kedudukan yang sama, hak yang sama dan kewajiban sesuai perjanjian. Kalau kepada satu pihak diberikan hak untuk melakukan pemutusan perikatan, kepada pihak lainnya juga diberikan hak yang sama. Industrialisasi memberikan dampak yang nyata bagi meningkatnya penggunaan kontrak baku dalam berbagai transaksi ekonomi. Pengamatan Slawson,[305] menunjukkan bahwa diperkirakan lebih dari 90% dari kontrak di Amerika Serikat dewasa ini merupakan kontrak baku. Meskipun pengamatan Slawson itu berlangsung di Amerika Serikat, namun keadaannya tidak jauh berbeda di Indonesia. Pengamatan Sunaryati Hartono[306] di Indonesia lebih jauh menunjukkan bahwa hukum kontrak-pun dewasa ini dipengaruhi oleh tiga kekuatan, yaitu asas kebebasan berkontrak, meningkatnya penggunaan kontrak baku, dan meluasnya penggunaan kontrak baku oleh pemerintah.

---

305 Michael. B Metzger. *Business Law and the Regulatory Environment: Consepts and Cases*, 6th Ed. (Homewood, Illinois: Irwin, 1986), 132.

306 Sunaryati Hartono *Apakah the rule of law Itu.* (Bandung: Alumni, 1982), 38.

Himawan,[307] dan Sunaryati Hartono,[308] mengatakan setiap individu mempunyai hak untuk mencapai kebahagiaan masing-masing, sehingga kepada individu harus diberikan kebebasan yang seluas-luasnya untuk mengejar kesejahteraan yang optimal.[309] Kebebasan berkontrak dianggap mutlak, setiap individu berhak menutup kontrak dari kehendak bebas. Dengan kebebasan berkontrak, setiap orang bebas untuk memilih tentang apa saja yang dianggap perlu dan baik bagi dirinya. Setiap individu dapat menentukan apa yang merupakan hak dan kewajiban, yang ditentukan sendiri melalui kontrak yang dibuat secara bebas. Oleh karenanya, kontrak adalah sumber hak dan kewajiban.[310] Hal ini berbeda dengan masyarakat yang masih relatif sederhana, dimana hak-hak diperoleh berdasarkan status dan adat-istiadat secara turun-temurun, yang sangat ditentukan oleh kekuasaan dan hak-hak istimewa *(privileges)* dari suatu keluarga dan pengaturannya tidak termasuk dalam hukum kontrak.[311] Dengan bangkitnya sistem ekonomi kapitalis, maka eksistensi kontrak menjadi semakin penting.[312] Kebebasan berkontrak bersumber dari hukum kodrat yang diajarkan oleh Grotius, yang juga dikenal dengan *pacta sunt*

---

307 Charles Himawan, "Hukum Perlu Disadari Sebagai Alat Pembangunan", *Majalah Prisma,* (Maret 1981), 64.

308 CFG. Sunaryati Hartono, *Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia: Proyek Penulisan Karya Ilmiah Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman Republik Indonesia,* (Jakarta: Binacipta, 1982), 121.

309 Mubyarto. *Ilmu Ekonomi, Ilmu Sosial, dan Keadilan Sosial.* (Jakarta; Yayasan Agro Ekonomi, 1986), 18.

310 Max Weber. *On Law in Economy and Society.* (New York: Simon and Schuster, 1967), 101.

311 Henry S Maine. *Ancient Law.* (New York: Dorset Press, 1986), 141.

312 Lawrence Friedmann. *A History of American Law*, 2nd. Ed. (New York: Simon and Schuster, 1985), 275.

servanda (janji itu mengikat) *dan promissorum implendorum obligati,* yang berarti kita harus memenuhi janji kita.[313]

Sunaryati Hartono[314] mengingatkan makin lama makin perlu memperhatikan bidang kontrak baku *(agreement d'adheson),* sebab kepentingan masyarakat di bidang ekonomi merupakan faktor yang penting. Di dunia barat, kebebasan berkontrak masih dianggap sebagai aspek penting dari kebebasan individu, tetapi tidak mempunyai nilai mutlak seperti satu abad yang lalu.[315] Di Massachussetts dan di negara bagian lainnya di USA usaha bank diatur dengan kontrak dalam bentuk yang ditentukan.[316]

Hukum kontrak Indonesia memberikan kebebasan kepada tiap orang yang dapat melakukan perbuatan hukum untuk menutup kontrak tentang apa saja yang mereka inginkan. Namun demikian, apa yang diperjanjikan itu tidak boleh bertentangan dengan kaidah hukum yang bersifat memaksa, agama, kesusilaan, dan ketertiban umum. Setiap bebas membuat peraturan sendiri mengenai kontrak yang dibuatnya, menyampingkan Buku III KUH Perdata. Dalam membuat suatu kontrak, ketentuan Buku III KUH Perdata bersifat pelengkap saja.[317] Artinya, apabila para pihak tersebut tidak mengatur sendiri mengenai suatu hal tertentu, maka berlakulah ketentuan Buku III KUH Perdata. Oleh sebab itu, hukum kontrak

313 Mariam darus Badrulzaman. *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Buku III tentang Perikatan Dengan Penjelasannya*. (Bandung: Alumni, 1983), 10.
314 CFG. Sunaryati Hartono. *Mencari bentuk dan Sistem Hukum Perjanjian Nasional Kita.* Bandung: Alumni, 1974), 59.
315 Lawrence Friedmann. *Legal Theory.* (London: Stevens & Sons Limited, 1960), 369.
316 Robert Braucher, *Commercial Transactions in American Law in Talks on American Law,* Ed. Harold J. Berman, (New York: Vintage Books, 1961), 159.
317 Subekti. *Hukum Perjanjian*, (Jakarta: P.T. Intermasa, 1984), 13.

menganut sistem terbuka. Sebab tidak membatasi kehendak para pihak berkontrak bagi dirinya sendiri. Kebebasan berkontrak terkait dengan asas hukum, kewajiban, dan kedudukan yang sama di depan hukum *(equlity before the law),* yang dalam hukum barat dikaitkan secara erat dengan hak asasi manusia. Salah satu implikasi dari kebebasan berkontrak adalah hukum tidak memperhatikan adanya perbedaan sosial, ekonomi, dan kedudukan para pihak. Ini merupakan refleksi dari faham liberalisme.

Friedmann[318] menunjukkan bahwa, salah satu akibat dari proses konsentrasi industri dan bisnis terhadap hukum, adalah lahirnya kontrak baku yang tidak diikuti oleh kekuatan tawar-menawar yang sama. Diakui oleh Friedmann,[319] standarisasi kontrak mempermudah urusan bisnis dan tidak dapat dielakkan *(in-evitable)* dalam kehidupan moderen. Oleh karena itu, hampir semua transaksi ekonomi diatur secara sepihak oleh produsen melalui kontrak baku yang telah disiapkan. Pihak konsumen-pun tidak mempunyai peluang untuk mencapai kesepakatan tentang isi dan syarat kontrak itu. Hubungan kontraktual dalam transaksi ekonomi ini bersifat impersonal, sesuai dengan nilai kehidupan masyarakat industri di negara barat yang bersifat individualistik. Peter Berger,[320] menyebut masyarakat industri sebagai masyarakat kontrak *(contract-society).*

318 Lawrence Friedmann. *Law in a Changing Society.* (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1959), 101.

319 Ibid, 105.

320 Peter L Berger. *Revolusi Kapitalis, The Capitalist Revolution.* terjemahan Mohammad Oemar, (Jakarta: LP3ES, 1990), 162-163.

Dalam era globalisasi yang sedang kita hadapi dewasa ini, perubahan dan tantangan zaman yang terus bergerak dinamis, maka tantangan nyata yang dihadapi harus menyeseuaikan hukum dengan perubahan dimaksud, khususnya bidang bisnis dan ekonomi. Dalam bidang bisnis, masuknya bentuk-bentuk hukum baru dari Barat sebagai perangkat dalam lalulintas perdagangan, misalnya *Manufacturing, Franchising, Leasing, Perbankan*, dan bentuk-bentuk yang sebelumnya tidak ada di Indonesia. Hal ini diharapkan juga sebagai suatu keadaan yang baik guna kepentingan pembangunan nasional baik ekonomi, hukum maupun sosial.[321]

Kontrak ini merupakan kontrak baku, yang bentuk dan isinya ditentukan oleh satu pihak saja, yaitu pihak produsen. Fakta ini menempatkan pihak pembuat kontrak sebagai pihak legislatif (pembuat undang-undang). Menurut pendapat Sluijer, sebagaimana dikutip oleh Mariam Darus Badrulzaman,[322] mengatakan bahwa kontrak baku adalah setiap perjanjian yang bentuk dan isinya ditentukan secara sepihak dan dibakukan dalam bentuk formulir. Yang membuat kontrak baku adalah satu pihak saja, yaitu pihak yang menawarkan barang atau jasa, yang dikenal sebagai produsen atau penjual. Produksi barang atau jasa tersebut bersifat massif dan ditawarkan kepada masyarakat secara impersonal, maka akan sukar terjadi tawar-menawar dalam proses transaksi. Untuk memudahkan penawaran kepada konsumen atau pembeli, maka

321 Sri Gambir Melati Hatta, *Beli Sewa Sebagai Perjanjian Tak Bernama: Pandangan Masyarakat dan Sikap Mahkamah Agung*, (Bandung: Alumni, 1999), 134-135.

322 Mariam Darus Badrulzaman, *Perjanjian Baku (Standard): Perkembangannya di Indonesia dalam Beberapa Guru Besar Berbicara Tentang Hukum dan Pendidikan Hukum,* Tanpa Editor, (Bandung: Alumni, 1981), 105.

dibuatkanlah sarana transaksi yang berupa kontrak baku yang siap pakai. Dalam praktek bisnis, untuk suatu unit barang berlaku satu macam kontrak baku dengan syarat yang berlaku untuk semua orang. Dengan demikian, semakin banyak dan unit barang yang ditawarkan semakin banyak pula bentuk kontrak baku yang dibuat oleh penjual. Kontrak baku bukan kontrak (perjanjian), sebab pengusaha dalam kontrak seperti legislatif swasta *(legio particuliere wetgever),* pada hal syarat kontrak adalah undang-undang.

Sunaryati Hartono,[323] menunjukkan, semakin maju masyarakat semakin erat interdependensi antar-manusia yang menyebabkan berkurangnya kebebasan individu, karena wujud nyatanya menjelma dalam kontrak baku. Dengan dibuatnya kontrak baku oleh pihak produsen, kebebasan nasabah menjadi berkurang, bahkan hilang sama sekali untuk ikut menentukan syarat dalam kontrak. Namun karena interdependensi, terpaksa menerima syarat yang tercantum dalam kontrak, apabila bermaksud bertransaksi. Kontrak baku sudah dibuat secara sepihak dan dicetak secara massal oleh pihak bank. Ini menyebabkan nasabah kehilangan kesempatan untuk menyatakan kehendaknya melalui tawar-menawar. Dalam hal ini, Posner menunjukkan bahwa kontrak baku ditawarkan pada konsumen berdasarkan prinsip *take-it-or leave-it,* menyetujui kontrak atau meninggalkannya sama sekali. Menurut

323 CFG Sunaryati Hartono, *Hukum Perseroan Kita dan Pengawasan Terhadap Perusahaan Multinasional dalam Simposium Aspek-aspek Hukum Perusahaan Multinasional,* (Jakarta: Binacipta, 1982), 13.

pendapat Pitlo,[324] kontrak baku adalah *dwang-contract*. Paksaan menyebabkan tidak sahnya kesepakatan (pasal 1321 KUH Perdata).

Usaha pokok perbankan adalah menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit, dapat berjalan semata-mata hanya karena kesediaan masyarakat menyimpan dananya di bank. Kesediaan masyarakat juga semata-mata karena dilandasi kepercayaan masyarakat terhadap bank, bahwa dana yang disimpannya dapat kembali pada saat dibutuhkan ditambah bunga. Hilangnya kepercayaan masyarakat dapat mengakibatkan tidak berfungsinya bank, mengingat hilangnya kepercayaan masyarakat dapat mempunyai pengaruh berantai *(domino),* yaitu menjalar ke bank lain sehingga perbankan secara keseluruhan akan mengalami kesulitan *(rush*).[325]

B. Asas-Asas Hukum Dalam Bisnis Perbankan Indonesia.

Adapun asas-asas yang berlaku sampai saat ini, dalam bisnis perbankan, diantaranya adalah sebagai berikut:

1. Asas kehati-hatian *(Prudential banking principles)*

Di samping berlakunya asas kepercayaan *(fiduciary relationship)* bagi hubungan antara bank dan nasabah penyimpan dana, juga berlakunya asas kehati-hatian *(prudential banking principles).*

---

324 Mariam darus Badrulzaman. *Perjanjian Kredit bank,* (Bandung: Alumni, 1989), 33.

325 Supra catatan kaki nomor 14.

Dalam ketentuan pasal 29 ayat (2) dan (4) Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998, antara lain menekankan bahwa:

> "Bank harus melaksanakan usahanya dengan asas kehati-hatian. Demikian kerasnya undang-undang ini menghendaki agar supaya bank menerapkan betul prinsip kehati-hatian, sampai undang-undang ini mengklasifikasikan sebagai tindak pidana perbuatan anggota dewan komisaris, direksi atau pegawai bank yang dengan sengaja tidak melaksanakan langkah yang diperlukan untuk memastikan ketaatan bank terhadap undang-undang ini dan ketentuan peraturan lainnya yang berlaku bagi bank, yaitu dengan ancaman pidana penjara paling lama 6 tahun dan denda paling banyak enam miliar rupiah".

Dengan kata lain tidak menerapkan prinsip kehati-hatian, dijatuhkan pidana penjara dan denda.[326] Apabila dalam pemberian kredit dinyatakan sebagai perbuatan melawan hukum atau dinyatakan sebagai tindakan yang bertentangan dengan kepatutan dan keadilan atau dengan itikad tidak baik, maka sesuai dengan pasal 1365 KUHPerdata apabila hal tersebut mengakibatkan timbulnya kerugian bagi orang lain, bank harus mengganti kerugian nasabah. Pengingkaran terhadap ketentuan ini disamping tuntutan ganti rugi secara perdata, juga dapat diikuti tuntutan pidana. Apabila kerugian karena pengurus melakukan perbuatan

326 Marulak Pardede. *Hukum Pidana Bank.* (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1995), 85.

melawan hukum maka pengurus harus bertanggungjawab sampai dengan harta pribadinya.[327]

Implementasi *prudential banking principles* dalam operasionalisasinya dijabarkan dalam bentuk ketentuan berupa kewajiban, pembatasan, dan larangan yang dikenal sebagai rambu-rambu kesehatan bank,[328] beberapa kalangan di masyarakat masih dianggap memadai melindungi kepentingan nasabah, sehingga dirasakan belum waktunya membentuk lembaga jaminan simpanan. Kewajiban bank untuk menerapkan prinsip kehati-hatian ialah agar kesehatan bank tetap terjaga terus demi kepentingan masyarakat dan nasabah penyimpan dana pada khususnya. Dalam sistem perbankan nasional, pada dasarnya perlindungan kepada nasabah tidak dapat dipisahkan dengan upaya menjaga kelangsungan bank sebagai suatu lembaga pada khususnya dan perlindungan terhadap sistem perbankan pada umumnya. Suatu bank yang tangguh dan sehat pada dasarnya akan mampu mengamankan dana yang dipercayakan masyarakat kepadanya, dan dengan sendirinya sangat mendukung terbentuknya sistem perbankan yang sehat.

---

327 Fuady, Munir. *Hukum Bisnis Dalam Teori dan Praktek.* Buku Kesatu, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1994), 135.

328 Setelah berlakunya UU.No.10/1998, rambu-rambu kesehatan bank tersebut sebagian ditetapkan dalam UU No.10/1998 dan sebagian lagi ditetapkan dalam Surat-surat Keputusan Direksi BI yang merupakan tambahan terhadap rambu-rambu kesehatan bank yang telah ditetapkan dalam UU No.7/1992. Rambu-rambu kesehatan bank yang dimaksud antara lain: Pembatasan Usaha bank; Capital Adequacy ratio (CAR); Reserve Requirement (RR); Loan to Deposit ratio (LDR); Keharusan Pemberian Kredit Berdasarkan Analisa 5-C; Batas Maksimum Pemberian Kredit.

2. Asas demokrasi ekonomi.

Bank sebagai unit usaha dituntut untuk mampu menyediakan sumber pembiayaan bagi usaha produktif yang dapat mendorong berkembangnya perekonomian nasional. Oleh karena itu, adalah suatu kenyataan bahwa bank memiliki posisi yang strategis dalam pelaksanaan pembangunan, khusunya sebagai sarana pengendalian moneter dan dengan demikian efisiensi dan efektivitasnya perlu selalu dijaga dan ditumbuhkembangkan.[329] Menurut pasal 2 Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998, perbankan Indonesia dalam melakukan usahanya sebagaimana ditetapkan dalam pasal 6 dan pasal 7 bagi Bank Umum dan pasal 13 bagi Bank Perkreditan Rakyat, berasaskan demokrasi ekonomi dengan menggunakan prinsip kehati-hatian. Pengertian demokrasi ekonomi yang dimaksudkan adalah demokrasi ekonomi sesuai dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Dengan demikian kegiatan bisnis perbankan dalam pembangunan nasional untuk menciptakan ketertiban berusaha agar dapat lebih berpotensi dalam peningkatan ekonomi, demi tercapainya kesejahteraan seluruh masyarakat.

Usaha pemerintah untuk meningkatkan peranan perbankan dalam meningkatkan ekonomi nasional, mengandung nilai yang terkandung dalam pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat yang merupakan pasangan dari peraturan perundang-undangan. Nilai dalam hukum mengandung nilai kerakyatan, moralitas, kesusilaan, dan tidak bertentangan dengan nilai agama. Pelaksanaan visi dan misi perbankan nasional sebagai sarana pelaksanaan pembangunan nasional

329 Supra catatan kaki nomor 16.

untuk mencapai kemakmuran dan kesejahteraan masyarakat sebagaimana dimaksudkan dalam Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 *(agent of development),* berkaitan erat dengan jaminan kepastian hukum perlindungan nasabah dalam sistem perbankan nasional.

Keadilan sosial baru tercapai apabila terdapat keseimbangan antara penyelenggaraan kebutuhan masyarakat sebagai satu keseluruhan dan kebutuhan perseorangan sebagai bagian daripada keseluruhan masyarakat. Dengan kata lain, tujuan dan fungsi hukum perbankan Indonesia, bukanlah sekadar memelihara ketertiban, keamanan dan stabilisasi masyarakat, akan tetapi lebih diarahkan pada cita-cita untuk mencapai kesejahteraan masyarakat Indonesia, maupun untuk mencapai kesejahteraan bagi setiap warga negara Indonesia sebagaimana diatur pasal 27 ayat 2 UUD 1945. Kegiatan bisnis perbankan, harus mampu meningkatkan taraf hidup setiap warga negara mencerdaskan bangsa dan memajukan kesejahteraan umum dengan tetap memelihara dan menegakkan keadilan bagi setiap warga negara Indonesia. Istilah sosial dalam hal ini tidak dipakai dalam arti luas, seperti fungsi sosial, kepentingan umum, akan tetapi sosial dalam arti ekonomi, dengan membedakan kepentingan perorangan dan kepentingan umum *(asas negara kesejahteraan).*

Sistem perbankan harus memikirkan peningkatan kesejahteraan warga negara Indonesia sebagai perseorangan dan tetap memelihara harkat dan martabat kemanusiaan, pemerataan pendapatan. Karena tujuan masyarakat Indonesia adalah untuk memelihara keseimbangan antara keseluruhan dan perorangan, maka dalam setiap kaidah hukum perbankan akan terpaut segi-segi hukum ekonomi pembangunan yang saling berkaitan dengan

ekonomi sosial, sesuai dengan Pancasila dan pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945. Dikaitkan dengan pasal 27 ayat 2, maka keadilan sosial itu baru akan tercapai apabila terdapat keseimbangan antara kebutuhan masyarakat sebagai kebutuhan perseorangan sebagai bagian dari keseluruhan masyarakat.

3. Asas kepercayaan *(Fiduciary relationship)*

Bank sebagai suatu perusahaan dan lembaga kepercayaan masyarakat senantiasa harus berada dalam keadaan solvabel (*solvency*), baik dalam jangka pendek maupun untuk jangka panjang. Dalam hubungan ini, bank harus mempunyai kondisi keuangan yang baik dan kegiatan operasional yang efisien. Keadaan keuangan yang baik ditentukan oleh kecukupan dan keberadaan alat likuid dan aktiva produktif bank, yaitu kebutuhan likuiditas dan rentabilitas bank secara memadai dan optimal.[330] Terganggunya eksistensi suatu bank akan dapat pula mempengaruhi sistem moneter/keuangan negara. Oleh karena itu kepercayaan masyarakat pada perbankan harus dijaga. Hilangnya kepercayaan masyarakat kepada suatu bank bukan saja dapat mengganggu eksistensi bank tersebut, bahkan dapat pula mempengaruhi kepercayaan masyarakt terhadap bank lain.[331]

Usaha peningkatan peran sebagai penghimpun dana penyalur dana masyarakat perlu dilakukan dengan memperhatikan faktor keamanan dana yang dititipkan masyarakat kepada bank. Kegiatan bank dalam pengerahan dana masyarakat sangat tergantung kepercayaan masyarakat. Pengetahuan masyarakat,

330 Supra catatan kaki nomor 11.
331 Supra catatan kaki nomor 15.

terutama masyarakat penyimpan dana dalam skala kecil mengenai kemampuan bank, tergantung pada informasi yang diperoleh dari promosi bank atau isu-isu yang tersebar di masyarakat. Sedikit guncangan bank akan menimbulkan dampak yang cukup berarti masyarakat.[332]

Menurunnya tingkat kepercayaan masyarakat pada suatu bank dapat menimbulkan penarikan dana secara besar-besaran oleh masyarakat *(rush)* dan hal tersebut seringkali diikuti secara sistematik dengan penarikan dana masyarakat pada bank-bank lain. Hal yang mendasari tindakan masyarakat tersebut seringkali karena masyarakat terbawa arus penarikan dana dari perbankan untuk menyelamatkan dana yang dimiliki dan tidak mau berspekulasi dengan membiarkan uangnya berada lebih lama di bank.

Kalangan ahli hukum sejak beberapa tahun terakhir ini menganggap bahwa hubungan hukum antara bank dan nasabah bukanlah hanya sekedar hubungan hukum antara debitur dan kreditur semata, tetapi lebih dari itu. Hal ini karena bank mempunyai status yang unik di dalam masyarakat.[333] Hubungan hukum antara bank dan nasabah sebagau suatu hubungan kepercayaan *(fiduciary relationship)* sebagaimana dikemukakan oleh Symons Jr. Bahwa hubungan natara bank dan nasabah bukanlah hanya sekedar hubungan debitor-kreditor semata, tetapi lebih jauh dari itu. Dilihat dari transaksi kredit dan penyimpanan dana, adalah memang merupakan hubungan kreditor-debitor. Namun mengingat status

332 Charles, Goodhart et al. *Financial Regulation: Why, How and Where Now?* (London: Routledge, 1988), 17-18.

333 Mariam darus Badrulzaman. *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Buku III tentang Perikatan Dengan Penjelasannya*. (Bandung: Alumni, 1983), 65-68.

bank yang unik dalam masyarakat, dimana bank adalah *a place of special safety and probity* maka hubungan tersebut adalah suatu fiduciary.[334]

Menurut Symons Jr. Dengan menyebut hubungan hukum antara bank dan nasabah adalah hanya sekedar sebagai hubungan debitor-kreditor, maka hanya akan memberikan sugesti tentang penetapan kewajiban yang sangat sempit. Istilah itu berkonotasi hanya pada suatu janji yang tak bersyarat dari debitur untuk membayar sejumlah uang yang sudah pasti jumlahnya pada suatu waktu tertentu kepada debitur yang telah menyediakan uang. Hal itu berkonotasi debitur tidak ada kewajiban lain. Hubungan tersebut sebenarnya, tidak semata-mata hanya hubungan debitor-kreditor saja, tetapi juga adalah suatu fiduciary relationship.[335]

Ogilvie dalam bukunya Canadian Banking Law, berpendapat serupa dengan Symon Jr. yang mengemukakan bahwa fiduciary relationship itu menimbulkan fiduciary obligations. Dalam hubungan antara bank dan nasabah terdapat kewajiban lain selain hanya sekedar kewajiban di antara debitur dan kreditur, yaitu kewajiban *superadded obligation atau fiduciary obligations*. Unsur kunci dari kewajiban kepercayaan (*fiduciary obligations),* sebagaimana disetujui oleh pengadilan-pengadilan di Canada, adalah *trust (kepercayaan), reliance (pengandalan) dan resulting loss (kerugian).* Sehingga Ogilvie mengemukakan bahwa yang dimaksud dengan suatu fiduciary relationship adalah suatu hubungan dimana pihak yang satu meletakkan kepercayaan

334 Edward L.Symons, Jr & James J.White. Banking Law, Teaching Materials, Second Edition, St.Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1984, hal. 285.
335 Ibid hal.232-233.

(confidance or trust) kepada pihak lain sedemikian rupa sehingga pihak yang satu mengandalkan tindakan dan advis (nasehat) pihak yang lain dan dalam melakukan hal yang demikian itu pihak yang bersangkutan berkemungkinan menderita kerugian. [336]

Sebagai contoh dari *fiduciary obligation* dari bank adalah kewajiban bank kepada nasabah untuk memberikan advis (nasehat) keuangan atau investasi *(giving financial or invesment advice)*. Bahkan pengadilan-pengadilan di Canada berpendirian sangat jauh, yaitu bahwa bank juga bertugas memberikan advis kepada nasabah, meskipun Undang-Undang perbankan melarang pemberian advis oleh bank untuk masalah-masalah tertentu, misalnya mengenai portfolio management.[337]

Berdasarkan hasil penelitian Alvin C. Herrell, menunjukan adanya revolusi hubungan itu berdasarkan penelitiannya terhadap putusan pengadilan dibeberapa negara bagian Amerika Serikat, antara lain putusan pengadilan Oklahoma dalam perkara *Djowharzadeh City National Bank and Trust* dan putusan pengadilan *Idaho* dalam perkara *Peterson v. Robertson, Shaw v Union Bank and Trust, Commercial Coton Cov United California Bank, Yukon National Bank v Mocern Building Supply Inc, Hotel Rivera, Inc v First National Bank and Trust, Tonelli v, Chase Manhattan Bank.* [338]

Dari uraian Alvin C. Herrel, dapat diketahui bahwa pengadilan di Amerika Serikat berpendapat bahwa hubungan antara bank

---

336 M.H. Ogilvie. *Canadian Banking Law*. (Toronto: Tomson Professional Publishing Canada, 1991), hal.457.

337 M.H. Ogilvie. Ibid. hal.433.

338 Alvin, C. Herrell. *Investigating Criminal and Corporate Money Trails.* (Sydney: The Law Book Company Limited, 1992), 257.

dan nasabah sebagai *fiduciary relation,* karena status bank yang istimewa dalam masyarakat sebagai lembaga yang jasa-jasanya berpengaruh besar terhadap kesejahteraan masyarakat. Pengadilan berpendapat bahwa*" the nature of the bank-customer relationship, to be'special'and quasi fiduciary'in nature because it involves 'vital publics services affecting the public welfare".* Demikian menurut putusan perkara *ShawV. Union Bank and Trust.* Selain itu bank ada dan beroperasi hampir seluruhnya menggunakan dana masyarakat *(public fundst)* dan menginvestasikannya berdasarkan kepercayaan masyarakat *(public trust).* Kekuasaan finansialnya dikatakan mengambil kedudukan monopoli di dalam bidang pemberian pinjaman. Salah satu tujuan dari sistem ini adalah memastikan bahwa bank tidak berkompetisi secara finansial dengan nasabah, tetapi harus melayani kebutuhan finansial masyarakat secara adil dan sama rata. Secara implisit dituntut bank tidak menggunakan kedudukan yang menguntungkan itu untuk merugikan nasabah, baik secara langsung atau tidak langsung. (Putusan pengadilan dalam perkara *Djowharzadeh v. City National Bank and Trust.*

Sejalan dengan uraian di atas, James R Butler Jr,[339] dalam artikelnya yang berjudul: *"Is Lender Liability Now Absolute Liability"* mengemukakan bahwa beberapa putusan pengadilan yang ditekankan dalam artikel itu berpendirian bahwa *"that a lenders conduct may be measured against true 'fiduciary' standards".* Bank dan pemberi pinjaman lainnya harus berlainan memperlakukan nasabah debiturnya dibandingkan masa sebelumnya.

339 James R Jr, Butler. "Is Lender Liability Now Absolute Liability", *The Banking Law Journal,* vol.103, no.6 (November- December 1986), 511.

Marlene L. Thieerbach,[340] dalam penelitiannya mengulas putusan Barret v Bank of America tahun 1986 mengemukakan bahwa suatu *fiduciary relationship* timbul diantara pemberi pinjaman dan (para) penerima pinjaman dan (para) penjamin manakala ada suatu *relationship of confidence and trust*. Kewajiban pemberi pinjaman yang timbul dari hubungan yang demikian ini mengharuskan pemberi pinjaman membatasi dirinya dalam melakukan tindakan dalam rangka mengamankan atau meningkatkan posisi keuangannya, oleh karena pemberian pinjaman juga diharuskan untuk memperhatikan kepentingan (para) penerima pinjaman dan (para) peminjam.

Bagaimanakah Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998 melihat hubungan hukum antara bank dan nasabah penyimpanan dana. Dari difinisi yang diberikan oleh Undang-undang tersebut, Tim Penelitian berpendapat bahwa dana masyarakat yang disimpan pada bank dilakukan berdasarkan kepercayaan. Dengan demikian undang-undang tersebut melihat hubungan hukum antara bank dan nasabah penyimpan adalah suatu *fiduciary relation, dengan alasan sebagai berikut:*

1. Penjelasan pasal 29 UU No.10/1998 yang antara lain menjelaskan bahwa "……bank terutama bekerja dengan dana dari masyarakat yang disimpan pada bank atas dasar kepercayaan …"
2. Pasal 29 ayat 5 UU No.10/1998 yang menentukan bahwa "Untuk kepentingan nasabah, bank menyediakan informasi mengenai

340 Marlene L .Thieerbach. "Towards The Next Phase In International Banking Regulation", *Depaul Business Law Journal,* Vol.7 (September 1994), 378.

kemungkinan timbulnya resiko kerugian bagi transaksi nasabah yang dilakukan melalui bank.

3. Penjelasan pasal 40 ayat 1 UU No.10/1998 yang natara lain mengemukakan bahwa "Kerahasiaan ini diperlukan untuk kepentingan bank sendiri yang memerlukan kepercayaan masyarakat yang menyimpan uangnya dibank. Masyarakat hanya akan mempercayakan uangnya pada bank atau memanfaatkan jasa bank apabila dari bank ada jaminan bahwa pengetahuan bank tentang simpanan dan keadaan keuangan nasabah tidak akan disalahgunakan".

Dari ketentuan pasal 29 ayat 5 UU No.10 tahun 1998, dapat disimpulkan bahwa penyediaan informasi oleh bank kepada nasabah tersebut bukan hanya sekedar suatu jasa yang opsional sifatnya, akan tetapi merupakan suatu kewajiban bank yang harus dilaksanakan tanpa imbalan dari nasabah. Dalam pengertian informasi, menurut analisis Tim penelitian, adalah termasuk pemberian advis (nasehat). Kewajiban pemberian informasi dan advis itu timbul pada bank apabila transaksi nasabah yang dilakukan melalui bank mengandung resiko kerugian yang besar bagi nasabah.

Berdasarkan analisis data hasil penelitian menunjukkan bahwa, memang nasabah selalu percaya bahwa apa yang dikemukakan oleh pejabat bank (informasi dan pedoman yang diberikan oleh bank) sebagai terpercaya kebenarannya dan boleh diandalkan. Di dalam praktik, nasabah bukan saja meminta sebatas informasi, tetapi yang lebih sering malahan meminta advis dari bank mengenai bisnisnya dan urusan-urusan keuangannya. Akan tetapi nasabah perbankan di Indonesia masih belum mempunyai pemahaman

bahwa justru bank berkewajiban tanpa diminta untuk memberikan informasi dan advis atas transaksi yang dilakukan melalui bank dalam hal transaksi itu mengandung resiko kerugian yang tinggi bagi nasabah.

Dalam kaitan tersebut, berdasarkan analisis penulis dapat dikemukakan bahwa perlu dilakukan upaya untuk mendidik masyarakat, juda pada akhirnya mendidik pihak pengadilan, bahwa hubungan antara bank dan nasabah bukan sekedar hubungan kontraktual biasa antara debitor-kreditor, tetapi juga merupakan hubungan kepercayaan *(fiduciary relationship)* yang di dalam hubungan itu terkandung kewajiban hukum bagi bank untuk memberikan informasi dan advis kepada nasabah dalam hal ada kemungkinan terjadinya kerugian yang besar bagi nasabah sehubungan dengan transaksi yang dilakukan melalui bank.

Oleh karena itu kewajiban bank untuk menyediakan informasi dan pedoman yaitu sebagai realisasi dari adanya hubungan kepercayaan pada pihak bank terhadap nasabah telah memperoleh kekuatan berdasarkan hukum tertulis, yaitu pasal 29 ayat 5 Undang-Undang Nomor10/1998 maka kewajiban itu telah menjadi kewajiban hukum *(legal obligation)* bagi bank. Karena itu, nasabah yang mengalami kerugian dapat menggugat bank berdasarkan pasal 1365 KUH Perdata tentang perbuatan melawan hukum. Agar supaya kewajiban bank yang demikian itu tidak ditafsirkan terlalu luas dan tidak menentu, sehingga dapat membahayakan kedudukan bank, kiranya Bank Indonesia perlu mengeluarkan penjabaran dan batas-batasnya.

4. Hubungan Hukum Kontraktual Antara Bank Dan Nasabah.

Basis hubungan hukum antara bank dan nasabah adalah hubungan kontraktual, perikatan yang timbul adalah perikatan atas dasar kontrak. Hubungan itu tidak hanya menciptakan perikatan kontraktual, melainkan menciptakan perikatan atas dasar perbuatan melanggar hukum serta dalam beberapa hal tertentu juga atas dasar *lastgeving* (pemberian kuasa). Hubungan hukum kontraktual dalam KUH Perdata, selain mengatur tentang asas-asas umum hukum perikatan, juga mengatur tentang bentuk perjanjian tertentu, antara lain jual-beli, sewa-menyewa, pemberian kuasa, yang lazim dinamakan *"benoemde overeenkomst"* (perjanjian bernama). [341]

Pasal 1319 KUHPerdata menyebutkan dua kelompok perjanjian, yaitu perjanjian yang oleh undang-undang diberikan suatu nama khusus *(benoemde atau nominaatcontracten)* dan perjanjian yang dalam undang-undang tidak dikenal dengan suatu nama tertentu yang disebut perjanjian tak bernama *(on-benoemde atau in-nominaat contracten)*.[342] Hubungan kontraktual bank dan nasabah tidak termasuk suatu *"benoemde contract"*. Dalam KUHPerdata tidak ditemukan pengaturan hubungan kontraktual bank dan nasabah. Hubungan itu merupakan kontrak campuran, perjanjian pemberian kuasa *(lastgeving)* pasal 1792 KUHPerdata dan perjanjian penitipan barang (pasal 1694). Sebahagian besar adalah

341 A.W.H. Massier, *Beknopt Juridisch Woordenboek Indonesisch-Nederlands,* (Centrum Voor Niet-Westerse Studies Rijksuniversiteit Leiden, Postbus 9515, 2300 RA Leiden Nederland: 1992), 74.

342 Sri Gambir Melati Hatta, *Op.Cit.* 124-125.

perjanjian pinjam-meminjam (pasal 1754 KUHPerdata), perjanjian melakukan pekerjaan, atau memberikan jasa tertentu (pasal 1601 KUH Perdata).

Sistem hukum perjanjian Indonesia sebagaimana tertuang dalam buku ketiga KUH Perdata menganut asas kebebasan berkontrak. Para pihak dapat memperjanjikan lain dari peraturan, asal tidak bertentangan dengan ketertiban umum serta kesusilaan. Pasal 1754 KUH Perdata mengatur pokok tentang pinjam-meminjam, namun memberikan pengaturan tersendiri tentang hutang yang timbul dari pinjam-meminjam uang (pasal 1756). Hutang yang terjadi karena peminjam uang, hanya atas jumlah uang yang disebutkan dalam persetujuan. Apabila sebelum saat pelunasan terjadi perubahan nilai mata uang, maka pengembalian jumlah yang dipinjam harus dilakukan dengan mata uang yang berlaku pada saat pelunasan, menurut harga yang berlaku saat itu, walaupun ada perubahan nilai mata uang. Undang-undang membuka kemungkinan, para pihak membuat kesepakatan lain untuk mengatasi risiko turun naiknya nilai mata uang. Menurut ketentuan pasal 1756 KUH Perdata, risiko akibat turunnya nilai uang, di tangan kreditur.

Dilihat dari segi hukum perdata, kegiatan bank di bidang kewajiban *(liabilities)* berupa penghimpun dana masyarakat dalam bentuk simpanan giro, deposito berjangka, tabungan dan transaksi lainnya yang berupa penghimpun dana masyarakat, tunduk pada hukum penitipan, dimana titipan uang harus dikembalikan dalam mata uang yang sama. Menurut KUH Perdata:"Pasal 1694 KUHPerdata, penitipan terjadi apabila seseorang menerima sesuatu barang dari seorang lain, dengan syarat bahwa ia akan menyimpan dan mengembalikannya dalam ujudnya asal". Pasal 1714

KUHPerdata: "Pnerima titipan diwajibkan mengembalikan barang yang sama yang telah diterimanya. Dengan demikian jumlah uang harus dikembalikan dalam mata uang yang sama, seperti yang dititipkan, baik mata uang mata uang itu telah naik atau telah turun harganya. Simpanan dana nasabah tidak termasuk kategori titipan, mengingat nasabah menerima imbalan jasa berupa bunga atas simpanan uang. Hal ini berarti dalam perbankan ketentuan ini disimpangi dengan memperjanjikan secara tegas bahwa bank memberikan bunga kepada si penitip.[343]

C. Jaminan Perlindungan Hukum Nasabah Bank (*Implicit Deposit Protection*)

Suatu kenyataan bahwa bank memiliki posisi yang strategis dan kunci dalam pelaksanaan kebijaksanaan pembangunan, khususnya sebagai sarana pengendalian moneter oleh bank sentral dan dengan demikian efisiensi dan efektivitasnya perlu selalu dijaga dan ditumbuh-kembangkan.

1. Kewajiban Pemeliharaan Rambu-Rambu Kesehatan Bank.

Adanya pengaruh yang berarti bagi masyarakat dan sistem perbankan, membuat banyak pihak berkepentingan terhadap kesehatan bank, sebagaimana digambarkan tabel dibawah ini:

343 R. Subekti. R, & R. Titrosudibio, "Kitab Undang-undang Hukum Perdata", (Jakarta, Pradnya Paramita, 1989), hal.318.

Tabel: 3.1 Pihak Yang Berkepentingan terhadap Kesehatan Bank

PIHAK	FUNGSI & MANFAAT
Masyarakat	• Akan dapat menciptakan produk pelayanan bank yang diperlukan dan dapat meningkatkan kualitas pelayanannya serta terpenuhinya sumber pembiayaan bagi pembangunan ekonomi dan terciptanya kelancaran lalu lintas pembayaran.
Nasabah	• Akan dapat menjamin kepentingan terhadap keamanan dana nasabahnya yang disimpan dan terjamin pengembalian dananya pada waktunya atau pada saat dibutuhkan, sedangkan nasabah peminjam dana berkepentingan terhadap dipenuhinya kebutuhan akan dana dalam rangka pembiayaan usahanya dengan tingkat suku bunga yang memadai.
Pemilik	• Akan dapat menjamin penghasilan yang wajar atas investasi yang telah dilakukannya dan dapat berkembangan dengan baik.
Pengurus & Karyawan Bank	• Akan dapat menjaga kontinuitas usaha bank tidak hanya menyangkut sebagai sumber pendapatannya, tetapi juga merupakan kebanggaan karena sebagai pengelola dapat melaksanakan tugasnya dengan baik.
Pemerintah	• Akan dapat mewujudkan sistem perbankan yang sehat sehingga kepentingan masyarakat dapat terjamin, dan menunjang terciptanya stabilitas moneter dan merupakan sumber dana dalam menunjang terlaksananya pembangunan nasional.

Sumber: Laporan Akhir Penelitian Hukum Tentang Aspek Hukum Kesehatan Bank, Proyek Kerjasama antara BPHN-Departemen Kehakiman dan Biro hukum Bank Indonesia, Jakarta, 1997/1998, dipimpin oleh: Rochjat Solech, Halaman 12-13.

Menurut hasil penelitian,[344] dalam sistem perbankan Indonesia dewasa ini, perlindungan nasabah bank dapat dilakukan, sebagaimana tabel dibawah ini:

Tabel:3.2 Perlindungan Hukum terhadap Nasabah Bank Berdasarkan Sistem Perbankan Nasional

BENTUK/ CARA	PERWUJUDAN
Implisit *(Implicit Deposit Protection)*	• Perundang-undangan Perbankan (UU No.10/1998 dan UU No.23/1999); • Perlindungan untuk menghindarkan terjadinya kebangkrutan bank yang diawasi oleh BPPN (Keppres No.27/1998 jo PP No.17/1999); • Perlindungan melalui tindakan likuidasi bank, sebagaimana diatur dalam PP No.68 Tahun 1996 jo PP No.40 Tahun 1997 jo PP No.25 tahun 1999; • Perlindungan yang dihasilkan oleh pengawasan dan pembinaan yang efektif, yang dilakukan oleh Bank Indonesia; • Upaya menjaga kelangsungan usaha bank sebagai suatu lembaga pada khususnya dan perlindungan terhadap sistem perbankan pada umumnya; • Memelihara tingkat kesehatan bank; • Melakukan usaha sesuai dengan prinsip kehati-hatian; • Pemberian kredit yang tidak merugikan bank dan kepentingan nasabah; • Menyediakan Informasi risiko pada nasabah.
Eksplisit (Explicit Deposit Protection)	• Pembentukan lembaga yang menjamin simpanan masyarakat, sebagaimana diatur dalam Keppres No.26 tahun 1998 tentang Jaminan Terhadap Kewajiban Bank Umum, penyediaan dana dalam rekening 502, 519 serta rencana pembentukan lembaga penjamin simpanan (LPS); maupun pembentukan lembaga asuransi deposito.

Sumber: Laporan Akhir Hasil Penelitian Hukum tentang Aspek Hukum Kesehatan bank, Proyek Kerjasama BPHN-Departemen Kehakiman dan Biro Hukum Bank Indonesia.

344 Rochjat Solech. *Aspek Hukum Kesehatan Bank.* Jakarta: BPHN-Dep. Kehakiman, 1997/1998), 52-55.

Jaminan kepastian hukum perlindungan terhadap nasabah bank, secara *implisit (implicit deposit protection)*, antara lain dapat diuraikan sebagai berikut:

Kewajiban Menerapkan Rambu-Rambu Kesehatan Bank. Menurut pasal 2 UU No.10/1998, antara lain ditegaskan bahwa: "Perbankan Indonesia dalam melakukan usahanya adalah berasaskan demokrasi ekonomi dengan menggunakan prinsip kehati-hatian. Tujuan ditetapkannya kewajiban bagi bank untuk menerapkan prinsip kehati-hatian dalam menjalankan usahanya ialah agar kesehatan bank tetap terjaga terus demi kepentingan masyarakat umumnya dan nasabah penyimpan dana khususnya". Menurut St. Remy Sjahdeini,[345] prinsip kehati-hatian dijabarkan oleh Bank Indonesia sebagai pembina dan pengawas perbankan untuk memberikan jaminan kepastian hukum perlindungan terhadap nasabah bank, dalam bentuk ketentuan yang harus dipatuhi bank, yang berupa kewajiban, pembatasan, dan larangan yang dikenal *"rambu-rambu kesehatan bank"*. Mengingat bank terutama melakukan kegiatan usahanya dengan dana simpanan masyarakat pada bank atas dasar kepercayaan, maka setiap bank perlu menjaga kegiatannya menjadi kegiatan yang sehat dan menciptakan kepercayaan dari masyarakat. Perlindungan terhadap nasabah deposan di dalam sistem perbankan nasional, dapat dilihat dari kewajiban dan larangan yang dibebankan kepada bank, sebagai berikut:

345 Remi Sjahdeini. "Jaminan Hukum yang Diberikan Oleh Bank Terhadap Keamanan Simpanan Nasabah". (Makalah dalam Seminar Pertanggungjawaban Bank Terhadap Nasabah, Jakarta, BPHN-Dep. Kehakiman, 1997), 3.

a. Pembatasan usaha bank.

Menurut pasal 10 UU No.10/1998, bank umum dilarang melakukan usaha lain diluar pasal 6, yang ditetapkan secara limitatif, dimana jasa atau usaha yang disediakan, antara lain terdiri dari: *"Menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan berupa giro, deposito berjangka, sertifikat deposito, tabungan dan/ atau bentuk lainnya yang dipersamakan dengan itu; Memberikan kredit; Menerbitkan surat pengakuan hutang; Membeli, menjual atau menjamin atas risiko sendiri maupun untuk kepentingan dan atas perintah nasabahnya: surat wesel, surat pengakuan hutang, kertas perbendaharaan negara, surat jaminan pemerintah, Sertifikat Bank Indonesia, obligasi, surat dagang berjangka waktu sampai dengan 1 tahun dan instrumen surat berharga lainnya yang berjangka waktu sampai dengan 1 tahun; Memindahkan uang baik untuk kepentingan sendiri maupun untuk kepentingan nasabah; Menempatkan dana pada, meminjam dana dari, atau meminjamkan dana kepada bank lain, baik dengan menggunakan surat, sarana telekomunikasi maupun dengan wesl unjuk, surat atau sarana lainnya; Menerima pembayaran dari tagihan atas surat berharga dan melakukan perhitungan dengan atau antar pihak ketiga; Menyediakan tempat untuk menyimpan barang dan surat berharga (safe deposit box); Melakukan kegiatan penitipan untuk kepentingan pihak lain berdasarkan suatu kontrak (custodian); Melakukan penempatan dana dari nasabah kepada nasabah lainnya dalam bentuk surat berharga yang tidak tercatat di bursa efek; Membeli melalui pelelangan agunan baik semua maupun sebagian dalam hal debitor tidak memenuhi kewajibannya kepada bank, dengan ketentuan agunan yang dibeli tersebut wajib dicarikan secepatnya;*

Melakukan kegiatan anjak piutang, usaha kartu kredit dan kegiatan wali amanat; Menyediakan pembiayaan bagi nasabah berdasarkan prinsip bagi hasil sesuai dengan ketentuan yang ditetapkan Peraturan Pemerintah; dan Melakukan kegiatan lain yang lazim dilakukan oleh bank sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang ini dan peraturan perundang-undangan yang berlaku".

Sedangkan BPR ditegaskan pasal 14, dilarang melakukan usaha di luar pasal 13 UU No.10/1998, secara limitatif menetapkan usaha Bank Perkreditan Rakyat meliputi: *"Menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan berupa deposito berjangka, tabungan dan/atau bentuk lainnya yang dipersamakan dengan itu; Memberikan kredit; Menyediakan pembiayaan bagi nasabah berdasarkan prinsip bagi hasil sesuai dengan ketentuan yang ditetapkan dalam Peraturan Pemerintah; dan Menempatkan dananya dalam bentuk Sertifikat Bank Indonesia (SBI), deposito berjangka, sertifikat deposito dan tabungan pada bank lain".*

b. Penetapan Batas Minimum *Capital Adequacy Ratio* CAR).

Berdasarkan keputusan Direksi Bank Indonesia No.26/20/KEP/DIR tanggal 29 Mei 1993, presentasi minimal dari Capital Adequacy ratio (CAR) adalah 7% sejak akhir Maret 1993 dan 8% sejak akhir Desember 1993. Dengan Surat Keputusan Direksi Bank Indonesioa No.28/KEP/DIR tanggal 7 September 1995, besarnya CAR ditingkatkan lagi menjadi 9% pada tahun 1997, menjadi 10%, tahun 1999 menjadi 12% pada tahun 2001.[346] Ditetapkannya

346 Anonim, "Kebijakan Moneter Ketat Dipertahankan", *Suara Pembaruan*, 20 Juni 1998, 3.

ketentuan minimal CAR bertujuan agar bank bertanggung jawab dengan segala transaksi yang dilakukannya, terutama dalam hal pemberian kredit. Disamping itu agar bank tidak melakukan kegiatan yang bertujuan untuk mempercepat ekspansi assets-nya tanpa didukung oleh keuangan yang berasal dari modalnya sendiri.

c. Kewajiban penyimpanan dana *(Reserve Requirement/ RR).*

Bank wajib menyimpan sebagian dananya pada Bank Indonesia minimal sebesar prosentase tertentu dari besarnya dana pihak ketiga dan valuta asing yang disimpan oleh pihak ketiga di bank (reserve requirement (RR), yang semula berdasarkan Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia No.21/56/KEP/DIR, 27 Oktober 1988 tentang Pemeliharaan Likuiditas Wajib Minimum Dalam Rupiah bagi bank dan LKBB ditentukan sebesar 2%. Kemudian berdasarkan Surat keputusan Direksi No. 281/113/KEP/DIR tanggal 14 Desember 1995 tentang Giro Wajib Minimum Bank Umum pada Bank Indonesia Dalam Rupiah dan Valuta Asing, menentukan bank wajib memelihara Giro Wajib Minimum dalam rupiah sebesar 3% dari dana rupiah pihak ketiga dan dalam valuta asing sebesar 3% dari pihak ketiga. Dengan Surat Keputusan Direksi BI tentang Perubahan Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia No. 281/113/ KEP/DIR, 14 Desember 1995 tentang Giro Wajib Minimum Bank Umum Pada Bank Indonesia Dalam Rupiah Dan Valuta Asing, besarnya persentase Giro Wajib Minimum (GWM) dalam rupiah dan valuta asing diubah dari 3% menjadi 5% dari Dana Pihak Ketiga (DPK) Bank baik Dalam Rupiah maupun Dalam Valuta Asing. Perubahan persentase GWM tersebut berlaku sejak 16 April 1997.

d. Penetapan *Loan To Deposit Ratio* (LDR).

Bank juga harus memperhatikan penetapan batas minimum *Loan to Deposit Ratio* (LDR), yaitu perbandingan antara kredit yang diberikan oleh bank terhadap dana simpanan (deposit, giro, tabungan dan bentuk simpanan lainnya) dari bank yang bersangkutan. Berdasarkan ketentuan SEBI Nomor 26/5/BPPP, 29 Mei 1993 LDR ditetapkan tidak boleh melebihi 110%.

e. Kewajiban memelihara tingkat kesehatan bank.

Bank wajib memelihara tingkat kesehatan bank sesuai dengan ketentuan kecukupan modal, kualitas aset, kualitas manajemen, likuiditas rentabilitas, solvabilitas dan aspek lain yang berhubungan dengan usaha bank, dan wajib menerapkan prinsip kehati-hatian (Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998, pasal 29 ayat (2).

f. Kewajiban bank menyediakan informasi mengenai kemungkinan timbulnya risiko kerugian bagi transaksi nasabah.

Makna dari Pasal 29 ayat 4 UU No.10/1998 menurut penjelasan resminya, adalah bahwa bank perlu memberikan informasi apabila bank bertindak sebagai perantara dalam melakukan penempatan dana dari nasabah atau bank sebagai perantara membeli atau menjual surat berharga untuk kepentingan dan atas perintah nasabahnya.

g. Kewajiban bank menyampaikan kepada Bank Indonesia segala keterangan dan penjelasan mengenai usahanya menurut tata cara yang ditetapkan oleh Bank Indonesia.

Kewajiban sebagaimana dimaksud dalam pasal 30 ayat 1 Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 ini dimaksudkan sebagai suatu cara bagaimana Bank Indonesia dapat mengetahui jalannya kegiatan usaha suatu bank, jadi sebagai suatu perwujudan pemantauan atau monitoring. Hal ini perlu dilakukan sebagai usaha mengawasi bank baik dalam rangka pemberian kredit maupun dalam rangka memberi perlindungan atas dana simpanan dari masyarakat sekaligus merupakan cara nmengetahui kesehatan suatu bank.

h. Kewajiban memberi kesempatan memeriksa buku dan berkas.

Apabila keterangan dan penjelasan dari bank seperti disebutkan di atas sudah diserahkan kepada Bank Indonesia dan kemudian tidak ada tindak lanjut dari Bank Indonesia maka percumalah kewajiban tersebut. Keterangan atau penjelasan bank itu harus diperiksa kebenarannya. Untuk itu perlu ada kewenangan pada bank Indonesia untuk memeriksa buku-buku dan berkas-berkas serta dokumen lainnya. Itulah sebabnya pembentuk undang-undang di dalam pasal 30 ayat (2) menetapkan kewajiban bank memberikan kesempatan pemeriksaan buku dan berkas yang ada kepada Bank Indonesia kalau perlu Bank Indonesia dapat melakukan pemeriksaan berkala atau setiap waktu. Dewan moneter dapat meminta laporan mengenai hasil pemeriksaan tersebut atau

meminta Bank Indonesia melakukan pemeriksaan khusus terhadap bank dan melaporkan hasilnya.

Bank Indonesia yang memperoleh penjelasan dan berkas itu wajib merahasiakan, dan tidak mengumumkannya. Menjadi pertanyaan, sejauh mana kerahasiaan itu harus dipegang? Apakah kerahasiaan itu juga mengenai keadaan bank yang sebenarnya tidak sehat lagi menurut penilaian Bank Indonesia? Apakah nasabah deposan dengan kerahasiaan itu menjadi terlindung atau sebaliknya dapat dirugikan karena terlambat mengetahuinya? Sejauh mana perlindungan dalam ketentuan/kewajiban merahasiakan itu bagi kepentingan nasabah deposan. Apakah kerahasiaan itu bukan justru hanya melindungi bank bersangkutan dan deposan didiamkan terserah kepada nasib sial saja? Kerahasiaan tersebut masih belum jelas batas-batasnya.

i. Kewajiban bank menyampaikan kepada Bank Indonesia neraca dan perhitungan laba/rugi tahunan serta penjelasannya serta laporan berkala lainnya dalam waktu dan bentuk yang ditetapkan oleh Bank Indonesia.

Neraca serta perhitungan laba/rugi tahunan sebagaimana dimaksud dalam pasal 34 ayat 1 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998itu harus terlebih dahulu diaudit oleh akuntan publik. Hal ini termasuk suatu kewajiban bank untuk memberikan pertanggungjawaban bidang keuangan yang telah diperiksa oleh tenaga profesional. Bahwa neraca perhitungan laba/rugi itu harus diaudit lebih dulu merupakan perwujudan pengawasan eksternal.

j. Bank wajib mengumumkan neraca dan perhitungan laba/rugi dalam waktu dan bentuk yang ditetapkan oleh Bank Indonesia.

Mengingat terkaitnya kepentingan nasabah penyimpan dana pada bank dimana nasabah penyimpan dana itu menyimpan dananya, maka para penyimpan dana perlu selalu mengetahui keadaan keuangan banknya dari waktu-ke waktu. Hal itu antara lain dapat diketahui melalui neraca dan perhitungan laba/rugi dari bank tersebut. Untuk memenuhi kepentingan nasabah, pasal 35 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 mewajibkan bank mengumumkan neraca. Seperti dijelaskan dalam penjelasan resmi atas pasal 30 ayat (1) dan (2) UU No.10/1998 bahwa keterangan penjelasan, pemeriksaan buku itu adalah untuk tujuan pemantauan dan untuk memperoleh kebenaran tentang laporan bank sehingga mungkin masih dalam taraf tidak perlu diketahui pihak luar? Pembentuk undang-undang menghendaki pengumuman neraca dan perhitungan laba/rugi itu oleh bank adalah supaya masyarakat mengetahui keadaan keuangan dan kegiatan usaha bank dalam rangka membimbing dan mempertinggi kepercayaan terhadap bank. Hal ini berbeda dengan kewajiban bank yang ditetapkan dalam pasal 30 ayat (1) dan ayat (2), karena kewajiban ini tidak untuk diumumkan dan sifatnya adalah rahasia. Artinya bahwa semua keterangan dan penjelasan mengenai usaha suatu bank yang wajib disampaikan kepada Bank Indonesia dan hasil pemeriksaan buku dan berkas tidak untuk diumumkan atau bersifat rahasia. Alasannya tidak jelas mengapa harus dirahasiakan.

k. Keharusan pemberian kredit berdasarkan analisa 5-C.

Menurut pasal 20 ayat (4), Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998, dalam memberikan kredit dan melakukan kegiatan usaha lainnya, bank wajib menempuh cara-cara yang tidak merugikan bank dan kepentingan nasabah. Pasal 29 ayat (4) harus dikaitkan dengan pasal 8 yang menentukan dalam memberikan kredit, bank umum wajib mempunyai keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan debitor melunasi hutangnya sesuai dengan yang diperjanjikan. Untuk mengurangi resiko, jaminan pemberian kredit, dalam arti kayakinan atas kemampuan dan kesanggupan debitor untuk melunasi utangnya sesuai dengan yang diperjanjikan, merupakan faktor penting yang harus diperhatikan oleh bank. Sebagaimana menurut penjelasan pasal 8 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998, bahwa karena kredit yang diberikan oleh bank mengandung resiko kiranya bank harus memperhatikan asas-asas perkreditan yang sehat, sehingga untuk memperoleh keyakinan tersebut, sebelum memberikan kredit bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan dan prospek usaha. Dalam dunia perbankan pendekatan atau analisis kredit yang demikian itu disebut pendekatan *The Five C's of Credit (Character, Capital, Capasity, Conditions dan Collateral)*. [347] Tujuan pasal 8 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 itu ialah agar dalam pemberian kreditnya bank hanya memberikan kredit kepada nasabah yang memiliki *willingness to repay dan ability to repay*, sehingga kredit bank akan sekecil mungkin mengalami resiko

347 S. Sundari Arie "Masalah-Masalah Hukum Kejahatan Perbankan" (Jakarta, BPHN-Departemen Kehakiman, 1990/1991),93.

kemacetan. Hal itu dapat dimengerti karena tingkat kemacetan suatu bank yang tinggi akan dapat mengakibatkan bank menjadi tidak sehat atau bank yang bermasalah, yang sudah barang tentu akan dapat merugikan bank dan kepentingan nasabah. Terlihat dalam pasal 29 ayat (3) ini, pembentuk undang-undang di samping memikirkan kepentingan bank yang menyalurkan dana kepada masyarakat, juga memikirkan kepentingan deposan. Jadi kewajiban bank menyalurkan kredit harus memperhatikan kepentingan bank dan deposan, sesuai pasal 29 ayat (4) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998, yang menetapkan, bahwa: "Dalam memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah dan melakukan kegiatan usaha lainnya, bank wajib menempuh cara-cara yang tidak merugikan bank dan nasabah yang mempercayakan dananya kepada bank.

Pasal 29 ayat (4) ini harus dikaitkan dengan ketentuan pasal 8 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998, yang menentukan bahwa: "Dalam memberikan kredit, bank umum wajib mempunyai keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan debitor untuk melunasi hutangnya sesuai dengan yang diperjanjikan". Menurut penjelasannya, karena kredit yang diberikan oleh bank mengandung resiko kiranya bank harus memperhatikan asas-asas perkreditan yang sehat. Untuk mengurangi resiko tersebut, jaminan pemberian kredit, dalam arti keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan debitor untuk melunasi utangnya sesuai dengan yang diperjanjikan, merupakan faktor penting yang harus diperhatikan oleh bank. untuk memperoleh keyakinan tersebut, sebelum memberikan kredit, baik harus dilakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan dan prospek usaha dari debitor".

l. Penetapan Batas Maksimum Pemberian Kredit (BMPK).

Dalam pemberian kredit, bank pada hakikatnya harus menganut asas "mengambil risiko sekecil mungkin". Asas yang terkandung di dalam pepatah orang Inggris: *"Dont put all your eggs in one basket"* harus diperhatikan dalam pemberian kredit. Oleh karena itu, praktik pemberian kredit oleh suatu bank kepada perusahaan tertentu, kelompok usaha tertentu, kepada pemegang saham, dan pengurus bank, harus dihindarkan. Pemberian kredit yang terlalu berlebihan akan dapat menempatkan bank dalam keadaan berisiko tinggi. Pasal 11 ayat (2) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998, menetapkan Batas Maksimum Pemberian Kredit (BMPK) atau Legal Lending Limit (3L) yang harus dipatuhi oleh bank: "Batas Maksimum Pemberian Kredit tidak boleh melebihi 30% dari modal bank. Besarnya batas tersebut adalah tidak boleh melebihi 10% apabila fasilitas itu diberikan kepada: pemegang saham yang memiliki 10% atau lebih dari modal yang disetor bank; anggota dewan komisaris lengkap".

m. Kewajiban pelaksanaan *Fit And Proper Test*.

Bank sebagai suatu lembaga kepercayaan, sangat tergantung kepada kepercayaan masyarakat. Makin tinggi kepercayaan masyarakat, makin tinggi kesadaran masyarakat untuk menyimpan uangnya. Terpeliharanya tingkat kepercayaan masyarakat, sangat tergantung bukan saja kepada keahlian pengurus, tetapi juga integritas pengelolanya. Dengan demikian diharapkan hanya dikelola orang yang bukan saja profesional, tetapi juga integritas yang tinggi. Menyadari hal tersebut, maka Bank Indonesia mengeluarkan Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia No. 27/118/

KEP/DIR, 25 Januari 1995 yang lebih lanjut diatur dengan SEBI No. 27/UPPB, 25 Januari 1995, yang merupakan pelaksanaan dari pasal 7 PP No. 70 Tahun 1992, yang menentukan bahwa: "Sebagai salah satu syarat untuk dapat menjadi anggota direksi dan dewan komisaris bank umum harus tidak pernah antara lain: melakukan manipulasi yang dapat merugikan bank, melakukan transaksi fiktif, melakukan kolusi dengan nasabah atau pihak lain yang merugikan bank, melakukan praktek bank dalam bank, atau melakukan usaha bank diluar pembukuan bank, melakukan *window dressing* dalam pembukuan atau laporan bank yang secara materiil berpengaruh terhadap keuangan bank sehingga mengakibatkan penilaian yang keliru, mempunyai kredit macet pada suatu bank, pernah dihukum oleh pengadilan karena memiliki akhlak dan moral yang tidak baik, seperti penjudi atau penipu, orang yang sedang dihukum atau pernah dihukum karena tindak pidana dibidang perbankan atau perekonomian berdasarkan keputusan pengadilan. Bahkan kepada pengurus dan pemilik bank yang terbukti melakukan pelanggaran ketentuan perbankan dikenakan sanksi yang berat, antara lain dimasukkan dalam daftar kredit macet dan atau dinyatakan tidak lulus ***Fit and Proper*** sebagai pengurus dan atau pemilik bank".

2. Pengawasan dan Pengaturan Perkreditan Nasional.

Sehubungan dengan tugas dan wewenang Bank Indonesia melakukan pengawasan dan pengaturan perkreditan perbankan, dikeluarkan pedoman dan ketentuan perkreditan perbankan serta pengawasannya, antara lain:

a. Compliance director (Direktur kepatuhan dalam melaksanakan tugasnya guna memantau dan memastikan pelaksanaan prinsip kehati-hatian dalam pengelolaan bank.

Bank Indonesia 20 September 1999 mengeluarkan peraturan Bank Indonesia No.1/6/PBI/1999, yang menegaskan, bahwa:"Direktur kepatuhan adalah anggota direksi atau anggota pimpinan kantor cabang bank asing untuk menetapkan kepatuhan terhadap peraturan Bank Indonesia, peraturan perundang-undangan lain". Pasal 19 ayat 5 S.K. Direksi Bank Indonesia No.31/177/KEP/DIR, 31 Desember 1998, antara lain ditetapkan bahwa: "yang dapat dikenakan sanksi pidana dalam kasus pelanggaran BMPK hanya "pelanggaran karena tidak melaksanakan action plan (rencana penyelesaian)", sedangkan terhadap kejadian pelanggaran BMPK, pihak bank wajib lapor kepada Bank Indoensia dan untuk pelanggaran terhadap ketentuan penyampaian laporan, maka kepada bank yang tidak menyampaian laporan setelah diberi peringatan 2 x teguran oleh Bank Indonesia, akan dikenakan sanksi administratif sebagaimana dimaksud dalam pasal 52 ayat (2) UU.No.10/1998. Dalam pasal 19 ayat (2) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia No.31/177/KEP/DIR, antar lain ditegaskan, bahwa: "pencantuman anggota pengurus, pegawai bank, pemegang saham dalam Daftar Orang Tercela (DOT) di bidang perbankan, atau pembekuan kegiatan usaha tertentu, atau larangan untuk turut serta dalam kegiatan kliring (schorsing clearing)".

b. Pengurus bank berkewajiban mengawasi dan memantau kredit yang telah disalurkan kepada pihak peminjam.

Bank wajib menjaga kualitas aktiva produktif atau kualitas atas penanaman dana bank baik dalam rupiah maupun valuta asing dalam bentuk kredit, surat berharga, penempatan dana antar bank, penyertaan, komitmen dan kontijensi transaksi rekening administratif. Pasal 2 ayat (2) lampiran SK Direksi Bank Indonesia No.31/147/KEP/DIR 12 Nopember 1998: "Kualitas kredit dapat digolongkan menjadi lancar, dalam perhatian khusus, kurang lancar, diragukan dan macet menurut kriteria yang ditetapkan. Pengurus bank wajib memantau dan mengambil langkah agar kualitas aktiva produktif senantiasa dalam keadaan baik". Dalam kaitannya dengan resiko kemungkinan kerugian dalam pemberian kredit, oleh Bank Indonesia telah dikeluarkan SK. Direksi BI No.31/148/KEP/DIR, 12 Nopember 1998 tentang pembentukan penyisihan penghapusan akativa produktif, dalam pasal 7, antara lain ditentukan bahwa: "Bagi kredit yang diberikan lebih dari satu milyar lima ratus juta rupiah kepada debitur atau grup debitur oleh bank yang memiliki modal setinggi-tingginya sampai dengan tiga ratus milyar rupiah, penilaian agunannya wajib dilakukakn penilai independen".

3. Pelaksanaan Kewajiban Bank Terhadap Nasabah

Salah satu bentuk jaminan kepastian hukum perlindungan terhadap nasabah bank, adalah melalui pelaksanaan kewajiban bank terhadap nasabah. Hal ini sebagai konsekuensi logis dari suatu perjanjian, dimana selain para pihak diberikan hak, juga dibebani

dengan berbagai kewajiban yang harus dilaksanakan. Berdasarkan penelitian,[348] pertanggung jawaban bank terhadap nasabah, dapat digambarkan dalam tabel dibawah ini:

348 Sundari Arie M. *Aspek Hukum Pertanggungjawaban Bank Terhadap Nasabah.* (Jakarta: BPHN-Departemen Kehakiman, 1993/1994), 23-25.

Tabel: 3. 3 Kewajiban Bank kepada Para Nasabah

Pemegang Rekening Giro (Giran)	Penabung	Deposan
Menatausahakan mutasi rekening giro yang bersangkutan yang meliputi: Membukukan setoran baik setoran tunai maupun pemindah bukuan. Membukukan pengambilan baik tunai maupun pemindah bukuan.	Menerima setoran tunai atau pemindah bukuan serta membukukan pada rekening tabungan dan buku tabungan.	Membayar bunga yang berlaku.
Membayarkan atas penyerahan cek. Membukukan jasa giro yang diberikan bank.	Membayar bunga sesuai perjanjian.	Membayar tunai atas penyerahaan bilyet deposito jika waktu jatuh tempo.
Memberikan advis debet atau advis kredit kepada pemegang rekening serta memberitahukan saldonya secara berkala atau secara insidental. Meneruskan tagihan kepada bank lain dalam hal nasabah. Menyetorkan warkat kliring.	Membayar tunai atas penyerahan kuitansi yang sah.	Membayar tunai dengan memperhitungkan diskonto atas penyerahan kembali sertifikat deposito sebelum tanggal jatuh tempo.
Menjaga kerahasiaan data keuangan nasabah.	Menjaga kerahasiaan data keuangan nasabah.	Membayar tunai atas penyerahaan kembali sertifikat deposito oleh nasabah setelah tanggal jatuh tempo.
Menolak pembayaran atas penyerahan cek yang cacat/ tidak memenuhi syarat atau menolak pembebanan atas penyerahan warkat pemindah bukuan yang cacat/tidak memenuhi syarat.	Menolak pembayaran atas penyerahan kuitansi yang tidak sah.	Menjaga kerahasiaan atas data keuangan nasabahnya.

Sumber: Laporan Akhir Penelitian Hukum Tentang Aspek Hukum Pertanggung-jawaban Bank Terhadap Nasabah, Jakarta, BPHN-Departemen Kehakiman.

Hal yang sangat mendasar dalam hubungan antara bank dan nasabah dalam kaitannya dengan keamanan dan jaminan pengembalian simpanan dana nasabah, adalah pelaksanaan berbagai kewajiban bank untuk selalu menjaga keamanan simpanan nasabah. Adapun kewajiban dimaksud dapat digambarkan dalam tabel di bawah ini:

Tabel:3.4 Pelaksanaan Kewajiban Bank Dalam Rangka Perlindungan Nasabah

KEWAJIBAN BANK
1. Melindungi keamanan simpanan nasabah dengan menjaga kerahasiaan bank sebagaimana diatur dalam pasal 40 s/d 45 UU No. 10/1998 tentang Perbankan, dan terhadap pelanggarannya diancam sanksi hukum seperti dalam pasal 46 s/d 53 UU No. 10/1998. Karena adanya ketentuan rahasia bank, maka nasabah merasa terlindungi dan terjaga keamanan simpanan dananya pada bank. Pihak yang dapat menerobos ketentuan rahasia bank, memblokir rekening nasabah adalah sebagaimana diatur dalam UU No. 10/1998 yaitu nasabah, kepolisian, kejaksaan dan hakim pengadilan.
2. Membayar, mengembalikan simpanan dana nasabah, sesuai dengan jenis simpanan masing-masing sebagaimana diperjanjikan sebelumnya.
3. Menyisihkan sebagian dana *(likuiditas)* bank sesuai dengan ketentuan ***cash ratio/reserve requirement*** yang ditetapkan Bank Indonesia (***Primary Reserve).***
4. Menyisihkan sebagian uang tunai dan sebagian kekayaan yang mudah untuk dicairkan untuk keperluan likuiditas (***Secondary Reserve).***
5. Menjaga posisi likuiditas (***Loan to Deposits Ratio*** di bawah 85%).
6. Memelihara aktiva lancar ***(liquid asset)*** pada tingkat yang memadai dan aman, melalui penempatan dana pada bank lain, SBI, serta surat-surat berharga yang diperdagangkan di bursa terutama obligasi, dan menyelenggarakan rapat ***Asset Liability Management (ALMA)*** setiap bulan.
7. Penyaluran dana kepada masyarakat benar-benar selektif dan benar-benar menguntungkan serta dapat ditarik kembali sesuai jangka waktu yang diperjanjikan.
8. Pada umumnya melaksanakan prinsip kehati-hatian ***(Prudential Banking Principles)*** sebagaimana ditetapkan Bank Indonesia.
9. Pelanggaran atas kewajban dan larangan itu bila sampai menimbulkan kerugian bagi pihak terkait dengan bank, dapat dijadikan dasar oleh pihak yang dirugikan untuk menuntut ganti kerugian dari bank yang telah melakukan perbuatan melawan hukum itu (pasal 1365 KUHPerdata).

Sumber: Laporan Akhir Penelitian Hukum Tentang Aspek Hukum Pertanggung-jawaban Bank Terhadap Nasabah, Jakarta, BPHN-Departemen Kehakiman.

Mengingat adanya kepentingan nasabah terhadap kesehatan bank, maka nasabah perlu untuk mengetahui tingkat kesehatan bank yang akan dimanfaatkan jasa pelayanannya. Akan tetapi, berdasarkan ketentuan dalam pasal 33 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998, antara lain ditetapkan, bahwa: "Hasil penilaian tingkat kesehatan bank yang dilakukan oleh Bank Indonesia bersifat rahasia. Sebagaimana telah ditetapkan Bank Indonesia dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia No.27/119/KEP/DIR dan Surat Edaran Bank Indonesia No.27/5/UPPB, keduanya tertanggal 25 Januari 1995, kepada seluruh bank umum dan BPR wajib mengumumkan Neraca, Laporan Komitmen dan Kontijensi serta Perhitungan Laba Rugi untuk posisi akhir bulan Juni dan Desember. Pengumuman dilakukan di surat kabar nasional akan tetapi bagi BPR ditetapkan pengecualian bahwa selain di surat kabar, pengumuman dapat juga dilakukan dengan menempelkan laporan tersebut pada papan pengumuman di kantor BPR yang bersangkutan. Khusus untuk laporan akhir tahun (Desember), wajib disusun berdasarkan laporan keuangan yang dipertanggungjawabkan oleh direksi atau yang telah diaudit oleh Akuntan Publik. Dari pengumuman laporan keuangan publikasi yang dimuat di surat kabar tersebut, diharapkan masyarakat khususnya pengguna jasa bank dapat mengetahui kesehatan suatu bank, setidak-tidaknya gambaran umum mengenai keadaan keuangan bank".

Dalam rangka menjamin keberlangsungan bisnis perbankan di Indonesia, pemerintah telah membuat Kebijakan mengenaiJaring Pengaman Sistem Perbankan Nasional, antara lain, yaitu:

1) Peran Bank Indonesia dalam Manajemen Krisis

Pengalaman krisis keuangan yang dialami dunia, termasuk Indonesia, telah mengajarkan otoritas dunia akan pentingnya sebuah Protokol Manajemen Krisis (PMK). Kata protokol sendiri didefinisikan sebagai sistem aturan yang menjelaskan praktek-praktek (conduct) dan prosedur yang benar (atau dianggap benar) yang harus dijalankan dalam suatu situasi yang formal. Keberadaan PMK dalam sistem keuangan sangat penting dalam upaya penyelesaian krisis (crisis resolution) untuk membantu otoritas keuangan bereaksi dan mengambil langkah-langkah tepat dan terkoordinasi dengan cepat. Keberadaan PMK di Indonesia diatur dalam Undang-Undang No.9 tahun 2016 tentang Pencegahan dan Penanganan Krisis Sistem Keuangan. Berdasarkan UU tersebut, amanat pencegahan dan penanganan krisis sistem keuangan dipegang oleh Komite Stabilitas Sistem Keuangan (KSSK) yang beranggotakan Kementerian Keuangan (Kepala KSSK), Bank Indonesia, Otoritas Jasa Keuangan (OJK), serta Lembaga Penjamin Simpanan (LPS). KSSK merupakan forum koordinasi, kerjasama dan pertukaran informasi antar otoritas dalam rangka pemantauan dan pemeliharaan SSK, penanganan krisis sistem keuangan, serta penanganan permasalahan bank sistemik dalam kondisi sistem keuangan normal maupun kondisi krisis sistem keuangan. Selanjutnya, dalam kondisi pandemi COVID-19, Undang-undang Nomor 2 Tahun 2020 yang mengatur tentang kebijakan penanganan pandemic COVID-19 melengkapi UU PPKSK, untuk memberikan landasan hukum dalam upaya penguatan PMK di tengah langkah Pencegahan dan penanganan krisis pandemi COVID-19.

PMK Bank Indonesia mencakup langkah pencegahan dan penanganan Krisis, termasuk proses pengambilan keputusan dan koordinasi dengan Pemerintah, KSSK dan/atau institusi terkait. PMK Bank Indonesia mengedepankan prinsip tata kelola yang baik, pengutamaan pencegahan dan percepatan penanganan krisis serta koordinasi dan komunikasi yang efektif. Dalam prosesnya, protokol dijalankan melalui koordinasi dan pertukaran data serta informasi, pelaksanaan keputusan Rapat Dewan Gubernur, evaluasi terhadap status tekanan dan respons kebijakan serta komunikasi pencegahan dan penanganan krisis. Semua kerangka kebijakan dan protokol koordinasi antarlembaga ini diuji dalam Simulasi Pencegahan dan Penanganan Krisis Nasional (Simkrisnas) yang dilaksanakan dari waktu ke waktu. Sebagai bank sentral, Bank Indonesia secara konsisten menjalankan fungsinya sebagai Lender of Last Resort (LoLR), baik dalam kondisi normal maupun krisis. Dalam kerangka LoLR, Bank Indonesia dapat memberikan Pinjaman Likuiditas Jangka Pendek dan Pinjaman Likuiditas Jangka Pendek Syariah (PLJP/PLJP Syariah), serta Pinjaman Likuiditas Khusus (PLK) bagi perbankan nasional. Fasilitas ini ditujukan untuk mengatasi permasalahan likuiditas jangka pendek agar stabilitas sistem keuangan dan kepercayaan masyarakat tetap terjaga.

2) Komite Stabilitas Sistem Keuangan (KSSK)

Komite Stabilitas Sistem Keuangan (KSSK) dibentuk sebagai upaya menyelenggarakan pencegahan dan penanganan krisis sistem keuangan demi kepentingan dan ketahanan negara di bidang perekonomian. Berdasarkan Undang-Undang Pencegahan dan Penanganan Krisis Sistem Keuangan (UU PPKSK), KSSK beranggotakan Menteri Keuangan sebagai koordinator merangkap

anggota dengan hak suara, Gubernur Bank Indonesia sebagai anggota dengan hak suara, Ketua Dewan Komisioner Otoritas Jasa Keuangan sebagai anggota dengan hak suara, dan Ketua Dewan Komisioner Lembaga Penjamin Simpanan sebagai anggota tanpa hak suara. Setiap anggota Komite Stabilitas Sistem Keuangan bertindak untuk dan atas nama lembaga yang dipimpinnya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. KSSK bertugas melakukan koordinasi pemantauan dan pemeliharaan SSK, melakukan penanganan krisis sistem keuangan, serta melakukan penanganan permasalahan bank sistemik, baik dalam kondisi normal maupun kondisi krisis sistem keuangan. Dalam pelaksanaan tugasnya, KSSK menetapkan kriteria dan indikator penilaian kondisi SSK, melakukan penilaian kondisi, menetapkan langkah koordinasi untuk mencegah krisis, serta merekomendasikan perubahan status SSK dan langkah penanganan krisis kepada Presiden.

Dalam rangka menjaga stabilitas perekonomian dan sistem keuangan Indonesia di tengah tekanan dampak pandemi COVID-19 dan mengakselerasi program Pemulihan Ekonomi Nasional (PEN), lembaga anggota KSSK bersinergi merumuskan dan melaksanakan respons kebijakan yang terintegrasi dan bersifat antisipatif (forward looking). Sinergi kebijakan ini ditetapkan sebagai ”Paket Kebijakan Terpadu untuk Peningkatan Pembiayaan Dunia Usaha dalam rangka Percepatan Pemulihan Ekonomi”, ditujukan untuk membantu dunia usaha agar tetap bertahan dan menopang pemulihan ekonomi.

Sebagai bagian dari sinergi tersebut, Bank Indonesia menempuh bauran kebijakan moneter, makroprudensial, dan sistem pembayaran yang akomodatif untuk mendorong akselerasi pemulihan ekonomi dengan tetap menjaga stabilitas sistem

keuangan. Bank Indonesia juga melakukan inovasi kebijakan dan memperkuat sinergi dengan Pemerintah dan KSSK dalam rangka mendorong penyaluran kredit/pembiayaan industri keuangan terutama kepada sektor-sektor prioritas dan UMKM.

3) Forum Stabilitas Sistem Keuangan

Forum Stabilitas Sistem Keuangan (FSSK) adalah forumkoordinasi, kerja sama dan pertukaran informasi antara otoritas yang berkepentingan dalam pemeliharaan stabilitas sistem keuangan Indonesia. Forum ini sangat diperlukan terutama dalam menghadapi risiko atau dampak sistemik, yang penyelesaiannya menuntut kebijakan dan pengambilan keputusan bersama secara efektif dan responsif. FSSK dibentuk pada tanggal 30 Desember 2005, berdasarkan Keputusan Bersama Menteri Keuangan, Gubernur Bank Indonesia, dan Ketua Dewan Komisioner Lembaga Penjamin Simpanan. Ada empat fungsi pokok FSSK, yakni:

1. Menunjang pelaksanaan tugas Komite Koordinasi dalam proses pengambilan keputusan terhadap Bank Bermasalah yang ditengarai sistemik;
2. Melakukan koordinasi dan tukar menukar informasi untuk sinkronisasi peraturan perundang-undangan dan ketentuan di bidang perbankan, lembaga keuangan non bank, dan pasar modal;
3. Membahas berbagai permasalahan yang dihadapi oleh lembaga-lembaga yang berkecimpung dalam sistem keuangan yang berpotensi sistemik berdasarkan informasi dari otoritas pengawas lembaga keuangan;
4. Mengkoordinasikan pelaksanaan atau persiapan inisiatif tertentu di sektor keuangan.

Untuk memudahkan pelaksanaan keempat fungsi di atas, FSSK dikelompokkan dalam tiga jenjang, yakni:

1. Forum Pengarah, bertugas memberikan arahan kepada Forum Pelaksana mengenai fungsi pokok FSSK. Forum Pengarah terdiri dari 7 orang anggota, yakni 3 orang setingkat Direktur Jenderal (Dirjen) Departemen Keuangan, 3 orang anggota Dewan Gubernur Bank Indonesia dan 1 orang Kepala Eksekutif LPS.
2. Forum Pelaksana, bertugas melaksanakan fungsi pokok FSSK sesuai arahan dari Forum Pengarah terdiri dari 14 orang anggota, yakni 6 orang Direktur di Departemen Keuangan, 6 orang Direktur Bank Indonesia, dan 2 orang Direktur LPS.
3. Tim Kerja, berfungsi menunjang kelancaran tugas Forum Pengarah dan Forum Pelaksana, beranggotakan pejabat-pejabat dari Kementerian Keuangan, Bank Indonesia dan Lembaga Penjamin Simpanan yang dibentuk berdasarkan usulan dari masing-masing lembaga dan keputusan Forum Pengarah.

D. Penyelesaian Hukum Atas Bank Bermasalah

1. Bank Tidak Memenuhi Kewajibannya (Wanprestasi)

Pengguna jasa bank atau lazim dikenal nasabah bank adalah pihak baik orang maupun badan hukum yang memperoleh jasa pelayanan bank dalam rangka bank menjalankan usahanya. Secara garis besar pengguna jasa bank dapat digolongkan terdiri dari: Penyimpan dana yang terdiri dari deposan, penabung dan giran, yaitu nasabah yang menyimpan dananya dalam bentuk deposito berjangka, tabungan dan/atau rekening giro; Debitur, yaitu nasabah yang menerima fasilitas kredit, overdraft rekening giro atau bank

garansi; Kreditur, yaitu nasabah yang menempatkan dananya di bank atau jual beli surat berharga dengan bank dan selanjutnya bank menerbitkan surat pengakuan hutang; Pelanggan *safe deposit box* dan *custodian*, dan Pemberi amanat, yaitu apabila nasabah menyerahkan dana atau surat berharga untuk ditransfer kepada pihak lain atau menyerahkan surat berharga untuk ditagihkan kepada pihak lain ataupun melakukan penyetoran tunai untuk rekeningnya. Pengertian nasabah dalam hal ini dibatasi hanya nasabah penyimpan dana yaitu sebagai giran, deposan, penabung. Dari berbagai ketentuan peraturan perundang-undangan dibidang perbankan, pada dasarnya perlindungan kepada nasabah tidak dapat dipisahkan dengan upaya menjaga kelangsungan bank dan perlindungan terhadap sistem perbankan pada umumnya.

Adanya pengaruh yang berarti bagi masyarakat dan sistem perbankan, membuat banyak pihak berkepentingan terhadap otoritas moneter, yaitu masyarakat khususnya nasabah bank, pemilik, pengurus/karyawan bank serta Pemerintah. Mengingat banyaknya pihak yang berkepentingan terhadap kesehatan bank serta dalam rangka menciptakan dan menjaga sistem perbankan nasional yang sehat yang berdasarkan prinsip kehati-hatian, maka Bank Indonesia sebagai otoritas pembina dan pengawas perbankan diberi wewenang tunggal oleh undang-undang untuk melakukan pembinaan dan pengawasan terhadap perbankan. Secara umum tujuan pembinaan dan pengawasan bank dimaksudkan untuk meningkatkan keyakinan dari siapapun yang berkepentingan, bahwa bank-bank dari segi finansial tergolong sehat, bahwa bank dikelola dengan baik dan profesional serta bahwa di dalam bank tidak terkandung segi-segi yang merupakan ancaman terhadap kepentingan nasabah penyimpan. Krisis moneter berkepanjangan

yang melanda berbagai negara dikawasan Asia Tenggara, termasuk Indonesia sejak pertengahan Juli 1997, telah membawa dampak buruk terhadap laju pembangunan perekonomian nasional, terutama di bidang perbankan. Keadaan tersebut telah mengakibatkan banyak bank mengalami kesulitan likuditas *(rush)* dalam keadaan darurat, dan juga diperburuk oleh para nasabah yang secara serentak menarik dananya dari bank. Untuk mencegah meluasnya rush ke bank-bank lain yang akan memperparah perekonomian nasional, serta untuk tetap dapat menjaga tingkat kepercayaan masyarakat terhadap perbankan, maka Bank Indonesia sebagai pembina dan pengawas perbankan yang bertanggungjawab untuk mengamankan sistem perbankan nasional.

Ketika deregulasi Pakto 1988 diluncurkan, industri perbankan tumbuh ibarat cendawan dimusim hujan. Dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 yang telah diperbaharui dengan Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perbankan, industri perbankan dewasa ini semakin diberikan keleluasaan bergerak dalam jangkauan yang lebih luas tanpa meninggalkan prinsip kehati-hatian *(Prudential Banking Principles)*. Terbukanya berbagai peluang dibidang perbankan, disatu sisi tetap mewajibkan bank untuk tunduk pada aturan main yang ketat agar asas kehati-hatian untuk memelihara stabilitas keuangan dapat terlaksana, disisi lain aturan-aturan yang ketat tersebut dapat menjadi hambatan bagi bank untuk melakukan ekspansinya. Meskipun mengalami perkembangan yang pesat, industri perbankan sebenarnya menghadapi permasalahan yang besar sebagai dampak dipermudahnya persyaratan pembukaan bank, yaitu antara lain: Kualitas sumber daya manusia yang relatif masih rendah, yang dapat dilihat dari kecenderungan perbankan untuk membajak

pegawai dari bank lain untuk menduduki posisi tertentu; Persaingan yang makin tajam akibat banyaknya jumlah bank dan penyebaran yang tidak merata; Lemahnya struktur permodalan maupun manajemennya; dan motivasi para bankir; serta adanya bank yang tidak memenuhi prinsip kehati-hatian. [349]

Patut diakui bahwa kebijaksanan deregulasi di bidang perbankan telah melahirkan berbagai kesulitan dunia usaha perbankan belakangan ini, antara lain: persaingan yang cukup ketat diantara bank-bank yang menjamur; terjadinya merger, konsolidasi, akusisi dan likuidasi bagi bank yang tidak mampu untuk bersaing. Musim semi bagi industri perbankan, tampaknya telah usai dan kini berganti menjadi musim gugur. Namun secara alamiah bank-bank tersebut terseleksi, karena tidak dikelola dengan baik, sehingga pada 01 Nopember 1997, bank-bank yang tidak sehat, berguguran meskipun pengguguran bank itu dilakukan secara paksa melalui tindakan likuidasi.[350]

---

349 Sejak dikeluarkannya Paket Oktober 1988 oleh pemerintah yang memberikan kemudahan kesempatan tumbuhnya bank-bank baru. Hal ini tercermin dari melonjaknya jumlah bank secara drastis. Pertambahan jumlah bank umum dari 111 bank pada bulan Desember 1988 menjadi 208 bank pada bulan Desember 1992. Angka tersebut mengalami peningkatan menjadi 239 bank pada bulan Desember 1996. Demikian pula halnya dengan Bank Perkreditan Rakyat (BPR) yang bertambah dari 8.041 bank pada bulan Desember 1988 menjadi 8.835 bank pada bulan Desember 1992, dan pada bulan Desember 1996 menjadi angka 9.310. Menurut penjelasan Gubernur Bank Indonesia, Sudrajat Djiwandono, sampai dengan akhir tahun 1995, jumlah bank di Indonesia adalah sebanyak 250 buah bank umum dan 9000 BPR.

350 Hari Sabtu, 01 Nopember 1997, jam 13.00 WIB dapat dikatakan sebagai Sabtu kelabu bagi dunia perbankan, sebab pada hari tersebut pemerintah mengumumkan melikuidasi 16 bank umum berdasarkan Surat Keputusan Menteri Keuangan-RI Nomor: Peng-86/MK/1997 tentang Pencabutan Izin Usaha Bank Umum, diantaranya: PT. Bank Pinaesaan yang berkantor pusat di Manado, PT.

Menurut analisis penulis dapat dikemukakan, bahwa ditinjau dari aspek hukum perjanjian (perikatan antara bank dan nasabah), pihak bank telah melakukan wanprestasi yang merugikan pihak nasabah, karena bank tidak dapat melaksanakan kewajibannya untuk menjaga kesehatan bank. Munculnya berbagai kasus dalam dunia perbankan pasca deregulasi, menunjukkan bahwa dunia usaha perbankan semakin banyak melahirkan bank-bank yang bermasalah. Kasus-kasus bank bermasalah tersebut, telah menggugah kembali tingkat kepercayaan masyarakat terhadap perbankan, perlindungan terhadap kepentingan nasabah yang mempercayakan uangnya pada bank, serta pertanggungjawaban bank terhadap nasabah, menjadi penting diperhatikan.

Bank yang tetap dapat menjaga kelangsungan usahanya dan tetap tangguh dalam persaingan dunia perbankan yang

---

Bank Industri, PT. Anrico Bank Ltd, PT. Astria Raya Bank, PT. Bank Andromeda, PT. Bank Harapan Sentosa, PT. Bank Guna Internasional, PT. Sejahtera Bank Umum, PT. Bank Umum Majapahit, PT. Bank Jakarta, PT. Kosagraha Semesta, PT. Bank Mataram Dhanarta, PT. Bank South East Asia Bank, PT. Pasific, PT. Bank Dwipa Semesta, dan PT. Bank Citrahasta Dhanamanunggal, yang kesemuanya berkantor pusat di Jakarta. Dengan pencabutan izin usaha bank tersebut diatas, maka terhitung sejak tanggal 1 Nopember 1997 bank-bank tersebut wajib menutup seluruh kantor-kantornya untuk umum dan menghentikan segala kegiatan perbankan. Selanjutnya memerintahkan direksi bank-bank tersebut diatas untuk melaksanakan Keputusan Menteri Keuangan tersebut sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Peraturan Pemerintah No.68 tahun 1996 tentang Ketentuan dan Tata Cara Pencabutan Izin Usaha, Pembubaran dan Likuidasi Bank. Pengumuman Likuidasi 16 bank tersebut, merupakan mimpi buruk terutama bagi para nasabah penyimpan dana diatas Rp.20 juta yang nasib simpanannya terancam secara sangat mendadak. Likuidasi 16 bank tersebut memerlukan dana talangan Rp.2,3 triliun untuk mengembalikan dana nasabah deposan kecil di bawah Rp.20 juta, yang menurut pemerintah merupakan 93,7 persen total nasabah. Berbagai kantor bank yang dilikuidasi baik dipusat maupun di daerah diserbu oleh nasabah guna menyelamatkan simpanannya.

semakin ketat dewasa ini, hanyalah bank yang mampu menjaga kesehatannya dengan baik. Suatu bank yang tangguh dan sehat pada dasarnya akan mampu mengamankan dana yang dipercayakan masyarakat kepadanya, dengan sendirinya akan sangat mendukung terbentuknya sistem perbankan yang sehat. Bank sebagai suatu perusahaan dan lembaga kepercayaan masyarakat seharusnya senantiasa berada dalam keadaan solvabel (*solvency*), baik dalam jangka pendek maupun untuk jangka panjang. Dengan demikian, bank harus mampu membayar seluruh kewajibannya pada saat jatuh waktu dan menghasilkan laba sehingga memberikan dividen yang wajar bagi pemilik bank sebagai perusahaan.

Dalam pelaksanaan hubungan antara bank dan nasabah, bank harus mempunyai kondisi keuangan yang baik dan kegiatan operasional yang efisien. Keadaan keuangan yang baik tersebut adalah ditentukan oleh kecukupan dan keberadaan alat likuid dan aktiva produktif bank, yaitu dalam rangka pengelolaan kebutuhan likuiditas dan rentabilitas bank secara memadai dan optimal. Bank sebagai lembaga kepercayaan, dimana kemauan masyarakat untuk menyimpan dananya pada bank semata-mata dilandasi oleh kepercayaan bahwa uangnya akan dapat diperoleh kembali pada waktunya dan disertai imbalan berupa bunga. Namun pengalaman menunjukkan, baik di Indonesia maupun negara-negara lain, terdapat beberapa bank yang mengalami kesulitan dan terpaksa harus ditutup sehingga merugikan masyarakat, karena sebagian atau seluruh dananya tidak dapat diperoleh kembali. Kenyataan demikian dapat menimbulkan kekhawatiran akan perlindungan kepada masyarakat penyimpan dana. Di samping bank harus memelihara kesehatannya sesuai dengan ketentuan yang ditetapkan Bank Indonesia, dalam rangka menjaga kelangsungan usaha bank

dan perlindungan terhadap nasabah, bank juga dibebani berbagai kewajiban.[351]

Untuk melindungi kepentingan bank dalam pemberian kredit kepada nasabahnya, pemerintah pada tahun 1971 telah membentuk lembaga pertanggungan untuk kredit yang diberikan oleh bank melalui PT. Asuransi Kredit Indonesia, yang tugas pokoknya semula memberikan pertanggungan bagi kredit-kredit yang diberikan oleh bank kepada nasabahnya, khususnya untuk KIK dan KMKP. Sejak tahun 1985 khusus untuk pemberian kredit ekspor, pertanggungan diberikan oleh PT. Asuransi Ekspor Indonesia. Meskipun mempertanggungkan kredit bukan merupakan suatu

351 Berdasarkan pasal 7-35 UU No.23/1999 tentang Bank Indonesia, antara lain ditegaskan bahwa: Bank Indonesia diberi tugas untuk menetapkan dan melaksanakan kebijakan moneter; mengatur dan menjaga kelancaran sistem pembayaran; serta mengatur dan mengawasi bank. Selanjutnya ditetapkan bahwa Bank Indonesia membina perbankan dengan jalan: memperluas, memperlancar dan mengatur lalu lintas pembayaran giral dan menyelenggarakan clearing antar bank; menetapkan ketentuan-ketentuan umum tentang solvabilitas dan likuiditas bank-bank; memberikan bimbingan kepada bank-bank guna penatalaksanaan bank secara sehat. Dalam kaitan tersebut, maka kesehatan bank merupakan aspek yang wajib dipatuhi bank. Mengingat hal tersebut, maka Bank Indonesia melakukan pembinaan dan pengawasan terhadap perbankan. Bank Indonesia, sebagai otoritas pengawas bank, dibekali dengan kewenangan yang berkaitan untuk mengatur perbankan, baik berupa perizinan, mengeluarkan ketentuan-ketentuan yang memberikan landasan kerja yang sehat bagi bank (regulation), serta mengawasi dan memberikan pembinaan kepada bank dalam pelaksanaannya dengan tujuan untuk mendorong terwujudnya sistem perbankan yang sehat(supervision). Sebagai konsekuesinya, Bank Indonesia juga dibekali kewenangan untuk mengenakan sanksi kepada bank, agar bank menjalankan usahanya berdasarkan prinsip kehati-hatian. Untuk dapat melaksanakan tugas pembinaan dan pengawasan tersebut secara maksimal, maka tidak ada cara lain, selain memandirikan Bank Indonesia sebagai pembina dan pengawas perbankan nasional, yang independen, bebas dari segala interfensi, campur tangan pihak manapun termasuk pemerintah.

keharusan bagi bank, namun penggunaan lembaga pertanggungan kredit tersebut banyak membantu bank dalam melindungi resiko yang dapat timbul dari pemberian kredit.

Di samping itu tindakan preventif dalam melindungi kepentingannya atas resiko kredit macet yang mungkin timbul, lazimnya bank secara dini telah melakukan analisa kredit secara menyeluruh, melakukan pengikatan jaminan, serta melakukan tindakan hukum dalam menyelesaikan kredit macet. Tindakan pengamanan lainnya misalnya bank sejak menerima barang jaminan kredit dari nasabah atau dari pihak penjamin, telah mewajibkan kepada nasabah penerima kredit atau penjamin untuk mengasuransikan barang-barang jaminan kepada perusahaan asuransi kerugian yang dikehendaki oleh bank. Sehubungan dengan perlindungan terhadap kepentingan nasabah, belum ada suatu peraturan yang dapat menjamin bahwa dana nasabah yang disimpan pada bank terjamin pengembaliannya. Misalnya apabila suatu bank dilikuidasi, maka nasabah dari bank yang bersangkutan akan memperoleh pengembalian dananya.[352]

Prinsip kehati-hatian oleh beberapa kalangan masih dianggap memadai untuk melindungi kepentingan nasabah, sehingga pembentukan lembaga jaminan simpanan dirasakan belum tepat waktu. Namun berdasarkan kenyataan dalam praktek perbankan dewasa ini, penerapan prudential banking principles, yang merupakan andalan bagi upaya pembinaan kepercayaan nasabah dan sekaligus sebagai sarana perlindungan kepada masyarakat

352 Marulak Pardede, Likuidasi Dan Perlindungan Nasabah: PT. Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1997. Hal.53.

penyimpan, tampaknya masih perlu ditingkatkan untuk mencapai sasaran yang diharapkan. Disamping itu pertanggung jawaban bank terhadap keuangan nasabah belum menunjukkan kepastian pengembalian dana nasabah bila terjadi krisis perbankan.[353]

Kasus likuidasi Bank Summa yang sampai sekarang belum tuntas penyelesaian pembayaran kepada para nasabah penyimpan dana, telah mengakibatkan goyahnya kepercayaan masyarakat terhadap sistem perbankan khususnya kepercayaan terhadap bank-bank swasta, sehingga banyak dana bank-bank swasta yang dialihkan kepada bank-bank pemerintah. Perlindungan kepentingan nasabah dalam kegiatan bank, kiranya perlu dipikirkan pembentukan suatu lembaga yang dapat menjamin bahwa dana nasabah yang disimpan pada bank terjamin pengembaliannya. Apabila suatu bank dilikuidasi, maka nasabah akan memperoleh penggantian dananya dari lembaga penjamin dimaksud.[354]

---

353 Telah menjadi aturan hukum, bahwa Bank Indonesia tidak akan memberikan bantuan dana pada bank yang mengalami kesulitan usaha. Jika bank Indonesia melihat ada bank yang sakit sebelum menuju kebangkrutan, maka Bank Indonesia akan meminta bank untuk melakukan tindakan sebagaimana ditetapkan dalam pasal 37 ayat (2) Undang-undang No.10 Tahun 1998 tentang Perbankan, sebelum mengusulkan kepada Departemen Keuangan untuk mencabut izinnya, melikuidasi, melakukan merger atau akuisisi.

354 Berdasarkan ketentuan Pasal 37 ayat (2) Undang-Undang No.10 tahun 1998, antara lain ditegaskan bahwa, dalam hal suatu bank mengalami kesulitan yang membahayakan kelangsungan usahanya, maka Bank Indonesia dapat melakukan tindakan agar: pemegang saham menambah modal; pemegang saham mengganti dewan komisaris/direksi bank; menghapus-bukukan kredit yang macet; melakukan merger atau konsolidasi dengan bank lain; bank dijual kepada pembeli yang bersedia mengambil alih seluruh kewajiban. Apabila tindakan tersebut belum cukup untuk mengatasi kesulitan yang dihadapi bank, maka Bank Indonesia mengusulkan kepada Menteri untuk mencabut izin usaha bank tersebut, dan memerintahkan direksi untuk melikuidasi bank. Ke-

Mengingat nasabah dalam kegiatan sebagai pelepas uang, jika dibandingkan dengan kegiatan bank di bidang asset kepentingan bank secara yuridis sudah lebih mantap, kiranya adil dan wajar apabila kepentingan nasabah dan bank secara yuridis maupun finansiil mempunyai kualitas yang sama.[355] Lembaga perbankan sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari sistem moneter/ keuangan negara, maka terganggunya eksistensi suatu bank akan dapat pula mempengaruhi sistem moneter/sistem keuangan negara. Oleh karena itu kepercayaan masyarakat pada perbankan harus dijaga. Hilangnya kepercayaan masyarakat kepada suatu bank bukan saja dapat mengganggu eksistensi bank tersebut, bahkan dapat pula menimbulkan dampak domino *(domino effect)* yang akan mempengaruhi kepercayaan masyarakt terhadap bank-bank lain.[356]

Maka demi kepentingan masyarakat banyak, adalah merupakan kewajiban negara untuk menjaga kepercayaan masyarakat terhadap lembaga perbankan. Pengabaian terhadap perlindungan hukum terhadap nasabah bank merupakan tindakan yang dapat mengganggu kepercayaan masyarakat, bukan saja terhadap

---

semuanya tindakan tersebut diatas, tidak lain semata-mata dilakukan untuk penyelamatan bank dan perlindungan terhadap nasabah. Namun demikian, dalam praktek pelaksanaannya kepentingan masyarakat yang mempercayakan dananya kepada bank, khususnya kepastian hukum akan pengembalian dananya masih menjadi permasalahan, walaupun saat ini telah dikeluarkan PP. No.68 tahun 1996 tentang Ketentuan dan Tatacara Pencabutan Usaha, Pembubaran dan Likuidasi Bank.

355 Sjahdeini, Sutan Remy. *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1998, hal.59.

356 Setiawan, *Hukum Perjanjian, Cet. Ke XIII*, Jakarta: PT. Intermeda, 1991. Hal.8-9

lembaga perbankan bahkan dapat mengganggu sistem moneter/ sistem keuangan negara. Bank yang secara individual sehat dalam arti: dapat memelihara kepentingan masyarakat dengan baik; berkembang secara wajar; dan bermanfaat bagi perkembangan ekonomi Indonesia, akan berpengaruh positif terhadap tercapainya sistem perbankan yang sehat dan efisien, sedangkan yang secara individual tidak sehat akan berpengaruh negatif terhadap kepercayaan masyarakat dan pada akhirnya berpengaruh terhadap perkembangan perbankan secara nasional. Berdasarkan hasil penelitian tersebut dapat dikemukakan, bahwa adanya pengaruh yang berarti bagi masyarakat dan sistem perbankan, membuat banyak pihak berkepentingan terhadap kesehatan bank, antara lain yaitu masyarakat khususnya nasabah bank, pemilik, pengurus/karyawan bank serta Pemerintah. Mengingat banyaknya pihak yang berkepentingan terhadap kesehatan bank serta dalam rangka menciptakan dan menjaga sistem perbankan nasional yang sehat yang berdasarkan prinsip kehati-hatian, maka Bank Indonesia sebagai otoritas pembina dan pengawas perbankan diberi wewenang tunggal oleh Undang-Undang Nomor 23 tahun 1999 tentang Bank Indonesia, untuk melakukan pembinaan dan pengawasan terhadap perbankan, yang salah satu pelaksanaannya adalah dengan melakukan penilaian terhadap kesehatan bank. [357]

Dalam menjalankan kegiatan usahanya, perbankan wajib memelihara kesehatan bank dan wajib melakukan usaha sesuai dengan prinsip kehati-hatian. Demikian pula dalam memberikan

357 Dr. Ny. Sundari Arie, S.H., M.H, Laporan Akhir Penelitian Hukum tentang Aspek Hukum Perlindungan Hukum Nasabah Bank, BPHN-Departemen Kehakiman, Jakarta, 2001. Hal.10.

kredit dan melakukan kegiaan usaha lainnya, bank wajib menempuh cara-cara yang tidak merugikan bank dan kepentingan nasabah yang mempercayakan dananya kepada bank. Mengingat bank terutama bekerja dengan dana masyarakat yang disimpan pada bank atas dasar kepercayaan, maka setiap bank perlu terus menjaga kesehatannya dan memelihara kepercayaan masyarakat.

Berkenaan dengan hal tersebut, maka Bank Indonesia diberi wewenang dan kewajiban untuk membina serta melakukan pengawasan terhadap bank dengan menempuh upaya-upaya, baik yang bersifat preventif dalam bentuk ketentuan-ketentuan, petunjuk, nasehat, bimbingan dan pengarahan maupun secara represif dalam bentuk pemeriksaan yang disusul dengan tindakan-tindakan perbaikan. Sejalan dengan hal tersebut, maka Bank Indonesia menetapkan ketentuan tentang kesehatan bank dengan memperhatikan aspek permodalan, kualitas asset, kualitas manajemen, rentabilitas, likuiditas, solvabilitas, dan aspek lain yang berhubungan dengan usaha bank.

Penyempurnaan Undang-Undang No.7 tahun 1992 menjadi UU No.10 tahun 1998 tentang Perbankan disatu sisi dimaksudkan untuk melindungi kepentingan masyarakat khususnya simpanan nasabah, sedangkan di sisi lain dimaksudkan untuk mencegah dilakukan kejahatan di bidang perbankan oleh semua pihak terkait dalam usaha bank. Hal tersebut di atas tidak hanya nampak dari penambahan pengaturan tindakan-tindakan yang dapat dikualifikasikan dalam kejahatan perbankan tetapi juga dengan semakin tingginya ancaman pidana kumulatif (baik pidana penjara maupun denda) yang dikenakan terhadap tindakan-tindakan tersebut, namun demikian berdasarkan analisis Tim penelitian, dapat dikemukakan bahwa pengalaman menunjukkan, bahwa

baik di Indonesia maupun negara-negara lain, ada beberapa bank yang mengalami kesulitan dan terpaksa harus ditutup,[358] sehingga merugikan nasabah, karena sebagian atau seluruh dananya tidak dapat diperoleh kembali. Kenyataan demikian menunjukkan bahwa pelaksanaan perikatan antara bank dan nasabah tidak berjalan sebagaimana yang diharapkan nasabah.[359] Dengan pengertian lain,

---

358 Sejak tiga tahun lalu, pemerintah telah melikuidasi 16 bank pada November 1997, yang kemudian diikuti dengan 10 buah Bank Beku Operasi (BBO), 38 buah Bank Beku Kegiatan Usaha (BBKU), 12 buah Bank Take Over (BTO), dan 7 buah Bank Rekap. Sampai saat ini, dari total 160 bank, sekitar 91 bank dinyatakan sehat, 49 bank ditutup dan 20 buah bank ditangani BPPN (Kompas, Selasa, 25 Juli 2000: 1). Dan hingga kini, BPPN telah berhasil merekapitalisasi 11 bank termasuk 8 bank BTO yang di merger (Harian Umum, MEDIA INDONESIA, Jumat, 28 Juli 2000, hal.1). Adapun rincian bank bermasalah tersebut, adalah sebagai berikut: **BANK BEKU OPERASI (BBO):** Bank Umum Nasional, Bank Dagang Nasional Indonesia, bank Deka, Bank Hokindo, Bank Modern, bank Subentra, Bank Surya, Bank Pelita, Bank Istimarat, bank Centris. **BANK BEKU KEGIATAN USAHA (BBKU):** Bank Aken, Bank Putra Surya Perkasa, Bank Dana Asia, Bank Yakin Makmur, Bank Dana Hutama, Bank Papan Sejahtera, bank Intan, Bank Sewu Internasional, bank Indonesia Raya, Bank Dharmala, Bank Arya Panduarta, bank Bahari, bank Metropolitan, Bank Kharisma, Bank Bumi Raya Utama, Bank Sembada Artha Nugroho, Bank Sino, Bank Ficorinvest, bank Bepede Indonesia, Bank Sahid Gajah Perkasa, Bank Namura Internasional, Bank Budi Internasional, Bank Lautan Berlian, Bank Orient, bank Tata, Bank Asia Pacific, Bank Hastin Internasional, Bank Umum Servitia, Bank Mashil Utama, bank Central Dagang, Bank Ciputra, Bank Alfa, Bank Dewa Rutji, Bank Baja Internasional, bank Dagang Industri, Bank Indotrade, Bank Uppindo, Bank Pesona Kriyadana. **BANK TAKE OVER (BTO):** Bank PDFCI, Bank Pos Indonesia, Bank Tamara, Bank Duta, Bank Nusa Nasional, Bank Danamon, Bank Tiara, Bank RSI, Bank Niaga, Bank Rama, Bank Jaya Internasional, Bank BCA. **BANK REKAPITALISASI (BANK REKAP):** Bank LIPPO, Bank Universal, Bank Arthamedia, Bank BII, Bank BUKOPIN, Bank Prima Express, Bank Patriot.

359 Menurut sistem perbankan Indonesia dewasa ini, perlindungan terhadap nasabah penyimpan dana, dapat dilakukan melalui dua cara, yakni: Perlindungan secara implisit (implicit deposit protection), dan Perlindungan Secara Eksplisit (explicit deposit protection). Undang-undang Perbankan, yaitu: UU.No.7 tahun

pihak bank telah melakukan wanprestasi yang merugikan pihak nasabah.

2. *Konsekuensi Fiduciary Relation*

Kalangan ahli hukum sejak beberapa tahun terakhir ini menganggap bahwa hubungan hukum antara bank dan nasabah bukanlah hanya sekedar hubungan hukum antara debitur dan kreditur semata, tetapi lebih dari itu. Hal ini disebabkan oleh karena bank mempunyai status yang unik di dalam masyarakat.[360] Menurut analisis penulis, Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998 tentang perbankan melihat hubungan hukum antara bank dan nasabah penyimpan adalah sebagai ***suatu fiduciary relation,*** sekalipun tidak secara explisit disebut demikian, maka terhadap hubungan tersebut berlaku pula norma hukum dan praktik perbankan (banking practices) yang berlaku dan telah dikenal di dunia perbankan internasional. Sebagai suatu fiduciary relation, maka selain sekedar kewajiban umum yang berlaku bagi setiap perjanjian pada umumnya, bank juga mempunyai kewajiban khusus terhadap nasabah penyimpan dana.

Usaha peningkatan peran sebagai penghimpun dana penyalur dana masyarakat perlu dilakukan dengan memperhatikan faktor

---

1992 jo UU No.10 Tahun 1998 tentang perbankan, UU No.23 Tahun 1999 Tentang Bank Indonesia, hanya mengatur perlindungan kepada nasabah secara implisit. Dalam Undang-undang tersebut antara lain ditegaskan pula, bahwa pada dasarnya perlindungan kepada nasabah tidak dapat dipisahkan dengan upaya menjaga kelangsungan bank sebagai suatu lembaga pada khususnya, dan perlindungan terhadap sistem perbankan pada umumnya.

360 Badrulzaman, Mariam Darus. *Perjanjian Kredit Bank,* Bandung: Citra Aditya Bakti, 1991. Hal.65-68.

keamanan dana yang dititipkan masyarakat kepada bank. Kegiatan bank dalam pengerahan dana masyarakat sangat tergantung pada kepercayaan masyarakat yang menempatkan dananya. Pengetahuan masyarakat, terutama masyarakat penyimpan dana dalam skala kecil (deposan kecil) mengenai kemampuan bank dalam mengelola sumber dananya, biasanya sangat tergantung pada informasi yang diperoleh dari promosi bank atau isu-isu yang tersebar di masyarakat. Sedikit guncangan terhadap suatu bank akan menimbulkan dampak yang cukup berarti terhadap penarikan dana masyarakat.

Menurut hasil penelitian Symons, Jr,[361] dapat dikemukakan bahwa status bank yang merupakan *"a place of special safety and probity",* maka hubungan antara bank dan nasabah adalah suatu hubungan fiduary. Bila kita hanya melihat hubungan bank dan nasabah hanya sekedar sebagai hubungan debitur-kreditur saja, maka hal itu hanya memberi sugesti tentang penetapan kewajiban yang sempit. Istilah itu berkonotasi hanya pada suatu janji yang tak bersyarat dari debitur untuk membayar sejumlah uang yang sudah pasti jumlahnya pada suatu waktu tertentu kepada debitur yang telah menyediakan uang tersebut. Hal itu lebih lanjut memberi konotasi bahwa debitur tidak mempunyai kewajiban lain, kecuali ditentukan secara tegas, khususnya menyangkut penggunaan pinjaman uang.

361 Dr. Ny. Sundari Arie, S.H., M.H, Laporan Akhir Penelitian Hukum tentang Aspek Hukum Perlindungan Hukum Nasabah Bank, BPHN-Departemen Kehakiman, Jakarta, 2001. Hal.143-144.

Berdasarkan hasil penelitian Alvin C. Herrel, [362] menunjukan adanya revolusi dari hubungan itu berdasarkan pengamatan atau penelitiannya terhadap putusan-putusan pengadilan dibeberapa negara bagian Amerika Serikat antara lain putusan pengadilan Oklahoma dalam perkara Djowharzadeh City National Bank and Trust dan putusan pengadilan Idaho dalam perkara Peterson v. Robertson, Shaw v Union Bank and Trust, Commercial Coton Cov United California Bank, Yukon National Bank v Mocern Building Supply Inc, Hotel Rivera, Inc v First National Bank and Trust, Tonelli v, Chase Manhattan Bank. Dari uraian Alvin C. Herrel dapat diketahui bahwa pengadilan-pengadilan di Amerika Serikat berpendapat bahwa hubungan antara bank dan nasabah sebagai fiduciary relation karena status bank yang istimewa di dalam masyarakat. Pengadilan berpengaruh besar terhadap kesejahteraan masyarakat, pengadilan berpendapat bahwa: *"the nature of the bank-customer relationship, to be'special'and quasi fiduciary'in nature because it involves 'vital publics services affecting the public welfare".* Demikian menurut putusan perkara Shaw v.Union Bank and Trust, selain itu bank-bank ada dan beroperasi hampir seluruhnya dengan menggunakan dana masyarakat (public fundst) dan menginvestasikannya berdasarkan kepercayaan masyarakat *(public trust),* Kekuasaan finansialnya dalam masyarakat mengambil kedudukan monopoli di dalam bidang pemberian pinjaman.

Salah satu tujuan dari sistem ini adalah memastikan bahwa bank-bank tidak berkompetisi secara finansial dengan nasabah-nasabah mereka, tetapi harus melayani kebutuhan-kebutuhan

362 Dr. Ny. Sundari Arie, S.H., M.H, Ibid. hal.98.

finansial masyarakat secara adil dan sama rata. Secara implisit dituntut bahwa bank-bank tidak menggunakan kedudukan mereka yang menguntungkan itu untuk merugikan nasabah mereka, baik secara langsung atau tidak langsung. Demikian ditegaskan di dalam perkara Djowharzadeh v. City National Bank and Trust.[363]

Suatu *fiduciary relationship* timbul diantara pemberi pinjaman dan (para) penerima pinjaman dan (para) penjamin manakala ada suatu *relationship of confidence and trust.* Kewajiban pemberi pinjaman yang timbul dari hubungan yang demikian ini mengharuskan pemberi pinjaman membatasi dirinya dalam melakukan tindakan-tindakan dalam rangka mengamankan atau meningkatkan posisi keuangannya oleh karena pemberian pinjaman juga diharuskan untuk memperhatikan kepentingan-kepentingan (para) penerima pinjaman dan (para) peminjam.

Menurut analisis penulis, asas yang dianut oleh Undang-Undang No.10 tahun 1998, adalah asas yang memberikan ciri bahwa hubungan antara bank dan nasabah penyimpan dana adalah suatu

363 *Ibid. Hal. 127. Sejalan dengan uraian di atas, James R, Butler, Jr, dalam artikelnya yang berjudul: "Is Lender Liability Now Absolute Liability" mengemukakan bahwa beberapa putusan pengadilan yang ditekankan dalam artikel itu berpendirian bahwa "that a lenders conductmay be measured against true 'fiduciary' standards". Butler mengutip putusan Jacques v First National Bank (1986) dengan mengemukakan bahwa: "The court implied that a bank had a special relationship with an branch new customer, because of a bank's unique position in society. For Example, the court noted that 'banks are invested with enormous public trust. In deciding whether it is appropriate to hold bank's to a higher standard than other businesses, the cour stated that banks, have been held to ahigh degree of integrity and responsiveness to their public calling". Demikian lebih lanjut oleh Butler bahwa bila putusan perkara Jaques tersebut diikuti atau direntang lebih lanjut, maka bank-bank dan pemberi pinjaman lainnya mungkin harus memperlakukan nasabah-nasabah debiturnya sangat berlainan bila dibandingkan dengan masa-masa sebelumnya.*

hubungan kepercayaan atau *fiduciary relationship.* Konsekuensi hukum bahwa nasabah penyimpanan dana harus didahulukan dari tagihan kreditur-kreditur lainnya, termasuk kreditur-kreditur preferen, kecuali dari tagihan negara. Alasan tersebut didasarkan atas pertimbangan sebagai berikut:

1. Sekalipun dana suatu bank untuk menjalankan usahanya berasal dari beberapa sumber, tetapi dana yang berhasil dihimpun oleh suatu bank dari masyarakat merupakan dana utama untuk menopang kegiatan usahanya. Keberhasilan suatu bank untuk dapat mengerahkan dana-dana dari masyarakat itu, mutlak ditentukan oleh kepercayaan masyarakat kepada bank tersebut. Kepercayaan para nasabah penyimpan dana merupakan soko guru yang utama bagi eksistensi suatu bank.
2. Oleh karena suatu bank pada khususnya dan perbankan pada umumnya adalah bagian dari sistem moneter/keuangan negara maka terganggunya eksistensi suatu bank akan dapat pula mempengaruhi sistem moneter/sisten keuangan negara. Oleh karena itu kepercayaan masyarakat pada suatu bank pada khususnya dan perbankan pada umumnya harus dijaga. Hilangnya kepercayaan masyarakt kepada suatu bank bukan saja dapat mengganggu eksistensi bank tersebut, bahkan dapat pula menimbulkan dampak domino *(domino effect)* yang akan mempengaruhi kepercayaan masyarakt terhadap bank-bank lain. Adalah kepentingan masyarakat banyak dan oleh karena itu adalah kewajiban negara untuk ikut menjaga kepercayaan masyarakat terhadap suatu bank. Harus dijaga tidak boleh ada tindakan berupa apapun juga dari pihak manapun juga, termasuk dari otoritas moneter, yang dapat mempengaruhi kepercayaan masyarakat terhadap bank-

bank lain. Menomorbelakangkan prioritas tagihan nasabah penyimpan dana merupakan tindakan yang dapat mengganggu kepercayaan masyarakat itu, bukan saja terhadap bank yang bersangkutan tetapi juga terhadap perbankan pada umumnya yang sangat mengganggu sistem moneter/sistem keuangan negara.

3. Berlakunya asas kepercayaan dalam hubungan antara bank dan nasabah penyimpan dana yang diakui oleh UU.No.7/1992 jo UU No.10/1998 mengandung konsekuensi pula bahwa nasabah penyimpan dana diberi jaminan untuk memperoleh hak utama atas pengembalian simpanan dananya. Menomorberlakangkan prioritas pembayaran atas simpanan nasabah penyimpan dana merupakan pengingkaran terhadap berlakunya asas kepercayaan terhadap hubungan antara bank dan nasabah penyimpan dana.

Menurut analisis penulis, Undang-undang.No.mor 7 Tahun1992 jo Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998, sebagai landasan idiil perbankan Indonesia, perlu dilengkapi dengan suatu landasan operasional yang menjamin perlindungan kepentingan masyarakat melalui penerapan prinsip kehati-hatian dan pencapaian kesehatan bank, serta penataan kembali struktur kelembagaan perbankan. Selain itu, diletakkan juga suatu landasan pembinaan dan pengawasan bank yang juga memberikan batasan-batasan yang lebih jelas mengenai ruang gerak perbankan Indonesia, sehingga dimasa mendatang perbankan Indonesia dapat berkembang dan menjalankan fungsinya secara sehat, wajar dan efisien, serta dapat menyesuaikan diri dengan perkembangan norma-norma perbankan Internasional. Untuk mencapai tujuan tersebut diatas,

diperlukan sarana penunjang antara lain berupa sumber daya manusia yang professional di bidang perbankan. Dalam kaitan ini perlu dirintis suatu lembaga yang akan membina professionalisme di bidang perbankan.

E. Implementasi Hukum Kontrak Terkait Perlindungan Nasabah Bank

1. Pelaksanaan Good Governance

Negara Indonesia sebagai salah satu negara yang masih bergelut dengan suasana reformasi, dan krisis moneter yang mengakibatkan keterpurukan dalam kehidupan hukum, ekonomi, politik dan sosial, berkeinginan untuk membangun kembali sistem pemerintahan yang demokratis, restrukturisasi perekonomian nasional (khususnya dunia usaha perbankan) dengan bantuan negara donor maupun lembaga-lembaga keuangan internasional dengan persyaratan harus melaksanakan *"Good Governance,*[364] menyebutkan bahwa *good governance* diartikan sebagai pelayanan publik yang efisien, sistem pengadilan yang dapat diandalkan,

364 Good Governance yang diartikan sebagai "penyelenggaraan pemerintahan yang baik", menjadi salah satu istilah yang cukup populer sejak runtuhnya negara Uni Soviet dan negara-negara Blok Timur. Negara Amerika Serikat, Eropa, dan Jepang menjadi keuatan ekonomi dunia yang dapat mendikte negara dunia ketiga dalam pembangunan negaranya apabila membutuhkan bantuan, pinjaman. Bahkan lembaga keuangan internasional yang mereka kuasai, seperti World Bank (Bank dunia), IMF dan Bank Pembangunan Asia (ADB) dan bahkan Komisi HAM PBB,telah memberikan persyaratan penyelenggaraan pemerintahan yang baik sebagai salah satu syarat untuk memperoleh bantuan, pinjaman.

pemerintahan yang bertanggungjawab *(accountable)* pada publiknya". *Prinsip-prinsip dari good governance* antara lain, adalah:

1. Kebijakan-kebijakan ekonomi dan sosial yang masuk akal;
2. Pengambilan keputusan yang demokratis;
3. Transparansi penyelenggaraan pemerintahan;
4. Pertanggungjawaban *(accountability)* finansial yang memadai;
5. Pengembangan ekonomi pasar atas dasar tanggungjawab kepada masyarakat *(Market Friendly);* dan
6. Pelaksanaan hak asasi manusia, serta kebebasan pers dan ekspresi.

Dari uraian tersebut diatas, dapat dikatakan bahwa *good governance* atau pemerintahan yang baik dan demokratis, adalah: suatu pemerintahan (pelaksanaan kewenangan politik, ekonomi dan administrasi dalam mengelola masalah-masalah publik) dimana elemen-elemen negara (eksekutif, legislatif, yudikatif, dan militer), sektor swasta (industri, pengusaha, perbankan dan koperasi), serta masyarakat sipil, masyarakat propessional, media massa, LSM, Perguruan Tinggi) berfungsi optimal, efektif dan proporsional serta mampu saling mengendalikan, mengimbangi dan melakukan pengawasan satu sama lainnya ***(Checks and Balances).***

Sektor perdagangan menjadi sangat penting peranannya dalam pembinaan perekonomian, baik dalam perdagangan dalam negeri maupun perdagangan internasional yang menuju era perdagangan bebas yang semakin kompetitif. Sebagai salah satu negara anggota Organisasi Perdagangan Dunia (World Trade Organization) yang telah meratifikasi Agreement Establishing the World Trade Organization sebagaimana diwujudkan Undang-undang

No.7/1994, tanggal 2 Nopember 1994 (LN 1994 No.57, TLN No. 3564). Indonesia berkewajiban berperan aktif dalam mewujudkan tatanan perdagangan yang adil dan saling menguntungkan. Secara sederhana hasil perundingan Putaran Uruguay yang disepakati di Marrakesh itu adalah kesepakatan antar negara untuk memperbaiki situasi hubungan perdagangan Internasional melalu upaya: Memperluas akses pasar barang dan jasa; Menyempurnakan berbagai peraturan perdagangan; Memperluas cakupan dari ketentuan dan disiplin GATT; Memperbaiki kelembagaan/institusi perdagangan multilateral. Sudah jelas keikutsertaan Indonesia dalam WTO dan pelaksanaan berbagai komitmen yang terkandung di dalamnya tidak dapat lepas dari rangkaian kebijaksanaan di sektor perdagangan baik barang dan jasa.

Untuk melindungi kepentingan industri dalam negeri serta mewujudkan tatanan perdagangan dunia dimaksud, pemerintah Indonesia harus mengikuti ketentuan-ketentuan kesepakatan perdagangan internasional, kesepakatan multilateral maupun regional. Para pelaku bisnis baik pemerintah, swasta nasional dan asing serta koperasi dengan bidang-bidang yang dicakup dalam perdagangan baik lokal, nasional, regional maupun internasional, senantiasa harus tunduk kepada aturan-aturan Internasional. Sebagai negara yang meratifikasi WTO, maka kita wajib untuk segera menindak lanjuti dengan penyusunan rancangan Undang-Undang, seperti: Kepailitan, Perbankan, Perusahaan, perdagangan, investasi, perlindungan konsumen, kekayaan intelektual dan lain-lain untuk dilaksanakan dan menjadi acuan oleh para pelaku bisnis nasional dan internasional di Indonesia maupun di dunia internasional.

Perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi telah memberikan dampak yang sangat luas dalam berbagai aspek kehidupan masyarakat. Perusahaan-perusahaan besar yang menggunakan teknologi canggih dapat menghasilkan berbagai jenis produksi barang dan jasa yang bersifat massif, yang kemudian ditawarkan kepada masyarakat sebagai konsumen. Ini tidak hanya mengubah pola-pola konsumsi masyarakat, tetapi juga menciptakan pola-pola hubungan baru antara produsen atau penjual dan para konsumen, yang belum pernah dinkenal sebelumnya. Kebutuhan-kebutuhan dan pola-pola hubungan baru tersebut diatas ikut pula mengubah nilai-nilai dalam masyarakat. Untuk mengatur hubungan dan nilai-nilai baru dalam masyarakat itu, diperlukan kaidah-kaidah hukum yang sesuai dengan kebutuhan baru tersebut.

Dengan banyaknya jenis barang (baru) yang tersedia di pasar-pasar, maka akan timbul kebutuhan-kebutuhan baru di kalangan konsumen yang disertai oleh lahirnya hubungan-hubungan kontraktual baru antara produsen atau penjual dengan para konsumen tersebut. Ini juga memberikan dampak yang nyata terhadap hukum, utamanya Hukum Kontrak. Hukum Kontrak dituntut untuk dapat memberikan perlindungan yang memadai bagi kepentingan-kepentingan pihak konsumen dalam transaksi komersial tanpa mengabaikan kepentingan produsen atau penjual. Dalam transaksi komersial antara produsen dan konsumen, perlindungan hukum bagi konsumen menjadi lebih penting. Sebab, para produsen telah membuat kontrak baku secara sepihak sebagai sarana peralihan barang yang ditawarkan kepada konsumen.

Satjipto Rahardjo[365] mengingatkan kita bahwa, dalam masyarakat Indonesia telah muncul banyak sekali produksi barang dan jasa yang harus dihadapi oleh para konsumen. Kehadiran barang-barang dan jasa ini diikuti oleh berbagai bentuk kontrak baku yang menempatkan konsumen pada suatu kedudukan yang peka. Sebab, sebagian besar konsumen itu tidak mempunyai pengetahuan yang cukup setaraf barang-barang dan jasa yang ditawarkan kepadanya. Oleh karena itu Prof. Satjipto Rahardjo menganggap perlu pengaturan dalam Hukum Kontrak yang bisa memberika perlindungan yang seksama bagi pihak konsumen.

Salah satu industri yang mengalami kemajuan pesat di Indonesia dewasa ini adalah bisnis perbankan. Keadaan ini telah melahirkan persaingan yang tajam antara bank, antara lain dengan cara menawarkan berbagai produk dan jasa perbankan kepada (calon) nasabahnya. Sebagai sarana transaksi antar pihak bank dan nasabah, bank menciptakan berbagai macam kontrak baku yang akan ditawarkan kepada calon nasabah sebagai konsumen. Bahkan dengan menjanjikan hadiah-hadiah yang menarik. Akhirnya, nasabah bank berada pada posisi yang sangat peka, karena hukum belum bisa memberikan perlindungan yang seksama bagi nasabah bank sebagai konsumen. Fakta di atas menunjukkan bahwa industrialisasi mempunyai dampak langsung terhadap kontrak baku, yaitu proses industrialisasi selalu diikuti oleh meningkatnya kontrak baku dalam berbagai transaksi komersial. Dalam konteks ini, peranan Hukum Kontrak semakin penting dalam suatu

365 Prof. Satjipto Rahardjo, "Hukum Perjanjian Dalam Perspektif", Hukum Nasional 1 (1984), halaman 41.

masyarakat industri atau yangsedang mengalami industrialisasi untuk mengakomodasi berbagai kepentingan ekonomi anggota masyarakat berdasarkan hubungan kontraktual yang adil, dan beradab.

Dari fungsi pokok perbankan ini dapat diketahui bahwa bank adalah suatu lembaga perantara keuangan *(financial intermediary)* yang memberikan jasa kepada mereka yang membutuhkannya, baik penyimpan maupun kepada peminjam uang. Dengan demikian, dalam bisnis perbankan terdapat 3 pihak yang terkait, yaitu bank sebagai pemberi jasa perantara, nasabah penyimpan uang dan kreditur bank, dan nasabah peminjam uang (debitur). Hubungan antara pihak bank dan nasabah atau pemakai jasa bank lain merupakan hubungan kontraktual yang didasarkan pada suatu kontrak yang telah disepakati oleh kedua belah pihak. Karena kontrak-kontrak itu merupakan sarana transaksi yang bersifat ekonomis yang tujuannya dalah untuk mendapatkan keuntungan, maka kontrak-kontrak yang digunakan dalam bisnis perbankan merupakan kontrak komersial. Umumnya, hubungan kontraktual antara pihak bank dan nasabahnya itu bersifat impersonal, yang tidak tergantung pada orang-orang yang menutup kontrak tersebut. Siapapun yang bermaksud menutup kontrak itu dengan pihak bank mengenai suatu obyek bisnis bank akan mendapat perlakuan yang sama dari pihak bank.

Namun demikian, bagi nasabah-nasabah tertentu yang mempunyai posisi tawar-menawar *(bargaining position)* yang menguntungkan misalnya, ia mempunyai banyak uang yang disimpan di bank itu atau sudah cukup di kenal oleh pimpinan bang yang bersangkutan akan mendapat perlakuan yang berbeda. Adapun beberapa bentuk kontrak baku yang sangat banyak

digunakan dalam bisnis perbankan adalah: Perjanjian Kredit; Aplikasi dan syarat-syarat pembukaan rekening koran; Aplikasi dan syarat-syarat pembukaan tabungan; Aplikasi pembukaan deposito berjangka/sertifikat deposito; Aplikasi pengiriman (transfer) uang.

2. *Landasan Hukum Perlindungan Konsumen*

Perlindungan konsumen menurut Undang-undang No.8/1999, merupakan landasan hukum yang kuat bagi pemerintah dan lembaga perlindungan konsumen swadaya masyarakat untuk melakukan upaya pemberdayaan konsumen melalui pembinaan dan pendidikan konsumen, karena faktor utama yang menjadi kelemahan konsumen adalah tingkat kesadaran konsumen akan haknya masih dipandang rendah, sebagai akibat dari rendahnya pendidikan konsumen. Dengan demikian, untuk memberdayakan konsumen akan hak-haknya maka pemerintah membentuk Undang-Undang Perlindungan konsumen ini. Lahirnya Undang-undang ini menjadi landasan hukum bagi pelaksanaan upaya pemberdayaan konsumen dan diharapkan dapat mengantarkan konsumen Indonesia menjadi konsumen yang mandiri, meningkat harkat dan martabatnya, mengetahui hak dan kewajibannya yang pada gilirannya akan dapat mendorong iklim usaha yang sehat. Disamping itu pelaku bisnis diharapkan dalam melakukan bisnisnya menempatkan konsumen tidak semata-mata menjadi target pasar, namun mempertimbangkan konsumen menjadi jaminan pasar dalam jangka panjang. Pelaku usaha didorong untuk menjadi pelaku usaha yang tangguh, jujur dan bertanggungjawab, yang pada akhirnya akan tercipta perekonomian yang kuat.

Adapun maksud dan tujuan pembuatan piranti hukum yang melindungi konsumen ini, adalah tidak dimaksudkan untuk melemahkan atau mematikan usaha para pelaku bisnis, akan tetapi justru sebaliknya untuk mendorong iklim berusaha yang sehat demi tercapainya perusahaan yang tangguh dalam menghadapi persaingan melalui penyediaan barang dan atau jasa yang berkualitas. Undang-Undang perlindungan konsumen ini, dirumuskan dengan mengacu pada filosofi permbangunan nasional, yaitu bahwa pembangunan nasional termasuk pembangunan hukum yang memberikan perlindungan terhadap konsumen dalam rangka membangun perwujudan masyarakat yang adil dan makmur. Undang-Undang ini pada dasarnya pada dasarnya bukan merupakan awal dan akhir yang mengatur tentang perlindungan konsumen, sebab Undang-undang ini hanya merupakan payung dari berbagai peraturan perlindungan konsumen yang diatur dalam bidang-bidang tertentu.

Menyimak ketentuan Undang-undang No.8/1999, beberapa hal yang penting diperhatikan dalam kaitannya dengan kegiatan perbankan, antara lain adalah:

Pasal 4: diatur antara lain, hak konsumen atas:

1. kenyamanan, keamanan dan keselamatan mengkonsumsi barang dan atau jasa.
2. informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan atau jasa.
3. untuk didengar pendapat dan keluhan atas barang dan atau jasa yang digunakan.
4. perlindungan dalam penyelesaian sengketa konsumen secara patut.

5. Diperlakukan atau dilayani secara jujur dan benar serta tidak diskriminatif.
6. Ganti rugi apabila tidak sesuai dengan perjanjian atau tidak sebagaimana mestinya.

Pasal 5; mengatur kewajiban konsumen, antara lain konsumen wajib untuk:

1. Membaca atau mengikuti petunjuk informasi dan prosedur pemakaian barang dan atau jasa demi keamanan dan keselamatan.
2. Beritikad baik dalam melakukan transaksi.
3. Melakukan pembayaran sesuai dengan perjanjian.
4. Mengikuti penyelesaian hukum sengketa secara patut.

Dalam Undang-undang No.8/1999, antara lain diatur mengenai hak dan kewajiban pelaku usaha, yaitu:

Pasal 6; pelaku usaha berhak, antara lain untuk:

1. Menerima pembayaran atas barang atau jasa yang diperdagangkan.
2. Mendapat perlindungan hukum dari tindakan konsumen yang beritikad tidak baik.
3. Melakukan pembelaan diri dalam penyelesaian sengketa konsumen.
4. Rehabilitasi nama baik apabila tidak terbukti secara hukum melakukan kesalahan.

Sedangkan beberapa hal yang menjadi kewajiban pengusaha, antara lain adalah:

Pasal 7; kewajiban pelaku usaha dalam melakukan usaha, untuk:

1. Memberikan informasi yang benar, jelas dan jujur.
2. Memperlakukan atau melayani konsumen secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif.
3. Memberikan kesempatan kepada konsumen untuk menguji, mencoba serta memberi jaminan, garansi atas barang dan atau jasa yang diperdagangkan.
4. Memberi kompensasi ganti rugi.

Beberapa perbuatan yang dilarang dilakukan oleh pelaku usaha dalam Undang-undang No.8/1999 ini, antara lain, adalah:

Pasal 8: Pelaku usaha dilarang memproduksi dan atau memperdagangkan barang dan atau jasa yang:

1. Tidak memenuhi standar yang dipersyaratkan oleh peraturan perundang-Undangan.
2. Tidak sesuai dengan janji yang dinyatakan dalam label, etiket, keterangan, iklan atau promosi penjualan barang dan atau jasa.

Pasal 9; antara lain, palaku usaha dilarang menawarkan, mempromosikan, mengiklankan suatu barang dan atau jasa secara tidak benar:

1. secara langsung atau tidak langsung merendahkan barang dan atau jasa lain.
2. Menggunakan kata-kata yang berlebihan, seperti aman, tidak berbahaya, tidak mengandung resiko, ...dst.
3. Menawarkan sesuatu yang mengandung janji yang belum pasti.

Pasal 10; Pelaku usaha dilarang menawarkan, mempromosikan, mengiklankan atau membuat pernyataan yang tidak benar atau menyesatkan mengenai: harga atau tarif suatu barang dan atau jasa; dan tawaran potongan harga atau hadiah menarik yang ditawarkan.

Dalam pasal 18 Ayat 1, antara lain, ditetapkan bahwa pelaku usaha dalam menawarkan barang dan atau jasa, dilarang membuat atau mencantumkan kalusula baku pada setiap dokumen dan atau perjanjian apabila:

1. Menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha.
2. Menyatakan pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha baik langsung maupun tidak langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli secara angsuran.
3. Menyatakan tunduknya konsumen kepada peraturan yang berupa aturan baru, tambahan, lanjutan dan atau pengubahan lanjutan yang dibuat sepihak oleh pelaku usaha dalam masa konsumen memanfaatkan jasa yang dibelinya.
4. Menyatakan bahwa konsumen memberi kuasa kepada pelaku usaha untuk pembebanan hak tanggungan, gadai, atau hak jaminan terhadap barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran.

Ayat 2, Pelaku usaha dilarang mencantumkan kalusula baku yang letak atau bentuknya sulit terlihat atau tidak dapat dibaca secara jelas, atau yang pengungkapannya sulit dimengerti.

Ayat 3, Setiap kalusula yang dilarang tersebut diatas (ayat 1 dan 2), dicantumkan dalam suatu perjanjian, dinyatakan batal demi hukum.

Adapun penyelesaian sengketa konsumen yang timbul sehubungan dengan kegiatan pelaku usaha, menurut Undang-undang No.8/1999, dapat diselesaikan melalui:

Pasal 45: antara lain menegaskan, bahwa penyelesaian dapat dilakukan melalui gugatan ke:

1. Diluar pengadilan berdasarkan pilihan sukarela pihak yang bersengketa, dan tidak menghilangkan tuntutan pidana, apabila tersangkut dengan pidana (Pasal 47).
2. Apabila tidak berhasil, maka gugatan dapat diajukan ke: Lembaga yang bertugas menyelesaikan sengketa konsumen; Peradilan dilingkungan peradilan umum.

Pasal 46: antara lain ditegaskan, bahwa: Gugatan dapat diajukan oleh:

1. Seorang konsumen atau ahli warisnya
2. Sekelompok konsumen yang mempunyai kepentingan yang sama.
3. Lembaga perlindungan konsumen swadaya masyarakat yang berbentuk badan hukum atau yayasan.
4. Pemerintah dalam hal kerugian yang cukup besar dan korban yang tidak sedikit.

Pelanggaran terhadap ketentuan perlindungan konsumen ini, dapat diancam sanksi administratif dan sanksi pidana:

1. Pasal 60: Terhadap pelanggaran pasal 19 (2), (3); 20, 25 dan 26 dapat ddijatuhi hukuman administratif berupa ganti rugi paling banyak Rp.200 juta.
2. Pasal 62: Ayat 1: Pelaku usaha yang melanggar ketentuan pasal 8,9,10, 13 (2), 15, 17 (1) huruf a, b, c, e, Ayat 2, pasal 18 dipidana penjara paling lama 5 tahun atau pidana denda paling banyak Rp.2 miliyar. Ayat 2: Pelaku usaha yang melanggar ketentuan pasal 11, 12, 13 (1), 14, 16, 17 ayat 1 huruf d, f, dipidana penjara paling lama 2 tahun atau pidana denda paling banyak Rp.500 juta.
3. Pasal 63: Sanksi pidana, dapat dijatuhi hukuman tambahan, berupa: perampasan barang tertentu; pengumuman keputusan hakim, pembayaran ganti rugi; penghentian kegiatan tertentu; kewajiban penarikan barang dari peredaran; pencabutan izin usaha.

3. Perlindungan Konsumen Perbankan

Dalam rangka mewujudkan keseimbangan perlindungan terhadap kepentingan konsumen dan kepentingan pelaku usaha, pemerintah telah menetapkan ketentuan-ketentuan baru berkenaan dengan hak dan kewajiban keduanya, yakni dengan memberlakukan Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Tujuan utamanya adalah meningkatkan harkat dan martabat konsumen dengan meningkatkan kesadaran, pengetahuan, kepedulian, kemampuan serta kemandiriannya untuk melindungi diri. Namun tujuan tersebut bukanlah dimaksudkan sebagai upaya mematikan usaha para pelaku usaha, melainkan sebagai pendorong bagi klaim usaha yang sehat dan pendorong bagi

lahirnya perusahaan yang tangguh dalam menghadapi persaingan melalui penyediaan barang dan/atau jasa yang berkualitas.

Sebagai subyek yang termasuk dalam entitas pelaku usaha, lembaga perbankan tidak terlepas dari ketentuan Undang-Undang Perlindungan Konsumen, terutama dalam melakukan kegiatan bisnisnya sebagai penyedia jasa perbankan. Sejumlah kewajiban telah ditetapkan untuk dipatuhi dan dilakanakan oleh lembaga perbankan. Kewajiban tersebut secara garis besar berupa kewajiban di bidang penyediaan jasa-jasa yang ditawarkan oleh perbankan, keterbukaan informasi dan keseimbangan kontraktual antara bank dengan nasabahnya. Sekarang ini perjanjian atau kontrak antara pelaku usaha dengan konsumen hampir selalu menggunakan perjanjian atau kontrak yang berbentuk standar atau baku, oleh sebab itu di dalam Hukum Perjanjian, perjanjian atau kontrak semacam itu dinamakan perjanjian/kontrak standar atau perjanjian/kontrak baku.

Munculnya kontrak standar dalam lalu lintas hukum dilandasi oleh kebutuhan akan pelayanan yang efektif dan efisien terhadap kegiatan transaksi, oleh karena itu sifat utama dari kontrak standar adalah pelayanan yang cepat terhadap kegiatan transaksi yang berfrekuensi tinggi, jadi tampak bahwa keberadaan kontrak standar dalam lalu lintas hukum khususnya di kalangan praktek bisnis dianggap lebih efisien dan mempercepat proses transaksi, walaupun mungkin konsumen yang akan melakukan hubungan

hukum adakalanya tidak sempat mempelajari syarat-syarat perjanjian yang ada dalam kontrak tersebut.[366]

Tentu saja fenomena demikian tidak selamanya berkonotasi negatif, karena dibuatnya kontrak standar adalah untuk memberi kemudahan atau kepraktisan bagi para pihak yang bersangkutan, oleh karena itu bertolak dari tujuan itu, Mariam Darus Badrulzaman, mendefinisikan kontrak standar sebagai kontrak yang isinya dibakukan dan dituangkan dalam bentuk formulir. Sutan Remy Sjahdeini mengartikan kontrak standar sebagai kontrak yang hampir seluruh klausula-klausulanya dibakukan oleh pelaku usaha dan pihak lain pada dasarnya tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan. Adapun yang belum dibakukan hanya beberapa hal, misalnya menyangkut jenis, harga, jumlah, tempat, waktu dan beberapa hal yang spesifik dari obyek yang diperjanjikan. Sutan Remy Sjahdeini menekankan, bahwa yang dibakukan bukan formulir kontrak standar tersebut, melainkan klausula-klausulanya.[367]

Sebenarnya klausula baku tidak selalu dituangkan dalam kontrak standar, walaupun memang lazim dibuat tertulis. Misalnya dapat saja dibuat dalam bentuk pengumuman yang ditempelkan di tempat penjual menjalankan usahanya atau dalam nota penjualan seperti kata-kata *"barang yang sudah dibeli tidak dapat ditukar atau dikembalikan*" dan menurut pengertian Undang-undang Perlindungan Konsumen kita adalah setiap aturan atau ketentuan

366 Santosa Sembiring. pencantuman Asas Keewajaran dalam Kontrak Standar (perjanjian baku) Sebagai Salah Satu Upaya Melindungi Konsumen. Jurnal Hukum No. 12 Vo. 6 Tahun 1999, hal. 113-114.

367 Shidarta, Op.Cit, jal. 120.

dan syarat-syarat yang telah dipersiapkan dan ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha yang dituangkan dalam suatu dokumen dan/atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen (Pasal 1 butir 10). Jadi kontrak standar adalah kontrak atau perjanjian yang ditetapkan secara sepihak, yakni oleh produsen atau penyalur produk atau pelaku usaha dan mengandung ketentuan yang berlaku umum atau massal sehingga pihak lain (konsumen) hanya memiliki dua pilihan, yakni menyetujui atau menolaknya. Adanya unsur pilihan ini oleh sementara sarjana dikatakan, bahwa kontrak standar tidaklah melanggar asas kebebasan berkontrak dalam Pasal 1320 juncto Pasal 1338 BW oleh karena konsumen masih diberi hak untuk menyetujui atau menolak kontrak yang diajukan kepadanya, walaupun pada umumnya isi kontrak standar memuat klausula-klausula baku yang berisi lebih banyak hak-hak pelaku usaha dan kewajiban-kewajiban konsumen daripada hak-hak konsumen dan kewajiban-kewajiban pelaku usaha. Melahan tidak jarang terjadi pelaku usaha mengalihkan kewajiban-kewajiban yang seharusnya menjadi tanggung jawabnya kepada konsumen. Ketentuan ini di dalam kontrak standar disebut *exoneration clause* atau *exemption clause*, yang pada umumnya sangat memberatkan atau bahkan cenderung merugikan konsumen.[368]

Dewasa ini segala sesuatunya seolah-olah berpacu dengan waktu sehingga untuk itu diperlukan sistem kerja yang cepat dan efisien, tidak terkecuali dalam bidang bisnis. Upaya yang

368 Johannes Gunawan. Tanggung Jawab pelaku Usaha Menurut UNDANG-UNDANG No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Hukum Bisnis, Vol.8 Tahun 1999, hal. 46.

dilakukan antara lain dengan membuat kontrak standar atau juga pembakuan surat-surat kontrak, bahkan ditingkat perdagangan internasional telah diatur dalam *International Sales of Goods,* yang dikenal dengan Konvensi Vienna 1980, yang bertujuan untuk mneingkatkan perdagangan internasional atas dasar kesamaan derajat, kemampuan dan kemanfaatan bersama, sehingga apabila terjadi perselisihan dalam dunia bisnis antar negara maka akan mudah penafsiran terhadap klausula-klausula yang terdapat di dalamnya, sehingga penyelesaian perselisihan menjadi lebih mudah dan murah.[369]

Di atas telah disinggung bahwa sebagian besar perikatan, termasuk perikatan yang terjadi pada praktek bisnis perbankan, ditimbulkan dari perjanjian. Bila ditelaah, ternyata hampir setiap perikatan yang ada pada bisnis perbankan merupakan perjanjian baku (*standar contract*). Dari segi bentuknya perjanjian baku tersebut merupakan suatu perjanjian yang konsep atau draftnya telah dipersiapkan terlebih dahulu oleh salah satu pihak. Dalam transaksi perbankan, biasanya perjanjian tersebut telah dipersiapkan oleh bank, sedangkan pihak lain (nasabah) hanyalah "*take it or leave it*". Perjanjian baku ini di samping memuat aturan-aturan yang umumnya biasa tercantum dalam sesuatu perjanjian, memuat pula persyaratan-persyaratan khusus, baik berkenaan dengan pelaksanaan perjanjian, menyangkut hal-hal tertentu dan/atau berakhirnya perjanjian (*event of default*).

Dalam bentuk suatu perjanjian tertentu, perjanjian baku memang merupakan suatu perjanjian, dalam bentuk formulir

369 Sentosa Sembiring, Op.Cit, hal. 117.

dengan materi (syarat-syarat) tertentu dalam perjanjian tersebut. Misalnya memuat ketentuan tentang syarat berlakunya kontrak baku, syarat-syarat berakhirnya (*event of default*), syarat tentang resiko teetentu, hal-hal tertentu yang tidak ditanggung dan atau berbgai persyaratan lain yang pada umumnya menyimpang dari ketentuan yang umum berlaku.

Dalam Undang-undang Perlindungan Konsumen ternyata apa yang dimaksud dengan perjanjian baku tidak didefinisikan, karena hanya memberikan perumusan tentang klausula baku. Pasal 1 angka 10 menyatakan bahwa: *"Klausula baku adalah setiap aturan atau ketentuan dan syarat-syarat yang telah dipersiapkan dan ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha, yang dituangkan dalam suatu dokumen dan/atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen"*.

Hampir semua transaksi perbankan, seperti kredit, tabungan, giro, safe deposit box, kiriman uang dan lain sebagainya, didasarkan atas suatu perjanjian antara bank dengan nasabahnya. Perjanjian tersebut pada prinsipnya dibuat berdasarkan kesepakatan beba antara dua pihak, yaitu bank dan nasabah yang cakap bertindak menurut hukum (pemenuhan syarat subyektif) untuk melakukan suatu prestasi yang tidak bertentangan dengan aturan hukum yang berlaku, kepatutan, kesusilaan dan kebiasaan yang berlaku dalam masyarakat (pemenuhan syarat obyektif).

Kenyataan sehari-hari menunjukkan bahwa dalam transaksi antara pelaku usaha dengan konsumen, seperti misalnya antara bank dengan nasabahnya, pihak bank berada dalam posisi yang lebih dominan dan menentukan. Dengan kedudukan yang lebih dominan tersebut, adalah lazim bagi bank bahwa sekurang-kurangnya saat ini untuk membuat dan menyediakan perjanjian

baku, suatu perjanjian atau klausula yang sudah ditetapkan sebelumnya oleh bank dan tidak dapat ditawar oleh pihak nasabah. "*Take it or leave it*" adalah kondisi yang dihadapi oleh nasabah.

Dengan melihat kenyataan, bahwa *bargaining position* konsumen (nasabah) pada prakteknya berada di bawah para pelaku usaha (Bank), maka dalam rangka meningkatkan kepastian hukum dan perlindungan hukum kepada nasabah bank, para penyusun Undang-undang merasa perlu untuk mengatur mengenai klausula baku dalam setiap dokumen atau setiap perjanjian yang dibuat oleh pelaku usaha (bank).

Kebatalan akan suatu klausula baku dalam perjanjian tersebut sesungguhnya merupakan penegasan kembali akan tidak terpenuhinya kebebasan berkontrak sebagaimana yang disyaratkan oleh Pasal 1320 KUHPerdata. Dengan demikian suatu perjanjian yang memuat klausula baku yang dilarang dalam Pasal 18 ayat (2) UUPK dianggap tidak pernah ada dan tidak mempunyai kekuatan mengikat bagi para pihak. Atas kebatalan demi hukum dari klausula sebagaimana disebutkan dalam Pasal 18 ayat (3) UUPK, maka Pasal 18 ayat (4) mewajibkan kepada para pelaku usaha untuk menyesuaikan dokumen atau perjanjian yang tidak memenuhi atau bertentangan dengan UUPK.

Dari hasil penelitian,[370] dalam praktek perbankan sehari-hari, beberapa masalah yang berkaitan dengan perlindungan konsumen yang sering dijumpai sebagai berikut:

370 Aad Rusyad Nurdin, Kajian Peraturan Perlindungan Konsumen Sektor Perbankan, Jurnal Hukum dan Pembangunan, Vol.48, No.2, 2018.

a. Perbedaan Rekening tanpa Amanat

Perbedaan rekening tanpa amanat tersebut terjadi, antara lain dengan cara menggunakan Automatic Teller Machine (ATM) oleh orang lain tanpa sepengetahuan pemegang rekening, atau kasus gagal transaksi, yaitu uang tidak keluar dari mesin ATM padahal rekeningnya telah didebet/berkurang. Di dalam kasus penarikan dana nasabah melalui ATM tanpa sepengetahuan pemilik rekening, nasabah mengaku sedang dirawat di rumah sakit dan kartu ATM tersimpan di dompetnya serta ia dapat membuktikan bahwa benar ia ada di rumah sakit, namun anehnya rekening nasabah terdebet sejumlah uang tertentu. Berdasarkan keterangan dari pihak bank, penarikan benar-benar terjadi yang dilakukan melalui ATM yang bersangkutan yang dibuktikan dengan *print-out bank*.

Permasalahannya adalah siapa sebenarnya yang harus bertanggungjawab, karena kedua belah pihak tetap bertahan dengan alibinya masing-masing. Nasabah memiliki dugaan kuat, bahwa kemungkinan besar pelakunya adalah petugas bank. Sedangkan bank akan menolak tuduhan nasabah yang didasarkan pada asumsi, bahwa secara formil nasabah telah menandatangani aplikasi pembukaan ATM yang di dalamnya memuat klausula "*bank tidak bertanggungjawab atau berkurangnya uang/dana nasabah*".[371] Demikian pula dalam buku Tabungan tertulis klausula "*Penyalahgunaan Buku Taplus/ATM oleh pihak ketiga menjadi tanggung jawab penabung sepenuhnya*".[372] Dengan demikian

371 Dari Pengamatan penulis sebagai Peneliti hukum, pada Formulir Aplikasi Pembukaan Rekening Tabungan/ATM Bank BNI.

372 Dari Pengamatan penulis sebagai Peneliti hukum, terhadap Klausula yang tercantum pada Buku Taplus Bank BNI.

bank tidak dapat dimintai pertanggungjawaban, sepanjang bank memiliki bukti bahwa transaksi memang telah terjadi dan berlangsung sempurna, artinya PIN cocok dengan kartunya dan uang berhasil terambil.

b. Deposito Unrecorded

Berdasarkan ketentuan Pasal 49 ayat (1) huruf b Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perbankan, telah diatur bahwa bank wajib mencatat dalam pembukuan atau dalam laporan, maupun dalam dokumen atau laporan kegiatan usaha, laporan transaksi atau rekening suatu bank, dan setiap transaksi yang dilakukannya. Namun dalam kenyataannya, ada bank (dalam hal ini pengurus bank) yang dengan sengaja tidak melakukan pencatatan dalam pembukuan bank atas dana yang diterimanya dari nasabah yang menyetorkan danaya untuk disimpan dalam deposito. Pembayaran setiap bulan memang tetap dilakukan yang dikredit ke rekening nasabah yang bersangkutan. Akan tetapi pada saat bank tersebut dilikuidasi nasabah tersebut tidak termasuk deposan yang dimasukkan dalam program penjaminan pemerintah. menghadapi kasus demikian, dengan berpedoman pada asas itikad baik, maka tanggung jawab pengembalian dana deposito adalah terletak pada pengurus bank yang bersangkutan, yang dalam hal ini diwakili oleh Tim Likuidasi yang dananya diambilkan dari hasil pencairan asset bank dan/atau penagihan dari debiturnya.

c. Penagihan Kartu Kredit untuk Transaksi yang tidak dilakukan

Kasus lain adalah mengenai tagihan alam *billing statement* kartu kredit yang menurut pengakuan nasabah tidak pernah melakukan transaksi tersebut. Dalam hal ini pemegang kartu berdalih bahwa kartu kreditnya hilang, lalu dimanfaatkan oleh pihak ketiga. Sehingga dipertanyakan, siapa sebenarnya yang bertanggungjawab untuk membuktikan bahwa transaksi benar-benar tidak dilakukan oleh nasabah. Di dalam *billing statement* yang diterima nasabah setiap bulan terdapat klausula yang antara lain berbunyi sebagai berikut: *"Apabila terdapat tagihan yang tidak sesuai pada lembar penagihan Anda, segera hubungi Layanan Telepon 24 jam TelePlus BNI, selambat-lambatnya 30 hari sejak tanggal penagihan Anda"*.[373] Keterangan tersebut biasanya tercetak dengan menggunakan ukuran huruf yang relatif kecil (9 point), dan ditempatkan pada tempat yang tidak langsung atau mudah dibaca nasabah, sehingga nasabah tidak memperhatikannya. Dengan demikian nasabah tidak mendapatkan informai yang jelas atas batas waktu yang disediakan.

d. Perhitungan Bunga Pinjaman yang Tidak Transparan

Kasus lain yang dapat terjadi adalah bahwa nasabah debitur mengajukan gugatan kepaa bank, karena tagihan angsuran bunga kredit yang melampaui perhitungannya. Nasabah debitur

373 Dari Pengamatan penulis sbagai Peneliti hukum, terhadap Klausula yang terdapat pada Lembar Penagihan Kartu Kredit Bank BNI.

mempertanyakan bagaimana bank menetapkan suku bunga kredit dan cara perhitungannya. Ketika beracara di pengadilan, bank menyatakan bahwa suku bunga kredit yang berlaku pada waktu pertama kali menandatangani akta perjanjian kredit telah berubah. Sehingga suku bunga yang berlaku kemudian adalah suku bunga pasar. Sebagai akibat dari krisis moneter, ternyata suku bunga kredit melonjak tinggi. Kondisi demikian sering dirasakan nasabah debitur dengan melakukan klaim, bahwa bank memainkan suku bunga kredit secara sepihak. Sebenarnya ketentuan tersebut telah disepakati bersama dalam perjanjian kredit yang ditandatangani oleh kedua belah pihak. Karenanya bank menganggap nasabah telah mengetahuinya dan menyetujuinya. Dinyatakan dalam perjanjian kredit, bahwa *"suku bunga kredit tersebut sewaktu-waktu akan dilakukan review, disesuaikan dengan suku bunga yang berlaku pada Bank".*[374]

Guna menciptakan iklim bisnis yang kondusif, dalam suatu negara kesejahteraan yang juga adalah negara hukum, seperti halnya Indonesia, peranan pemerintah tidak dapat dihindarkan. Manifestasi dari peran pemerintah terhadap kegiatan perekonomian dapat berupa keputusan atau kebijaksanaan yang diterbitkan oleh pemerintah, sehingga tercipta stabilitas perekonomian yang dinamis. **Dalam hubungan ini, Joseph Sliglitz mengemukakan:** *"Di dalam UUD 1945 secara normatif hak pengelolaan secara monopoli dipegang pemerintah untuk kemanfaatan rakyat banyak.*

374 Dari Pengamatan penulis sebagai Peneliti hukum, terhadap Klausula pada Pasal 7 Perjanjian Kredit (Umum) Bank BNI.

tetapi dalam kenyataan secara teoritis politik, pengelolaan tersebut sering tidak menghasilkan kemanfaatan yang optimal bagi masyarakat, karena banyak perusahaan negara yang bekerja tidak efisien, sehingga barang-barang yang dihasilkan lebih mahal dan kurang memaai... negara melakukan perannya secara normatif tetapi kurang berhasil memainkan peranan secara positif, sehingga tujuan normatifnya gagal".[375]

Dengan demikian, semakin kompleks aktivitas ekonomi dan semakin tinggi keterkaitannya dengan aspek-aspek kehidupan lainnya, sangat sulit bagi suatu sistem ekonomi untuk menolak kehadiran campurtangan pemerintah. Dengan kata lain, campurtangan pemerintah untuk menciptakan etika bisnis dalam kehidupan perekonomian tetap dominan. Peranan pemerintah tidak hanya mengatur, membimbing, mengontrol aktivitas dan kehidupan perekonomian, tetapi juga menguasainya untuk dipergunakan guna kemakmuran rakyat. Demikian pula dalam dunia bisnis perbankan, terjainya kecurangan-kecurangan, penggelapan dan permasalahan-permasalahan sebagaimana telah peneliti kemukakan pada sub bab sebelumnya, menghendaki adanya campurtangan dari pihak pemerintah, termasuk otoritas moneter untuk menerbitkan peraturan perundang-undangan yang dapat melindungi kedua belah pihak, baik bank maupun nasabahnya. Salah satu produk pemerintah dalam hal ini adalah dikeluarkannya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

---

375 Joseph Sliglitz. *The Economic Rule of the State*. Dikutip oleh Didik J. Rachbini, Peranan Ekonomi Negara, *Tinjauan Teoritis dan Praktis*. Prisma No. 2 Februari 1992, hal. 6.

Sebagaimana salah satu konsideransnya adalah, bahwa pembangunan perekonomian nasional pada era globalisasi harus dapat mendukung tumbuhnya dunia usaha, sehingga diharapkan mampu menghasilkan beraneka barang dan/atau jasa yang memiliki kandungan teknologi yang dapat mneingkatkan kesejahteraan masyarakat banyak, dan sekaligus mendapatkan kepastian atas barang dan/atau jasa yang diperoleh dari perdagangan tanpa mengakibatkan kerugian konsumen. Untuk mencapai tujuan tersebut, maka diperlukan perangkat peraturan perUndang-Undangan untuk mewujudkan keseimbangan perlindungan kepentingan konsumen dan pelaku usaha, sehingga tercipta perkeonomian yang sehat. Oleh karena itu tidak berlebihan apabila Undang-Undang Perlindungan Konsumen (UUPK) merupakan salah satu cara untuk menciptakan iklim usaha yang tertib dan sehat, sehingga terwujud *Good Corporate Governance*.

Sebagaimana diketahui, pada saat ini *Good Corporate Governance* merupakan tuntutan yang sukar untuk dihindari, mengingat keberadaan prinsip ini merupakan tuntutan nasional dan internasional di bidang usaha. Prinsip ini telah berkembang sedemikian rupa, sehingga setiap hubungan hukum yang dilakukan antarpelaku usaha atau perusahaan, selalu berpedoman pada prinsip-prinsip yang terkandung dalam *Good Corporate Governance,* yaitu: (1) prinsip transparan, (2) kemandirian, dan (3) akuntabilitas.[376] Berdasarkan hal tersebut, maka dalam rangka menciptakan iklim usaha yang sehat, pada akhirnya dapat mewujudkan *Good Corporate*

376 Arifin P. Soeria Atmadja. Revalitas Hukum Keuangan Publik Dalam Rangka Good Corporate Governance". Makalah disampaikan pada Kuliah Perdana Magister Ilmu Hukum UII, Yogyakarta, 16-9-2000.

Governance setiap dokumen dan perjanjian yang dibuat harus disesuaikan dengan UUPK. Dalam hal keterbukaan informasi, Pasal 7 huruf b menetapkan, bahwa merupakan kewajiban Pelaku Usaha untuk memberikan informasi yang benar, jelas dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa, serta memberi penjelasan penggunaan, perbankan dan pemeliharaan. Dengan demikian terdapat kewajiban bagi bank untuk memberikan informasi secara lengkap dan selayaknya kepada nasabah, mengenai syarat-syarat dan kondisi dalam dokumen dan/atau perjanjian yang dibuat. Penyesuaian terhadap keharusan keterbukaan informasi ini mneurut hemat kami tidak banyak menimbulkan kendala yang berarti.

Pada prinsipnya hukum telah mensahkan dan mengakui praktek perjanjian baku. Perjanjian baku tersebut merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari perkembangan bisnis yang memang menghendaki demikian seperti antara lain dalam perjanjian komersial (*commercial agreement*), pernyataan pengakuan hutang (*acknowledgement*) dan *bill of lading*. Memang benar, dalam suatu perjanjian yang dibuat dalam bentuk baku hampir tidak ada lagi kebebasan dan negosiasi individual. Hal itu terjadi disebabkan karena karakter perjanjian seperti ini ditegakkan di atas prinsip *take it or leave it*, dan dikarenakan ketentuan perjanjian dipaksakan secara sepihak (*the term is imposed by one party*), dan pihak lain tidak mempunyai pilihan selain daripada menerima atau menolak (*no choice but to accept them or go without*). Akan tetapi demi kepentingan perkembangan bisnis atau perdagangan yang mneuntut gerak cepat (*moving quickly*), pada satu sisi serta penghematan waktu, tenaga dan biaya melakukan negosiasi, maka perjanjian yang dibuat dalam bentuk baku dianggap *fair and reasonable*, meskipun

disadari bahwa penerimaan pihak lain buka persetujuan aktual (*not the actual agreement*).

Berkenaan dengan hal tersebut, UUPK sedikit telah memberikan peluang terhadap praktek demikian, yakni memberikan batasan bahwa tidak semua klausula baku dilarang untuk dicantumkan dalam perjanjian, yakni sepanjang memenuhi hal-hal sebagai berikut: Secara substansi atau materiil klausula yang bersangkutan tidak mengandung syarat-syarat dan kondisi sebagaimana disebutkan dalam Pasal 18 ayat (1) UUPK, atau Secara prosedural, klausula bau tersebut letak dan bentuknya mudah dilihat atau dapat dibaca secara jelas, atau pengungkapannya mudah dimengerti sesuai dengan Pasal 18 ayat (2) UUPK. Namun demikian, dari pengamatan penulis, berkenaan dengan praktek di dalam perbankan di Indonesia terdapat beberapa klausula dan dokumen yang perlu disesuaikan dengan UUPK, yaitu:

a. Penyesuaian Dokumen Perkreditan

Guna lebih memberikan gambaran yang jelas, dari penelitian peneliti, klausula yang terdapat dalam perjanjian kredit Bank BNI yang perlu disesuaikan dengan ketentuan UUPK dapat dijelaskan sebagai berikut: **Klausula mengenai Review Bunga Kredit, menyatakan bahwa:** *"Besarnya suku bunga kredit sewaktu-waktu dapat diubah oleh Bank berdasarkan tarif suku bunga yang berlaku pada Bank yang akan diberitahukan secara tertulis kepada penerima*

kredit, pemberi-tahuan tertulis mana merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari perjanjian kredit ini".[377]

Apabila klausula tersebut disimak secara seksama, maka substansi yang dibmuat di dalamnya secara letterlijk jelas tidak memenuhi rasa keadilan dan merugikan kepentingan nasabah debitur. Mengapa demikian ? Karena bank secara sepihak tanpa persetujuan dari nasabah debitur sewaktu-waktu apat merubah tarif suku bunga kredit. Adapun letak tidak adinya menurut peneliti adalah pada kata "*sewaktu-waktu*". Meskipun halnya demikian, perubahan tarif suku bunga kredit tersebut secara sepihak oleh bank haruslah dibenarkan. Sebagaimana diketahui, bank adalah lembaga *intermediary* dari satu pihak yang kelebihan dana dengan pihak lain yang kekurangan dana. Apabila suatu perjanjian kredit tertentu tidak mencantumkan ketentuan tentang review bunga, maka hal tersebut dapat mengganggu kepentingan bank, yang pada akhirnya dapat berdampak pada penyandang dana.

Secara sepintas, seolah-olah bank sendiri memang dapat mengubah tarif suku bunga kredit. Namun bila dicermati sebenarnya tindakan bank tersebut tidak semena-mena, karena perubahan tarif suku bunga tersebut harus berpedoman pada tarif yang berlaku di pasar, sehingga mampu bersaing dengan bank lain dan memenuhi rasa keadilan. Bisa dibayangkan, bagaimana suatu perjanjian kredit dapat berjalan dengan baik apabila untuk merubah tarif suku bunga kredit harus didapat persetujuan dari nasabah debitur. Pada saat tarif suku bunga akan diturunkan nasabah debitur menyambutnya

377 Dari Pengamatan penulis sebagai Peneliti hukum, terhadap Klausula Pasal 10 ayat (4) Perjanjian Kredit (Umum) Bank BNI.

dengan gembira. Tetapi sebaliknya pada saat bank akan menaikkan tarif suku bunga kredit, nasabah debitur akan mencari-cari alasan, agar keinginan bank tidak terlaksana.

Klausula mengenai Perhitungan Bunga Kredit, menyatakan bahwa: *"Perhitungan bunga kredit dilakukan dari saldo debet harian rekening pinjaman penerima kredit secara majemuk, sedangkan hari bunga dihitung menurut jumlah hari yang sebenarnya, dan 1 (satu) tahun dihitung 360 (tigaratus enampuluh) hari".*[378] Sering dirasakan oleh kalangan perbankan bahwa nasabah debitur mengklaim bahwa bank salah salam menghitung jumlah bunga kredit. Padahal apabila klausula tersebut dikaji secara seksama, sebenarnya bank telah memberikan informasi yang cukup jelas, hingga menetapkan jumlah hari dalam setahun. Sebagai solusinya dengan berlakunya UNDANG-UNDANGPK, kiranya perlu disosialisasikan bagaimana ketentuan yang sejelas-jelasnya dari perhitungan secara majemuk tersebut.

Klausula mengenai Perhitungan Perjanjian Secara Sepihak (Event of Default), menyatakan bahwa: *"Menyimpang dari jangka waktu kredit yang telah ditentukan di dalam perjanjian kredit ini, bank berhak menolak penarikan kredit lebih lanjut oleh penerima kredit dan mengakhiri jangka waktu kredit, sehingga penerima kredit wajib membayar lunas seketika dan sekaligus atas kredit yang telah ditariknya dalam tenggang waktu yang ditetapkan*

378 Dari Pengamatan penulis sebagai Peneliti terhadap Klausula pada Pasal 10 ayat (1) Perjanjian Kredit (Umum) Bank BNI.

dalam Surat Pemberitahuan Bank kepada penerima kredit dengan mengesampingkan ketentuan Pasal 1266 KUHPerdata, bila ...”[379]

Dalam Pasal 1266 KUHPerdata ditentukan, bahwa: *”*(1) *Syarat batal dianggap selalu dicantumkan dalam persetujuan-persetujuan yang bertimbal balik, manakala salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya”* (2) *Dalam hal yang demikian persetujuan tidak batal demi hukum, tetapi pembatalan harus dimintakan kepada hakim”.*[380]

Sedangkan Pasal 1267 KUHPerdata menyatakan, bahwa: *”Pihak terhadap siapa perikatan tidak dipenuhi, dapat memilih apakah ia, jika hal itu masih dapat dilakukan akan memaksa pihak yang lain untuk memenuhi persetujuan, ataukah ia akan menuntut pembatalan persetujuan, disertai penggantian biaya, kerugian dan bunga”.*[381]Sebagian besar praktisi hukum menyatakan bahwa klausula mengenai syarat batal atau **Event of Default** tersebut sebagai bertentangan dengan Pasal 1266 dan 1267 KUHPerdata, karena menurut Pasal 1266 dan 1267 KUHPerdata pembatalan perjanjian dalam hal terjadinya syarat batal (**Event of Default**) harus dimintakan kepada hakim dan tidak dapat dilakukan secara sepihak oleh bank.[382] Berdasarkan uraian di atas dapat disimpulkan bahwa pembatalan atau pengakhiran terhadap setiap

379 Dari Pengamatan penulis sebagai Peneliti terhadap Klausula Pasal 20 Perjanjian Kredit (Umum) Bank BNI.

380 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Terjemahan Soebekti. Jakarta: Pradnya Paramita , 1981.

381 Ibid.

382 Sutan Remy Sjahdeini. Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia. Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1993, hal. 238.

perjanjian bilateral (timbal balik) tidak dapat dilakukan secara sepihak, melainkan harus melalui putusan hakim (Pengadilan). Hal ini sejalan dengan prinsip keseimbangan kontraktual dalam perjanjian. Yang perlu diperhatikan dalam perjanjian kredit yang dibuat dalam bentuk baku, adalah jangan sampai perjanjian tersebut melanggar Pasal 1266 KUHPerdata. Menurut ayat (2) pasal tersebut, terjadinya wanprestasi (tidak memenuhi kewajiban) tidak berakibat batal demi hukum (*null and void*). Pembatalan atau pengakhiran perjanjian tersebut harus dimintakan kepada hakim atau pebgadilan. Ketentuan yang diatur dalam Pasal 1266 KUHPerdata adalah bersifat imperatif (*compulsory*), dan demi ketertiban umum (*public order*). Oleh karena itu, ketentuan tersebut tidak boleh disingkirkan atau disimpangi melalui perjanjian atas dalih kebebasan berkontrak (*freedom of contract*).[383]

Sebagai implementasi UUPK, maka klausula tentang **Event of Default** tersebut perlu disesuaikan, artinya pengakhiran perjanjian tersebut harus mengindahkan ketentuan Pasal 1266 KUHPerdata. Klausula yang mengharuskan Penerima Kredit tunduk terhadap segala ketentuan bank, yang antara lain dirumuskan sebagai berikut: "*Penerima Kredit wajib tunduk sepenuhnya kepada segala ketentuan yang telah maupun yang akan ditetapkan oleh Bank sehubungan dengan pemberian kredit ini*".[384] Apabila rumusan klausula tersebut disimak, maka ia bertentangan secara diameteral

383 Pendapat Hukum Sutan Remy Sjahdeini, sehubungan dengan berlakunya UNDANG-UNDANGPK, tanggal 1-11-2000 dalam kumpulan advis hukum Bank BNI.

384 Dari Pengamatan penulis sebagai Peneliti terhadap Klausula Pasal Tambahan Perjanjian Kredit (Umum) Bank BNI.

dengan ketentuan Pasal 18 ayat (1) huruf g UUPK, yang secara tegas melarang untuk mencantumkan klausula baku yang berisi pernyataan tunduknya konsumen kepada peraturan yang berupa aturan baru, tambahan, lanjutan dan/atau pengubahan lanjutan yang dibuat secara sepihak. Pelanggaran atas ketentuan Pasal 18 ayat (1) huruf g tersebut tidak dapat ditolerir dengan ancaman klausula tersebut batal demi hukum dibarengi dengan ancaman pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun atau pidana denda paling banyak Rp 500 juta,- (Pasal 62 ayat (1) UUPK). Penyesuaian klausula-klausula tersebut di atas diperlukan untuk mematuhi larangan pencantuman klausula baku. Penyesuaian terhadap butir-butir inilah yang pada hakekatnya menimbulkan permasalahan, mengingat adanya sifat bisnis bidang perbankan yang menghendaki antara lain perubahan seewaktu-waktu suku bunga kredit.

Di samping itu adanya regulasi kredit serta perubahan-perubahannya, baik yang dikeluarkan oleh pemerintah maupun Bank Indonesia yang secara langsung harus diberlakukan terhadap transaksi kredit menghendaki setiap perjanjian kredit wajib tunduk terhadap regulasi tersebut, termasuk perjanjian-perjanjian kredit yang sedang berlangsung. Oleh karena itu sudah menjadi kebiasaan (keharusan) bahwa dalam perjanjian kredit dicantumkan klausula yang menyatakan bahwa penerima kredit menyatakan akan memenuhi segala ketentuan dan peraturan yang berlaku sehubungan dengan pemberian kredit.

b. Penyesuaian Klausula Baku pada Dokumen Non-kredit

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, cukup banyak dokumen transaksi non-kredit yang ditetapkan oleh bank. Dari

sekian banyak dokumen non-kredit Bank BNI, penyesuaian klausula baku terhadap UUPK dilakukan melalui:

1. **Prosedur**, yaitu penyesuaian terhadap persyaratan, ketentuan yang ditetapkan oleh bank, atau pemberitahuan yang harus diketahui oleh nasabah. Penyesuaian terhadap persyaratan/ ketentuan ini relatif lebih mudah, yaitu dengan cara menempatkan klausula atau pemberitahuan tersebut agar lebih mudah dibaca dan dimengerti oleh pihak yang berkepentingan.
2. **Substansi,** yaitu klausula tersebut hakikatnya tidak mengandung syarat dan kondisi sebagaimana disebutkan dalam Pasal 18 ayat (1) UUPK.

Berkenaan dengan substansi ini beberapa klausula pada dokumen non kredit Bank yang lazim ditemukan selama ini dan kiranya perlu penyusuaian, antara lain:

1. **Klausula** penyalahgunaan buku tabungan (TAPLUS) yang menyatakan, bahwa *"penyalahgunaan buku tabungan (TAPLUS) oleh pihak ketiga menjadi tanggung jawab penabung sepenuhnya"*.[385] Dalam klausula ini penabung belum mendapat perlindungan hukum yang memadai, karena apabila ada pihak lain yang menggubanakan buku tabungan bukan karena kelalaiannya, bank tetap membebankan tanggung jawab sepenuhnya kepada penabung. Klausula ini dianggap melanggar ketentuan Pasal 18 ayat (1) UUPK. Dalam rangka memenuhi ketentuan UUPK, maka untuk keseimbangan dan

385 Dari pengamatan penulis sebagaiPeneliti terhadap Klausula yang tercantum pada Buku Taplus Bank BNI.

perlindungan hukum bagi penabung, perlu ditambahkan klausula *"... kecuali dapat dibuktikan bahwa kelalaian bukan disebabkan karena kelalaian atau kesalahan penabung"*.

2. **Klausula** tentang Pembahasan Bank dari Tanggung Jawab Pengguna ATM Tidak Sah, yang menyatakan bahwa: *"Bank tidak bertanggungjawab atas penggunaan yang tidak sah terhadap ATM atau pemasukan instruksi-instruksi pada ATM dengan tidak baik, dan karenanya bank tidak bertanggungjawab atas segala tuntutan ganti rugi apapun"*.[386] Klausula tersebut hanya memberikan perlindungan hukum kepada bank terhadap pemegang kartu yang beritikad baik (Pasal 6 huruf b UUPK). Agar pemegang kartu memperoleh perlindungan hukum terhadap pihak yang beritikad tidak baik, maka sebaliknya klausula tersebut diatur mengenai pihak mana yang bertanggungjawab apabila kesalahan bukan dilakukan oleh pemegang kartu.
3. **Klausula** pada buku tabungan, yang menyatakan, bahwa *"apabila saldo pada buku TAPLUS berbeda dengan catatan Bank, maka yang berlaku dalah saldo menurut catatan bank berdasarkan bukti-bukti yang ada"*. Dengan klausula demikian ini, posisi penabung cukup lemah, mengingat tidak ada perlindungan hukum bagi penabung yang ada ternyata saldo berdasarkan catatan penabunglah yang benar. Dalam rangka memberikan perlindungan hukum bagi penabung dan pemenuhan ketentuan UUPK, seyogianya klausula tersebut

386 Dari pengamatan penulis sebagai Peneliti terhadap Aplikasi Permohonan ATM Bank BNI.

ditambahkan kata-kata: *"... kecuali dapat dibuktikan bahwa saldo menurut catatan penabunglah yang benar"*.

4. **Klausula** tentang Kuasa Pembebanan Rekening Nasabah untuk membayar biaya tertentu dengan redaksi sebagai berikut: *"Pemegang rekening dengan ini memberi kuasa kepada Bank untuk mendapat rekening Pemegang Rekening sehubungan dengan biaya administrasi atas pemeliharaan rekening, fee dan biaya-biaya lain yang berkaitan dengan rekening tersebut*.[387] Dalam klausula tersebut walaupun bank penerima kuasa untuk mendebet rekening tabungan yang berkaitan dengan biaya administrasi atas pemeliharaan rekening, fee dan biaya-biaya lain yang berkaitan dengan rekening tersebut, namun apabila terdapat perubahan atas biaya-biaya tersebut di atas, maka bank wajib memberitahukan secara tertulis terlebih dahulu kepada penabung (pemilik rekening) sebelum melakukan pendebetan. Hal ini sejalan dengan ketentuan Pasal 7 huruf b UUPK yang menyatakan, bahwa: *"Pelaku usaha harus memberikan informasi yang jelas, benar dan jujur"*.

Berdasarkan hal-hal yang telah dikemukakan di atas, khususnya berkenaan dengan penyesuaian perjanjian/dokumen bank terhadap ketentuan UUPK, dapat dikemukakan: bahwa ketentuan Perlindungan Konsumen belum sepenuhnya diimplementasikan dalam praktek perbankan, karena belum seluruhnya dokumen dan perjanjian-perjanjian yang ada di perbankan Indonesia disesuaikan dengan ketentuan Undang-Undang tersebut, antara

387 Dari pengamatan Peneliti pada Pasal 15 Perjanjian Kredit (Umum) Bank BNI.

lain: Penyesuaian terhadap keterbukaan informasi, yaitu untuk memenuhi ketentuan Pasal 7 huruf b UUPK, walaupun sangat penting, hendaknya disadari juga bahwa bank tidak mungkin memberikan informasi yang rinci, baik karena alasan-alasan teknis maupun sifat usaha bank.

Penyesuaian terhadap substansi perjanjian yang dibuat oleh bank sehubungan dengan larangan pencantuman klausula baku. Dalam hal ini ternyata bank agak mengalami kesulitan. Hal ini disebabkan karena sifat produk/jasa bank yang menghendaki masih perlu dicantumkannya klausula baku, misalnya karena sifat bisnis bank yang regulated, artinya bisnis sendiri sarat dengan pemberlakuan ketentuan hukum yang bersifat governing law, seperti peraturan-peraturan dari Bank Indonesia, maka berdasarkan hal tersebut nasabah untuk tunduk kepada segala ketentuan yang berlaku pada bank yang diberlakukan bank atas dasar ketentuan pemerintah atau Bank Indonesia. Dengan demikian meskipun sudah ada UUPK akan tetapi dalam omplementasinya terhadap dokumen kontraktual bank, ada yang belum memenuhi rasa keseimbangan.

Ketentuan dalam UUNG No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen sangat bermanfaat guna memberikan perlindungan hukum bagi dunia perbankan, baik bagi bank itu sendiri maupun nasabah, sehingga tercipta etika bisnis yang kondusif untuk mewujudkan Good Corporate Governance. Untuk mengatasi kendala-kendala yang dialami bank dan mengingat UUPK bersaskan manfaat, keadilan, keseimbangan serta kepastian hukum, maka seyogianya klausula baku dalam perjanjian dan dokumen bank dapat direview oleh suatu lembaga yang netral (misalnya dengan memfungsikan Badan Perlindungan Konsumen

Nasional) yang dapat mengakomodasikan kepentingan nasabah dan bank sebelum perjanjian/dokumen diaplikasikan dalam praktek perbankan. Dengan review dari Lembaga yang netral diharapkan semua klausula baku dapat diterima oleh nasabah bank dan bank, sehingga kepentingan nasabah cukup jaminan dan di lain pihak klausula baku tersebut terhindar dari ancaman batal demi hukum, serta bank terhindar dari sanksi pidana penjara atau pidana denda sebagaimana diancamkan dalam Undang-Undang tentang Perlindungan Konsumen (UU No. 8 Tahun 1999).

Mengingat sumber dana bank yang terutama berasal dari masyarakat, yaitu simpanan nasabah, maka seharusnya dana mereka itu mendapatkan perlindungan hukum yang tegas dalam peraturan perundang-undangan, agar fungsi bank sebagai lembaga perantara keuangan dapat terlaksana karena mendapat kepercayaan dari masyarakat. Para nasabah menempatkan dananya pada suatu bank karena kepercayaan, baik menyangkut keamanan dananya maupun keuntungan yang akan diperoleh. Besarnya jumlah dana masyarakat pada bank, sebenarnya telah menempatkan para nasabah sebagai kreditur bagi bank. Akan tetapi, dalam praktek bank bertindak seolah-olah sebagai pemilik dana tersebut, sehingga segala ketentuan yang berlaku mengenai simpanan dana masyarakat ditentukan secara sepihak oleh bank. Berdasarkan analisis Penelitian dapat dikemukakan bahwa, pada umumnya nasabah bank tidak mempunyai pengetahuan yang cukup mengenai aspek operasional perbankan. Lemahnya posisi nasabah bank mengakibatkan seolah-olah nasabahlah yang tergantung pada bank. Padahal sebaliknya bank lebih besar ketergantungannya pada nasabah, sebab sebagian besar dana berasal dari simpanan nasabah. Ketergantungan bank pada dana masyarakat tercermin

dari modal yang rata-rata jumlahnya jauh lebih kecil daripada aset bank itu sendiri. Sehingga, tanpa dana masyarakat bank tidak akan menjalankan bisnisnya dengan lancar. Disini jelas ada kontradiksi, dimana disatu pihak nasabah mempunyai posisi yang lemah terhadap bank, tetapi dilain pihak justru nasabah bank itulah sebagai kreditur bank yang sesungguhnya.

Peraturan Otoritas Jasa Keuangan tentang Perlindungan konsumen sector jasa keuangan tentang Penyelenggaraan Usaha Lembaga Penjaminan (POJK Nomor 7/POJK/k?05/2014 tentang Pemeriksaan Lembaga Penjaminan juncto POJK Nomor 6/ POJK/K/05/2014, sebagai pelaksanaan pasal 31 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2011 tentang Otoritas Jasa Keuangan, yang meliputi semua perilaku pelaku Usaha Jasa Keuangan, pada pasal 28 huruf a menyatakan bahwa: untuk perlindungan konsumen dan masyarakat, Otoritas Jasa Keuangan (OJK) berwenang melalukan tindakan pencegahan kerugian konsumen dan masyarakat, salah satunya memberikan informasi dan edukasi kepada masyarakat atas karakteristik sector jasa keuangan, layanan dan produknya.

Sedangkan jaminan kepastian hukum perlindungan bagi nasabah bank berdasarkan pasal 29 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, hanya tersirat dalam kewajiban yang harus dilakukan oleh bank. Ketentuan ini bersifat sangat umum dan nasabah bank yang umumnya awam tentang seluk-beluk perbankan tidak mudah memahaminya. Apalagi dewasa ini cukup banyak pemula yang menggunakan jasa perbankan, seperti ibu-ibu rumah tangga sampai anak-anak sekolah. Dalam memberikan perlindungan hukum, nasabah awam ini juga perlu mendapatkan perhatian, agar dapat merasakan keadilan *(asas equality before the law).*

Lembaga perbankan memiliki kedudukan yang sangat strategis dalam sistem perekonomian suatu negara. Perbankan rentan terhadap penarikan dana oleh nasabah secara besar-besaran dan bersamaan (*rush/bank panic)* karena karakteristik struktur keuangannya dan fungsi ekonomisnya sebagai penghimpun dan penyalur dana masyarakat, penyelenggara sistem pembayaran yang utama, pemberi kredit, alat transmisi kebijakan moneter.[388] Menurut standar perbankan internasional,[389] metode yang diterapkan di sejumlah negara dalam konteks restrukturisasi perbankan, meliputi: *government capital injection, asset management corporations (AMC), domestic bank merger, dan foreign bank take over*. Sejalan dengan hal tersebut, maka diperlukan suatu jaring pengaman sistem perbankan (*banking safety nets*) guna mengurangi kemungkinan terjadinya dan dampak yang akan timbul dari suatu kegagalan (insolvensi) bank.

Apabila dikaitkan dengan kondisi perbankan dewasa ini sebagai akibat kesulitan likuiditas akibat pengaruh dari *pandemic virus corona, covid-19*, dapat menimbulkan pertanyaan, apakah hadiah-hadiah tersebut sungguh-sungguh diberikan kepada nasabah? Jika tidak, hal tersebut bertentangan dengan UU No.8/1999 tentang perlindungan konsumen. Di dalam pasal 8, ditegaskan pelaku usaha dilarang memproduksi dan atau memperdagangkan barang dan atau jasa yang tidak memenuhi standar yang dipersyaratkan

388 Curtis J Milhaupt. "Japan's Experience with Deposit Insurance and failing Banks: Implications for Financial Regulatory Design", Banking Journal, Vol.8, (March 1999), 18.

389 Banking International Standard."Bank Restructuring in Practise", Policy Papers no.6.(Agustus 1999), 1.

oleh peraturan perUndang-Undangan dan tidak sesuai dengan janji yang dinyatakan dalam label, etiket, keterangan, iklan atau promosi penjualan barang dan atau jasa. Di dalam pasal 9, ditegaskan: pelaku usaha dilarang menawarkan, mempromosikan, mengiklankan suatu barang dan atau jasa secara tidak benar: Secara langsung atau tidak langsung merendahkan barang dan atau jasa lain; Menggunakan kata-kata yang berlebihan, seperti aman, tidak berbahaya, tidak mengandung resiko, ...dst; serta menawarkan sesuatu yang mengandung janji yang belum pasti. Sedangkan dalam pasal 10, ditegaskan bahwa pelaku usaha dilarang menawarkan, mempromosikan, mengiklankan atau membuat pernyataan yang tidak benar atau menyesatkan mengenai harga atau tarif barang dan atau jasa dan tawaran potongan harga atau hadiah menarik yang ditawarkan.

Hubungan antara pihak bank dan nasabah merupakan hubungan kontraktual yang didasarkan pada suatu kontrak yang telah disepakati oleh kedua belah pihak. Karena kontrak tersebut merupakan sarana transaksi yang bersifat ekonomis yang tujuannya untuk mendapatkan keuntungan, maka kontrak-kontrak yang digunakan dalam bisnis perbankan merupakan kontrak komersial. Pada umumnya hubungan kontraktual antara pihak bank dan nasabahnya itu bersifat impersonal, yang tidak tergantung pada orang-orang yang menutup kontrak tersebut. Siapapun yang bermaksud menutup kontrak akan mendapat perlakuan yang sama dari pihak bank. Namun demikian, bagi nasabah tertentu yang mempunyai posisi tawar menawar *(bargaining position)* yang menguntungkan bank, misalnya mempunyai uang disimpan di bank, akan mendapat perlakuan yang berbeda. Dalam pasal 7 UU No.8 Tahun 1999 tentang perlindungan konsumen, ditegaskan

kewajiban pengusaha, yaitu: kewajiban pelaku usaha dalam melakukan usaha, untuk: memberikan informasi yang benar, jelas dan jujur; memperlakukan atau melayani konsumen secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif; memberikan kesempatan kepada konsumen untuk menguji, mencoba serta memberi jaminan, garansi atas barang dan atau jasa yang diperdagangkan; memberi ganti rugi.

Hubungan kontraktual dalam bisnis perbankan ini dituangkan dalam formulir yang merupakan kontrak baku *(standart contract)* yang ditetapkan secara sepihak oleh bank. Bentuk kontrak baku tersebut sangat beragam, mulai dari yang sangat sederhana terdiri dari beberapa baris kalimat saja sampai yang sangat kompleks terdiri dari beberapa atau puluhan halaman. Beberapa bentuk kontrak baku yang sangat banyak digunakan dalam bisnis perbankan pada umumnya adalah dalam bentuk perjanjian kredit; aplikasi dan syarat: pembukaan rekening koran; pembukaan tabungan; pembukaan deposito berjangka/sertifikat deposito; pengiriman (transfer) uang.

Dikaitkan dengan kondisi tersebut diatas, dalam pasal 18 ayat 1 UU No.8/1999, antara lain, ditetapkan bahwa pelaku usaha dalam menawarkan barang dan atau jasa, dilarang membuat atau mencantumkan kalusula baku pada setiap dokumen dan atau perjanjian apabila: menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha; menyatakan pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha baik langsung maupun tidak langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli secara angsuran; menyatakan tunduknya konsumen kepada peraturan yang berupa aturan baru, tambahan, lanjutan dan atau pengubahan lanjutan yang dibuat sepihak oleh

pelaku usaha dalam masa konsumen memanfaatkan jasa yang dibelinya; menyatakan bahwa konsumen memberi kuasa kepada pelaku usaha untuk pembebanan hak tanggungan, gadai, atau hak jaminan terhadap barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran. Selanjutnya dalam ayat 2 ditegaskan, bahwa pelaku usaha dilarang mencantumkan kalusula baku yang letak atau bentuknya sulit terlihat atau tidak dapat dibaca secara jelas, atau yang pengungkapannya sulit dimengerti. Dan dalam ayat 3 disebutkan, setiap kalusula yang dilarang (ayat 1 dan 2), dicantumkan dalam suatu perjanjian, dinyatakan batal demi hukum.

4. *Sanksi Pidana Atas Pelanggaran Perlindungan Konsumen*

Di dalam pasal 8 Undang-Undang Nomor 8 tahun 1999 tentang perlindungan konsumen, ditegaskan pelaku usaha dilarang memproduksi dan atau memperdagangkan barang dan atau jasa yang tidak memenuhi standar yang dipersyaratkan oleh peraturan perUndang-Undangan dan tidak sesuai dengan janji yang dinyatakan dalam label, etiket, keterangan, iklan atau promosi penjualan barang dan atau jasa. Di dalam pasal 9, ditegaskan: pelaku usaha dilarang menawarkan, mempromosikan, mengiklankan suatu barang dan atau jasa secara tidak benar: Secara langsung atau tidak langsung merendahkan barang dan atau jasa lain; Menggunakan kata-kata yang berlebihan, seperti aman, tidak berbahaya, tidak mengandung resiko, ...dst; serta menawarkan sesuatu yang mengandung janji yang belum pasti. Sedangkan dalam pasal 10, ditegaskan bahwa pelaku usaha dilarang menawarkan, mempromosikan, mengiklankan atau membuat pernyataan yang

tidak benar atau menyesatkan mengenai harga atau tarif barang dan atau jasa dan tawaran potongan harga atau hadiah menarik yang ditawarkan.

Dalam pasal 7 Undang-Undang Nomor 8 tahun 1999, ditegaskan kewajiban pengusaha, yaitu: kewajiban pelaku usaha dalam melakukan usaha, untuk: memberikan informasi yang benar, jelas dan jujur; memperlakukan atau melayani konsumen secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif; memberikan kesempatan kepada konsumen untuk menguji, mencoba serta memberi jaminan, garansi atas barang dan atau jasa yang diperdagangkan; memberi ganti rugi. Dikaitkan dengan kondisi tersebut diatas, dalam pasal 18 ayat 1 Undang-Undang Nomor 8 tahun 1999, antara lain, ditetapkan bahwa pelaku usaha dalam menawarkan barang dan atau jasa, dilarang membuat atau mencantumkan kalusula baku pada setiap dokumen dan atau perjanjian apabila: menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha; menyatakan pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha baik langsung maupun tidak langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli secara angsuran; menyatakan tunduknya konsumen kepada peraturan yang berupa aturan baru, tambahan, lanjutan dan atau pengubahan lanjutan yang dibuat sepihak oleh pelaku usaha dalam masa konsumen memanfaatkan jasa yang dibelinya; menyatakan bahwa konsumen memberi kuasa kepada pelaku usaha untuk pembebanan hak tanggungan, gadai, atau hak jaminan terhadap barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran. Selanjutnya dalam ayat 2 ditegaskan, bahwa pelaku usaha dilarang mencantumkan kalusula baku yang letak atau bentuknya sulit terlihat atau tidak dapat dibaca secara jelas, atau yang pengungkapannya sulit dimengerti. Dan dalam ayat

3 disebutkan bahwa, setiap kalusula yang dilarang (ayat 1 dan 2), dicantumkan dalam suatu perjanjian, dinyatakan batal demi hukum.

Pelanggaran terhadap ketentuan perlindungan konsumen ini, dapat diancam sanksi administratif dan sanksi pidana. Di dalam pasal 60, ditegaskan bahwa terhadap pelanggaran pasal 19 (2), (3); 20, 25 dan 26 dapat dijatuhi hukuman administratif berupa ganti rugi paling banyak Rp.200 juta. Sedangkan pelaku usaha yang melanggar ketentuan pasal 8,9,10, 13 (2), 15, 17 (1) huruf a, b, c, e, Ayat 2, pasal 18 dipidana penjara paling lama 5 tahun atau pidana denda paling banyak Rp.2 miliyar. Ayat 2: Pelaku usaha yang melanggar ketentuan pasal 11, 12, 13 (1), 14, 16, 17 ayat 1 huruf d, f, dipidana penjara paling lama 2 tahun atau pidana denda paling banyak Rp.500 juta. Selain sanksi pidana dapat dijatuhi hukuman tambahan, berupa: perampasan barang tertentu; pengumuman keputusan hakim, pembayaran ganti rugi; penghentian kegiatan tertentu; kewajiban penarikan barang dari peredaran; pencabutan izin usaha.

5. Penggunaan Kontrak Baku dalam Perbankan

Penggunaan kontrak baku dalam transaksi komersial dewasa ini tidak mungkin dapat dihindari. Ini disebabkan oleh 2 (dua) alasan utama, yaitu adanya produksi barang yang bersifat massif yang ditawarkan kepada konsumen dan hubungan kontraktual yang bersifat impersonal dalam traksaksi komersial. Alasan lain adalah, penggunaan kontrak baku dapat menghemat biaya dan waktu (efisiensi) dalam proses transaksi. Perusahaan-perusahaan besar yang memproduksi barang secara massif merupakan tulang

punggung perekonomian masyarakat industri. Kompleksitas kehidupan masyarakat industri menyebabkan mereka bersifat individualistik, yang akhirnya melahirkan suasana yang kondusif bagi tumbuhnya hubungan-hubungan kontraktual yang bersifat impersional. Keadaan ini menempatkan hukum, khususnya Hukum Kontrak, pada suatu kedudukan yang sangat penting sebagai penjamin pemenuhan hak-hak dan kewajiban-kewajiban dari masing-masing pihak dalam suatu hubungan kontraktual tersebut. Masyarakat Indonesia dewasa ini sedang berada dalam era industrialisasi, yang berari bahwa pada waktu yang akan datang masyarakat Indonesia adalah masyarakat industri. Dalam masyarakat industri mobilitas individu dan lalu lintas barang dan jasa berlangsung secara intensif dan efektif. Pengalihan barang-barang dan jasa ini hanya dapat dilakukan secaraaman dan lancar, apabila ada perangkat hukum yang mengaturnya. Oleh karena itu, hukum kontrak mempunyai peranan yang sangat penting dan akan semakin penting di masa yang akan datang. Hukum Kontrak Indonesia (Buku III KUH Perdata) dibuat pada tahun 1848 yang lalu di Negeri Belanda dan berlaku di Indonesia asas konkordasi. Tentu dapat dibayangkan, betapa berbeda keadaan pada waktu itu dengan keadaan sekarang. bagaimanapun ketentuan-ketentuan dalam KUH Perdata itu mencerminkan masyarakat saat itu. Dalam Undang-undang itu hanya diatur beberapa jenis kontrak saja yang sudah dikenal saat itu, kita jumpai, misalnya, peraturan tentang penggunaan kontrak baku dalam transaksi komersial.

Dalam masyarakat industri moderen dewasa ini terdapat berbagai jenis kontrak komersial yang dahulu tidak dikenal, seperti leasing, pembiayaan, waralaba, *management contract,* kontrak-kontrak dalam bisnis perbankan (kontrak atau perjanjian kredit

bank, pembukaan rekening giro, deposito, tabungan, dan lain-lain), dan kontrak-kontrak dalam bisnis asuransi. Suatu hal yang penting adalah bahwa umumnya kontrak-kontrak ini merupakan kontrak baku, yang bentuk dan isinya ditentukan oleh satu pihak saja, yaitu pihak produsen, perusahaan yang memegang hak paten, atau bank. Fakta ini telah menempatkan pihak pembuat kontrak tersebut sebagai pihak yang menjalankan fungsi legislatif (pembuat undang-undang. Sluijer, seperti yang dikutip oleh Profesor Mariam darus[390], menganggap bahwa, kontrak baku itu bukan kontrak (perjanjian), sebab kedudukan pengusaha (yang membuat kontrak baku) dalam kontrak itu adalah seperti pembuat undang-undang swasta. Sedangkan syarat-syarat yang ditentukan dalam kontrak itu adalah undang-undang, bukan kontrak.

Bahwa kontrak baku bertentangan dengan asas-asas Hukum Kontrak, seperti asas konsensualitas (Pasal 1320) dan asas kebebasan berkontrak (Pasal 1338) serta menimbulkan beberapa masalah hukum (akan dibahas dalam Bab III) sudah merupakan suatu perdebatan di kalangan pakar hukum. Begitu pula mengenai dampak penggunaan kontrak baku terhadap keadilan, telah banyak mengundang perhatian. namun demikian, sangat disayangkan bahwa di Indonesia belum terdapat peraturan tentang penggunaan kontrak baku dalam transaksi komersial. Dalam profesi notaris dan pengacara (advokat) biasanya terdapat formulit-formulis kontrak yang digunakan sebagai acuan dalam penyusunan suatu kontrak. Formulir-formulir ini bukan kontrak baku, tetapi model-

390 Mariam darus Badrulzaman, "Perjanjian Baku (Standar): Perkembangan di Indonesia" dalam beberapa Guru Besar Berbicara tentang Hukum dan Pendidikan Hukum, tanpa editor, (Bandung: Penerbit Alumni, 1981), halaman 105.

model kontrak. Penyediaan model kontrak ini semata-mata untuk memudahkan pekerjaan para notaris atau pengacara serta kliennya yang membutuhkan jasa kedua profesi ini. Model kontrak ini dapat dipilih sesuai dengan kebutuhan atau keinginan dari para pihak yang berkepentingan. Notaris atau [engacara bukan para pihak dalam hubungan kontraktual yang dituangkan dalam kontrak model ini. Karena itu, yang menentukan isi atau syarat-syaratdalam kontrak ini adalah para pihak sendiri yang menutup kontrak.

Sebagaimana diketahui, bisnis perbankan mempunyai 3 (tiga) fungsi pokok dalam masyarakat, yaitu sebagai berikut:[391] Pertama: Sebagai lembaga yang menghipun dana dari masyarakat; Kedua: Sebagai lembaga yang menyalurkan dana dari masyarakat dalam bentuk kredit; Ketiga: Sebagai lembaga yang melancarkan transaksi perdagangan dan pembayaran utang. Dari fungsi pokok perbankan ini dapat diketahui bahwa bank adalah suatu lembaga perantara keuangan (financial intermediary), yang memberikan jasa kepada mereka yang membutuhkannya, baik penyimpan maupun kepada peminjam uang. Dengan demikian, dalam bisnis perbankan terdapat 3 pihak yang terkait, yaitu bank sebagai pemberi jasa perantara, nasabah penyimpan uang dan kreditur bank, dan nasabah peminjam uang (debitur). Kecuali itu, terdapat juga orang-orang yang menggunakan jasa bank secara insidental, seperti pengirim uang atau pemakai jasa melalui lalu lintas giro, dan lain-lain.

391 M. Sinungan, Manajemen Dana Bank, (Jakarta: Penerbit Rineka Cipta, 1990), halaman 3

Hubungan antara pihak bank dan nasabah atau pemakai jasa bank lain merupakan hubungan kontraktual yang didasarkan pada suatu kontrak yang telah disepakati oleh kedua belah pihak. Karena kontrak-kontrak itu merupakan sarana transaksi yang bersifat ekonomis yang tujuannya dalah untuk mendapatkan keuntungan, maka kontrak-kontrak yangdigunakan dalam bisnis perbankan merupakan kontrak komersial. Umumnya, hubungan kontraktual antara pihak bank dan nasabahnya itu bersifat imporsonal, yang tidak tergantung pada orang-orang yang menutup kontrak tersebut. Siapapun yang bermaksud menutup kontrak itu dengan pihak bank mengenai suatu obyek bisnis bank akan mendapat perlakuan yang sama dari pihak bank. Namun demikian, bagi nasabah-nasabah tertentu yang mempunyai posisi tawar-menawar *(bargaining position)* yang menguntungkan misalnya, ia mempunyai banyak uang yang disimpan di bank itu atau sudah cukup di kenal oleh pimpinan bang yang bersangkutan akan mendapat perlakuan yang berbeda. Hubungan-hubungan kontraktual dalam bisnis perbankan ini dituangkan dalam formulir-formulir yang merupakan kontrak baku yang ditetapkan secara sepihak oleh bank. Bentuk-bentuk kontrak baku tersebut sangat beragam, mulai dari yang sangat sederhana terdiri dari beberapa baris kalimat saja sampai yang sangat kompleks terdiri dari beberapa atau puluhan halaman kertas.

Beberapa bentuk kontrak baku yang sangat banyak digunakan dalam bisnis perbankan antara lain adalah: Perjanjian Kredit; Aplikasi dan syarat-syarat pembukaan rekening koran; Aplikasi dan syarat-syarat pembukaan tabungan; Aplikasi pembukaan deposito berjangka/sertifikat deposito; Aplikasi pengiriman (transfer) uang.

Berikut ini diuraikan seperlunya mengenai kontrak baku yang terdapat dalam bisnis perbankan tersebut diatas.

Perikatan antara bank dan nasabah, oleh sementara kalangan disinyalir dapat dijadikan bank untuk tidak membayar penuh utangnya kepada nasabah apabila bank wanprestasi. Perikatan tersebut disinyalir bertentangan dengan asas-asas perikatan, oleh karenanya harus batal demi hukum. Pembatalan perjanjian natara bank dan nasabah dapat dilakukan secara sepihak oleh bank, pada hal menurut hukum perdata, tidak bisa dilakukan sepihak (Pasal 1338 ayat 2 KUHPerdata), sebab menyangkut *"Legal Business."* Pembatalan sepihak akan membawa implikasi pada tidak adanya kepastian hukum.

Pihak nasabah bank sebenarnya dapat membatalkan perjanjian dengan pihak bank, asal mampu membuktikan bahwa pihak bank wanprestasi. Bentuk wanprestasi itu bisa melanggar salah satu butir yang diperjanjikan atau melakukan penipuan pada saat perjanjian dibuat (Pasal 1328 KUHPerdata). Nasabah harus membuktikan bahwa bank melakukan penipuan baik dengan tidak menjelaskan secara m,enyeluruh klausula-klausula yang diperjanjikan.

Perjanjian apapun bisa dibatalkan jika salah satu pihak tidak melakukan kewajibannya. Pihak tersebut disebut sebagai pihak yang melakukan wanprestasi. Dengan demikian, jika perusahaan yang berutang itu melanggar perjanjian, batal dengan sendirinya demi hukum. Masalah hukum kontrak diakui bukanlah sesuatu yang sakral. Namun, untuk membatalkannya harus ada unsur penipuan di dalamnya. Ini harus dibuktikan terlebih dahulu melalui pengadilan. Pihak bank harus bersedia mengambil alih secara pribadi semua utang, meskipun itu adalah utang perseroan. Jika bank tidak mau membayar dan memilih pasang badan

(gijzeling sesuai dengan Perma No.1/2000), nasabah tidak akan mendapatkan apa-apa. Pengambilalihan kewajiban perseroan oleh pemegang saham dengan cara menyerahkan kekayaan, baik berupa saham maupun uang tunai, haruslah dinilai sebagai suatu bentuk tanggungjawab para bankir. Ini bukan semata-mata untuk menghindari proses hukum karena proses hukum itu sendiri tidak sederhana dan bisa berakibat aset menjadi tidak berharga.

Perjanjian antara bank dan nasabah, ditinjau dari sudut hukum positif Indonesia, dalam hal ini hukum perjanjian yang merupakan hukum positif dewasa ini adalah Buku III KUHPerdata, hukum perbankan UU nomor 10 tahun 1998 jo UU nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan, hukum pidana yaitu Kitab undang-undang Hukum Pidana, keadaan bargaining power yang tidak seimbang antara bank dan nasabah. Keterlibatan pihak ketiga dalam membuat perjanjian ini (legal drafting) dan akibat perjanjian yang melibatkan pihak ketiga bahkan lebih jauh lagi menimbulkan beban kerugian kepada pihak nasabah yang tidak seharusnya menderita kerugian.

Dengan adanya kebebasan berkontrak *(free will),* memang setiap orang bebas untuk memilih *(free choise)* tentang apa saja yang dianggap perlu dan baik bagi dirinya. Setiap individu dapat pula menentukan apa yang merupakan hak dan keqwajibannya terhadap orang lain. Hak dan kewajibannya ditentukan sendiri melalui kontrak-kontrak yang dibuat secara bebas. Oleh karena itu, kontrak merupakan suatu sumber hak dan kewajiban.[392] Dalam masyarakat demokrasi moderen, utamanya negara-negara industri

392 Cf. Max Weber, On Law in Economy and Society, (Wirtschaft und Gesellschaft), Trans, Edward Shill and Max Rheinstein, (New York; Simon and Schuster, 1967), halaman 101.

dan yang sedang mengalami proses industrialisasi, eksistensi kntrak mutlak diperlukan. Sebab, ia merupakan wadah bagi terlaksananya berbagai proses pertukaran barang dan jasa. Karena itu, adalah benar pengamatan Henry S. Maine, bahwa gerakan masyarakat maju adalah dari status ke kontrak.[393]

Untuk dapat berjalannya gerakan ke kontrak ini diperlukan kebebasan berkontrak dengan tidak mengabaikan kepentingan masyarakat banyak dan golongan masyarakat yang lemah. Dalam Common Law di Inggris, kontrak timbul dari adanya perbuatan melawan hukum *(torts)* yang menyangkut hak milik seseorang[394] dan sebagai akibat dari pilihan bebas dari mereka yang menutup kontrak dengan pihak lain. Hakim-hakim pun menganggap bahwa hukum harus seminimal mungkin mencampuri urusan-urusan masyarakat.[395] Kondisi ini sangat mendukung suasana kebebasan kontrak di Inggris.

Hubungan hukum antara bank dan nasabah adalah sebuah bentuk baru dari perjanjian yang timbul dalam dunia usaha, yang tetap tunduk pada hukum positif yaitu buku III KUHPerdata. Ditinjau dari segi hukum positif mengenai hukum perikatan, suatu perjanjian untuk sahnya harusnya harus memenuhi syarat yang disebutkan oleh pasal 1320 KUHPerdata. Adapun syarat yang disebutkan oleh pasal 1320 KUHPerdata tersebut adalah: sepakat

---

393 Henry S. Maine, loc. cit.

394 Sunaryati Hartono, Mencari Bentuk dan Sistem Hukum Perjanjian Nasional Kita, (Bandung: Penerbit Alumni, 1974), halaman 52.

395 Profesor Atiyah menunjukkan bahwa sepanjang abad 18 dan 19, fungsi utama hukum di Inggris adalah melindungi kebebasan dan hak-hak individu, hak milik pribadi, dan sebagainya. Lihat P.S. Atiyah, Law and Modern Society, (oxford-New York: Oxford University Press, 1983), hal. 81.

mereka yang mengikatkan dirinya; Kecakapan untuk membuat suatu perikatan; Suatu hal tertentu; Suatu sebab yang halal. Kedua syarat pertama disebut syarat subjektif dan dua syarat terakhir adalah syarat objektif. Kalau syarat subjektif tidak terpenuhi maka perjanjian dapat dibatalkan, sedangkan tidak terpenuhinya syarat objektif perjanjian batal demi hukum.

Pembuatan perjanjian antara bank dan nasabah dalam perspektif hukum perdata (KUHPerdata) adalah sah-sah saja dilakukan. Namun harus di ingat, bahwa ketentuan pasal 1320 ayat 2 KUHPerdata, yang menyebutkan: Suatu perjanjian tidak dapat membawa rugi kepada pihak-pihak ketiga, tak dapat pihak-pihak ketiga manfaat karenanya selain yang ditetapkan oleh pasal 1317. Dalam Pasal 1339 KUH Perdata terdapat ketentuan bahwa kontrak-kontrak tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat kontrak diharuskan oleh kepatuhan, kebiasaan dan Undang-undang. Dalam konteks ini, kebiasaan yang berasal dari sifat kontrak dalam pengertian ini mengandung nilai positif, tidak bertentangan dengan keadilan sesuai dengan kepatutan dan kaidah Undang-undang yang berlaku. Begitu pula Undang-undang, in casu Pasal 1131 dan 1132 KUH Perdata, berlaku terhadap perjanjian kredit itu. Jadi, syarat-syarat baku dan eksonerasi yang tidak adil tidak dapat disamakan atau disebut sebagai kebiasaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1339 KUH Perdata.

Penulis berpendapat bahwa, apabila suatu kontrak mengandung syarat-syarat yang dapat merugikan pihak ketiga, maka kekuatan mengikatnya bersifat relatif. Kekuatan mengikat suatu kontrak, terletak pada pemenuhan unsur yang diminta oleh Pasal 1320 (yaitu syarat-syarat sahnya suatu kontrak) dan pemenuhan rasa keadilan,

kepantasan, dan tidak merugikan kepentingan masyarakat umum. Kriteria ini dapat diwujudkan dengan adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur penggunaan kontrak itu sendiri yang pelaksanaannya dijamin oleh pengawasan pemerintah. Akan tetapi untuk memastikan suatu kontrak mempunyai kekuatan mengikat pada akhirnya diserahkan pada hakim.[396]

Di dalam Hukum Perikatan terdapat sejumlah asas yaitu asas kebebasan berkontrak, asas konsensualisme, asas kepercayaan, asas kekuatan mengikat, asas persamaan hukum, asas keseimbangan, asas moral asas kepatutan, asas kebiasaan dan asas kepastian hukum. Asas -asas ini terdapat juga di dalam konvensi, sehingga logis dan cukup beralasan jika konvensi ini diratifikasi yang sekaligus mendukung pembaharuan hukum perdata. Dewasa ini kecenderungan memperlihatkan banyak perjanjian transaksi bisnis, termasuk transaksi perbankan, yang perumusannya dilakukan bukan melaluai proses negosiasi yang seimbang diantara para pihak. Dalam perjanjian seperti itu pihak yang satu biasanya telah menyiapkan syarat-syarat baku pada suatu formulir perjanjian yang sudah dicetak, untuk kemudian disodorkan kepada pihak lainnya itu untuk disetujui dengan hampir tidak memberikan kesempatan sama sekali kepada pihak lainnya itu untuk melakukan negosiasi atas syarat-syarat yang disodorkan. Perjanjian yang demikian ini yang dinamakan ”perjanjian baku” atau perjanjian standard”.

Dalam industri perbankan perjanjian baku banyak digunakan antara lain dalam perjanjian kredit, syarat-syarat dan ketentuan

396 P.L. Wery telah menunjukkan putusan-putusan Hogeraad yang menyatakan bahwa dalam keadaan tertentu klausula eksonerasi tidak berlaku lagi, karena betul-betul bertentangan dengan itikad baik. Lihat Wery, loc. cit.

umum hubungan rekening koran, garansi bank dan letter of credit. Yang merisaukan adalah seringnya dimuat dalam perjanjian-perjanjian baku itu klausul yang *onredelijk bezwarend* istilah yang dipakai oleh *Nieuw Nederlands Burgelijk Wetboek)* atau yang unreasonably onerous. Klausul-klausul ini merupakan klausul yang secara tidak wajar sangat memberatkan bagi pihak nasabah. Termasuk Klausul *expention clause* atau klausula pengecualian, yaitu klausul yang bertujuan untuk membebaskan atau membatasi tanggung jawab bank terhadap gugatan nasabah dalam hal bank tidak atau tidak dengan semestinya melaksanakan kewajibannya yang ditentukan dalam perjanjian tersebut.

Kebebasan berkontrak memberikan hak bagi setiap subyek hukum untuk dapat mengikat diri sebagai salah satu pihak dalam suatu kontrak. Fungsi kontrak sebagai wadah tempat berlangsungnya peralihan hak dan kewajiban dalam berbagai transaksi hanya dapat berlangsung dengan lancar berkat adanya kebebasan ini. Para pihak yang mengikat diri dalam suatu kontrak dipandang membuat kontrak tersebut sebagai Undang-undang bagi dirinya sendiri dan hubungan yang timbul dari kontrak ini adalah hubungan hukum. Dengan adanya hubungan hukum tersebut, maka pelaksanaan kontrak itu dapat dipaksanakan dengan sanksi hukum. Kebebasan berkontrak ini bersifat universal. Berbagai sistem hukum di dunia menganut asas kebebasan berkontrak. Sebab, kebebasan berkontrak ini erat kaitannya dengan suatu konsep dasar dalam ilmu hukum, yaitu semua orang mempunyai kedudukan yang sama di depan hukum *(equality before the law).* Sebab itu pula, kebebasan berkontrak dipandang sebagai hak setiap manusia yang bersifat mendasar. Setiap subyek hukum dapat menjadi salah satu pihak dalam suatu kontrak. Menurut konsep

hukum, subyek hukum adalah orang *(person)* yang dapat berupa manusia biasa, *(natuurlijke person)* dan menusia menurut hukum *(rechtspersoon)* seperti badan hukum. Konsep tentang subyek hukum yang demikian mempunyai implikasi yang sangat luas bagi aktivitas manusia. Biasanya orang melihat adanya keuntungan yang timbul dari konsep tersebut, utamanya di lapangan ekonomi dan politik. Misalnya, badan hukum mempunyai hak dan kewajiban dan dapat pula melakukan perbuatan hukum -- sebagaimana manusia biasa. Akan tetapi orang jarang melihat konsekwensi yang tidak diinginkan dari konsep tersebut, meskipun relatif kecil dibandingkan keuntungan atau kemudahan yang timbul darinya. Konsep persamaan kedudukan di dalam hukum yang disebutkan di atas juga berlaku dalam hubungan antara manusia biasa dan *rechtspersoon* badan hukum perdata, seperti perusahaan-perusahaan, merupakan rechtspersoon yang sangat bertindak sebagai salah satu pihak dalam transaksi-transaksi ekonomi, baik yang bersifat komersial maupun finansial[397], yang berhadapan dengan manusia biasa sebagai pihak kedua. Karena konsep tentang subyek hukum ini bersifat universal, maka di berbagai negara perusahaan-perusahaan berhadapan dengan manusia biasa sebagai pihak dalam kontrak-kontrak komersial. Perusahaan-perusahaan ini sangat beragam, mulai yang bersifat sederhana, dimiliki dan

397 Thomas Suyatno, dkk, menggolongkan transaksi ekonomi ke dalam dua golongan, yaitu transaksi komersial (commercial transaction) dan transaksi finansial (financial transaction). Transaksi komersial adalah jual-beli barang dan jasa, sedangkan transaksi finansial adalah pemberian kredit, pemberian sumbangan penanaman modal, dan perdagangan valuta asing. Lihat Thomas Suyatno, et al., Lalu Lintas Pembayaran dalam dn luar negeri, Jilid I, (Jakarta: Penerbit Intermedia, 1988), halaman5.

dipimpin oleh beberapa orang saja, sampai yang raksasa, seperti perusahaan multinasional.

Berkembangnya industrialisasi di berbagai negara dan kuatnya globalisasi perdagangan mempunyai dampak langsung terhadap pertambahan jumlah perusahaan-perusahaan yang dikelola secara moderen. Berkat kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi, maka aktivitas-aktivitas bisnis telah dapat dilakukan secara mekanis, pabrik-pabrik memproduksikan secara masif, barang-barang dan jasa ditawarkan secara impersonal kepada masyarakat. Transaksi ekonomi-pun pengalami mekanisasi, karena cara demikian memberikan kemudahan bagi para pihak yang terlibat dalam transaksi tersebut, meskipun ada unsur ketidak adilan didalamnya. Sebagai contoh mekanisme transaksi ekonomi, adalah transaksi yang menggunakan kontrak baku sebagai wadah tempat berlangsungnya transaksi tersebut, syarat-syarat dalam kontrak baku itu telah ditetapkan secara sepihak oleh produsen atau penjual barang atau jasa yang bersangkutan. Sedangkan pihak yang bermaksud pengadakan transaksi dengan produsen atau penjual tersebut tinggal menerima atau meninggalkan saja syarat-syarat dalam kontrak baku itu. Disini tidak ada kesempatan untuk mengadkan tawar-menawar tentang syarats-yarat yang sudah ditetapkan itu. Dengan demikian, maka jelas bahwa kontrak baku merupakan salah satu bentuk mekanisasi transaksi ekonomi dalam masyarakat industri.[398]

---

398 Peter Berger telah menunjukkan bahwa masyarakat industri dewasa ini merupakan masyarakat kontrak (contract society) sebab pasar kapasitas tidak dapat bertahan tanpa kontrak. Lihat Peter Berger, Revolusi Kapasitas (The

Lahirnya berbagai kontrak baku dalam aktivitas bisnis masyarakat industri dewasa ini merupakan suatu hal yang tidak terelakkan *(inevitable),* sebab standarisasi syarat-syarat dan pembuatan kontrak itu secara massal telah mempengaruhi aktivitas bisnis, utamanya bisnis yang berskala besar. Oleh karena itu pula, maka tidak terelakkan pula bahwa manusia pribadi arus berhadpan dengan perusahaan besaratau kecil, dalam transaksi ekonomi sebagai para pihak dalam kontrak baku. Kedudukan perusahaan yang strategis melahirkan kekuasaan untuk menetapkan syarat-syarat kontrak baku itu secara sepihak, dengan mengutamakan segala kepentingannya sendiri. Sementara itu, kepentingan pihak lain yang akan melakukan transaksi dengannya tidak menjadi urusn pihak pembuat kontrak tersebut.

Dalam pembahasan ini kita akan melihat kontrak baku dalam industri perbankan. bank merupakan salah satu rechtspersoon yang memproduksi jasa keuangan, dan melakukan perdagangan uang. Sebagai produsen bank menawarkan jasanya kepada masyarakat, utamnya menggunakan formulir-formulir kontrak baku yang telah ditetapkan oleh bank itu sendiri secara sepihak. Anggota masyarakat merupakan (calon) nasabah adalah manusia biasa dengan berbagai tingkat kemampuan dan kedudukan sosial-ekonominya. Ini jelas bahwa, nasabah sebagai manusia biasa berhadapan dengan perusahaan bank yang bukan manusia. Pegawai bank yang menawarkan kontrak baku tersebut bukan pihak, ia tidak membuat kontrak baku atau syarat-syarat yang tercantum di

---

Capitalist Revolution), Terjemahan, Mohammad Qemar, (Jakarta LP3ES, 1990), halaman162 et. seq.

dalamnya. bank sendirilah, melalui organnya in casu direksi, yang membuat kontrak tersebut. Uraian diatas menunjukkan bahwa, dengan memanfaatkan kebebasan berkotrak bank dapat mencapai keuntungan yang maksimal dalam bisnis jasa keuangan. Sebagai media utama untuk mencapai keuntungan yang maksimal itu adalah kontrak baku yang dibuatnya secara sepihak. Sebalinya, nasabah akan selalu berada pada posisi marginal dalam berhadapan dengan pihak bank. Ini semua bersumber dari adanya kesenjangan antara posisi bank dan nasabahnya dengan berbagai variasinya.

Masalah yang selalu menjadi sorotan dalam setiap pembahasan mengenai kontrak baku *(standard contrat)* adalah pembatasan tanggung jawab *(limitation of strict liability)*[399] dari pihak yang membuat kontrak itu sendiri, yaitu produsen atau penjual dari suatu produk. Mereka memasukkan syarat-syarat tertentu dalam formulir kontrak baku yang dibuatnya itu menghindari dari segala risiko yang mungkin timbul dari pelaksanaan kontrak yang bersangkutan. Syarat-syarat pembatasan tanggung jawab tersebut dikenal dengan istilah klausula-eksonersi yang diterjemahkan dari istilah Belanda *exoneratie clausula*. Dalam bahasa Indggris istilah ini dikenal sebagai *exemption clause* atau *exclution clause.* Kontroversi mengenai masalah klausula eksonerasi ini tidak lepas

399 Dalam pengangkutan laut digunakan Bill of Lading yang diatur secara internasional. Dalam Bill of Lading tanggung jawab pengangkut (carrier) dibatasi. Akan tetapi pembatasan tanggung jawab pengangkut ini diatur sesuai dengan asas keadilan dan tunduk pada konvensi internasional yang berlaku, yaitu The Haque Rules (The International Convention for Unification of Certain Rules Relating to Bill of Lading) dan Hamburg Rules 1978 (United Nation Convention on the Carriage of good bye Sea). Kitab Undang-undang Hukum Dagang (KUHD) Indonesia juga memperbolehkan pembatasan tanggung jawab dalam pengangkutan laut (Periksa pasal 472 ayat (2) dan (3).

dari, umumnya pembicaraan tentang kebebasan berkontrak dan, khususnya, pembicaraan tentang kontrak baku serta perlindungan hak-hak konsumen. Dalam skala yang lebih luas, klausula-klausula eksonerasi ini berkaitan dengan kepentingan umum dan keadilan sosial. Dalam bisnis, penggunaan kontrak baku meliputi berbagai macam dan tingkatan transaksi, sehingga keberadan klausula eksonerasi menyebar dalam berbagai kontrak baku itu.

Sebagaimana telah dinyatakan pada bagian terdahulu bahwa, banyaknya penggunaan kontrak baku dalam berbagai transaksi ekonomi merupakan dampak langsung dari industriali-sasi, dimana barang dan jasa diproduksikan secara masif. Untuk menciptakan suatu hubungan kontraktual antara produsen atau penjual dan konsumen, maka dapat dibuatkan kontrak baku sebagai sarananya yang ditawarkan kepada masyarakat secara impersonal. Ini berarti bahwa, semakin banyak barang dan jasa yang diproduksi dan ditawarkan kepada masyarakat maka semakin banyak dan semakin banyak pula kontrak baku yang ditawarkan kepada masyarakat. Akibatnya, semakin banyak pula klausula ekonerasi yang harus dihadapi oleh masyarakat konsumen. Lord Reid[400] mengamati bahwa, dalam kontrak-kontrak baku di Inggris terdapat banyak klausula ekonerasi yang bersifat tajam dan berlebihan. Penulis juga mengamati hal serupa dalam kontrak-kontrak di Indonesia. Cepatnya perkembangan industri di suatu negara biasanya tidak diimbangi oleh kemajuan masyarakat yang merata. Oleh karena itu timbullah disparitas sosial ekonomi yang menguntungkan

400 Lihat H.K. Lucke, "Exlusion Clauses and Freedom ofContract: Judicial and Legislative Reactions" 51 The Australian Law Journal 8 (1977), halaman 534.

pihak produsen dan menjual produk-produk yang dihasilkan oleh industri tersebut.

Dewasa ini para pakar hukum semakin banyak yang menaruh perhatiannya terhadap penyalahgunaan keadaan dalam suatu hubungan kontraktual. Sebab, penyalahgunaan keadaan ini menyebabkan pihak yang lemah dalam kontrak tersebut mengalami eksploitasi oleh pihak yang kuat. Akibatnya, pihak yang tereksploitasi mengalami kerugian, baik material maupun immaterial. Prof. P.L. Wery[401] telah menunjukkan bahwa, dua buah putusan hukum (HR 19 Mei 1967 NJ Nomor 261 dan 20 Pebruari 1976 NJ Nomor 486) telah memberikan pertimbangan bahwa dalam keadaan tertentu, klausula eksonerasi tidak berlaku lagi. Alasannya adalah bahwa klausula tersebut bertentangan dengan itikad baik. Dalam beberapa kasus di Negeri Belanda dan Indonesia, penyalahgunaan keadaan ini telah dijadikan sebagai alasan suatu baru untuk membatalkan suatu kontrak.[402]

Sebagaimana diketahui bahwa, Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH Perdata) Indonesia adlah berasal dari *Burgerlijk Wetboek* (BW) Belanda, yang diberlakukan di Indonesia berdasarkan asas konkordasi. Karenanya, alasan-alasan untuk pembatalan suatu kontrak-pun tidak erbeda. Alasan-alasan untuk pembatalan suatu kontrak yang konvensional dalam Pasal 1321 KUH Perdata Indonesia adalah: adanya kekhilafan *(dwaling)*

401 P.L. Wery, Perkembangan Hukum Tentang Itikad Baik di Nederland, (Jakarta: Percetakan Negara RI, 1990), halaman 13.

402 Henry P. Panggabean, Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik van Omstandigheden) Sebagai Alasan (Baru) untk pembatalan Perjanjian, (Yogyakarta: Penerbit Liberty, 1992), halaman 32 et seq.

paksaan *(dwang),* atau penipuan *(bedrog).* Profesor J.M. van Dunne an Profesor C. van den Burgt[403] membedakan penyalahgunaan keadaan menjadi dua macam, yaitu penyalahgunaan keadaan karena keunggulan ekonomi dan penyalahgunaan keadaan karena keunggulan kejiwaan (psikologis). Penyalahgunaan keadaan karena keunggulan ekonomi terjadi apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut: Salah satu pihak harus mempunyai keunggulan ekonomi terhadap pihak lainnya; Pihak yang lain terpaksa harus mengadakan perjanjian (kontrak).

Dalam pasal 3.44.1 *Niuwe Burgelijk Wetboek* (NBW), yang mulai berlaku sejak tanggal 1 Januari 1992 di negeri Belanda, penyalahgunaan keadaan sudah merupakan suatu alasan (baru) untuk membatalkan suatu kontrak. Salah satu pihak menyalahgunakan keadaan ketergantungan relatif, seperti hubungan kepercayaan istimewa antara orangtua-anak, suami-isteri, dokter dan pasien, dan sebagainya; Salah satu pihak penyalahgunakan keadaan jiwa yang istimewa dari pihak lawan, seperti adanya gangguan jiwa, tidak berpengalaman, gegabah kurang pengetahuan, kondisi badan yang tidak baik, dan sebagainyaDalam hal ini, Nieuwenhuis[404] menyatakan bahwa ada 4 (empat) syarat bagi penyalahgunaan keadaan, yaitu:

1. Keadaan istimewa *(bijzondere omstandigheden),* seperti keadaan darurat, ketergantungan, ceroboh, jiwa yang kurang waras, dan tidak berpengalaman;

403 Ibid., halaman 44.
404 Ibid., halaman 40-41.

2. Suatu hal yang nyata *(kenbaaheid),* yaitu salah satu pihak mengetahui atau semestinya mengetahui bahwa pihak lain karena keadaan istimewa tergerak (hatinya) untuk menutup suatu kontrak;
3. Penyalahgunaan *(misbruik),* yaitu salah satu pihak telah melaksanakan kontrak itu walaupun dia mengetahui atau seharusnya mengetahui bahwa ia seharusnya tidak melakukannya;
4. Hubungan Kausal *(causal verband),* yaitu hubungan sebab-akibat, yang satu merupakan sebab dan yang lainnya merupakan akibatnya (fakta) dalam penyalahgunaan keadaan tersebut.

Penyalahgunaan keadaan karena keunggulan ekonomi sangat umum terjadi. Ini, utamanya karena mekanisme pasar berjalan atau dasar faham kapitalisme-liberal yang individualistik. Pemodal (produsen, penjual) mempunyai superioritas ekonomi terhadap pembeli. Transaksi antara bank dan nasabahnya memang memberikan keuntungan bagi dua belah pihak, akan tetapi, keuntungan dari transaksi tersebut diperoleh lebih besar oleh bank dibandingkan dengan yang diperoleh oleh nasabah. Begitu pula dalam hubungan kontraktual posisi bank vis-a-vis nasabah jauh lebih kuat. Semua kontrak dalam bisnis perbankan merupakan kontrak baku yang dibuat dan syarat-syaratnya ditentukan secarasepihak oleh bank. Akibatnya nasabah bank berada pada posisi marjinal dalam hubungan kontraktual tersebut.

Beberapa klausula batalnya perjanjian karena penyalah-gunaan keadaan *(misbtrik van omstandigheden),* merupakan pengejawantahan asas kontemporer dalam hukum perdata yang dinamakan sebagai asas *"Ïus Pretium"* yang esensinya, bahwa

”perikatan yang membawa akibat kerugian finansial dari salah satu pihak adalah harus dibatalkan karena adanya penyalahgunaan keadaan”. Suatu Perjanjian yang dibuat dapat dikatakan sah dan mengikat secara hukum bagi pihak-pihak yang membuatnya (asas pacta sunt servanda) ketika didasari dengan itikad baik (good faith) serta memenuhi syarat-syarat sah perjanjian sebagaimana yang diatur dalam pasal 1320 KUHPerdata, diantaranya:

1) Adanya kesepakatan/konsensus para pihak (vide: Pasal 1321 – 1328 KUHPerdata)
2) Adanya kecapakan/kapasitas para pihak (vide: Pasal 1339 – 1331 KUHPerdata)
3) Terkait suatu hal/objek tertentu (vide: Pasal 1332 – 1334 KUHPerdata)
4) Terkait suatu sebab/kausa yang halal (vide: Pasal 1335 – 1337 KUHPerdata)

Syarat pertama dan kedua dinamakan syarat subjektif, karena berkenaan dengan para subjek yang membuat perjanjian itu. Sedangkan syarat ketiga dan keempat dinamakan syarat objektif karena berkenaan dengan objek dalam perjanjian tersebut. Apabila para pihak tidak memenuhi syarat subjektif, maka konsekuensinya adalah perjanjian yang telah dibuat dapat dibatalkan (voidable). Artinya, salah satu pihak yang merasa dirugikan akibat perjanjian dapat mengajukan gugatan pembatalan kepada pengadilan. Namun, perjanjian tersebut tetap mengikat para pihak sampai adanya keputusan dari Pengadilan mengenai pembatalan tersebut. Lain halnya jika para pihak tidak memenuhi syarat objektif, maka perjanjian

tersebut akan dianggap batal demi hukum Artinya, perjanjian ini dianggap tidak pernah ada sejak awal sehingga tidak akan mengikat para pihak. Berkaitan dengan syarat sah perjanjian yang pertama yaitu syarat kesepakatan bahwa yang dimaksud dengan kesepakatan ialah adanya persesuaian pernyataan dengan kehendak dalam diri masing-masing pihak yang terlibat dalam perjanjian sehingga para pihak setuju mengenai hal-hal pokok dari isi perjanjian yang dibuat.

Syarat kesepakatan merupakan representasi dari asas konsensualisme. Asas konsensualisme berarti kesepakatan, yaitu pada dasarnya perjanjian sudah lahir sejak detik tercapainya kata sepakat. Berdasarkan asas konsensualisme itu dianut paham bahwa sumber kewajiban kontraktual adalah bertemunya kehendak (convergence of wills) atau konsensus para pihak yang membuat perjanjian. Menurut Soebekti dalam bukunya Aneka Perjanjian bahwa ”dengan disebutkan hanya sepakat saja dalam Pasal 1320 KUHPerdata tanpa dituntut formalitas apapun, dapat disimpulkan bahwa apabila sudah terjadi kata sepakat, maka sahlah perjanjian itu. Sepakat dapat juga diartikan sebagai penawaran (aanbod) yang diterima oleh lawan janjinya.”

Kemudian pasal 1321 KUHPerdata menentukan bahwa kesepakatan ”tidak sah” apabila diberikan karena: Kekhilafan (dwang) atau Paksaan (dwaling) atau Penipuan (bedrog). Dengan demikian apabila dalam suatu perjanjian terdapat unsur kekhilafan atau paksaan atau penipuan maka menjadikan kesepakatan para pihak dalam perjanjian tidak sempurna atau dengan kata lain terdapat cacat kehendak (willsgebreken) dalam perjanjian yang memberikan konsekuensi perjanjian tersebut ”dapat dibatalkan.” Bahwa selain kekhilafan, paksaan dan penipuan terdapat bentuk

ke-4 dari cacat kehendak yang tidak diatur dalam KUHPerdata akan tetapi diakui melalui yurisprudensi yaitu apa yang disebut dengan "Penyalahgunaan keadaan *(misbruik van omstandigheden / undue influence)".* Penyalahgunaan kedaan terjadi apabila satu pihak mengetahui atau seharusnya mengerti bahwa pihak lain karena suatu keadaan khusus seperti keadaan darurat, ketergantungan, tidak dapat berpikir panjang, kondisi yang sedang sakit atau tidak berpengalaman tergerak untuk melakukan suatu perbuatan hukum meskipun ia tahu atau seharusnya ia harus mencegahnya.

Penyalahgunaan keadaan dalam perjanjian dapat dijabarkan menjadi dua kategori, yaitu: Penyalahgunaan keadaan karena keunggulan ekonomi (economische overwicht) dari satu pihak terhadap pihak lain; Penyalahgunaan keadaan karena keunggulan psikologis/kejiwaan (geestelijke overwicht); prasyarat untuk dikatakan adanya penyalahgunaan keadaan karena keunggulan ekonomis adalah sebagai berikut: Satu pihak harus mempunyai keunggulan ekonomis terhadap yang lain; Pihak lain terpaksa mengadakan perjanjian. Sedangkan prasyarat untuk dapat dikatakan adanya penyalahgunaan keadaan karena keunggulan psikologis adalah sebagai berikut:Salah satu pihak menyalahgunakan ketergantungan relatif, seperti hubungan kepercayaan istimewa antara orang tua dan anak, atasan dan bawahan, suami dan isteri, dokter dan pasien, pengacara dan klien dan lain sebagainnya;Salah satu pihak menyalahgunakan keadaan jiwa yang istimewa dari pihak lain seperti adanya keadaan sakit, tidak berpengalaman, kurang pengetahuan, dan sebagainya.

Batalnya perjanjian karena alasan penyalahgunaan keadaan merupakan pengejawantahan asas kontemporer dalam hukum perdata yang dinamakan sebagai asas "iustum pretium" yang

esensinya bahwa ”perikatan yang membawa akibat kerugian finansial dari salah satu pihak adalah harus dibatalkan karena adanya penyalahgunaan keadaan.”Penyalahgunaan keadaan sebagai alasan pembatalan perjanjian pertamakali diakomodir oleh Mahkamah Agung dengan Yurisprudensi No. 3641 K/Pdt/2001 tanggal 11 September 2002: kaidah hukum yang dapat ditarik dari yurisprudensi tersebut, ialah:Dalam asas kebebasan berkontrak Hakim berwenang untuk meneliti dan menyatakan bahwa kedudukan para pihak berada dalam keadaan yang tidak seimbang, sehingga salah satu pihak dianggap tidak bebas menyatakan kehendaknya. Dalam perjanjian yang bersifat terbuka, niali-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sesuai dengan kepatutan, keadilan, perikemanusiaan dapat dipakai sebagai upaya perubahan terhadap ketentuan-ketentuan yang disepakati dalam perjanjian. Penilaian ada tidaknya penyalahgunaan keadaan harus dilakukan secara kasuistis. Berhubung hingga saat ini belum terdapat peraturan perundang-undangan yang secara limitatif menyebutkan kriteria penyalahgunaan keadaan. Oleh karena itu, maka terhadap setiap kasus harus dilihat secara obyektif-rasional mengenai situasi dan kondisi pada saat ditutupnya perjanjian dan formulasi prestasi maupun kontra prestasi pada penjanjian itu sendiri. Kesimpulan adanya penyalahgunaan keadaan secara subyektif semata tanpa melihat kriteria obyektif dapat menyebabkan ketidakpastian hukum yang mencenderai keadilan.

Maka untuk menentukan ada tidaknya penyalahgunaan keadaan, indikator yang dapat menjadi patokan adalah: Dari aspek formulasi perjanjian, prestasi dan kontra prestasi yang dibebankan kepada para pihak tidak berimbang secara mencolok dan bahkan tidak patut, dan Dari aspek proses ditutupnya perjanjian, hal itu

terjadi dikarenakan adanya pihak yang menyalahgunakan keadaan sebagai akibat memiliki posisi tawar yang lebih tinggi, baik berupa kelebihan secara ekonomi ataupun psikologis.Kemudian sebagaimana lazimnya dalam gugatan pembatalan perjanjian atas dasar cacat kehendak, maka tidak diperlukan unsur kerugian. Sudah cukup apabila dapat dibuktikan bahwasanya tanpa adanya penyalahgunaan keadaan, perjanjian tidak munkin yang terdapat dalam beberapa kontrak baku yang digunakan dalam bisnis perbankan, antara lain: [405]

a. Perjanjian Kredit

Perjanjian kredit bank adalah kontrak antara pihak bank dan nasabahnya mengenai peminjaman uang dari bank tersebut kepada nasabah yang bersangkutan. Pihak bank telah membuat kontrak itu dalam bentuk formulir tercetak dan hal-hal yang pokok telah ditetapkan sendiri oleh pihak bank secarasepihak. Sehingga, apabila (calon) nasabah yang bermaksud memperoleh kredit dari bank tersebut dan pihak bank menyetujuinya, maka pihak bank dapat segera menyodorkannya. Setiap bank dapat secara bebas membuat sendiri formulir kontrak pemberian sesuai dengan kemauan atau kepentingan dari bank itu. Sebab, sampai saat ini di Indonesia belum ada pengaturan mengenai pengunaan kontrak baku dalam bisnis. Disamping kontrak kredit bank yang merupakan suatu kontrak pokok dalam pemberian kredit, terdapat

405 Sandi Prisma Putra, S.H., M.H., C.L.A., C.P.L, Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik van Omstandigheden) Sebagai Bentuk Cacat Kehendak Ke-4 Dalam Perjanjian, https://sthgarut.ac.id/blog/ 2020/02/24, Sticky Post Februari 24, 2020.

juga kontrak pelengkap *(accesoir)* bagi kontrak ini, yaitu kontrak mengenai barang jaminan (agunan), seperti kuasa memasang hipotik atau crediet-verband dan tentang asuransi barang tersebut.

Fungsi bank sebagai lembaga perantaraan keuangan *(financial intermediary)* utamanya diwujudkan dalam bentuk penyaluran kredit kepada masyarakat, in casu para debitur,yang membutuhkan dana. Karenanya, bisnis pokok perbankan adalah menyalurkan kredit. Dari bisnis ini banyak memperoleh pendapatan berupa bunga dan provisi kredit. Ini menunjukkan bahwa bisnis perbankan dan keuntungan yang diperolehnya ditopang oleh debitur yang meminjam dana dari bank. Hubungan antara pihak bank dan nasabah (debitur) bersifat hubungan kontraktual berdasarkan perjanjian kredit. Hubungan kontraktual ini menimbulkan perikatan antara kedua belah pihak yang mengikat diri untuk melaksanakan isi kontrak tersebut. Dalam KUH Perdata tidak terdapat pengaturan tentang perjanjian kredit ini. Akan tetapi ketentuan-ketentuan dalam Buku III KUH Perdata itu juga dapat berlaku terhadap perjanjian kredit, disamping ketentuan-ketentuan khsus, seperti Undang-undang tentang Perbankan. Setiawan[406] telah menunjukkan bahwa hubungan kontraktual antara bank dan nasabahnya merupakan suatu kontrak campuran. Sebab, ia menampakkan berbagai ciri dari beberapa macam kontrak. Dalam hal tertentu, terdapat ciri kontrak pemberian kuasa *(lastgeving),* ciri kontrak pinjam-meminjam yang diatur Pasal 1754, ciri kontrak

406 Setiawan, "Bank dan Nasabah: Antara Hukum dan Kepercayaan", Varia Peradilan 71, (1991), halaman 118.

penitipan barang ex pasal 1694, dan ciri kontrak untuk melakukan pekerjaan atau memberikan jasa ex pasal 1601 KUH Perdata.

Berhubung Hukum Kontrak menganut sistem terbuka atau asas kebebasan berkontrak, maka para pihak dalam suatu kontrak dapat mengatur sendiri syarat-syarat suatu kontrak. Mereka dapat mengesampingkan ketentuan-ketentuan peraturan perundang-undangan, sejauh syarat-syarat yang dibuat itu tidak melanggar kaidah-kaidah hukum publik dan kaidah kesusilaan. Perjanjian kredit bank merupakan satu kontrak baku yang syarat-syaratnya ditentukan secara secara sepihak oleh bank. Ini dimungkinkan karena kontrak menganut sistem terbuka atau asas kebebasan berkontrak. Dalam praktek, bank membuat formulir perjanjian kredit membakukan syarat-syarat *(terms and conditions)* dan nasabahnya. Secara garis besar dapat dikatakan bahwa dalam suatu perjanjian kredit itu terdapat syarat-syarat klausula mengenai pemberian kredit, bunga dan provisi kredit atau *commitment fee,* biaya-biaya, pembayaran kredit, dan jaminan asuransinya. Dari bunga pemberian kredit ini merupakan sumber pendapatan bank yang utama, sehingga setiap bank mengandalkan pendapatannya dari pemberian kredit ini. Besar kecilnya pendapat suatu bank sangat bergantung pada keuntungan dari bunga kredit yang disalurkan kepada debitur. Setiap nasabah debitur yang memperoleh kredit dari bank tentu harus menyanggupi untuk membayar sejumlah bunga yang ditentukan oleh bank kreditur.

Sejak deregulasi tanggal 1 Juni 1983, pemerintah telah memberikan kebebasan kepada setiap bank untuk menentukan sendiri tingkat suku bunga kredit bank, kecuali kredit prioritas yang ditetapkan sendiri. Karena itu, sejak saat itu tingkat suku bunga kredit bank mengalami fluktuasi sesuai dengan perkembangan

pasar. Penentuan tingkat suku kredit pasca-liberalisasi perbankan tanggal 1 Juni 1983 diatas sepenuhnya berada di tangan bank yang menyalurkan kredit. Sedangkan nasabah debitur masing-masing tinggal hanya memberikan persetujuannya atau tidak. Dengan mengikat diri untuk mengambil kredit bank seseorang dibitur harus tunduk pada segara ketentuan yang diberlakukan oleh Bank Kreditur, baik apa yang secara tegas diperjanjikan dalam perjanjian kredit maupun perikatan-perikatan yang timbul darinya dan peraturan-peraturan bank yang bersangkutan. Dengan demikian posisi nasabah debitur bank, sangat lemah. Sebab, bank mengatur segala aspek dari perjanjian kredit itu dengan syarat-syaratnya sendiri. Tanpa pengawasan dari siapapun. Kecuali bunga dari kredit bank juga mendapatkan keuntungan dari provisi kredit atau *commitment fee* yang harus dibayarkan oleh debitur, pada umumnya bank langsung bila bunga dan provisi kredit itu dengan cara memotong langsung dari jumlah kredit yang diberikan kepada debitur yang bersangkutan.

Dalam setiap perjanjian kredit sudah terdapat debitur klausula yang berisi pemberian kuasa kepada bank untuk memotong (mendebet) langsung sejumlah uang sebagai bunga dan provisi kredit. Kecuali bunga dan provisi kredit atau *commitment fee,* seorang debitur juga dibebankan dengan macam-macam biaya lain yang timbul dari penutupan perjanjian kredit. Biaya-biaya ini meliputi antara lain biaya materai, biaya pembuatan kontrak-kontrak pelengkap *(accesoir),* premi asuransi si barang jaminan (agunan), biaya penagihan atas kelalaian debitur itu sendiri, dan biaya penasehat hukum apabila bank menggunakannya dalam urusan dengan debitur yang bersangkutan. Semua kewajiban debitur yang disebutkan diatas merupakan syarat-syarat umum

yang terdapat dalam semua perjanjian kredit bank, Perbedaannya hanya menyangkut tingkat persentase bunga dan provisi kredit yang dibebankan kepada debitur masing-masing bank, yang umumnya tidak jauh berbeda. Karena tidak adanya pembagian beban biaya-biaya yang disebutkan diatas, maka nasabah debitur yang berada pada posisi yang lemah mau tidak mau harus menerima syarat-syarat dari bank itu dan menanggung semua beban biaya yang timbul darinya. Praktek ini sudah merupakan suatu kebiasaan dalam bisnis perbankan tanpa ada yang mempersoalkan apakah memenuhi rasa keadilan atau tidak.

Klausula-klausula yang mengandung unsur penyalahgunaan keadaan dan pembatasan tanggung jawab.[407] **Pertama**, tentang biaya-biaya yang ditanggung oleh debitur. Dalam formulir perjanjian kredit yang berjudul "Perjanjian Kredit dapat kita temukan klausula-klausula yang membedakan bunga dan provisi kredit serta biaya-biaya lainnya semata-mata kepada debitur. Perjanjian kredit tersebut adalah sebagai berikut: *"PEMINJAM wajib dan mengikat diri untuk disamping bunga dan provisi membayar juga kepada bank, biaya-biaya yang berupa: a. Biaya administrasi, premi asuransi, biaya-biaya perjanjian lain yang berkaitan dengan perjanjian ini baik yang dibuat notarial maupun di bawah tangan dan biaya-biaya lainnya yang ditetapkan oleh Bank. b. Selain biaya-biaya tersebut, peminjam juga diwajibkan untuk membayar segala biaya yang timbul karena penagihan atau kelalaian PEMINJAM, termasuk akan tetapi tidak terbatas pada biaya-biaya berperkara*

407 Blanko Dokumen Perjanjian Pinjaman Kredit pad Bank BNI, Cabang Jatinegara, Jakarta Timur, Tahun 2021.

dan biaya pengacara atau kuasa BANK. PEMINJAM untuk sekarang dan untuk nanti pada waktunya memberi kuasa kepada BANK untuk membukukan bunga, provisi dan biaya-biaya lainnya tersebut dalam butir 4.1.a.b. pasal ini dalam Rekening Koran PEMINJAM pada Nomor ... pada BANK dan memperhitungkannya pada saldo rekening PEMINJAM".

Klausula-klausula yang demikian terdapat pada semua perjanjian kredit dengan redaksi yang sedikit berbeda. Sedangkan hakikatnya sama sekali tidak ada perbedaan. Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa hal ini merupakan syarat-syarat umum yang terdapat dalam perjanjian kredit bank. Formulir perjanjian kredit antara lain ditetapkan misalnya, hal yang sama dengan menetapkan hal yang sama dengan rumusan yang lebih bersifat umum sebagai berikut: "Debitur wajib menanggung segala biaya yang dikeluarkan karena. Pembuatan dan pelaksanaan perjanjian ini, dan perjanjian jaminan dan dokumen lain yang harus dibuat berdasarkan perjanjian ini. "Apabila bank telah membayarkan biaya tersebut, maka bank dengan ini diberi kuasa oleh Debitur untuk mengambil penggantian biaya tersebut dengan mendebet rekening Debitur yang ada pada bank".

Ketentuan serupa terdapat dalam semua perjanjian kredit antara bank dan debitur, dimana debitur harus menenggung semua kewajiban yang merupakan hak bagi bank kreditur. Dalam perjanjian kredit bank tersebut ketentuan serupa yaitu sebagai berikut: *"Seluruh barang jaminan tersebut harus diasuransikan oleh Debitur kepada perusahaan asuransi yang disetujui oleh Bank terhadap segala bahaya dan dengan syarat-syarat yang ditetapkan oleh bank dalam waktu 3 (tiga) hari sesudah tanggal perjanjian ini. Polis asuransi harus mencantumkan Banker's Clause dan disimpan*

oleh bank. "Segala ongkos dan pembayaran premi asuransi menjadi tanggungan dan dibayar oleh debitur". "Jika debitur lalai, maka bank berhak, tetapi tidak diwajibkan, mengurus dan membayarkan premi asuransi tersebut dan menanda tangani segala sesuatu yang dianggap perlu dan debitur harus mengganti pembayaran tersebut dalam waktu 3 (tiga) hari sejak diterimanya permintaan pertama secara tertulis dari Bank. Bank berhak penuh menagih dan menerima uang asuransinya untuk diperhitungkan dengan seluruh hutang yang wajib dibayar oleh Debitur kepada Bank berdasarkan Perjanjian Kredit. Jika jumlah uang asuransi tersebut melebihi jumlah yang wajib dibayar oleh Debitur kepada Bank, maka kelebihan tersebut akan dikembalikan kepada Debitur, tanpa bank berkewajiban apapun kelebihan tersebut, dan bilamana jumlah uang asuransi yang diterima kurang dari jumlah yang wajib dibayar oleh debitur kepada bank, maka debitur tetap berkewajiban untuk melunasi kekurangannya tersebut".

Ketentuan mengenai asuransi dalam perjanjian kredit tidak berbeda dengan ketentuan yang terdapat dalam perjanjian dari bank lainnya. Dalam perjanjian kredit dari suatu bank terdapat ketentuan serupa sebagai berikut: *"Semua perjanjian kredit ini PEMINJAM mengikat diri untuk: Mengasuransikan barang-barang kekayaannya dan jaminan-jaminan yang diserahkan kepada BANK terhadap bahaya-bahaya yang layak dipertanggungkan asuransi dalam bidang usaha PEMINJAM, demikian juga untuk jumlah dengan syarat-syarat dan pada perusahaan asuransi yang disetujui oleh Bank. BANK dan PEMINJAM setuju bahwa uang asuransi yang mungkin dapat diterima berdasarkan perjanjian-perjanjian asuransi itu diperhitungkan dengan jumlah yang terhutang oleh PEMINJAM berdasarkan perjanjian kredit ini kecuali ditentukan*

lain oleh bank; Peminjam dengan pernyataannya sekarang ini untuk dipergunakan di kemudian hari, bila uang asuransi dapat ditagih; dengan ini memberi kuasa kepada bank secara mutlak dan tanpa kecuali serta dengan hak subsitusi untuk menagih serta menerima uang-uang asuransi itu, memberi tanda pelunasan untuk itu serta memperuntukkan uang yang diterima guna membayar lunas hutang-hutang peminjam pada bank, mengadakan pembicaraan-pembicaraan, perundingan dengan asuransi; Bank dianggap tepat".

Klausula-klausula tentang asuransi jaminan kredit dalam ketiga perjanjian kredit diatas telah menunjukkan kepada kita tentang kuatnya posisi bank vis-a-vis debitur dan bagaimana kebebasan berkontrak telah melayani kepentingan pihak bank tersebut. Implikasinya, bank menetapkan semua kewajiban kepada pihak debitur, mencakup jumlah jaminan kredit yang harus diasuransikan, pada asuransi mana debitur harus mengasuransikan jaminan kredit,kewajiban debitur untuk membayar semua semua ongkos yang timbul dari kontrak asuransi tersebut, kewajiban membayar premi asuransi, dan kewajiban membayar kekurangan santunan asuransi, apabila terjadi klaim. Akan tetapi, sebaliknya bank melepaskan tanggung jawab untuk membayar bunga atas kelebihan uang santunan asuransi yang harus dikembalikan kepada debitur (klausula eksonerasi, exclusion clause).

Ketiga, tentang larangan-larangan dari bank kreditur. Selama debitur masih terikat dengan perjanjian kredit, bank melarang seorang debitur untuk melakukan beberapa hal demi mengamankan kepentingannya. Perumusan larangan-larangan itu dilakukan baik dengan kalimat negatif maupun afirmatif. Dalam perjanjian kredit bank, antara lain, terdapat ketentuan sebagai berikut: *"PEMINJAM menyetujii bahwa bank berhak untuk mengakhiri*

perjanjian ini, apabila: .....; Peminjam mendapat fasilitas kredit dari bank lain atau pihak ketiga tanpa terlebih dahulu mendapatkan persetujuan tertulis dari Bank; Peminjam nenanggung utang pihak ketiga tanpa terlebih dahulu mendapat persetujuan tertulis dari Bank; Peminjam mengadakan pengalihan bidang usaha atau mengadakan perubahan anggaran dasar, susunan pemegang saham, direksi dan/atau dewan komisaris tanpa terlebih dahulu mendapat persetujuan tertulis dari bank". Larangan membagikan deviden untuk pemegang saham sebenarnya juga tidak diperlukan. Sebab, apabila struktur keuangan debitur itu kuat, maka pembagian deviden tidak berpengaruh pada cicilan pelunasan kredit bank.

Keempat, Tentang hak-hak bank dan pemberian masa bak. Diatas telah ditunjukkan bahwa hak-hak bank kreditur yang utama adalah memperoleh bunga dan provisi atas jumlah kredit yang disalurkan, disamping hak memegang barang jaminan kredit serta asuransinya. Bank juga menetapkan sendiri hak-hak lain menyangkut apa saja yang dipandang perlu, hak-hak mana merupakan kewajiban di pihak debitur. Demikian pula, bank menetapkan pemberian kuasa dari debitur kepada bank dalam keadaan tertentu. Untuk mendapatkan hak-hak yang dipandang perlu oleh bank, maka dalam perjanjian kredit yang dibuatnya sering dicantumkan klausula yang mengenyampingkan ketentuan-ketentuan dalam KUH Perdata atau KUHD. Dalam formulir perjanjian kredit dari bank terdapat klausula sebagai berikut: *"Menyimpang dari ketentuan yang ditetapkan dalam surat perjanjian kredit ini serta dengan mengenyampingkan ketentuan-ketentuan dalam pasal 1266 dan 1267 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, maka ditentukan bahwa: .....;*

bank berhak dan diberi kuasa oleh untuk sewaktu-waktu menarik kembali seluruh fasilitas kredit yang telah diberikan oleh bank kepada peminjam, jika bank menilai bahwa bank sendiri karena satu dan lain hal berada dalam keadaan kurang tepat atau kurang layak untuk meneruskan pemberian fasilitas kredit tersebut, keadaan mana tidak berlu dibuktikan kepada penarikan seluruh fasilitas tersebut akan diberitahukan secara tertulis oleh bank kepada peminjam dan harus dibayar lunas oleh peminjam paling lambat tanggal yang akan ditetapkan kemudian oleh bank kepada peminjam harus dibayar lunas oleh peminjam paling lambat pada tanggal yang akan ditetapkan kemudian oleh bank. Peminjam menyetujui bahwa bank berhak untuk mengakhiri perjanjian ini apabila: .....;
Peminjam atau pemberi jaminan telah dinyatakan tidak mampu membayar utang-utangnya atau dinyatakan pailit, atau berada dalam pengampuan atau perwalian, atau peminjam atau pemberi jaminan telah mengajukan permohonan penundaan pembayatan (surseance van betaling), atau karena sebab apapun peminjam atau pemberi jaminan dinyatakan tidak berhak lagi mengurus serta menguasai kekayaan dan/ atau perusahaan-perusahannya".

Dalam perjanjian kredit juga terdapat klausula tentang hak bank untuk melakukan tindakan-tindakan pengamanan atas barang jaminan, yaitu: berhak untuk melakukan atau menyuruh melakukan tindakan-tindakan untuk mengamankan kepentingan atas barang jaminan. Pada bagian lain dari perjanjian kredit tersebut juga terdapat klausula yang menyatakan bahwa apabila debitur dinyatakan oleh bank dalam kedaan lalai, maka bank berhak menjual atau memindah-tangankan barang jaminan menurut syarat-syarat yang ditetapkan sendiri oleh bank yang

antara lain adalah sebagai berikut: *"Apabila waktu yang ditentukan ataupun ..... pada waktu penagihan, peminjam tidak melunasi/ membayar kembali jumlah utang yang ditagih oleh bank, maka peminjam dinyatakan berada dalam keadaan lalai, kelalaian mana cukup dinyatakan dengan liwat waktu, sehingga tidak diperlukan Surat Peringatan/tegoran dari Juru Sita atau surat lain yang serupa dan oleh karena itu bank berhak untuk menjual atau dengan cara lain yang bertujuan untuk memindah-tangankan jaminan, menurut harga dan syarat-syarat yang dianggap baik oleh bank, dan bank berhak untuk memperhitungkan hasil penjualan/pemindah-tanganan jaminan tersebut dengan segala sesuatu yang terutang oleh peminjam kepada bank dan apabila masih ada kelebihannya akan dikembalikan kepada peminjam, akan tetapi tanpa kewajiban bank untuk membayar bunga kelebihan tersebut kepada peminjam atau pemberi jaminan".*

Di atas juga telah ditunjukkan tentang adanya klausula yang memberikan hak kepada bank untuk mengakhiri perjanjian kredit, apabila debitur melakukan beberapa tindakan tertentu. Dalam kutipan di atas juga terdapat klausula eksonerasi, yaitu pembebasan bank dari tanggung jawab untuk membayar bunga atas kelebihan harga hasil penjualan/pemindah tanganan barang jaminan kredit, apabila terjadi penjualan/pemindah-tanganan oleh pihak bank. Demikian pula terdapat klausula yang memberikan hak bagi bank untuk memasuki kantor, gedung, dan pabrik milik debitur untuk melakukan pemeriksaan atas barang-barang dan pembukuan debitur, yaitu sebagai berikut: *"Debitur dengan ini berjanji kepada bank, bahwa selama debitur karena sebab apapun juga masih berhutang kepada bank, maka debitur wajib:.....; Memberikan dokumen-dokumen lainnya yang diminta oleh bank*

dari waktu ke waktu, termasuk tetapi tidak terbatas pada dokumen-dokumen yang tidak berhubungan dengan usaha dan keadaan keuangan debitur; Memberikan keterangan kepada bank mengenai keadaan keuangan dan kegiatan usaha debitur yang sewaktu-waktu diminta oleh bank dan debitur wajib memberikan kesempatan kepada bank untuk memasuki kantor-kantor, gedung-gedung dan pabrik-pabrik debitur guna melakukan pemeriksaan atas pembukuan debitur dan barang-barang jaminan".

Dalam hal kuasa yang diperlukan oleh bank sebagai berikut: *"Dalam hal diperlukan kuasa oleh bank untuk menjalankan hak-haknya terhadap debitur berkenaan dengan perjanjian ini, maka kuasa tersebut kata demi kata harus dianggap telah termuat dalam perjanjian ini, oleh karena itu tidak diperlukan lagi kuasa khusus yang tersendiri. "Setiap dan seluruh kuasanya diberikan oleh debitur kepada bank dalam perjanjian ini merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari perjanjian ini, diberikan dengan hak subsitusi serta tidak dapat dicabut kembali, dibatalkan atau berakhir oleh sebab-sebab yang termuat dalam Pasal 1813, 1814 dan 1816 Kitab Undang-undang Hukum Perdata".* Rumusan tentang kuasa yang harus di berikan oleh debitur kepada bank itu terlalu luas, sehingga bank dapat dengan leluasa menjalankan kuasa tersebut. Adanya klausula bahwa setiap atau seluruh kuasa yang diberikan oleh debitur tidak dapat ditarik kembali atau dibatalkan dan mengenyampingkan ketentuan tentang cara berakhirnya pemberian kuasa dalam KUH Perdata, menunjukkan bahwa kuasa tersebut merupakan kuasa mutlak.

Kelima, tentang pembatasan tanggung jawab dari pihak bank kreditur. Pembatasan tanggung jawab dari pihak bank ada yang dinyatakan secarategas dan ada pula yang tidak. Yang tidak

dinyatkan tegas, misalnya, tentang biaya-biaya yang harus dipikul dalam rangka pembuatan dan pelaksanaan perjanjian kredit dan kontrak-kontrak pelengkap lainnya (perikatan jaminan dan asuransi). Pada semua perjanjian kredit, semua biaya tersebut dibebenkan kepada pihak debitur. Dengan cara demikian bank terbebas dari kewajiban untuk bersama-sama menanggung biaya tersebut, sehingga dapat dikatakan bahwa bank bukan hanya melakukan pematasan tanggung jawab, tetapi juga membebaskan diri dari tanggung jawab. Dalam perjanjian kredit umumnya terdapat klausula yang membeaskan bank dari kewajiban untuk membayar bunga atas kelebihan (sesuai penjualan barang jaminan kredit kepada debitur), apabila terjadi penjualan barang jaminan kredit itu. Dalam Perjanjian Kredit klausula yang demikian: "..... apabila masih ada kelebihannya akan dikembalikan kepada Peminjam, akan tetapi tanpa kewajiban bank untuk membayar bunga.

Kecuali klausula-klausula pembebasan dari kewajiban di atas, bank juga membebaskan diri dari kewajiban untuk membayarkan bunga kelebihan (sisa) santunan asuransi jaminan kredit yang diasuransikan. Dengan demikian, maka debitur hanya memikul kewajiban dan tanggung jawab atas segala risiko yang mungkin timbul dari mpelaksanaan perjenjian kredit, sementara bank mempunyai hak-hak yang luas. Karena bank sendiri yang menentukan syarat-syarat dalam suatu perjanjian kredit, maka pempunyai kekuasaan untuk mengalihkan segala risiko kepada debitur, disamping berbagai macam hak lainnya yang ditentukan secara sepihak. Umunya dalam suatu perjanjian kredit juga terdapat klausula yang mengenyampingkan ketentuan Undang-undang tentang syarat batal suatu kontrak (Pasal 1266 dan 1267

KUH Perdata) dan cara berakhirnya pemberitahuan kuasa (Pasal 1813, 1314 dan 1816 KUH Perdata.

Dari analisis diatas, dapat disimpulkan bahwa banyak dan luasnya hak yang dipunyai dan bebasnya bank dari kewajiban-kewajibannya terhadap debitur dimungkinkan oleh adanya kekuasaan bagibank untuk membuat dan menentukan syarat-syarat kontrak baku secara sepihak, in-casu perjanjian kredit. Sosiologis, tindakan ini tidak tercela, sebab bank membuat hubungan kontraktual dengan para debitur secara impersonal dan melayani para debitur itu dalam jumlah yang tidak terbatas, sehingga perlu mekanisasi pelaksanaan pekerjaan. Yuridis, tindakan ini dimungkinkan, sebab Hukum Kontrak kita menganut asas sistem terbuka dan asas kebebasan berkontrak. Mengingat semua biaya yang timbul dari pembuatan dan pelaksanaan perjanjian kreditdan risiko-risiko dibebankan kepada debitur, maka dapat dipastikan bahwa penyalahgunaan keadaan (misbruik van omstandigheden) oleh pihak bank dalam pembuatan dan pelaksanaan perjanjian kredit. Demikian pula dengan klausula-klausula tersebut bank membeskan dirinya dari kewajiban-kewajibannya yang seharusnya dipikul bersama-sama dengan debitur. Sebab, dari pelaksanaan perjanjian kredit ini bank dapat keuntungan langsung berupa bunga dan provisi kredit. Sementara itu, adanya klausula-klausula yang secara tegas membebaskan bank dari kewajiban untuk membayar bunga atas kelebihan (sisa) uang penjualan barang jaminan kredit dan/atau uang santunan asuransi. Apabila hal-hal tersebut terjadi, merupakan pencerminan dari kuatnya posisi bank vis-a-vis debitur dalam perjanjian kredit hak ini juga merupakan pencerminan dari penerapan konsep mekanisasi oleh pihak bank dalam perjanjian

kredit, akibatnya, debitur berada dalam posisi marjinal dan tidak seimbang dalam hubungan antara bank dan debitur.

b. Syarat-syarat Pembukaan Rekening Koran

Setiap orang yang bermaksud membuka rekening koran (giro) pada suatu bank harus mengisi formulir aplikasi pembukaan rekening yang disediakan oleh bank yang bersangkutan. Dengan mengisi dan menanda-tangani aplikasi itu berarti orang tersebut telah setuju dengan syarat-syarat mengenai pembukaan dan hubungan rekening koran dengan baik. Setiap bank menentukan sendiri syarat-syarat mengenai hubungan rekening koran yang harus dipatuhi oleh pemegang rekening itu. Calon nasabah memegang rekening itu dapat meminta perubahan atas syarat-syarat yang telah ditentukan dan dibakukan. Pada umumnya bank meminta referensi dari orang/ pihak lain bagi setiap pemegang rekening yang baru. Pemegang rekening yang menempatkan (menyimpan) dananya pada suatu bank diwajibkan membayar biaya administrasi setiap bulan oleh bank tersebut. Kecuali itu, pemegang rekening juga harus membayar biaya-biaya lain yang ditentukan oleh bank, baik yangsecera langsung berhubungan dengan jasa pelayanan bank maupun tidak. Sebaliknya, pemegang rekening koran akan menerima imbalan bunga berupa jasa giro dari bank. Untuk mendapatkan jasa giro itu bank menentukan saldo minimal dan biasanya tingkat bunga (jasa giro) ini tergantung dari jumlah dana yang disimpan.

Rekening Koran *(Account Current- A/C)* adalah rekening yang menata-usahakan semua mutasi dana yang dilakukan oleh pemegang rekening dan bentuk untuk kepentingan pemegang rekening tersebut dengan menggunakan cek, bilyet giro, surat-surat

perintah pembayaran lain atau tanda bukti setoran lainnya. Dalam rekening koran itu bank menata-usahakan setoran-setoran yang dilakukan oleh pemegang rekening atau oleh pihak lain dan fasilitas kredit dari bank, apabila pemegang rekening itu menerima kredit dari bank. pemegang rekening dapat menarik dana yang tersedia dalam rekening itu dengan menggunakan surat-surat perintah pembayaran, seperti yang telah disebutkan diatas, baik langsung oleh dan untuk pemegang rekening sendiri atau oleh dan untuk pihak ketiga lainnya. Adanya rekening koran ini memudahkan pemegang rekening dan bank dalam transaksi keuangan dan perdagangan. Sebab, mereka tidak perlu lagi menyediakan uang tunai untuk melakukan pembayaran kepada pihak lainnya. Dalam konteks ini tampak jelas peranan bank sebagai lembaga perantaraan keuangan.

Bagi pihak bank, simpanan dana dari pemegang rekening koran ini merupakan salah satu sumber dana yang dapat digunakan atau disalurkan kepada pihak lain yang membutuhkannya untuk jangka waktu tertentu. Pemegang rekening sebagai pemilik dana menerima imbalan dari bank atas simpanan dana tersebut yang disebut jasa giro. Sedangkan bank yang menyalurkan dana tersebut selama mengendam kepada pihak lain menerima bunga yang lebih tinggi daripada jasa giro yang dibayarkan. Antara tingkat suku bunga (jasa giro) yang diberikan kepada pemilik rekening (pemilik dana) dan suku bunga yang diperoleh bank dari pihak ketiga terdapat perbedaan (spread) yang merupakan keuntungan bagi pihak bank. Hubungan antara bank dan pemegang rekening koran merupakan hubungan kontraktual yang didasarkan pada kontrak pembukuan hubungan rekening koran. bank menetapkan sendiri secara sepihak syarat-syarat (terms and conditions) mengenai hubungan rekening

tersebut. Syarat-syarattersebut telah dibakukan dan merupakan satu kesatuan dengan aplikasi pembukuan rekening koran dan karenanya merupakan suatu kontrak baku dalam bisnis perbankan. Karena bank telah menetapkan dan membakukan syarat-syarat itu, maka tidak diadakan tawar-menawar terhadap syarat-syarat baku tersebut diatas. Disini jelas, bahwa poisisi bank vis-a-vis pemegang rekening koran cukup kuat, sehingga pemegang rekening menerima saja syarat-syarat yang ditetapkan oleh bank itu. Ini tentu saja tidak menguntungkan posisi pemegang rekening.

Kecuali keuntungan yang diperoleh dari selisih (spread) antara jasa giro dan bunga kredit yang disalurkan, bank juga memperoleh keuntungan lain, meskipun tidak besar, dari dana yang disimpan oleh pemegang rekening koran. Setiap bank menetapkan biaya administrasi atas rekening koran yang biayanya secara periodik, yaitu per bulan menetapkan biaya administrasi rekening koran sebesar Rp.10.000,- per bulan. Bank tersebut juga menjual buku cek atau bilyet giro yang digunakan oleh pemegang rekening untuk melakukan perintah pembayaran atau mutasi antar bank. Setiap buku cek atau bilyet giro yang dikeluarkan oleh bank tersebut dijual per buku seharga Rp.15.000,-.

Setiap bank juga menetapkan batas saldo minimal dalam rekening dan batas saldo maksimal yang memperoleh jasa giro, bank menetapkan batas saldo minimal dalam rekening koran sebesar Rp.200.000,-. Sedangkan batas saldo minimal untuk memperoleh jasa giro adalah Rp.2.500.000,- dan besarnya jasa giro ini tergantung dari besarnya saldo dalam rekening. Dengan demikian, apabila seseorang pemegang rekening koran mempunyai saldo dibawah Rp.2.500.000,-, maka ia tidak akan memperoleh jasa giro. Tetapi, sebaliknya ia tetap harus membayar biaya administrasi

sebesarRp.10.000,- per bulan. Fakta ini mengingatkan kita bahwa rekening koran ini hanya diperuntukkan bagi mereka yang benar-benar memerlukan jasa perantaraan bank dalam lalu-lintas pembayaran. Bagi mereka yang tidak memerlukan jasa tersebut jelas tidak memperoleh keuntungan dari menyimpan dana dalam rekening koran itu. Sebab, kemungkinan untuk rugi tetap ada. Apabila saldo berada di bawah batas minimal tidak akan memperoleh jasa giro, tetapi biaya administrasi tetap harus membayarnya. Fakta diatas menunjukkan bahwa bank akan memperoleh keuntungan dari simpanan dana pemegang rekeking koran, akan tetapi sebagaimana lazimnya kontrak baku, dalam syarat-syarat membuka rekening koran dengan bank jyga terdapat klausula-klausula yang membebaskan bank dari risiko yang mungkin timbul dan dari biaya-biaya yang diperlukan dalam pelaksanaan pemberian jasa perbankan. Dalam syarat-syarat umum bagi pemegang rekening terdapat klausula yang membebaskan bank dari risiko, antara lain sebagai berikut: "pemegang rekening bertanggung jawab sepenuhnya terhadap setiap penyalahgunaan cek/bilyet giro serta tanda pengenal yang telah diberikan kepadanya". Demikian pula, terdapat klausula serupa, yaitu: *"Bank tidak bertanggung jawab tentang keaslian, keabsahan, dan kelengkapan daripada (sec!) dokumen-dokumen yang diterima bank dari pemegang rekening dan juga terhadap kebenaran dari pada tanda tangan yang terdapat pada setiap dokumen".* Adapun ayat kedua adalah sebagai berikut: *"Bank tidak bertanggung jawab terhadap kerugian yang terjadi karena tidak di berikannya data-data yang lengkap atau tidak dapat diterimanya pemberitahuan, baik melalui telepon, telex atau yangdisebabkan karena keterlambatan/tidak sampainya surat yang dikirim oleh pemegang rekening kepada bank".* Klausula eksonerasi

yang demikian terdapat pada semua syarat pembukaan rekening koran pada bank.

c. Syarat-syarat Pembukaan Rekening Tabungan

Aplikasi pembukaan rekening tabungan (saving) pada satu bank juga berbentuk formulir yang sederhana. Dewasa ini terdapat banyak jenis tabungan yang ditawarkan oleh berbagai bank kepada masyarakat. Umumnya, satu bank menawarkan lebih dari satu jenis tabungan dalam rangka bersaing dengan bank-bank lain untuk menghimpun dana dari masyarakat. Dengan banyaknya jenis tabungan yang diselenggarakan oleh bank, banyak pula bentuk formulir aplikasi yang digunakan sebagai kontrak antara pihak bank dan nasabah tabungan. Seperti syarat-syarat pembukaan deposito, pembukaan rekening tabungan ini juga tidak menuntut banyak data tentang calon penabung. Sedangkan syarat-syarat dalam kontrak tersebut biasanya sudah termaktub dalam halaman belakang dari formulir aplikasi itu.

Pembukaan rekening tabungan tidak memerlukan banyak syarat, seperti dalam pembukaan rekening koran. Setiap orang yang bermaksud membuka rekening tabungan cukup hanya mengisi formulir aplikasi yang dibuat secara simpel. Sedangkan syarat-syarat mengenai pembukaan rekening dan pelaksanaan transaksi yang berhubungan dengan tabungan tersebut biasanya terdapat pada halaman belakang formulir aplikasi itu. Kalau seorang calon penabung ini datang ke suatu bank untuk membuka rekening tabungan, ia hanya cukup menyerahkan fotocopy tanda pengenal (KTP, SIM, dan sebagainya) saja dan ia segera dapat mulai menabung. Sebagaimana dalam kontrak-kontrak baku lainnya, maka dalam kontrak pembukaan rekening tabungan juga terdapat

klausula-klausula yang membebani penabung memberikan kemudahan bagi bank serta yang membebaskan bank dari tanggung jawab tertentu. Misalnya, tabungan yang ditawarkan kepada masyarakat, memungut biaya administrasi sebesar Rp.1.000,- per bulan. Sebagian besar bank yang lain hingga sekarang belum memungut biaya ini. Ketentuan lain yang membebani penabung, antara lain dalam syarat-syarat tabungan, adalah adanya denda. Apabila selama 6 bulan berturut-turut tidak ada mutasi (pasif) dengan saldo kurang dari Rp.100.000,-, maka tiap bulan dikenakan denda sebesar Rp.1.000,-, demikian pula apabila rekening tabungan ditutup dengan saldo yang ditarik pada hari tersebut lebih besar daripada Rp.100.000.000,- maka akan didenda sebesar 0,8 persen dari saldo yang ditarik pada hari tersebut.

Dalam syarat-syarat tabungan terdapat klausula tentang denda yaitu saldo tabungan yang hanya berjumlah Rp.10.000,- tidak ada mutasi dalam jangka waktu 6 bulan, maka digolongkan pasif dan harus ditutup dengan membayar biaya penutupan sebesar Rp.5.000,- Akan tetapi, sebenarnya apabila saldo tabungan Rp.10.000,- itu tidak ditutup, akan habis juga dengan sendirinya untuk membayar biaya administrasi setiap bulan. Tabungan yang ditetapkan sebagai pasif apabila dalam jangka waktu satu tahun tidak ada mutasi. Risikonya hanya tidak diberikan bunga lagi. Dewasa ini umumnya bank-bank menetapkan saldo minimal suatutabungan untuk mendapatkan bunga. Misalnya menetapkan saldo minimal untuk dapatkan bunga Rp.100.000,-. Saldo minimal untuk mendapatkan bunga adalah Rp.25.000,-,

Kecuali klausula-klausula yang membebani penabung tersebut diatas, maka dalam syarat-syarat pembukaan rekening tabungan juga terdapat klausula yang membebankan atau membatasi

tanggung jawab bank (klausula eksonerasi). Klausula ini terdapat dalam semua syarat-syarat pembukaan rekening tabungan sebagai kontrak yang mengatur tabungan antara bank dan para penabung. Bank-bank tidak bertanggung jawab atas segala penyalahgunaan buku atau kartu tabungan. Karena itu, apabila terjadi penyalahgunaan tabungan, maka penabung sendiri yang menanggung risikonya.

d. Aplikasi pembukaan deposito berjangka/sertifikat deposito

Setiap calon deposan yang akan mendepositokan dananya pada suatu bank hanya perlu mengisi aplikasi pembukaan deposito yang disediakan oleh bank. Semua syarat-syarat yang mengatur hubungan antara bank dan deposan biasanya tercantum pada bagian belakang dari aplikasi deposito. Dengan menanda-tangani formulir aplikasi tersebut berarti ia telah menyetujui semua syarat-syarat yang ditetapkan oleh bank yang bersangkutan. Sebagaimana dalam pembukaan tabungan yang disebutkan di atas, maka dalam aplikasi pembukaan deposito ini juga tidak diadakan tawar-menawar tentang syarat-syarat yang mengatur hubungan kontraktual antara bank dan deposan ini.

e. Aplikasi pengiriman (transfer) uang

Pengiriman uang oleh bank dapatdilakukan dengan beberapa cara, seperti melalui telegram, telepon, telex, wesel, faksimili, atau lalu-lintas giro lainnya. Meskipun media pengiriman uang ini banyak bentuknya, namun biasanya suatu bank hanya menggunakan suatu bentuk formulir aplikasi saja. Kaarena, tidak ada perbedaan yang penting dalam syarat-syarat pengiriman

uang tersebut, kecuali medianya saja. Dengan semakin banyak kantor cabang berbagai bank di Indonesia dewasa ini, maka akses masyarakat terhadap bank semakin besar. Masyarakat akan semakin banyak menggunakan jasa perbankan, termasuk dalam rangka pengiriman uang dari satu tempat ke tampat yang lainnya. Ini berarti pula bahwa, formulir-formulir aplikasi pengiriman uang yang berfungsi sebagai kontrak mengenai pengiriman uang antara pihak bank, akan mempunyai peranan yang sangat penting dalam memperlancar lalu lintas peredaran uang.

Menurut analisis penulis, dapat dikemukakan bahwa yang dimaksud dengan perjanjian baku bukanlah oleh karena formulir yang digunakan yang baku, tetapi klausul-klausulnya yang baku. Dengan kata lain, perjanjian baku ialah perjanjian yang hampir seluruh kalusul-kalusulnya sudah dibakukan oleh pamakainya (dalam hal transaksi perbankan ialah bank yang bersangkutan) dan pihak yang lain (dalam hal transaksi perbankan ialah nasabah dari bank tersebut) pada dasarnya tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan. Dengan perkataan lain, yang dibakukan bukan formulir perjanjian tersebut, tetapi klausulnya. Oleh karena itu suatu perjanjian yang dibuat dengan akta notaris, bila dibuat oleh notaris dengan kalusul yang hanya mengambil alih saja kalusul yang telah dibakukan oleh suatu bank, sedangkan pihak yang lain tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan atas kalusul itu, maka

perjanjian yang dibuat dengan akta notaris itu juga adalah perjanjian baku.[408]

Di dalam industri perbankan, perjanjian baku yang banyak digunakan antara lain ialah perjanjian kredit, syarat dan ketentuan umumm hubungan rekening koran, garansi bank, letter of credit. Eksistensi perjanjian baku tersebut sudah ada karena sangat dibutuhkan di dalam bisnis pada kenyataannya telah makin meluas penggunaannya. Sehubungan dengan perjanjian baku perbankan tersebut sering dimuatnya dalam perjanjian baku itu kalusul yang unreasobably onerous. Klausul-klausul itu merupakan klausul yang secara tidak wajar memberatkan nasabah. Termasuk klausul unreasonably onerous ialah exemption clause atau klausul eksemsi, yaitu klausul yang bertujuan untuk membebaskan atau membatasi tanggungjawab bank terhadap gugatan nasabah dalam hal bank tidak atau tidak dengan semestinya melaksanakan kewajibannya yang ditentukan dalam perjanjian. [409]

Berdasarkan hasil penelitian Sutan Remy Sjahdeini, terhadap perjanjian kredit dari 24 buah bank yang mewakili bank pemerintah, swasta nasional, swasta asing, bank campuran dan bank pembangunan daerah membuktikan hal yang sedemikian itu.[410] Diantara klausul-klausul yang secara tidak wajar sangat memberatkan bagi nasabah di dalam perjanjian kredit tersebut, antara lain ialah:

---

408 Sutan Remy Sjahdeini. Kebebasan Berkontrak dan perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia. Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1993, hal. 66.

409 P.P.C. Haanappel & Ejan Mackaay (Titel 5 Overeenkomsten in het Algemeen), hal.333.

410 Sutan Remy Sjahdeini, 1993, Op.Cit. hal. 176 et.al

1. Kewenangan bank untuk sewaktu-waktu tanpa alasan apapun dan tanpa pemberitahuan sebelumnya kepada nasabah, secara sepihak menghentikan izin atas kredit yang telah diperjanjikan;
2. Bank berwenang secara sepihak menentukan harga jual dari barang agunan yang dieksekusi karena kredit dari nasabah mengalami masalah;
3. Kewajiban nasabah debitor untuk tunduk kepada segala petunjuk dan peraturan bank yang telah ada dan yang baru akan ditetapkan dikemudian hari oleh bank;
4. Keharusan nasabah debitor untuk tunduk kepada syarat-syarat dan ketentuan umum hubungan rekening koran dari bank yang bersangkutan tanmpa sebelumnya nasabah debitor diberi kesempatan untuk mengetahui dan memahami syarat-syarat dan ketentuan umum hubungan rekebing koran tersebut;
5. Pencantuman klausul eksepsi yang membebaskan bank dari tuntutan ganti rugi oleh nasabah debitor atas terjadinya kerugian yang diderita olehnya sebagai akibat tindakan bank;
6. Pencantuman klausul eksemsi mengenai tidak adanya hak nasabah debitor untuk dapat menyatakan keberatan atas pembebanan bank terhadap rekeningnya sehubungan dengan biaya-biaya yang timbul dalam rangka pelaksanaan perjanjian kredit.

Dari beberapa putusan pengadilan, baik pengadilan diluar negeri maupun akhir-akhir ini juga oleh pengadilan di Indonesia, ternyata klausul itu dinyatakan tidak mengikat oleh karena klausul itu dianggap bertentangan dengan asas itikad baik, atau asas kepatutan, atau asas keadilan. Bahkan bank dianggap telah melakukan perbuatan melawan hukum atau dinyatakan telah

menyalahgunakan keadaan (misbruik van omstandigheden). Yang dimaksud dengan menyalahgunakan keadaan ialah tindakan dari salah satu pihak yang bargaining-powernya lebih kuat memaksakan kehendaknya kepada pihak lainnya yang berada dalam keadaan tidak berdaya, sehingga karena keadaan itu terpaksa menerima syarat yang diajukan oleh bank.

Sebagai contoh dapat dikemukakan ialah, keadaan nasabah yang sangat membutuhkan kredit yang diajukan kepada bank, sehingga nasabah terpaksa bersedia menerima syarat apapun yang diajukan oleh bank karena adanya kekhawatiran, bila tidak demikian maka kredit yang sangat dibutuhkannya itu tidak akan diberikan oleh bank. Apabila perjanjian oleh pengadilan dinilai telah dibuat dengan berdasarkan penyalahgunaan keadaan, maka perjanjian itu dapat dinyatakan tidak sah karena telah dibuat tidak berdasarkan kesepakatan murni yang merupakan salah satu syarat bagi syahnya suatu perjanjian, akibatnya dapat dinyatakan oleh hakim batal demi hukum atau dibatalkan.

Untuk berbagai formulir perjanjian yang digunakanoleh industri perbankan Indonesia, ternyata masing-masing bank menggunakan formulir yang dibuatnya sendiri. Ada perjanjian kredit terdiri dari demikian banyak pasal karena terlalu rinci, tetapi ada pula yang sangat sederhana. Yang sangat rinci itu pada umumnya dibuat sedemikian rupa sehingga lebih banyak kepentingan bank yang telah mendapat perhatian, sedangkan kepentingan nasabah debitor kurang mendapat perlindungan. Dalam hal yang demikian itu, perjanjian itu pada umumnya banyak mengandung klausula yang un-reasonably onerous. Sedangkan yang dibuat secara sederhana, ada yang dibuat sedemikian rupa

sehingga apabila kredit mengalami kemacetan, kepentingan bank kurang terlindungi.

Oleh karena itu, menurut analisis penulis, sudah waktunya sekarang ini dilakukan penyeragaman oleh Bank Indonesia atas perjanjian baku yang digunakan bagi transaksi perbankan. Dalam melakukan upaya penyeragaman atas perjanjian baku tersebut, kiranya perlu diperhatikan tidak hanya kepentingan bank saja, akan tetapi juga kepentingan nasabah sesuai dengan ketentuan Perlindungan konsumen. Dalam upaya penyeragaman tersebut, kiranya menjadi lebih baik apabila Bank Indonesia dapat menyertakan HIMBARA (Himpunan bank-bank Negara) dan PERBANAS (Persatuan Bank-bank Swasta Nasional) yang tergabung dalam Federasi Perbankan Indonesia dan menyertakan pula Lembaga Konsumen untuk dapat mewakili kepentingan nasabah. Perlunya dalam membuat perjanjian baku yang seragam itu dihindarkan betul dicantumkannya klausul yang secara tidak wajar sangat memberatkan bagi nasabah, adalah justru untuk kepentingan bank sendiri. Yaitu demi terhindar dari dinyatakannya perjanjian itu sebagai perjanjian yang tidak sah oleh pengadilan yang lebih jauh dapat dinyatakan batal demi hukum atau dibatalkan. Bila hal ini terjadi dengan perjanjian kredit, maka sulit bagi bank untuk dapat menagih kredit yang digunakan oleh nasabah dan macet, karena dasar hukum pemberiannya dinyatakan tidak ada dengan pernyataan pembatalan oleh hakim.

Sylvia Mauren,[411] menjelaskan: terdapat pengaturan yang berbeda-beda pada jenis layanan fintech. Beberapa produk fintech yang sudah banyak berkembang di Indonesia saat ini dan sudah diatur oleh Otoritas Jasa Keuangan (OJK) adalah Layanan Pinjam Meminjam Uang Berbasis Teknologi Informasi (LPMUBTI atau Peer-to-Peer Lending), Inovasi Keuangan Digital (IKD), dan yang sedang mulai untuk dikembangkan adalah Layanan Urun Dana Melalui Penawaran Saham Berbasis Teknologi Informasi (equity crowdfunding). Regulasi-regulasi layanan fintech sesuai jenisnya. Regulasi fintech p2p mengacu pada Peraturan Otoritas Jasa Keuangan (POJK) No.77/ 2016 tentang Layanan Pinjam Meminjam Berbasis Teknologi Informasi. Juga Surat Edaran (SE) OJK No.18/2017 tentang Tata Kelola dan Manajemen Risiko Teknologi Informasi Pada Layanan Pinjam Meminjam Uang Berbasis Teknologi Informasi. Kemudian, IKD mengacu pada POJK No.13/2018 tentang Inovasi Keuangan Digital di Sektor Jasa Keuangan. Sebagai aturan turunannya, OJK juga menerbitkan SE No.20/2019 tentang Mekanisme Pencatatan Penyelenggara Inovasi Keuangan Digital, SE No.21/2019 tentang Regulatory Sandbox dan SE No.22/2019 tentang Penunjukan Asosiasi Penyelenggara Inovasi Keuangan Digital. Sedangkan, layanan equity crowdfunding mengacu pada POJK No.37/2018 tentang Layanan Urun Dana Melalui Penawaran Saham Berbasis Teknologi Informasi (Equity Crowdfunding). Equity

411 Sylvia Mauren, Founding Partner Harvardy, Marieta & Mauren Attorneys at Law, Mengenal Ragam Regulasi Jenis-jenis Fintech, Berdasarkan paparannya dalam acara webinar ulang tahun Hukum On-line ke-20 bertema *"Perkembangan Fintech di Indonesia dan Manfaatnya bagi Pelaku Usaha"*, Selasa (14 Juli 2021)

crowdfunding adalah penyelenggaraan layanan penawaran saham yang dilakukan oleh penerbit untuk menjual saham secara langsung kepada pemodal melalui jaringan sistem elektronik yang bersifat terbuka. Singkatnya, praktik bisnis ini sama dengan saat perusahaan sedang mencari pendanaan publik melalui penawaran umum saham perdana atau initial public offering (IPO) di Bursa Efek Indonesia (BEI). Selain regulasi-regulasi tersebut, terdapat perundang-undangan lain yang harus dipatuhi antara lain UU No.8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, UU No.11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana telah diubah dengan UU No.19 Tahun 2016, PP No.71/2019 tentang Penyelenggaraan Sistem dan Transaksi Elektronik, POJK No.18 Tahun 2018 tentang Layanan Pengaduan Konsumen di Sektor Jasa Keuangan dan Pedoman Perilaku Pemberian Layanan Pinjam Meminjam Uang Berbasis Teknologi Informasi secara Bertanggung Jawab–Asosiasi FinTech Pendanaan Bersama Indonesia (Code of Conduct). Dari sisi pelaku usaha dapat mengetahui jenis perizinan usaha saat mendirikan perusahaan fintech. "Sebagai konsultan, saya meminta untuk tetapkan dulu fintech-nya jenis apa? Apakah di situ ada unsur inovasinya, teknologi informasi seperti apa? Kalau semata-semata jual satu produk asuransi dan tidak ada nilai tambah maka tidak masuk IKD." Selain regulasi, terdapat aspek-aspek hukum lain yang harus dipahami pelaku usaha seperti ketenagakerjaan, sistem elektronik dan aspek transaksi. Dalam aspek ketenagakerjaan, pelaku usaha harus memiliki kualifikasi sumber daya manusia seperti kewajiban memiliki karyawan yang memiliki keahlian di bidang teknologi informasi. Pada aspek sistem elektronik juga harus mempunyai tata kelola sistem teknologi informasi, pusat data dan pusat pemulihan bencana, kerahasiaan

data, rekam jejak audit, sistem pengamanan. Kemudian, aspek transaksi yang perlu diperhatikan yaitu ruang lingkup usaha, batasan pelaksaaan kegiatan usaha, persyaratan pengguna dan pemilik dana atau investor, klausul-klausul minimum yang wajib dimuat dalam perjanjian kegiatan usaha fintech, perlindungan konsumen dan transparansi produk serta metode penawaran produk. Persoalan risiko konsumen fintech seperti kebocoran data pribadi dan penagihan kasar. Kemudian, dia juga mengatakan masih terdapat perusahaan fintech ilegal yang melakukan predatory lending. "Rendahnya tingkat kesadaran masyarakat mengenai risiko penggunaan fintech ilegal hingga predatory lending."

Dari analisis penulis terhadap ketiga macam kontrak baku yang paling banyak digunakan dalam bisnis perbanan tersebut diatas dapat dipastikan tentang adanya klausula-klausula eksonerasi, yang membebaskan pihak bank dari kewajiban-kewajiban dan tanggung jawab-tanggung jawab tertentu, dan penyalahgunaan keadaan *(misbruik van omstandigheden)* yang membebank nasabah bank dengan kewajiban-kewajiban tertentu. Seyogyanya kewajiban-kewajiban dan tanggungjawab-tanggungjawab tersebut dipikul secara bersama-sama antara bank dan para nasabah yang terlibat dalam hubungan kontraktual yang mereka ciptakan bersama. Banyaknya klausula-klausula eksonerasi dan penyalahgunaan keadaan dalam kontrak-kontrak baku tersebut diatas menunjukkan kepada kita bahwa bank benar-benar memenfaatkan kebebasan berkontrak atau sistem terbuka yang dianut oleh Hukum Kontrak. Asas Kebebasan berkontrak tanpa pengawasan pemerintah ini telah memungkinkan pihak bank bertindak maksimal dalam menetapkan syarat-syarat dalam kontrak baku yang dibuatnya sendiri, seperti syarat-syarat umum pembukaan rekening koran, syarat-syarat

pembukaan tabungan, dan lain-lain. Sementara itu, para nasabah yang membutuhkan jasa perbankan dan tidak terorganisir itu semakin terdesak ke posisi marjinal dalam berhadapan dengan bank yang merupakan perusahaan-perusahaan yang besar.

Asas kebebasan berkontrak yang dianut oleh berbagai sistem hukum mempunyai implikasi yang luas dalam aktivitas ekonomi masyarakat. Apabila asas kebebasan berkontrak ini tidak dibatasi dan diawasi oleh pemerintah, maka implikasi yang ditimbulkannya akan semakin luas dan menimbulkan dampak negatif terhadap hukum dan keadilan itu sendiri. Dalam hal ini akan terlihat Implikasi Asas Kebebasan Berkontrak Terhadap Kontrak Baku yang digunakan dalam bisnis perbankan; Implikasi Kontrak Baku bagi Nasabah Bank; dan Implikasi Asas Kebebasan dan Kontrak Baku Bagi Keadilan Sosial. Asas kebebasan berkontrak ini merupakan suatu asas dalam kontrak yang bersifat universal, yang dianut oleh berbagai sistem hukum di dunia. Filsafah yang mendasarinya adalah liberalisme yang memandang semua orang mempunyai kedudukan yang sama di depan hukum dan kebebasan individu sebagai hak asasi manusia yang harus diakui sepenuhnya. Akan tetapi, meskipun hukum semua orang mempunyai kedudukan yang sama, kenyatannya tidak semua orang mempunyai kedudukan dan kemampuan yang sama. Dengan demikian yuridis semua orang sama, tetapi sosiologis tidak semua orang itu sama. Oleh karena itu, teori filosofi dalam hukum yang terkenal dengan *equality before the law* hanya berlaku secara terbatas dan harus didekati secara hati-hati.

Kebebasan berkontrak yang merupakan salah satu asas utama dalam hukum kontrak memberikan kesempatan yang sama bagi semua orang untuk menjadi pihak dalam suatu kontrak. Asas

ini membuka peluang bagi semua orang untuk dapat membuat suatu menutup kontrak yang dikehendakinya secara bebas. Ini berarti bahwa hukum kontrak melayani kebutuhan masyarakat untuk masuk dalam suatu kontrak agar aktivitas masyarakat tidak terhambat. Dalam kenyataannya, yang paling banyak menggunakan kebebasan berkontrak ini adalah mereka yang paling banyak terlibat dalam transaksi ekonomi. Sehingga tidak dapat dibayangkan, bagaimana transaksi ekonomi dapat berjalan dengan lancer tanpa kebebasan berkontrak ini. Dengan demikian, maka asas kebebeasn berkontrak memang sangat dibutuhkan oleh masyarakat, utamanya mereka yang terlibat dalam lalu-lintas perekonomian. Sebab, semakin banyak barang dan jasa yang beredar dalam masyarakat, semakin banyak pula penggunaan kontrak dalam masyarakat tersebut. Produk tersebut tidak mungkin ditawarkan kepada konsumen secara personal, secara tatap muka *(face to face).* Oleh karena itu, maka penggunaan formulir kontrak baku tidak tidak terelakkan *(ineviatable).*

Inisiatif untuk membuat kontrak baku ini berasal dari pihak produsen atau menjual barang dan jasa yang akan menawarkan barang dan jasanya kepada masyarakat. Pembuatan kontrak baku ini hanya dimungkinkan karena adanya kebebasan berkontrak. Tanpa kebebesan berkontrak para produsen dan pedagang tidak boleh membuat sendiri kontrak baku tersebut. Jadi, adanya pembuatan kontrak baku secara sepihak itu akibat adanya kebebasan berkontrak. Adanya kenyataan tentang tidak terelakkannya penggunaan kontrak baku dalam bisnis memang tidak terbantahkan. Dalam keadaan yang demikian, pengusaha

sebagai *homo economicus,*[412] akan menggunakan pertimbangan-pertimbangan ekonomi dalam pembuatan syarat-syarat dalam kontrak baku yang akan ditawarkan kepada konsumen. Dengan tidak adanya pembatasan terhadap asas kebebasan berkontrak dan tidak adanya penggunaan kontrak baku dari pemerintah, maka terbukalah peluang bagi pembuatan kontrak baku tersebut menarik keuntungan yang maksimal dari setiap transaksi ekonomi yang menggunakan kontrak baku yang mereka buat. Sementara itu, para konsumen atau pembeli umumnya, yang mengadakan transaksi dengan pengusaha akan dihadapkan dengan kontrak baku yang dibuat secara sepihak itu. Dengan berbagai alasan setiap konsumen terpaksa menerima syarat-syarat dalam kontrak baku yang ditawarkan kepadanya meskipun mengandung ketidak-adilan. Kenyataan ini menunjukkan bahwa tanpa pembatasan dan pengawasan terhadap kebebasan berkontrak dan kontrak baku menyebabkan para produsen dan pedagang sangat bebas dalam membuat kontrak baku dengan syarat-syarat yang dapat merugikan para konsumen. Oleh karena itu, hukum kehilangan fungsinya, sebab tidak melindungi para konsumen dari klausula-klausula yang tidak adil dalam kontrak baku. Begitu pula, pemerintah kehilangan fungsinya sebagai organ yang bertugas memayungi pihak-pihak yang dipandang lemah atau berada dalam posisi yang dirugikan.

412 Septiana Dwiputri Mharani, Fakultas Filsafat, Universitas Gajah Mada, Yogjakarta, "Manusia Sebagai Homo Economicus Refleksi Atas Kasus-Kasus Kejahatan di Indonesia", Jurnal Filsafat, Volume 25, Nomor 1, Februari 2016, antara lain menjelaskan, bahwa: pengertian Homo Economicus, adalah bahwa manusia memiliki kebutuhan yang beragam dan tidak pernah merasa puas. Artinya manusia sebagai mahluk ekonomi bersikap rasional, segala perilakunya dan kegiatannya selalu memperhitungkan keuntungan yang diperoleh.

in casu konsumen, termasuk nasabah bank. Tidak berfungsinya hukum disini disebabkan adanya kekosongan (kevakuman) hukum. Tidak ada kaidah hukum yang mengatur pembebasan asas kebebasan berkontrak dan tidak ada pula kaidah hukum yang mengharuskan adanya pengawasan terhadap syarat-syarat dalam kontrak bau danpenggunaan kontrak baku secara umum. Dengan demikian, maka dapat dipastikan bahwa adanya asas kebebasan berkontrak yang tidak terbatas dan tidak terkontrol menyebabkan lahirnya kontrak-kontrak baku yang tidak adil. Oleh karena itu, dibutuhkan kaidah-kaidah hukum baru untuk menanggulangi ketidak-adilan tersebut. Tanpa kaidah hukum yang baru tersebut, menyebabkan terjadinya kekosongan hukum.

Dalam kontrak perbankan yang telah dikaji pada bagian terdahulu telah ditunjukkan beragamnya syarat-syarat baku yang tidak adil. Semua biaya dan risiko dalam pembuatan dan pelaksanaan kontrak-kontrak tersebut dipikul kepada debitur atas nasabah bank. Ini merupakan implikasi baru adanya kebebasan berkontrak yang tidak terbatas dan tidak terkontrol. Kecuali beragamnya syarat-syarat baku yang membebani pihak debitur atau nasabah bank, maka dalam perjanjian kredit juga ditemui adanya klausula yang mengenyampingkan beberapa pasal dalam KUH Perdata, yaitu tentang cara-cara berakhirnya kontrak dan berakhirnya pemberian kuasa (Pasal 1266, 1267 dan 1813, 1816 KUH Perdata). Begitu pula bank juga memberlakukan ketentuan-ketentuan, syarat-syarat, dan kebiasaan yang berlaku dan dimiliki oleh bank, baik yang telah ada maupun yang timbul kemudian, sejauh hal-hal tersebut tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan Indonesia. Klausula ini dapat digunakan secara luas, karena ternyata memang

terjadi kekosongan hukum di Indonesia, in casu hukum yang menyangkut hubungan bank dan nasabahnya.

Dalam kontrak-kontrak baku yang digunakan dalam bisnis perbankan yang telah dibicarakan pada bagian terdahulu, utamanya perjanjian kredit, kita telah menyaksikan terdapat banyak syarat-syarat baku *(standard clauses, algemene voorwaarden)* yang ditetapkan secara sepihak oleh bank. Isi syarat-syarat tersebut bertujuan melayani kepentingan pihak bank dan sebaliknya membebani pihak debitur secara tidak seimbang. Sebab, yang dilindungi dalam syarat-syarat itu adalah pihak bank saja, sedangkan kepentingan pihak debitur terabaikan. Kecuali itu, dalam kontrak-kontrak tersebut juga terdapat banyak klausula eksonerasi (exclutian clause) yang membatasi atau meniadakan sama sekali tanggung jawab pihak bank terhadap risiko yang mungkin timbul dalam pelaksanaan kontrak antara bank dan nasabah tersebut. Dengan demikian,maka semua risiko itu menjadi tanggung jawab pihak debitur. Klausula-klausula tersebut diatas mempunyai implikasi yang luas bagi nasabah. Dalam perjanjian kredit misalnya, pihak debitur tidak hanya berkewajiban membayar bunga dan provisi kredit, tetapi juga harus mengeluarkan semua biaya yang diperlukan dalam pembuatan dan pelaksanaan perjanjian kredit tersebut, termasuk kontrak pelengkap *(accesoir)* lainnya. Biaya-biaya tersebut antara lain adalah Biaya pembuatan kontrak pengikatan jaminan kredit; Premi asuransi jaminan kredit; Biaya-biaya penagihan. Demikian pula, klausula-klausula eksonerasi yang membebaskan bank dari tanggung jawab atas kesalahan atau kekhilafan yang terjadi dalam pelaksanaan kontrak-kontrak dengan nasabah, baik pelaksanaan perjanjian kredit sebagai kontrak pokok maupun kontrak-kontrak pelengkap *(accesoir)* lainnya. Dengan

memperhatikan keuntungan-keuntungan yang diperoleh oleh bank dalam pelaksanaan suatu perjanjian kredit, maka dapat dikatakan bahwa syarat-syarat baku dan eksonerasi yang digunakan dalam perjanjian kredit itu tidak adil, meskipun sebagian besar orang menganggap ini sebagai kebiasaan yang sudah diterima dalam bisnis perbankan.

Syarat-syarat baku dan eksonerasi serupa juga terdapat dalam kontrak-kontrak baku lain, seperti dalam aplikasi dan syarat-syarat pembuatan rekening koran dan pembukaan rekening tabungan. Semuabank menggunakan bentuk kontrak dan syarat-syarat serupa, meskipun ada perbedaan kecil yang tidak berarti. Kita perlu mengajukan pertanyaan: mengapa syarat-syarat baku daneksonerasi dianggap sebagai kebiasaan yang sudah diterima dalam bisnis perbankan ? Terhadap pertanyaan ini dengan mudah dapat dijawab bahwa kebiasaan menerima syarat-syarat yang tidak adil disebabkan lemahnya piosisi nasabah vis-a-vis bank. Kecuali itu, hingga sekarang, di Indonesia belum ada kaidah hukum yang mengatur oenggunaan kontrak baku. Disini pihak yang lemah belum terlindungi oleh hukum dan kita terjebak dalam pemikiran hukum liberal, yang di negara asalnya sendiri sudah tidak demikian lagi. Pertanyaan lain yang perlu diajukan adalah: apakah kita harus membiarkan kebiasaan yang diciptakan oleh sekelompok kecil orang (bank-bank) terus berlangsung, meskipun kita mengakuinya tidak adil dan embiarkan terjadinya kekosongan hukum ? Memang tidak mudah menjawab pertanyaan ini, sebab kebiasaan dalam bisnis perbankan tersebut tidak dapat dihapuskan oleh para nasabah meskipun jumlahnya lebih banyak daripada bank itu sendiri. Oleh karena itu, hukumlah yang harus menghapuskan kebiasaan itu dan yang menjalankan fungsi pembuatan peraturan

perundang-undangan yaitu pemerintah (lembaga legislatif dan eksekutif). Apakah nasabah akan terlindungi di masa yang akan datang, tergantung pada kemauan politik *(political will)* dari pemerintah.

Kajian diatas menunjukkan bahwa hubungan antara bank dan nasabahnya berlangsung dalam ketidak-seimbangan *(in-equality)* Di satu pihak, bank berada pada posisi independen dan kuat, sehingga dapat memaksimalkan perolehan keuntungan dari hubungan dengan para nasabah. Di lain pihak, para nasabah berada pada posisi dependen dan lemah, sehingga dalam berhubungan dengan bank mereka dibebani segala macam biaya dan risiko yang mungkin timbul. Mengingat banyaknya jumlah nasabah yang berhubungan dengan bank-bank setiap saat, maka yang terjadi adalah kelompok yang kecil yaitu bank-bank, memperlakukan ketentuan-ketentuannya terhadap orang banyak, yaitu para nasabah bank. Hubungan antara kedua kelompok ini berlangsung dalam suati ketidak-seimbangan. Hubungan yang tidak seimbang ini terjadi akibat dari bisnis perbankan berlangsung dalam suasana dan semangat ekonomi liberalistik. masyarakat Indonesia dan ekonominya memang bukan liberal, tetapi masyarakat dan ekonomi yang sedang berkembang berada pada taraf transisi. Indonesia masih menggunakan KUHD dan KUH Perdata kolonial yang dibuat lebih dari 100 tahun yang lalu. kaidah-kaidah hukum tersebut dibuat berdasarkan faham liberal yang ada pada saat itu, sehingga untuk masyarakat liberal masa kini sendiri sudah tidak sesuai lagi. Akan tetapi kita masih menggunakan kaidah hukum yang sudah out ofdate dan tidak sesuai dengan suasana masyarakat Indonesia dan nilai-nilai masa kini yang mengutamakan kepentingan sosial. Hukum kontrak, in casu Buku III KUH Perdata yang menganut

kebebasan berkontrak yang tidak terbatas dan terkontrol telah memungkinkan, antara lain, bank-bank dengan syarat-syarat yang tidak adil. Mengingat jumlah nassabah bank yang menggunakan kontrak baku itu begitu banyak, maka dapat dipastikan bahwa, penggunaan kontrak baku, yang mengakibatkan hubungan antara bank dan nasabah itu tidak seimbang, mempunyai implikasi yang luas bagi keadilan sosial, in casu keadilan ekonomi. Apabila asas kebebasan berkontrak tidk dibatasi dan penggunaan krontrak baku dalam bisnis perbankan tidak diawasi oleh pemerintah, maka hubungan kontraktual antara bank dan nasabah bank yang tidak seimbang itu, mengakibatkan hanya bank-bank saja yang dilayani oleh hukum. Sedangkan para nasabah tidak. Akibatnya, hanya bank-bank yang memperoleh keuntungan yang maksimal dari hubungan tersebut. Sedangkan para nasabah akan tetap pada posisi marjinal dalam berhadapan dengan bank. Dengan demikian, maka keadilan sosial tidak akan dapat diwujudkan. Meskipun kontrak baku telah menujukkan peranannya yang besar dalam mengatur dan mewadahi berbagai transaksi ekonomi dalam kehidupan mayarakat, tetapi masih terdapat masalah-masalah hukum yang melekat padanya. Masalah-masalah hukum tersebut antara lain, adalah menyangkut kekuatan mengikat dan ketidak-adilan yang timbul darinya.

Penulis berpendapat bahwa apabila ada orang yang menerima syarat-syarat ke dalam kontrak baku itu secara sukarela, ini disebabkan karena nilai ekonomi dari kontrak itu kecil, sehingga ia mengabaikan saja risiko yang mungkin timbul dari transaksi tersebut. Pada dasarnya, tidak ada seseorangpun menghendaki risiko kerugian dari suatu transaksi ekonomi ditanggung sendirian. Sebab, ini bertentangan dengan prinsip ekonomi dan akal sehat.

Karena naifnya dalil-dalil yang diajukan untuk mendukung kontrak baku di atas, maka masalah hukum yang melekat pada kontrak baku itu tetap sah untuk dibicarakan. Kontrak baku mempunyai kekuatan mengikat berdasarkan kebiasaan (gebruik) yang berlaku dilingkungan masyarakat dan lalu-lintas perdagangan. bagaimana dapat diterima kebiasaan menggunakan kontrak baku dengan syarat-syarat yang tidak adil dan diciptakan oleh sekelompok kecil pengusaha untuk orang banyak? Pendirian ini dijiwai oleh semangat liberalisme dan free market dalam ekonomi kapitalisme abad 18. Sedangkan dalam abad 21 ini semangat ini telah luntus akibat adanya pengaruh filsafat sosial terhadap hukum yang menghendaki lebih besar perlindungan kepada masyarakat daripada kepada individu. Lingkungan masyarakat dan lalu-lintas perdagangan yang dibentuk berdasarkan liberal-kapitalistis itu tidak menjamin adanya perlindungan kepentingan masyarakat dan golongan yang mempunyai kedudukan sosial-ekonomi lemah. Oleh karena itu, memberlakukan kontrak baku sama rata dalam suatu lingkungan masyarakat dan lalu-lintas perdagangan secara bebas bertentangan dengan rasa keadilan. Jadi, pendirian Hondius ini tidak menyelesaikan masalah yang melekat pada kontrak bakui, sehingga dasar kekuatan mengikatnya tidak kuat.

Dalam Pasal 1339 KUH Perdata terdapat ketentuan bahwa kontrak-kontrak tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat kontrak diharuskan oleh kepatuhan, kepbiasaan dan Undang-undang. Dalam konteks ini, kebiasaan yang berasal dari sifat kontrak dalam pengertian ini mengandung nilai positif - tidak bertentangan dengan keadilan - sesuai dengan kepatutan dan kaidah Undang-undang yang berlaku. Misalnya, dalam perjanjian

kredit terdapat kebiasaan memperjanjikan jaminan kredit. Ini sesuai pula dengan kepatutan. Begitu pula Undang-undang, in casu Pasal 1131 dan 1132 KUH Perdata, berlaku terhadap perjanjian kredit itu. Jadi, syarat-syarat baku dan eksonerasi yang tidak adil tidak dapat disamakan atau disebut sebagai kebiasaan sebagaimana yang dimaksudkan dalam Pasal 1339 KUH Perdata, psal 1320 KUHPerdata.

Penulis berpendapat bahwa, apabila suatu kontrak baku mengandung syarat-syarat yang dapat merugikan pihak konsumen, maka kekuatan mengikatnya bersifat relatif. Kekuatan mengikat suatu kontrak, termasuk kontrak baku terletak pada pemenuhan unsur yang diminta oleh Pasal 1320 KUHPerdata, (yaitu syarat-syarat sahnya suatu kontrak) dan pemenuhan rasa keadilan, kepantasan, dan tidak merugikan kepentingan masyarakat umum. jadi yuridis, kontrak baku tidak dapat memenuhi kriteria ini. Kriteria ini dapat diwujudkan dengan adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur penggunaan kontrak baku itu sendiri yang pelaksanaannya dijamin oleh pengawasan pemerintah. Akan tetapi untuk memastikan apakah suatu kontrak baku mempunyai kekuatan mengikat pada akhirnya diserahkan pada hakim.[413] Dalam kontrak baku yang digunakan dalam bisnis perbankan telah ditunjukkan adanya syarat-syarat baku dan eksonerasi yang membebani pihak debitur atau nasabah secara tidak adil. Kontrak-kontrak tersebut berlangsung dalam ketidak-seimbangan *(in-equality).* Oleh karena itu, kontrak baku tidak mempunyai kekuatan mengikat yang kuat, sebab bertentangan dengan itikad baik *(good faith),* rasa keadilan,

413 P.L. Wery telah menunjukkan putusan-putusan Hogeraad yang menyatakan bahwa dalam keadaan tertentu klausula eksonerasi tidak berlaku lagi, karena betul-betul bertentangan dengan itikad baik.

dan kepatutan. Begitu pula dalam kontrak baku tidak dicapai kesepakatan (konsensus) yang sebenarnya antara pihak-pihak yang menutup kontrak tersebut. Pihak debitur atau nasabah tidak mempunyai kebebasan untuk melakukan tawar-menawar dengan pihak bank, kecuali tunduk pada semua ketentuan perbankan.

F. Fintech Dan Bank Digital Berbasis Tekhnologi

Pemanfaatan fintech memudahkan masyarakat dalam bertransaksi namun terdapat risiko yang harus diwaspadai seperti kebocoran data pribadi, penagihan intimidatif hingga *predatory lending*. Pengguna layanan *financial technology* (fintech) pada masyarakat sudah berkembang pesat. Terdapat jenis-jenis layanan fintech yang populer digunakan seperti *peer to peer lending* (pinjaman online), layanan urun dana (crowdfunding) dan uang elektronik. Kehadiran fintech dianggap memudahkan masyarakat dalam bertransaksi dalam memenuhi kebutuhan masyarakat dalam bertransaksi. Penting bagi para pihak mengetahui regulasi-regulasi mengenai fintech tersebut. Tidak hanya pelaku usaha, masyarakat sebagai pengguna layanan atau konsumen juga harus memahami aturan-aturan pada industri ini sehingga tidak dirugikan saat menggunakannya.[414]

414 Mochammad Januar Rizki, Mengenal Ragam Regulasi Jenis-jenis Fintech, Disampaikan dalam Acara webinar ulang tahun Hukum on-line ke-20 bertema Perkembangan Fintech di Indonesia dan Manfaatnya bagi Pelaku Usaha, Selasa (14 Juli 2021).

Sylvia Mauren,[415] menjelaskan: terdapat pengaturan yang berbeda-beda pada jenis layanan fintech. Beberapa produk fintech yang sudah banyak berkembang di Indonesia saat ini dan sudah diatur oleh Otoritas Jasa Keuangan (OJK) adalah Layanan Pinjam Meminjam Uang Berbasis Teknologi Informasi (LPMUBTI atau Peer-to-Peer Lending), Inovasi Keuangan Digital (IKD), dan yang sedang mulai untuk dikembangkan adalah Layanan Urun Dana Melalui Penawaran Saham Berbasis Teknologi Informasi (equity crowdfunding). Regulasi-regulasi layanan fintech sesuai jenisnya. Regulasi fintech p2p mengacu pada Peraturan Otoritas Jasa Keuangan (POJK) No.77/ 2016 tentang Layanan Pinjam Meminjam Berbasis Teknologi Informasi. Juga Surat Edaran (SE) OJK No.18/2017 tentang Tata Kelola dan Manajemen Risiko Teknologi Informasi Pada Layanan Pinjam Meminjam Uang Berbasis Teknologi Informasi. Kemudian, IKD mengacu pada POJK No.13/2018 tentang Inovasi Keuangan Digital di Sektor Jasa Keuangan. Sebagai aturan turunannya, OJK juga menerbitkan SE No.20/2019 tentang Mekanisme Pencatatan Penyelenggara Inovasi Keuangan Digital, SE No.21/2019 tentang Regulatory Sandbox dan SE No.22/2019 tentang Penunjukan Asosiasi Penyelenggara Inovasi Keuangan Digital. Sedangkan, layanan equity crowdfunding mengacu pada POJK No.37/2018 tentang Layanan Urun Dana Melalui Penawaran Saham Berbasis Teknologi Informasi (Equity Crowdfunding). Equity

415 Sylvia Mauren, Founding Partner Harvardy, Marieta & Mauren Attorneys at Law, Mengenal Ragam Regulasi Jenis-jenis Fintech, Berdasarkan paparannya dalam acara webinar ulang tahun Hukum On-line ke-20 bertema *"Perkembangan Fintech di Indonesia dan Manfaatnya bagi Pelaku Usaha"*, Selasa (14 Juli 2021)

crowdfunding adalah penyelenggaraan layanan penawaran saham yang dilakukan oleh penerbit untuk menjual saham secara langsung kepada pemodal melalui jaringan sistem elektronik yang bersifat terbuka. Singkatnya, praktik bisnis ini sama dengan saat perusahaan sedang mencari pendanaan publik melalui penawaran umum saham perdana atau initial public offering (IPO) di Bursa Efek Indonesia (BEI). Selain regulasi-regulasi tersebut, terdapat perundang-undangan lain yang harus dipatuhi antara lain UU No.8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, UU No.11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana telah diubah dengan UU No.19 Tahun 2016, PP No.71/2019 tentang Penyelenggaraan Sistem dan Transaksi Elektronik, POJK No.18 Tahun 2018 tentang Layanan Pengaduan Konsumen di Sektor Jasa Keuangan dan Pedoman Perilaku Pemberian Layanan Pinjam Meminjam Uang Berbasis Teknologi Informasi secara Bertanggung Jawab–Asosiasi FinTech Pendanaan Bersama Indonesia (Code of Conduct). Dari sisi pelaku usaha dapat mengetahui jenis perizinan usaha saat mendirikan perusahaan fintech. "Sebagai konsultan, saya meminta untuk tetapkan dulu fintech-nya jenis apa? Apakah di situ ada unsur inovasinya, teknologi informasi seperti apa? Kalau semata-semata jual satu produk asuransi dan tidak ada nilai tambah maka tidak masuk IKD." Selain regulasi, terdapat aspek-aspek hukum lain yang harus dipahami pelaku usaha seperti ketenagakerjaan, sistem elektronik dan aspek transaksi. Dalam aspek ketenagakerjaan, pelaku usaha harus memiliki kualifikasi sumber daya manusia seperti kewajiban memiliki karyawan yang memiliki keahlian di bidang teknologi informasi. Pada aspek sistem elektronik juga harus mempunyai tata kelola sistem teknologi informasi, pusat data dan pusat pemulihan bencana, kerahasiaan

data, rekam jejak audit, sistem pengamanan. Kemudian, aspek transaksi yang perlu diperhatikan yaitu ruang lingkup usaha, batasan pelaksaaan kegiatan usaha, persyaratan pengguna dan pemilik dana atau investor, klausul-klausul minimum yang wajib dimuat dalam perjanjian kegiatan usaha fintech, perlindungan konsumen dan transparansi produk serta metode penawaran produk. Persoalan risiko konsumen fintech seperti kebocoran data pribadi dan penagihan kasar. Kemudian, dia juga mengatakan masih terdapat perusahaan fintech ilegal yang melakukan predatory lending. "Rendahnya tingkat kesadaran masyarakat mengenai risiko penggunaan fintech ilegal hingga predatory lending."

Triyono Gani,[416] mengatakan regulator memiliki tantangan dalam mengawasi industri fintech. Menurutnya, pengaturan tidak dapat dilakukan secara ketat karena dapat membatasi inovasi pada industri fintech. Dia juga mengatakan potensi industri fintech sangat terbuka karena masih banyak masyarakat Indonesia belum terjangkau industri keuangan konvensional seperti perbankan. "Sekarang ada segmen tidak terlayani bank atau unbankable jauh lebih besar karena Covid-19. Banyak orang unbankable ini salah satu segmen yang perlu digarap. Menurut saya, bank jangan masuk ke sektor ini karena ini fintech. Artinya, jangan rebutan pasar, biarkan fintech hidup dengan segmennya." Terkait dengan hal tersebut diatas, Anita Sukarman,[417] mengatakan peran fintech

416 Triyono Gani, Kepala Grup Inovasi Keuangan Digital (IKD), Otoritas Jasa Keuangan, Mengenal Ragam Regulasi Jenis-jenis Fintech, Disampaikan dalam Acara webinar ulang tahun Hukum on-line ke-20 bertema Perkembangan Fintech di Indonesia dan Manfaatnya bagi Pelaku Usaha, Selasa (14 Juli 2021).

417 Anita Sukarman, Senior Vice President Public Policy and Goverment Relation Gojek, Mengenal Ragam Regulasi Jenis-jenis Fintech, Disampaikan dalam Aca-

sangat penting karena aktivitas masyarakat sudah terhubung dengan layanan tersebut seperti pembayaran elektronik. Selain itu, dia juga mengatakan fintech juga memudahkan para pelaku usaha mikro, kecil dan menengah (UMKM) dalam promosi produknya secara online. "Melalui teknologi UMKM meningkat rata-rata pelanggannya hingga volume transaksinya. Kemudian, para driver gojek juga meningkat rata-rata penghasilan, daya beli dan skor kebahagiannya."

Terkait dengn masalah *Digital Signature* dalam Perjanjian Kredit Bank, berdasarkan analisis penulis dapat dikemukakan, bahwa dalam pelaksanaan kegiatan bisnis perbankan dewasa ini, ditemukan semakin beraneka ragamnya jenis jasa yang ditawarkan industri perbankan nasional. Pertumbuhan industri perbankan ini mempunyai beberapa dampak yang positif, antara lain, tersedianya dana yang diperlukan bagi pelaksanaan pembangunan, masyarakat mempunyai akses yang lebih besar ke perbankan, dan masyarakat semakin *bank-minded.* Akan tetapi, kondisi tersebut belum didukung oleh pranata hukum yang dapat memberikan jaminan kepastian perlindungan hukum bagi nasabah bank. Bisnis perbankan yang semakin beraneka ragamnya jenis jasa yang ditawarkan kepada calon nasabah, pada umumnya selalu menggunakan berbagai bentuk kontrak baku yang sudah dipersiapkan terlebih dahulu oleh pihak bank sendiri. Biasanya, nasabah akan tersugesti untuk menerima isi formulir kontrak baku yang disodorkan tanpa meneliti secara cermat. Sebagai sarana transaksi antar bank dan

ra webinar ulang tahun Hukum on-line ke-20 bertema Perkembangan Fintech di Indonesia dan Manfaatnya bagi Pelaku Usaha, Selasa (14 Juli 2021).

nasabah, bank menciptakan berbagai macam kontrak baku yang akan ditawarkan kepada calon nasabah atau konsumen. Bahkan dengan menjanjikan hadiah-hadiah yang menarik, misalnya: Gebyar Tahapan BCA, Taplus BNI, Mandiri Fiesta, Super Pundi BII, dengan berbagai iming-iming hadiah yang menggiurkan. Hal ini juga memberikan dampak nyata terhadap hukum kontrak, karena dituntut untuk dapat memberikan perlindungan yang memadai bagi kepentingan pihak konsumen dalam transaksi komersial tanpa mengabaikan kepentingan bank. Penerapan digital signature atau tanda tangan digital mempermudah dan menghemat biaya dalam suatu perjanjian atau kontrak. Dan, keaslian tanda tangan digital tersebut sudah dapat dibuktikan dan berkekuatan hukum.

Pandemi Covid-19 mendorong aktivitas masyarakat termasuk kegiatan bisnis dilakukan secara digital. Perubahan menjadi serba digital tersebut juga terjadi pada penandatanganan dokumen kontrak bisnis seperti perjanjian kredit. Tanda tangan digital atau digital signature mulai lumrah diterapkan pada industri jasa keuangan seperti perbankan. Sehingga, dokumen tersebut memiliki kekuatan hukum yang mengikat antara perbankan dan nasabah. [418] Heru Kristiyana,[419] mengatakan: secara teknologi industri perbankan nasional siap menerapkan tanda tangan digital

418 Mochammad Januar Rizki, Mengenal Penerapan Digital Signature dalam Perjanjian Kredit Bank, Hukum On-Line.com 16 juli 2020.

419 Heru Kristiyana, Kepala Eksekutif Pengawas Perbankan dan Anggota Dewan Komisioner Otoritas Jasa Keuangan (OJK), menjelaskan di dalam webinar "Digital Signature pada Perjanjian Kredit dan Pembiayaan", Kamis (16/7/2021), Hukum On-Line.com 16 juli 2020.

tersebut. Menurutnya, penerapan tanda tangan digital dapat mengurangi tatap muka secara fisik antara bank dan nasabah pada masa pandemi Covid-19. Sebagai regulator, OJK akan mendukung melalui kebijakan-kebijakan yang mengarah pada digitalisasi perbankan. Di sisi lain, dijelaskan penerapan tanda tangan digital tersebut harus diimbangi dengan keamanan agar terhindar dari kebocoran atau pencurian data. OJK terus dukung dengan membuat regulasi-regulasi memudahkan banker dengan memberi layanan digital. Namun ada trade off dari sisi keamanan digital banking. Regulator beri perhatian lebih terhadap keamanan transaksi digital mengenai percobaan dari "hacker," pemanfaatan tanda tangan digital ini dapat diterapkan pada transaksi perbankan seperti restrukturisasi kredit hingga pembukaan rekening nasabah. "Pembukaan rekening, permintaan kredit nasabah tidak perlu datang ke bank".

Terkait dengan masalah tersebut, Mariam F Barata,[420] menjelaskan penerapan tanda tangan digital terus meningkat dalam dua tahun terakhir. Dia menjelaskan sudah 2,58 juta lebih sertifikat elektronik yang diterbitkan penyelenggara sertifikasi elektronik Indonesia (PSrE) sejak 2018. Industri jasa keuangan merupakan sektor paling tinggi penggunaannya mencapai 76 persen. Tanda tangan digital menggantikan fungsi tanda tangan basah pada dokumen elektronik. Sebab, tanda tangan basah

420 Mariam F Barata, Direktur Tata Kelola Aplikasi Informatika Kementerian Komunikasi dan Informatika (Kemenkominfo), menjelaskan dalam webinar "Digital Signature pada Perjanjian Kredit dan Pembiayaan", Kamis (16/7/2021), Hukum On-Line.com 16 juli 2020.

tidak dapat memberi kekuatan hukum pada dokumen elektronik. Sementara, tanda tangan digital memiliki kekuatan hukum yang setara tanda tangan basah pada dokumen kertas. Tangan digital memiliki kekuatan pembuktian paling tinggi karena dapat diuji keasliannya melalui aplikasi verifikasi dokumen yang disediakan pemerintah. Secara khusus, ekosistem tanda tangan digital ini harus melalui PSre yang terdaftar di Kemenkominfo. Terdapat enam PSrE publik dan swasta di Indonesia yang mendapat pengakuan Kemenkominfo.

Berdasarkan Peraturan Pemerintah Nomor 71 Tahun 2019 tentang Penyelenggaraan Sistem dan Transaksi Elektronik (PSTE) pasal 53 dan 54, PSrE terbagi menjadi dua yaitu lokal dan asing. Untuk PSrE lokal wajib mendapatkan pengakuan dari Menteri dengan berinduk kepada PSrE induk yang diselenggarakan oleh Menteri. Sementara, PSrE asing harus terdaftar di Indonesia dan diatur lebih lanjut melalui Peraturan Menteri. Namun, penerapan tanda tangan digital ini masih terbatas pada dokumen-dokumen tertentu. Pasal 5 Ayat 4 Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) menyatakan tanda tangan digital tidak berlaku untuk dokumen atau surat yang berdasarkan perundang-undangan lain harus dibuat dalam bentuk tertulis. Tanda tangan digital juga tidak berlaku untuk dokumen yang harus dibuat dalam bentuk akta notaril atau akta yang dibuat pejabat pembuat akta. Dia mencontohkan akta pernikahan dan akta notaris yang belum dapat menerapkan tanda tangan digital. Pemerintah melalui RUU Omnibus Law dapat menerapkan tanda tangan digital pada setiap dokumen. "Mendorong penerapan tanda tangan elektronik pada layanan manual melalui Omnibus Law untuk bertransformasi digital sehingga dapat menggantikan tanda

tangan basah pada setiap dokumen". Diharapkan, pemahaman masyarakat mengenai legalitas dan penerapan tanda tangan digital ini semakin meningkat. Sehingga, penerapannya dapat lebih luas dan menggantikan tanda tangan basah. "Kekuatan hukum tanda tangan elektronik ini dilindungi Pasal 11 UU ITE sejak 2008. Yang perlu dibangun adalah mekanisme agar tanda tangan elektronik dapat dipercaya swasta, pemerintah dan sistem peradilan nasional."

Fransiska Oei,[421] mengatakan tanda tangan digital memudahkan transaksi-transaksi perbankan. Penerapan tanda tangan digital ini dikembalikan pada masing-masing perbankan. Dia menjelaskan sudah ada perbankan yang siap secara penuh dan sebagian saja menerapkan tanda tangan digital. "Masih ada keragu-raguan pembuktian dan lain-lain kembali ke bank masing-masing beraninya sampai mana. Karena ini (tanda tangan digital) belum diuji di pengadilan sehingga masih ada keragu-raguan apakah ada yang penerapannya langsung ke loan agreement atau perpanjangannya saja dalam bentuk digital. Jadi ini kembali masing-masing bank kesiapannya." Edmon Makarim,[422] mengatakan penerapan tanda tangan digital merupakan keniscayaan khususnya dunia usaha. Dia juga mengatakan legalitas tanda tangan digital sudah diakui dalam perundang-undangan. Disarankan perlu perubahan UU yang membatasi penerapan tanda tangan digital

421 Fransiska Oei, Ketua Bidang Hukum dan Pengaturan Perhimpunan Bank Umum Nasional (Perbanas), menjelaskan dalam webinar "Digital Signature pada Perjanjian Kredit dan Pembiayaan", Kamis (16/7/2021). Hukum On-Line. com 16 juli 2020.

422 Edmon Makarim, Dekan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, menjelaskan dalam webinar "Digital Signature pada Perjanjian Kredit dan Pembiayaan", Kamis (16/7/2021). Hukum On-Line.com 16 juli 2020.

tersebut seperti Pasal 5 Ayat 4 UU ITE, UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dan UU No 2 Tahun 2014 tentang Jabatan Notaris (JN). "Sesuai kode etik JN di mana harus mengikuti ilmu pengetahuan. Maka selayaknya notaris dan PPAT (Pejabat Pembuat Akta Tanah) sebagai pejabat umum harus sadar TIK (teknologi informasi dan komunikasi) dan berperan sebagai T3P (thrusted third party) dalam ekonomi digital."

Marshall Pribadi,[423] menerangkan tanda tangan digital merupakan salah satu bentuk dari tanda tangan elektronik. Namun, tanda tangan digital memiliki keamanan dan dapat dibuktikan otentiknya secara hukum. Tanda tangan digital menggunakan teknologi enkripsi sehingga hanya dapat diakses oleh pengguna atau pemilik tanda tangan tersebut. Selain itu, penerapan tanda tangan digital ini dapat mendeteksi melalui teknologi verifikasi milik pemerintah saat dokumen tersebut diubah oleh salah satu pihak. "Tanda tangan digital itu ada *private key dan public key.* Tanda tangan digital itu bukan goret-goretannya. Tanda tangan digital itu kalau bisa terbuka dokumennya maka itulah digital signature."

Mengenai pembuktian tanda tangan elektronik bisa dilakukan dalam sidang e-litigasi dalam masa pandemi Covid-19 sepanjang ada lembaga yang sudah terverifikasi oleh pemerintah menyatakan dokumen yang ditandatangani secara digital tersebut adalah benar. Sejak penyebaran wabah pandemi Covid-19, pengadilan di Indonesia memutuskan menggelar sidang baik perkara pidana maupun perdata termasuk perkara-perkara tata usaha negara

423 Marshall Pribadi, Chief Executive Officer PrivyID, menjelaskan dalam webinar "Digital Signature pada Perjanjian Kredit dan Pembiayaan", Kamis (16/7/2021). Hukum On-Line.com 16 juli 2020.

(TUN), agama secara elektronik/online. Hal ini seiring Peraturan MA (Perma) No. 1 Tahun 2019 tentang Administrasi Perkara dan Persidangan di Pengadilan Secara Elektronik (E-Litigasi), dimana semua penyerahan atau upload berbagai dokumen (soft copy) dilakukan secara online ke dalam sistem persidangan elektronik. Dokumen elektronik itu dilakukan dengan cara men-scan agar bisa di-upload, diunggah ke dalam sistem jaringan sidang elektronik. Seperti, dokumen soft copy gugatan/permohonan, keberatan, perlawanan, intervensi; melakukan pembayaran; menerima panggilan sidang; penyampaian jawaban; replik; duplik; kesimpulan; upaya hukum; dan dokumen perkara lainnya. Lalu, bagaimana dengan keabsahan tanda tangan elektronik (digital signature) dalam dokumen untuk pembuktian dalam sistem persidangan elekronik.[424]

Advokat Patra M Zen,[425] mengatakan di tengah wabah pandemi Covid-19 persidangan cenderung dilakukan secara elektronik. Tentu pedoman/acuan yang dipakai Perma tentang E-Court dan E-Litigasi. Dia menilai Perma E-Litigasi ini sebenarnya belum mengatur sistem pembuktian secara elektronik termasuk menilai keabsahan tanda tangan digital/elektronik. "Tetapi, proses pembuktian dapat saja dilakukan secara elektronik di masa darurat

424 Aida Mardatillah, Keabsahan Tanda Tangan Elektronik di Sidang E-Litigasi, Sejumlah narasumber Diskusi Hukumonline secara daring bertajuk 'Penerapan E-court, E-litigation, E-signature oleh In-House Legal Counsels Menanggapi Situasi Covid-19', Jum'at (17 April 2021), Hukum On-Line.com, 19 April 2020.

425 Patra M Zen, Advokat, dalam Diskusi Hukumonline secara daring bertajuk "Penerapan E-court, E-litigation, E-signature oleh In-House Legal Counsels Menanggapi Situasi Covid-19", Jum'at (17/4/2020). Hukum On-Line.com, 19 April 2020.

bencana Covid-19." Pasal 22 Perma No. 1 Tahun 2019 ini disebutkan tata cara sidang elektronik, seperti penyampaian gugatan, jawaban, replik, duplik dan kesimpulan; para pihak wajib menyampaikan dokumen elektronik paling lambat pada hari dan jam sidang sesuai dengan jadwal yang ditetapkan; setelah menerima dan memeriksa dokumen elektronik tersebut, hakim atau hakim ketua meneruskan dokumen elektronik kepada para pihak. Kemudian, jawaban yang disampaikan oleh tergugat harus disertai dengan bukti berupa surat dalam bentuk dokumen elektronik; Panitera Pengganti wajib mencatat semua aktivitas pada persidangan secara elektronik dalam berita acara sidang elektronik. "Bila para pihak tidak menyampaikan dokumen elektronik sesuai jadwal dan acara persidangan tanpa alasan sah berdasarkan penilaian hakim atau hakim ketua, dianggap tidak menggunakan haknya." Dalam sidang elektronik dokumen-dokumen yang disampaikan para pihak menggunakan tanda tangan digital (digital signature). "Pembuktian tanda tangan digital ini sah-sah saja, sepanjang pihak ketiga, lembaga digital signature yang sudah terverifikasi oleh pemerintah telah menyatakan dokumen yang ditandatangani secara digital tersebut adalah benar."

Muhtar Ali,[426] menerangkan tanda tangan elektronik terdiri atas informasi elektronik yang dilekatkan, terasosiasi atau terkait informasi elektronik lainnya yang digunakan sebagai alat

426 Muhtar Ali, Advokat dan IP Consultant, dalam Diskusi Hukumonline secara daring bertajuk "Penerapan E-court, E-litigation, E-signature oleh In-House Legal Counsels Menanggapi Situasi Covid-19", Jum'at (17/4/2020). Hukum On-Line.com, 19 April 2020.

verifikasi dan autentikasi sesuai bunyi Pasal 1 angka (22) Peraturan Pemerintah No. 71 Tahun 2019 tentang Penyelenggaraan Sistem dan Transaksi Elektronik (PP PSTE). Sesuai bunyi Pasal 1 angka 21 PP 71/2019 itu, tanda elektronik dikeluarkan oleh Penyelenggara Sertifikasi Elektronik yakni badan hukum yang layak dipercaya dan memberikan dan mengaudit Sertifikat Elektronik. Tanda tangan elektronik ini menunjukkan subjek hukum para pihak dalam transaksi elektronik yang dikeluarkan oleh Penyelenggara Sertifikasi Elektronik. Tanda tangan elektronik dalam transaksi elektronik dapat dihasilkan melalui berbagai prosedur penandatanganan dan dalam hal penggunaan tanda tangan elektronik yang mewakili badan usaha, tanda tangan disebut segel elektronik (E-SEAL) sesuai bunyi Pasal 29 ayat (1) dan (2) PP PSTE. Mengenai keabsahan tanda tangan elektronik, ditegaskan bahwa: tanda tangan elektronik memiliki kekuatan hukum dan akibat hukum yang sah apabila data pembuatan tanda tangan elektronik terkait hanya kepada penanda tangan; data pembuatan tanda tangan elektronik saat proses penandatanganan elektronik hanya berada dalam kuasa penanda tangan. "Terdapat cara tertentu mengidentifikasi siapa penanda tangan dan cara tertentu menunjukkan penanda tangan telah memberi persetujuan terhadap informasi elektronik yang terkait sesuai Pasal 11 UU ITE jo Pasal 59 ayat (3) PP PSTE." Fungsi tanda tangan elektronik sendiri sebagai alat autentikasi dan verifikasi atas identitas penanda tangan, keutuhan dan keautentikan informasi elektronik. Menurutnya, terdapat tanda tangan yang terverifikasi dan tidak terverifikasi. Tanda tangan terverifikasi, harus memenuhi keabsahan kekuatan hukum dan akibat hukum tanda tangan elektronik; menggunakan sertifikat elektronik yang dibuat jasa Penyelenggara Sertifikasi Elektronik Indonesia (PSEI). "Tanda

tangan tidak terverifikasi ialah yang dibuat tanpa menggunakan jasa Penyelenggara Sertifikasi Elektronik Indonesia."

BAB IV

TINJAUAN YURIDIS NORMATIF/ SOSIOLOGIS TERHADAP PERLINDUNGAN KONSUMEN DALAM KONTRAK BAKU PERBANKAN DAN TRANSAKSI ELEKTRONIK SERTA ALTERNATIF PENYELESAIAN SENGKETA HUKUMNYA

A. Pemanfaatan Tekhnologi Informasi Dalam Transaksi Bisnis Perdata

Sejak World Health Organization (WHO) mengumumkan status pandemi global untuk penyakit Covid-19, semua terasa berubah. Wabah yang melanda dunia ini telah membatasi segala aktivitas dan ruang gerak masyarakat. Berbagai cara dilakukan pemerintah setiap negara untuk membendung penyebaran virus yang terbilang mematikan ini. Di Indonesia, pemerintah pusat dan daerah telah melakukan berbagai upaya untuk

memutus perkembangan Covid-19, mulai dari imbauan sampai dikeluarkannya beberapa kebijakan seperti Pembatasan Sosial Berskala Besar (PSBB), menggunakan masker, physical distancing, larangan ke kantor, sekolah, pasar, dan tempat keramaian lainnya. Anjuran work from home, learn from home dan pray from home membuat kebiasaan masyarakat berubah. Wabah Covid-19 seakan memaksa masyarakat bergeser ke era digitalisasi. Teknologi sangat berperan penting di sini, di mana masyarakat bisa memanfaatkan internet untuk berinteraksi. Bahkan untuk memenuhi kebutuhan sehari-hari, masyarakat bisa memperolehnya dengan membeli secara online atau biasa dikenal belanja online.[427]

Pergeseran gaya belanja masyarakat dari konvensional ke online di masa pandemic Covid 19 karena didukung peningkatan kepemilikan internet oleh masyarakat. Menurut data bahwa penggunaan internet saat ini ada sebanyak 143 juta jiwa atau sebesar 64 persen dari total populasi penduduk dan sekarang kita tahu pengguna digital itu telah meningkat semenjak pandemi, banyak orang-orang yang sekarang berbelanja secara online.[428] Menurut Analytic Data Advertising (ADA), aktivitas belanja online naik 400% sejak Maret 2020 akibat pandemi ini. Bank Indonesia (BI) mencatat, transaksi pembelian lewat e-commerce pada bulan Maret 2020 mencapai 98,3 juta transaksi. Angka itu meningkat 18,1% dibanding dengan Februari. Tak hanya itu, total nilai transaksi e commerce pun meningkat 9,9% menjadi Rp 20,7 triliun dari bulan

427 https://www.hukumonline.com/berita/baca/lt5ec83e3377b73/risiko-hukum-belanja-online-di-masa-pandemi diakses tanggal, 26/09/2020

428 Transaksi Belanja Online Meningkat, Mendag Minta UMKM Masuk ke Market Digital Kompas.com - 01/09/2020, 16:24 WIB

Februari 2020. Di era digital saat ini, masyarakat dengan mudahnya melakukan transaksi virtual dalam berbelanja, contohnya cash on delivery (COD), e-wallet, rekening bersama, transfer, dan kartu kredit.[429]

Namun meningkatnya animo masyarakat belanja secara elektronik/*on line* di masa pandemi ini ternyata dimanfaatkan sebagaian pelapak untuk mengeruk keuntungan dengan berbagai macam modus. Kementerian Perdagangan (Kemendag) baru saja memblokir 321 akun pelapak online yang menjual alat kesehatan (alkes) dengan mutu rendah, dan sembako dengan harga yang sangat tinggi. Selain menindak para pelapak, Kemendag juga memberikan wadah bagi masyarakat yang pernah dirugikan ketika berbelanja online. Namun, sejak 2018 atau 2 tahun terakhir ini, keluhan yang diterima hanya berjumlah 127 laporan. Akun Pelapak Nakal Cuma Diblokir, Kemendag Dinilai Kurang Tegas. Padahal, masyarakat bisa menyampaikan aduan jika menemui praktik-praktik di antaranya pembelian barang yang tidak sesuai dengan perjanjian (barang yang datang berbeda dengan yang ditampilkan pada iklan); barang yang dibeli tidak datang (belum diterima oleh konsumen); barang yang sampai rusak/tidak bisa digunakan. Tak hanya itu, persoalan pembatalan sepihak yang dilakukan pelaku usaha; waktu kedatangan barang tidak sesuai yang diperjanjikan; pengembalian dana (refund) yang sangat lama; dan mengalami penipuan pada sistem lokapasar yang menyebabkan kerugian pada konsumen juga bisa diadukan kepada instansi tersebut.[430]

---

429 https://www.bpkn.go.id/posts/show/id/1649 di akses 24/09/2020: 16:22

430 https://finance.detik.com/berita-ekonomi-bisnis/d-4989911/tertipu-belanja-online-ngadunya-ke-mana diakses 25/09/2020 22:15

Sementara permasalahan yang sering diadukan kepada YLKI adalah pesanan barang yang belum sampai, cacat produk, sulitnya proses pengembalian barang, hingga proses refund atau pengembalian uang.[431]

Perkembangan teknologi informasi dalam perdagangan dengan system elektronik melalui *e-commerce* memang sangat membantu masyarakat berbelanja dimasa pandemic covid-19. Tetapi kemudahan berbelanja secara *on line* ini akan menimbulkan persoalan hukum bila tidak diikuti dengan system keamanan bertransaksi di internet, karena mebuka celah bagi pelaku tindak pidana penipuan membobol akun password yang mengakibatkan kerugian konsumen. Berdasarkan data Badan Perlindungan Konsumen Nasional (BPKN), mulai Januari hingga Mei 2020, sudah terdapat 70 pengaduan mengenai kerugian dalam bertransaksi di *e-commerce.* Sebagian besar pengaduan *e commerce* berkaitan dengan phishing dan OTP. Pada pengaduan *phishing,* penjual, pada platform *e-commerce* mengirimkan tautan yang menyerupai website platform dengan menghubungi ke nomor telepon pribadi konsumen. Modus lainnya, yaitu dengan melakukan manipulasi sehingga pelanggan mengirim OTP yang membuat orang lain bisa membuat transaksi dengan akun tersebut.[432] OTP merupakan password yang dapat memvalidasi upaya masuk ke dalam akun atau untuk melakukan hanya sebanyak satu kali. OTP bertujuan menghindari kelemahan yang dimiliki oleh sistem

431 https://ekonomi.kompas.com/read/2018/01/19/171756726/toko-online-paling-banyak-diadukan-konsumen-ke-ylki-ini-daftarnya?page=all diakses 25/09/2020

432 https://www.bpkn.go.id/posts/show/id/1649 di akses 24/09/2020: 16:22

autentikasi berbasis password statis. Dalam implementasinya, OTP juga dikombinasikan dengan autentikasi dua faktor. OTP pun membutuhkan akses ke perangkat yang hanya dimiliki serta hal yang hanya diketahui oleh pemilik akun. Saat ini, sebagian besar institusi pengguna OTP mengirimkan password melalui smartphone, baik via notifikasi popup, atau yang paling sering ditemukan, yaitu melalui pesan teks atau *Short Message Service* (SMS). Sayangnya sistem keamanan masih memiliki celah kebobolan, karena pelaku kejahatan bisa saja menyusupi virus malware berkemampuan mengawasi dan mencuri data di hape tanpa disadari melalui pesan bermuatan tautan berbahaya atau phising.[433]

Teknologi informasi dan komunikasi dewasa ini, telah dimanfaatkan dalam kehidupan sosial masyarakat, dan telah memasuki berbagai sektor kehidupan baik sektor pemerintahan, sektor bisnis, perbankan, pendidikan, kesehatan, dan kehidiupan pribadi. Manfaat teknologi informasi dan komunikasi selain memberikan dampak positif juga disadari memberi peluang untuk dijadikan sarana melakukan tindak kejahatan-kejahatan baru *(cyber crime)* sehingga diperlukan upaya proteksi. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa teknologi informasi dan komunikasi bagaikan pedang bermata dua, dimana selain memberikan kontribusi positif bagi peningkatan kesejahteraan, kemajuan, dan peradaban manusia, juga menjadi sarana potensial dan sarana efektif untuk melaksanakan perbuatan melawan hukum.[434] Oleh karena itu,

433 https://infokomputer.grid.id/read/121999464/apa-itu-sistem-keamanan-one-time-password-otp diakses 26/09/ 2020

434 Siswanto Sunarso, Hukum Informasi dan Transaksi Elektronik: studi kasus Prita Mulyasari, Jakarta: Rineka Cipta, 2009, hal. 39

yang menjadi permasalahan, bagaimana pengaturan perlindungan hukum dalam jual beli melalui sistem elektronik dan bagaimana mekanisme penyelesaian sengketa yang merugikan konsumen?

B. Bentuk dan Jenis Transaksi Bisnis Perdagangan Melalui Elektronik

Ada beberapa istilah yang sering digunakan dalam perdagangan secara *on line* seperti *marketplace, online shop* dan *e-commerce.* Marketplace adalah model bisnis yang mana website yang bersangkutan tidak hanya membantu mempromosikan barang dagangan saja, tapi juga memfasilitasi transaksi uang secara online. Pada sistem belanja online ini, sebuah website menyediakan lahan atau tempat bagi para penjual untuk menjual produk-produknya. Di website inilah kita akan menemukan produk dari penjual yang berbeda, ada juga beberapa penjual dari online shop. Setiap produk yang terdapat dalam website tersebut telah diberikan spesifikasi dan penjelasan kondisi produknya, sehingga pembeli dapat langsung mengklik tombol "beli" kemudian melakukan transfer sejumlah harga yang tercantum. Pada sistem belanja ini, penjual tidak melakukan tanya jawab kepada pembeli dan tidak ada diskon ataupun tawar menawar seperti pada online shop. Contoh dari marketplace diantaranya adalah tokopedia.com, olx.co.id, bukalapak.com, dll.[435] Salah satu marketplace pertama di dunia yang mempopulerkan marketplace adalah eBay. Dirilis pada tahun 1995, website ini membuat proses penjualan lebih mudah dan

435 https://www.lenerp.com/news/mynews/istilah-marketplace-e-commerce-dan-jualan-online diakses 23/10/2020.

efisien. Dua dekade kemudian, kita melihat bahwa marketplace sudah banyak berkembang dan sekarang Anda bisa menemukan marketplace untuk banyak hal mulai dari barang bekas sampai makanan.[436]

Sementara toko online *(online shop)* adalah tempat dimana terjadinya suatu transaksi penjualan barang atau jasa di internet. Online shop tidak harus ada pada website tetapi bisa membuka toko online di social media seperti Facebook dan Instagram.[437] Online shop atau yang disebut dengan toko online adalah sistem belanja online yang mana pembeli dapat menanyakan harga atau pertanyaan apapun terkait produk kepada penjual secara langsung, dapat melalui LINE, atau Whatsapp. Di beberapa online shop, biasanya akan ada diskon setelah pembeli sering berlangganan pada online shop tersebut.[438]

Penggunaan istilah *Electronic Commerce* atau disingkat *E-Commerce* saat ini semakin sering digunakan masyarakat sebagai suatu istilah teknis dalam bisnis. Secara umum, pengertian E-commerce (perdagangan elektronik) adalah kegiatan jual beli barang/jasa atau transmisi dana/data melalui jaringan elektronik, terutama internet. Dengan perkembangan teknologi informasi dan *software* membuat transaksi konvensional menjadi mungkin untuk dilakukan secara elektronik. Website digunakan sebagai pengganti toko off-line. *Website e-commerce* mencakup berbagai

436 https://www.dewaweb.com/blog/online-shop-marketplace-dan-e-commerce-apa-bedanya/ diakses 23/10/2020

437 Ibid

438 https://www.lenerp.com/news/mynews/istilah-marketplace-e-commerce-dan-jualan-online diakses 23/10/2020

fungsi seperti etalase produk, pemesanan online dan inventarisasi stok, untuk menjalankan fungsi utama sebagai *e-commerce*. Software yang digunakan terpasang pada server *e-commerce* dan bekerja secara simultan dengan sistem pembayaran online untuk memproses transaksi.[439]

Kemudian Quayle mendefenisikan *E-Commerce* ebagai berbagi bentuk pertukaran data elektronik atau Electronic Data Interchange (EDI) yang melibatkan penjual dan pembeli melalui perangkat mobile, E-Mail, perangkat terhubung mobile, di dalam jaringan internet dan intranet. Selanjutnya Chaffey mendefenisikan E-Commerce sebagai semua bentuk proses pertukaran informasi antara organisasi dan stakeholder berbasiskan edia elektronik yang terhubung ke jaringan.[440]

Selain istilah tersebut di atas masih ada istilah lain yang dikenal dengan *E-Business* yaitu suatu proses bisnis yang berhubungan dengan sistem informasi. Metode Salah satu pihak menyalahgunakan keadaan ketergantungan relatif, seperti hubungan kepercayaan istimewa antara orangtua-anak, suami-isteri, dokter dan pasien, dan sebagainya; Salah satu pihak penyalahgunakan keadaan jiwa yang istimewa dari pihak lawan, seperti adanya gangguan jiwa, tidak berpengalaman, gegabah kurang pengetahuan, kondisi badan yang tidak baik, dan sebagainyaSalah satu pihak menyalahgunakan keadaan ketergantungan relatif, seperti hubungan kepercayaan istimewa antara orangtua-anak, suami-isteri, dokter dan pasien,

439 https://www.progresstech.co.id/blog/pengertian-e-commerce/ diakses 23/10/2020 19:39

440 I Putu Agus Eka Pratama, E-Commerce, E-Business dan Mobile Commerce, Bandung: Informatika Bandung, 2015, hal. 2

dan sebagainya; Salah satu pihak penyalahgunakan keadaan jiwa yang istimewa dari pihak lawan, seperti adanya gangguan jiwa, tidak berpengalaman, gegabah kurang pengetahuan, kondisi badan yang tidak baik, dan sebagainya kemungkinkan perusahaan berhubungan dan mengakses data internal dan eksternal dengan proses yang lebih efisien dan flexibel, agar berhubungan lebih erat dengan pemasok dan mitra usaha, dan untuk lebih memuaskan keinginan dan harapan pelanggan.[441] Salah satu pihak menyalahgunakan keadaan ketergantungan relatif, seperti hubungan kepercayaan istimewa antara orangtua-anak, suami-isteri, dokter dan pasien, dan sebagainya; Salah satu pihak penyalahgunakan keadaan jiwa yang istimewa dari pihak lawan, seperti adanya gangguan jiwa, tidak berpengalaman, gegabah kurang pengetahuan, kondisi badan yang tidak baik, dan sebagainya *E-Business* melibatkan seluruh rantai nilai dalam proses bisnis, yaitu pembelian elektronik dan manajemen rantai pasokan, memproses pesanan secara elektronik, mengatur pelayanan, dan bekerjasama dengan mitra usaha.[442]

Berbagai macam bentuk perdagangan ini sama-sama menggunakan teknologi informatika sebagai media untuk melakukan penawaran barang dagangan. Tetapi dalam kegiatan berjualan ketiganya memiliki tempat berjualan dan strategi pemasaran yang berbeda. Ada empat jenis kategori transaksi dalam *E-Commerce,* yaitu:[443]

441 Chandra Ahmadi dan Dadang Hermawan, E-Business & E-Commerce, Yogyakarta: Andi, 2013, hal. 9
442 Ibid, 10-11
443 I Putu Agus Eka Pratama, Op.cit., hal. 11-17

1. *E-Commerce Business to Business (B2B)*

E-Commerce Business to Business (B2B) adalah bentuk interaksi *E-Commerce* secara online yang terjadi antara produsen (perusahaan, industri rumah tangga, penyedia barang dan jasa) dengan distributor *(supplier)* dan pengecer. Distributor dan pengecer ini kemudian menyalurkan produk tersebut ke konsumen masing-masing. Bentuk interaksi ini bersifat umum dan tidak langsung berinteraksi ke konsumen akhir yang memerlukan barang dan jasa tersebut. Di dalam proses *Business to Business* (BsB) ini terjadi kegiatan yang mencakup Supply Chain, pertukaran informasi, manajemen operasional, dan lain-lain.

2. *E-Commerce Retail atau Business to Customer* (B2C)

Retail atau *Business to Customer* (B2C) merupakan bagian dari *E-Commerce* yang menekankan kepada proses pemesanan, pembelian, dan penjualan produk atau melalui akses internet. Hal ini berarti bahwa penjual dan pembeli dapat langsung bertemu dan berinteraksi secara elektronik dan online, memanfaatkan fitur-fitur yang disediakan. Misalkan keranjang belanja virtual dan pembayaran secara elektronik memanfaatkan kartu kredit dan sebagainya.

E-Commerce Retail atau *Business to Customer* (B2C) yang dilakukan secara online, melibatkan pelaku-pelaku berupa Customer, Business Organization, dan Website. Pada *Business Organization* dan Website terjadi proses transaksi jual beli berupa pemrosesan pemesanan online *(Order Processing)*. Dari *Customer* ke Website terdapat order, yang menyatakan kondisi di mana konsumen dapat melakukan pemesanan produk yang diinginkan *(Order)* secara online.

3. E-Commerce Customer to Business (C2B)

E-Commerce Customer to Business (C2B) merupakan bentuk *E-Commerce* yang berkebalikan dengan *E-Commerce* pada umumnya, di mana konsumen berperan aktif dengan cara memberitahukan kepada khalayak internet mengenai kebutuhannya, untuk kemudian satu atau beberapa buah perusahaan atau layanan produk dan jasa akan mencoba menawarkan produk dan jasanya untuk memenuhi kebutuhan tersebut.

Terdapat tiga komponen pada *E-Commerce Customer to Business* (C2B), yaitu *Website, Business Organization*, dan *Customer*. *Customer* melakukan pemesanan (produk maupun layanan) melalui layanan website yang tersedia, di mana website menyertakan beragam pilihan dengan harga masing-masing. Customer kemudian melakukan pemesanan *(Order)* melalui website. Order tersebut lalu diproses oleh *Business Organization* yang menyediakan barang atau layanan yang dipesan oleh Customer. Customer melakukan pembayaran secara elektronik langsung ke *Business Organization*. Setelah pembayaran diterima, kemudian *Business Organization* mengirimkan barang yang dipesan tersebut ke *Customer*.

4. E-Commerce Customer to Customer (C2C)

E-Commerce jenis C2C muncul sebagai akibat adanya kemajuan di dalam teknologi *website*, sehingga antar pengguna dapat saling berinteraksi satu sama lain dan konten disediakan *(Generate)* oleh pengguna itu sendiri. Bentuk interaksi aktif ini mempengaruhi juga bentuk E-Commerce yang terjadi. Pada *E-Commerce Customer to Customer* (C2C), tersedia sebuah website E-Commerce di mana pengguna dapat menjual produk dan jasa di website tersebut,

sekaligus juga dapat mencari produk dan jasa yang diinginkan dan melakukan transaksi.

Model Bisnis *C2C (Consumer to Consumer)* antara konsumen dengan konsumen, inilah inti dari model bisnis C2C. Aktivitas bisnis ini umumnya melibatkan perorangan. Seorang konsumen individu menjual barang atau jasa kepada konsumen yang lain. Karena modal yang kecil, model bisnis ini pun begitu populer. Model Bisnis B2C *(Business to Consumer)* ini merupakan model bisnis yang paling jamak dijumpai dalam pasar *e-commerce*. Sesuai dengan namanya, model bisnis ini melibatkan bisnis yang dalam hal ini adalah produsen dengan konsumen. Karena itulah, model B2C ini menyerupai model ritel tradisional. Salah satu contoh dari model bisnis B2C adalah toko online. Sesuai dengan namanya, model bisnis B2B *(Business to Business)* ini terjadi antara bisnis dengan bisnis. Penjual hanya fokus pada pasar bisnis saja dan tidak melayani pesanan dari konsumen. Umumnya, model bisnis B2B ini lebih didominasi oleh penyedia jasa atau layanan. Meski demikian, ada juga yang merupakan penyedia barang.[444]

Ke-empat bentuk *e-commerc*e sebagaimana disebut di atas yang paling umum digunakan masyarakat dalam bertransaksi jual beli online. Namun model Retail atau *Business to Customer* (B2C) yang paling banyak digunakan masyarakat dalam bertransaksi jual beli online dengan pelapak yang tergabung dalam *marketplace* atau *online shop*.

444 https://www.hsbc.co.id/1/PA_esf-ca-app-content/content/indonesia/personal/offers/news-and-lifestyle/files/articles/html/201907/peluang-bisnis-2020-bisnis-ecommerce-akan-memasuki-tahun-emas.html diakses 24/10/2020 11:20

2. Implikasi Hukum Perjanjian & Kontrak Dalam Transaksi Bisnis Melalui Elektronik

Banyak ahli yang membedakan antara ”perjanjian” dan ”kontrak”. Salah satu ahli yang membedakan tersebut adalah Subekti yang menurutnya perjanjian atau persetujuan yang tertulislah yang dapat disebut dengan ”kontrak”. Sedangkan perjanjian tidak harus dilakukan secara tertulis, namun dapat dilakukan secara lisan. Bahwa pendapat tersebut sejatinya dapat dibantah, dikarenakan istilah perjanjian dan kontrak pada hakikatnya adalah ”sama”. Seperti diketahui KUHPerdata merupakan produk warisan kolonial belanda yang di dalamnya menggunakan istilah ”overrenkomst” yang dalam Bahasa Inggris didefinisikan sebagai *”contract”*. Jadi, apabila *”overrenkomst”* yang dalam Bahasa Indonesia hanya di definisikan sebagai ”perjanjian” dan tidak didefinisikan sebagai ”kontrak”, maka hal tersebut dapat dikatakan kurang tepat, dikarenakan perjanjian dan kontrak memiliki makna yang sama apabila diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia.[445] J. Satrio dalam bukunya mengatakan bahwa Bab II Buku III berjudul ”Perikatan yang lahir dari kontrak atau perjanjian”. Digunakannya kata ”atau” diantara ”kontrak” menunjukkan pada kita, bahwa kata ”perjanjian” dan ”kontrak” menurut Buku III B.W. adalah sama dan cara penyebutannya secara berturut-turut seperti tersebut di atas memang disengaja dengan tujuan untuk menunjukkan, bahwa pembuat Undang-undang menganggap kedua istilah tersebut

445 https://doktorhukum.com/2019/07/24/perbedaan-perikatan-perjanjian-dan-kontrak/ diakses 24/10/2020 12:25

mempunyai arti yang sama.[446] Penulis juga sependapat dengan pemikiran tersebut di atas yang menyamakan arti perjanjian dan kontrak.

Terkait dengan jual beli online ada juga yang menggunakan istilah kontrak online dengan mendiskripsikan jual beli dilakukan melalui jaringan dari sistem informatika. Istilah kontrak online digunakan oleh Dekan Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Dosen bidang Hak Kekayaan Intelektual & Telematika, Edmon Makarim yang artinya sama dengan kontrak elektronik yaitu ikatan atau hubungan hukum yang dilakukan secara elektronik yang menggabungkan jaringan dari sistem informasi berbasis komputer dengan sistem. Jual beli online lahir karena adanya kontrak jual beli yang terjadi secara elektronik antara penjual dan pembeli. Namun, hingga saat ini aturan jual beli elektronik masih belum tertulis dengan jelas di dalam hukum yang berlaku di Indonesia. Hal ini dikarenakan syarat-syarat sah perjanjian secara elektronik belum diatur secara khusus.[447]

Namun, dalam Pasal 1320 pembuat Undang-undang memberikan kepada kita patokan umum tentang bagaimana suatu perjanjian lahir. Di sana ditentukan perbuatan-perbuatan apa yang harus dilakukan oleh orang, agar para pihak bisa secara sah melahirkan hak-hak dan kewajiban-kewajiban bagi mereka atau pihak ketiga.[448] Syarat sahnya suatu perjanjian menurut Pasal 1320 KUHPerdata adalah: Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;

---

446 J. Satrio, Hukum Perjanjian, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1992, hal. 19
447 https://libera.id/blogs/aspek-hukum-bisnis-ecommerce/ diakses 15/10/2020 15:49
448 J. Satrio, Op.cit., hal 125

Kecakapan untuk membuat suatu perikatan; Suatu hal tertentu; Suatu sebab yang halal.

Syarat ke-1 dan ke-2 disebut sebagai syarat subjektif yang apabila tidak terpenuhi maka salah salah pihak dapat meminta pembatalan perjanjian yang telah dibuat. Syarat ke-2 dan ke-3 disebut syarat objektif yang apabila tidak terpenuhi berakibat perjanjian tersebut batal demi hukum. Pembatalan bisa dibedakan ke-dalam dua terminologi yang memiliki konsekuensi yuridis, yaitu: batal demi hukum *(Null and Void);* Dari awal perjanjian itu telah batal, atau dianggap tidak pernah ada, apabila syarat objektif tidak dipenuhi. Perjanjian itu batal demi hukum, dari semula tidak pernah ada dilahirkan suatu perjanjian dan tidak pernah ada suatu perikatan; dan *Voidable*; bila salah satu syarat subyektif tidak dipenuhi, perjanjiannya bukannya batal demi hukum, tetapi salah satu puhak dapat memintakan pembatalan itu. Perjanjiannya sendiri tetap mengikat kedua belah pihak, selama tidak dibatalkan (oleh hakim) atas permintaan pihak yang berhak meminta pembatalan tadi (pihak yang tidak cakap atau pihak yang memberikan sepakatnya secara tidak bebas).[449]

Perjanjian antara dua pihak atau lebih melahirkan hak dan kewajiban pada masing-masing pihak sehingga jika salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya dianggap sebagai wanprestasi. Wanprestasi dapat diartikan bahwa terjadi perbuatan dari para pihak dalam perjanjian jual beli yang tidak sesuai dengan kesepakatan antara para pihak baik melanggar kesepakatan

449 https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/cl3520/batalnya-suatu-perjanjian/ diakses 24/10/2020 14:54

misalnya pihak produsen mengirimkan barang yang dipesan oleh konsumen tidak sesuai yang tertera dalam keterangan gambar, atau sesuai gambar namun terdapat cacat yang tidak disampaikan sebelumnya, ataupun tidak melaksanakan kesepakatan misalnya pihak konsumen sudah membayar barang yang dipesan namun pihak produsen tidak mengirimkan barang segera atau menunda pengiriman atau bahkan tidak mengirimkan barang tersebut.[450]

Dalam kontrak jual beli para pelaku yang terkait di dalamya mempunyai hak dan kewajiban yang berbeda, kewajiban penjual dalam suatu perjanjian jual beli, sebagai berikut: Menyerahkan hak millik atas barang yang diperjual-belikan. Kewajiban menanggung kenikmatan tentram dan menanggung cacat-cacat tersembunyi *(vrijwaring, warranty)*. Hak penjual pada umumnya menentukan harga pembayaran atas penjualan barang dari konsumen. Hak menerima pembayaran yang sesuai dengan kesepakatan mengenai kondisi dan nilai tukar barang dan/atau jasa yang diperdagangkan. Hak untuk mendapatkan perlindungan hukum dari tindakan konsumen yang beritikad baik. Hak untuk melakukan pembelaan diri sepatutnya di dalam penyelesaian hukum sengketa konsumen. Hak untuk rehabilitasi nama baik apabila tidak terbukti secara hukum bahwa kerugian konsumen tidak berakibat oleh barang dan/atau jasa yang diperdagangkan.[451]

---

450 Mila Nila Kusuma Dewi, *Penyelesaian Sengketa Dalam Perjanjian Jual Beli Secara Online,* Jurnal Cahaya Keadilan . Vol 5. No. 2 (2017), hal. 78

451 Yudha Sri Wulandari, Perlindungan Hukum bagi Konsumen terhadap Transaksi Jual Beli E-Commerce AJUDIKASI: Jurnal Ilmu Hukum, Vol. 2 No. 2. Desember 2018, hal. 199-210

Dalam jual beli online sebelum pembeli sepakat mengenai barang terlebih dahulu melihat gambar barang yang dipajang oleh pelapak. Setelah itu menanyakan secara detail mengenai barang apakah asli atau bukan dan sebagainya. Di sini terjadi perjumpaan kehendak, yaitu penawaran dan penerimaan (yang disebut dengan akseptasi) antara pembeli dan penjual. Dalam hal ini pembeli menghendaki barang sesuai dengan yang diinginkan dan menyanggupi harga yang sudah ditentukan pelapak. Si penjual menyanggupi kehendak pembeli dan akan mengirimkan barang sesuai yang diinginkan si pembeli. Kehendak sipembeli telah dinyatakan atau diutarakan kepada si penjual lewat komunikasi elektronik antara kedua belah pihak dimana pihak terakhir ini menyanggupi permintaan dari sipembeli. Dengan demikian telah terjadi kesepakatan mengenai barang dan harga yang telah tercantum. Nieuwenhus mengatakan bahwa "Pernyataan-pernyataan kehendak yang menghasilkan kesepakatan dibedakan antara penawaran *(aanbod, offerre)* dan penerimaan *(aanvaarding, acceptatie).* Penawaran dirumuskan sebagai pernyataan kehendak yang mengandung usul untuk mengadakan perjanjian yang akan ditutup.[452]

Perjanjian online terbentuk lewat proses komunikasi elektronik yang berlangsung antara pengirim dengan penerima pesan elektronik. Untuk memastikan bahwa pesan elektronik yang dikirim oleh pengirim diterima penerima, penerima harus merespon dengan mengirim pesan balasan kepada pengirim

452 Nieuwenhus dalam Abdul Halim Barkatullah dan Teguh Prasetyo, Bisnis E-Commerce: Studi Sistem Keamanan dan Hukum di Indonesia, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006, hal. 88

untuk memberitahukan bahwa penerima sudah menerima pesan elektronik. Pemberitahuan ini penting karena tanpa pemberitahuan oleh penerima, pengirim tidak dapat memastikan bahwa apakah pesan elektronik sudah diterima oleh penerima. Waktu pengiriman pesan elektronik adalah bahwa pada saat pesan elektronik masuk ke dalam sistem informasi yang pada dasarnya di luar kemampuan kontrol dari pengirim pesan. Sementara itu, waktu penerimaan pesan elektronik adalah ketika pesan tersebut masuk ke dalam sistem informasi penerima. Adapun mengenai proses dalam jual beli online dalam hal penawaran dan penerimaan online tidaklah beda dengan proses penawaran dan penerimaan pada umumnya.[453] Pembatalan perjanjian dapat juga dilakukan bila terjadi penipuan yang dilakukan oleh penjual online. Nieuwenhus mengatakan bahwa "Penipuan adalah bentuk kesesatan yang dikualifikasikan, dikatakan ada penipuan bila gambar-gambar yang keliru tentang sifat-sifat dan keadaan-keadaan (kesesatan) ditimbulkan oleh tingkah laku yang sengaja menyesatkan dari pihak lawan atau wakilnya."[454]

Perlindungan konsumen dalam bidang hukum privat paling banyak ditemukan dalam B.W., khususnya dalam Buku III tentang perikatan, seperti ketentuan tentang wanprestasi (Pasal 1243 sampai Pasal 1252) serta ketentuan tentang perikatan yang lahir karena perjanjian (Pasal 1313 sampai 1351) dan perikatan yang lahir dari undang-undang (Pasal 1351 sampai 1369), terutama perbuatan

453 Ainul Yaqin, Akibat Hukum Wanprestasi Dalam Jual Beli Online Menurut Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik, Dinamika: Jurnal Ilmiah Ilmu Hukum, Vol. 25. No. 26 (2019), hal. 14

454 Abdul Halim Barkatullah dan Teguh Prasetyo, Op.cit., hal. 93

melanggar hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 1365 sampai Pasal 1369.[455] Terjadinya wanprestasi pihak debitur dalam suatu perjanjian, membawa akibat yang tidak mengenakkan bagi debitur, karena debitur harus: mengganti kerugian; benda yang menjadi objek perikatan, sejak terjadinya wanprestasi menjadi tanggungan gugat debitur; jika perikatan itu timbul dari perikatan timbal balik, kreditor dapat minta pembatalan (pemutusan) perjanjian.[456]

Ketentuan yang secara khusus mengatur transaksi elektronik diatur dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE). Sebagai upaya memberikan perlindungan pada konsumen, maka Penyelenggaraan Sistem Elektronik menurut ketentuan UU ITE Pasal 15 menyebutkan bahwa: Setiap Penyelenggara Sistem Elektronik harus menyelenggarakan Sistem Elektronik secara andal dan aman serta bertanggung jawab terhadap beroperasinya Sistem Elektronik sebagaimana mestinya; Penyelenggara Sistem Elektronik bertanggung jawab terhadap Penyelenggaraan Sistem Elektroniknya; Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak berlaku dalam hal dapat dibuktikan terjadinya keadaan memaksa kesalahan, dan/atau kelalaian pihak pengguna Sistem Elektronik.

Kemudian dalam Pasal 16 disebutkan bahwa:

(1) Sepanjang tidak ditentukan lain oleh undang-undang tersendiri, setiap Penyelenggara Sistem Elektronik wajib mengoperasikan

455 Ahmadi Miru, *Prinsip-prinsip Perlindungan Hukum bagi Konsumen di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers, 2013, hal. 71

456 Purwahid Patrik dalam Ahmad Miru, Ibid, hal. 72

Sistem Elektronik yang memenuhi persyaratan minimum sebagai berikut:

a. dapat menampilkan kembali Informasi Elektronik dan/ atau Dokumen Elektronik secara utuh sesuai dengan masa retensi yang ditetapkan dengan Peraturan Perundang-undangan;
b. dapat melindungi ketersediaan, keutuhan, keotentikan, kerahasiaan, dan keteraksesan Informasi Elektronik dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut;
c. dapat beroperasi sesuai dengan prosedur atau petunjuk dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut;
d. dilengkapi dongan prosedur atau petunjuk yang diumumkan dengan bahasa, informasi, atau simbol yang dapat dipahami oleh pihak yang bersangkutan dengan Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut; dan
e. memiliki mekanisme yang berkelanjutan untuk menjaga kebaruan, kejelasan, dan kebertanggungjawaban prosedur atau petunjuk.
f. Ketentuan lebih lanjut tentang Penyelenggaraan Sistem Elektronik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Untuk memberikan perlindungan pada konsumen karena tindakan penjual *online* yang tidak mencantumkan data dan informasi barang dagangan yang diperjual-belikan secara *online*. Maka dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan dalam Pasal 65 telah ditentukan bahwa:

a. Setiap Pelaku Usaha yang memperdagangkan Barang dan/ atau Jasa dengan menggunakan sistem elektronik wajib

menyediakan data dan/atau informasi secara lengkap dan benar.

b. Setiap Pelaku Usaha dilarang memperdagangkan Barang dan/atau Jasa dengan menggunakan sistem elektronik yang tidak sesuai dengan data dan/atau informasi sebagaimana dimaksud pada ayat (1).
c. Penggunaan sistem elektronik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib memenuhi ketentuan yang diatur dalam Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik.
d. Data dan/atau informasi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) paling sedikit memuat:
    1) identitas dan legalitas Pelaku Usaha sebagai produsen atau Pelaku Usaha Distribusi;
    2) persyaratan teknis Barang yang ditawarkan;
    3) persyaratan teknis atau kualifikasi Jasa yang ditawarkan;
    4) harga dan cara pembayaran Barang dan/atau Jasa; dan
    5) cara penyerahan Barang.

Untuk mengatur lebih lanjut transaksi perdagangan melalui sistem elektronik ini, telah dikeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 80 Tahun 2019 tentang Perdagangan Melalui Sistem Elektronik. Dalam Pasal 1 ayat (2) disebutkan bahwa ”Perdagangan Melalui Sistem Elektronik yang selanjutnya disingkat PMSE, adalah Perdagangan yang transaksinya dilakukan melalui serangkaian perangkat dan prosedur elektronik.” Kemudian dalam ayat (6) disebutkan bahwa ”Pelaku Usaha Perdagangan Melalui Sistem Elektronik yang selanjutnya disebut Pelaku Usaha adalah setiap orang perseorangan atau badan usaha yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang dapat berupa Pelaku Usaha

Dalam Negeri dan Pelaku Usaha Luar Negeri dan melakukan kegiatan usaha di bidang PMSE." Selanjutnya dalam ayat (11) disebutkan bahwa "Penyelenggara Perdagangan Melalui Sistem Elektronik yang selanjutnya disingkat PPMSE adalah Pelaku Usaha penyedia sarana Komunikasi Elektronik yang digunakan untuk transaksi Perdagangan."

Dalam upaya memberikan perlindungan pada konsumen, maka dalam PP No.80/2019 PMSE Pasal 13 ayat (1) disebutkan bahwa Dalam setiap PMSE, Pelaku Usaha wajib:

a. memberikan informasi yang benar, jelas, dan jujur tentang identitas subyek hukum yang didukung dengan data atau dokumen yang sah;
b. menyampaikan informasi yang benar, jelas, dan jujur mengenai kondisi dan jaminan terhadap Barang dan/atau Jasa yang diperdagangkan termasuk Sistem Elektronik yang digunakan sesuai karakteristik fungsi dan perannya dalam transaksi tersebut; dan
c. memenuhi ketentuan etika periklanan sesuai dengan ketentuan peraturan perundangundangan.Dalam Pasal 25 ayat (1) dan (2) PP No.80/2019 PMSE disebutkan bahwa PPMSE dalam negeri dan/ atau PPMSE luar negeri wajib menyimpan:
    1. data dan informasi PMSE yang terkait dengan transaksi keuangan dalam jangka waktu paling singkat 10 (sepuluh) tahun terhitung sejak data dan informasi diperoleh; dan
    2. data dan informasi PMSE yang tidak terkait dengan transaksi keuangan dalam jangka waktu paling singkat 5 (lima) tahun terhitung sejak data dan informasi diperoleh.

Data dan informasi sebagaimana dimaksud pada huruf b, paling sedikit mengenai:

a. pelanggan;
b. Penawaran Secara Elektronik dan Penerimaan Secara Elektronik;
c. Konfirmasi Elektronik;
d. konfirmasi pembayaran;
e. status pengiriman Barang;
f. pengaduan dan sengketa Perdagangan;
g. Kontrak Elektronik; dan
h. jenis Barang dan/atau Jasa yang diperdagangkan.

Dalam Pasal 28 PP No.80/2019 PMSE disebutkan bahwa:

(1) PPMSE dalam negeri dan/ atau PPMSE luar negeri wajib menyediakan dan menyimpan bukti transaksi PMSE yang sah.
(2) Bukti transaksi PMSE sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menjadi alat bukti yang sah dan mengikat para pihak sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
(3) Bukti transaksi PMSE dinyatakan sah apabila menggunakan Sistem Elektronik sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan di bidang informasi dan transaksi elektronik.
(4) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak berlaku untuk:
    a. bukti transaksi PMSE yang menurut Undang-Undang harus dibuat dalam bentuk tertulis; dan
    b. bukti transaksi PMSE yang menurut Undang-Undang harus dibuat dalam bentuk akta notaril atau akta yang dibuat oleh pejabat pembuat akta.

Ketentuan yang secara khusus mengatur perlindungan konsumen diatur dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UUPK). Dalam Pasal 1 angka 1 UUPK mendefinisikan perlindungan konsumen adalah segala upaya yang menjamin adanya kepastian hukum untuk memberi perlindungan kepada konsumen. H. Ahmad M. Ramli mengatakan perlu adanya implementasi lebih lanjut pengertian perlindungan konsumen mencakup perlindungan konsumen secara online dengan mengadopsi prinsip-prinsip perlindungan konsumen PBB dan OECD.[457]

Dalam praktiknya, UUPK belum sepenuhnya melindungi konsumen dalam transaksi elektronik. Kondisi tersebut karena UUPK belum mengatur mengenai implementasi lebih lanjut pengertian perlindungan konsumen yang mencakup perlindungan konsumen PMSE hak atas informasi yang harus diberikan kepada konsumen melalui media *online* untuk mencegah terjadinya tindakan curang, penyalahgunaan kartu pembayaran milik orang lain, tanggung jawab pelaku usaha yang mencakup tanggung jawab ISP *(Internal Service Provider),* beban pembuktian elektronik, dan penyelesaian sengketa melalui sarana tehnologi informasi. Mengenai masalah penyelesaian sengketa dalam transaksi elektronik memiliki kecendrungan memilih forum arbitrase.[458]

Hak konsumen diatur dalam Pasal 4 UUPK adalah:

457 H. Ahmad M. Ramli, Cyber Law dan HAKI dalam Sistem Hukum Indonesia, Bandung: Refika Aditama, 2010, hal. 27

458 Rizka Syafriana, Perlindungan Konsumen dalam Transaksi Elektronik, Jurnal: De Lega Lata, Volume I, Nomor 2, Juli – Desember 2016, hal. 433

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;
i. hak-hak yang diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan lainnya.

UUPK memuat sejumlah larangan bagi pelaku usaha sebagaimana ditentukan dalam Pasal 9 UUPK yang menyatakan bahwa:

(1) Pelaku usaha dilarang menawarkan, mempromosikan, mengiklankan suatu barang dan/atau jasa secara tidak benar, dan/atau seolah-olah:
    a. barang tersebut telah memenuhi dan/atau memiliki potongan harga, harga khusus, standar mutu tertentu,

gaya atau mode tertentu, karakteristik tertentu, sejarah atau guna tertentu;

b. barang tersebut dalam keadaan baik dan/atau baru;
c. barang dan/atau jasa tersebut telah mendapatkan dan/atau memiliki sponsor, persetujuan, perlengkapan tertentu, keuntungan tertentu, ciri-ciri kerja atau aksesori tertentu;
d. barang dan/atau jasa tersebut dibuat oleh perusahaan yang mempunyai sponsor, persetujuan atau afiliasi;
e. barang dan/atau jasa tersebut tersedia;
f. barang tersebut tidak mengandung cacat tersembunyi;
g. barang tersebut merupakan kelengkapan dari barang tertentu;
h. barang tersebut berasal dari daerah tertentu;
i. secara langsung atau tidak langsung merendahkan barang dan/atau jasa lain;
j. menggunakan kata-kata yang berlebihan, seperti aman, tidak berbahaya, tidak mengandung risiko atau efek sampingan tanpa keterangan yang lengkap;
k. menawarkan sesuatu yang mengandung janji yang belum pasti.

(2) Barang dan/atau jasa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilarang untuk diperdagangkan.

(3) Pelaku usaha yang melakukan pelanggaran terhadap ayat (1) dilarang melanjutkan penawaran, promosi, dan pengiklanan barang dan/atau jasa tersebut.

C. Pilihan Hukum Penyelesaian Sengketa Bisnis Perdata

1. Peradilan Umum (Litigasi)

Di luar peradilan umum UUPK membuat terobosan dengan memfasilitasi para konsumen yang merasa dirugikan dengan mengajukan gugatan ke pelaku usaha di luar peradilan, yaitu Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK). Mekanisme gugatan dilakukan secara sukarela dari kedua belah pihak yang bersengketa. Hal ini berlaku untuk gugatan secara perorangan, sedangkan gugatan secara kelompok (class action) dilakukan melalui peradilan umum. BPSK adalah pengadilan khusus konsumen yang sangat diharapkan dapat menjawab tuntutan masyarakat agar proses berperkara berjalan cepat, sederhana dan murah. Dengan demikian, BPSK hanya menerima perkara yang nilai kerugiannya kecil. Pemeriksaan dilakukan oleh hakim tunggal dan kehadiran penuh pihak ketiga (pengacara) sebagai wakil pihak yang bersengketa tidak diperkenankan. Putusan dari BPSK tidak dapat dibanding kecuali bertentangan dengan hukum yang berlaku.[459]

Dalam UUPK No. 8/1999 menyatakan bahwa Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen adalah badan yang bertugas menangani dan menyelesaikan sengketa antara pelaku usaha dan konsumen. Menurut ketentuan Pasal 49 UUPK bahwa BPSK dibentuk di Daerah Tingkat II. Untuk dapat diangkat menjadi

459 Marianus Gaharpung dalam Celina Tri Siwi Kristiyanti, *Hukum Perlindungan Konsumen*, Jakarta: Sinar Grafika, 2016, hal. 126

anggota badan penyelesaian sengketa konsumen, seseorang harus memenuhi syarat sebagai berikut: a. warga negara Republik Indonesia; b. berbadan sehat; c. berkelakuan baik; d. tidak pernah dihukum karena kejahatan; e. memiliki pengetahuan dan pengalaman di bidang perlindungan konsumen; f. berusia sekurang-kurangnya 30 (tiga puluh) tahun. Anggota dimaksud terdiri atas unsur pemerintah, unsur konsumen, dan unsur pelaku usaha. Anggota setiap unsur berjumlah sedikit-dikitnya 3 (tiga) orang dan sebanyak-banyaknya 5 (lima) orang. Pengangkatan dan pemberhentian anggota badan penyelesaian sengketa konsumen ditetapkan oleh Menteri. Tugas dan wewenang BPSK menurut ketentuan Pasal 52 UUPK meliputi, antara lain: melaksanakan penanganan dan penyelesaian sengketa konsumen, dengan cara melalui mediasi atau arbitrase atau konsiliasi.

2. *Peradilan Khusus (Non-Litigasi)*

Penyelesaian sengketa di luar pengadilan dikenal dengan istilah Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS). Dalam ketentuan umum Pasal 1 Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa mendefinisikan Arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Dari defenisi ini dapat disimpulkan bahwa bentuk arbitrase kurang tepat dalam penyelesaian sengketa jual beli online. Sebab, perjanjian jual beli online hanya berupa penawaran dan penerimaan dalam bentuk percakapan lewat internet secara informal. Sementara penyelesaian dalam bentuk arbitrase harus ada terlebih dahulu perjanjian

secara formal dimana dalam perjanjian tersebut telah ditentukan pilihan lembaga bila timbul sengketa antar para pihak. Sedangkan Alternatif Penyelesaian Sengketa dalam Pasal 1 UU Arbitrase dan APS mendefenisikan "lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli."

Dalam UU Arbitrase dan APS tidak memberikan perumusan atau penjelasan mengenai arti konsultasi. Jika melihat pada Black's Law Dictionary dapat kita ketahui bahwa yang dimaksud dengan konsultasi *(consultation)* adalah: *"act of consulting or conferring; e.g. patient with doctor, client with lawyer. Deliberation of persons on some subject"* Dari rumusan yang diberikan dalam Black's Law Dictionary tersebut dapat kita ketahui, bahwa pada prinsipnya konsultasi merupakan suatu tindakan yang bersifat personal antara suatu pihak tertentu, yang disebut dengan klien dengan pihak lain yang merupakan pihak konsultan, yang memberikan pendapatnya kepada klien tersebut untuk memenuhi keperluan dan kebutuhan kliennya tersebut.[460]

Mengenai apa yang dimaksud dengan negosiasi juga tidak terdapat defenisinya dalam UU Arbitrase dan APS. Namun mengenai negosiasi ini dapat ditemukan dalam Pasal 6 yang menyatakan bahwa Sengketa atau beda pendapat perdata dapat diselesaikan oleh para pihak melalui alternatif penyelesaian sengketa yang didasarkan pada itikad baik dengan mengesampingkan penyelesaian secara litigasi

460 Gunawan Wijaya, *Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2002, hal. 86

di Pengadilan Negeri (ayat 1). Penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui alternatif penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diselesaikan dalam pertemuan langsung oleh para pihak dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari dan hasilnya dituangkan dalam suatu kesepakatan tertulis (ayat 2). Jadi, berdasarkan ketentuan ini bahwa penyelesaian sengketa secara negoisasi dilakukan oleh para pihak dengan bertemu secara langsung. Batas waktu penyelesaian perselisihan tersebut paling lama 14 (empat belas) hari dan bila terjadi kesepakatan harus dituangkan dalam bentuk perjanjian secara tertulis.

Mediasi merupakan suatu prosedur penengahan di mana seseorang bertindak sebagai "kenderaan" untuk berkomunikasi antar para pihak, sehingga pandangan mereka yang berbeda atas sengketa tersebut dapat dipahami dan mungkin didamaikan, tetapi tanggung jawab utama tercapainya suatu perdamaian tetap berada di tangan para pihak sendiri.[461] Black Law Dictionary mendefinisikan Mediasi sebagai: *A method of non-binding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help the disputing parties reach a mutually agreeable solution*.[462]

Pengaturan mengenai mediasi terdapat dalam Pasal 6 ayat (3), (4), (5) dan (6) UU Arbitrase dan APS. Dalam Pasal 6 ayat (3) disebutkan bahwa dalam hal sengketa atau beda pendapat tidak dapat diselesaikan, maka dapat meminta bantuan seorang atau lebih penasehat ahli maupun melalui seorang mediator. Kemudian dalam ayat (4) dikatakan bahwa:

---

461 Frans Hendra Winarta, *Hukum Penyelesaian Sengketa Arbitrase Nasional Indonesia dan Internasional*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011, hal. 15-16

462 Black Law Dictionary, Eight Edition, West Publishing Co., 2004, hal. 1003.

Apabila para pihak dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari dengan bantuan seorang atau lebih penasehat ahli maupun melalui seorang mediator tidak berhasil mencapai kata sepakat, maka para pihak dapat menghubungi sebuah lembaga arbitrase atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa untuk menunjuk seorang mediator. Selanjutnya dalam ayat (4) dikatakan bahwa Setelah penunjukan mediator oleh lembaga arbitrase atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa, dalam waktu paling lama 7 (tujuh) hari usaha mediasi harus sudah dapat dimulai. Lalu, dalam ayat (6) dikatakan bahwa dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari harus tercapai kesepakatan dalam bentuk tertulis yang ditandatangani oleh semua pihak yang terkait.

Bentuk-bentuk penyelesaian sengketa non litigasi yang diatur dalam UU Arbitrase dan APS harus dilakukan melalui pertemuan dengan kehadiran para pihak yang bersengketa. Mempertemukan para pihak yang bersengkata secara langsung dalam keadaan normal tentu tidak menjadi soal. Namun ditengah pandemi Covid-19 yang sedang melanda dunia tentu pertemuan dengan kehadiran para pihak justru harus dihindarkan guna mengurangi penularan dari virus Covid-19 tersebut. Oleh karena itu, perlu digagas membuat aturan turunan dari UU Arbitrase dan APS yang dalam penyelesaian sengketa konsumen dalam jual beli online dan jasa perbankan dapat dilakukan secara virtual. Melalui pendekatan teknologi infomatika ini akan dapat membantu penyelesaian sengketa konsumen lebih efisien tanpa perlu secara fisik datang ke tempat pertemuan yang ditentukan. Proses pemeriksaan mediator secara virtual tidak ada bedanya dengan pertemuan langsung, karena hasil dari kesepakatan para pihak sama-sama mengikat kedua belah pihak.

a. Pilihan Hukum Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis Perbankan.

Penyelesaian sengketa bisnis melalui lembaga alternative penyelesaian sengketa, seperti: sengketa perbankan, kartu-kredit, pinjam-meminjam uang di bank, perlindungan konsumen, wanprestasi dalam utang-piutang atau permasalahan kasus kerusakan barang yang digadaikan, klaim asuransi yang ditolak, gagal bayar utang, persoalan Usaha Masyarakat Kecil dan Menengah, perdagangan internasional, dan sebagainya, sebagaimana diatur dalam UU.No.30 Tahun 1999, banyak diminati oleh para pelaku bisnis, karena memiliki kelebihan dibanding lembaga pengadilan yang bersifat formal, antara lain: proses cepat dan sederhana, biaya murah, kerahasiaan sengketa terjaga, putusan bersifat merangkul dan menguntungkan para pihak, serta menjaga hubungan bisnis para pihak, sehingga dijadikan pilihan oleh pelaku bisnis. Hal ini dapat dilakukan sebelum terjadi sengketa yang klausula arbitrase telah dicantumkan dalam perjanjian pokok, atau melalui akta kompromis setelah terjadi sengketa klausula arbitrase dibuat dalam bentuk tertulis terpisah dari perjanjian pokok. Keputusan lembaga arbitrase bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak, dan eksekusinya memerlukan penetapan pengadilan negeri. Paling lama tiga puluh hari terhitung sejak tanggal putusan diucapkan, lembar asli atau salinan otentik putusan arbitrase harus diserahkan dan didaftarkan oleh arbiter kepada Panitera Pengadilan Negeri untuk dilakukan pengujian syarat formil dan syarat materil oleh Ketua Pengadilan Negeri yang menjadikan putusan lembaga arbitrase memiliki kekuatan hukum mengikat yang bersifat final and binding. Jika harus masuk ke ranah peradilan, tentu sangat menguras biaya, tenaga, waktu,

dan mental. Sejatinya, masih langka peradilan yang memeriksa sengketa komersial internasional, karena kekhawatiran dan keengganan para pengusaha internasional yang bersengketa melawan pengusaha nasional, hakimnya tidak netral. Sehingga pilihan hukumnya, selalu memilih forum hukum asing. Oleh karenanya, diperlukan terobosan hukum, terutama dalam masa pandemic covid-19 yang belum tahu kapan berakhirnya.

1). Pengertian dan Bentuk APS/ADR.

Perbankan sebagai salah satu kegiatan dalam dunia bisnis, dalam penyelesaian sengketa yang timbul, memerlukan sarana penyelesaian sengketa yang efektif, untuk menunjang pembangunan ekonomi. Setiap kegiatan perekonomian tidak mungkin mencapai hasil yang memuaskan dan lancar tanpa dukungan sistem peradilan yang cepat, tepat, dan biaya murah. Sistem penyelesaian sengketa sederhana, cepat, dan biaya murah, sebenarnya telah ditetapkan sebagai asas dalam peradilan di Indonesia, sesuai pasal 4 ayat (2) Undang-undang nomor 4 Tahun 2004 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman. Secara teoritis, tuntutan dunia bisnis yang menghendaki penyelesaian sengketa secara informal, sudah diakomodir dalam perundang-undangan Indonesia. Namun dalam kenyataan, asas itu langsung berhadapan dengan sistem upaya hukum dalam berbagai bentuk. Seperti upaya hukum biasa yaitu banding, dan kasasi, juga berhadapan dengan upaya hukum luar biasa yaitu Peninjauan Kembali (PK). Penyelesaian sengketa menjadi formalistik, panjang, dan berbelit, memakan waktu yang lama, buang waktu percuma, dan penyelesaian sengketa menjadi mahal. Berdasarkan kenyataan yang demikian, maka dicarilah

suatu alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang mengandung asas sederhana, cepat, dan biaya ringan. Di satu sisi, perbankan merupakan salah satu industri jasa keuangan yang terus mengalami perkembangan, seiring dengan melesatnya perkembangan tekhnologi informasi. Terlebih lagi, kehadiran financial technology (fintech) menyebabkan industri ini semakin menjadi pilar utama sumber pembiayaan nasional. Namun di sisi lain, kondisi tersebut tentunya juga meningkatkan risiko sengketa antara nasabah sebagai konsumen dengan perusahaan bank. Sehingga, diperlukan lembaga yang kredibel sebagai tempat penyelesaian sengketa tersebut.

Pengertian Litigasi, tidak ditemukan definisi litigasi secara eksplisit di peraturan perundang-undangan. Namun, Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, berbunyi: *Sengketa atau beda pendapat perdata dapat diselesaikan oleh para pihak melalui alternatif penyelesaian sengketa yang didasarkan pada itikad baik dengan mengesampingkan penyelesaian secara litigasi di Pengadilan Negeri.* Menurut pendapat para ahli hukum, antara lain: Rachmadi Usman, S.H., M.H.[463] yang mengatakan bahwa, selain melalui pengadilan (litigasi), penyelesaian sengketa juga dapat diselesaikan di luar pengadilan (non litigasi), yang lazim dinamakan dengan *Alternative Dispute Resolution* (ADR) atau Alternatif Penyelesaian Sengketa. Sedangkan menurut pendapat

463 Rachmadi Usman, S.H., M.H.: *Mediasi di Pengadilan*, 2012. *Mediasi di Pengadilan*. Jakarta, 2012:Sinar Grafika. halaman. 8.

Dr. Frans Hendra Winarta, S.H., M.H.,[464] mengatakan bahwa secara konvensional, penyelesaian sengketa dalam dunia bisnis, seperti dalam perdagangan, perbankan, proyek pertambangan, minyak dan gas, energi, infrastruktur, dan sebagainya dilakukan melalui proses litigasi. Dalam proses litigasi menempatkan para pihak saling berlawanan satu sama lain, selain itu penyelesaian sengketa secara litigasi merupakan sarana akhir (ultimum remidium) setelah alternatif penyelesaian sengketa lain tidak membuahkan hasil. Dengan demikian, dapat disimpulkan, bahwa litigasi itu adalah penyelesaian sengketa antara para pihak yang dilakukan di muka pengadilan.

Dalam perkembangannya, ada juga bentuk penyelesaian di luar pengadilan yang menjadi salah satu proses dalam penyelesaian di dalam pengadilan (litigasi), yaitu mediasi, diatur dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Setiap hakim, mediator, para pihak dan/atau kuasa hukum wajib mengikuti prosedur penyelesaian sengketa melalui mediasi. Dalam pasal 3 ayat (1) Perma 1/2016 ditegaskan, bahwa semua sengketa perdata yang diajukan ke pengadilan termasuk perkara perlawanan (*verzet*) atas putusan verstek dan perlawanan pihak berperkara (*partij verzet*) maupun pihak ketiga (*derden verzet*) terhadap pelaksanaan putusan berkekuatan hukum tetap, wajib terlebih dahulu diupayakan mediasi, kecuali ditentukan lain berdasarkan Pasal 4 ayat (1).

---

464 Dr. Frans Hendra Winarta, S.H., M.H.: *Hukum Penyelesaian Sengketa,* Jakarta, 2012: Sinar Grafika, halaman. 1-2.

Pasal 4 ayat (2) Perma No.1 Tahun 2016, menegaskan: sengketa yang dikecualikan dari kewajiban mediasi, meliputi: sengketa yang pemeriksaannya di persidangan ditentukan tenggang waktu penyelesaiannya, antara lain: sengketa yang diselesaikan melalui prosedur Pengadilan Niaga; sengketa yang diselesaikan melalui prosedur Pengadilan Hubungan Industrial; keberatan atas putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha; keberatan atas putusan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen; permohonan pembatalan putusan arbitrase; keberatan atas putusan Komisi Informasi; penyelesaian perselisihan partai politik; sengketa yang diselesaikan melalui tata cara gugatan sederhana; dan sengketa lain yang pemeriksaannya di persidangan ditentukan tenggang waktu penyelesaiannya dalam ketentuan peraturan perundang-undangan; sengketa yang pemeriksaannya dilakukan tanpa hadirnya penggugat atau tergugat yang telah dipanggil secara patut; gugatan balik (rekonvensi) dan masuknya pihak ketiga dalam suatu perkara (intervensi); sengketa mengenai pencegahan, penolakan, pembatalan dan pengesahan perkawinan; sengketa yang diajukan ke Pengadilan setelah diupayakan penyelesaian di luar Pengadilan melalui mediasi dengan bantuan mediator bersertifikat yang terdaftar di Pengadilan setempat tetapi dinyatakan tidak berhasil berdasarkan pernyataan yang ditandatangani oleh para pihak dan mediator bersertifikat.

Jadi dapat disimpulkan, arbitrase, konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli merupakan penyelesaian sengketa di luar pengadilan (non litigasi), bukan merupakan bagian dari lembaga litigasi meskipun dalam perkembangannya adapula yang menjadi bagian dari proses litigasi, yaitu mediasi. Sedangkan litigasi itu adalah penyelesaian sengketa antara para pihak yang

dilakukan di muka pengadilan. Menurut Pasal 1 angka 10 UU. No. 30 Tahun 1999 menegaskan bahwa, alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi. Pasal 1 angka 1 UU. No.30 Tahun 1999 ditegaskan bahwa: mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum, didasarkan pada perjanjian arbitrase secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.

Alternative dispute resolution (ADR) atau alternatif penyelesaian sengketa (APS) merupakan upaya penyelesaian sengketa di luar litigasi (non-litigasi). Dalam ADR/APS terdapat beberapa bentuk penyelesaian sengketa. Bentuk-bentuk ADR/APS1) adalah: konsultasi; negosiasi; mediasi; konsiliasi; arbitrase; good offices; mini trial; summary jury trial; rent a judge; dan med arb.[465] Menurut pendapat Jacqueline M. Nolan-Haley,[466] dalam bukunya yang berjudul "Alternative Dispute Resolution in A Nutshell, menjelaskan bahwa ADR "is an umbrella term which refers generally to alternatives to court adjudication of dispute such as negotiation, mediation, arbitration, mini trial and summary jury trial".

---

465 Ros Angesti Anas Kapindha, Salvatia Dwi M, and Winda Rizky Febrina: *"Efektivitas dan Efisiensi Alternative Dispute Resolution (ADR) Sebagai Salah Satu Penyelesaian Sengketa Bisnis Di Indonesia",* Privat Law *1* 2, No. 4 (2014), halaman 7.

466 Jacqueline M. Nolan-Haley, *"Alternative Dispute Resolution"*, West Publishing Company, 1991, hlm 1-2 sebagaimana dikutip oleh Marwah Diah M. *"Prinsip dan Bentuk-Bentuk Alternatif Penyelesaian Sengketa Di Luar Pengadilan",* Hukum Dan Dinamika Masyarakat 5.2 (2016), halaman 116.

Bentuk ADR/APS dalam Undang-Undang No.30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa adalah konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian ahli. Tidak dijabarkan lebih lanjut pengertian dari masing-masing bentuk ADR/APS tersebut dalam UU No.30/1999. Adapun, arbitrase dikeluarkan dari lingkup ADR/APS dan diberikan definisi tersendiri dalam UU. No.30/1999 yakni "cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa". Adapun pengertian umum dari bentuk-bentuk ADR/APS yang dirangkum dari beberapa literatur, adalah sebagai berikut:

1) Konsultasi. Konsultasi adalah suatu tindakan yang bersifat "personal" antara suatu pihak tertentu (klien) dengan pihak lain yang merupakan pihak konsultan, dimana pihak konsultan memberikan pendapatnya kepada klien sesuai dengan keperluan dan kebutuhan kliennya.[467] Dalam kaitan tersebut, Marwan dan Jimmy P,[468] menjelaskan arti konsultasi, sebagai berikut: "Permohonan nasihat atau pendapat untuk menyelesaikan suatu sengketa secara kekeluargaan yang dilakukan oleh para pihak yang bersengketa kepada pihak ketiga." Dengan demikian dapat disimpulan bahwa konsultasi adalah permintaan pendapat kepada pihak ketiga (konsultan) terkait sengketa yang dihadapi.

---

467 Frans Hendra WInarta, *"Hukum Penyelesaian Sengketa-Arbitrase Nasional Indonesia & Internasional"*, Jakarta: Sinar Grafika Offset:2011, hlm 7.

468 Munir Fuady, *"Arbitrase Nasional (Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis)"*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm. 12 sebagaimana dikutip oleh Talib, Idris. *"Bentuk Putusan Penyelesaian Sengketa Berdasarkan Mediasi."* Lex Et Societatis 1.1 (2013).

2) Negosiasi. Negosiasi sebagai sarana bagi para pihak yang bersengketa untuk mendiskusikan penyelesaiannya tanpa keterlibatan pihak ketiga sebagai penengah, sehingga tidak ada prosedur baku, akan tetapi prosedur dan mekanismenya diserahkan kepada kesepakatan para pihak. Penyelesaian sengketa sepenuhnya dikontrol oleh para pihak, sifatnya informal, yang dibahas adalah berbagai aspek, tidak hanya persoalan hukum saja.[469] Dalam praktik, negosiasi dilakukan karena untuk mencari sesuatu yang baru yang tidak dapat dilakukannya sendiri, misalnya dalam transaksi jual-beli, pihak penjual dan pembeli saling memerlukan untuk menentukan harga, dalam hal ini tidak terjadi sengketa; dan untuk memecahkan perselisihan atau sengketa yang timbul di antara para pihak.[470]
3) Konsiliasi. Konsiliasi adalah penyelesaian sengketa dengan intervensi pihak ketiga (konsiliator), dimana konsiliator lebih bersifat aktif, dengan mengambil inisiatif menyusun dan merumuskan langkah-langkah penyelesaian, yang selanjutnya ditawarkan kepada para pihak yang bersengketa. Jika pihak yang bersengketa tidak mampu merumuskan suatu kesepakatan, maka pihak ketiga mengajukan usulan jalan keluar dari sengketa. Meskipun demikian konsiliator tidak berwenang membuat putusan, tetapi hanya berwenang

469 Muryati, Dewi Tuti, and B. Rini Heryanti. "*Pengaturan dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa Nonlitigasi di Bidang Perdagangan*." Jurnal Dinamika Sosbud 3, No. 1 (2011), hlm.56.
470 *Ibid*, hlm.55.

membuat rekomendasi, yang pelaksanaanya sangat bergantung pada itikad baik para pihak yang bersengketa sendiri.[471]

4) Mediasi. Pengertian mediasi adalah penyelesaian sengketa dengan dibantu oleh pihak ketiga (mediator) yang netral. Peranan mediator adalah sebagai penengah (yang pasif) yang memberikan bantuan berupa alternatif penyelesaian sengketa untuk selanjutnya ditetapkan sendiri oleh pihak yang bersengketa.[472] Dalam Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, mediasi diberikan arti sebagai cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator. Peran mediator membantu para pihak mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa dengan cara tidak memutus atau memaksakan pandangan atau penilaian atas masalah selama proses mediasi berlangsung.
5) Penilaian Ahli. Pendapat para ahli untuk suatu hal yang bersifat teknis sesuai dengan bidang keahliannya.[473]
6) **Minitrial.** Minitrial adalah alternatif penyelesaian sengketa (ADR) prosedur yang digunakan oleh bisnis dan pemerintah federal untuk menyelesaikan masalah hukum tanpa menimbulkan beban dan menunda terkait dengan litigasi pengadilan. Mini-sidang tidak menghasilkan ajudikasi formal, tetapi merupakan kendaraan bagi para pihak untuk mencapai solusi melalui proses penyelesaian terstruktur. Hal ini digunakan paling efektif ketika isu-isu kompleks

471 Ros Angesti Anas Kapindha, *op cit,* hlm.8.
472 Marwah Diah M, *opcit,*hlm 117.
473 Frans Hendra Winarta,*opcit,*hlm 8.

dipertaruhkan dan pihak perlu atau ingin mempertahankan hubungan damai. Meskipun minitrials dapat diatur di bawah aturan dinegosiasikan oleh para pihak, mereka biasanya sesuai dengan prosedur yang digunakan oleh fasilitator dari ADR. Para pihak menandatangani perjanjian menyetujui minitrial dan kemudian masing-masing memilih perwakilan manajemen untuk duduk di panel, yang memiliki kewenangan untuk menegosiasikan penyelesaian. Para pihak juga memilih penasehat netral di panel, yang harus independen dan tidak memihak, karena akan moderat minitrial tersebut. Apabila para pihak tidak bisa menyepakati penasihat netral, badan ADR memfasilitasi membuat seleksi. Para pihak membayar bagian yang sama dari biaya penasihat dan menanggung biaya mereka sendiri minitrial. Sebelum minitrial, pihak memilih menyediakan penasihat netral dengan bahan latar belakang. Para pihak juga mengajukan makalah hukum dan pameran dengan penasehat yang berisi informasi yang mereka berniat untuk hadir pada pertukaran informasi pada dasarnya, minitrial tersebut. Para pihak menyepakati tanggal jatuh tempo untuk dokumen.

7) **Pengadilan kasus kecil *(Small Claim Court)*.** Keberadaan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) diatur dalam UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen bab XI pasal 49 sampai dengan pasal 58. Pasal 49 ayat (1) menyebutkan: Pemerintah membentuk badan penyelesaian sengketa konsumen di Daerah Tingkat II untuk penyelesaian sengketa konsumen di luar pengadilan. Badan ini merupakan peradilan kecil (small claim court) yang melakukan persidangan dengan menghasilkan keputusan secara cepat, sederhana dan dengan

biaya murah sesuai dengan asas peradilan. Disebut cepat karena harus memberikan keputusan dalam waktu maksimal 21 hari kerja (pasal 55 UU. No. 8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen), dan tanpa ada penawaran banding yang dapat memperlama proses pelaksanaan keputusan (pasal 56 dan 58 UU. No. 8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen), sederhana karena proses penyelesaiannya dapat dilakukan sendiri oleh para pihak yang bersengketa, dan murah karena biaya yang dikeluarkan untuk menjalani proses persidangan sangat ringan. Keanggotaan BPSK terdiri atas unsur: pemerintah, konsumen, dan pelaku usaha, yang masing-masing diwakili oleh 3-5 orang, yang diangkat dan diberhentikan oleh Menteri (Pasal 49 ayat (3) dan ayat (5)). Tugas dan wewenang: melaksanakan penanganan dan penyelesaian sengketa konsumen, dengan cara melalui mediasi atau arbitrase atau konsiliasi; memberikan konsultasi perlindungan konsumen; melakukan pengawasan terhadap pencantuman klausula baku; melaporkan kepada penyidik umum apabila terjadi pelanggaran ketentuan dalam undang-undang ini; menerima pengaduan baik tertulis maupun tidak tertulis, dari konsumen tentang terjadinya pelanggaran terhadap perlindungan konsumen; melakukan penelitian dan pemeriksaan sengketa perlindungan konsumen; memanggil pelaku usaha yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap perlindungan konsumen; memanggil dan menghadirkan saksi, saksi ahli dan/atau setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran terhadap undang-undang ini; meminta bantuan penyidik untuk menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli, atau setiap orang yang tidak bersedia memenuhi panggilan BPSK;

mendapatkan, meneliti dan/atau menilai surat, dokumen, atau alat bukti lain guna penyelidikan dan/atau pemeriksaan; memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak konsumen; memberitahukan putusan kepada pelaku usaha yang melakukan pelanggaran terhadap perlindungan konsumen; menjatuhkan sanksi administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan undang-undang ini.

a. Alternatif Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase.

Penyelesaian sengketa secara konvensional dilakukan melalui sebuah badan yang disebut dengan pengadilan. Sudah sejak ribuan tahun badan-badan pengadilan ini telah berkiprah. Akan tetapi, lama kelamaan badan pengadilan ini semakin terpasung dalam tembok-tembok yuridis yang sukar ditembus oleh para pencari keadilan, khususnya pelaku bisnis. Maka mulailah dipikirkan alternatif lain untuk menyelesaikan sengketa, diantaranya adalah lewat badan arbitrase, yaitu cara penyelesaian sengketa perdata yang bersifat swasta di luar pengadilan umum yang didasarkan pada kontrak arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa, di mana pihak penyelesai sengketa (arbiter) tersebut dipilih oleh para pihak yang bersangkutan. Arbiter tersebut, tidak berkepentingan dengan perkara yang bersangkutan, memeriksa dan memberi putusan terhadap sengketa tersebut. Arbiter ini, baik tunggal maupun majelis (terdiri dari 3 (tiga) orang).

Untuk menjadi arbiter, harus memenuhi syarat: Cakap dalam melakukan tindakan hukum; Berumur minimal 35 (tiga puluh lima) tahun; Tidak mempunyai hubungan sedarah atau semenda sampai dengan derajat kedua dengan salah satu pihak yang bersengketa;

Tidak mempunyai kepentingan finansial atau kepentingan lain atas putusan arbitrase; Mempunyai pengalaman atau mengusai secara aktif dalam bidangnya paling sedikit selama 15 (lima belas) tahun. Hakim, jaksa, paniteran, dan pejabat peradilan lainnya tidak boleh menjadi arbiter. Berbeda dengan bentuk ADR/APS lainnya, arbitrase memiliki karakteristik yang hampir serupa dengan penyelesaian sengketa adjudikatif. Sengketa dalam arbitrase diputus oleh arbiter atau majelis arbiter yang mana putusan arbitrase tersebut bersifat final and binding. Namun demikian, suatu putusan arbitrase baru dapat dilaksanakan apabila putusan tersebut telah didaftarkan ke Pengadilan Negeri (Pasal 59 ayat (1) dan (4) UU No.30/1999). Dalam hal para pihak sepakat untuk penyelesaian sengketa melalui arbitrase, maka sengketa tidak dapat diselesaikan melalui pengadilan. Arbitrase (nasional maupun internasional) menggunakan prinsip-prinsip hukum sebagai berikut: efisien; Accessibility (terjangkau dalam arti biaya, waktu dan tempat); Proteksi hak para pihak; Final and binding; Adil (fair and just); Sesuai dengan sense of justice dalam masyarakat; Kredibilitas. Jika arbiter mempunyai kredibilitas, maka putusannya akan dihormati orang.

a). Berbagai Macam Peradilan Arbitrase.

Berbagai macam arbitrase berbagai sengketa bisnis, arbitrase adalah penyelesaian sengketa alternatif yang sering dipergunakan. Dalam praktek terdapat berbagai macam arbitrase, yaitu:[474]

---

474 Muryati, Dewi Tuti, and B. Rini Heryanti. "*Pengaturan dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa Nonlitigasi di Bidang Perdagangan*." Jurnal Dinamika Sosbud 3,

1) Arbitrase mengikat, berkaitan dengan putusan pengadilan yang sudah *inkracht;*
2) Arbitrase tidak mengikat, berkaitan dengan putusannya boleh di ikuti dan boleh tidak diikuti;
3) Arbitrase kepentingan, merupakan arbitrase yang tidak memutuskan untuk suatu sengketa, tetapi para pihak memakai jasa mereka untuk menciptakan provisi-provisi dalam kontrak yang oleh para pihak telah mengalami jalan buntu;
4) Arbitrase hak, merupakan arbitrase yang bukan hanya sekedar membuat provisi dalam kontrak;
5) Arbitrase sukarela, merupakan arbitrase yang dimintakan sendiri oleh para pihak baik dalam kontrak yang bersangkutan ataupun dalam kontrak tersendiri;
6) Arbitrase wajib, arbitrase yang oleh undang-undang diwajibkan untuk dilakukan; Arbitrase ad hoc, arbitrase yang tidak ada badannya;
7) Arbitrase Lembaga, merupakan model arbitrase yang sudah ada lembaga/badannya, serta sudah ada juga aturan mainnya, sehingga para pihak tinggal memilih mereka atau badan tersebut memilih arbiter untuk mereka;
8) Arbitrase nasional, Arbitrase dimana pihak yang bersengketa adalah para pihak dalam 1 (satu) negara;
9) Arbitrase internasional, arbitrase di mana para pihak yang bersengketa adalah berasal dari negara-negara yang berbeda;
10) Arbitrase kualitas, berkaitan dengan fakta-fakta dilapangan;

No. 1 (2011), hlm.68.

11) Arbitrase teknis, berkaitan dengan penyusunan dan penafsiran kontrak;
12) Arbitrase umum, berkaitan dengan fakta dan penerapan hukum;
13) Arbitrase bidang khusus, yaitu arbitrase dalam bidang muamalat, perdagangan, ketenagakerjaan, lingkungan hidup.

b). Prosedur Peradilan Arbitrase.

Arbitrase masih dianggap sebagai satu-satunya yang paling tepat untuk menyelesaikan sengketa transaksi internasional. Bahwa arbitrase itu lebih murah dan cepat disebabkan oleh berbagai faktor. Misalnya jangka waktu kerja majelis arbitrase dibatasi oleh undang-undang seperti di Indonesia oleh pasal 48 UU No. 30 / 1999yang memberi waktu penyelesaian sidang 6 bulan untuk sampai pada putusan final dan mengikat. Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) memberi 3 bulan dengan kesempatan perpanjangan sampai 3 bulan tambahan. Sedangkan peradilan biasa bisa memakan waktu sampai puluhan tahun.

Mekanisme penyelesaian sengketa melalui arbitrase adalah: Permohonan arbitrase oleh pemohon; Pengangkatan arbiter; Pengajuan surat tuntutan oleh pemohon; Penyampaian 1 (satu) salinan putusan kepada termohon; Jawaban tertulis diserahkan kepada arbiter; Salinan jawaban diserahkan kepada termohon atas perintah arbiter; Perintah arbiter agar para pihak menghadap arbitrase; para pihak menghadap arbitrase; Tuntutan balan dari termohon; Pemanggilan lagi jika termohon tidak menghadap tanpa alasan yang jelas; Jika termohon tidak juga manghadap sidang, pemeriksaan diteruskan tanpa kehadiran termohon

(verstek) dan tuntutan dikabulkan jika cukup alasan; Jika termohon hadir, diusahakan perdamaian oleh arbiter; proses pembuktian; Pemeriksaan selesai dan ditutup (maksimum 180 hari sejak arbitrase terbentuk); Pengucapan putusan; Keputusan diserahkan kepada para pihak; Putusan diterima oleh para pihak; Koreksi, tambahan, pengurangan terhdap putusan; Penyerahan dan pendaftaran putusan ke Pengadilan Negeri yang berwenang; Permohonan eksekusi didaftarkan di panitera Pengadilan Negeri; Putusan pelaksanaan dijatuhkan; Perintah ketua Pengadilan Negeri jika putusan tidak dilaksanakan.

c). Eksekusi Putusan Arbitrase.

Agar suatu putusan arbitrase benar-benar bermanfaat bagi para pihak maka putusan tersebut mestilah dapat dieksekusi oleh badan pengadilan yang berwenang. Cara melakukan eksekusi terhadap suatu putusan arbitrase adalah sebagai berikut:Eksekusi putusan arbitrase secara sukarela dimaksudkan sebagai pelaksanaan putusan yang tidak memerlukan campur tangan dari ketua PN, melainkan para pihak yang berkewajiban melaksanakan sendiri putusan. Eksekusi secara paksa dimaksudkan jika pihak yang berkewajiban melaksankan kewajiban beradasarkan isi putusan arbitrase tidak mau melaksanakan kewajibannya, maka diperlukan campur tangan Pengadilan Negeri. Ada ”akta pendaftaran” yaitu pencatatan dan penanda tanganan pada bagian akhir atau di pinggir dari putusan arbitrase asli atau salinan otentik yang ditandatangani bersamasama oleh panitera Pengadilan Negeri dan arbiter.

d). Peradilan Arbitrase Internasional.

Arbitrase internasional adalah arbitrase lembaga maupun arbitrase ad-hoc, yang melibatkan pihak dari 2 (dua) negara yang berbeda. Jika arbitrase Internasional tersebut merupakan suatu arbitrase lembaga, maka terdapat banyak arbitrase lembaga seperti itu di dunia ini, yakni arbitrase yang mengkhususkan diri untuk masalah-masalah Internasional.[475] Mengamati kegiatan bisnis yang jumlah transaksinya ratusan setiap hari, tidak mungkin dihindari terjadinya sengketa antar pihak yang terlibat. Setiap jenis sengketa yang terjadi selalu menuntut pemecahan dan penyelesaian yang cepat. Makin banyak dan luas kegiatan perdagangan, frekuensi terjadi sengketa makin tinggi, hal ini berarti sangat mungkin makin banyak sengketa yang harus diselesaikan.

Membiarkan sengketa dagang terlambat diselesaikan, akan mengakibatkan perkembangan pembangunan tidak efesien, produktifitas menurun, dunia bisnis mengalami kemunduran dan biaya produksi meningkat. Konsumen adalah pihak yang paling dirugikan di samping itu, peningkatan kesejahteraan dan kemajuan sosial kaum pekerja juga terhambat. Kalaupun akhirnya hubungan bisnis ternyata menimbulkan sengketa diantara para pihak yang terlibat, peranan penasihat hukum, konsultan dalam menyelesaikan sengketa itu dihadapkan pada alternatif penyelesaian yang dirasakan paling menguntungkan kepentingan kliennya.

---

475 Frans Hendra WInarta, *"Hukum Penyelesaian Sengketa-Arbitrase Nasional Indonesia & Internasional",* Jakarta: Sinar Grafika Offset:2011, hlm. 58.

Secara konvensional, penyelesaian sengketa biasanya dilakukan secara Litigasi atau penyelesaian sengketa di muka pengadilan. Dalam keadaan demikian, posisi para pihak yang bersengketa sangat antagonistis (saling berlawanan satu sama lain) Penyelesaian sengketa bisnis model tidak direkomendasaikan. Saat ini, Arbitrase masih dianggap sebagai satu-satunya yang paling tepat untuk menyelesaikan sengketa transaksi internasional. Kini belum didapati peradilan yang dapat memeriksa sengketa komersial internasional. Adanya kekhawatiran dan ke-engganan para pengusaha internasional yang bersengketa melawan pengusaha nasional karena kekhawatiran hakimnya akan memihak. Oleh karena itu sering terlihat bahwa dalam perjanjian dagang internasional, selalu memilih forum hukum asing. Kalaupun akhirnya ditempuh, penyelesaian itu semata-mata hanya sebagai jalan yang terakhir *(**ultimum remedium**)* setelah alternatif lain dinilai tidak membuahkan hasil.

e). Kelebihan dan Kekurangan Peradilan Arbitrase.

Penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase banyak diminati oleh para pelaku bisnis, sebab penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase memiliki kelebihan dibanding lembaga pengadilan yang bersifat formal, proses cepat dan sederhana, biaya murah, kerahasiaan sengketa terjaga, putusan bersifat merangkul dan menguntungkan para pihak (win-win solution), serta menjaga hubungan bisnis para pihak, sehingga dijadikan pilihan oleh pelaku bisnis. Keputusan lembaga arbitrase bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak terikat dalam putusan arbitrase tersebut, walaupun pada tahap eksekusinya

masih memerlukan keterlibatan Pengadilan Negeri. Eksekusi putusan lembaga arbitrase dalam penyelesaian sengketa bisnis paling lama 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal putusan diucapkan, lembar asli atau salinan otentik putusan arbitrase diserahkan dan didaftarkan oleh arbiter kepada Panitera Pengadilan Negeri untuk dilakukan pengujian syarat formil dan syarat materil oleh Ketua Pengadilan Negeri yang menjadikan putusan lembaga arbitrase memiliki kekuatan hukum mengikat yang bersifat final and binding.

Adapun kelebihan dari tingkat penyelesaian sengketa melalui arbitrase: Prosedur tidak berbelit sehingga putusan akan cepat didapat; biaya yang lebih murah; Putusan yang tidak diekspos di depan umum; Hukum terhadap pembuktian dan prosedur lebih luwes; Para pihak dapat mamilih hukum mana yang diberlakukan oleh arbitrase; Para pihak dapat memilih sendiri para arbiter; Dapat dipilih arbiter dari kalangan ahli dalam bidangnnya; Putusan akan lebih terkait dengan situasi dan kondisi; Putusan umumnya inkracht (final binding); Putusan arbitrase juga dapat dieksekusi oleh pengadilan, tanpa atau dengan sedikir review; Prosedur arbitrase lebih mudah dimengerti oleh masyarakat banyak; Menutup kemungkinan forum shopping (mencoba-coba untuk memilih atau menghindari peengadilan).

Di samping kelebihannya tentu ada kelemahannya dari penyelesaian sengketa melalui arbitrase adalah: Tersedia dengan baik untuk perusahaan besar, tetapi tidak untuk perusahaan kecil; Due process kurang terpenuhi; Kurangnya unsur finality; Kurangnya power untuk mengiringi para pihak ke settlement; Kurangnnya power dalam hal law enforcement dan eksekusi;

Kurangnya power untuk menghadirkan barang bukti atau saksi; Dapat menyembunyikan persengketaan dari publik; Tidak dapat menghasilkan solusi yang bersifat preventif; Putusan tidak dapat diprediksi dan ada kemungkinan timbulnya putusan yang saling bertentangan; Kualitas putusan sangat bergantung pada kualitas arbiter (an arbittation ia as good as arbitrators); Berakibat kurangnya semangat dan upaya untuk memperbaiki pengadilan konvensional; Berakibat semakin tinggi rasa permusuhan dan hujatan terhadap badan-badan pengadilan konvensional.[476]

b. Alternatif Penyelesaian Sengketa Perbankan.

Alternatif penyelesaian sengketa bisnis antara pihak perusahaan bank dengan nasabahnya, dapat diselesaikan di luar sidang pengadilan, yaitu mediasi, sesuai dengan Undang-Undang Nomor 30 ahun 1999. Jika sengketa tidak bisa diselesaikan lewat jalur mediasi, maka harus dilanjutkan ke pengadilan. Berbagai kasus perbankan, seperti perlindungan tabungan nasabah, kartu-kredit, asuransi jaminan simpanan, gagal bayar, klaim ditolak, masalah hubungan pinjam-meminjam uang (krediur-debitur), dan sebagainya, merupakan contoh kasus yang bisa dimasukkan ke lembaga mediasi tersebut. Sesuai dengan UU.No.10 Tahun 1998 tentang perbankan juncto Peraturan OJK No. 1/2013 tentang Perlindungan Konsumen Sektor Jasa Keuangan, semua sektor

476 Ros Angesti Anas Kapindha, Salvatia Dwi M, and Winda Rizky Febrina: *"Efektivitas dan Efisiensi Alternative Dispute Resolution (ADR) Sebagai Salah Satu Penyelesaian Sengketa Bisnis Di Indonesia",* Privat Law *1* 2, No. 4 (2014), halaman 14.

perbankan dan perusahaan pembiayaan wajib memiliki Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa (LAPS). Membicarakan sengketa bisnis perdata, tampaknya lebih didominasi oleh sengketa yang menimbulkan kerugian materi pada pihak penggugat yang merasa dirugikan. Sebenarnya, cukup banyak masalah perdata terjadi di Indonesia, akan tetapi sangat jarang mendapat sorotan dan publikasi dari mass-media. Oleh karena itu, mereka yang mengalami sengketa bisnis perdata, tidak tahu bagaimana cara menyelesaikannya. Jika harus masuk ke ranah peradilan, penyelesainnya tentu sangat menguras biaya, tenaga, waktu, dan mental. Pada hal, di Indonesia, cukup banyak lembaga mediasi yang berfungsi memberikan bantuan penyelesaiannya. Hadirnya lembaga mediasi penyelesaian sengketa keuangan melalui jaringan on-line: shutterstock.com. merupakan jawaban atas kendala penyelesaian sengketa.

Terdapat beberapa lembaga mediasi yang bisa jadi pilihan Alternatif penyelesaian sengketa bisnis perdata, yaitu:

a. **Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa Perbankan Indonesia (LAPSPI). M**erupakan lembaga penyelesaian sengketa yang bisa menjadi alternatif bagi konsumen yang memiliki masalah dengan nilai sengketa yang tidak terlalu besar. Layanan lembaga ini sepenuhnya gratis, sehingga konsumen tidak perlu direpotkan dengan pengurusan di pengadilan. Hasil keputusan dari LAPSPI ini bersifat mengikat kedua belah pihak, tetapi jika konsumen merasa tidak puas, harus membawanya ke pengadilan. Lembaga ini didirikan oleh 6 asosiasi perbankan yakni:Perhimpunan Bank-bank Umum Nasional (Perbanas), Asosiasi Bank Pembangunan Daerah (Asbanda), Perhimpunan Bank Perkreditan Rakyat Indonesia

(Perbarindo), Asosiasi Bank Syariah Indonesia (Asbisindo), dan Perhimpunan Bank Asing (Perbina).

b. **Badan Arbitrase dan Mediasi Penjaminan Indonesia (BAMPI). L**embaga yang didirikan 17 lembaga penjaminan yang juga merupakan anggota Asosiasi Perusahaan Pembiayaan Indonesia (APPI). Lembaga yang didirikan pada 10 April 2015 ini bisa membantu masalah konsumen yang berkaitan dengan pegadaian dan pembiayaan. Termasuk jika konsumen memiliki pengaduan atas tindakan *debt collector* saat penagihan pembayaran cicilan kredit. Masalah di lembaga pembiayaan merupakan masalah klasik yang banyak terjadi di masyarakat bawah. Pemahaman yang keliru tentang aturan dan kesepakatan yang tertuang dalam perjanjian pembiayaan yang seharusnya masuk ranah hukum perdata sering kali justru berakhir pada tindakan kekerasan yang membawa masalah ke ranah pidana. Sosialisasi sangat penting untuk meminimalkan permasalahan.

c. **Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia (BAPMI). M**erupakan sebuah lembaga yang membantu mengatasi masalah sengketa yang berkaitan dengan pasar modal. Lembaga ini didirikan pada 2002, jauh sebelum OJK mengeluarkan peraturan tentang adanya LAPS. Apabila mengalami masalah seputar pasar modal, seperti misalnya tentang *repurchase agreement* (repo), konsumen bisa menghubungi BAPMI agar bisa dibantu melakukan mediasi.

d. **Badan Mediasi Asuransi Indonesia (BMAI). M**embantu menyelesaikan permasalahan, lembaga yang berada di bawah payung Asosiasi Asuransi Jiwa Indonesia (AAJI), Asosiasi Asuransi Umum Indonesia (AAUI), dan Asosiasi Asuransi

Jaminan Sosial Indonesia (AAJSI). Ketiganya merupakan anggota Federasi Asosiasi Pengasuransian Indonesia (FAPI). Tujuan untuk memberikan kemudahan kepada pihak yang tertanggung yang kurang paham dengan aturan asuransi. Pihak tertanggung ini tidak akan dimintai biaya untuk bantuan hukum yang diberikan BMAI. Mekanisme yang biasanya dilakukan menyelesaikan masalah, adalah melalui mediasi, ajudikasi, dan arbitrase. BMAI mampu memberikan bantuan melayani sengketa dengan batas maksimal ganti rugi hingga Rp750 juta untuk asuransi umum dan Rp500 juta untuk asuransi jiwa. Penolakan atas klaim dan salah paham antara nasabah dan perusahaan asuransi menempati urutan atas dalam kasus di lembaga mediasi.

e. **Badan Mediasi Dana Pensiun (BMDP). M**erupakan lembaga mediasi yang membantu permasalahan yang terkait dengan dana pensiun, untuk menjembatani mantan pegawai/karyawan yang bermasalah/bersengketa dengan uang pensiunnya. Salah satu contoh kasus yang bisa mendapatkan bantuan dari BMDP adalah pemotongan dana pensiun karena sebab yang tidak jelas.

f. **Badan Arbitrase Ventura Indonesia (BAVI). A**dalah lembaga mediasi yang didirikan pada tahun 2014 oleh empat perusahaan: PT Sarana Jatim Ventura, PT Bahana Artha Ventura, PT Pertamina Dana Ventura, dan PT Astra Mitra Ventura. Lembaga ini fokus pada pemberian bantuan mediasi terkait dengan masalah yang menyangkut modal ventura. Salah satu jenis masalah yang mungkin timbul dari sektor keuangan ventura adalah bagi hasil yang tidak sesuai dengan

kontrak oleh pemilik modal ventura atau pelanggaran kontrak bagi hasil yang dilakukan pemodal ventura.

g. **Badan Mediasi Pembiayaan dan Pegadaian Indonesia (BMPPI). M**erupakan lembaga mediasi yang tergolong baru. Lembaga ini didirikan organisasi-organisasi di sektor pembiayaan dan pegadaian bersama dengan PT Pegadaian pada tahun 2014. Masalah yang diselesaikan BMPPI adalah terjadinya kerusakan atau kehilangan pada barang yang digadaikan. Apabila Anda sebagai konsumen mengalami kejadian tersebut, Anda bisa menghubungi BMPPI untuk mendapatkan bantuan penanganan masalah. BMPPI lebih cenderung ke penanganan masalah di pegadaian, bukan pembiayaan. Untuk masalah pembiayaan, bisa meminta mediasi ke BAMPI yang fokus ke sengketa perusahaan pembiayaan dengan konsumennya.

Pembentukan Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa Perbankan Indonesia (LAPSPI) didasarkan kepada Peraturan Otoritas Jasa Keuangan (POJK) nomor 1/POJK.07/2014 tentang Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa di Sektor Jasa Keuangan. Anggaran Dasar LAPSPI dituangkan dalam akta no. 36 tanggal 28 April 2015 oleh Notaris Ashoya Ratam, S.H., MKn., dan telah mendapatkan persetujuan dari Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia vide Surat Keputusan MENKUMHAM nomor AHU-0004902.AH.01.07 tahun 2015 tanggal 16 September 2015. Sesuai POJK nomor 1/POJK.07/2014 tentang Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa di Sektor Jasa Keuangan, LAPSPI telah dievaluasi oleh Tim Penilai OJK pada tanggal 21 Oktober 2015 dan telah memenuhi persyaratan sebagai LAPS resmi yang terdaftar di OJK vide surat OJK No. No. S-7/EP.1/2015 tanggal 21 Desember

2015. Strategi pengembangan LAPSPI didasarkan kepada Strategi Nasional Perlindungan Konsumen dan Rencana Pengembangan Jangka Menengah Nasional; Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen; Peraturan Otoritas Jasa Keuangan (POJK) Nomor 1/POJK.07/2013 tentang Perlindungan Konsumen Sektor Jasa Keuangan.

Visinya adalah menjadi Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa yang profesional, adil, terpercaya, dan pilihan utama nasabah dan bank dalam menyelesaikan sengketa perbankan. Seangkan misinya adalah Memberikan pelayanan alternatif penyelesaian sengketa yang adil, cepat, murah, dan efisien; Menyediakan skema layanan penyelesaian sengketa yang mudah diakse s oleh konsumen; Menyediakan tenaga Mediator, Adjudikator, dan Arbiter yang kompeten, kredibel, dan memiliki integritas; Melaksanakan tata kelola Lembaga berjalan dengan baik sesuai dengan prinsip transparansi, akuntabilitas, responsibilitas, independensi, dan kewajaran (fairness); Mendorong industri perbankan dan masyarakat menggunakan LAPSPI sebagai lembaga alternatif penyelesaian sengketa yang utama.[477]

---

477 LAPSPI memiliki 143 anggota:118 Bank Umum baik Konvensional maupun Syariah dan 25 perwakilan Bank Perkreditan Rakyat/Bank Perkreditan Rakyat Syariah (BPR/BPRS), yang terdiri dari 1 Dewan Perwakilan Pusat (DPP) dan 24 Dewan Perwakilan Daerah (DPD) PERBARINDO, yang mewakili +/- 1.600 BPR/BPRS di seluruh Indonesia. Sesuai dengan Anggaran Dasar, setiap Lembaga Jasa Keuangan di sektor Perbankan yang memiliki ijin usaha perbankan, secara otomatis menjadi anggota LAPSPI dan akan dicatat dalam Daftar Anggota, dengan Sertifikat Keanggotaan.

Core values: Trust: Amanah dan memenuhi harapan; Senantiasa mengutamakan karya terbaik; Integrity; Bertindak konsisten sesuai aturan, kebijakan, prosedur dan Kode Etik Lembaga; Reputable: Memiliki Mediator, Ajudikator dan Arbiter yang professional; Menjalankan proses yang cepat, murah, efektif dan efisien secara konsisten; Memberikan keputusan yang netral/imparsial, rasional, dan adil; Melaksanakan tata kelola yang baik. Independence: Bebas dari intervensi pihak lain; dan Bebas dari Benturan Kepentingan.

Apabila solusi penyelesaian kasus di luar pengadilan ini tidak selesai atau tidak berhasil, maka harus diselesaikan di pengadilan. Kasus-kasus perdata dengan nominal yang besar biasanya memang cenderung tetap masuk ke ranah peradilan karena sering kali lembaga mediasi tidak bisa memuaskan kedua belah pihak yang bersengketa. Namun demikian, supaya kehadiran lembaga ini bisa maksimal, peran aktif semua pihak sangat dibutuhkan, terutama sosialisasi ke masyarakat lemah yang mengalami masalah hukum perdata.

c. Penyelesaian Sengketa Sektor Jasa Keuangan.

Bentuk penyelesaian sengketa bisnis dalam bidang jasa keuangan, antara lain adalah:

Mediasi, adalah merupakan cara penyelesaian sengketa melalui mediator LAPS untuk membantu pihak yang bersengketa mencapai kesepakatan. Mediator biasanya dipilih oleh para pihak dari List atau Daftar Mediator LAPS.

Ajudikasi, adalah merupakan cara penyelesaian sengketa melalui ajudikator untuk menjatuhkan putusan yang timbul diantara para pihak. Ajudikator tersebut biasanya dipilihkan oleh

LAPS dari List atau Daftar Ajudikator LAPS. Ajudikator tersebut biasanya lebih dari satu karena hasil akhir penyelesaian berupa putusan maka ajudikator biasanya adalah majelis ajudikator (minimal tiga orang). Putusan ajudikasi mengikat kepada LJK, sehingga apabila konsumen menyetujui putusan ajudikasi, meskipun LJK tidak menyetujuinya, maka LJK wajib melaksanakan putusan ajudikasi. Sebaliknya, apabila konsumen tidak menyetujui putusan ajudikasi walaupun LJK menyetujuinya, maka putusan tidak dapat dilaksanakan.

Arbitrase adalah cara penyelesaian sengketa perdata di luar pengadilan yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Arbiter dipilih sendiri oleh para pihak dari Daftar Arbiter LAPS. Biasanya konsumen memilih satu arbiter dan LJK memilih satu arbiter. Selanjutnya kedua arbiter tersebut memilih satu arbiter lain untuk menjadi Ketua Majelis Arbitrase. Putusan arbitrase tersebut bersifat final dan mengikat para pihak seperti yang diatur dalam UU Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Asas penyelesaian sengketa, adalah: Mudah diakses; Murah; Cepat; Dilakukan oleh SDM yang kompeten dan paham mengenai industri jasa keuangan. Berdasarkan Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 1/POJK.07/2014 tentang Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa di Sektor Jasa Keuangan, LAPS memiliki prinsip: Prinsip aksesibilitas. Layanan penyelesaian sengketa mudah diakses oleh konsumen dan mencakup seluruh Indonesia. Prinsip independensi. LAPS memiliki organ pengawas untuk menjaga dan memastikan independensi SDM LAPS. Selain itu, LAPS juga memiliki sumber daya yang memadai sehingga tidak tergantung kepada Lembaga Jasa Keuangan tertentu. Prinsip keadilan.

Mediator di LAPS bertindak sebagai fasilitator dalam rangka mempertemukan kepentingan para pihak dalam memperoleh kesepakatan penyelesaian sengketa, sedangkan ajudikator dan arbiter wajib memberikan alasan tertulis dalam tiap putusannya. Jika ada penolakan permohonan penyelesaian sengketa dari konsumen dan Lembaga Jasa Keuangan, LAPS wajib memberikan alasan tertulis. Prinsip efisiensi dan efektivitas. Biaya murah kepada konsumen dalam penyelesaian sengketa. Penyelesaian sengketa di LAPS dilakukan dengan cepat. Pelaksanaan putusan diawasi oleh LAPS.

Tahapan penyelesaian sengketa, adalah: Analisis pendahuluan yang dilakukan dengan tahapan sebagai berikut: Permintaan dokumen dan/atau informasi kepada LAPS; Verifikasi kepada LAPS (jika diperlukan); Pengolahan dokumen dan atau informasi LAPS; dan Perumusan hasil analisis atas dokumen dan atau informasi LAPS; Pengujian pemenuhan syarat-syarat LAPS. Pengujian pemenuhan syarat-syarat LAPS dilakukan oleh Tim Penguji LAPS yang terdiri dari tujuh orang yang berasal dari internal dan eksternal OJK, berdasarkan pembobotan dan skala penilaian sebagaimana diatur dalam Surat Edaran OJK mengenai Pedoman Penilaian Lembaga Alternatif Peyelesaian Sengketa di Sektor Jasa Keuangan. Penetapan Hasil Penilaian, diklasifikasikan menjadi dua, yaitu: Memenuhi syarat apabila memperoleh nilai paling sedikit 75 (tujuh puluh lima) dan tidak terdapat nilai nol pada komponen syarat LAPS; atau belum memenuhi syarat apabila memperoleh nilai kurang dari 75 (tujuh puluh lima) atau terdapat nilai nol pada komponen syarat LAPS.

Para pihak yang bersengketa, konsumen dengan LJK, maka k*onsumen harus mengajukan pengaduan kepada LJK*

untuk diselesaikan bersama secara musyawarah guna mencapai kesepakatan. Apabila konsumen tidak mencapai kesepakatan dengan LJK dalam menyelesaikan pengaduan, maka k*onsumen dapat mengajukan permohonan penyelesaian sengketa kepada* LAPS di sektor jasa keuangan. Mengajukan kepada OJK apabila LAPS untuk sektornya belum beroperasi. OJK menetapkan kebijakan bahwa penyelesaian sengketa pada tahap kedua diselesaikan melalui pengadilan atau di luar pengadilan. Pilihan apakah melalui pengadilan atau di luar pengadilan diserahkan sepenuhnya kepada pihak-pihak yang bersengketa yaitu konsumen dan LJK. Namun demikian dengan memperhatikan karekterisik LAPS di sektor jasa keuangan, diharapkan LJK memanfaatkan jasa LAPS di sektor jasa keuangan untuk menyelesaikan sengketa antara konsumen dengan LJK. Berkaitan dengan pengaduan konsumen, OJK telah menetapkan dua kebijakan mekanisme penyelesaian sengketa, yaitu: penyelesaian pengaduan yang dilakukan oleh LJK (internal dispute resolution); dan penyelesaian sengketa melalui lembaga peradilan atau lembaga di luar pengadilan (external dispute resolution), apabila tidak mencapai kesepakatan. Persetujuan para pihak yang bersengketa untuk menggunakan LAPS tersebut dapat dibuat sebelum maupun sesudah terjadi sengketa. Namun sebaiknya dibuat sebelum timbul sengketa, misalnya pada saat kontrak atau perjanjian awal.

Biayanya penyelesaian sengketa di LAPS, berbeda-beda tergantung dari jenis layanan penyelesaian sengketa yang dipilih dan jumlah finansial yang disengketakan. Untuk penyelesaian sengketa dengan mediasi, biasanya LAPS tidak mengenakan biaya. Sedangkan untuk ajudikasi dan arbitrase biasanya ditetapkan persentase tertentu dari jumlah kerugian finansial

yang disengketakan. Namun demikian, masing-masing LAPS mempunyai ketentuan mengenai biaya penyelesaian sengketa yang berbeda-beda, misalnya BMAI yang tidak mengenakan biaya untuk penyelesaian sengketa dengan jumlah tuntutan ganti rugi atau manfaat polis yang dipersengketakan tidak melebihi Rp 750 juta per klaim untuk asuransi kerugian atau umum dan Rp 500 juta/ klaim untuk asuransi jiwa atau asuransi jaminan sosial.

Saat ini LAPS di sektor jasa keuangan hanya ada di Jakarta. Untuk penyelesaian sengketa di daerah, biasanya LAPS yang akan ke daerah tempat konsumen berada atau dapat juga sebaliknya LAPS akan mendatangkan para pihak ke Jakarta. Dalam hal penyelesaian sengketa dilakukan di daerah, maka dapat dilakukan di Kantor Regional atau Kantor OJK terdekat atau tempat lain sesuai dengan kesepakatan. Dalam melayani penyelesaian sengketa di seluruh wilayah Indonesia, LAPS di sektor jasa keuangan tidak harus memiliki kantor di setiap wilayah Indonesia. Namun lembaga tersebut dapat menyediakan layanan dengan memanfaatkan teknologi informasi antara lain alat teleconference atau video conference. LAPS memiliki kebebasan untuk mengimplementasikan kebijakan OJK agar mampu melayani penyelesaian sengketa di seluruh wilayah Indonesia, misalnya dengan mendatangi pelaku yang bersengketa, sesuai dengan Peraturan OJK Nomor 1/POJK.07/2014 tentang LAPS dan Surat Edaran OJK Nomor 7/SEOJK.07/2015 tentang Pedoman Penilaian LAPS.

Bentuk sanksi administratif yang dapat dikenakan OJK kepada LJK yang melanggar ketentuan berkaitan dengan penyelesaian sengketa melalui LAPS, antara lain adalah: Peringatan tertulis; Denda, yaitu kewajiban untuk membayar sejumlah uang tertentu. Besaran denda ditetapkan OJK berdasarkan ketentuan tentang

sanksi administratif berupa denda yang berlaku untuk setiap sektor jasa keuangan; pembatasan kegiatan usaha; pembekuan kegiatan usaha; Pencabutan izin kegiatan usaha.

Ketua LAPSPI Himawan Edhy Subiantoro,[478] menjelaskan, bahwa: meski terbilang masih baru terbentuk, pemanfaatan LAPSPI dalam penyelesaian sengketa perbankan, cukup memuaskan, karena 90 persen kasus yang ditangani menemukan kesepakatan. Kemudian, relatif murahnya biaya dan singkatnya jangka waktu penyelesaian dibandingkan peradilan umum menyebabkan LAPSPI menjadi pilihan bagi para pihak bersengketa. Dalam penyelesaian sengketa ini juga dipimpin arbiter dan mediator yang memahami hukum perbankan. Selain itu, transaparansi biaya juga menjadi nilai tambah LAPSPI dalam menangani sengketa. Berdasarkan hasil surveinya kepada nasabah dan bank, ternyata dua pihak merasa nyaman dan percaya kepada LAPSPI. Mereka punya pembanding dengan litigasi di peradilan umum. Salah satu faktornya, transparan karena semua biaya dijelaskan di depan dan para pihak dapat menunjuk arbiter sendiri sehingga jauh lebih independen. LAPSI juga lebih singkat proses penyelesaian sengketanya dibandingkan peradilan umum. Terdapat tiga cara penyelesaian sengketa yang ditempuh melalui LAPSPI yaitu mediasi, adjudikasi dan arbitrase. Jangka waktu penyelesaian sengketa juga paling lama 6 bulan. Sedangkan, peradilan umum harus menempuh sekurangnya empat tahapan persidangan termasuk peninjauan kembali. LAPSPI juga

478 Himawan Edhy Subiantoro, Menyoroti Peran LAPSPI dalam Penyelesaian Sengketa Perbankan; Penyelesaian sengketa yang murah dan cepat menjadi kelebihan LAPSPI. Dalam Mochamad Januar Rizki, SiPokrol, Jakarta, Selasa, 30 April 2019.

melayani secara pro bono pada sengketa dengan nilai di bawah Rp 500 juta. Umumnya, pelaporan persengketaan ini dilakukan nasabah perorangan dengan kasus kartu kredit hingga kehilangan dana pada layanan e-banking. Sedangkan, sengketa di atas Rp 500 juta terdapat biaya layanan penyelesaian disesuaikan dengan nilai sengketanya. Sayangnya, masih terdapat pihak yang meragukan kekuatan hokum dari hasil penyelesaian sengketa LAPSPI. Padahal, pihaknya telah bekerja sama dengan Mahkamah Agung untuk memperkuat legitimasi putusan LAPSPI. Setiap pihak bersengketa tersebut apabila telah menunjuk LAPSPI sebagai lembaga alternatif penyelesaian seharusnya menerima hasil keputusan. Kalau dari awal sudah menunjuk LAPSPI, seharusnya sepakat menerima hasil putusannya. LAPSPI juga telah bekerja sama dengan MA soal putusan ini. Artinya, putusan LAPSPI sudah final and binding.

Total permohonan penyelesaian sengketa perbankan, mencapai 162 kasus (Januari 2016-Maret 2019), sengketa karena kredit atau pinjaman menempati jumlah kasus terbanyak, yang didominasi oleh permasalahan restrukturisasi dan agunan kredit atau lelang agunan. Kemudian disusul dengan permasalahan kartu kredit, yang berkaitan dengan keringanan pembayaran tunggakan pokok atau bunga dan penyalahgunaan kartu kredit oleh pihak lain. Selanjutnya, adalah permasalahan dana pihak ketiga dan e-banking. Kehadiran LAPSPI ini menjadi alternatif baru bagi nasabah dan bank dalam penyelesaian sengketa perbankan.[479]

---

479 Sondang Martha Samosir, Ketua Tim Mediasi Perbankan Bank Indonesia, dalam keterangan tertulis kepada pers, INILAH.COM, Jakarta, Jumat, 06 Januari 2011, mengatakan bahwa: Selama periode 2011, Bank Indonesia (BI) mencatat kasus sengketa antara bank dengan nasabah di bidang sistem pembayaran, pal-

Terkait dengan hal ini, salah seorang Anggota Dewan Komisioner Bidang Edukasi dan Perlindungan Konsumen Otoritas Jasa Keuangan (OJK), Tirta Segara[480], menjelaskan bahwa, mengimbau agar nasabah dan bank menggunakan layanan LAPSPI dalam penyelesaian sengketa, karena LAPSPI menerapkan prinsip kerahasiaan data dalam penyelesaian sengketa dibandingkan peradilan umum. Otoritas Jasa Keuangan, selalu mensosialisasikan agar penyelesaian sengketa dilakukan melalui LAPSPI karena murah dan tertutup, tidak menjadi konsumsi publik. LAPSPI perlu meningkatkan kapabilitas dalam penyelesaian sengketa sebab sektor perbankan merupakan industri jasa keuangan dengan jumlah pengaduan terbesar dibandingkan industri lainnya seperti asuransi dan multi pembiayaan.

---

ing banyak didominasi sengketa kartu kredit. Hal itu terjadi karena banyak kartu kredit yang hilang dan digunakan orang lain yang tidak berhak. Data penyelesaian sengketa bank dengan nasabah tahun ini meningkat 83% dibandingkan tahun 2010 lalu. Dari total permohonan penyelesaian sengketa yang diterima pada tahun 2010 sebanyak 278 sengketa menjadi 510 kasus. Paling banyak di penyaluran dana 246 kasus dan sistem pembayaran 204 kasus. Di bidang penyaluran dana, permohonan penyelesaian sengketa didominasi dengan permohonan restrukturisasi kredit baik kredit konsumsi maupun kredit modal kerja. Peningkatan permohonan meningkatnya informasi mengenai keberadaan mediasi perbankan yang difasilitasi Bank Indonesia dikarenakan tingginya ekspektasi masyarakat terhadap eksistensi Bank Indonesia terkait perlindungan nasabah. Selain itu, kekurang pahaman nasabah mengenai karakteristik sengketa yang dapat dimediasi. Permohonan sengketa nasabah dengan bank: penyaluran dana 246 kasus, sistem pembayaran 206 kasus, penghimpunan dana 47 kasus, produk kerjasama 4 kasus, produk lainnya 4 kasus, di luar produk perbankan 3 kasus.

480 Tri Jata Ayu Pramesti, S.H., Litigasi dan Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan. Bisnis & Investasi, Si Pokrol. Artikel pemutakhiran dari artikel dengan judul sama, pertama kali dipublikasikan pada, Jakarta, Kamis, 28 November 2013.

Muhamad Djumhana,[481] berpendapat, bahwa: dengan adanya jaminan kerahasiaan atas semua data masyarakat dalam hubungannya dengan bank, maka masyarakat memercayai bank tersebut, dan memercayakan uangnya pada bank atau memanfaatkan jasa bank. Kepercayaan masyarakat lahir apabila bank menjamin bahwa pengetahuan bank tentang simpanan dan keadaan keuangan nasabah tidak akan disalahgunakan. UU.No.10 Tahun 1998 tentang perbankan, mengamanatkan dibentuknya Lembaga Penjamin Simpanan dan mewajibkan setiap bank menjamin dana masyarakat yang disimpan dalam bank bersangkutan, sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2009. Perlindungan konsumen perbankan secara umum juga dapat ditemukan dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UU 8/1999). Hal ini memberikan konsekuensi logis terhadap pelayan an jasa perbankan, dituntut untuk: Beritikad baik dalam melakukan kegiatan usahanya; Memberikan informasi yang benar, jelas, dan jujur mengenai kondisi dan jaminan jasa yang diberikannya; Memperlakukan atau melayani konsumen secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif; Menjamin kegiatan usaha perbankannya berdasarkan ketentuan standar perbankan yang berlaku; dan sebagainya. UU.No.8 Tahun 1999 melindungi nasabah bank dengan membatasi klausula baku yang ditetapkan oleh bank (Pasal 18).[482]

Jalur non-litigasi, Alternative Dispute Settlement (ADS) menjadi opsi alternatif untuk penyelesaian sengketa yang sedang

481 Muhammad Djumhana. 2012. Hukum Perbankan di Indonesia. Bandung: PT Citra Aditya Bakti. hal. 157.
482 Djumhana, *Ibid,* hlm. 303-304

terjadi dalam masalah Gadai Emas, karena biayanya relatif lebih murah daripada menggunakan jalur litigasi. Khusus untuk masalah perbankan, metode jalan tengah sudah dimulai dengan Peraturan BI No. 7/7/PBI/2005. Kemudian berubah dengan No. 8/5/PBI/2006, dan disempurnakan dengan Peraturan No. 10/1/PBI/2008. Intinya, dibuka kesempatan mediasi antara Bank dengan Nasabah dimana Bank Indonesia memfasilitasi mediasi ini, untuk nilai tuntutan finansial paling banyak Rp. 500 juta. Selain itu, nasabah atau pengadu juga tidak sedang dalam proses atau telah mendapatkan keputusan dari lembaga arbitrase, peradilan, atau lembaga mediasi lainnya, pernah diupayakan penyelesaiannya oleh bank (melalui mekanisme pengaduan nasabah), dan belum pernah diproses dalam mediasi perbankan yang difasilitasi oleh Bank Indonesia. Dalam kasus penyelesain sengketa kartu kredit, sebaiknya pihak bank menghimbau agar nasabah lebih berhati-hati dalam menjaga kartu kreditnya, dan seharusnya saat kartu kreditnya hilang nasabah segera lapor ke bank yang bersangkutan agar langsung memblokir/ menonaktifkan kartu kreditnya.

Dalam perkembangannya, OJK telah melakukan perubahan Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa. Sejalan dengan dikeluarkannya Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Republik Indonesia Nomor 61/POJK.07/2020 tentang Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa Sektor Jasa Keuangan ("POJK 61/2020"), dapat disampaikan bahwa sejak 1 Januari 2021 Penyelesaian Sengketa di Sektor Jasa Keuangan di luar Pengadilan dilakukan oleh Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa Sektor Jasa Keuangan (LAPS-SJK), yang mana sebelumnya dilakukan oleh Badan Mediasi dan Arbitrase Indonesia (BMAI). Peraturan mengenai LAPS-SJK ("POJK 61/2020").

Dalam BAB II FUNGSI, TUGAS DAN WEWENANG, Pasal 3 LAPS Sektor Jasa Keuangan berfungsi menyelenggarakan layanan penyelesaian Sengketa yang terintegrasi pada sektor jasa keuangan. Pasal 4 Untuk melaksanakan fungsi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3, LAPS Sektor Jasa Keuangan mempunyai tugas dan wewenang: a. melaksanakan penanganan dan penyelesaian Sengketa Konsumen; b. memberikan konsultasi penyelesaian Sengketa di sektor jasa keuangan; c. melakukan penelitian dan pengembangan layanan penyelesaian Sengketa di sektor jasa keuangan; d. membuat peraturan dalam rangka penyelesaian Sengketa di sektor jasa keuangan; e. melakukan kerja sama dengan lembaga/instansi perlindungan konsumen baik nasional maupun internasional; dan f. melakukan pengembangan kompetensi mediator dan arbiter yang terdaftar pada LAPS Sektor Jasa Keuangan.

D. Penyelesaian Sengketa Melalui Pengadilan Virtual (*e-court*).

Mahkamah Agung-RI telah melalukan terobosan dalam pemeriksaan administrasi di peradilan melalui teknologi informasi dengan dikeluarkannya Perma No. 3 Tahun 2018 tentang Administrasi Perkara di Pengadilan Secara Elektronik, serangkaian proses penerimaan gugatan/permohonan, jawaban, replik, duplik dan kesimpulan, pengelolaan, penyampaian dan penyimpanan dokumen perkara perdata/agama/ tata usaha militer/tata usaha negara dengan menggunakan sistem elektronik yang berlaku di masing-masing dilingkungan peradilan. Perma No.4/2019 telah membuat pemeriksaan di pengadilan secara sederhana, cepat dan murah, konsumen yang dirugikan penjual dalam jual beli online

karena wanprestasi nilai kerugiannya di bawah 500 juta rupiah. Konsumen yang dirugikan dapat melakukan upaya hukum melalui pengadilan dengan gugatan sederhana tersebut. Perma No.3/2018 makin memudahkan bagi para pihak dalam mengdministrasikan perkara di Pengadilan. Cukup dikirimkan secara elektronik melalui situs yang sudah ditentukan sehingga dapat menghindari kontak fisik dengan petugas di masa pandemi Covid-19 ini. Dengan penerapan teknologi informasi tersebut, waktu berperkara akan terpangkas berkurang dari waktu 25 hari yang ditentukan. Menurut penulis, untuk menghindari penularan Covid-19 di pengadilan tidak cukup hanya pengadministrasian secara elektronik tetapi perlu dilakukan perubahan Perma No.3/2018 yang memungkinkan pemeriksaan dalam gugatan sederhana dilakukan secara vitual atau e-court. Pemeriksaan dengan gugatan sederhana ini disebut dengan istilah small claim court.

E-litigasi merupakan kelanjutan dari e-court yang diberlakukan untuk perkara perdata, perdata agama, tata usaha militer dan tata usaha negara. Ditargetkan aplikasi e-litigasi ini dapat diakses dan diberlakukan diseluruh pengadilan di Indonesia pada tahun 2020. E-court adalah layanan bagi pengguna terdaftar untuk pendaftaran perkara secara online, mendapatkan taksiran panjar biaya perkara secara online, pembayaran secara online, pemanggilan yang dilakukandengan saluran elektronik dan persidangan yang dilakukan secara elektronik.

e-Court Mahkamah Agung RI. Pengertiannya, adalah layanan bagi Pengguna Terdaftar untuk Pendaftaran Perkara Secara Online, Mendapatkan Taksiran Panjar Biaya Perkara secara online, Pembayaran secara online, Pemanggilan yang dilakukan

dengan saluran elektronik, dan Persidangan yang dilakukan secara Elektronik. Dalam aplikasinya, sebagai berikut:

- e-Filing (Pendaftaran Perkara Online di Pengadilan)
- e-Payment (Pembayaran Panjar Biaya Perkara Online)
- e-Summons (Pemanggilan Pihak secara online)
- e-Litigation (Persidangan secara online).

Mengenai layanan, dalam hal pendaftaran perkara Online, saat ini dikhususkan untuk Advokat. Pengguna terdaftar harus setelah mendaftar dan mendapatkan Akun, harus melalui mekanisme validasi Advokat oleh Pengadilan Tinggi tempat dimana Advokat disumpah, sedangkan pendaftaran dari Perseorangan atau Badan Hukum akan diatur lebih lanjut. Layanan dan Penjelasan singkat Pendaftaran Perkara Online.

Dalam Undang-undang Perdangangan ditekankan bagi setiap penjual untuk memberikan data dan informasi yang lengkap menganai barang yang diperdagangkan. Apabila penjual tidak memberikan data dan informasi yang tidak lengkap mengenai barangnya yang mengakibatkan kerugian konsumen, maka penyelesaian sengketa diantara penjual dan pembeli dapat diselesaikan di pengadilan atau melalui mekanisme penyelesaian sengketa lainnya seperti arbitrase dan mediasi. Secara lengkapnya Pasal 65 ayat (5) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan menyebutkan bahwa ”Dalam hal terjadi sengketa terkait dengan transaksi dagang melalui sistem elektronik, orang atau badan usaha yang mengalami sengketa dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui pengadilan atau melalui mekanisme penyelesaian sengketa lainnya.”

Penyelesaian sengketa yang diatur dalam Undang-Undang Perlindungn Konsumne (UUPK) Pasal 45, menentukan dua pilihan dalam menyelesaikan sengketa antara konsumen dan pelaku usaha melalui peradilan yang berada di lingkungan peradilan umum atau diluar pengadilan. Namun proses berperkara di pengadilan kurang diminati masyarakat seperti sengketa dalam jual beli online, karena nilai kerugian konsumen tergolong kecil yang tidak sebanding dengan biaya yang dikeluarkan untuk berperkara. Kesan selama ini bahwa berperkara di pengadilan penyelesaiannya memakan waktu lama dan biaya yang tidak murah.

Mekanisme penyelesaian sengketa konsumen berdasarkan ketentuan tersebut di atas, dapat dilakukan melalui peradilan umum dan di luar peradilan seperti arbitrase dan mediasi. Dengan keluarnya Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No. 4 Tahun 2019 tentang Perubahan Perma No. 2 Tahun 2015 tentang Tata Cara Penyelesaian Gugatan Sederhana, semakin memudahkan masyarakat berperkara di pengadilan. Hal ini selaras dengan asas dari peradilan yang murah, cepat dan sederhana. Penyelesaian Gugatan Sederhana adalah tata cara pemeriksaan di persidangan terhadap gugatan perdata dengan nilai gugatan meteriil paling banyak Rp. 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah), yang diperiksa Hakim tunggal yang ditunjuk oleh Ketua Pengadilan. Dalam Gugatan sederhana ini diajukan terhadap perkara cidera janji dan/ atau perbuatan melawan hukum. Penyelesaian gugatan sederhana ini paling lama 25 (dua puluh lima) hari sejak hari sidang pertama. Mahkamah Agung tidak cukup hanya mengeluarkan peraturan gugatan sederhana saja tetapi juga melakukan terobosan dalam pemeriksaan administrasi di peradilan melalui teknologi informasi dengan dikeluarkannya Perma No. 3 Tahun 2018 tentang

Administrasi Perkara di Pengadilan Secara Elektronik. Adapun yang dimaksud dengan Administrasi Perkara di Pengadilan Secara Elektronik adalah serangkaian proses penerimaan gugatan/ permohonan, jawaban, replik, duplik dan kesimpulan, pengelolaan, penyampaian dan penyimpanan dokumen perkara perdata/agama/ tata usaha militer/tata usaha negara dengan menggunakan sistem elektronik yang berlaku di masing-masing dilingkungan peradilan.

Jadi, penyelesaian sengketa wanprestasi di pengadilan dengan keluarnya Perma No.4/2019 telah membuat pemeriksaan di pengadilan secara sederhana, cepat dan murah. Pihak konsumen yang dirugikan penjual dalam jual beli online karena wanprestasi biasanya nilai kerugiannya di bawah 500 juta rupiah sudah. Konsumen yang dirugikan dapat melakukan upaya hukum melalui pengadilan dengan gugatan sederhana tersebut. Keluarnya Perma No.3/2018 makin memudahkan bagi para pihak dalam mengdministrasikan perkara di Pengadilan. Cukup dikirimkan secara elektronik melalui situs yang sudah ditentukan sehingga dapat menghindari kontak fisik dengan petugas di masa pandemi Covid-19 ini. Dengan penerapan teknologi informasi tersebut, waktu berperkara akan terpangkas berkurang dari waktu 25 hari yang ditentukan. Menurut penulis, untuk menghindari penularan Covid-19 di pengadilan tidak cukup hanya pengadministrasian secara elektronik tetapi perlu dilakukan perubahan Perma No.3/2018 yang memungkinkan pemeriksaan dalam gugatan sederhana dilakukan secara vitual atau e-court. Pemeriksaan dengan gugatan sederhana ini disebut dengan istilah small claim court.

Mediasi merupakan suatu prosedur penengahan di mana seseorang bertindak sebagai ”kenderaan” untuk berkomunikasi antar para pihak, sehingga pandangan mereka yang berbeda atas

sengketa tersebut dapat dipahami dan mungkin didamaikan, tetapi tanggung jawab utama tercapainya suatu perdamaian tetap berada di tangan para pihak sendiri.[483] Black Law Dictionary mendefinisikan m*ediasi: A method of non-binding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help the disputing parties reach a mutually agreeable solution.*[484] Dari defenisi ini dapat disimpulkan bahwa bentuk arbitrase kurang tepat dalam penyelesaian sengketa jual beli online. Sebab, perjanjian jual beli online hanya berupa penawaran dan penerimaan dalam bentuk percakapan lewat internet secara informal. Sementara penyelesaian dalam bentuk arbitrase harus ada terlebih dahulu perjanjian secara formal dimana dalam perjanjian tersebut telah ditentukan pilihan lembaga bila timbul sengketa antar para pihak. Sedangkan Alternatif Penyelesaian Sengketa dalam Pasal 1 UU Arbitrase dan APS mendefenisikan "lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli." Dalam UU Arbitrase dan APS tidak memberikan perumusan atau penjelasan mengenai arti konsultasi. Black's Law Dictionary, menegaskan: consultation: *"act of consulting or conferring; e.g. patient with doctor, client with lawyer. Deliberation of persons on some subject."* Prinsipnya konsultasi merupakan suatu tindakan yang bersifat personal antara suatu pihak tertentu, yang disebut dengan klien dengan pihak konsultan, memberikan pendapatnya

483 Frans Hendra Winarta, *Hukum Penyelesaian Sengketa Arbitrase Nasional Indonesia dan Internasional*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011, hal. 15-16

484 Black Law Dictionary, Eight Edition, West Publishing Co., 2004, hal. 1003.

kepada klien tersebut untuk memenuhi keperluan dan kebutuhan kliennya.[485]

Bentuk-bentuk penyelesaian sengketa non litigasi yang diatur dalam UU Arbitrase dan APS harus dilakukan melalui pertemuan dengan kehadiran para pihak yang bersengketa. Mempertemukan para pihak yang bersengkata secara langsung dalam keadaan normal tentu tidak menjadi soal. Namun ditengah pandemi Covid-19 yang sedang mewabah dunia tentu pertemuan dengan kehadiran para pihak justru harus dihindarkan guna mengurangi penularan dari virus Covid-19 tersebut. Oleh karena itu, perlu dibuat aturan turunan dari UU Arbitrase dan APS yang dalam penyelesaian sengketa konsumen dalam jual beli online dan jasa perbankan, dapat dilakukan secara virtual. Melalui pendekatan teknologi infomatika ini akan dapat membantu penyelesaian sengketa konsumen lebih efisien tanpa perlu secara fisik datang ke tempat pertemuan yang ditentukan. Proses pemeriksaan mediator secara virtual tidak ada bedanya dengan pertemuan langsung, karena hasil dari kesepakatan para pihak sama-sama mengikat kedua belah pihak.

Visinya adalah menjadi Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa yang profesional, adil, terpercaya, dan pilihan utama nasabah dan bank dalam menyelesaikan sengketa perbankan. Seangkan misinya adalah Memberikan pelayanan alternatif penyelesaian sengketa yang adil, cepat, murah, dan efisien; Menyediakan skema layanan penyelesaian sengketa yang

485 Gunawan Wijaya, *Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2002, hal. 86

mudah diakse s oleh konsumen; Menyediakan tenaga Mediator, Adjudikator, dan Arbiter yang kompeten, kredibel, dan memiliki integritas; Melaksanakan tata kelola Lembaga berjalan dengan baik sesuai dengan prinsip transparansi, akuntabilitas, responsibilitas, independensi, dan kewajaran (fairness); Mendorong industri perbankan dan masyarakat menggunakan LAPSPI sebagai lembaga alternatif penyelesaian sengketa yang utama. Sedangkan core values: Trust; Amanah dan memenuhi harapan; Senantiasa mengutamakan karya terbaik; Integrity; Bertindak konsisten sesuai aturan, kebijakan, prosedur dan Kode Etik Lembaga; Reputable: Memiliki Mediator, Ajudikator dan Arbiter yang professional; Menjalankan proses yang cepat, murah, efektif dan efisien secara konsisten; Memberikan keputusan yang netral/imparsial, rasional, dan adil; Melaksanakan tata kelola yang baik. Independence: Bebas dari intervensi pihak lain; dan Bebas dari Benturan Kepentingan. [486]

Saat ini LAPS di sektor jasa keuangan hanya ada di Jakarta. Untuk penyelesaian sengketa di daerah, LAPS ke daerah tempat konsumen berada atau dapat juga sebaliknya, mendatangkan para pihak ke Jakarta. Bila dilakukan di daerah, maka dapat dilakukan di Kantor Regional atau kantor OJK terdekat atau tempat lain sesuai dengan kesepakatan. Dalam melayani penyelesaian sengketa di seluruh wilayah Indonesia, LAPS di sektor jasa keuangan memanfaatkan teknologi informasi antara lain: teleconference atau video conference.

---

486 LAPSPI memiliki 143 anggota:118 Bank Umum Konvensional & Syariah dan 25 perwakilan BPR/BPRS, yang terdiri 1 DPP, 24 DPD PERBARINDO, mewakili:1.600 BPR/BPRS di seluruh Indonesia.

Penyelesaian sengketa yang timbul akibat aktifitas dunia bisnis yang melibatkan jasa industri perbankan, memerlukan sarana penyelesaian sengketa yang efektif, untuk menunjang pembangunan ekonomi. Setiap kegiatan perekonomian tidak mungkin mencapai hasil yang memuaskan dan lancar tanpa dukungan sistem peradilan yang cepat, tepat, dan biaya murah. U.No.10 Tahun 1998 tentang perbankan juncto Peraturan OJK No. 1/2013 tentang Perlindungan Konsumen Sektor Jasa Keuangan, menetapkan: semua sektor perbankan dan perusahaan pembiayaan wajib memiliki Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa (LAPS). [487] Hadirnya lembaga mediasi penyelesaian sengketa keuangan melalui jaringan on-line: *shutterstock.com*. merupakan jawaban atas kendala penyelesaian sengketa. Pembentukan Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa Perbankan Indonesia (LAPSPI) didasarkan kepada Peraturan Otoritas Jasa Keuangan (POJK) nomor 1/POJK.07/2014 tentang Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa di Sektor Jasa Keuangan.[488]

---

487 Beberapa Alternatif penyelesaian sengketa bisnis perdata, yaitu: Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa Perbankan Indonesia (LAPSPI); Badan Arbitrase dan Mediasi Penjaminan Indonesia (BAMPI); Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia (BAPMI); Badan Mediasi Asuransi Indonesia (BMAI); Badan Mediasi Dana Pensiun (BMDP); Badan Arbitrase Ventura Indonesia (BAVI); Badan Mediasi Pembiayaan dan Pegadaian Indonesia (BMPPI).

488 Anggaran Dasar LAPSPI dituangkan dalam akta no. 36 tanggal 28 April 2015 oleh Notaris Ashoya Ratam, S.H., MKn., dan telah mendapatkan persetujuan dari Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia vide Surat Keputusan MENKUMHAM nomor AHU-0004902.AH.01.07 tahun 2015 tanggal 16 September 2015. Sesuai POJK nomor 1/POJK.07/2014 tentang Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa di Sektor Jasa Keuangan, LAPSPI telah dievaluasi oleh Tim Penilai OJK pada tanggal 21 Oktober 2015 dan telah memenuhi persyaratan sebagai LAPS resmi yang terdaftar di OJK vide surat OJK No. No. S-7/EP.1/2015 tanggal 21 Desember 2015. Strategi pengembangan LAPSPI didasarkan ke-

Penyelesaian sengketa bisnis model litigasi, tidak direkomendasaikan. Arbitrase dianggap sebagai satu-satunya yang paling tepat untuk menyelesaikan sengketa bisnis perdata nasional maupun internasional. Kini belum didapati peradilan yang dapat memeriksa sengketa komersial internasional. Adanya kekhawatiran dan ke-engganan para pengusaha internasional yang bersengketa melawan pengusaha nasional karena kekhawatiran hakimnya akan memihak, sehingga selalu memilih forum hukum asing. Kalaupun akhirnya ditempuh, penyelesaian itu semata-mata hanya sebagai jalan yang terakhir *(**ultimum remedium**)* setelah alternatif lain dinilai tidak membuahkan hasil.

Berbagai kasus kekinian, seperti sengketa bisnis perdata nasional maupun internasional yang melibatkan industri perbankan dan berbagai kasus lainnya, merupakan contoh kasus yang dapat diajukan ke lembaga mediasi. Kehadiran lembaga mediasi penyelesaian sengketa keuangan melalui jaringan *virtual on-line: shutterstock.com.* merupakan jawaban dari permasalahan penyelesaian sengketa, dapat menjadi alternatif pilihan, karena biaya yang relatif lebih murah, mudah, efisien, dibandingkan menggunakan proses pengadilan konvensional, terutama masa pandemi Covid-19.

---

pada Strategi Nasional Perlindungan Konsumen dan Rencana Pengembangan Jangka Menengah Nasional; Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen; Peraturan Otoritas Jasa Keuangan (POJK) Nomor 1/POJK.07/2013 tentang Perlindungan Konsumen Sektor Jasa Keuangan.

BAB V

EKSPEKTASI PERUNDANG-UNDANGAN TENTANG PERIKATAN, KEBEBASAN BERKONTRAK DAN KONTRAK BAKU DALAM BISNIS KOMERSIAL DI INDONESIA

A. Ideologi Individualisme Kebebasan Berkontrak

Kebebasan berkontrak, hingga kini tetap menjadi asas penting dalam sistem hukum kontrak baik dalam sistem *civil law, common law,* maupun sistem hukum lainnya.[489]Asas kebebasan berkontrak dalam sistem hukum sipil dan *common law* lahir dan berkembang seiring dengan pertumbuhan aliran filsafat yang menekankan se-

489 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.

mangat individualisme dan pasar bebas.[490] Pada abad sembilan belas, kebebasan berkontrak sangat diagungkan baik oleh para filosuf, ekonom, sarjana hukum maupun pengadilan.[491] Kebebasan berkontrak sangat mendominasi teori hukum kontrak.[492] 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).*

Pada masa itu kebebasan berkontrak menjadi paradigma baru dalam hukum kontrak.[493] Keberadaan asas kebebasan berkontrak tersebut tidak dapat dilepaskan dari pengaruh berbagai aliran filsafat politik dan ekonomi liberal yang berkembang pada abad kesembilanbelas.[494] Dalam bidang ekonomi berkembang aliran *laissez faire*[495] yang dipelopori Adam Smith yang menekankan

---

490 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

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

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

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

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

495 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*

prinsip non intervensi oleh pemerintah terhadap kegiatan ekonomi dan bekerjanya pasar.[496] Filsafat utilitarian Jeremy Bentham yang menekankan adanya ideologi *free choice*[497]juga memiliki pengaruh yang besar bagi pertumbuhan asas kebebasan berkontrak tersebut.[498] Baik pemikiran Adam Smith maupun Bentham didasarkan filsafat individualisme. Kedua pemikiran tersebut tidak dapat dilepaskan dari pengaruh filsafat etika Immanuel Kant.[499] Semua filsafat yang menekankan pada aspek kebebasan individu yang dikembangkan para filosuf Barat di atas jika dilacak lebih jauh lagi, berakar kepada filsafat hukum alam *(natural law)* yang sangat berkembang pada abad pencerahan *(enlightenment* atau *aufklarung)*.[500]

---

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 Kebijaksanaan Ekonomi,* Bumi Aksara, Jakarta, 1993

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

497 ''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.

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

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

500 Semula 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

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 belas[501] 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 mempengaruhiteori 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.[502]

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 fakta-fakta. Baik pada periode hukum kontrak klasik maupun kontemporer keduanya mendasarkan dirinya justifikasi kepada ideologi individualisme.[503] Mengingat timbul dan berkembangnya asas kebebasan berkontrak sangat dipengaruhi ideologi individualisme dan liberalisme di Eropa pada abad kesembilanbelas, maka untuk

---

Tjahjadi, *Hukum Moral Ajaran Immanuel Kant tentang Etika dan Imperatif Kategoris,* Kanisius — BPK Gunung Mulia, Yogyakarta, 1991, hlm 29 - 30.

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

502 R.W. Ryan, *Loc.Cit*

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

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.[504]

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 warganegaranya. 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.

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 mema-

504 *Ibid,* hlm. 777

tuhi 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 teoritisi 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.[505]

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 priode itu, kelembagaan masyarakat pada abad delapan belas,

505 Michael Rosenfeld, *Loc.cit*

seperti masyarakat pedesaan masih berlaku. Organisasi masyarakat masih sederhana. Hampir semua masyarakat desa terdiri dani 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 melalukan 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 impersona1. Hubungan yang bersifat paternalistik sudah ditinggalkan.

B. Paradigma Baru Kepatutan Kebebasan Berkontrak Masa Depan

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:[506]setiap perjanjian kontraktual yang diadakan adalah sah *(geoorloofd);* dan 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.[507]

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 sendiri. Mereka memiliki kecenderungan mengidentifikasi pilihan tersebut dengan

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

507 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 Kort, *op.cit.,* hlm 325 — 326.

kebebasan, dan kebebasan menjadi tujuan tertinggi keberadaan individu.[508]

Dalam paradigma baru ini, moral dan hukum harus secara tegas dipisahkan. Disini muncul adagium *summun jus stoma injuria* (hukum tertinggi dapat berarti ketidakadilan yang terbesar).Konsep seperti *justum pretiuin laesio enomis* (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.[509]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.[510]Bagi fiksi liberal, atribusi yang melekat

---

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

509 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.

510 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

pada kontrak adalah kehendak para pihak.[511] Sehubungan dengan hal tersebut Lawrence M. Friedman menyatakan:[512]

> *"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.[513]Dengan demikian,

---

ini diterima secara umum, khususnya yang berkaitan dengan konsepsi mereka mengenai *contractual agreement* dan peranan yang mereka mainkan dalam mekanisme sosial.

511 *ibid*

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

513 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 skenarioberikut untuk mengilustrasikan pentingnya suatu *purely executory exchange:* Dua pihak bertemu dan bersepakat dalam suatu *a future exchange.* Segera setelah ditutupnya perjanjian, salah sate 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 Contra ct Law", *New England Law Review,* Vol 33 (1990), hlm 307

kebebasan berkontrak dan kesucian *(sanctity)* kontrak menjadi dasar keseluruhan hukum kontrak yang berkembang saat itu.[514]

Dengan perkataan lain, orientasi mereka adalah kesucian dan kebebasan berkontrak.[515]Gagasan utama kebebasan berkontrak berkaitan dengan penekanan akan persetujuan dan maksud atau kehendak para pihak. Selain itu, gagasan kebebasan berkontrak juga berkaitan dengan pandangan bahwa kontrak adalah hasil dari pilihan bebas *(free choice).* Dengan gagasan utama ini, kemudian dianut paham bahwa tidak seorang pun terikat kepada kontrak sepanjang tidak dilakukan atas dasar adanya pilihan bebas untuk melakukan sesuatu. Gagasan tersebut 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.[516]

Sebagai konsekuensi adanya penekanan kebebasan berkontrak, kemudian dianut pula dogma bahwa kewajiban dalam kontrak hanya dapat diciptakan oleh maksud atau kehendak para pihak.[517]

---

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

515 K.M. Sharma, *loc.cit*

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

517 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

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.[518]

Doktrin mendasar yang melekat pada kebebasan berkontrak adalah bahwa kontrak itu dilahirkan *ex nihilo,* yakni kontrak sebagai perwujudan kebebasan kehendak *(free will)* para pihak yang membuat kontrak *(contractors).*Kontrak secara eksklusif merupakan kehendak bebas para pihak yang membuat kontrak.Melalui postulat bahwa kontrak secara keseluruhan menciptakan kewajiban Baru dan kewajiban yang demikian secara eksklusif ditentukan oleh kehendak para pihak, kebebasan berkontrak telah memutuskan hubungan antara kebiasaan dan kewajiban-kewajiban kontraktual.Kebebasan berkontrak membolehkan kesepakatan (perdata) untuk mengesampingkan kewajiban-kewajiban berdasarkan kebiasaan yang telah ada sebelumnya.[519]

Kontrak yang dipersepsikan sebagai diciptakan *ex nihilo,* telah membongkar *network social relation* yang telah ada yang menjadi kewajiban yang mengikat di antara sesame individu. Pembongkaran untuk menggantikan hal tersebut dilakukan serangan melalui dua sisi, yakni sisi kewajiban non kontraktual yang didasarkan pada

---

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

518 K.W. Ryan, *Op.Cit.,* hlm. 9

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

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.[520]

Premis sentral teori hukum kontrak klasik pada abad kesembilanbelas tersebut adalah kebebasan berkontrak.Kebebasan otonomi individu *to be able to make bargains as they saw fit* (dengan sedikit mungkin intervensi dari negara) betul-betul menempatkan pembentukan kontrak *ex nihilo* pada kehendak mereka.Menurut pandangan teori klasik kontrak ini, para pihak yang membuat kontrak ini adalah *equal,* para pihak juga memiliki kemampuan menentukanfair *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.[521] 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.*

520 *ibid*
521 K.M. Sharma, *Op.Cit.,* hlm. 104

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 zvills),* suatu tindakan bersama, jika *purely mental procreation* merupakan hal yang diterima secara umum pada saat itu.[522] Dengan pandangan tersebut di atas, pada abad sembilan belas, di Jerman dan Perancis berkembang teori subjektif *(subjective theory)* dalam hukum kontrak. Von Jhering sangat menekankan *primacy of the will.*Orang menjadi terikat jika mereka dengan sengaja menghendakinya.[523]

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*.[524]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:[525]

---

522 K.M. Sharma, *Loc.Cit.*

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

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

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

"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 adjusment of rights, or the settlement of disputes, was plainly incosistent 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 asasasas hukum yang dapat disimpulkan dari *precedent*. Hanya ada satu cara untuk memutuskan suatu perkara; bukan merupakan fungsi hakim untuk meminta pertimbangan dari kebijakan para pihak *(policy concideration)* atau bahkan bantahan-bantahan terhadap keadilan yang relatif dari tuntutan para pihak. Alasan-alasan di balik asas-asas dan aturan-ataran tidaklah relevan. Peranan hakim adalah

semata-mata pasif dan menafsir. Berdasarkan paham *formalism* itu, maka pemikiran yang berlaku pada masa itu adalah:[526]

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 umumnva 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 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

526 *Ibid,* hlm. 388-389

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 barangbarang 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 keduabelah 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)*

tersebut[527] Kehendak para pihak untuk membuat kontrak adalah suatu perbuatan hukum. Penawaran dan penerimaan dalam kontrak merupakan suatu perbuatan hukum.[528]Konsep ini akhirnya mempengaruhi pendefinisian kontrak di dalam BGB[529] dan BW Belanda.[530]

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. Dari uraian di atas terlihat bahwa hukum kontrak secara tradisional dalam

---

527 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

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

529 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.

530 Pasal 1349 BW Belanda (lama) mendefenisikan kontrak sebagai berikut: *"Eene overeenkomst is eene handeling zvaarbij 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*

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.[531]

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 persya ratan umum iktikad baik dalam melaksanakan hak dan kewajiban kontraktual. Sesuai dengan pendekatan tradisional ini, Lord Reid menolak bahwa seorang *promisee* harus bertindak

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

secara masuk akal dalam memilih untuk melaksanakan hak itu, *the law that a person is only entiled to excercises his contractual rights in a reasonable* way.[532]

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.[533]Pesan yang hendak disampaikan Grand 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.[534]Ada transformasi masyarakat ke arah kesejahteraan sosial *(social welfare)*.[535]

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

532 *Ibid,* hlm. 71

533 KM. Sharma, *Op.Cit.,* hlm. 116

534 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.

535 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.

mendasar, yakni ideologi hukum kontrak sebagai sarana kontrol sosial.[536]

Di Amerika Serikat, putusan U.S. Supreme Court dalam perkara *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.[537]

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 ketidakpuasaan 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

536 K.M. Sharma, *Loc.Cit.*

537 Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870 —1960 The Crisis of Legal Orthodoxy* (New York: Oxford University Press, 1992), hlm 34. Roscoe Found merupakan salah seorang yang paling awal mengkritik putusan pengadilan dalam perkara *Lochner v.New York* dan putusan pengadilan yang mengikutinya. Bagi Found, 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 Found, *op.cit .,* "Liberty of Contract", hlm 454. Perhatikan pula Bernard H. Siegen, "Rehabiliting Lochner", *San Diego Law Review,* Vol 22 (1985), him 453 - 454.

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 Maynard Keynes menyatakan *"depression, by everyzvhere 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*.[538]

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 filosuf 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

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

baik dari peranan teori Idasik ekonomi daripada asumsi model yang abstrak.[539]

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 Fourrier mengelaborasi teori otopis.Louis Auguste Blanqui dan terlebih lagi Piere Joseph Proudhon, Karl Marx, dan Fredrich Engels bersuara keras menantang kapitalisme.[540]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 minimun 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

539 *ibid*

540 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

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.*[541]

Keberhasilan program perencanaan ekonomi pasca perang dunia I yang berhasil memecahkan permasalahan pengangguran, kemiskinan, perumahan, harga, dan perdagangan yang diakibatkan adanya depresi besar 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.[542]

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 deffect that can occur in a contract, for agreement can only be formed by concern*

541 *Ibid,* hlm. 263
542 *ibid*

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.*[543] 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.

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.[544]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

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

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

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.[545]

C. Klausula Eksonerasi Dalam Kontrak

Kata *exoneratie* berasal dari kata latin: *ex* artinya keluar dan *ones* artinya beban. Jadi *exoneratie* berarti dibebaskan dari beban. Klausula eksonerasi (*exoneratie clausule*) adalah syarat dalam suatu perjanjian, di mana pihak yang satu membebaskan diri dari atau dibatasi pertanggungjawaban atau kewajiban yang dibebankan kepadanya oleh hukum yang mengatur.[546] 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"*[547] Lebih lanjut dijelaskan[548]: *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 perparkiran ini sama dengan di Indonesia di mana pada karcis parkir tertuang catatan klausula eksonerasi. Karcis ini bukan penitipan (hanya karcis sewa tempat parkir). Kehilangan

---

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

546 Sudikno 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

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

548 *Ibid*

dan kerusakan kendaraan bukan tanggung jawab kami. Disini 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. Engels[549] mengatakan bahwa syarat-syarat untuk pembatasan atau penghapusan tanggung jawab, pada umumnya dituangkan dalam 3 macam bentuk yuridis:

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.

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

Lebih lanjut, Engels[550] mengatakan bahwa jika perhatian kita lebih dipusatkan kepada syarat-syarat sendiri, maka kita dapat membedakan dua warna: Menurut sifat dari tanggung jawab (atas kontrak atau atas perbuatan melawan hukum atau *onrechtmatigedaad*); 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 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: Kesengajaan sendiri; Kesalahan besar sendiri; Kesalahan ringan sendiri; Kesengajaan atau kesalahan oleh orang bawahan.[551]

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,

550 *Ibid,* hal. 159-160
551 *Ibid,* hal. 161

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 Raad[552]. Pada umumnya apabila dalam hal antara resiko dan kewajiban atau tanggung jawab tidak seimbang, maka diadakan klausula eksonerasi. 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 eksonerasi.[553]

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 kejadian.[554]

552 *Ibid*
553 Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*
554 R.J.H. Engels, *Op.Cit.,* hal. 163

Pasal 1321 BW menyebutkan tiga alasan pembatalan perjanjian yaitu karena adanya cacat kata sepakat: Karena kekilafan atau kesesatan (*dwaling*), seperti diterangkan dalam Pasal 1322 BW; Karena paksaan (*dwang*), seperti diterangkan dalam Pasal 1323-1327 BW; Karena penipuan (*bedrog*), seperti diterangkan dalam Pasal 1328 BW. 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: ancaman *(bedreiging);* penipuan *(bedrog);* 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 karena pengaruh kesesatan *(dwaling)* dan apabila dia mendapat gambaran sebenarnya, maka perjanjian itu tidak akan dibuat, maka perjanjian itu dapat dibatalkan, jika:

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 itu[555] Khusus mengenai alasan penyalahgunaan keadaan, Van Dunne[556] membedakan penyalahgunaan karena keunggulan ekonomis dan keunggulan kejiwaan dengan uraian sebagai berikut: Salah satu pihak menyalahgunakan ketergantungan relatif, seperti hubungan kepercayaan istimewa antara orang tua dan anak, suami-istri, dokter-pasien, pendeta-jemaat; dan 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, afhankelijkhejd, 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

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

556 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

bahwa is seyogyanya tidak melakukan.[557] 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 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 persetujuan.[558]

D. Kebutuhan Kekuatan Mengikat Kontrak Baku

Hukum kontrak menganut sistem terbuka, (*Open System*),[559] sebagaimana diatur dalam pasal 1338 KUHPerdata, artinya setiap orang bebas untuk melakukan suatu kontrak yang ia lakukan sepanjang tidak bertentangan dengan asas-asas ketertiban umum, seperti asas kesusilaan. Namun kenyataan yang terjadi selama ini, khususnya di dunia perbankan, dalam klausula kontrak telah dibuat terlebih dahulu dengan tidak memperhatikan kondisi dari pihak yang memang berada pada posisi yang sangat lemah.

---

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

558 *Ibid,* hal. 191

559 Kartika Dengah, Engeline R. Palandeng, S.H., M.H.; Djefry L. Lumintang, S.H., M.H, Eksistensi Serta Akibat Penerapan Sistem Terbuka Pada Hukum Perikatan, Fakultas Hukum, Universitas Sam Ratulangi, Manado, Lex Privantum, Vol. III/No.4/2015

Sehubungan dengan pembatasan-pembatasan terhadap bekerjanya asas kebebasan berkontrak oleh negara, maka timbul pertanyaan yang mendasar, yaitu: apakah setiap tingkat perundang-undangan di dalam suatu urutan peraturan perundang-undangan dapat membatasi asas kebebasan berkontrak? Asas kebebasan berkontrak keberadaannya dan berlakunya ditentukan dan diikuti oleh peraturan perundang-undangan yang setingkat undang-undang yaitu KUH Perdata. Oleh karena itu, hanya undang-undang atau Peraturan pemerintah pengganti undang-undang yang setingkat lebih tinggi saja yang mempunyai kekuatan hukum untuk membatasi bekerjasama asas kebebasan berkontrak. Oleh karena itu, seyogyanya pembatasan terhadap asas kebebasan berkontrak bukan diatur dengan perundang-undangan yang setingkat Peraturan pemerintah, Keputusan Menteri dan peraturan-peraturan lain yang lebih rendah lagi. Berdasarkan hal-hal tersebut untuk dapat mengatasi hal itu pemerintah dalam hal ini, Pemerintah dalam hal ini Hakim harus memperhatikan kedudukan para pihak yang membuat apakah bertentangan atau tidak, sehingga hak-hak dari kreditur maupun debitur dapat terlindungi dengan baik. Kekosongan hukum merupakan refleksi tertinggalnya hukum dibelakang perkembangan masyarakat.

Dalam hal ini sangat disayangkan pendapat *Hondius* yang menganggap kontrak baku mempunyai kekuatan mengikat berdasarkan kebiasaan *(gebruik)* dalam masyarakat dan lalu lintas perdagangan.[560] Sebab, tidak semua kontrak baku dan kebiasaan itu dapat diterima oleh masyarakat. Sehingga perlu dijelaskan

560 Lihat cacatan nomor 54 supra.

kontrak baku dan kebiasaan yang bagaimana yang mempunyai kekuatan mengikat. Apabila hukum yang mengikuti kebiasaan yang ada dalam masyarakat, maka hukum akan menjadi pengekor. Kekosongan hukum hanya boleh diisi oleh kebiasaan yang baik dan lahir dari tingkah laku umum. Sebaliknya, kekosongan hukum tidak boleh diisi oleh kebiasaan yang diciptakan oleh sekelompok kecil orang, seperti kalangan usaha perbankan, asuransi dan lain-lain. Disinilah letak pentingnya peranan hakim sebagai ”penemu hukum” yang harus berusaha mengisi kekosongan hukum tersebut. Akan tetapi disini juga kita mengalami kesulitan, sebab hakim bersifat menunggu perkara yang diajukan kepadanya. Padahal untuk berperkara diperlukan biaya dan waktu yang banyak. Karena itu, orang tidak mau memperkerakan masalah-masalah yang yang mempunyai nilai (ekonomi) yang kecil atau yang menurut pendapatnya tidak menjamin perolehan keadilan yang diharapkan. Disini perlu diberi perhatian tentang hubungan hukum antara kekosongan hukum dan kontrak baku. Di satu segi, keberadaan kontrak baku dalam bisnis tidak terelakkan *(inevietable)* dan di lain segi, terdapat kekosongan hukum tentang penggunaan kontrak baku dalam bisnis. Pengusaha membuat kontrak baku untuk memenuhi kebutuhan dan memudahkan proses transaksi dengan konsumen. Karena adanya kekosongan hukum tentang hal ini, maka pengusaha yang membuat kontrak baku itu menempatkan keadaan ini secara maksimal. Karena praktek penggunaan kontrak baku yang dibuat oleh pengusaha itu sudah berlangsung relatif lama, maka ini dianggap sebagai suatu kebiasaa dalam lingkungan masyarakat. Sehingga kebiasaan ini seolah-olah diterima oleh masyarakat, sehingga kontrak baku itupun dipandang mempunyai kekuatan mengikat meskipun tidak adil.

Pembahasan terdahulu telah menunjukkan bahwa terdapat implikasi asas kebebasan berkontrak dalam kebebasan berkontrak yang digunakan dalam bisnis. Demikian pula terdapat hubungan yang erat antara kebebasan berkontrak tersebut dan proses industrialisasi yang memproduksi barang dan jasa secara masif. Akibatnya, penggunaan kebebasan berkontrak dalam berbagai transaksi perdagangan dan keuangan menjadi tidak terelakkan *(inevitable)* dan transaksi tersebut berlangsung secara mekanistis dan impersonal. Dengan semakin meningkatnya industrialisasi, maka meningkat pula jumlah dan jenis produk yang ditawarkan kepada masyarakat konsumen. Karena proses transaksi untuk mengalihkan produk-produk itu berlangsung dalam wadah kebebasan berkontrak, mana penggunaan kebebasan berkontrak juga semakin meningkat secara paralel. Penggunaan kebebasan berkontrak dalam bisnis perbankan yang mengandung syarat-syarat baku dan aksonerasi, yang ditetapkan secara sepihak oleh bank, dimungkinkan karena hukum kontrak menganut asas terbuka. Syarat-syarat baku dan eksonerasi dalam kebebasan berkontrak tersebut menimbulkan ketidak-adilan. Sebab bank-bank yang membuat kontrak membebani semua biaya dan risiko yang timbul dalam pembuatan dan pelaksanaan kontrak itu hanya kepada pihak debitur atau nasabah bank saja.

Permasalahan-permasalahan yang telah dikaji pada uraian bab-bab tersebut diatas, memerlukan penanggulangan secara yuridis, utamanya melalui peraturan perundang-undangan. Sebab, hukum merupakan sarana yang berfungsi memberikan kepastian, kemudahan, dan keadilan bagi berlangsungnya berbagai transaksi ekonomi dalam masyarakat. Oleh karena itu, penulis mengajukan saran yang dapat berguna dalam usaha menanggulangi

permasalahan dimaksud. Pemerintah perlu segera membuat undang-undang tentang Hukum Perikatan untuk menggantikan Buku III Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH Perdata) dan di dalamnya mengatur pembatasan kebebasan berkontrak secara lebih luas daripada yang ada dalam KUH Perdata tersebut. Untuk memberikan perlindungan hukum bagi pihak yang mempunyai posisi sosial ekonomi lemah dan memberikan keadilan bagi para pihak yang melakukan transaksi ekonomi dalam wadah kontrak, maka undang-undang yang akan dibuat itu perlu mengatur secara khusus tengang kebebasan berkontrak dalam bisnis. Untuk maksud tersebut diatas, pemerintah perlu membentuk suatu komisi tetap yang berada dibawah Menteri Kehakiman yang anggota-anggotanya terdiri dari wakil-wakil dari Departemen Perdagangan, Departemen keuangan, Departemen Perindustrian, dan departemen lainnya yang dipandang relevan. Komisi tetap ini mempunyai tugas: Memeriksa rancangan kebebasan berkontrak yang diajukan oleh perusahaan-perusahaan kepadanya. Komisi ini berwenang merubah, menambah, atau menolak setiap rancangan kebebasan berkontrak yang diajukan kepadanya, apabila terdapat syarat-syarat baku atau eksonerasi yang tidak adil dan dapat merugikan masyarakat.

Setiap kebebasan berkontrak yang sudah disetujui oleh Komisi ini hendaknya mengandung pembagian *(sharing)* risiko yang seimbang antara pada pihak, sehingga kontrak tersebut adil. Memberikan persetujuan atas rancangan kebebasan berkontrak yang diajukan kepadanya, apabila telah memenuhi syarat-syarat hukum, keadilan dan kepatutan. Mengawasi pelaksanaan peraturan perundang-undangan mengenai kebebasan berkontrak dalam bisnis dan mengambil langkah-langkah yang dipandang

perlu berdasarkan hukum, apabila terdapat perusahaan yang tidak melaksanakan peraturan perundang-undangan tentang kebebasan berkontrak. Semua kebebasan berkontrak yang telah mendapatkan persetujuan dari pemerintah, in casu komisi tetap itu, harus diumumkan dalam Berita Negara dan satu lembar ditetapkan pada papan pengumuman setiap Pengadilan Negeri di seluruh Indonesia, agar masyarakat dapat mengetahuinya dan aktivitas bisnis tersebut menjadi agak transparan. Khusus bank-bank dan perusahaan asuransi harus juga mengumumkan sendiri kebebasan berkontrak itu pada papan pengumuman setiap kantor bank dan asuransi, agar (calon) nasabah bank dan pemegang polis asuransi dapat mengetahuinya secara mudah.

Suatu hal yang penting mendapatkan perhatian adalah tentang pembuatan dan penggunaan kontrak baku dalam bisnis perbankan. Sebagaimana telah ditunjukkan pada bagian terdahulu bahwa penggunaan kontrak baku sudah tidak terelakkan dalam berbagai transaksi ekonomi, termasuk dalam transaksi finan sial. Karena kontrak baku yang tidak adil dimungkinkan karena adanya karena adanya kebebasan berkontrak yang tidak terbatas, maka tindakan pertama yang harus diambil adalah pembatasan asas kebebasan berkontrak. Kemudian mengadakan pengawasan terhadap penggunaan kontrak baku dalam bisnis termasuk perbankan. Tanpa pembatasan asas kebebasan berkontrak dan pengawasan terhadap penggunaan kontrak baku dalam bisnis perbankan, maka debitur atau nasabah tidak akan mendapatkan perlindungan hukum. Konsekuensinya, bisnis perbankan akan berlangsung dalam suasana liberal dan pasar bebas (free market) dimana bank sebagai pihak yang kuat akan menentukan harga pasar yang harus

dibayar oleh debitur atau nasabah, meskipun dengan harga dan biaya sosial yang tinggi.

Dengan mengadakan pembatasan asas kebebasan berkontrak dalam Undang-undang, berarti kaidah-kaidah hukum kontrak yang lama (Buku III KUH Perdata) harus ditinjau kembali dan diganti dengan kaidah-kaidah baru yang sesuai dengan kebutuhan masa kini. Kaidah-kaidah hukum yang baru itu harus berdasarkan pada falsafah sosial, yang mengutamakan kepentingan sosial (umum). Ini berarti bahwa, semangat liberalisme yang ada dalam Undang-undang lama harus diganti dengan semangat sosial. Sebagai implementasi pembatasan asas kebebasan berkontrak diatas, maka harus diatur penggunaan kontrak baku dalam bisnis. Undang-undang harus menetapkan sektor-ksektor mana yang tidak diperbolehkan membuat kontrak baku secara bebas, kecuali melalui suatu penilaian khusus. Untuk menilai syarat-syarat suatu kontrak baku itu perlu dibentuk suatu komisi tetap yang bertugas mengadakan pengawasan penggunaan kontrak baku dalam bisnis sehari-hari.

Pengaturan dan Sumber 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 berkontrak.[561] Paradigma baru hukum kontrak timbul dari dua dalil di bawah ini: setiap

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

perjanjian kontraktual yang diadakan adalah sah *(geoorloofd)* dan setiap perjanjian kontraktual yang diadakan secara bebas adalah adil dan memerlukan sanksi undang-undang. Dalam paradigma baru ini, dalam kontrak timbul dua aspek:[562] *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 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,

562 Ridwan Khairandy, Landasan Filosofis Kekuatan Mengikatnya Kontrak, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogjakarta, Jurnal Hukum, No. Edisi Khusus, Vol.18 Oktober 2011. Hal-35-55.

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 berkenan 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.

Penjanjian 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: orang-orang belum dewasa; mereka yang ditaruh di bawah pengampuan; dan 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 KUHPerdata menyebutkan 3 alasan untuk pembatalan perjanjian yaitu: kekhilafan/ kesesatan *(Dwaling)* jo Pasal 1322 KUH Perdata; paksaan *(dwang)* jo Pasal 1323 -1327 KUH Perdata; 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 empat syarat adanya penyalahgunaan keadaan sebagai berikut:[563]

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 walaupan dia mengetahui atau seharusnya mengerti bahwa dia seharusnya tidak melakukannya
4) hubungan kausal *(causal verband)* adalah penting bahwa tanpa menyalahgunakan keadaan itu maka perjanjian itu tidak akan ditutup.

Ajaran penyalahgunaan keadaan dibedakan dalam 2 (dua) hal, yaitu:[564] (a). penyalahgunaan keunggulan ekonomi; (b). penyalahgunaan keunggulan kejiwaan. Sedangkan unsurnya 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

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

564 *Ibid.*

perlu dipahami bahwa dalam penyusunan kontrak harus dihindari maksud atau niatan yang justru merugikan salah satu pihak. Untuk lebih memahami mengenai beberapa asas hukum kontrak dan asas hukum umum yang dikenal dan kemudian membandingkan dengan pekembangan-pekembangan yang ada sekarang ini, ada beberapa buku atau makalah yang menyebutkan 10 asas penting untuk mendukung pembuatan suatu perjanjian, yaitu:[565]

a. Asas Kebebasan Berkontrak

Asas ini adalah merupakan salah satu yang sangat terkenal di dalam hukum kontrak. Berdasarkan asas ini suatu pihak dapat 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 perjanijan hanya terjadi apabila telah adanya persetujuan kehendak antara para pihak *(consensus, consensualisme).*

565 Mariam Darus Badrulzaman, *Aneka Hukum Bisnis,* Bandung: Alumni, 1994, hlm.30.

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 sebebas-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 melakasanakan 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 itikat 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 kententuan-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) KUHPerdata. 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 kesepakata kedua belah pihak. Kesepakatan merupakan persesuaian antara kehendak dan pernyataan yang dibuat oleh kedua belah pihak. Asas konsensualisme yang dikenal dalam KUHPerdata adalah bekaitan 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.[566]

---

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

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 untuk memasukkan klausul-klausul di dalam perjanjian yang akan ditanda tanganinya. 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-keinganan 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).

E. Materi Muatan Pengaturan RUU Tentang Kontrak Baku/Standard

1. Pengertian Kontrak Baku/Standard

Berbicara mengenai kontrak baku/standar, dikutip 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".[567]
b. J. Satrio, mengatakan bahwa perjanjian standar adalah "Perjanjian tertulis yang bentuk dan isinya telah dipersiapkan terlebih dahulu, yang mengandung syarat-syarat baku, yang

567 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, hlm. 5.

oleh salah satu pihak kemudian disodorkan kepada pihak lain untuk disetujui".[568]

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.[569]

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

---

568 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

569 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.

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 Baku 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 kalaupun tahu tidak mengetahui jangkauan akibat hukumnya; d. Salah satu pihak secara ekonomis lebih kuat

3. *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:[570]

a. 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 UNIDROIT yang harus diperhatikan dalam penafsiran kontrak.

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

b. 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 menjunjug 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.

c. 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: Praktek kebiasaan harus memenuhi kriteria tertentu; Praktek kebiasaan yang berlaku di lingkungan para pihak; Praktek kebiasaan yang disepakati; Praktek kebiasaan lain yang diketahui luas atau rutin dilakukan; Praktek kebiasaan yang tidak benar; dan 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 mengabaikan. 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, kebiasan setempat berlaku terhadap perdagangan internasional misalnya jual beli komoditi tertentu atau penyelenggaraan pameran dagang, atau kebiasan 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 kerena hukum kebiasaan setempat tersebut mengikat para pihak sebagai syarat-syarat yang mengatur kontrak secara keseluruhan. Perkecualian diberikan hanya terhadap ketentuan-ketentuan yang bersifat memaksa.

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

Para prinsipnya kita 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 kapankah para pihak telah mencapai kata sepakat.

e. 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 braks 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 whwn intending not do 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 nogosiasi 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 tunduk 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 untuk memutuskan hasil akhir dari negosiasi tersebut.

f. 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 is 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 pentingan 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, untuk mengadakan suatu kontrak.

Pada abad sembilanbelas teori hukum kontrak klasik secara mendasar terbentuk. Terbentuknya teori baru ini merupakan reaksi dan kritik terhadap tradisi abad pertengahan mengenai

substantive justice. Para hakim dan sarjana hukum di Inggris dan Amerika Serikat kemudian menolak kepercayaan yang telah berlangsung lama mengenai justifikasi kewajiban kontraktual yang diderivasi dari *inherent justice atau fairness of an exchange*. Mereka kemudian menyatakan bahwa sumber kewajiban kontraktual adalah bertemunya kehendak atau konsensus para pihak yang membuat kontrak.[571]

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

571 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 Kozt, Introduction to Comparative Law, Volume II – The Institutional of Private Law, Clarendon Press, Oxford, 1987, hlm. 325 – 326.

itu.[572] Dengan perkataan lain, orientasi mereka adalah kesucian dan kebebasan berkontrak.[573]

Gagasan utama kebebasan berkontrak berkaitan dengan penekanan akan persetujuan dan maksud atau kehendak para pihak. Selain itu, gagasan kebebasan berkontrak juga berkaitan dengan pandangan bahwa kontrak adalah hasil dari pilihan bebas (free choice). Dengan gagasan utama ini, kemudian dianut paham bahwa tidak seorang pun terikat kepada kontrak sepanjang tidak dilakukan atas dasar adanya pilihan bebas untuk melakukan sesuatu. Gagasan tersebut menjadi prinsip utama baik dalam sistem civil law maupun common law bahwa kontrak perdata individual di mana para pihak bebas menentukan kesepakatan kontraktual tersebut. Bagi mereka yang memiliki kemampuan bertindak untuk membuat kontrak (capacity) memiliki kebebasan untuk mengikatkan diri, menentukan isi, akibat hukum yang timbul dari kontrak itu.[574]

g. Prinsip Perlindungan Pihak Lemah dari Syarat-syarat Baku

1) Pengertian Syarat Baku

Sebagaimana dikatakan diatas bahwa kontrak baku merupakan salah satu sumber dari *"flex mercatoria"*. Praktek penggunaan

572 Perhatikan P.S. Atiyah, Op. Cit., An Introduction to the Law of Contract, hlm. 4.

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

574 K.W. Ryan, Op. Cit., hlm. 39.

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 tenpa negosiasi dengan pihak lain. Persyaratan in 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.

2) Kategori 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 pihak 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:

a. Syarat-syarat janggal sehingga syarat-syarat baku tidak efektif;
b. Syarat-syarat ”itu janggal” menurut isinya;
c. Syarat-syarat ”itu janggal” menurut bahasa dan penyajiannya;
d. 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 terhadapp 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 meliki 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 mengharapkan 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 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 para sifat ”janggal” dari syarat itu untuk

menentang pemberlakuannya, tetapi karena pihak tersebut telah secara tegas menerima syarat tersebut.

3). 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 khsusu menegosiasi dan menyetujui ketentuan-ketentuan tertentu dari kontrak mereka. Ketentuan-ketentuan tesebut 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 ekslufif 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.

4). Knock Out Doctrine

Seringkali dalam transaksi komersial baik pihak yang menawarkan ketika mengajukan penawaran, maupun pihak yang ditawari 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 ditawari, 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 ditawari 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 penuntupan 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 substanasinya sudah biasa. Tetapi salah satu pihak selalu dapat mengenyampingkan 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.

h. 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.

i. 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-dispatitas 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: 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 Sifat dan tujuan dari kontrak.

j. 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 astu 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: keadaan dari kasus yang dihadapi; sifat kekurangan syarat kontrak yang merupakan pokok obyek negosiasi lebih lanjut antara para pihak; pembenaran untuk menafsirkan syarat itu yang melawan pihak pembuat klausula baku tersebut.

k. 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-Peformance*). 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: Sifat mengikat dari kontrak sebagai aturan umum; dan 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 Geschaftsgrundlage", "imprevision,""eccessiva onerosita sopravenuta",* 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*).

l. 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 permaaf dari wan-prestasi karena keadaan memaksa. Pasal 7.1.7 mengatur keadaan memaksa dengan menyatakan:

1) Wanprestasi 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
2) 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
3) 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

Pasal ini tidak mencegah satu pihak menggunakan haknya mengakhiri kontrak atau menahan pelaksanaan kontrak atau meminta pembayaran bunga atas uang yang telah jatuh tempo.

F. Pengaturan Cyber Law dan E-Commerce di Indonesia

Pemanfaatan Teknologi Informasi, media, dan komunikasi telah mengubah baik perilaku masyarakat maupun peradaban

manusia secara global. Perkembangan teknologi informasi dan komunikasi menyebabkan perubahan sosial, ekonomi, dan budaya secara signifikan berlangsung demikian cepat. Seiring dengan perkembangan teknologi internet, menyebabkan munculnya kejahatan yang disebut dengan *Cyber Crime* atau kejahatan melalui jaringan Internet. Munculnya beberapa kasus *Cyber Crime* di Indonesia, seperti pencurian kartu kredit, *hacking* beberapa situs, menyadap transmisi data orang lain, misalnya *e-mail*, dan memanipulasi data dengan cara menyiapkan perintah yang tidak dikehendaki ke dalam programmer komputer. *Cyber Law,*[575] adalah aspek hukum yang istilahnya berasal dari *Cyberspace Law*, yang ruang lingkupnya meliputi setiap aspek yang berhubungan dengan orang perorangan atau subyek hukum yang menggunakan dan memanfaatkan teknologi internet/elektronik yang dimulai pada saat mulai "*online*" dan memasuki dunia *cyber* atau maya. Pada negara yang telah maju dalam penggunaan internet/elektronik sebagai alat untuk memfasilitasi setiap aspek kehidupan mereka, perkembangan hukum dunia maya sudah sangat maju. *Ruang lingkup Cyber Law dalam beberapa hal diantaranya: Copyright (hak cipta), Trademark (hak merek), Defamation (pencemaran nama baik), Hate Speech (penistaan, penghinaan, fitnah), Hacking, Viruses, Illegal Access, (penyerangan terhadap komputer lain), Regulation Internet Resource (pengaturan sumber daya internet), Privacy (kenyamanan pribadi), Duty Care (kehati-hatian), Criminal Liability (kejahatan*

575 Dikdik M. Arief Mansur and Elisatris Gultom, Cyber Law, Aspek Hukum Tekhnologi Informasi, Penerbit: Bandung, Refika Aditama, 2005. ISBN/ISSN: 979-3304-34-0. Hal. 12.

menggunakan IT), Procedural Issues (yuridiksi, pembuktian, penyelidikan, dan lain-lain.), Electronic Contract (transaksi elektronik), Pornography, Robbery (pencurian lewat internet), Consumer Protection (perlindungan konsumen), dan E-Commerce, E-Government (pemanfaatan internet dalam keseharian). Cyber Law sangat dibutuhkan, kaitannya dengan upaya pencegahan tindak pidana, maupun penanganan tindak pidana. Cyber Law akan menjadi dasar hukum dalam proses penegakan hukum terhadap kejahatan-kejahatan dengan sarana elektronik dan komputer, termasuk kejahatan pencucian uang dan kejahatan terorisme. Dengan kata lain, Cyber Law diperlukan untuk menanggulangi kejahatan Cyber.

Asosiasi Kartu Kredit Indonesia (AKKI) dan Asosiasi E-Commerce Indonesia (idEA), bersama-sama berkomitmen untuk terus bekerja sama dalam mendorong pertumbuhan *e-commerce* di Indonesia. Sejumlah studi menunjukkan betapa gaya hidup digital telah terakselerasi dengan cepat akibat pandemi yang terus berlangsung secara global ini, tidak terkecuali dalam hal berbelanja. Kebutuhan masyarakat yang semakin melek digital untuk bertransaksi dengan aman dan nyaman telah meningkatkan volume transaksi di *marketplace* Indonesia. Di tengah pandemi, bisnis *e-commerce* bahkan diproyeksi tumbuh 33,2% dari 2020 yang mencapai Rp 253 triliun menjadi Rp 337 triliun pada tahun 2021 ini. Pertumbuhan belanja konsumen di *marketplace* antara lain bisa dipacu dengan kemudahan saat membayar. Konsumen pengguna kartu kredit dan debit saat ini semakin diuntungkan saat berbelanja di *marketplace* seperti Bukalapak, Blibli, JD.ID, Lazada, Shopee, dan Tokopedia, karena membayar dengan kartu kredit maupun debit tidak dikenakan *surcharge*, khususnya bagi pembayaran

penuh atau bukan cicilan. *Surcharge* adalah biaya layanan atas transaksi kartu kredit/debit yang dikenakan kepada konsumen saat menyelesaikan pembayaran, dan dapat ditemui di sejumlah toko atau *merchant* baik toko fisik maupun dalam jaringan (daring)/ *online*. Biaya layanan yang dikenakan atas transaksi kartu kredit biasanya bervariasi dari nilai tetap sampai dengan persentase harga barang. Hal ini hanya terjadi di beberapa toko tertentu saja. Tidak semua *merchant* di toko fisik maupun *online* memberlakukan biaya layanan atas transaksi kartu kredit. [576]

Steve Marta,[577] menyatakan:

> "AKKI menyambut baik dihapusnya biaya layanan, baik atas transaksi kartu kredit maupun debit oleh para pemain besar di sektor *marketplace*. Selain ini sejalan dengan ketentuan dari Bank Indonesia yang melarang adanya biaya layanan pada transaksi belanja dengan kartu kredit, penghapusan biaya layanan ini juga kami harapkan dapat semakin menggairahkan minat belanja masyarakat." "Penggunaan kartu kredit terus diminati karena kepraktisannya dan bisa menjadi kartu penyelamat di saat darurat seperti misalnya saat perlu membeli obat-obatan atau mendapat perawatan medis di kala kita kesulitan dengan uang tunai. AKKI juga melihat kartu kredit, utamanya yang

576 Jaja Suteja/JAS, Bima Laga, **AKKI dan idEA Dukung Inisiatif Dorong Pertumbuhan *E-Commerce* Indonesia, Jakarta, Beritasatu.com** – Jumat, 5 November 2021.

577 Steve Marta , Direktur Eksekutif AKKI, **AKKI dan idEA Dukung Inisiatif Dorong Pertumbuhan *E-Commerce* Indonesia, Jakarta, Beritasatu.com** – Jumat, 5 November 2021.

berteknologi *contactless*, saling melengkapi dengan metode pembayaran digital lainnya yang mengedepankan keamanan, kenyamanan, dan kecepatan di masa sekarang ini."

Bima Laga,[578] berpendapat:

"Akselerasi gaya hidup digital telah mengubah lanskap perekonomian global, termasuk di Indonesia. Digitalisasi dari hulu ke hilir, baik industri dan perdagangan, mau tidak mau mendorong pelaku bisnis turut bertransformasi." "Kami melihat penghapusan biaya layanan transaksi pembayaran kartu kredit oleh para pelaku *e-commerce* di Indonesia menjadi angin segar untuk menumbuhkan minat dan kepercayaan konsumen dalam melakukan transaksi *online*."

Sebuah survei dari YouGov menyatakan, kondisi *new normal* telah mendorong banyak konsumen Indonesia untuk semakin mempertimbangkan platform *e-commerce* sebagai sarana ideal untuk membayar kebutuhan mereka. Menurut survei tersebut, tiga produk dan layanan terpopuler yang dibeli di platform *e-commerce* selama tiga bulan terakhir sampai periode survei adalah *top-up* dan pembayaran tagihan (49%), belanja ritel (45%), dan pemesanan makanan (34%). Pengiriman gratis (69%)

578 Bima Laga, Ketua Umum idEA, **AKKI dan idEA Dukung Inisiatif Dorong Pertumbuhan *E-Commerce* Indonesia, Jakarta, Beritasatu.com** – Jumat, 5 November 2021.

dan voucer diskon (64%) adalah fitur penawaran *e-commerce* yang paling dicari konsumen saat melakukan pembelian.

Terkait dengan permasalahan tersebut diatas, akhir-akhir ini juga telah bermunculan berbagai commercial website dan berbagai portal di Internet di Indonesia yang menawrkan berbagai barang dan jasa kepada masyarakat atau para konsumen. Indonesia sampai sekarang bukan saja belum memiliki undang-undang tentang Internet yang antara lain mengatur transaksi-transaksi e-commerce, bahkan rancangan undang-undangnya pun belum dimulai pembuatannya. Sementara itu negara-negara tetangga kita telah memilki undang-undang tersebut. Apabila Indonesia tidak segera berupaya untuk menyususn undang-undang tersebut dan sementara itu transaksi e-commerce yang dilakukan oleh orang-orang Indonesia dengan toko-toko Internet atau toko-toko maya (virtual stores) makin marak, maka dikhawatikan sekali keamanan bagi para konsumen. Oleh karena itu seyogianya Pemerinatah secepat mungkin mengambil langkah-langkah kearah penyusunan RUU tentang e-commerce undang-undang yang disebut Cyberlaw. Berkenaan dengan penjelasan-penjelasan tersebut diatas, terutama mengenai hukum yang diberlakukan bagi para pihak yang bertransaksi melalui Internet, menurut hemat penulis perlu dilakukan harmonisasi atau unifikasi hukum Internet diantara negara-negara di dunia yang diberlakukan bagi transaksi-transaksi yang dilakukan di dunia maya dengan membuat konvensi internasional. Dengan adanya harmonisasi atau unifikasi hukum tersebut, maka tidak perlu lagi timbul keraguan atau ketidakpastian mengenai hukum negara mana yang diberlakukan dan di pengadilan negara mana gugatan tersebut harus diajukan

apabila timbul sengketa antara para pihak yang melakukan suatu transaksi e-commerce.

Usaha kearah tersebut telah dirintis oleh United Nationa Commision on International Trade Law (UNCITRAL), yaitu suatu Komisi dibawah PBB. Komisi tersebut telah membuat UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, sebagaimana model tersebut telah disetujui berdasarkan General Assembly Resolution No. 51/162 tanggal 16 tanggal 16 Desember 1996. Model tersebut kemudian telah ditambah dengan dimasukkannya Article 5 BIS pada tahun 1998. UNCITRAL Model itu telah menjadi dasar pembuatan undang-undang *e-commerce* atau *cyber law* dari banyak negara, antara lain *Electronic Transaction Act of Singapore* dan undang-undang sejenis dari Malaysia. *Cyber Law* penting diberlakukan sebagai hukum di Indonesia. Hal tersebut disebabkan oleh perkembangan zaman. Menurut pihak yang pro terhadap *Cyber Law*, sudah saatnya Indonesia memiliki *Cyber Law*, mengingat hukum-hukum tradisional tidak mampu mengantisipasi perkembangan dunia maya yang pesat.

Kejahatan *cyber* adalah kasus yang dialami oleh Wakil Ketua MPR periode 2009-2014 Lukman Hakim Saifuddin, di mana *e-mail* beliau dibajak oleh seseorang untuk mendapatkan kepentingan dengan sejumlah uang dengan mengirimkan surat kepada kontak-kontak yang ada di *e-mail* miliknya. Lukman Hakim Saifuddin memiliki hak sebagaimana diatur dalam Pasal 26 ayat (2) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik jo. Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (”**UU ITE**”) yang mengatakan bahwa ”setiap orang yang dilanggar haknya

sebagaimana yang dimaksud pada ayat (1) dapat mengajukan gugatan atas kerugian yang ditimbulkan berdasarkan Undang-Undang ini." Berhak untuk mengajukan gugatan yang berdasarkan pada Pasal 28 ayat (1) UU ITE yang berbunyi, "setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan berita bohong dan menyesatkan yang mengakibatkan kerugian konsumen dalam Transaksi Elektronik", di mana hal tersebut merupakan perbuatan yang dilarang. Pelaku dapat dikenakan pidana sesuai ketentuan Pasal 45A UU ITE yang berbunyi, "Setiap Orang yang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan berita bohong dan menyesatkan yang mengakibatkan kerugian konsumen dalam Transaksi Elektronik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)." Pelaku kejahatan dunia maya yang membajak *e-mail* beliau juga dapat diterapkan dengan pelanggaran Pasal 378 KUHP tentang penipuan yang berbunyi:

> "Barang siapa dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum dengan memakai nama palsu atau martabat (hoendanigheid) palsu, dengan tipu muslihat, ataupun rangkaian kebohongan, mengerakkan orang lain untuk menyerahkan barang sesuatu kepadanya, atau supaya memberi utang maupun menghapuskan piutang, diancam karena penipuan, dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun."

Perkembangan teknologi informasi dan komunikasi telah melahirkan rezim baru yang disebut dengan hukum siber (Cyber Law). Cyber law adalah hukum yang digunakan dalam cyber space

(dunia siber), yang pada umumnya diasosiasikan dengan internet. Dasar atau pondasi dari hukum dibanyak negara adalah ”ruang dan waktu”. Sementara, jaringan komputer dan jaringan komunikasi yang terhubung melalui internet mendobrak batas ruang dan waktu ini, hal ini menjadikan Cyber Law sangat penting. BSSN pun menyadari bahwa saat ini Indonesia belum memiliki regulasi yang komprehensif mengenai hukum siber, dan belum menetapkan Strategi Keamanan Siber Nasional. Belum ada yang mengatur mengenai tata kelola siber di level undang-undang, sedangkan aktivitas dan kejahatan di dunia siber semakin kompleks. BSSN berharap agar pengesahan RUU Keamanan dan Ketahanan Siber yang telah diparipurnakan pembahasannya oleh DPR RI dan telah di serahkan kepada Pemerintah dapat segera terwujud.[579]

Sehubungan dengan keberadaan Pengaturan tentang E-Commerce di Indonesia, Perkembangannya di Indonesia hingga kini cukup pesat, selain mempermudah kegiatan baik Barang maupun Jasa. Dalam proses E-Commerce, Pelaku usaha baik individu maupun badan usaha memanfaatkan peluang E-Commerce dalam melaksanakan operasional baik barang maupun jasa, tujuannya untuk lebih Efektif dan Efisien. Konsumen pun sekarang

579 Irjen Pol. Drs. Dharma Pongrekun, M.M., M.H., Wakil Kepala Badan Siber dan Sandi Negara, mewakili Kepala Badan Siber dan Sandi Negara, membuka acara Cyber Law International Course, bertempat di Hotel Borobudur Senin 27 Juli 2019. Cyber Law International Course merupakan kegiatan capacity building sebagai salah satu bentuk tindak lanjut kerja sama dari Letter of Intent (LoI) antara Badan Siber dan Sandi Negara dengan Kementrian Luar Negri Kerajaan Belanda tentang peningkatan kerja sama bilateral di ranah siber. Acara ini juga dihadiri Wakil Duta Besar Kerajaan Belanda untuk Indonesia Mr. Ferdinand Lahnstein, Pejabat BSSN, Kepala Pusat Pertahanan Siber dan expert dari Cyber Law International Course yang menjadi narasumber kegiatan.

memanfaatkan E-Commerce dengan alasan lebih menghemat waktu dan mempermudah segala bentuk apapun yang konsumen yang inginkan.Pemerintah dalam hal ini pun tidak mau ketinggalan, dengan beberapa pengaturan pun sudah dibuat bahkan sebelum perkembangan E-Commerce berkembang pesat di Indonesia. Pemerintah membuat peraturan tentang E-Commerce dalam rangka melindungi kepentingan Setiap Warga Indonesia, adapun baik Pelaku Usaha maupun Konsumen. Adapun beberapa pengaturan tentang E-Commerce, adalah sebagai berikut:

1. Undang-undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan transaksi Elektronik. Dari pelaksanaanya tersebut dikeluarkan juga Peraturan Pemerintah yaitu Peraturan Pemerintah Nomor 82 tahun 2012 tentang penyelenggaraan sistem dan transaksi elektronik.
2. Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan praktek Monopoli dan Persaingan usaha sehat.
3. Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 2014 Tentang Daftar Bidang Usaha yang tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal
4. Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen
5. Undang-undang Nomor 7 Tahun 2014 Tentang Perdagangan
6. Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/26 PBI tahun 2016 tentang Kegiatan Usaha Pengiriman Uang
7. Peraturan Bank Indonesia Nomor 14/2/PBI/2012 tentang Penyelenggaraan Kegiatan Alat Pembayaran Dengan Menggunakan Kartu;
8. Peraturan Bank Indonesia Nomor 14/23/PBI/2012 tentang Transfer Dana

9. Peraturan Bank Indonesia Nomor 16/8/PBI/2014 tentang Perubahan atas peraturan Bank Indonesia Nomor 11/12/PBI/2009 Tentang Uang Elektronik.
10. Peraturan OJK Nomor 1 /POJK.07/2013 tentang Perlindungan Konsumen Sektor Jasa Keuangan.
11. Dan lain-lain.

Dari beberapa Peraturan tersebut dapat disimpulkan bahwa Pemerintah sangat berperan aktif dalam perkembangan Industri E-Commerce di Indonesia. Dalam kaitannya dengan kebebasan berkontrak sebagaimana diuraikan pada bab-bab terdahulu diatas, dapat dikemukakan bahwa: doktrin mendasar yang melekat pada kebebasan berkontrak adalah bahwa kontrak itu dilahirkan *ex nihilo,* yakni kontrak sebagai perwujudan kebebasan kehendak (free will) para pihak yang membuat kontrak *(contractors)*. Kontrak secara eksklusif merupakan kehendak bebas para pihak yang membuat kontrak. Melalui postulat bahwa kontrak secara keseluruhan menciptakan kewajiban baru dan kewajiban yang demikian secara eksklusif ditentukan oleh kehendak para pihak, kebebasan berkontrak telah memutuskan hubungan antara kebiasaan dan kewajibankewajiban kontraktual. Kebebasan berkontrak membolehkan kesepakatan (perdata) untuk mengesampingkan kewajiban-kewajiban berdasarkan kebiasaan yang telah ada sebelumnya. [580]

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

Premis sentral teori hukum kontrak klasik pada abad kesembilanbelas, adalah kebebasan berkontrak. Kebebasan otonomi individu to be able to make bargains as they saw fit (dengan sedikit mungkin intervensi dari negara) betul-betul menempatkan pembentukan kontrak ex nihilo pada kehendak mereka. Menurut pandangan teori klasik kontrak ini, para pihak yang membuat kontrak ini adalah equal, para pihak juga memiliki kemampuan menentukan fair bargain di antara mereka. Pandangan ini selaras dengan bahwa kontrak merupakan produk yang dibuat para pihak (dengan kebebasan untuk menentukan) dan juga sesuai semangat pasar bebas dan persaingan bebas. Konsep utama pemikiran hukum kontrak pada kesembilanbelas itu adalah dihubungkannya otonomi kehendak yang luas dengan ide kebebasan berkontrak yang tidak terbatas. Kontrak berdasarkan konsensus sebenarnya tidak murni produk kontrak abad delapanbelas dan sembilan belas, karena jauh sebelumnya hukum Romawi sudah mengenal kontrak atas dasar konsensus, hanya saja tidak berlaku umum dan hanya berlaku dalam ruang lingkup yang sangat terbatas. Gaius mengklasifikasikan kontrak dalam hukum Romawi menjadi empat bentuk: *Verbis; Litteris; Re; Consensu*.[581]

Kontrak yang didasarkan pada konsensus (contractus ex consensu) dalam evolusi hukum Romawi berkembang belakangan.

---

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

Ia mulai dibangun dan dikembangkan pada abad pertama sebelum masehi. Menurut Alan Watson dikenalkannya kontrak berdasar konsensus tersebut merupakan penemuan terbesar dalam hukum Romawi. Kontrak yang didasarkan pada konsensus itu sendiri mencakup empat macam kontrak, yakni: jual beli *(emptio vendito)*; sewa-menyewa *(locatio conductio)*; persekutuan perdata (societas); dan membebankan perintah atau kewenangan kepada orang lain (mandatum). Keempat jenis kontrak itu merupakan kontrak yang lazim pada saat itu. Kontrakkontrak tersebut semata-mata lahir dari konsensus tanpa harus mengikuti bentuk tertentu atau tindakan fisik tertentu yang disyaratkan kontrak rill. Keempat jenis kontrak konsensual di atas itulah yang sebenarnya menjadi dasar generalisasi hukum kontrak modern.[582]

582 Reinhard Zimmermann, "Roman-Dutch Jurisprudence and it's Contribution to European Private Law", Tulane Law Review, Vol. 66, 1992, hlm. 1690.

DAFTAR PUSTAKA

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

Ainul Yaqin, Akibat Hukum Wanprestasi Dalam Jual Beli Online Menurut Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik, Dinamika: Jurnal Ilmiah Ilmu Hukum, Vol. 25. No. 26 (2019).

Ahmad M. Ramli, Cyber Law dan HAKI dalam Sistem Hukum Indonesia, Bandung: Refika Aditama, 2010.

Black Law Dictionary, Eight Edition, West Publishing Co., 2004.

Badrulzaman, Mariam Darus. *Aneka Hukum Bisnis,* Bandung: Alumni, 1994.

Baumer, David dan J.C. Poindexter, *Cyberlaw & E-Commerce,* Boston: McGraw Hill-Irwin, 2002.

Chandra Ahmadi dan Dadang Hermawan, E-Business & E-Commerce, Yogyakarta: Andi, 2013.

Gunawan Wijaya, *Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2002.

Frans Hendra Winarta, *Hukum Penyelesaian Sengketa,* Jakarta, 2012: Sinar Grafika.

Frans Hendra WInarta, "Hukum Penyelesaian Sengketa-Arbitrase Nasional Indonesia & Internasional", Jakarta: Sinar Grafika Offset:2011.

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.

Himawan Edhy Subiantoro, "Menyoroti Peran LAPSPI dalam Penyelesaian Sengketa Perbankan; Penyelesaian sengketa yang murah dan cepat menjadi kelebihan LAPSPI", Dalam Mochamad Januar Rizki, SiPokrol, Jakarta, Selasa, 30 April 2019.

I Putu Agus Eka Pratama, E-Commerce, E-Business dan Mobile Commerce, Bandung: Informatika Bandung, 2015.

J. Satrio, Hukum Perjanjian, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1992.

Jacqueline M. Nolan-Haley, "Alternative Dispute Resolution", West Publishing Company, 1991, hlm 1-2 sebagaimana dikutip oleh Marwah Diah M. "Prinsip dan Bentuk-Bentuk Alternatif Penyelesaian Sengketa Di Luar Pengadilan", Hukum Dan Dinamika Masyarakat 5.2 (2016).

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.

Marianus Gaharpung dalam Celina Tri Siwi Kristiyanti, *Hukum Perlindungan Konsumen*, Jakarta: Sinar Grafika, 2016.

Muhammad Djumhana. 2012. Hukum Perbankan di Indonesia. Bandung: PT Citra Aditya Bakti.

Munir Fuady, "Arbitrase Nasional (Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis)", Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm. 12 sebagaimana dikutip oleh Talib, Idris. "Bentuk Putusan Penyelesaian Sengketa Berdasarkan Mediasi." Lex Et Societatis 1.1 (2013).

Nieuwenhus dalam Abdul Halim Barkatullah dan Teguh Prasetyo, Bisnis E-Commerce: Studi Sistem Keamanan dan Hukum di Indonesia, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006.

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. Tjiptosudibyo, *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 Badrulzaman), Lex Mercatoria, merupakan hukum yang seragam atau hukum yang harmonis yang berlaku untuk setiap negara*, Bandung: P.T. Citra Aditya Bakti, 2002.

------. *Beberapa Tinjaun Tentang Permasalahan Hukum (Buku Kesatu),* Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997.

Setiawan, *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.

Badrulzaman, Mariam Darus. *Perjanjian Kredit Bank,* Bandung: Citra Aditya Bakti, 1991.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgelijk Wet Boek* (BW)

Indonesia, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1994 Tentang Ratifikasi Perdagangan Bebas

Indonesia, Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008 Tentang Tatacara Mediasi di Pengadilan

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana yang telah diubah oleh Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan.

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

Undang-undang Nomor 24 Tahun 2004 tentang Lembaga Penjamin Simpanan sebagaimana yang telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2004 tentang Lembaga Penjamin Simpanan yang telah ditetapkan sebagai undang-undang melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2009.

Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

Peraturan OJK (POJK) No. 25/POJK.03/2015 Tahun 2015 tentang Penyampaian Informasi Nasabah Asing Terkait Perpajakan Kepada Negara Mitra atau Yurisdiksi Mitra.

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.

Muryati, Dewi Tuti, and B. Rini Heryanti. "Pengaturan dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa Nonlitigasi di Bidang Perdagangan." Jurnal Dinamika Sosbud 3, No. 1 (2011).

Mila Nila Kusuma Dewi, *Penyelesaian Sengketa Dalam Perjanjian Jual Beli Secara Online,* Jurnal Cahaya Keadilan . Vol 5. No. 2 (2017).

Pardede, Marulak, "Aspek Hukum Pertanggungjawaban Hukum Pidana Terhadap Korporasi Sebagai Pelaku Korupsi Dalam Perpajakan", Diterbitkan dalam Jurnal Penelitian Hukum DE JURE, Volume 20, Nomor 3 September 2020.

Pardede, Marulak, "Aspek Hukum Menguasai Atas Tanah Oleh Negara", Diterbitkan Dalam Jurnal Penelitian Hukum DE JURE, Volume 19, Nomor 4 Desember 2019.

Pardede, Marulak, "Arti Penting Pengaturan Keuangan Negara dalam Sistem Hukum Nasional", diterbitkan dalam: Jurnal Penelitian Hukum DE JURE, Akreditasi LIPI No.511/akred/P2MI-LIPI/04/2013/Volume 15 No.3, September 2013.

Pardede, Marulak, *"Legitimasi Pemilihan Kepala Daerah/Wakil Kepala Daerah"*, diterbitkan: di Majalah Hukum Nasional, BPHN, No.1, Tahun 2015.

Pardede, Marulak, "Aspek Hukum Kontrak Karya Dalam Pertambangan", Diterbitkan dalam Jurnal Penelitian Hukum DE JURE, Volume 18, Nomor 2 Juni 2018.

Pardede, Marulak, *"Grand Design Reformasi Penelitian Hukum Kementerian Hukum dan HAM,"* diterbitkan dalam Jurnal Penelitian Hukum DE JURE, IPHI, Akreditasi LIPI No. 740/AU/P2MI-LIPI/04/2016, Volume 16, Nomor 2 juni 2016.

Prasetyo, Rudy. "Perbedaan Antara Kontrak Standar dan Kontrak Baku", Makalah disampaikan pada Program S-2 UNDIP, Semarang: 1995.

Rizka Syafriana, Perlindungan Konsumen dalam Transaksi Elektronik, Jurnal: De Lega Lata, Volume I, Nomor 2, Juli – Desember 2016.

Rachmadi Usman, S.H., M.H.: *Mediasi di Pengadilan*, 2012. *Mediasi di Pengadilan*. Jakarta, 2012:Sinar Grafika.

Ros Angesti Anas Kapindha, Salvatia Dwi M, and Winda Rizky Febrina: "Efektivitas dan Efisiensi Alternative Dispute Resolution (ADR) Sebagai Salah Satu Penyelesaian Sengketa Bisnis Di Indonesia", Privat Law 1 2, No. 4 (2014).

Siswanto Sunarso, Hukum Informasi dan Transaksi Elektronik: studi kasus Prita Mulyasari, Jakarta: Rineka Cipta, 2009.

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.

Tri Jata Ayu Pramesti, S.H., Litigasi dan Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan. Bisnis & Investasi, Si Pokrol. Artikel pemutakhiran dari artikel dengan judul sama, pertama kali dipublikasikan pada, Jakarta, Kamis, 28 November 2013.

Yudha Sri Wulandari, Perlindungan Hukum bagi Konsumen terhadap Transaksi Jual Beli E-Commerce AJUDIKASI: Jurnal Ilmu Hukum, Vol. 2 No. 2. Desember 2018.

DATA ELEKTRONIK/INTERNET:

Kompas.com,Transaksi Belanja Online Meningkat, Mendag Minta UMKM Masuk ke Market Digital 01/09/2020, 16:24 WIB

Klinik hukumonline.com.

http://id.wikipedia.org/wiki/Badan_Arbitrase_Nasional_Indonesia

http://maspurba.wordpress.com/2008/05/10/penyelesaian-sengketa-bisnis-melalui-arbitrase-internasional/

https://suwarnatha.files.wordpress.com/2012/05/permohonan-pembatalan-putusan-arbitrase.pdf

Bisnis.com, JAKARTA - Otoritas Jasa Keuangan (OJK) telah membentuk sekretariat bersama bagi enam lembaga keuangan yang sebelumnya merupakan bagian dari Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa (LAPS). Reni Lestari - Bisnis.com25 *Desember 2018 | 16:08 WI*

http://hukum.kompasiana.com/2012/11/03/opsi-mediasi-sebagai-solusi-polemik-gadai-emas-syariah-505616.html

http://ekonomi.inilah.com/read/detail/1815934/bi-catat-510-kasus-sengketa-nasabah-bank#.UZRXTEpKaLE.

https://www.bpkn.go.id/posts/show/id/1649 di akses 24/09/2020: 16:22

https://finance.detik.com/berita-ekonomi-bisnis/d-4989911/tertipu-belanja-online-ngadunya-ke-mana diakses 25/09/2020 22:15

https://ekonomi.kompas.com/read/2018/01/19/171756726/toko-online-paling-banyak-diadukan-konsumen-ke-ylki-ini-daftarnya?page=all diakses 25/09/2020

https://www.bpkn.go.id/posts/show/id/1649 di akses 24/09/2020: 16:22

https:// infokomputer .grid.id/read/ 121999464/apa-itu-sistem-keamanan-one-time-password- otp diakses 26/09/2020

https://www.lenerp.com/news/mynews/istilah-marketplace-e-commerce-dan-jualan-online diakses 23/10/ 2020 15:52

https://www.dewaweb.com/blog/online-shop-marketplace-dan-e-commerce-apa-bedanya/ diakses 23/10/ 2020

https://www.progresstech.co.id/blog/pengertian-e-commerce/ diakses 23/10/2020 19:39

https://www.hsbc.co.id/1/PA_esf-ca-app-content/content/indonesia/personal/offers/news-and-life style/files/articles/html/201907/peluang-bisnis-2020-bisnis-ecommerce-akan-memasuki-tahun-emas.html. diakses 24/10/2020 11:20

https://doktorhukum.com/2019/07/24/perbedaan-perikatan-perjanjian-dan-kontrak/diakses 24/10/ 2020 12:25

https://libera.id/blogs/aspek-hukum-bisnis-ecommerce/ diakses 15/10/2020 15:49

https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/cl3520/batalnya-suatu-perjanjian/diakses 24/10/ 2020 14:54

https://libera.id/blogs/aspek-hukum-bisnis-ecommerce/ diakses 15/10/2020 15:49

GLOSARIUM

A

Asas Walfare State, Asas Negara Kesejahteraan = Istilah sosial dalam hal ini tidak dipakai dalam arti luas, seperti fungsi sosial, kepentingan umum, akan tetapi sosial dalam arti ekonomi. Dengan membedakan kepentingan perorangan dan kepentingan umum.

Asas equality before the law = Untuk meningkatkan peranan perbankan dalam pembangunan ekonomi nasional, perlindungan hukum terhadap masyarakat hendaknya mengandung nilai keadilan sebagaimana terkandung dalam Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Nilai perlindungan mengandung nilai keadilan bagi seluruh rakyat, sebagai pencerminan.

Aanvullend, optional = Kebebasan untuk menentukan objek perjanjian; Kebebasan untuk menentukan syarat-syarat suatu perjanjian termasuk kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional.

Actio Paulina = KUHPerdata menyediakan satu sarana hukum khusus, sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 7341

KUHPerdata. 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 tersebut.

A*ksidentalia* = adalah sifat yang melekat pada suatu kontrak yang secara tegas diperjanjikan para pihak, seperti domisili para pihak.

As Is Where Is = Asas keterbukaan

Agreement d'adheson = Sunaryati Hartono mengingatkan makin lama makin perlu memperhatikan bidang kontrak baku sebab kepentingan masyarakat di bidang ekonomi merupakan faktor yang penting.

A place of special safety and probity, maka hubungan tersebut adalah suatu fiduciary = status bank yang unik dalam masyarakat.

Acknowledgement, dan *bill of lading* = pernyataan pengakuan hutang

Alternative Dispute Resolution = (ADR) atau Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Acte juridique, rechtsgeschaft, juristic act = konsep perbuatan hukum dalam kontrak yang dipersepsikan tidak hanya sebagai sebuah kesepakatan, tetapi juga sebagai sebuah perbuatan hukum.

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.

B

Bedrog = penipuan

Bijzondere omstandigheden = Keadaan isimewa seperti keadaan darurat, ketergantungan, ceroboh, jiwa yang kurang waras, dan tidak berpengalaman;

Bekwaamheid = Adanya kecakapan untuk mengadakan perikatan

Benoemde overeenkomst = perjanjian-perjanjian bernama maupun perjanjian yang diatur di luar BW, termasuk yang berkembang dalam praktik.

Benoemde overeenkomst = asas "kebebasan berkontrak"

Bodily/personal injury = perdagangan barang, belum memadai untuk mencegah atau menghindari serta melindungi konsumen yang menderita kerugian, baik kerugian berupa cacat atau kerusakan pada tubuh konsumen

Beschikkingson bevoegd = walaupun pihak yang menyerahkannya tidak berwenang. Hal ini diutarakan dalam pasal 1977 KUHPerdata.

Benoemde atau nominaatcontracten = perjanjian yang oleh undang-undang diberikan suatu nama khusus.

Blanket guarantee = program penjaminan pemerintah atas kewajiban pembayaran bank umum dan Bank Perkreditan Rakyat

Banking safety nets = jaring pengaman sistem perbankan dalam berbagai bentuk, seperti lembaga asuransi atau penyangga simpanan, *lender of last resort*, dan sistem pengaturan dan pengawasan sistem perbankan, termasuk mekanisme penanganan bank yang mengalami kegagalan (insolvensi).

Bedreiging = ancaman

Bedrog =penipuan

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 = kontrak adalah suatu tindakan yang dilakukan oleh dua atau lebih pihak dimana masing-masing pihak yang ada didalamnya dituntut untuk melakukan satu atau lebih prestasi.

C

Corrective justice atau *remedial justice* = keadilan yang memperbaiki "keadilan korektif".

Contractvrijheid, contracteer verijheid, atau *partij outonomis* atau *freedom of contract* = Kebebasan berkontrak dalam bahasa asing.

Confidentiality = Asas kerahasiaan

Causal verband = Hubungan Kausal yaitu hubungan sebab-akibat, yang satu merupakan sebab (faktor) dan yang lainnya merupakan akibatnya (fakta) dalam penyalahgunaan keadaan tersebut.

Contractual liability = sehingga konsumen hanya dapat menggugat berdasarkan wanprestasi

Contra proferentem = Prinsip kesepuluh dalam penafsiran kontrak baku yang hakikatnya menyatakan jika syarat kontrak yang diajukan salah satu pihak tidak jelas, penafsiran yang berlawanan harus didahulukan.96

Convention on the International Sale of Goods (CISG) = Konvensi Internasional tentang Perdagangan.

Contract-society = masyarakat industri sebagai masyarakat kontrak

Confidance or trust = Fiduciary relationship adalah suatu hubungan dimana pihak yang satu meletakkan kepercayaan kepada pihak lain sedemikian rupa sehingga pihak yang satu mengandalkan tindakan dan advis (nasehat) pihak yang lain dan dalam

melakukan hal yang demikian itu pihak yang bersangkutan berkemungkinan menderita kerugian.

Consep too big to fail = bank-bank yang volume usahanya sangat besar dan memiliki jaringan luas pada umumnya tidak akan dibiarkan gagal atau ditutup, karena dampaknya akan sangat besar terhadap sistem keuangan dan perekonomian nasional.

Checks and Balances = mampu saling mengendalikan, mengimbangi dan melakukan pengawasan satu sama lainnya

Commercial agreement = perjanjian komersial

Consultation = act of consulting or conferring; e.g. patient with doctor, client with lawyer. = Deliberation of persons on some subject." Prinsipnya konsultasi merupakan suatu tindakan yang bersifat personal antara suatu pihak tertentu, yang disebut dengan klien dengan pihak konsultan, memberikan pendapatnya kepada klien tersebut untuk memenuhi keperluan dan kebutuhan kliennya.

Consensus ad idem = doktrin menyatakan kehendak, *autonomy of the will.*

Communion zvills = kewajiban kontraktual dapat diciptakan oleh suatu kehendak suci suatu tindakan bersama.

Contra proferentem rule = jika syarat-syarat kontrak yang diajukan oleh salah astu pihak tidak jelas, maka penafsiran yang berlawanan dengan pihak tersebut harus didahulukan.

Code Civil dan Code du Commerce = Revolusi Perancis (1830-1850), bersemboyan kemerdekaan dan persamaan hak dan persaudaraan; serta unifikasi dan kodifikasi hukum dagang ke hukum pidana (*code pena)l.*

Code Civil dan Code du Commerce = Revolusi Perancis (1830-1850), bersemboyan kemerdekaan dan persamaan hak dan

persaudaraan; serta unifikasi dan kodifikasi hukum dagang ke hukum pidana (*code pena)l*.

D

Development law = Pembentukan sistem hukum nasional yang merupakan hukum pembangunan bukanlah sekadar keseluruhan dari kaidah hukum yang dibentuk setelah proklamasi kemerdekaan, akan tetapi harus memenuhi beberapa syarat, antara la in:berdasarkan pancasila dan UUD 1945; mengandung dan memupuk nilai sosial baru yang berikatan kenegaraan secara nasional; perubahan masyarakat agraris ke industrialistis modern; menjamin kontinuitas pembangunan dimasa mendatang; dengan memenuhi empat fungsi, yaitu:sebagai pemelihara ketertiban dan keamanan, sarana pembangunan, sarana penegak keadilan dan sarana pendidikan masyarakat.

Due process of law = diartikan segala tindakan negara harus berdasar atas hukum dan tidak ada suatu tindakan apa pun yang tidak memiliki dasar hukum.

Distributive justice = keadilan itu terdiri dari keadilan yang membagi "keadilan distributif".

Dwaling = kekhilafan

Dwang = paksaan

Dont put all your eggs in one basket = *D*alam pemberian kredit, bank pada hakikatnya harus menganut asas "mengambil risiko sekecil mungkin". Asas yang terkandung di dalam pepatah orang Inggris, harus diperhatikan dalam pemberian kredit.

Dwaling = kekilafan atau kesesatan

Dwaling = kekhilafan

Dwang = paksaan

Dont put all your eggs in one basket = *D*alam pemberian kredit, bank pada hakikatnya harus menganut asas ”mengambil risiko sekecil mungkin”. Asas yang terkandung di dalam pepatah orang Inggris, harus diperhatikan dalam pemberian kredit.

Dwaling = kekilafan atau kesesatan

E

Economic Law = Hukum Ekonomi Pembangunan Indonesia, bidang hukum ekonomi Indonesia dewasa ini masih menjadi perdebatan dikalangan para sarjana hukum di Indonesia.

Esentialia = bagian inti yang disebut dan Syarat-syarat sahnya suatu kontrak menurut pasal 1320 KUH Perdata.

Equality before the law = Asas persamaan dalam hukum

Express warranty = sistem tanggung jawab produk Amerika Serikat dikenal dua jenis janji yang berkaitan dengan produk, yaitu janji yang dinyatakan dengan tegas dan janji yang tidak dinyatakan secara tegas *(implied warranty).*

Een bepaal onder-werp = Mengenai suatu objek tertentu.

Exoneratie clausule = 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” terutama dalam perjanjian baku.

Equlity before the law = Kebebasan berkontrak terkait dengan asas hukum, kewajiban, dan kedudukan yang sama di depan hukum yang dalam hukum barat dikaitkan secara erat dengan hak asasi manusia.

Early Warning System/Supervisory Monitoring System = Pembinaan Sistem Perbankan Nasioanal

Early Warning System atau Bank Indonesia Supervisory Monitoring System = sistem deteksi dini sebagai sarana dalam rangka *off-site monitoring*.

Exoneration clause atau *exemption clause* = Ketentuan ini di dalam kontrak standar yang pada umumnya sangat memberatkan atau bahkan cenderung merugikan konsumen.

Event of default = Perjanjian baku ini di samping memuat aturan-aturan yang umumnya biasa tercantum dalam sesuatu perjanjian, memuat pula persyaratan-persyaratan khusus, baik berkenaan dengan pelaksanaan perjanjian, menyangkut hal-hal tertentu dan/atau berakhirnya perjanjian

Event of default = Dalam bentuk suatu perjanjian tertentu, perjanjian baku memang merupakan suatu perjanjian, dalam bentuk formulir dengan materi (syarat-syarat) tertentu. Misalnya memuat ketentuan tentang syarat berlakunya kontrak baku, syarat-syarat berakhirnya syarat tentang resiko teetentu, hal-hal tertentu yang tidak ditanggung dan atau berbgai persyaratan lain yang pada umumnya menyimpang dari ketentuan yang umum berlaku.

Event of Default = pembatalan perjanjian dalam hal terjadinya syarat batal harus dimintakan kepada hakim dan tidak dapat dilakukan secara sepihak oleh bank.

*E*xternal dispute resolution = penyelesaian sengketa melalui lembaga di luar pengadilan apabila tidak mencapai kesepakatan.

Ensuring = mengajarkan bagaimana cara membuat keputusan itu dengan baik melalui instruksi langsung maupun melalui

jaminan dimana mereka menerima gagasan yang pantas apakah keputusan yang mereka buat itu salah atau benar.

Excuses = Untuk tujuan meletakkan prinsip-prinsip, konsep ”wan-prestasi” mencakup ”wanPrestasi” yang tidak dimanfaatkan (*non-exused*) an yang dimaafkan .

F

Factory Laws = gerakan untuk memprotes ketidakadilan tersebut, dan perjuangan mereka menghasilkan yang merupakan bentuk pertama campur tangan pemerintah dalam perekonomian sesudah Adam Smith.

Forward Looking = Hukum dalam pembangunan berencana, harus berorientasi ke masa depan Hukum harus ebagai sarana pendidikan dan prasarana mental untuk memungkinkan terjadinya pembangunan dengan tertib dan teratur, tanpa menghilangkan bahkan dengan menjunjung tinggi martabat kemanusiaan dari anggota masyatakat.

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.

Father of welfare states = *A*ksi-aksi pemerintah harus selalu diarahkan untuk meningkatkan kebahagian sebanyak mungkin orang. Gagasan reformasi hukum, peranan konstitusi dan karya tulis sosial bagi pengembangan kebijakan sosial membuat dia dikenal sebagai ”bapak negara kesejahteraan”

Fairness = Asas kepatutan/kewajaran

Fiduciary relationship = Asas kepercayaan

Fiduciary relationship = timbul diantara pemberi pinjaman dan (para) penerima pinjaman dan (para) penjamin.

Fiduciary relationship = asas kepercayaan bagi hubungan antara bank dan nasabah penyimpan dana, juga berlakunya asas kehati-hatian *(prudential banking principles).*

Financial intermediary = di Indonesia lembaga perbankan juga merupakan lembaga keuangan yang paling utama dan paling penting sebagai perantara keuangan yang berfungsi sebagai penghimpun dan penyalur dana masyarakat, pelaksana kebijakan moneter dan penyelenggara sistem pembayaran.

Fair and reasonable = pada satu sisi serta penghematan waktu, tenaga dan biaya melakukan negosiasi, maka perjanjian yang dibuat dalam bentuk baku dianggap

Fictie van vil en vertrouwen = teori fiksi tentang kemauan dan kepercayaan

Free market economies = dikaitkan dengan individualisme ekonomi pasar bebas yang didasarkan pada administrasi.

Frustation of purpose,Wegfall der Geschaftsgrundlage, Imprevision,eccessiva onerosita sopravenuta = Phenomena kesulitan telah diketahui dalam berbagai sistem hukum dengan menggunakan istilah-istilah lain tetapi maksudnya sama, 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*).

G

Good Faith = Asas itikad baik

General necessity principles = Asas Kepentingan Umum

Geoorloof de-oorzaak = Mengenai kausa yang diperbolehkan

Gross disparity = pembatalan kontrak apabila ada kesalahan baik mengenai fakta maupun mengenai hukum yang diberikan kesempatan perbaikan kesalahan sebelum dinyatakan wanprestasi, penipuan, dan ancaman, seta perbedaan besar

Gross disparity = pembatalan kontrak apabila terjadi perbedaan mencolok yang memberikan keuntungan berlebihan secara tidak sah kepada salah satu pihak.96

G*ood governance* = diartikan sebagai pelayanan publik yang efisien, sistem pengadilan yang dapat diandalkan, pemerintahan yang bertanggungjawab *(accountable)* pada publiknya".

Geoorloofde Oorzaak = suatu eksonerasi yang sendirinya tidak bertentangan dengan kesusilaan, biasa kehilangan *causa* yang diperbolehkan 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.

H

Hink achter de feiten aan = Sampai saat ini di Indonesia masih berlaku faham bahwa hukum hanya dapat mengikuti perkembangan masyarakat.

Hardship, 97 = unsur kesulitan yaitu perubahan keseimbangan kontrak secara fundamental, meningkatnya ongkos pelaksanaan kontrak, dan menurunnya nilai pelaksanaan kontrak yang harus diterima oleh salah satu pihak.

Honor price term = pengadilan cenderung menolak yang *unfair* atau tidak adil.

I

International Civil Aviation Organization (ICAO) = Organisasi Penerbangan Sipil internasional

Implied warranty, 68= Tidak Mengenal Janji yang Tidak Dinyatakan Secara Tegas

Implied warranty of merchantability = Kemudian janji yang tidak dinyatakan secara tegas dikelompokkan lagi ke dalam janji yang tidak dinyatakan dengan tegas, karena produk tersebut sudah diperdagangkan.

Impcontracts vrijheid lied warranty of fitness for special purposes = janji yang tidak dinyatakan secara tegas karena disesuaikan dengan tujuan dan kegunaan dari produk

In-evitable = standarisasi kontrak mempermudah urusan bisnis dan tidak dapat dielakkan dalam kehidupan moderen.

Implicit guarantee = tidak adanya sistem penjaminan atas simpanan masyarakat telah mengharuskan bank sentral memberikan jaminan terselubung atas kelangsungan hidup bank mencegah kegagalan *(failure)* yang sistemik.

In-equality = Kajian diatas menunjukkan bahwa hubungan antara bank dan nasabahnya berlangsung dalam ketidak-seimbangan

Internal dispute resolution = penyelesaian pengaduan yang dilakukan oleh LJK dan penyelesaian sengketa melalui lembaga peradilan.

Individualism, free choice = kontrol sosial kepada warga negaranya.

Individual free choice = 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

Inherent justice atau *fairness of an exchange* = justifikasi kewajiban kontraktual yang diderivasi dari. Mereka kemudian menyatakan bahwa sumber kewajiban kontraktual adalah bertemunya kehendak *(convergence of the wills)* atau konsensus para pihak yang membuat kontrak.

J

Justum pretiuin laesio enomis = harga yang adil dapat berarti kerugian yang terbesar atau penyalahgunaan hak tidak memiliki tempat dalam doktrin ini.

K

Kenbaaheid = Suatu hal yang nyata yaitu salah satu pihak mengetahui atau semestinya mengetahui bahwa pihak lain karena keadaan istimewa tergerak (hatinya) untuk menutup suatu kontrak.

Knock out doctrine = Dalam hal kontrak dengan syarat bakudisepakati, kontrak terjadi atas dasar syarat yang disetujui dan atas syarat baku yang subtansinya sudah biasa atau lazim kecuali secara tegas menolak atas syarat baku yang ditetapkan.

L

Legal structure, legal substance, and legal culture = Efektifnya peraturan tergantung dari aspek yang terkait dalam sistem hukum, yang menurut Friedmann adalah Struktur hukum

adalah kelembagaan dan proses pembentukan, penegakan, dan penyelenggaraan hukum; substansi hukum adalah asas kaidah hukum; budaya hukum adalah persepsi masyarakat mengenai hukum.

Landless working class = terciptanya kelas pekerja nir-lahan beserta potensi mobilisasi politis mereka.

Limitation of liability .= prinsip pembatasan tanggung jawab

Lex specialis derogat legi generalis = asas hukum dan asas hukum.

Lex posteriori derogat legi priori = hukum yang berlaku dalam perkara ini adalah Undang-undang No.8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen.

Lex specialis derogat legi generali = aturan khusus/specialis

Legio particuliere wetgever = *S*emakin banyak dan unit barang yang ditawarkan semakin banyak pula bentuk kontrak baku yang dibuat oleh penjual. Kontrak baku bukan kontrak (perjanjian), sebab pengusaha dalam kontrak seperti legislatif swasta pada hal syarat kontrak adalah undang-undang.

M

Market failure = Konsep ini dipandang sebagai bentuk keterlibatan negara dalam memajukan kesejahteraan rakyat setelah mencuatnya -bukti empirik kegagalan pasar pada masyarakat kapitalis dan kegagalan negara *(state failure)* pada masyarakat sosialis.

Misbruik van omstandigheden atau *undue influence* = penyalahgunaan keadaan.

Mandatory rules = Aturan memaksa sebagai perkecualian; dan Sifat internasional dan tujuan-tujuan prinsip-prinsip UNIDROIT yang harus diperhatikan dalam penafsiran kontrak.

Misbruik van omstandigheden = penyalahgunaan keadaan dalam suatu hubungan kontraktual.

Misbruik = Penyalahgunaan, yaitu salah satu pihak telah melaksanakan kontrak itu walaupun dia mengetahui atau seharusnya mengetahui bahwa ia seharusnya tidak melakukannya;

Mass consumer consumption = masyarakat yang mengkonsumsi produk barang dan jasa secara massal pula

Manufacturing, Franchising, Leasing, Perbankan = bentuk-bentuk hukum baru dari Barat sebagai perangkat dalam lalulintas perdagangan, yang sebelumnya tidak ada di Indonesia.

Moving quickly = demi kepentingan perkembangan bisnis atau perdagangan yang mneuntut gerak cepat

Mediasi A method of non-binding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help the disputing parties reach a mutually agreeable solution = Dari defenisi ini dapat disimpulkan bahwa bentuk arbitrase kurang tepat dalam penyelesaian sengketa jual beli online.

Modern western civilization = Sebagai sebuah ideologi, individualisme telah diterima secara luas dalam peradaban Barat modern Hal yang menonjol dari ideologi ini adalah postulatnya mengenai keunggulan individual atas *social goals*.

Misbruik van omstandigheden = penyalahgunaan keadaan

Misbruik van Omstandigheden = Mengenai alasan pembatalan ini dalam *Nieuw Burgelijk Wetboek (NBW)*ditambahkan lagi dengan suatu alasan baru yaitu penyalahgunaan keadaan

N

Naturalia dan *aksidentalia* = bagian bukan inti yang terdiri dari Syarat-syarat sahnya suatu kontrak menurut pasal 1320 KUH Perdata.

Naturalia = adalah sifat bawaan dari kontrak yang melekat pada kontrak, seperti tidak adanya cacad pada barang yang dijual.

No choice but to accept them or go without = dan pihak lain tidak mempunyai pilihan selain daripada menerima atau menolak

Not the actual agreement =meskipun disadari bahwa penerimaan pihak lain buka persetujuan aktual

Noodtoestand, afhankelijkhejd, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand, atau *onervarendheid* = seorang lain tergerak untuk melaksanakan suatu perbuatan hukum karena keadaan-keadaan tertentu seperti (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 is seyogyanya tidak melakukan.

O

Original Position = prinsip keadilan posisi asali yang disatukan melalui teori keadilan sebagai kesetaraan *(fairness).*

On-benoemde atau in-nominaat contracten = perjanjian yang dalam undang-undang tidak dikenal dengan suatu nama tertentu yang disebut perjanjian tak bernama.

Off-site supervision = Pengawasan yang dilaksanakan melalui pengawasan tidak langsung yaitu pengawasan melalui alat pantau seperti laporan berkala yang disampaikan bank, laporan

hasil pemeriksaan, dan informasi lainnya. Dengan data yang ada tersebut, pengawas menilai keadaan usaha dan kesehatan bank.

On-site examination = Disamping itu, otoritas pengawas juga melaksanakan pengawasan langsung yang dapat berupa pemeriksaan umum dan pemeriksaan khusus. On-site examination bertujuan untuk mendapatkan gambaran tentang ketaatan terhadap peraturan yang berlaku serta untuk mengetahui apakah terdapat praktek yang tidak sehat yang membahayakan kelangsungan usaha bank. Dalam pelaksanaannya, sistem kontrol tersebut dapat berbeda antara satu negara dengan negara lainnya.

P

Police state = *Tu*gas negara tidak terbatas pada memelihara tata-tertib serta melindungi jiwa dan harta kekayaan rakyatnya.

Prinsip laissez faire laiesizealler = negara yang kerjanya hanya menjaga agar jangan sampai ada pelanggaran terhadap ketentraman dan kepentingan umum, seperti, yang telah ditentukan dalam hukum tertulis (undang-undang), yaitu hanya bertugas melindungi jiwa, benda, atau hak asasi warganya secara pasif, tidak campur tangan dalam bidang perekonomian atau penyelenggaraan kesejahteraan rakyat karena yang berlaku dalam lapangan ekonomi.

Prinsip trios politica = *Nega*ra hukum dengan mengemukakan unsurunsur pokok dari suatu negara hukum. Unsur-unsur itu, meliputi: pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia; pemisahan kekuasaan negara pemerintahan diselenggarakan

Prinsip trias politica = Unsur kedua dari negara hukum, yaitu pemisahan kekuasaan negara berdasarkan Prinsip *trias politica* membagi kekuasaan negara menjadi tiga macam, yang meliputi: legislatif; eksekutif; dan yudikatif.

Partij Otonomi =Asas kebebasan berkontrak

Pseudo-concensus = dalam prakteknya kebebasan berkontrak hanya semu.

Public order = Asas ketertiban umum

Presumption of negligence = Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen menganut prinsip praduga lalai/bersalah.

Presumption of liability principle = prinsip praduga untuk selalu bertanggung jawab Prinsip ini merupakan salah satu riindifikasi dari prinsip tanggung jawabberdasarkan kesalahan dengan beban pembuktian terbalik.

Presumption of negligence = prnsip tanggung jawab berdasarkan praduga bersalalillalai atau produsen sudah dianggap bersalah, sehingga tidak perlu dibuktikan kesalahannya

Presumption of liability principle = prinsip untuk selalu bertanggung jawab dengan beban pembuktian terbalik

Presumption of liability = Undang-undang Penerbangan menganut dua prinsip tanggung jawab, yaitu prinsip untuk selalu bertanggung jawab.

Pacta sunt servanda = Asas ”konsensualisme” mempunyai hubungan yang erat dengan asas ”kekuatan mengikat” atau perjanjian yang dibuat pihak-pihak mengikat pihak-pihak yang membuatnya.

Property damages = maupun kerusakan pada harta benda lain

Pure economic loss = kerusakan yang berkaitan dengan produk itu sendiri

Pure procedureal justice = keadilan prosedural murni

Pure prosedural justice = prinsip-prinsip pertama keadilan yang berfungsi sebagai panduan harus merupakan hasil dari kesepakatan yang *fair,* dalam arti keadilan sebagai *fairness* adalah keadilan procedural mumi

Prudential banking principles = prinsip kehati-hatian, Keleluasaan bagi bank untuk bergerak, antara lain diwujudkan dalam kondisi di mana bank dapat melakukan kegiatan, antara lain: penyertaan modal pada perusahaan lain di bidang keuangan, penyertaan modal sementara untuk mengatasi kegagalan kredit.

Pacta sunt servanda = janji itu mengikat.

Promissorum implendorum obligati = kita harus memenuhi janji kita.

Prudential banking principles =Asas kehati-hatian

Power to license = memungkinkan dapat ditetapkannya ketentuan dan persyaratan pendirian suatu bank. Kewenangan ini merupakan seleksi paling awal terhadap kehadiran suatu bank dengan menetapkan tata cara perizinan dan pendirian suatu bank. Pada umumnya persyaratan pendirian bank menyangkut tiga aspek, yaitu akhlak dan moral calon pemilik dan pengurus bank, kemampuan menyediakan dana sejumlah tertentu untuk modal bank, serta kesungguhan dan kemampuan dari para calon pemilik dan pengurus bank dalam melakukan kegiatan usaha perbankan. Kewenangan semacam ini memungkinkan otoritas pengawasan bank mencegah pendirian bank yang tidak didukung dengan modal yang cukup, yang kurang

dipersiapkan dengan baik atau yang dapat digunakan untuk kepentingan pribadi pemilik atau pengurus tanpa mengindahkan kepentingan masyarakat.

Power to regulate = memungkinkan otoritas pengawasan bank menetapkan ketentuan yang menyangkut aspek usaha dan kegiatan perbankan dalam rangka menciptakan adanya perbankan yang sehat yang mampu memenuhi jasa perbankan yang diinginkan masyarakat.

Power to control =kewenangan dasar yang diperlukan otoritas pengawasan bank.

Power to impose sanction = kewenangan menjatuhkan sanksi apabila suatu bank kurang atau tidak memenuhi hal-hal yang diatur dalam kewenangan diatas.

Prudential Banking Principles =prinsip kehati-hatian

Purely mental procreation = merupakan hal yang diterima secara umum pada saat itu. Dengan pandangan tersebut di atas, pada abad sembilan belas, di Jerman dan Perancis berkembang

Policy concideration =kebijakan para pihak

Promisee = harus bertindak secara masuk akal dalam memilih untuk melaksanakan hak itu, *the law that a person is only entiled to excercises his contractual rights in a reasonable* way.

Pseudo-concensus =kebebasan berkontrak hanya ada kesepakatan semu

Q

Quality control techniques= pengaturan di bidang cara berproduksi

R

Recognition = Pengakuan dan perlindungan *(protection)* hak asasi manusia merupakan upaya untuk mengesahkan dan membenarkan serta segala upaya yang ditujukan untuk memberikan rasa aman terhadap hak-hak asasi manusia.

Rechtsstaat = negara hukum yang berlaku di zaman sekarang. Ketigabelas prinsip pokok tersebut merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya satu negara modern sehingga dapat disebut sebagai negara hukum *(the rule of law,* ataupun *rechtsstaat)* dalam arti yang sebenarnya, yang meliputi: supremasi konstitusi *(supremacy of law);* persamaan dalam hukum *(equality before the law);* asas legalitas *(due process of law);* adanya pembatasan kekuasaan berdasarkan Undang Undang Dasar *(limitation of power);* berfungsinya organ-organ negara yang independen, dan saling mengendalikan; prinsip peradilan yang bebas dan tidak memihak *(independent and impartial judiciary);* tersedianya upaya peradilan tata usaha negara *(administrative court);* tersedianya peradilan tata negara *(constitutional adjudication);* adanya jaminan perlindungan hak asasi manusia *(human dignity);* bersifat demokratis *(democratische rechtsstaat);* berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan bernegara *(welfare rechtsstaat);* transparansi dan kontrol sosial; dan Berketuhanan Yang Maha Esa.

Rechtsbeginsel = Asas hukum bukan merupakan peraturan yang konkret yang berlaku, melainkan suatu hal teoritis yang melandasi, mendasari, serta mendukung suatu peraturan, baik berupa falsafah, prinsip atau dasar.

Reciprocal = dua unsur penting dalam suatu kesepakatan, yaitu adanya kesesuaian faham dan kehendak para pihak dan bersifat timbal balik

Reciprocal = Dua unsur penting dalam suatu kesepakatan, yaitu adanya kesesuaian faham dan kehendak para pihak dan bersifat timbal balik

Relationship of confidence and trust =Kewajiban pemberi pinjaman yang timbul dari hubungan yang demikian ini mengharuskan pemberi pinjaman membatasi dirinya dalam melakukan tindakan dalam rangka mengamankan atau meningkatkan posisi keuangannya, oleh karena pemberian pinjaman juga diharuskan untuk memperhatikan kepentingan (para) penerima pinjaman dan (para) peminjam.

S

Status quo = menciptakan dan memelihara keamanan dan ketertiban

Sui generis = REPELITA menjadi penyebab timbulnya kaidah hukum ekonomi Indonesia yang sebagian besar tidak berpegangan pada asas hukum perdata maupun publik konvensional, akan tetapi kaidah hukum dan pranata hukum baru. Misalnya kaidah hukum kuasa pertambangan, cara pembebasan tanah untuk keperluan perindustrian, surat keputusan bersama *Menteri, d*alam rangka unifikasi hukum UUPA merupakan hal yang sangat penting.

S*tate theory of law* = Teori negara hukum, yang dalam bahasa Inggris, sedangkan dalam bahasa Belandanya, disebut dengan *staat rechtstheorie* terdiri atas dua suku kata, yang meliputi: teori; dan negara hukum.

Supremacy of law = tiga unsur utama dalam negara hukum, yang meliputi: supremasi hukum persamaan di depan hukum atau *equality before the law;* dan *due process of law.*

Scarcity = kondisi kelengkapan

Spannungsverhaltis = ketegangan satu sama lain)karena berisi tuntutan yang berlainan dan yang satu sama lain mengandung potensi yang bertentangan sifatnya.

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 konsekensi 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.

Sensialia =Bagian inti adalah sifat yang harus ada, penyebab suatu kontrak tercipta, seperti kesepakatan dan obyek dari kontrak.

Summum ius summa ini uria = Semakin tepat dan tajam peraturan hukum itu, maka keadilan semakin terdesak.

Superadded obligation atau fiduciary obligations =Dalam hubungan antara bank dan nasabah terdapat kewajiban lain selain hanya sekedar kewajiban di antara debitur dan kreditur, yaitu kewajiban

Special Surveillance =Menempatkan dalam pengawasan khusus

Standar contract = perjanjian baku suatu perjanjian yang konsep atau draftnya telah dipersiapkan terlebih dahulu oleh salah satu pihak. Dalam transaksi perbankan, biasanya perjanjian tersebut telah dipersiapkan oleh bank, sedangkan pihak lain (nasabah) hanyalah "*take it or leave it*".

Standaardvoorwarden = mempertahankan pendiriannya bahwa kontrak baku mempunyai kekuatan mengikat berdasarkan kebiasaan (gebruik) yang berlaku dilingkungan masyarakat dan lalu-lintas perdagangan. bagaimana dapat diterima kebiasaan menggunakan kontrak baku dengan syarat-syarat yang tidak adil dan diciptakan oleh sekelompok kecil pengusaha untuk orang banyak.

Summun jus stoma injuria = Dalam paradigma baru ini, moral dan hukum harus secara tegas dipisahkan. Disini muncul adagium (hukum tertinggi dapat berarti ketidakadilan yang terbesar).

Subjective theory =teori subjektif dalam hukum kontrak.

T

Transnasional, multinasional enterprise = a combination of companies of different nationality conenected by means of shareholding, managerial control or contract and constituting an economic unit". Dalam pembahasan perusahan transnasional, Indonesia lebih tepat memakai istilah ini.

Transnasional Corporation (TNC) = adalah suatu perusahaan yang didirikan di Indonesia menurut hukum Indonesia, tetapi secara organisatoris, managerial, financial, kontraktual, ataupun strategis seluruhnya atau sebagian merupakan bagian daripada suatu kesatuan (unit) ekonomi yang lebih besar yang berpusat di negara lain.

The granting of social rights = Dalam konteks ini, negara memperlakukan penerapan kebijakan sosial sebagai "penganugerahan hak-hak sosial" kepada warganya. Semua perlindungan sosial yang dibangun dan didukung negara tersebut sebenarnya dibiayai oleh masyarakatnya melalui

productivitas ekonomi yang semakin makmur dan merata, sistem perpajakan dan asuransi, serta investasi sumber daya manusia *(human investment)* yang terencana dan melembaga.

The State as Provider = negara sebagai pelayan.

The State as Regulator = negara sebagai pengatur.

The State as Enterpreneur = negara sebagai wirausaha.

The State as Umpire = negara sebagai wasit.

The expert opinion, the expert opinion = Pendapat ahli, yang dalam bahasa Inggris, disebut dengan sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan *deskundig advies* adalah pikiran atau kesimpulan dari orang yang mempunyai pengetahuan atau keahlian tentang negara hukum.

The International Commission Purists = prinsip yang dianggap ciri penting negara hukum.

The greatest happiness for the greatest number of their citizens = pemerintah memiliki tanggung jawab untuk menjamin kesejahteraan masyarakat.

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

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.

The Difference Principle = prinsip perbedaan, intinya, adalah "bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat bagi semua orang; khususnya bagi mereka yang paling kurang beruntung.

The Principle of Fair Equality of Opportunity = menunjuk kesempatan yang sama bagi semua orang (termasuk mereka yang paling kurang beruntung) untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapatan dan otoritas.

To each according to his/her need, bukan *to each according to his/her merit* = 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.

To goeder trouw =Asas perlindungan dapat dibedakan dalam dua jenis, yaitu perlindungan untuk golongan ekonomi lemah dan kepada pihak yang beritikad baik walaupun pihak yang menyerahkannya tidak berwenang *(beschikkingson bevoegd).* Hal ini diutarakan dalam pasal 1977 KUHPerdata.

Time Is of The Essence = Asas kepastian hukum/ketepatan waktu

To esteeming = mengikatkan

Teori let the buyer beware (caveat emptor) = Prinsip-prinsip kedudukan konsumen dalam hubungan hukum antara konsumen dan pelaku usaha berangkat dari doktrin atau teori yang dikenal dalam sejarah hukum perlindungan konsumen

Teori the due care theory, teori *the privity of contract* = teori prinsip kontrak bukan merupakan syarat.

Teori 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.

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.

Tortious liability = *M*inimnya peraturan perundang-undangan bidang konsumen, maka sangat sulit menggugat pelaku usaha dengan dasar perbuatan melawan hukum 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.

Take it or leave it = *D*alam fenomena perjanjian baku muncul istilah Teori ini tentu saja banyak mengandung kelemahan bagi konsumen.

Teori keadilan fairness atau *Justice is Fairness* = teori John Rawls yang mengemukakan 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.

The principle of great liberty = Rawls memperkenalkan dua prinsip keadilan: pertama yang berisi kesamaan dalam kebebasan dan prinsip keadilan kedua pada prinsip *Different* (perbedaan).

The parties are free to enter into a contract and determine its content = UNIDROIT mewujudkannya dalam lima bentuk prinsip, yaitu (1) kebebasan menentukan isi kontrak

The last shot doctrine = prinsip UNIDROIT yang berlaku adalah yang terakhir

Trust the people rather than paper = Hubungan bisnis lebih ditekankan kepada hubungan kepercayaan (personal) daripada hubungan hukum. Menurut bangsa Jepang, dalam bisnis

To goeder trouw = Asas perlindungan dapat dibedakan dalam dua jenis, yaitu perlindungan untuk golongan ekonomi lemah dan kepada pihak yang beritikad baik

Trust (kepercayaan), reliance (pengandalan) dan resulting loss (kerugian) = Unsur kunci dari formulasi kewajiban (fiduciary obligations), sebagaimana disetujui oleh pengadilan-pengadilan di Canada.

The Five C's of Credit (Character, Capital, Capasity, Cinditions dan Collateral = Dalam dunia perbankan pendekatan atau analisis kredit

The four C (capital, character, collateral, capacity =Kelemahan internal itu mencerminkan bahwa tidak dilaksanakannya dengan sungguh-sungguh alat pengaman Pemberian kredit belum dijamin dengan agunan yang berkualitas tinggi dan mudah dicairkan, dan tidak memiliki nilai minimal sebesar kredit yang diterimanya.

Teori piercing the corporate veil = tanggungjawab pemegang saham, direksi dan komisaris tidak terbatas akan tetapi sampai harta pribadi, sesuai pasal 85 UU No.1/1995,

The term is imposed by one party =ketentuan perjanjian dipaksakan secara sepihak

To be able to make bargains as they saw fit =dengan sedikit mungkin intervensi dari Negara, betul-betul menempatkan pembentukan kontrak *ex nihilo* pada kehendak mereka.261

Teori primacy of the will =Orang menjadi terikat jika mereka dengan sengaja menghendakinya.

U

Ubi societas ibi ius = Hubungan antara masyarakat dan hukum diungkapkan dengan sebuah adagium yang sangat terkenal dalam ilmu hukum, yaitu: dimana ada masyarakat disana ada hukum.

Un actually = Undang-undang atau hukum yang tidak sebenarnya adalah yang tidak diadakan langsung atau tidak langsung oleh kekuasaan politik.

Un-conscionable = dalam kontrak-kontrak di Inggris terdapat banyak klausula ekonerasi yang bersifat tajam (harsh) dan keterlaluan

Unfair trade practices = perdagangan yang tidak jujur dan masalah keterikatan pada syarat-syarat umum dalam suatu perjanjian.

Unrestricted freedom of contract =kebebasan berkontrak memiliki kecenderungan ke arah kebebasan tanpa batas

V

Veil of Ignorance = kabut ketidaktahuan" 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.

Vermaatschappelijking = penerobosan Hukum Perjanjian oleh Pemerintah terjadi penggeseran Hukum Perjanjian ke bidang hukum publik. Melalui campurtangan Pemerintah ini, pemasyarakatan hukum perjanjian.

Vertrouwensbeginsel = Asas kepercayaan.

Van Verbintenissen = sumber hukum kontrak tidak tertulis adalah Hukum Adat. Buku III KUH Perdata ini berjudul Tentang Perikatan

Vrijwaring, warranty =Kewajiban menanggung kenikmatan tentram dan menanggung cacat-cacat tersembunyi

Volenti non fit injuria =Apabila seseorang dirugikan oleh suatu perjanjian disebabkan kesalahannya sendiri, harus memikulnya sendiri karena ia menerima kewajiban itu secara sukarela harus dipenuhi, meskipun orang itu mengalami kerugian, perjanjian tetap berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya.

Vernietigbaar =penyalahgunaan keadaan maka eksistensi kontrak tersebut akan dapat menjadi batal

W

Welfare state = melainkan juga negara bertugas mewakili kepentingan bersama, meningkatkan kemakmuran yang adil dan merata atau dalam melaksanakan tugasnya negara mempunyai kewajiban memerhatikan kepentingan bersama.

Wetmatig bestuur = berdasarkan undang-undang dan adanya peradilan administrasi negara.

Welfare state = Negara hukum dalam arti materiil (luas atau modern yang bertugas menjaga keamanan dalam arti kata seluas-luasnya, yaitu keamanan sosial *(social security)* dan menyelenggarakan kesejahteraan umum, berdasarkan prinsip-prinsip hukum yang benar dan adil sehingga hak-hak asasi warga negaranya benar-benar terlindung".

Well-ordered society = Walaupun keadilan formal diperlukan, namun belum mendukung dan mendorong penuh suatu masyarakat yang tertata baik

Willingness to repay dan ability to repay = Prinsip pemberian kreditnya bank hanya memberikan kredit kepada nasabah yang memiliki sehingga kredit bank akan sekecil mungkin mengalami resiko kemacetan.

Window dressing = melakukan dalam pembukuan atau laporan bank yang secara materiil berpengaruh terhadap keuangan bank sehingga mengakibatkan penilaian yang keliru, mempunyai kredit macet pada suatu bank, pernah dihukum oleh pengadilan karena memiliki akhlak dan moral yang tidak baik, seperti penjudi atau penipu, orang yang sedang dihukum atau pernah dihukum karena tindak pidana dibidang perbankan atau perekonomian berdasarkan keputusan pengadilan.

Win-win solution = putusan bersifat merangkul dan menguntungkan para pihak serta menjaga hubungan bisnis para pihak, sehingga dijadikan pilihan oleh pelaku bisnis.

Z

Zakelijke verhoudingen = hukum adalah suatu proses perataan yang terus-menerus memperbaharui dirinya secara langsung oleh masyarakat atau penguasa untuk perbuatan dan tingkah laku anggotanya dalam hubungan petembayan yang bertujuan menjadi dasar ketertiban, keadilan dan kesejahteraan masyarakat.

Zedelijke eis = asas konsensualitas merupakan putusan kesusilaan dan puncak dari peningkatan martabat manusia.

INDEKS

A

Aanvullend 68
Abnormale geestestoestand 537, 620
Acknowledgement 337
Acte juridique, rechtsgeschaft, juristic act 523
Actio Paulina 76, 605
Afhankelijkhejd 537, 620
Agreement d'adheson 248
Aksidentalia 85, 111, 620
Alternative Dispute Resolution 464, 467, 481, 595, 600, 606
An objectively just price exists for any objects susceptible to exchange 524
A place of special safety and probity 259, 307
Asas equality before the law 3, 349
As Is Where Is 90, 606

B

Banking safety nets 350
Bedreiging 536
Bedrog 117, 372, 375, 536, 547
Bekwaamheid 174

Benoemde atau nominaatcontracten 93, 265
Benoemde overeenkomst 93, 175, 265
Beschikkingson bevoegd 82, 245, 630
Bijzondere omstandigheden 118, 372, 548
Bodily/personal injury 188

C

Causal verband 118, 373, 548
Caveat emptor 183, 191, 192, 525, 630
Character, Capital, Capasity, Cinditions dan Collateral 278, 632
Checks and Balances 313, 609
Code Civil dan Code du Commerce 11, 609
Commercial agreement 337
Communion zvills 520
Confidance or trust 260
Confidentiality 91, 608
Consensus ad idem 519
Consep too big to fail 609
Consultation 459, 502
Contracteer verijheid 62, 608
Contract-society 249
Contracts vrijheid 175
Contractual liability 194
Contractvrijheid 62
Contra proferentem 221, 576
Contra proferentem rule 576
Convention on the International Sale of Goods (CISG) 129, 131, 133, 608, 648
Corrective justice atau remedial justice 59

D

Deskundig advies 39, 629

Development law 15
Distributive justice 59
Doktrin let the buyer beware (caveat emptor) 191
Dont put all your eggs in one basket 280, 610, 611
Due process of law 43, 44, 45, 99, 625, 627
Dwaling 117, 371, 375, 536, 538
Dwang 117, 252, 372, 375, 536, 538, 547

E

EcCessiva onerosita sopravenuta 578, 614
Economic Law 16, 108, 131, 133, 611
Een bepaal onder-werp 174
Ensuring 512
Equality before the law 3, 43, 44, 45, 349, 365, 407, 605, 625, 627
Equality Before the Law 3, 5, 88
Esentialia 85, 111
Event of default 328, 329
Exoneratie clausule 532
Exoneration clause 327
Express warranty 170
External dispute resolution 490

F

Factory Laws 10, 24, 613
Fair and reasonable 337
Fairness 88, 515, 567, 613, 631
Fairness of an exchange 514, 566, 617
Father of welfare states 48
Fictie van vil en vertrouwen 614
Fiduciary relationship 252, 258, 259, 262, 264, 309, 310
Financial intermediary 317, 358, 379
Forward Looking 14, 613

Franchising 250, 619
Free choice 509, 511, 512, 517, 567, 616
Freedom of contract 62, 66, 95, 98, 342, 508, 608, 633
Free market economies 511
Frustation of purpose 578

G

Geoorloof de-oorzaak 174
Geoorloofde Oorzaak 615
Good Faith 86, 138, 525, 615
Good Governance 312
Gross disparity 221, 226, 227

H

Hardship clauses 578, 614
Hink achter de feiten aan 615
Honor price term 519

I

Implicit guarantee 616
Implied warranty 170, 616
Implied warranty of merchantability 170
Imprevision 578
Individual free choice 512
Individualism 511
In-equality 413, 416
In-evitable 249
Inherent justice 514, 566
In-nominaat contracten 93, 265, 620
Internal dispute resolution 490
International Civil Aviation Organization (ICAO) 161, 616

J

Justice is Fairness 631
Justum pretiuin laesio enomis 515

K

Kenbaaheid 118, 373
Kepercayaan 40, 86, 113, 117, 124, 240, 241, 242, 243, 252, 257, 258, 259, 261, 262, 263, 264, 270, 277, 280, 290, 295, 297, 298, 301, 302, 303, 304, 307, 308, 310, 311, 348, 364, 372, 376, 438, 439, 514, 537, 550, 553, 554, 563, 566, 583, 608, 614, 632, 633
Kerugian 77, 89, 116, 127, 141, 152, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 179, 184, 186, 188, 189, 195, 197, 199, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 213, 214, 216, 224, 225, 230, 232, 233, 253, 259, 260, 263, 264, 274, 283, 287, 300, 323, 336, 341, 349, 361, 371, 374, 377, 378, 395, 401, 414, 433, 434, 446, 449, 473, 482, 490, 491, 499, 500, 515, 533, 534, 548, 563, 565, 577, 578, 579, 586, 607, 609, 617, 632, 634
Knock out doctrine 226

L

Landless working class 48
Leasing 250, 619
Legal culture 2, 617
Legal structure 617
Legal substance 2, 617
Legio particuliere wetgever 251
Lex posteriori derogat legi priori 618
Lex specialis derogat legi generali 204
Lex specialis derogat legi generalis 618
Lichtzinnigheid 537, 620
Lied warranty of fitness for special purposes 616
Limitation of liability 159

M

Mandatory rules 69, 222, 558
Manufacturing 250, 619
Market failure 618
Mass consumer consumption 181
Mediasi 124, 458, 459, 460, 461, 465, 466, 467, 468, 470, 472, 481, 482, 483, 484, 485, 487, 490, 492, 494, 496, 499, 500, 502, 505, 506, 602
Misbruik 62, 116, 118, 373, 376, 391, 402, 406, 536, 548
Misbruik van omstandigheden 62, 116, 376, 391, 402, 406, 536, 618, 619
Modern western civilization 511
Moving quickly 337
Multinasional 22, 367, 628

N

Naturalia 85, 620
No choice but to accept them or go without 337
Noodtoestand 537
Not the actual agreement 338

O

On-benoemde 93, 265
Onervarendheid 537, 620
On-site examination 621
Original Position 52, 54, 620

P

Pacta sunt servanda 61, 77, 175, 247, 374
Partij Otonomi 82, 622
Partij outonomis 62, 608
Pengandalan 259, 632

Perbankan 78, 237, 241, 250, 252, 269, 270, 278, 287, 288, 295, 301, 304, 306, 314, 324, 330, 332, 349, 350, 355, 361, 379, 403, 422, 462, 463, 481, 482, 485, 486, 492, 493, 495, 505, 546, 594, 595, 598, 612, 619
Police state 35
Policy concideration 521
Power to control 624
Power to impose sanction 624
Power to license 623
Power to regulate 624
Presumption of liability 155, 159
Presumption of liability principle 155
Presumption of negligence 153, 155
Prinsip laissez faire laiesizealler 38
Prinsip trios politica 42
Promisee 525, 624
Promissorum implendorum obligati 248
Property damages 188
Prudential banking principles 238, 240, 252, 254, 300, 614
Pseudo-concensus 83, 113
Pure economic loss 188
Purely mental procreation 520
Pure prosedural justice 623

Q

Quality control techniques 188

R

Rechtsbeginsel 80
Rechtsstaat 41, 45, 46, 625
Reciprocal 84, 110, 245
Recognition 42, 625

Relationship of confidence and trust 262, 309
Reliance 259, 512, 617, 632
Resulting loss 259, 632

S

Scarcity 56, 219
Sensialia 85
Serva Ordinum et ordo Serbavitte 60, 627
Spannungsverhaltis 60, 627
Special Surveillance 627
Staat rechtstheorie 36, 626
Standaardvoorwarden 628
Standar contract 328
State theory of law 36
Status quo 8
Subjective theory 520
Sui generis 16
Summum ius summa ini uria 627
Summun jus stoma injuria 515
Superadded obligation atau fiduciary obligations 259
Supervision 299, 620
Supremacy of law 43, 45, 625

T

Take it or leave it 195, 328, 337, 627
Teori keadilan fairness 631
Teori let the buyer beware 191
Teori piercing the corporate veil 632
Teori primacy of the will 632
The Difference Principle 52, 629
The due care theory 191, 630
The expert opinion 39, 629

The Five C's of Credit 278, 632
The Five C's of Credit (Character, Capital, Capasity, Cinditions dan Collateral 278, 632
The four C 632
The granting of social rights 34
The greatest happiness for the greatest number of their citizens 48
The International Commission Purists 44, 629
The last shot doctrine 226
The parties are free to enter into a contract and determine its content 222
The Poor Relief Act 48, 629
The Principle of Fair Equality of Opportunity 52, 629, 630
The principle of great liberty 631
The Privity Contract 194
The privity of contract 191, 630
The State as Enterpreneur 35, 629
The State as Provider 35, 629
The State as Regulator 35, 629
The State as Umpire 35, 629
The term is imposed by one party 337
Time Is of The Essence 89, 630
To be able to make bargains as they saw fit 519, 590
To each according to his/her need 54
To esteeming 630
To goeder trouw 82, 245
Tortious liability 194
Transnasional 20, 21, 22, 127, 129, 628
Transnasional Corporation (TNC) 628
Trust 259, 260, 261, 262, 308, 309, 527, 608, 626
Trust the people rather than paper 124, 632

U
Ubi societas ibi ius 8
Un actually 633
Un-conscionable 633
Unconscionable 116
Undue influence 62, 376, 618
Unfair trade practices 189
Unrestricted freedom of contract 508

V
Van Verbintenissen 102, 634
Veil of Ignorance 51, 633
Vermaatschappelijking 70
Vernietigbaar 548
Vertrouwensbeginsel 86, 633
Volenti non fit injuria 515
Vrijwaring, warranty 446

W
Wegfall der Geschaftsgrundlage 578, 614
Welfare state 34, 634
Well-ordered society 635
Willingness to repay dan ability to repay 278
Window dressing 281
Win-win solution 479

Z
Zakelijke verhoudingen 6
Zedelijke eis 84, 109

DESKRIPSI PENULIS

Marulak Pardede, lahir di Balige, Kabupaten Toba, Sumatera Utara, tanggal, 24 Juli 1961. Saat ini berdomisili di Jalan Cikoko Barat IV No.29. Pancoran, Jakarta Selatan. e-mail: marulakp@yahoo.com. Pendidikan: SD, SMP, SMA Tahun 1977 di Balige, Toba, SUMUT; SMHK, S1 Tahun 1986 dari FH.Universitas Krisnadwipayana, Jakarta; Pasca Sarjana Magister Ilmu Hukum-S2 Tahun 2002 dari Sekolah Tinggi Ilmu Hukum IBLAM, Jakarta. Jenjang karier: Tahun 1981 PNS di BPHN, Departemen Kehakiman. Tahun 1996, Pejabat Fungsional Peneliti Hukum, dengan Pangkat/Jabatan Ajun Peneliti Madya, golongan III/d, pada PUSLITBANG, dan berdasarkan Keputusan Presiden No.144/M, Tanggal, 01 Agustus 2001 Ahli Peneliti Utama (APU) Bidang Hukum. Berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 67/K/2008, Pembina Utama, IV/E. Sejak tanggal, 25 September 2015 dialihtugaskan ke Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan Hak Asasi Manusia, Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia, sampai saat ini. Professi lainnya, antara lain: Aktif sebagai Dewan Redaksi Jurnal Penelitian Hukum IPHI, DE JURE, Anggota Ikatan Peneliti Hukum Indonesia (IPHI), Anggota HIMPENINDO, Karya Ilmiah: Aktif menulis di beberapa Majalah Hukum, Jurnal Penelitian Hukum (Terakreditasi), Surat

Kabar, dan mass-media lainnya. Karya ilmiah dalam bentuk Buku & Makalah/ Artikel, antara lain:

1. HUKUM PIDANA BANK, Penerbit: PT. Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1997.
2. LIKUIDASI DAN PERLINDUNGAN NASABAH: PT. Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1997.
3. PENEGAKAN HUKUM PIDANA TERHADAP KORPORASI SEBAGAI PELAKU TINDAK PIDANA PERPAJAKAN, Penerbit:BALITBANGKUMHAM Press, Jakarta, 2020.
4. PENGADILAN KHUSUS TINDAK PIDANA KERUSAKAN PENGELOLAAN DAN PELESTARIAN LINGKUNGAN HIDUP, Penerbit:BALITBANGKUMHAM Press, Jakarta, 2020.
5. OMNIBUS LAW DALAM GRAND DESIGN SISTEM HUKUM INDONESIA (Study Kasus UU.No.11/2020 tentang CIPTAKER), Penerbit:Papas Sinar Sinanti, Depok, Jawa Barat, 2021.
6. Arti Penting Pengatturan Keuangan Negara dalam Sistem Hukum Nasional, Karya Tulis Ilmiah (KTI), diterbitkan dalam Jurnal Penelitian Hukum DE JURE, Akreditasi LIPI No.511/ akred/P2MI-LIPI/04/2013/Volume 15 No.3, September 2013;
7. Legitimasi Pemilihan Kepala Daerah/Wakil Kepala Daerah, diterbitkan di Majalah Hukum Nasional, BPHN, No.1Tahun 2015;
8. Sistem Pemidanaan Lembaga Pemasyarakatan VS Remisi, diterbitkan dalam Majalah Hukum Nasional, BPHN, Nomor 2 tahun 2015;
9. Grand Design Reformasi Penelitian Hukum Kementerian Hukum dan HAM, KTI diterbitkan dalam Jurnal Penelitian Hukum DE JURE, IPHI, Akreditasi LIPI No. 740/AU/P2MI-LIPI/04/2016, Volume 16, Nomor 2 Juni 2016;

10. Hak Menguasai Atas Tanah Oleh Negara, diterbitkan dalam Jurnal Penelitian Hukum DE JURE, IPHI, P-ISSN:1410-5632, E-ISSN:2579-8561Terakreditasi Nasional No: 10/E/KPT/2019, Volume 19, Nomor 2 September 2019; Karya ini dipublikasikan dibawah lisensi Creative Commons attribution 4.0 International License.
11. Tindak Pidana Korupsi Korporasi Dalam Bidang Perpajakan Perpajakan, diterbitkan dalam Jurnal Penelitian Hukum DE JURE, IPHI, P-ISSN:1410-5632, E-ISSN:2579-8561Terakreditasi Nasional No: 10/E/KPT/2019, Volume 20, Nomor 3 September 2020; Karya ini dipublikasikan dibawah lisensi Creative Commons attribution 4.0 International License.
12. Aspek Hukum Kekarantinaan Kesehatan Dan Perlindungan Konsumen Dalam Upaya Penanggulangan Pandemi Covid-19, diterbitkan dalam Jurnal Penelitian Hukum DE JURE, IPHI, P-ISSN:1410-5632, E-ISSN:2579-8561Terakreditasi Nasional No: 10/E/KPT/2019, Volume 21, Nomor 1 (2021) Maret; Karya ini dipublikasikan dibawah lisensi Creative Commons attribution 4.0 International License.
13. *Advances in Social Science, Education and Humanities Research, volume 549.* **Proceedings of the 1st International Conference on Law and Human Rights 2020 (ICLHR 2020): The Settlement of Consumer Disputes by Virtual Mediation Particularly on Banking and Buying Services Online. By:** Marulak Pardede[1,*] Henry Donald Lbn Toruan[1] Mosgan Situmorang[1] Syprianus Aristeus[1]
14. Marulak Pardede[1,*] Henry Donald Lbn Toruan[1] Mosgan Situmorang[1] Syprianus Aristeus[1,] 2020, "The Settlement of Consumer Disputes by Virtual Mediation Particularly on

Banking and Buying Services Online," Series: *Advances in Social Science, Education and Humanities Research, Volume: 549. Title:* Proceedings of the 1st International Conference on Law and Human Rights 2020 (ICLHR 2020); ATLANTIS PRESS, PERANCIS, ISBN: 978-94-6239-454-4, ISSN: 2352-5398, Publiction Date: 1 Januari 2020.

15. Marulak Pardede[1,*] Henry Donald Lbn Toruan[1] Mosgan Situmorang[1] Syprianus Aristeus[1,] *2021,* "Legal Breakthrough Step as an Effort to Improve Competitivenes Climaate and Guarantee Legal Certainty for Invesment in Indonesia," Series: *Advances in Social Science, Education and Humanities Research, Volume: 592, Title:* Proceedings of the 2nd International Conference on Law and Human Rights 2021 (ICLHR 2021), ATLANTIS PRESS, PERANCIS, ISBN: 978-94-6239-454-4, ISSN: 2352-5398, Publiction Date: 1 Januari 2021.

DIALEKTIKA HUKUM KONTRAK DAN PERLINDUNGAN KONSUMEN BISNIS *ON-LINE*

Ketentuan hukum, tidak dapat dilepaskan dari praktek kegiatan bisnis sehari-hari. Kalangan masyarakat pelaku bisnis senantiasa bersentuhan dengan berbagai ketentuan perundang-undangan yang terkait dengan bisnis. Kesepakatan-kesepakatan para pelaku bisnis harus dituangkan dalam kontrak, perjanjian yang kadangkala sering menimbulkan perbenturan kepentingan para pihak disana-sini. Dalam kaitan tersebut, penulis menguraikan segi-segi hukum kontrak di Indonesia. Materi muatan buku ini, antara lain: Ketentuan Hukum mengenai kontrak, perjanjian dalam pelaksanaan bisnis sehari-hari, yang antara lain menguraikan tentang: Fungsi dan Peranan Hukum, Pembangunan Hukum Dan Perkembangan Masyarakat, Hukum Ekonomi Internasional dan Eksistensi Hukum Kontrak Dan Perkembangan Masyarakat; Pengertian Asas-Asas Hukum, Asas-asas Hukum Perikatan; Kebebasan berkontrak dalam perikatan; Aspek hukum perikatan dan perlindungan konsumen dalam bisnis komersial di Indonesia; Aspek hukum kontrak internasional yang terdiri atas Prinsip-prinsip Dasar Kontrak; Convention on the International Sale of Goods (CISG); perbutan hukum dalam internet; alat bukti elektronik; kejahatan komputer; cyber law, e-commerce, dan lain-lain.

PENGAYOMAN

BALITBANGKUMHAM Press
Jl. HR Rasuna Said Kav. 4-5 Kuningan, Jakarta Selatan
Website: www.balitbangham.go.id
Telp: (021) 252 5015, ext 512/514
Email: balitbangkumhampress@gmail.com

ISBN 978-623-6958-56-8
9 786236 958568