

DR.RAMZIATI, S.H.,M.HUM
DR.SULAIMAN, S.H.,M.HUM
JUMADIAH, S.H.,M.H

KONTRAK BISNIS

Dalam Dinamika Teoritis Dan Praktis

EDITOR
DR.YULIA,S.H.,M.H
HAMDANI,S.Ag, M.A

UNIMAL PRESS



KONTRAK BISNIS:
Dalam Dinamika Teoritis Dan Praktis



universitas
MALIKUSSALEH

**DR.RAMZIATI, S.H.,M.HUM
DR.SULAIMAN, S.H.,M.HUM
JUMADIAH, S.H.,M.H**

**KONTRAK BISNIS:
Dalam Dinamika Teoritis Dan Praktis**

**EDITOR
DR.YULIA,S.H.,M.H
HAMDANI,S.Ag, M.A**

UNIMAL PRESS

Judul: **KONTRAK BISNIS: Dalam Dinamika Teoritis Dan Praktis**
viii + 228 hal., 15 cm x 23 cm

Cetakan Pertama: Februari, 2019
Hak Cipta © dilindungi Undang-undang. *All Rights Reserved*

Penulis:
DR.RAMZIATI, S.H.,M.HUM
DR.SULAIMAN, S.H.,M.HUM
JUMADIAH, S.H.,M.H

Editor:
DR.YULIA,S.H.,M.H
HAMDANI,S.Ag, M.A

Perancang Sampul &
Penata Letak: **Eriyanto**
Pracetak dan Produksi: **Unimal Press**

Penerbit:

UNIMAL PRESS

Unimal Press
Jl. Sulawesi No.1-2
Kampus Bukit Indah Lhokseumawe 24351
PO.Box. 141. Telp. 0645-41373. Fax. 0645-44450
Laman: www.unimal.ac.id/unimalpress.
Email: unimalpress@gmail.com

ISBN:
978 – 602 –464- 076-7

ISBN 978-602-464-076-7



Dilarang keras memfotocopy atau memperbanyak sebahagian atau seluruh buku ini tanpa seizin tertulis dari Penerbit

Kata Pengantar

Bismillahirrahmaanirrahiim

Syukur Alhamdulillah, atas Ridha dan Rahmat-Nya buku yang berjudul “Buku Kontrak Bisnis: *Dalam Dinamika Teoritis Dan Praktis*” telah berhasil di diselesai. Pengetahuan mengenai aturan hukum kontrak bisnis baik berupa teori maupun prakteknya. Buku ini membahas mengenai prinsip-prinsip yang terkait dengan penyusunan suatu kontrak bisnis baik dalam perspektif konvensional maupun dalam perspektif Syariah. Pengacara internal perusahaan (*in house counsel*) merupakan profesi yang semakin menarik dewasa ini, peran dan kedudukan *in house counsel* dalam penyusunan suatu kontrak yang dimulai dengan proses negosiasi hingga pelaksanaan kontrak juga menjadi bahasan penting dalam buku ini yang mana kiranya menjadi pengetahuan penting bagi mahasiswa fakultas hukum.

Buku ini merupakan pengembangan dari Materi Kuliah Hukum Kontrak Bisnis pada Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh. Buku ini kiranya dapat menambah referensi yang dirasakan masih terbatas dan bermanfaat kepada pembaca, terutama para mahasiswa yang mendalami hukum kontrak, maupun praktisi dan akademisi serta stakeholders yang terkait dengan penyusunan dan implementasi kontrak baik yang bersifat domestik maupun internasional.

Lhokseumawe, Februari 2019
Penulis,

Dr. Ramziati, S.H., M.Hum
Dr.Sulaiman, S.H.,M.Hum
Jumadiyah, S.H.,M.H

Kata Sambutan

Dekan Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh

Alhamdulillah, segala Puji Syukur kepada Allah Subhanahu Wataala dan Shalawat kepada Rasulullah Muhammad Sallahu A'laihi Wasallam, Dekan Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh, menyambut baik penerbitan buku "Kontrak Bisnis: *Dalam Dinamika Teoritis Dan Praktis*" karya saudara Dr.Ramziati,S.H.,M.Hum, Dr. Sulaiman,S.H.,M.Hum, dan Jumadiyah,S.H.,M.Hum yang akan menjadi sebuah buku referensi yang menjadi pegangan bagi dosen dan mahasiswa.

Pesatnya perkembangan bisnis dewasa ini baik dalam lingkup regional, nasional bahkan internasional, maka hukum berperan untuk mengatur, merencanakan pola dan mekanisme penyusunan kontrak bisnis yang dinamis serta melindungi para pihak dalam setiap aktivitas bisnis. Hal itu sangat diperlukan dalam rangka mendorong kemajuan dan kesejahteraan masyarakat.

Demikian pula aktivitas ekonomi sekarang ini yang sangat terkait dengan kontrak bisnis antara para pihak yang dilakukan oleh masyarakat modern pada era globalisasi yang semakin dinamis, prospektif dan semakin terbukanya persaingan yang tidak terbatas oleh batasan sebuah negara. Maka kontrak bisnis di era global membutuhkan payung hukum yang dapat memayungi dan memberikan perlindungan kepada para pihak. Dalam rangka terwujudnya rasa keadilan masyarakat, kepastian hukum dan bukan hanya mengejar *profit oriented* belaka.

Oleh karena itu, maka hukum kontrak bisnis, merupakan suatu aturan hukum yang memiliki peranan penting dalam hubungan bisnis bagi pihak yang menjalankan bisnis. Kontrak mempunyai daya jangkau yang sangat luas dalam hubungannya dengan masyarakat, khususnya hubungan para pengusaha yang menimbulkan hak dan kewajiban dalam rangka menciptakan kepastian hukum dalam rangkaian bisnis. Isi kontrak dalam buku ini juga membahas hukum kontrak berdasarkan hukum barat dan hukum kontrak dalam perspektif Islam.

Pada akhirnya, kami selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh terus mendorong keluarga besar Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh untuk memperbanyak publikasi buku-buku dan karya ilmiah lainnya, agar Fakultas Hukum menjadi buah hati para ilmuwan.

Semoga Allah Subhanahu Wataala meridhai kita semua. Aamiin.

Lhokseumawe, Maret 2019
Dekan,

Prof.Dr. Jamaluddin,S.H.,M.Hum

Daftar Isi

Kata Pengantar	v
Kata Sambutan.....	vi
Dekan Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh	vi
Daftar Isi.....	vii
BAB I LINGKUP KONTRAK BISNIS	1
1.1 Pendahuluan.....	1
1.2 Pengertian Kontrak Bisnis	3
1.2.1 Pengertian Kontrak Bisnis Menurut Hukum KUH Perdata	3
1.2.2 Pengertian Kontrak Bisnis Menurut Hukum Islam.....	6
1.3 Dasar Hukum Kontrak Bisnis.....	10
1.3.1 Buku III KUH Perdata.....	10
1.3.2 Dasar hukum kontrak dalam Islam.	11
1.4. Asas-Asas dalam Kontrak.....	15
1.4.1 Asas-asas kontrak bisnis menurut KUHPerdata	15
1.4.2 Asas-asas Kontrak Menurut Hukum Islam	17
1.5. Syarat Sah Kontrak Bisnis.....	26
1.5.1 Syarat Sah Kontrak Bisnis Menurut KUHPerdata.....	26
1.5.2 Syarat sah kontrak (akad) menurut hukum Islam.....	27
1.6 Berakhirnya akad.....	30
BAB II DIMENSI KONTRAK BISNIS	31
2.1 Penduluan	31
2.2 Klasifikasi Kontrak Bisnis.....	31
2.2.1 Kontrak Bisnis Internasional	32
2.2.3 Kontrak Bisnis Internasional Berdimensi Publik.....	50
2.2.4 Kontrak Bisnis Nasional.....	51
3.1 Pendahuluan	57
3.2. Pengertian Penafsiran (Interpretasi) Kontrak	59
3.3 Metode Penafsiran Kontrak.....	61
3.4 Penafsiran Kontrak Menurut KUH Perdata.....	63
3.5 Pentingnya Penafsiran Kontrak Untuk Para Pihak	77
BAB IV KONTRAK BAKU.....	85
4.1 Pendahuluan	85
4.2 Pengertian Kontrak Baku	87
4.3 Syarat-Syarat Pembuatan Kontrak Baku	90
4.4 Cara Pemberlakuan Syarat-Syarat Baku	97
4.5 Konsekuensi Legal Perjanjian Baku	99
4.5 Perjanjian Baku Dalam Perspektif Undang-Undang	103

4.5.1 Perjanjian baku menurut KUHPerdata	103
4.5.2 Kontrak Baku Dalam Baku Menurut Undang-Undang Perlindungan Konsumen (<i>Consumer Law</i>)	105
4.5.3 Klausula Baku dalam Perspektif Hukum Perikatan Syariah.....	107
4.6 Berakhirnya kontrak Bisnis.....	113
BAB V PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK BISNIS.....	123
5.1 Pendahuluan.....	123
5.2. Pengertian Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis.....	128
5.3 Sengketa Dalam Sudut Pandangan Teori.....	139
5.4 Prinsip-Prinsip Arbitrase	142
5.5 Macam-macam Arbitrase	143
5.6 Metode dan langkah-Langkah Negosiasi.....	146
5.6.1 Metode Negosiasi.....	146
5.6.2 Langkah-langkah negosiasi	152
5.7 Eksekusi Putusan Arbitrase	161
5.8 Urgensi Alternatif Penyelesaian Sengketa	163
BAB VI PENGACARA INTERNAL PERUSAHAAN (<i>IN HOUSE COUNCIL</i>).....	165
6.1 Pendahuluan.....	165
6.2 Pengertian Pengacara Internal Perusahaan (<i>In-House Council</i>)	166
6.3 Fungsi <i>In House Counsel</i> dalam Proses Penyusunan Kontrak Bisnis.....	169
6.4 Peran <i>In House Counsel</i> dalam Proses Penyusunan Kontrak Bisnis.....	172
6.4.1 Peran yang bersifat litigasi	175
6.4.1 Peran yang Bersifat Praktis	178
BAB VII PERANCANGAN, TAHAPAN REVIEW KONTRAK BISNIS	187
7.1 Pendahuluan.....	187
7.2 Tahapan Perancangan Kontrak Bisnis.....	187
7.3 Susunan Kontrak Bisnis	191
7.4 Tahap Review Draf Kontrak Bisnis	204
7.4.1 Tahapan Persiapan Review Kontrak.	204
7.4.2 Tahapan Pelaksanaan Review.....	209
7.4.3 Tahapan pelaksanaan review kontrak.....	216
DAFTAR PUSTAKA.....	221
RIWAYAT PENULIS	227

BAB I

LINGKUP KONTRAK BISNIS

1.1 Pendahuluan

Kontrak yang dalam bahasa Inggris disebut dengan *contract* dan dalam bahasa Belanda disebut dengan *overeenkomst*, secara umum dikenal dengan perjanjian. Kontrak merupakan peristiwa yang terjadi antara dua orang atau lebih saling berjanji untuk melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan tertentu. Mereka yang telah bersepakat (*consensus*) untuk mengikat diri dalam sebuah perjanjian mengenai hal-hal yang diperjanjikan mesti dipenuhinya (tidak ingkat janji), mengingat perjanjian itu menimbulkan hubungan hukum. Kontrak atau perjanjian yang dibuat menimbulkan hak dan kewajiban bagi mereka (para pihak) yang membuat kontrak. Mengingat kontrak (sah) yang dibuat merupakan sumber hukum formal bagi para pihak.¹

Hukum kontrak merupakan suatu aturan hukum yang memiliki peranan penting dalam hubungan hukum bisnis dan mereka yang menjalankan bisnis (pengusaha). Realitas dewasa ini tiada aktivitas bisnis yang terkait dengan pengusaha dalam pertukaran kepentingan mereka tidak didasarkan atas kontrak. Oleh karena itu, kontrak mempunyai daya jangkau yang sangat luas, dalam arti menjangkau sangat luas hubungan masyarakat, khususnya hubungan para pengusaha yang menimbulkan hak dan kewajiban mereka dalam rangka menciptakan kepastian hukum dalam rangkaian proses bisnis dan tujuan yang diinginkan yaitu mendapatkan keuntungan.

Menurut Agus Yudha Hernoko bahwa pada dasarnya kontrak berawal dari perbedaan kepentingan diantara mereka yang berkontrak. Hubungan kontraktual yang terjadi pada dasarnya diawali dengan proses negosiasi antara mereka dandalam negosiasi yang dilakukan menjadi sarana, untuk membicarakan hal-hal yang mereka inginkan dan mempertemukan berbagai kepentingan melalui proses tawar-menawar. Kepastian hukum dan keadilan akan terwujud dalam suatu kontrak bisnis perbedaan kepentingan yang

¹Abdul R. Saliman, 2005, *Hukum Bisnis untuk Perusahaan "Teori dan Contoh Kasus"*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 45.

ada diantara mereka dapat terangkum melalui mekanisme hubungan kontraktual yang bekerja secara porsi yang tepat.²

Bahwa realitas yang tidak terhidarkan disebabkan terdapat ketidakseimbangan dalam berkontrak (klausul-klausul) terutama kontrak-kontrak konsumen dalam bentuk standar/baku. Yang mana di dalamnya memuat klausul-klausul yang isinya telah ditetapkan oleh kreditur seperti dalam praktik di lingkungan perbankan, bisnis perasuransian dan lainnya. Dalam klausul-klausul tersebut mewajibkan nasabah untuk tunduk terhadap segala petunjuk dan peraturan bank, baik yang sudah ada atau yang akan diatur kemudian, atau klausul yang membebaskan bank dari kerugian nasabah sebagai akibat tindakan bank. Sebagai contoh dalam kontrak sewa beli,³ adanya klausul yang berisi kewajiban pembayaran seluruhnya dan seketika apabila pembeli sewa menunggak pembayaran dua kali berturut-turut.

Namun demikian memenuhi janji atas suatu perjanjian yang telah disepakati merupakan hal penting, sebab suatu janji harus dipertanggungjawabkan. Sebagaimana firman Allah yang artinya: "penuhilah janji karena pasti dimintakan pertanggungjawaban."⁴ Roscoe Found menyatakan bahwa "memenuhi janji" adalah sesuatu yang penting dalam kehidupan sosial. Suatu janji adalah suatu pernyataan tentang sesuatu kehendak yang akan terjadi atau tidak terjadi pada masa yang akan datang.⁵ Yang berarti juga bahwa janji merupakan pernyataan yang dibuat oleh seseorang kepada orang lain yang menyatakan suatu keadaan tertentu atau yang terjadi, atau yang akan melakukan suatu perbuatan tertentu. Mereka terikat pada janjinya sendiri dan mengikat serta menimbulkan utang yang harus dipenuhi oleh para pihak yang membuatnya.

Dari uraian di atas, mengenai kontrak bisnis dapat dipahami bahwa kontrak bisnis merupakan wujud dari perbedaan kepentingan yang terakomodir dalam kontrak yang disesuaikan dengan ketentuan hukum yang berlaku yang mengikat para pihak.

²Agus Yudha Hernoko, 2009, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Kencana Prenada Group, Jakarta, hlm. 1.

³Sri Gambir Melati Hatta, 2000, *Beli Sewa sebagai Perjanjian Tak Bernama: Pandangan Masyarakat dan Sikap Mahkamah Agung Indonesia*, Alumni, Bandung, hlm. 12-17

⁴QS Al Isra' (17): 34

⁵Ridwan Khairandy, 2013, *Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan (Bagian Pertama)*, FH UII Press, Yogyakarta, hlm. 57.

1.2 Pengertian Kontrak Bisnis

1.2.1 Pengertian Kontrak Bisnis Menurut Hukum KUH Perdata

Kontrak merupakan istilah yang sangat populer, dan cakupan penggunaannya sangat luas termasuk dalam bidang bisnis.⁶ Kontrak yang bermakna suatu hubungan hukum dalam bidang harta kekayaan/harta benda antara dua orang atau lebih, yang memberi kekuatan hak pada 1 (satu) pihak untuk memperoleh prestasi dan pada waktu yang sama mewajibkan kepada pihak lain untuk menunaikan prestasi. Perjanjian merupakan sumber terpenting yang melahirkan perikatan. Perikatan yang berasal dari perjanjian dikehendaki oleh dua orang atau satu pihak yang membuat perjanjian, sedangkan perikatan yang lahir dari undang-undang dibuat atas dasar kehendak yang saling berhubungan dengan perbuatan manusia yang terdiri dari dua pihak.⁷

Kontrak adalah suatu tindakan yang dilakukan oleh dua atau lebih pihak dimana masing-masing pihak yang ada di dalam kontrak tersebut dituntut untuk melakukan satu atau lebih prestasi.⁸ Dalam pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) dikenal dengan perjanjian, yang berarti bahwa:

“Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih”.

Dalam kamus hukum atau *Black's Law Dictionary*, kontrak (*contract*) adalah “*an agreement between two or more persons which creates an obligation to do or not to do a particular thing*” Yang berarti kontrak adalah suatu perjanjian antara 2 (dua) atau lebih yang menimbulkan kewajiban untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Pengertian kontrak dalam rumusan J.Satrio bahwa kontrak adalah “suatu perjanjian antara dua orang atau lebih yang menciptakan kewajiban untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu hal yang khusus”.⁹ Dalam kedua rumusan pengertian tersebut terdapat persamaan yang jelas terkait dengan makna kontrak sebagai suatu kewajiban yang terlahir dari suatu kesepakatan antara dua pihak untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu, yang menimbulkan hubungan hukum.

⁶Munir Fuady, 2001. *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Citra Aditya, Bandung, hlm. 9.

⁷Suharnoko, 2004. *Hukum Perjanjian*, Prenada Media, Jakarta hlm. 117.

⁸Munir Fuady, 2005. *Pengantar Hukum Bisnis*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 9.

⁹J.Satrio, 1992. *Hukum Perjanjian (Perjanjian Pada Umumnya)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 33.

Menurut Salim kontrak adalah: "hubungan hukum antara subyek hukum yang satu dengan subyek hukum yang lain dalam bidang harta kekayaan, subyek hukum yang satu berhak atas prestasi dan subyek hukum yang lain berkewajiban untuk melaksanakan prestasinya sesuai dengan yang telah disepakatinya."¹⁰ Lain halnya dengan Subekti yang secara tegas membedakan antara perjanjian, perikatan dan kontrak. Menurut Subekti kontrak adalah perjanjian yang dibuat oleh para pihak dalam bentuk tertulis dan membedakan pengertian perikatan dengan perjanjian. Menurut beliau definisi perikatan adalah: "Suatu perikatan adalah suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu."¹¹ Hal penting yang diperlukan juga bahwa kontrak yang dibuat membawa konsekuensi hukum, menurut Ricardo Simanjuntak¹² dalam bukunya Teknik Perancangan Kontrak Bisnis, bahwa kontrak adalah: "...an agreement giving rise to obligation which are enforced or recognised at law" yang bermakna perjanjian yang menimbulkan kewajiban yang diberlakukan atau diakui di hukum. Dalam aktivitas bisnis, jenis perikatan yang terpenting adalah perikatan yang lahir karena perjanjian.¹³

Selanjutnya kontrak dalam arti sempit kontrak dapat diartikan sebagai suatu kesepakatan yang diperjanjikan antara 2 (dua) atau lebih pihak yang dapat menimbulkan atau menghilangkan hubungan hukum. Perjanjian yang dibuat secara tertulis itulah yang disebut kontrak. Dengan demikian, kontrak berarti suatu hubungan hukum yang terjalin diantara para pihak khususnya dalam bidang harta kekayaan, yang mana hak bagi satu pihak untuk mendapatkan prestasi, dalam waktu yang sama kewajiban bagi pihak lain untuk memenuhi prestasi yang telah disepakati dan dituangkan dalam suatu surat kontrak, yang dibuat secara tertulis.

Dari uraian mengenai pengertian kontrak di atas, terdapat beberapa unsur-unsur, antara lain:

a. Adanya kesepakatan (*consensus*);

¹⁰Salim HS, 2004. *Hukum Kontrak, Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 27.

¹¹Subekti, 1998, *Hukum Perjanjian*, Jakarta, Intermedia, hlm. 23.

¹²Ricardo Simanjuntak, 2006, *Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Gramedia, Jakarta, hlm. 28.

¹³Zaeni Asyhadie, 2005, *Hukum Bisnis Prinsip dan Pelaksanaannya di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 24.

- b. Para pihak (Subyek hukum);
- c. Prestasi;
- d. Menimbulkan kewajiban; dan
- e. Hal tertentu (*object*)

Oleh karena itu, perjanjian yang mengandung hubungan hukum antara perorangan (*person*) adalah hal-hal yang terletak dan berada dalam bidang harta kekayaan. Kontrak berarti interaksi yang menimbulkan konsekuensi hukum antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum lain yang menimbulkan hak dan kewajiban.

Bisnis merupakan suatu istilah untuk menggambarkan berbagai aktivitas yang dijalankan oleh institusi bisnis baik yang bersifat swasta maupun badan usaha milik negara yang menghasilkan barang dan jasa untuk memenuhi kebutuhan hidup manusia.¹⁴ Secara umum bisnis diartikan sebagai suatu kegiatan yang dilakukan oleh manusia untuk memperoleh pendapatan atau penghasilan (keuntungan) atau rizki dalam rangka memenuhi kebutuhan dalam menjalani kehidupan di dunia ini dengan cara mengelola sumber daya ekonomi secara efektif dan efisien.

Black's Law Dictionary menyatakan "*Bussines is employment, occupation, profession or commercial activity engaged in for gain or livelihood. Activty or enterprise for gain, benefit, advantage or livelihood...*"¹⁵ berarti bussines adalah pekerjaan, profesi atau aktivitas komersial untuk mendapatkan keuntungan atau hidup. Perusahaan untuk mendapatkan keuntungan, manfaat, keuntungan atau kehidupan yang bermakna bahwa hukum bisnis adalah seperangkat kaidah-kaidah hukum yang diadakan dalam rangka mengatur serta menyelesaikan permasalahan-permasalahan yang terjadi dalam kegiatan yang dilakukan oleh para pihak utamanya aktivitas bisnis.

Adapun sektor-sektor ekonomi bisnis tersebut meliputi sektor pertanian, sektor industri, jasa, dan perdagangan. Lebih khusus Skinner mendefinisikan bisnis sebagai pertukaran barang, jasa, atau uang yang saling menguntungkan atau memberi manfaat. Menurut Anoraga dan Soegiastuti, bisnis memiliki makna dasar sebagai "*the buying and selling of goods and services*". Adapun dalam pandangan Straub dan Attner, bisnis tak lain adalah suatu organisasi yang

¹⁴ Manullang, M. 2002. *Pengantar Bisnis*, Yogyakarta, Gadjah Mada University Press, hlm. 8.

¹⁵ Herry Campbell, 1990, *Black's Law Dictionary*, Sixth Ed, West Publishing Co., St. Paul Minn., hlm.98

menjalankan aktivitas produksi dan penjualan barang-barang dan jasa-jasa yang diinginkan oleh konsumen untuk memperoleh profit.¹⁶

1.2.2 Pengertian Kontrak Bisnis Menurut Hukum Islam

Kontrak dalam kehidupan manusia dengan tujuan untuk melindungi hak dan kewajiban para pihak secara seimbang. Dalam Hukum Islam dikenal dengan istilah al-'aqd (Bahasa Arab) seterusnya diadopsi dalam Bahasa Indonesia dengan perkataan 'akad' yang berarti 'ikatan. Ikatan ini mengimplikasikan suatu hubungan baik yang bersifat inderawi maupun spiritual dari satu sisi atau kedua sisi.¹⁷ Ikatan atau suatu kontrak antara ijab dan qabul dengan cara yang dibenarkan syara' yang menetapkan adanya akibat-akibat hukum pada objeknya. Ijab adalah pernyataan pihak pertama mengenai isi perikatan yang diinginkan sedangkan qabul adalah pernyataan pihak kedua untuk menerimanya.¹⁸

Akad atau kontrak merupakan suatu perbuatan yang disengaja dibuat oleh dua belah pihak atau lebih mengenai suatu benda yang dihalalkan menjadi obyek suatu transaksi. Berdasarkan kesediaan para pihak dan implikasinya mengikat mereka didalamnya dengan berasaskan hukum syara' yaitu hak dan kewajiban yang diwujudkan oleh aqad tersebut. Secara terminologi fiqih akad didefinisikan dengan: "pertalian ijab (pernyataan melakukan ikatan) dan qabul (pernyataan menerimaikatan) sesuai dengan kehendak syariat yang berpengaruh pada objek perikatan". Tahir Azhar menyatakan bahwa hukum kontrak menurut hukum Islam adalah seperangkat hukum yang berasal dari Al Qur'an Sunah dan al-Ra'y (*ijtihad*) yang mengatur hubungan antara dua orang atau lebih mengenai suatu benda yang menjadi obyek dalam suatu transaksi.¹⁹

Dalam paparan tersebut terdapat perkataan 'berasaskan hukum syara' yang berarti bahwa tiap-tiap kontrak atau perikatan yang dibuat oleh para pihak dipandang sah jika sesuai dengan ketentuan syara'. Dalam hal kontrak yang dibuat untuk berbuat hal

¹⁶ Yusanto dan Karebet, 2002, *Menggagas Bisnis Islami*, Jakarta, Gema Insani Press, hlm. 15.

¹⁷ Abdurrahman Raden AjinHaqiqi, 2009. *The Philosophy of Islamic Law of Transaction*, Kuala Lumpur, Centre for research Training, hlm. 53, lihat Ridwan Khairandy, Hukum kontrak Indonesia dalam perspektif perbandingan (bagian pertama), FH UII Press, Yogyakarta, hlm.s 64.

¹⁸ Achmad Azhar Basyir, 2000, *Asas-asas Hukum Muamalat*, Universitas Islam Indonesia Press Yogyakarta, hlm. 65.

¹⁹ Gemala Dewi, 2006, *Aspek hukum dalam Perbankan dan Perasuransian di Indonesia*, Edisi Revisi cet. Ke3, Jakarta, Kencana, hlm. 9.

yang tidak baik seperti kontrak untuk melakukan perampokan, penjualan manusia dan lain sebagainya kesemua kesepakatan tersebut tidak sesuai dengan ketentuan syara' maka, kontrak tersebut dipandang tidak sah. Perkataan 'berpengaruh kepada objek' beram makna dengan terjadinya kesepakatan maka, kepemilikan objek yang diperikatkan milik pihak (yang melakukan ijab) berpindah kepada pihak lain (yang menyatakan qabul).²⁰

Dari uraian pengertian akad di atas dapat di simpulkan bahwa akad adalah "pertalian ijab (ungkapan tawaran di satu pihak yang mengadakan kontrak) dengan qabul (ungkapan penerimaan oleh pihak pihak lain) yang memberikan pengaruh pada suatu kontrak.

Dalam hukum Islam istilah kontrak tidak dibedakan dengan perjanjian, keduanya identik dan disebut akad. Sehingga dalam hal ini akad didefinisikan sebagai pertemuan ijab yang dinyatakan oleh salah satu pihak dengan kabul dari pihak lain secara sah menurut syarak yang tampak akibat hukumnya pada obyeknya.²¹ Oleh karena itu, kontrak merupakan kesepakatan bersama baik lisan, isyarat, maupun tulisan antara dua pihak atau lebih melalui ijab dan qabul yang memiliki ikatan hukum bagi semua pihak yang terlibat untuk melaksanakan apa yang menjadi kesepakatan tersebut.

Perkataan kontrak secara linguistik bermakna 'Ar-rabthu' yaitu: menghubungkan atau mangaitkan, mengikat beberapa ujung sesuatu.²² Perkataan akad (*Al-Aqdu*) sebagaimana Allah SWT berfirman bahwa: "barang siapa yang menepati janji (yang dibuatnya) dan bertaqwa, maka sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertakwa.²³ Dalam pandangan Islam bahwa memenuhi janji dipandang sebagai wujud ketaqwaan hamba kepada pencitanyasebagaimana perintah Allah yang artinya: "...penuhilah janji karena janji itu pasti dimintakan pertanggungjawaban."²⁴

Secara khusus perkataan akad berarti perikatan yang ditetapkan dengan ijab qabul berdasarkan ketentuan syara' yang berdampak pada objeknya.²⁵ Akad merupakan tindakan hukum dua

²⁰ Abdul Rahman Ghazaly, 2010. *Fiqh Muamalat*, Jakarta, Kencana, hlm. 51.

²¹ Syamsul Anwar, 2006. Kontrak dalam Islam, makalah disampaikan pada Pelatihan Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syari'ah di Pengadilan Agama, Yogyakarta: Kerjasama Mahkamah Agung RI dan Program Pascasarjana Ilmu Hukum Fakultas Hukum UII, hlm.7.

²² Dimyauddin Djuaini, 2008. *Pengantar Fiqh Muamalah*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 47.

²³ QS. Ali Imran (3): 76

²⁴ QS Al Isra (17): 34

²⁵ Rachmat Syafei, 2006. *Fiqh Muamalah*, Pustaka Setia, Bandung, hlm. 43.

pihak karena adak adalah pertemuan ijab yang mempresentasikan kehendak dari satu pihak dan qabul yang menyatakan kehendak pihak lain.²⁶ Kesepakatan (*aqad*) sebagai perjanjian tertulis yang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah dan sesuai dengan peraturan perundang-undangan.²⁷ Oleh karena itu, kontrak syariah sebagai hukum yang mengatur perjanjian atau perikatan yang sengaja dibuat secara tertulis berdasarkan prinsip-prinsip syari'ah. Hal itu berarti bahwa keseluruhan dari kaedah-kaedah hukum yang mengatur hubungan ekonomi antara dua pihak atau lebih berdasarkan kesepakatan yang menimbulkan akibat hukum secara tertulis berdasarkan hukum Islam.²⁸ Dengan demikian, dalam Islam secara jelas dan tegas diwajibkan kepada para pihak yang telah membuat kesepakatan atau *aqad* tersebut untuk memenuhinya.²⁹

Kontrak syari'ah bermaksud bahwa suatu perbuatan harus senantiasa diniatkan semata-mata karena Allah. Suatu perbuatan yang dilakukan dengan niat karena Allah semestinya diwujudkan dalam bentuk amal perbuatan yang sesuai dengan ketentuan syari'ah. Agar kemauan atau niat perlu ditindak lanjutkan dalam bentuk perbuatan, bahkan maksud menyusun suatu kontrak adalah tujuan utama disyariatkan akad itu sendiri. Menurut Ahmad Azhar Basyir akad adalah suatu perikatan antara ijab dan qabul dengan cara yang dibenarkan syara' yang menetapkan adanya akibat-akibat hukum pada objeknya.³⁰

Dengan demikian rumusan makna akad di atas mengindikasikan bahwa akad terdiri dari adanya para pihak untuk mengikatkan diri tentang perbuatan yang akan dilakukan dalam satu hal tertentu. Kemudian akad ini diwujudkan melalui :

a. Ijab dan qabul.

Ijab yaitu pernyataan pihak pertama mengenai isi perikatan yang diinginkan. Adapun qabul yaitu pernyataan pihak kedua untuk menerimanya. Ijab dan qabul ini diadakan untuk

²⁶Muhammad Ardi, Asas-Asas Perjanjian (Akad), Hukum Kontrak Syariah dalam Penerapan Salam dan Istisna, Jurnal Hukum Diktum, Volume 14, Nomor 2, Desember 2016: 265 - 279

²⁷ Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara.

²⁸Rahmani Timorita Yulianti, Asas-Asas Perjanjian (Akad) dalam Hukum Kontrak Syari'ah, Jurnal Ekonomi Islam, Vol. II, No. 1, Juli 2008: 91-107.

²⁹QS. Al-Maidah (5) : 1

³⁰Dewi Nurul Musjtari, 2012. *Penyelesaian Sengketa dalam Praktik Perbankan Syariah* Yogyakarta: Parama Publishing, hlm. 40-41.

menunjukkan adanya sukarela timbal balik terhadap akad yang dilakukan oleh dua pihak yang bersangkutan.

- b. Adanya kesesuaian dengan kehendak syariat.
Seluruh akad yang diperjanjikan oleh kedua pihak atau lebih (baik dari objek perjanjian, aktivitas yang dilakukan dan tujuan) dianggap sah apabila sesuai dengan ketentuan hukum Islam.
- c. Adanya akibat hukum pada objek akad.
Setiap transaksi memiliki akibat hukum masing-masing sesuai dengan jenis dan bentuknya. Dalam bentuk transaksi jual beli, maka akibat hukumnya adalah pemindahan kepemilikan dari satu pihak (yang melakukan ijab) kepada pihak lain (yang menyatakan qabul). Sementara itu bentuk-bentuk sewa, akibat hukumnya adalah terjadinya pengalihan kemanfaatan dari suatu barang atau jasa dari pemilik sewa kepada pengguna sewa, dan begitu seterusnya dalam transaksi-transaksi lain.

Dalam Islam bisnis dapat dipahami sebagai serangkaian aktivitas bisnis dalam berbagai bentuknya yang tidak dibatasi jumlah (kuantitas) kepemilikan hartanya (barang/jasa) termasuk profitnya, namun dibatasi dalam cara perolehan dan pendayagunaan hartanya (ada aturan halal dan haram). Yang berarti bahwa Islam mewajibkan setiap muslim, khususnya yang memiliki tanggungan untuk bekerja. Bekerja sebagai suatu sarana bagi manusia untuk mendapatkan harta kekayaan, dalam rangka memenuhi kepentingan hidup atau mencari nafkah. Sebagaimana firman Allah "Dialah Yang menjadikan bumi itu mudah bagi kamu, maka berjalanlah di segala penjurunya dan makanlah sebahagian dari rezeki-Nya. Dan hanya kepada-Nya-lah kamu (kembali setelah) dibangkitkan."³¹ Aktivitas bisnis yang dijalankan adalah halal, dengan cara pengelolaan dijalankan secara benar, adil (menghargai berbagai kepentingan) dan dapat memberikan manfaat untuk masyarakat luas.³²

Berbagai rumusan pengertian kontrak bisnis di atas bermaknasuatu hubungan hukum yang terjalin diantara para pihak khususnya dalam bidang harta kekayaan, yang mana hak bagi satu pihak untuk mendapatkan prestasi, dalam waktu yang sama kewajiban bagi pihak lain untuk memenuhi prestasi yang telah

³¹ QS. Al Mulk (67): 15.

³² Muslich. 2010. *Etika Bisnis Islami*, Yogyakarta: Ekonisia Fakultas Ekonomi UII, hlm. 43.

disepakati dan dituangkan dalam suatu kontrak, yang dibuat secara tertulis terkait dengan pekerjaan, profesi atau aktivitas komersial untuk mendapatkan keuntungan. Berarti pula bahwa kontrak bisnis merupakan suatu perjanjian dalam bentuk tertulis dimana substansi yang disetujui oleh para pihak yang terikat dengan tindakan-tindakan yang mempunyai nilai komersial. Dengan demikian kontrak bisnis adalah perjanjian tertulis antara dua lebih pihak yang mempunyai nilai komersial.

1.3 Dasar Hukum Kontrak Bisnis

1.3.1 Buku III KUH Perdata

Hukum kontrak bisnis dalam hukum positif di Indonesia baik yang bersumber dari hukum Islam maupun dalam Buku III KUH Perdata. Dalam buku ke III KUH Perdata mengenai kontrak bisnis terdapat 18 bab dan 631 pasal, yaitu Pasal 1233 sampai dengan Pasal 1864. Pengaturan perancangan kontrak di Buku III KUH Perdata meliputi:

- a. Perikatan pada umumnya (Pasal 1233 KUH Perdata-Pasal 1312 KUH Perdata)
- b. Perikatan yang dilahirkan dari perjanjian (Pasal 1313 KUH Perdata - Pasal 1352 KUH Perdata)
- c. Hapusnya perikatan (Pasal 1381 KUH Perdata - Pasal 1456 KUH Perdata)
- d. Jual beli (Pasal 1457 KUH Perdata - 1540 KUH Perdata)
- e. Tukar menukar (Pasal 1541 KUH Perdata - Pasal 1546 KUH Perdata)
- f. Sewa menyewa (Pasal 1548 KUH Perdata - Pasal 1600 KUH Perdata)
- g. Persetujuan untuk melakukan pekerjaan (Pasal 1601 KUH Perdata - Pasal 1617 KUH Perdata)
- h. Persekutuan (Pasal 1618 KUH Perdata-Pasal 1652 KUH Perdata)
- i. Badan Hukum (Pasal 1653 KUH Perdata-Pasal 1665 KUH Perdata)
- j. Hibah (Pasal 1666 KUH Perdata-Pasal 1693 KUH Perdata)
- k. Penitipan barang (Pasal 1694 KUH Perdata - Pasal 1739 KUH Perdata)
- l. Pinjam pakai (Pasal 1740 KUH Perdata - Pasal 1753 KUH Perdata)
- m. Pinjam meminjam (Pasal 1754 KUH Perdata - Pasal 1769 KUH Perdata)

- n. Bunga tetap atau abadi (Pasal 1770 KUH Perdata - Pasal 1773 KUH Perdata)
- o. Perjanjian untung-untungan (Pasal 1774 KUH Perdata - Pasal 1791 KUH Perdata)
- p. Pemberian Kuasa (Pasal 1792 KUH Perdata - Pasal 1819 KUH Perdata)
- q. Penanggungan utang (Pasal 1820 KUH Perdata - Pasal 1850 KUH Perdata)
- r. Perdamaian (Pasal 1851 KUH Perdata-Pasal KUH Perdata)

1.3.2 Dasar hukum kontrak dalam Islam.

Dasar hukum kontrak dalam Islam bersumber dari beberapa sumber, yaitu: a Al Quran, Hadits, b Ijmak Ulama, c ketentuan perundangan dan fakta Dewan Syariah Nasional, diantaranya sebagai berikut:

- a. Al-Quran
 - Terkait dengan perjanjian (*aqad*) dalam Al-Quran telah secara tegas memberikan pedoman pelaksanaannya, antara lain yaitu:
 - i) Kewajiban menunaikan janji
 - Ketentuan bagi muslim agar memenuhi setiap perjanjian yang dibuatnya, sebagaimana perintah Allah SWT dalam yang artinya: “hai orang-orang yang beriman, penuhilah akad-akad itu. Dihalalkan bagimu binatang ternak, kecuali yang akan dibacakan kepadamu. (yang demikian itu) dengan tidak menghalalkan berburu ketika kamu sedang mengerjakan haji. Sesungguhnya Allah menetapkan hukum menurut yang dikehendaki-Nya”.³³
 - ii) Larangan Riba
 - Riba merupakan suatu perkara yang sangat terlarang di dalam Islam, dan jual beli dihalalkan. Oleh karena itu, orang-orang yang melakukannya dikenakan sanksi yang sangat berat, sebagaimana firman Allah SWT: “hai orang-orang yang makan yang (mengambil) riba tidak dapat berdiri melainkan seperti berdirinya orang yang kemasukan setan lantaran (tekanan) penyakit gila. Keadaan mereka yang demikian itu, adalah Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba. Orang-orang yang telah sampai kepadanya larangan dari Tuhannya, lalu terus berhenti

³³ QS Al-Maidah: 1

(dari mengambil riba), maka baginya apa yang telah diambilnya dahulu (sebelum datang larangan); dan urusannya (terserah) kepada Allah. Orang yang kembali (mengambil riba), maka orang itu adalah penghuni-penghuni neraka; mereka kekal di dalamnya.³⁴

iii) Barang jaminan perjanjian dan menunaikan amanah (bayar utang) dalam keadaan 2 (dua) orang bermuamalah secara utang dan tidak ada pihak yang mencatat perjanjian yang dilakukan diperlukan barang jaminan. Selain itu, pihak yang dipercaya harus melunasi tanggungjawabnya, sebagaimana firman Allah dalam Al-Quran: “jika kamu dalam perjalanan (dua bermuamalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang (oleh yang berpiutang). Akan tetapi jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanat (hutangnya) dan hendaklah orang yang bertaqwa kepada Allah Tuhannya; dan janganlah kamu (para saksi) menyembunyikan persaksian. Dan barang siapa yang menyembunyikannya, maka sesungguhnya ia adalah orang yang berdosa hatinya; dan Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan.”³⁵

iv) Penilaian Aqad

Anjuran untuk menilai suatu kontrak agar tidak menyalahi prinsip-prinsip berkontrak yang telah ditetapkan. Tindakan penilaian kontrak dalam konteks larangan monopoli dalam berbisnis menjadi bagian usahapencegahan (*preventive*) yang merupakan tindakan yang dilarang dalam syara'.³⁶ Hal itu bermaksud agar harta itu tidak hanya dimiliki terbatas oleh kalangan tertentu saja (orang kaya).³⁷

b. Hadis

Dalam konteks kontrak bisnis terdapat beberapa aturan yang merupakan pedoman untuk aktivitas bisnis, diantaranya sebagai berikut:

i) Larangan penipuan dalam berbisnis

³⁴ QS Al-Baqarah : 275

³⁵ Q.S Al-Baqarah : 283

³⁶ Ikhwan Hamdani, 2003. *Sistem Pasar dan Pengawasan Ekonomi (Hisbah) dalam Perspektif Ekonomi Islam*, Jakarta: Nur Insani, hlm.107.

³⁷ QS. Al-Hasyr: 7

Dilarang melakukan tindakan yang mengandung unsur penipuan dalam berbisnis seperti dalam seorang menyatakan dalam aqad yang dibuat bahwa kondisi rumah yang disewakan adalah bagus atau tidak ada yang rusak, namun kenyataannya sebaliknya. Demikian juga tindakan tipuanseorang penjual melipat pakaian yang ia jual dan menyamarkan atau menyembunyikan sesuatu yang terdapat dalam pakaian tersebut, dan waspadalah padapakaian yang dilipat: pertama rusak, dan setiap penjualan dimaksudkan untuk tidak diketahui, dan yang demikian itu penipuan.³⁸ Larangan terhadap tindakan yang demikian itu adalah jelas, yang mana dilarang penjualan ambiguitas (gharar) atau penipuan. Selain itu untuk melemahkan pembeli agar tidak mengetahui dari suatu barang yang diperjualbelikan.

ii) Usaha dan perbuatan yang baik

Sebagai manusia muslim, individu maupun kelompok—dalam lapangan ekonomi atau bisnis—di satu sisi diberi kebebasan untuk mencari keuntungan yang sebesar-besarnya. Namun, disisi lain, ia terikat dengan iman dan etika sehingga ia tidak bebas mutlak dalam menginvestasikan modalnya untuk membelanjakan hartanya. Masyarakat muslim tidak bebas tanpa kendali dalam melakukan bisnis, ia terikat dengan buhul yang mulia lagi erat yaitu al-Quran dan Hadis Rasulullah SAW.³⁹

iii) Hasil kerja dan makanan yang baik

Islam sangat menghargai kerja keras seseorang untuk memenuhi kebutuhan hidupnya, dan menikmati makanan yang dihasilkan dari kerjanya itu sebagaimana riwayat Hadis Riwayat Bukhari“tidaklah seseorang memakan sesuatu makanan yang lebih baik dari makanan yang ia makan dari hasil kerja keras tangannya sendiri. Karena nabi Daud ‘alaihi salam dahulu bekerja pula dengan hasil kerja keras tangannya” (HR Bukhari nomor 2072).

iv) Kejujuran

³⁸Imam Malik,1992. Muwatha. “ Terjemahan, Semarang: CV.Asyasyifa’, jilid 2, hlm. 254.

³⁹Muhammad Syakir Aula, 2004. *Asuransi Syari’ah: Life and General Konsep dan Sistem Operasional*, Cet. 1. Jakarta Gema Insani Press, hlm. 723-727.

Kejujuran merupakan sikap yang memiliki nilai utama dalam pandangan Islam, termasuk dalam aktivitas bisnis seperti perjanjian jual beli, sewa menyewa dan lain sebagainya yang dibuat diantara para pihak. Sedemikian pentingnya sikap jujur dalam berbisnis sampai-sampai seseorang pedagang yang jujur akan diberikan penghargaan yang istimewa, yaitu akan bersama Rasul.

c. Ijma'

Ijma' yaitu kesepakatan para *mujtahid* (ahli hukum yang melakukan penemuan hukum syarak) sesudah zaman Nabi Muhammad SAW. Mengenai hukum suatu kasus tertentu. Tidak semua mazhab menerima ijma' dengan konsep seperti ini, ahli-ahli hukum Hambali hanya menerima ijma' dari para sahabat Nabi SAW. Sedangkan ijma' sesudah generasi tersebut tidak diterima dengan alasan bahwa kemungkinan terjadi ijma' seperti itu secara factual adalah sulit, dilain pihak ada pendapat bahwa ijma' adalah kesepakatan umat, bukan sekedar kesepakatan mujtahid saja.⁴⁰

Ijma' pada masa kini dibedakan menjadi ijma: formal dan persuasif. Ijma' formal adalah kesepakatan menerima suatu hukum untuk diformalkan seperti dituangkan didalam peraturan perundang-undangan, seperti Undang-Undang perkawinan Islam di masing-masing Negara muslim. Ijma' persuasif adalah kesepakatan menerima suatu ketentuan hukum tanpa diformalkan, melainkan diterima secara diam-diam.⁴¹

d. Ketentuan Perundang-undangan

Ketentuan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia sebagai sumber hukum yang dapat diterapkan dalam lembaga pembiayaan, baik perbankan maupun lembaga pembiayaan non bank. Peraturan perundang-undangan yang dapat dijadikan sebagai sumber hukum seperti peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

e. Fakta Dewan Syariah Nasional

Dewan Syariah Nasional (DSN) merupakan lembaga yang dapat mengeluarkan fatwa untuk mengatur suatu hal yang

⁴⁰ *Ibid.*, hlm 16-17

⁴¹ *Ibid.*, hlm 17

berhubungan dengan Syariat Islam, termasuk dalam hal ini pembiayaan Syariah. Fatwa DSN ini dapat juga memiliki kekuatan hukum, namun hanya mengatur ketentuan yang masuk kedalam ranah agama Islam. Fatwa DSN yang mengatur tentang akad yaitu:

- i) Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia No. 09/DSN-MUI/IV/2000 tentang pembiayaan ijarah;
- ii) Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia No. 25/DSN-MUI/III/2002 tentang *Rahn*;
- iii) Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia No.26/ DSN-MUI/III/2002 tentang *Rahn* Emas.

1.4. Asas-Asas dalam Kontrak

1.4.1 Asas-asas kontrak bisnis menurut KUHPerdata

Sebuah kontrak bisnis yang disusun oleh para pihak secara teoritis harus mengikuti beberapa asas-asas hukum yang terkait dengan perancangan kontrak. Asas kontrak bisnis menurut KUHPerdata dilihat dari daya mengikatnya, umumnya dibagi atas dua kelompok yaitu: a. hukum memaksa; dan b. hukum mengatur. Hukum bersifat memaksa maksudnya adalah kaidah-kaidah hukum yang dalam keadaan konkrit tidak dapat dikesampingkan. Hukum memaksa ini wajib diikuti oleh setiap warga negara dan tidak dimungkinkan membuat aturan yang menyimpang dari aturan-aturan yang ditetapkan dalam hukum yang bersifat memaksa. Sifat tersebut umumnya termasuk dalam bidang hukum publik. Hukum bersifat mengatur maksudnya hukum yang dalam keadaan konkrit dapat dikesampingkan oleh para pihak dengan membuat pengaturan tersendiri yang disepakati oleh para pihak tersebut. Hukum bersifat mengatur ini umumnya terdapat dalam lapangan hukum perjanjian/ hukum kontrak (Buku III KUH Perdata). Jadi, dalam hal ini, jika para pihak mengatur lain, maka aturan yang dibuat oleh para pihaklah yang berlaku. Asas-asas yang dimaksud antara lain sebagai berikut:

a. Asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*)

Asas ini sebagai konsekuensi sifat hukum kontrak yang sifatnya sebagai hukum mengatur, dimana para pihak bebas mengatur sendiri isi kontrak yang dikehendaki. Namun demikian, kebebasan yang dimaksud bukanlah suatu kebebasan yang tiada batas. Melainkan kebebasan yang diberikan kepada para pihak oleh hukum, dalam koridor yang tertentu antara lain, yaitu: i). Tidak bertentangan dengan syarat sahnya kontrak; ii). Memenuhi ketentuan undang-undang sebagai suatu

kontrak;iii). tidak bertentangan dengan undang-undang, kepatutan/ kesusilaan dan ketertiban umum dan harus dilaksanakan dengan itikad baik.

b. Asas Konsensual.

Bahwa dengan telah dibuatnya perjanjian/ bersepakatnya para pihak maka perjanjian tersebut telah sah dan mengikat bagi para pihak yang membuatnya (Pasal 1338 (1) KUH Perdata).⁴²

c. Asas *Pacta Sunt Servanda* atau Asas Kepastian Hukum

Suatu kontrak yang telah dibuat secara sah mempunyai kekuatan hukum yang penuh dan berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak (Pasal 1338 (2) KUH Perdata).

d. Asas *Obligatoir* atau Asas Kekuatan Mengikat

Jika kontrak telah dibuat maka para pihak adalah terikat, tetapi keterkatannya tersebut hanyalah sebatas timbulnya hak dan kewajiban bagi masing-masing. Sedangkan pemenuhan prestasinya belum dapat dilakukan atau dipaksakan.

e. Asas Persamaan Hukum

Setiap orang dalam hal ini para pihak dalam perjanjian mempunyai kedudukan yang sama dalam hukum.

f. Asas Keseimbangan

Melaksanakan perjanjian harus ada keseimbangan hak dan kewajiban dari masing-masing pihak sesuai dengan apa yang diperjanjikan.

g. Asas Moral

Dalam asas sikap moral yang baik harus menjadi motivasi bagi para pihak yang membuat dan melaksanakan perjanjian.

h. Asas Kepatutan.

Isi perjanjian tidak hanya harus sesuai dengan peraturan perundang-undangan tetapi harus sesuai dengan kepatutan.

i. Asas Kebiasaan

⁴²Asas konsensualisme muncul diilhami dari hukum Romawi dan hukum Jerman. Di dalam hukum Germani tidak dikenal asas konsensualisme, tetapi yang dikenal adalah perjanjian riil dan perjanjian formal. Perjanjian riil adalah suatu perjanjian yang dibuat dan dilaksanakan secara nyata. Sedangkan yang disebut perjanjian formal adalah suatu perjanjian yang telah ditentukan bentuknya, yaitu tertulis (baik berupa akta autentik maupun akta di bawah tangan). Dalam hukum Romawi dikenal istilah *contractus verbis literis* dan *contractus innominat*. Yang artinya bahwa terjadinya perjanjian apabila memenuhi bentuk yang telah ditetapkan.

Bahwa perjanjian harus mengikuti kebiasaan yang lazim dilakukan.

j. Asas Itikad Baik (*Good Faith*)

Perjanjian harus dilakukan dengan itikad baik. Asas itikad baik merupakan asas bahwa para pihak yaitu pihak kreditur dan debitur harus bisa melaksanakan substansi kontrak. Black's Law Dictionary merumuskan pengertian itikad baik adalah: "*in or with good faith; honestly, openly, and sincerely; without deceit or fraud. Truly; actually; without simulation or pretense*". Yang berarti menjalankan suatu kesepakatan yang telah dibuat dengan etikat baik; jujur, terbuka, dan tulus; tanpa tipu daya atau penipuan. Sesungguhnya; sebenarnya; tanpa simulasi atau kepura-puraan.

Menurut Subekti menyatakan bahwa "etikad baik dalam membuat suatu perjanjian berarti kejujuran. Orang yang beritikad baik menaruh kepercayaan sepenuhnya kepada pihak lawan, yang dianggapnya jujur dan tidak menyembunyikan sesuatu yang buruk yang dikemudian hari dapat menimbulkan kesulitan-kesulitan". Hal itu secara tegas pula telah ditetapkan dalam ketentuan undang-undang bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan etikat baik (Pasal 1338 ayat 3 KUHPerdara).

1.4.2 Asas-asas Kontrak Menurut Hukum Islam

Asas berasal dari bahasa Arab *asasun* yang berarti dasar, basis dan fondasi. Secara terminologi adalah adalah dasar atau sesuatu yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat.⁴³ Istilah lain yang memiliki arti sama dengan kata asas adalah prinsip yaitu dasar atau kebenaran yang menjadi pokok dasar berpikir, bertindak dan sebagainya.⁴⁴ Mohammad Daud Ali mengartikan *asas* apabila dihubungkan dengan kata *hukum* adalah kebenaran yang dipergunakan sebagai tumpuan berpikir dan alasan pendapat terutama dalam penegakan dan pelaksanaan hukum.⁴⁵ Dikaitkan dengan perjanjian dalam hukum kontrak syariah adalah, kebenaran yang dipergunakan sebagai tumpuan berpikir dan alasan pendapat

⁴³Departemen Pendidikan Nasional, 2002, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, edisi ke-3, Jakarta, Balai Pustaka, hlm. 70.

⁴⁴*Ibid*, hlm. 896.

⁴⁵Mohammad Daud Ali, 2000, *Hukum Islam: Pengantar Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, cetakan ke-8, Jakarta, Raja Grafindo Persada, hlm. 50-52.

tentang perjanjian terutama dalam penegakan dan pelaksanaan hukum kontrak syari'ah.

Dalam hukum kontrak syariah terdapat asas-asas perjanjian yang melandasi penegakan dan pelaksanaannya. Asas-asas perjanjian tersebut diklasifikasikan menjadi asas-asas yang tidak berakibat hukum dan sifatnya umum dan perjanjian yang berakibat hukum dan sifatnya khusus.

Adapun asas-asas perjanjian yang tidak berakibat hukum dan sifatnya umum adalah:

a. Asas Ilahiah atau Asas Tauhid

Setiap tingkah laku dan perbuatan manusia tidak terlepas dari ketentuan Allah SWT. QS.al-Hadid (57): 4 yang artinya "*Dia bersama kamu dimana saja kamu berada. Dan Allah maha melihat apa yang kamu kerjakan*". Kegiatan mu'amalah termasuk perbuatan perjanjian, tidak pernah akan lepas dari nilai-nilai ketauhidan. Dengan demikian, manusia memiliki tanggung jawab akan hal itu. Tanggung jawab kepada masyarakat, tanggung jawab kepada pihak kedua, tanggung jawab kepada diri sendiri, dan tanggung jawab kepada Allah SWT. Akibat dari penerapan asas ini, manusia tidak akan berbuat sekehendak hatinya karena segala perbuatannya akan mendapat balasan dari Allah SWT.⁴⁶

b. Asas Kebolehan (*Mabda al-Ibahah*)

Dalam asas ini segala sesuatu dibolehkan sehingga ada dalil yang melarang.⁴⁷ Ketentuan tersebut sebagaimana hadis riwayat al Bazar dan at-Thabrani yang artinya: "Apa-apa yang diharamkan Allah adalah halal dan apa-apa yang diharamkan Allah adalah haram, dan apa-apa yang didiamkan adalah dimaafkan. Maka terimalah dari Allah pemaaf-Nya. Sungguh Allah itu tidak melupakan sesuatupun".⁴⁸

Hadis riwayat Daruquthni, dihasankan oleh An-Nawawi yang artinya: "Sesungguhnya Allah telah mewajibkan beberapa kewajiban, maka jangan kamu sia-siakan dia dan Allah telah memberikan beberapa batas, maka janganlah kamu langgar dia,

⁴⁶Muhammad Syakir Aula, 2004. *Asuransi Syari'ah: Life and General Konsep dan Sistem Operasional*, Cet. 1. Jakarta Gema Insani Press, hlm. 723-727.

⁴⁷Imam Musbikin, 2001. *Qawdid Al-Fighiyah*, cet. 1. Jakarta: Raja Grafindo Persada, lihat Syamsul Anwar 2006. *Kontrak dalam Islam...*, hlm. 12.

⁴⁸*Ibid*, hlm. 59. Lihat Rahmani Timorita Yulianti, Asas-Asas Perjanjian (Akad) dalam Hukum Kontrak Syari'ah, La_Riba Jurnal Ekonomi Islam Vol II No.1. Juli 2008.

dan Allah telah mengharamkan sesuatu maka janganlah kamu pertengkarkan dia, dan Allah telah mendiamkan beberapa hal maka janganlah kamu perbincangkan dia". Oleh karena itu, bahwa segala sesuatunya adalah boleh diubah dilakukan. Kebolehan ini dibatasi sampai ada dasar hukum yang melarangnya. Hal ini berarti bahwa Islam memberi kesempatan luas kepada yang berkepentingan untuk mengembangkan bentuk dan macam transaksi baru sesuai dengan perkembangan zaman dan kebutuhan masyarakat.

c. Asas Keadilan (*Al 'Adalah*)

Dalam QS. Al-Hadid (57): 25 disebutkan bahwa Allah berfirman yang artinya "Sesungguhnya Kami telah mengutus rasul-rasul Kami dengan membawa bukti-bukti yang nyata dan telah Kami turunkan bersama mereka al-Kitab dan Neraca (keadilan) supaya manusia dapat melaksanakan keadilan". Selain itu disebutkan pula dalam QS. Al-Araf (7): 29 yang artinya "Tuhanku menyuruh supaya berlaku adil". Dalam asas ini para pihak yang melakukan kontrak dituntut untuk berlaku benar dalam mengungkapkan kehendak dan keadaan, memenuhi perjanjian yang telah mereka buat, dan memenuhi semua kewajibannya.⁴⁹

d. Asas Persamaan Atau Kesetaraan

Hubungan mu'amalah dilakukan untuk memenuhi kebutuhan hidup manusia. Cenderung terjadi seseorang memiliki kelebihan dari yang lainnya. Maka sesama manusia masing-masing memiliki kelebihan dan kekurangan. Maka antara manusia yang satu dengan yang lain, hendaknya saling melengkapi atas kekurangan yang lain dari kelebihan yang dimilikinya. Dalam melakukan kontrak para pihak menentukan hak dan kewajiban masing-masing didasarkan pada asas persamaan dan kesetaraan.⁵⁰ Tidak diperbolehkan terdapat kezaliman yang dilakukan dalam kontrak tersebut. Sehingga tidak diperbolehkan membeda-bedakan manusia berdasar perbedaan warna kulit agama, adat dan ras. Dalam QS. al-Hujurat (49): 13 Allah SWT berfirman artinya "Hai manusia sesungguhnya kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling mengenal"

⁴⁹ Gemala Dewi, 2006. "Hukum Perikatan, Bandung: Citra Aditya Bakti, hlm. 33

⁵⁰ Ibid, hlm. 32-33

- e. Asas Kejujuran dan Kebenaran (*Ash Shidiq*)
Kejujuran harus diterapkan dalam kontrak, jika tidak maka akan merusak legalitas kontrak dan menimbulkan perselisihan diantara para pihak.⁵¹ QS.al-Ahzab (33):70 disebutkan yang artinya, "Hai orang-orang yang beriman, bertaqwalah kamu kepada Allah dan katakanlah perkataan yang benar". Suatu perjanjian dapat dikatakan benar apabila memiliki manfaat bagi para pihak yang melakukan perjanjian dan bagi masyarakat dan lingkungannya. Sedangkan perjanjian yang mendatangkan *madharat* dilarang.
- f. Asas Tertulis (*Al Kitabah*)
Suatu perjanjian hendaknya dilakukan secara tertulis agar dapat dijadikan sebagai alat bukti apabila di kemudian hari terjadi persengketaan.⁵² Dalam QS.al-Bagarah (2); 282-283 dapat dipahami bahwa Allah SWT menganjurkan kepada manusia agar suatu perjanjian dilakukan secara tertulis, dihadiri para saksi dan diberikan tanggung jawab individu yang melakukan perjanjian dan yang menjadi saksi tersebut. Selain itu dianjurkan pula jika suatu perjanjian dilaksanakan tidak secara tunai maka dapat dipegang suatu benda sebagai jaminannya.⁵³
- g. Asas Iktikad baik (Asas Kepercayaan)
Asas ini dapat disimpulkan dari pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata yang berbunyi, "Perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik".⁵⁴ Asas ini mengandung pengertian bahwa para pihak dalam suatu perjanjian harus melaksanakan substansi kontrak atau prestasi berdasarkan kepercayaan atau keyakinan yang teguh serta kemauan baik dari para pihak agar tercapai tujuan perjanjian.
- h. Asas Kemanfaatan dan Kemaslahatan
Asas ini mengandung pengertian bahwa semua bentuk perjanjian yang dilakukan harus mendatangkan kemanfaatan dan kemaslahatan baik bagi para pihak yang mengikatkan diri dalam perjanjian maupun bagi masyarakat sekitar meskipun

⁵¹ Ibid, hlm. 37

⁵² Ibid, Mohammad Daud Ali, 1990. *Asas-asas Hukum Islam*. Jakarta: CV. Rajawali, hlm. 124.

⁵³ Gemala Dewi. 2006. *Hukum Perikatan*, Bandung: Citra Aditya Bakti, hlm. 37-38.

⁵⁴ Ibid, lihat juga Mohammad Daud Ali, 1990 "Asas-asas Hukum Islam hlm. 123

tidak terdapat ketentuannya dalam al Qur'an dan Al Hadis.⁵⁵ Asas kemanfaatan dan kemaslahatan ini sangat relevan dengan tujuan hukum Islam secara universal. Sebagaimana para filosof Islam di masa lampau seperti al-Ghazali (w.505/ 1111) dan asy-Syatibi (w 790/1388) merumuskan tujuan hukum Islam berdasarkan ayat-ayat al-Qur'an dan al-Hadis sebagai mewujudkan kemaslahatan. Dengan maslahat memenuhi dan melindungi lima kepentingan pokok manusia yaitu melindungi religiusitas, jiwa-raga, akal-pikiran, martabat diri dan keluarga, serta harta kekayaan.⁵⁶

Sedangkan asas-asas perjanjian yang berakibat hukum dan bersifat khusus antara lain sebagai berikut:

- a. Asas Konsensualisme atau Asas Kerelaan (*ar-ridha'iyah*)
Asas ini pada dasarnya memandang bahwa setiap pihak memiliki kesempatan yang sama untuk menyatakan keinginannya dalam mengadakan transaksi. Suatu akad baru lahir setelah dilaksanakan Ijab dan Kabul. Dalam hal ini diperlukan kejelasan pernyataan kehendak atau harus adanya kesesuaian antara penawaran dan penerimaan. Komunikasi diantara mereka yang punya kehendak untuk melakukan transaksi adalah diperlukan secara suka rela terkait dengan objek perjanjian yang mereka sepakati tanpa paksaan dari pihak manapun juga. Kerelaan merupakan unsur penting yang semestinya terdapat dalam suatu perjanjian dengan adanya kebebasan kehendak dari mereka yang berkontrak. Maka memakan harta yang diperoleh dengan jalan yang dilarang (batil) adalah sangat dilarang, sebagaimana firman Allah dalam QS. An-Nisa (4): 29 yang artinya: "Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama suka di antara kamu". Oleh karena itu, perjanjian mereka buat harus berdasarkan kerelaan para pihak yang berkepentingan, dan tidak terdapat unsur paksaan, tipuan, dan tekanan. Dalam hal terdapat hal yang sebaliknya

⁵⁵M.Tamyiz Muharrom, 2003. *Kontrak Kerja: Antara Kesepakatan dan Tuntutan Pengembangan SDM*, dalam *Al Mawarid* Jurnal Hukum Islam, Edisi X tahun 2003, Yogyakarta, Program Studi Syari'ah FIAI UII.

⁵⁶ Al-Ghazali, 1971, *al-Mustasfa min 'Ilm al-Usul*. Kairo: Syirkah at-Tiba'ah al-Fanniyah al-Mutfahidah.

maka perjanjian yang dibuat adalah termasuk perjanjian yang dibuat secara batal.⁵⁷

- b. Asas Kebebasan Berkontrak (*mabda' hurriyah at-ta'aqud*)
Islam memberikan kebebasan kepada para pihak untuk melakukan suatu perikatan. Bentuk dan isi perikatan tersebut ditentukan oleh para pihak. Apabila telah disepakati bentuk dan isinya, maka perikatan tersebut mengikat para pihak yang menyepakatinya dan harus dilaksanakan segala hak dan kewajibannya. Namun kebebasan ini tidak absolute. Sepanjang tidak bertentangan dengan syari'ah Islam, maka perikatan tersebut boleh dilaksanakan. Menurut Faturrahman Djamil bahwa, "Syari'ah Islam memberikan kebebasan kepada setiap orang yang melakukan akad sesuai dengan yang diinginkan, tetapi yang menentukan syarat sahnya adalah ajaran agama."⁵⁸Memenuhi janji merupakan salah satu syarat sah perjanjian, sebagaimana diperintahkan kepada orang-orang yang beriman, penuhilah perjanjian-perjanjian, karena pasti dimintakan pertanggungjawaban.⁵⁹
- c. Asas Perjanjian Itu Mengikat
Asas ini berasal dari hadis Nabi Muhammad Sallahualaihi Wasallam yang artinya: "Orang-orang muslim itu terikat kepada perjanjian-perjanjian (Klausul-klausul) mereka, kecuali perjanjian (klausul) yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram."⁶⁰ Setiap orang yang melakukan perjanjian terikat kepada isi perjanjian yang telah disepakati bersama pihak lain dalam perjanjian.⁶¹ Maka seluruh isi perjanjian adalah sebagai peraturan yang wajib dilakukan oleh pihak yang mengikatkan diri dalam perjanjian.
- d. Asas Keseimbangan Prestasi
Yang dimaksudkan dengan asas ini adalah asas yang menghendaki kedua belah pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian. Dalam hal ini dapat diberikan ilustrasi, kreditur

⁵⁷ Faturrahman Djamil. "Hukum Perjanjian Syadah", dalam Mariam Darus Badzrulzaman et. al. 2001. *Kompilasi Hukum Perikatan*, cet. 1. Bandung: Citra Aditya Bakti, hlm. 250.

⁵⁸ Gemala Dewi, 2006. *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, hlm. 31. Lihat Syamsul Anwar, 2006, *Kontrak Dalam Islam* hlm. 12. Vol. 11, No. 1, Juli 2008

⁵⁹ QS.al-Maidah (5): 1 & Al Israq (17): 34.

⁶⁰ Gemala Dewi, 2006. *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, hlm. 31. Lihat juga Syamsul Anwar, 2006. *Kontrak Dalam Islam*, Vol. 11, No. 1, Juli 2008, hlm. 12.

⁶¹ Hadis riwayat Bukhari, Tirmizi dan al-Hakim.

mempunyai kekuatan untuk menuntut prestasi dan jika diperlukan dapat menuntut pelunasan prestasi melalui harta debitur, namun debitur memikul pula kewajiban untuk melaksanakan perjanjian itu dengan iktikad baik.

e. Asas Kepastian Hukum (*Asas Pacta Sunt Servanda*)

Asas ini merupakan landasan untuk memastikan suatu perbuatan dapat dihukum hanya berdasarkan kekuatan ketentuan peraturan perundangan yang mengatur tentang perbuatan tersebut sebagaimana Allah berfirman yang artinya, "...dan tidaklah Kami menjatuhkan hukuman kecuali setelah Kami mengutus seorang Rasul untuk menjelaskan (aturan dan ancaman) hukuman itu....".⁶²Dalam QS.al-Maidah (5): 95 dapat dipahami Allah mengampuni apa yang terjadi di masa lalu. Oleh karena itu, asas kepastian hukum adalah tidak ada suatu perbuatanpun yang dapat dihukum melainkan atas kekuatan ketentuan peraturan perundangan yang ada dan berlaku untuk perbuatan tersebut.⁶³.

Menurut Fathurrahman Djamil, asas-asas pembuatan akad syariah sebagai berikut⁶⁴:

- a. Dari segi hukum subyek atau para pihak yang membuat perjanjian
 - i) Para pihak harus cakap melakukan perbuatan hukum, artinya orang dewasa dan bukan mereka yang secara hukum berada di bawah pengampuan atau perwalian. Seseorang yang belum dewasa atau berada di bawah perwalian, dalam melakukan akad wajib melakukan diwakili oleh wakil atau pengampunya.
 - ii) Identitas para pihak dan kedudukan masing-masing pihak dalam akad harus jelas, apakah bertindak untuk dirinya sendiri atau mewakili sebuah badan hukum.
 - iii) Tempat dan syarat akad dibuat untuk kebaikan, makanya harus disebut dengan jelas.
- b. Dari segi tujuan dan objek akad

⁶²QS. Bani Israil (17): 15

⁶³ Mohammad Daud, 1990. *Asas-asas Hukum Islam*, Jakarta, Rajawali, hlm. 115.

⁶⁴ Hisranuddin, 2008, *Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*, Yogyakarta, Genta Press, hlm. 9-11.

- i) Disebutkan secara jelas tujuan dari dibuatnya akad, misalnya jual beli, sewa menyewa, bagi hasil dan seterusnya yang sudah dijelaskan oleh ajaran Islam
 - ii) Sekalipun diberikan kebebasan dalam menentukan objek akad, namun jangan sampai menentukan suatu objek yang dilarang oleh ketentuan hukum Islam atau *'urf* (kebiasaan/kepatutan) yang sejalan dengan ajaran Islam. Dengan kata lain, objek akad harus halal dan *thayyib*.
- c. Adanya kesepakatan dalam hal yang berkaitan
- i) Waktu perjanjian
Baik bermula atau berakhirnya perjanjian, jangka waktu angsuran dan berakhirnya harus diketahui dan disepakati sejak awal akad oleh bank dan nasabah. Tidak boleh berubah di tengah atau ujung perjalanan kesepakatan, kecuali hal itu disepakati oleh kedua belah pihak.⁶⁵
 - ii) Jumlah dana
Dana yang dibutuhkan, nisbah atau margin yang disepakati, biaya-biaya yang diperlukan dan hal-hal emergency yang memerlukan biaya-biaya lain.
 - iii) Mekanisme kerja
Disepakati sejauh mana kebolehan melakukan operasional pengawasan dan penilaian terhadap suatu usaha.
 - iv) Jaminan
Bagaimana kedudukan jaminan, seberapa besar jumlah dan kegunaan jaminan tersebut serta hal-hal lain yang berkaitan dengannya.
 - v) Penyelesaian
Bila terjadi penyelesaian atau tidak adanya kesesuaian antara 2 (dua) belah pihak, bagaimana cara penyelesaian yang disepakati, tahapan-tahapan yang harus dilalui dan seterusnya.
 - vi) Objek yang dijanjikan dan cara pelaksanaannya
- d. Pilihan hukum dan forum dalam penyelesaian sengketa
Dalam pembuatan akad, pilihan hukum harus ditegaskan dengan jelas dalam akad yang akan dibuat serta forum dalam penyelesaian sengketa harus dicantumkan dalam akad, misalnya dengan mencantumkan klausula "bahwa dalam hal terjadi sengketa di kemudian hari, para pihak sepakat untuk

⁶⁵Mardani, 2013. *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*, Jakarta, Sinar Grafika, hlm. 75.

menyelesaikannya dengan berdasarkan hukum Islam di Badan Arbitrase Syariah Nasional yang wilayah hukumnya meliputi tempat dibuatnya akad ini”⁶⁶.

Dalam kontrak syariah, hal-hal yang perlu diperhatikan dalam pembuatan suatu kontrak antara lain sebagai berikut:

- a. Hal yang diperjanjikan dan objek transaksi haruslah halal menurut syariat
- b. Tidak terdapat ketidakjelasan (gharrar) dalam rumusan akad maupun prestasi yang diperjanjikan
- c. Para pihak tidak menzalimi dan tidak dizalimi
- d. Transaksi harus adil
- e. Transaksi tidak mengandung unsure perjudian (maysir)
- f. Terdapat prinsip kehati-hatian
- g. Tidak membuat barang-barang yang tidak bermanfaat dalam islam maupun barang najis
- h. Tidak mengandung riba

Selain itu terdapat pedoman dalam pembuatan kontrak bisnis syariah seperti berikut:⁶⁷

- a. Prinsip saling rela dalam akad (*'an-taradhin*);
- b. Prinsip kewirausahaan (*al-'itimid 'ala an-nafs*)
- c. Prinsip saling menguntungkan dalam hal-hal yang bermanfaat (*at-ta'awwun*)
- d. Prinsip tanggungjawab (*al-mas'uliyah*)
- e. Prinsip kemudahan (*al-taysir*), karena segala kegiatan muamalah diperbolehkan selama tidak ada larangan
- f. Prinsip administrasi keuangan yang benar dan transaksi yang transparan (*al-hidayah*)
- g. Prinsip tanggungjawab sosial (*al-takaful al-ijtima'i*)
- h. Prinsip kehati-hatian (*al-ikhtiyat*)

Dari uraian mengenai asas-asas kontrak bisnis di atas baik menurut hukum Islam, asas-asas yang melandasi suatu kontrak terdapat intisari penting antara lain: 1. Aktivitas bisnis secara umum memiliki keterkaitan baik secara horizontal maupun vertikal. Dalam hal para pihak yang berkontrak memenuhi janji yang telah disepakati maka tidak akan ada azas yang terabaikan; dan 2. Asas-asas dalam

⁶⁶Abdul ghofur Anshori, 2010, *hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, Yogyakarta, Gadjah Mada University Press, hlm 39

⁶⁷Djazuli, 2003, *Fikih Siyash Implementasi Kemaslahatan Umat Islam dalam Rambu-Rambu Syariah*, Jakarta, Kencana, hlm 207-208

perancangan suatu kontrak, kesemuanya menyangkut dengan hak dan kewajiban para pihak.

1.5. Syarat Sah Kontrak Bisnis

1.5.1 Syarat Sah Kontrak Bisnis Menurut KUHPerdata

Syarat Sah Umum: berdasarkan Pasal 1320 KUH Perdata, terdapat beberapa persyaratan diantaranya adalah:

- a. Konsensus disebut juga kesepakatan kehendak;
- b. Cakap atau wenang berbuat;
- c. Perihal Tertentu;
- d. Causa Halal.

Pengaturan umum atas syarat sah perjanjian selain yang diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata, yaitu:

- a. Itikad Baik;
- b. Sesuai dengan kebiasaan;
- c. Sesuai dengan kepatutan;
- d. Sesuai dengan kepentingan umum.

Syarat sah tersebut dalam *New Burgerlijk Wetboek* (NBW)⁶⁸ Belanda atau BW Belanda yang baru telah diruba, yang mana syarat ke-3 dan ke-4 dalam Pasal 1320 telah dijadikan satu sehingga N. B. W menyatakan syarat sahnya perjanjian ada 3 (tiga), seperti berikut:

- a. Kesepakatan;
- b. Kemampuan bertindak;
- c. Perjanjian yang dilarang

Selanjutnya Subekti menambahkan, bahwa apabila tidak dipenuhinya syarat subjektif maka perjanjian dapat dimintakan pembatalan perjanjian kepada Hakim. Namun jika syarat objektif tidak terpenuhi, maka dapat dibatalkan demi hukum.⁶⁹

Konsekuensi hukum disebabkan tidak terpenuhinya satu atau beberapa syarat sahnya kontrak adalah tergantung pada syarat mana yang tidak dipenuhi. Konsekuensi yuridis perjanjian sendiri berbentuk:

- a. Batal Demi Hukum, terjadi apabila dilanggarnya syarat objektif dalam Pasal 1320 KUH Perdata yaitu perihal tertentu dan kausa yang halal (batal demi hukum).

⁶⁸ *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (NBW) adalah Kitab Undang-Undang Hukum Perdata negeri Belanda yang baru menggantikan BW lama Belanda, diberlakukan sejak tanggal 1 Januari 1992.

⁶⁹ R.Subekti, 1987. *Hukum Perjanjian*. Intermasa, Jakarta, hlm.16.

- b. Dapat dibatalkan, apabila syarat subjektif yang diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata tentang kesepakatan kehendak dan kecakapan berbuat tidak dipenuhi.
- c. perjanjian tidak dapat dilaksanakan, kontrak ini tidak otomatis batal, karena pada dasarnya kontrak ini masih dapat dilanjutkan, sepanjang dipenuhinya syarat tertentu. Setelah dipenuhi syarat ini, maka kontrak dapat dilaksanakan.
- d. Sanksi administratif, konsekwensi sanksi administratif ini timbul apabila tidak dipenuhinya syarat-syarat seperti perijinan atau pelaporan kepada instansi terkait.

1.5.2 Syarat sah kontrak (akad) menurut hukum Islam

a. Rukun akad

Rukun adalah unsur-unsur yang membentuk sesuatu, sehingga sesuatu itu terwujud karena adanya unsur-unsur tersebut yang membentuknya. Akad juga terbentuk karena adanya unsur-unsur atau rukun-rukun yang membentuknya. Menurut ahli-ahli hukum Islam kontemporer, rukun yang membentuk akad itu ada empat, yaitu:

- i) Para pihak yang membuat akad (*al-'aqidan*)
- ii) Pernyataan kehendak para pihak (*shigatul-'aqd*)
- iii) Objek akad (*mahallul-'aqd*)
- iv) Tujuan akad (*maudhu'al-'aqd*).

Terbentuknya suatu akad (perjanjian) yang sah dan mengikat dalam hukum Islam harus memenuhi rukun dan syarat akad. Syarat akad dibedakan menjadi 4 (empat) macam, sebagai berikut:⁷⁰

b. Syarat terbentuk akad (*syuruth al-in'iqad*)

Masing-masing rukun (unsur) yang membentuk akad diatas memerlukan syarat-syarat (*syuruthal-in'iqad*) agar unsur itu dapat berfungsi membentuk akad. Tanpa adanya syarat, rukun akad tidak dapat membentuk akad. Rukun pertama yaitu para pihak harus memenuhi 2 (dua) syarat yaitu *tamyiz* dan terbilang (*at-ta'addud*). Rukum kedua yaitu pernyataan kehendak dan harus memenuhi dua syarat, yaitu adanya persesuaian ijab dan kabul (tercapainya kata sepakat) dan kesatuan majelis akad. Rukun ketiga yaitu objek akad yang harus memenuhi tiga syarat, yaitu objek yang dapat diserahkan dan tertentu atau dapat ditentukan. Rukun keempat

⁷⁰ Syamsul Anwar, *Op.Cit.* hlm 97-105

memerlukan satu syarat, yaitu tidak bertentangan dengan syarak.

c. Syarat keabsahan akad (*syuruth ash-shihah*)

Rukun dan syarat terbentuknya akad disebutkan di atas memerlukan kualitas tambahan sebagai unsur penyempurna. Unsur penyempurna sebagai syarat sah atau keabsahan akad.

Syarat sah kontrak menurut Islam dibedakan menjadi dua macam, yaitu: syarat sah umum (berlaku terhadap kebanyakan akad) dan syarat keabsahan khusus yang berlaku bagi masing-masing kontrak khusus. Rukun pertama para pihak dengan dua syarat terbentuknya, yaitu *tamyiz* dan terbilang pihak; Rukun kedua yaitu pernyataan kehendak dengan kedua syarat, juga tidak menerima sifat penyempurna.

Menurut jumhur ahli hukum Islam syarat kedua dari rukun kedua ini memerlukan penyempurna yaitu persetujuan ijab dan kabul itu harus dicapai secara bebas tanpa paksaan, jika terjadi dengan paksaan, maka akadnya fasid. Menurut Zulfar, akad yang dibuat dengan paksaan adalah sah, hanya akibat hukumnya belum dapat dilaksanakan (masih tergantung, *maukuf*), menunggu ratifikasi dari pihak yang dipaksa apabila paksaan tersebut telah berlalu. Rukun ketiga abjek akad dengan ketiga syaratnya memerlukan sifat-sifat sebagai unsur penyempurna.

Syarat “dapat diserahkan” memerlukan unsur penyempurna, yaitu penyerahan tidak menimbulkan kerugian (*dharar*) dan apabila menimbulkan kerugian maka akadnya fasid. Syarat “objek tertentu” memerlukan kualifikasi penyempurna, yaitu tidak mengandung *gharar*, dan apabila mengandung *gharar* akadnya menjadi fasid. “objek harus dapat ditransaksikan” juga memerlukan unsure penyempurna yaitu harus bebas dari syarat fasid dan bagi akad atas beban harus bebas dari riba. Secara keseluruhan ada empat sebab yang menjadikan fasid suatu akad meskipun telah memenuhi rukun dan syarat terbentuknya, yaitu penyerahan yang menimbulkan kerugian *gharar*, syarat-syarat fasid, dan riba.

d. Syarat berlakunya akibat hukum (*syuruthan-Nafadz*)

Akad yang telah sah memiliki kemungkinan bahwa akibat-akibat hukum akad tersebut belum dapat dilaksanakan. Akad yang belum dapat dilaksanakan akibat hukumnya, meskipun sudah sah disebut akad *maukuf* (terhenti atau tergantung).

Akad yang sudah sah harus memenuhi dua syarat berlakunya akibat hukum untuk dapat melaksanakan akibat hukumnya, yaitu adanya kewenangan sempurna atas objek akad dan adanya kewenangan atas tindakan hukum yang dilakukan. Kewenangan sempurna atas objek akad terpenuhi dengan para pihak mempunyai kepemilikan atas objek bersangkutan, atau mendapat kuasa dari pemilik, dan pada objek tersebut tidak tersangkut hak orang lain seperti objek yang sedang digadaikan atau disewakan.

Kewenangan atas tindakan hukum terpenuhi dengan para pihak telah mencapai tindak kecakapan bertindak hukum yang dibutuhkan bagi tindakan hukum yang dilakukannya. Ada tindakan hukum yang hanya memerlukan tingkatan kecakapan bertindak hukum minimal, yaitu *tamyiz*, dimana apabila ini dipenuhi tindakan hukum itu sah dan dapat dilaksanakan akibat hukumnya. Adapula tindakan hukum yang memerlukan kecakapan bertindak hukum sempurna, yaitu *kedewasaan*, dimana apabila ini telah dipenuhi tindakan hukum itu sah dan akibat hukumnya dapat dilaksanakan, tetapi apabila tidak dipenuhi tindakan hukum itu tidak sah, namun akibat hukumnya belum dapat dilaksanakan dan tergantung kepada ratifikasi wali. Adapula tindakan hukum yang memerlukan kecakapan bertindak hukum maksimal dimana apabila tidak dipenuhi tindakan hukum itu tidak sah.

e. Syarat mengikat akad (*syuruth al-luzum*)

Akad yang memenuhi rukunnya serta syarat terbentuknya, syarat keabsahannya dan syarat berlakunya akibat hukum yang karenanya akad tersebut sah dan dapat dilaksanakan akibat hukumnya adalah mengikat para pihak dan tidak boleh salah satu pihak menarik kembali persetujuannya secara sepihak tanpa kesepakatan pihak lain, namun ada beberapa akad yang menyimpang dari asas ini dan tidak serta merta mengikat, meskipun rukun dan syaratnya telah dipenuhi. Hal ini disebabkan oleh sifat akad itu sendiri atau boleh adanya hak *khiyar* (hak opsi untuk meneruskan atau membatalkan secara sepihak) pada salah satu pihak.

Akad penitipan atau akad gadai, misalnya adalah akad yang menurut sifat aslinya tidak mengikat, dalam pengertian salah satu pihak atau keduanya dapat membatalkan secara sepihak sewaktu-waktu dan akibat pembatalan itu tidak berlaku surut tetapi berlaku sejak saat pembatalan. Akad penitipan dapat

dibatalkan secara sepihak oleh kedua belah pihak, sementara akad gadai tidak mengikat bagi sebelah pihak yaitu penerima gadai, dimana ia dapat membatalkannya secara sepihak.

1.6 Berakhirnya akad

Perjanjian yang dibuat oleh para pihak akan berakhir jika memenuhi tiga hal berikut:

- a. Berakhirnya masa berlaku akad
Perjanjian yang dibuat oleh para pihak, biasanya telah ditentukannya perjanjian tersebut akan berakhir, sehingga dengan lampaunya waktu akan secara otomatis perjanjian akan berakhir kecuali ditentukan lain oleh para pihak.
- b. Dibatalkan oleh para pihak yang berakad
Akad yang telah dibuat oleh para pihak yang bertransaksi juga dapat berakhir apabila salah satu pihak melanggar ketentuan perjanjian, atau salah satu pihak mengetahui jika dalam pembuatan perjanjian terdapat unsure kekhilafan atau penipuan. Kekhilafan dapat menyangkut obyek perjanjian (*errorin objecto*), maupun mengenai orangnya (*error in persona*).
- c. Salah satu pihak yang berakad meninggal dunia
Ketentuan ini berlaku pada perikatan untuk berbuat sesuatu, yang membutuhkan adanya kompetensi khas, sedangkan jika perjanjian dibuat dalam hal memberikan sesuatu, seperti uang atau barang, maka perjanjian tetap berlaku bagi ahli warisnya sehingga akad tidak akan berakhir. Salah satu contoh dalam hal ini yaitu ketika orang yang membuat perjanjian pinjam meminjam uang kemudian meninggal, maka kewajiban untuk mengembalikan hutang menjadi kewajiban ahli waris dari pihak yang berhutang.

*

BAB II

DIMENSI KONTRAK BISNIS

2.1. Penduluan

Berkembangnya bisnis merupakan suatu hal alami sejalan dengan semakin berkembangnya kehidupan manusia, yang seterusnya berkembang pula kebutuhan manusia baik dalam skala nasional, maupun internasional. Bahkan pada era global dewasa ini bisnis yang dilakukan tidak hanya terbatas pada lingkup nasional semata melainkan lebih dari itu, yakni meliputi lingkup internasional. Sehingga dalam aktifitas bisnis pun akan melahirkan kontrak bisnis internasional. Kontrak bisnis internasional akan menimbulkan suatu ketergantungan antara negara yang satu dengan negara lainnya yang secara realitasnya tidak akan dapat dihindari. Menurut Boermauna, kontrak (perjanjian) yang dibuat oleh subjek hukum internasional merupakan sumber hukum sebagai instrumen yuridis yang merangkul keinginan dan tujuan para pihak untuk mencapai tujuan tertentu.⁷¹

Transaksi bisnis internasional sebagaimana diatur dalam kontrak internasional, mengikuti dan beradaptasi dengan perkembangan (hukum) kontrak internasional yang bergantung kepada perkembangan transaksi bisnisnya beserta ketentuan hukumnya dan kontrak menjadi bagian penting, maka dengan sendirinya ketentuan hukum terkait dengan bisnis menjadi perhatian serius. Beragamnya ketentuan hukum nasional yang dimiliki oleh masing-masing negara memicu timbulnya tuntutan (kebutuhan) terhadap peraturan yang berlaku secara universal.

2.2 Klasifikasi Kontrak Bisnis

Kontrak bisnis dapat dibagi menurut sifat dan ruang lingkup daya jangkau hukum yang mengikatnya, kontrak bisnis dalam konteks internasional dan nasional kontrak.

⁷¹Boermauna, 1979-1980. Naskah Akademik Peraturan Perundang-Undangan Tentang Pembuatan dan Ratifikasi Perjanjian Internasional, kerjasama BPHN dan Depertemen Luar Negeri, Jakarta, hlm. 7.

2.2.1 Kontrak Bisnis Internasional

2.2.1.1 Pengertian Kontrak Bisnis Internasional

Pengertian perjanjian ini mirip dengan *contract* pada konsep Anglo-American yang selalu berkaitan dengan bisnis.⁷² Dalam pola pikir Anglo-American, perjanjian dalam bahasa Belanda *overeenkomst* dan dalam bahasa Inggris disebut *agreement* yang mempunyai pengertian lebih luas dari *contract*, karena mencakup hal-hal yang berkaitan dengan bisnis atau bukan bisnis. Untuk *agreement* yang berkaitan dengan bisnis disebut *contract*, sedangkan untuk yang tidak terkait dengan bisnis hanya disebut *agreement*. Menurut Sudargo Gautama kontrak bisnis internasional adalah kontrak bisnis nasional yang didalamnya terdapat unsur asing (*foreign element*).⁷³ Unsur asing sebagai unsur pembeda yang sangat mendasar, hal itu sebagaimana dinyatakan oleh Hannu Honka⁷⁴ bahwa secara teoritisnya unsur asing merupakan indikator sebuah kontrak adalah kontrak internasional. Unsur internasional dapat berupa para pihaknya, substansi yang diatur dan lain-lain. Sebagai contoh apabila dalam suatu kontrak bisnis para pihak yang mengikatkan diri adalah warga negara atau badan hukum asing maka hal ini sudah dapat dikategorikan sebagai kontrak bisnis internasional. Sebagai contoh kontrak bisnis internasional adalah perjanjian pendirian usaha patungan (*joint venture agreement*), perjanjian pinjam meminjam (*loan agreement*) antara badan hukum Indonesia dengan bank asing, perjanjian penjaminan emisi (*underwriting agreement*) antara emiten Indonesia dengan penjamin emis efek berbadan hukum asing dan lain-lain.

Selanjutnya yang membedakan antara kontrak bisnis domestik dan internasional adalah ada tidaknya unsur internasional. Dalam pasal 1 ayat (1) *United Nations Conventions On International Sale Of Good (CISG)*: "This convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different states: a) when the States are contracting states or b) when the rules of private international law lead to application of the law of a contracting state." Yang dapat dimaknai bahwa kontrak internasional (khususnya

⁷²Peter Mahmud Marzuki, "Batas-batas Kebebasan Berkontrak", artikel dalam Jurnal Yuridika, Volume 18 No.3, Mei Tahun 2003, hlm. 195-196.

⁷³Sudargo Gautama, 1976, *Kontrak Dagang Internasional*, Alumni, Bandung, hlm.7. Lihat juga Huala Adolf, 2008, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Rafika Aditama, Bandung, hlm.1-4.

⁷⁴Hanna Honka, 1996, *Harmonization Of Contract Law Through International Trade: A Nordic Perspective*, European and Civil Law Forum, Tulane, hlm. 112.

kontrak jual beli) adalah suatu kontrak yang mana para pihak yang berkontrak memiliki tempat usaha di Negara yang berkaitan.

Unsur asing tersebut menjadi indikator suatu kontrak merupakan kontrak nasional yang terdapat unsur asing, adalah sebagai berikut:⁷⁵

- a. Kebangsaan berbeda;
- b. Domisili hukum berbeda dari para pihak;
- c. Hukum dipilih adalah hukum asing termasuk asas-asas kontrak internasional terhadap kontrak yang dibuat;
- d. Penyelesaian sengketa kontrak dilaksanakan di luar negeri
- e. Penandatanganan kontrak dilakukan di luar negeri
- f. Objek kontrak berada di luar negeri;
- g. Bahasa dan mata uang yang digunakan dalam kontrak adalah bahasa dan mata uang asing.

Dalam kontrak bisnis internasional ada 2 (dua) prinsip fundamental hukum kontrak internasional yaitu: prinsip kedaulatan/supremasi hukum nasional dan prinsip dasar kebebasan berkontrak (*freedom of the contract atau the party's autonomy*). Dengan demikian bermakna hal itu merupakan cerminan bahwa hukum nasional memegang peranan penting dalam pembentukan kontrak internasional dan keberadaannya tidak dapat diabaikan. Kekuatan mengikat hukum nasional adalah mutlak dan kedudukannya adalah sebagai hukum yang penting.

Dengan demikian maka, terlihat jelas bahwa secara mendasar yang merupakan unsur asing yaitu kebangsaan berberbeda. Unsur berbedanya kebangsaan para pihak dalam suatu kontrak bisnis internasional sebagai realitas memiliki konsekuensi yaitu dalam suatu kontrak internasional dimungkin adanya 2 (dua) sistem hukum berbeda. Unsur asing yang dimaksud adalah adanya keterkaitan sistem hukum dari (Negara) salah satu pihak yang terlibat dalam kegiatan kontrak tersebut sebagaimana pilihan hukum (*choice of law*) yang disepakati diantara para pihak.

Dari sifat dan ruang lingkup hukum yang mengikatnya, kontrak dapat berupa kontrak nasional dan kontrak internasional. Kontrak nasional adalah kontrak yang dibuat oleh dua individu (subyek hukum) dalam suatu wilayah. Adapun dalam sifat dan ruang lingkup hukum yang mengikat, kontrak dapat berupa kontrak nasional dan kontrak internasional. Kontrak nasional adalah kontrak yang dibuat

⁷⁵Huala Adolf, 2008, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Rafika Aditama, Bandung, hlm. 8.

oleh dua atau lebih person (subyek hukum) dalam suatu wilayah negara, yang mana tidak terdapat unsur asingnya. Berbeda dengan kontrak internasional, adalah suatu kontrak yang di dalamnya ada atau terdapat unsur asing (*foreign element*).⁷⁶Unsur asing dalam kontrak yaitu adanya perbedaan kewarganegaraan para pihak yang berkontrak, lokasi, perbedaan hukum, orientasi pasar (*market target*), perbedaan bahasa, mata uang transaksi dan tradisi.⁷⁷

Sebagian besar manusia di dunia, menjadikan aktivitas bisnis sebagai jalur pemasukan perekonomian. Aktivitas yang dijalankan tersebut tidak dapat terhindar dari menggunakan kontrak, dalam skala nasional ataupun internasional. Kontrak Internasional merupakan salah satu bagian dari Hukum Perdata Internasional. Hukum Perdata Internasional adalah seperangkat kaidah hukum nasional yang mengatur peristiwa atau hubungan hukum yang mengandung unsur-unsur transnasional (atau unsur-unsur ekstratorial).⁷⁸ Oleh karena itu, jika suatu peristiwa hukum di bidang perdata mengandung unsur asing, maka peristiwa ini termasuk dalam bidang hukum perdata internasional. Maka dalam kontrak yang merupakan unsur pembeda⁷⁹ antar kontrak berskala nasional dan kontrak berskala internasional adalah adanya unsur asing dalam sebuah kontrak yang dibuat oleh para pihak.

Kontrak bisnis Internasional sebagai suatu perjanjian, haruslah memenuhi unsur-unsur perjanjian antara lain sebagai berikut:⁸⁰

a. Unsur essentialia

⁷⁶Sudargo Gautama, 2002, *Kontrak Dagang Internasional*, Bandung, Alumni, hlm.7

⁷⁷Ida Bagus Wyasa Putra, Ni Ketut Supasti Dharmawan, 2003, *Hukum Bisnis Pariwisata et al*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 1

⁷⁸Bayu Seto, 2001, *Dasar -Dasar Hukum Perdata Internasional*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.8

⁷⁹Untuk membedakan suatu peristiwa hukum perdata termasuk dalam bidang Hukum Perdata Internasional dapat jika terdapat beberapa indikator. Indikator tersebut dapat dikatakan sebagai faktor pembeda, yang dinamakan Titik Taut Pembeda (TTP) atau Titik Pertalian Primer (TPP). Untuk menentukan sistem hukum mana yang berlaku dalam suatu perkara perdata internasional dinamakan Titik Taut Penentu (TTP) atau Titik Pertalian Sekunder (TPS). Adapun indikator dari Titik Pertalian Primer (TPP) diantaranya, sebagai berikut:Kewarganegaraan; Bendera kapal;Domisili;Tempat kediaman ;Tempat kedudukan pribadi hukum; Tempat dilakukannya isi suatu perjanjian, lihat Bayu Seto, 2001, *Dasar -Dasar Hukum Perdata Internasional*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.8 dan Purnadi Purbacaraka, Agus Brotosusilo, *Sendi-Sendi Hukum Perdata Internasional*, Rajawali Press, Jakarta, hlm.83

⁸⁰Mariam Darus Badruzaman, 2006, *KUHperdata Buku III*, Bandung, Alumni, hlm. 99

Unsur ini merupakan unsur utama, artinya mutlak yang harus selalu ada dalam setiap perjanjian

- b. Unsur *naturalia*
Lazimterdapat secara alami dan melekat pada suatu perjanjian (bawaan perjanjian)
- c. Unsur *accidentalia*
Unsur yang secara tegas diperjanjikan, diatur secara khusus oleh para pihak dimana undang-undang tidak mengatur mengenai hal tersebut.

Pasal 1320 KUHPerdara mengatur syarat sahnya dari suatu perjanjian yaitu:

- a. Kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya (*consensus*)
Kesesuaian, kecocokan, pertemuan kehendak dari yang mengadakan perjanjian atau pernyataan kehendak yang disetujui oleh para pihak. Adapun unsur kesepakatan yang dimaksud antara lain adalah:⁸¹

- i) penawaran (*Offerte*) adalah pernyataan pihak yang menawarkan
- ii) penerimaan (*Acceptation*) adalah pernyataan pihak yang menerima penawaran.

Kesepakatan (*consensus*) merupakan unsur penting untuk diketahui karena merupakan awal terjadinya sebuah kontrak, maka untuk mengetahui saat (waktu) konsensus dapat diketahui melalui beberapa teori antara lain:⁸²

- i) Teori pernyataan
Sepakat terjadi saat kehendak pihak yang menerima tawaran menyatakan menerima penawaran tersebut;
- ii) Teori pengiriman
Sepakat terjadi pada saat kehendak dinyatakan itu dikirim oleh pihak yang menerima tawaran menerima langsung;
- iii) Teori pengetahuan
Pihak yang menawarkan seharusnya sudah mengetahui bahwa tawarannya diterima.
- iv) Teori penerimaan
Kesepakatan terjadi pada saat pihak menawarkan menerima langsung jawaban dari pihak lawan.

⁸¹ Ibid, hlm. 98

⁸² Salim HS, *Perkembangan Hukum Kontrak Innominaat di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 30-31

Namun, jika pernyataan yang keluar tidak sama dengan kehendak yang sebenarnya, untuk itu dapat diketahui melalui teori-teori antara lain seperti berikut:

- i) Teori Kehendak,
Teori ini dapat menjadi standar untuk menentukan apakah telah terjadi kontrak adalah adanya kehendak dari para pihak
- ii) Teori Pernyataan
Dalam hal ini akan dapat menentukan apakah telah terjadi kontrak adanya pernyataan, jika terjadi perbedaan antara kehendak dengan pernyataan sama kontrak tetap terjadi.
- iii) Teori kepercayaan
menurut teori ini yang menentukan apakah telah terjadi kontrak atau belum adalah pernyataan seseorang yang secara objektif dapat dipercaya.

Dari pelbagai teori yang telah diuraikan di atas, bahwa untuk menjelaskan ketidaksesuaian antara pernyataan dan kehendak maka, teori yang dominan atau umum digunakan dalam yurisprudensi adalah teori kehendak.⁸³ Menurut teori kehendak (*will theory*) suatu kesepakatan mengikat karena sebagai wujud dari keinginan para pihak yang menghendaki kesepakatan itu mengikat. Merekalah yang pada hakikatnya menyatakan kehendaknya untuk mengikatkan diri. Namun demikian, teori persesuaian kehendak pada zaman sekarang telah ditinggalkan dan bergeser pada penawaran. Dalam doktrin ilmu hukum dapat diklarifikasikan dalam unsur subjektif dan unsur objektif. Syarat subjektif antara lain kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya dan kecakapan para pihak untuk membuat satu perikatan. Adapun syarat objektif adalah suatu sebab yang halal dan hal tertentu.⁸⁴

Suatu kontrak agar dapat dipandang sah jika memenuhi syarat-syarat yang semestinya terpenuhi. Adapun syarat-syarat sah kontrak dalam ketentuan system *common law* sebagai berikut:

- a. Adanya penawaran (*offer*) dan penerimaan (*acceptance*)

Suatu kontrak tentunya diawali dengan adanya penawaran dan penerimaan. Penawaran adalah suatu janji untuk melakukan

⁸³ Djaja S. Meliala, 2007. *Perkembangan Hukum Perdata tentang Benda dan Hukum Perikatan*, Nuans Aulia, Bandung, hlm. 93-94.

⁸⁴ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, 2001. *Perikatan yang lahir Dari Perjanjian*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 93.

atau tidak melakukan sesuatu secara khusus pada masa yang akan datang yang ditujukan kepada setiap orang.

*"a contract is said to exist the moment there is an agreement between the two parties. A person who whises to make a contract must first make an offer, this offer must remain open for the period of time it specifies of if there is no such as a period, for reasonable time it must be made in circumstances such that it can reasonably be believed."*⁸⁵Yang bermakna bahwa sebuah kontrak dikatakan ada saat ada kesepakatan antara kedua pihak. Seseorang yang harus membuat kontrak pertama-tama harus membuat penawaran, tawaran ini harus tetap terbuka untuk periode waktu yang ditentukan apakah tidak ada periode, untuk waktu yang layak harus dibuat dalam keadaan sedemikian rupa sehingga dapat secara wajar dipercayai. Penerimaan merupakan kesepakatan dari pihak penerima dan pihak yang mengajukan tawaran untuk menerima persyaratan yang diajukan oleh penawar. *"A valid offer must be communicated, so that the offeree may accept or reject it; may be communicated in writing, orally, or by conduct (there is no general requirement that an agreement must be in writing. Importand exceptions include contract relating to interest in land; may be made to a particular person, to a group of person, or to the whole world; must de definite in substace; must be distinguished from an invitation to real."*⁸⁶Berarti bahwa: i) penawaran yang sah harus dikomunikasikan, sehingga pihak penerima penawaran dapat menerima atau menolaknya; ii) dikomunikasikan baik secara tertulis, lisan, atau dengan perilaku (tidak ada persyaratan umum bahwa perjanjian harus dibuat secara tertulis. Impor dan pengecualian termasuk kontrak yang berkaitan dengan kepentingan atas tanah; iii) dapat dibuat untuk orang tertentu, kepada sekelompok orang, atau ke seluruh dunia, harus didefinisikan secara substansial, harus dibedakan dari undangan menjadi nyata.

Artikel 15 CISG menegaskan bahwa: *"(1) a offer becomes effective when it reaches the offeree and (2) an offer, even if irrevocable, may be withdrawn if the withdrawl reaches the offeree before or the same time as the offer."*Yang berarti bahwa suatu penawaran menjadi efektif ketika mencapai pihak penerima penawaran dan (2) suatu penawaran, bahkan jika tidak dapat

⁸⁵Charles Himawan dan Mochtar Kusumaatmadja, 1984, *Business Law Contract and Business Association*, Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, Bandung, hlm.9.

⁸⁶Cavendish Lawcards,2004, *Contract Law Fourth Edition*, Bitain, Cavending Publishing Limited, hlm.2.

dibatalkan, dapat ditarik jika penarikan tersebut mencapai pihak penerima penawaran sebelum atau pada waktu yang sama dengan penawaran tersebut.

Dengan demikian, jika suatu permintaan ditujukan bukan kepada satu orang tertentu, maka permintaan itu hanya dianggap sebagai undangan (umum) untuk melakukan penawaran. Namun, jika hanya ditujukan kepada pihak-pihak yang mengajukan penawaran tersebut sampai kontrak ditandatangani maka, penawaran dapat ditarik kembali jika penarikan kembali itu sampai kepada pihak yang ditawarkan sebelum ia mengirimkan penerimaan.

Selain itu terdapat pula penawaran yang tidak dapat ditarik kembali, sebagaimana yang dinyatakan dalam Pasal 16 CISG apabila:

- i) Penawaran itu baik dengan menyatakan waktu yang pasti penerimaan maupun sebaliknya, yang menunjukkan bahwa penawaran tidak dapat ditarik kembali.
- ii) Layak bagi pihak yang ditawarkan untuk menyatakan bahwa penawaran tidak dapat ditarik kembali karena sudah bertindak sesuai dengan yang diminta dalam penawaran. Penawaran berakhir ketika penolakan penawaran sampai pada pihak yang ditawarkan. Oleh karena itu, suatu pernyataan yang dibuat atau sikap yang ditunjukkan oleh pihak yang ditawarkan (*the offeree*) menunjukkan adanya persetujuan yang berarti ada penerimaan (*acceptance*) dari pihak yang ditawarkan.

b. Persesuaian kehendak (*meeting of mind*)

Dalam persesuaian kehendak ini terdapat 2 (dua) hal penting yaitu:

- i) Adanya pernyataan antara pihak tentang objek kontrak atau perjanjian. Apabila objeknya jelas maka kontraknya dianggap sah. Namun apabila dilakukan dengan adanya penipuan (*fraud*), kesalahan (*mistake*), paksaan (*durres*) dan penyalahgunaan keadaan, maka kontrak menjadi tidak sah dan dapat dibatalkan. Jika kontrak diterjemahkan sebagai pertemuan pikiran atau nalar, maka salah satu pihak harus paham dan setuju dengan pikiran pihak yang lain. Untuk mendapatkan pemahaman apa yang dipikirkan para pihak tersebut harus digunakan bahasa untuk menyampaikan pikiran mereka.
- ii) Pendekatan objektif diterima dalam sistem *civil law* dan *common law*, namun basis yang digunakan berbeda. Basis *common law* adalah bargain, sedang *civil law* adalah persesuaian kehendak.

c. *Consideration*

Jesse S. Raphael mengartikan konsiderasi adalah “penghentian sebuah hak (sah) oleh satu pihak dengan imbalan janji dari pihak yang lain. Jika seorang membuat janji dengan menghentikan salah satu hak dari yang mendapat janji, janji tadi secara sah mengikat karena ditunjang oleh konsiderasi”.

d. Kemampuan keabsahan tentang objek (*competent parties and legal object matter*)

Kemampuan para pihak (*competent parties*) adalah kemampuan dan kecakapan dari subjek hukum untuk melakukan kontrak atau perjanjian. Orang yang melakukan kontrak atau perjanjian harus cukup umur. Sedangkan legalitas objek yaitu keabsahan dari pokok persoalan. Suatu objek dikatakan sah apabila tidak bertentangan dengan undang-undang dan ketertiban umum. Suatu kontrak dikatakan sah menurut sistem *common law* Amerika Serikat apabila memenuhisyarat-syarat tertentu yaitu: kesepakatan, kapasitas mengadakan kontrak, dan adanya objek yang halal.⁸⁷

Menurut *Singapore legal system elemen esensial* untuk sebuah kontrak antara lain:

a. *Offer*

b. *The concept of contractual offer is basically that a party puts a proposition forward, which could be made open to the world at large or to an individual*

c. *Acceptance*

It can be made either verbally, in writing or by other modes of communication such as telex, faximile, transmission or by other electronics means.

d. *Intention to create legal relations*

Parties must be bound in the agreement, which is legally enforceable

e. *Consideration*

It has to be something of value in the eyes of the law, normali in monetary terms but not always, so long as it is some value

⁸⁷Soedjono Dirdjosisworo, 2003, *Kontrak Bisnis Menurut Sistem Law, Common Law Dan Praktek Dagang Internasional*, Mandar maju, hlm. 114.

Penawaran

- b. Konsep tawaran kontrak pada dasarnya adalah bahwa suatu pihak menempatkan proposisi ke depan, yang dapat dibuat terbuka untuk dunia pada umumnya atau kepada individu
- c. Penerimaan
Ini dapat dibuat secara lisan, secara tertulis atau dengan mode komunikasi lainnya seperti telex, faximile, transmisi atau dengan sarana elektronik lainnya.
- d. Niat untuk menciptakan hubungan hukum
Para pihak harus terikat dalam perjanjian, yang secara hukum dapat ditegakkan
- e. Pertimbangan
Itu harus menjadi sesuatu yang bernilai di mata hukum, normali dalam istilah moneter tetapi tidak selalu, asalkan itu adalah nilai..⁸⁸

Dalam pemikiran *Common Law System*, hibah bukan merupakan suatu perjanjian karena tidak mengandung *consideration* dan hanya mengandung kesanggupan yang cuma-cuma. Dalam sistem hukum anglo Amerika kekuatan mengikat suatu kontrak hanya bila terdapat *consideration* atau kontrak prestasi dari pihak lawan. Apabila tidak terdapat *consideration* maka kontrak hanya akan mengikat jika dituangkan dalam suatu *dead* atau biasa pula disebut *contract under seal*. Suatu *dead* adalah suatu akta yang diberi segel (dicap, distempel). "*it was if the letter 'LS' (loco Sigili), the word 'seal' or oven the red sticker put there by the promissory or his attorney*"⁸⁹ surat yang harus disegel saat ini juga sudah dihapuskan di Inggris dan digantikan dengan *deed*.

Penerapan doktrin *consideration* dapat mengakibatkan suatu kontrak tidak dapat dituntut pelaksanaannya secara hukum karena alasan yang sifatnya teknis. Penerapan aturan-aturan *consideration* dengan ketat dapat menimbulkan hasil-hasil yang tidak memuaskan, tetapi hakim dalam hal tertentu menemukan upaya untuk menghindari putusan yang tidak layak. Berdasarkan hukum Singapura definisi *consideration* adalah:

"A Promise Contained in an agreement is not enforceable unless it is supported by consideration or it is made in a written document made

⁸⁸ Suchitthra Vasu, 2001, *Kontrak Law For Business People 2nd Edition*, Rank Book, Singapore, hlm. 18

⁸⁹K. Zweigert H Kotz translated by Tony Weir, 1998, *An Introduction to Comperative Law Thurd Edition*, Oxpord university Pers Inc, New York, hlm. 373

under seal. Consideration is something of value (as defined by the law), requested for by the party making the promise (the promisor) and provided by the party who receives it (the promisee), in exchange for the promise that the promisee is seeking to enforce. This it could consist of either some benefit received by the promisor, or some detriment to the promisee. This benefit/detriment may consist of a counter promise or a complete act”.

Untuk menghadapi kekakuan doktrin *consideration* Pengadilan di Inggris dan Amerika Serikat membuat doktrin *Promissory Estoppel* yaitu doktrin yang mencegah seseorang untuk menarik janjinya kembali, dalam hal pihak yang menerima janji tersebut telah melakukan sesuatu perbuatan atau tidak melakukan sesuatu sehingga ia (*promisee*) akan menderita kerugian jika promisor menarik janjinya.⁹⁰

Tempat dimana dapat menemukan hukum yang mengatur tentang kontrak internasional disebut dengan sumber hukum kontrak internasional. Sumber hukum kontrak internasional dapat digolongkan menjadi tujuh hukum antara lain:⁹¹

- 1) Hukum nasional
Kontrak tunduk terhadap salah satu sistem hukum nasional di bidang hukum komersial atau dagang suatu pihak. Hukum Nasional disini termasuk pula aturan-aturan hukum pemerintah yang terikat baik secara langsung ataupun tidak langsung dengan objek kontrak itu sendiri.
- 2) Dokument kontrak
Disamping pilihan hukum berupa hukum nasional, muatan atau ketentuan-ketentuan Pasal dalam dokumen kontrak merupakan undang-undang bagi yang membuatnya, hal ini merupakan yang utama dan yang terpenting bagi para pihak. Dokumen kontrak merupakan aturan *lex specialist* dari aturan-aturan atau prinsip-prinsip hukum. Aturan-aturan dalam dokumen kontrak memuat mengenai hak dan kewajiban para pihak merupakan aturan-aturan yang esensial dan utama.
- 3) Kebiasaan-kebiasaan di bidang perdagangan yang terkait dengan kontrak sumber ini seringkali disebut dengan *lex mercatoria* (hukum para pedagang). Aturan kebiasaan perdagangan baru akan mengikat suatu kontrak apabila para

⁹⁰ Suharnoko, *Op. Cit*, hal 11

⁹¹ Huala Adolf, 2008. *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Bandung, refika Aditama, hlm. 69.

pihak menyatakan dengan tegas menyatakannya demikian secara tertulis didalam dokumen mereka. Dalam article 9 (2) CISG menyatakan bahwa;

"the parties are consideret, unless otherwise agreed, to have implied made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties known or ought and which in international trade is widely known to and regulary abserved by, parties to contract of the type involved in the particular trade concerced."

Contoh kebiasaan lain yang telah dikodifikasikan antara lain:

- a. Uniform Custom for Documentary Credits (UCP) 500, dokumen kontrak yang memuat aturan kebiasaan dibidang perbankan berkaitan dengan kredit berdokumen
- b. Incoderm 2000, syarat-syarat dalam pengangkatan yang telah dikenal dalam dunia perdagangan
- c. Kontrak standar dibidang kontruksi yang telah dikeluarkan oleh FIDIC (federation Internationale des ingenieurs des conceils)

4) Prinsip-prinsip hukum umum mengenai kontrak

Prinsip hukum umum adalah prinsip yang mendasari sistem hukum positif yang didasarkan atas asas lembaga hukum Negara barat yang untuk sebagian besar disarkan atas asas dan lembaga hukum Romawi.⁹²Prinsip-prinsip umum yang dapat dipakai antara lain prinsip *pacta sun servanda*, prinsip itikad baik serta prinsip keadaan (*force majeure*)

5) Putusan pengadilan

Dalam sistem hukum *anglo saxon* atau *common law sytem*, sumber hukum yang utama adalah putusan pengadilan. Putusan-putusan hakim dibentuk menjadi kaedah yang mengikat umum. Dalam civil law syste, putusan pengadilan juga memiliki nilai pesuasif dan menentukan walaupun tidak sama porsinya dengan putusan pengadilan di dalam sisitem hukum common law.

6) Doktrin

Merupakan pendapat para ahli hukum yang terkenal di bidangnya dan diakui wibawanya di lingkungan dunia ilmu hukum, sehingga pandangannya sering digunakan orang untuk

⁹²Mochtar kusumamaadmatja, 1997, *Pengantar Hukum Internasional Buku I*, putra A. Bardin, Bandung, hlm. 105

memberikan dasar ilmiah dari atau bagi keputusan-keputusan hukum yang diambil.⁹³

7) Perjanjian internasional

Perjanjian internasional merupakan perjanjian yang bersifat mengikat secara publik, perjanjian internasional terkait hukum kontrak antara lain:

Konvensi CISG tentang jual beli internasional, konvensi UNIDROIT, konvensi New York 1958 tentang pengakuan dan pelaksanaan putusan Arbitrase Asing dan Konvensi Den Haag mengenai perjanjian pilihan forum.

Pihak-pihak yang tunduk pada sistem hukum yang berbeda sering kali berhadapan dengan sengketa dalam hubungan bisnis mereka. Maka dari itu diperlukan adanya kepastian hukum guna menyelesaikan sengketa tersebut. Setiap kontrak bisnis harus memilih hukum yang akan digunakan dalam pelaksanaan kontrak mereka. Hal ini guna menjamin kepastian hukum dalam aktivitas bisnis mereka. Namun apabila pilihan hukum tidak ditentukan oleh para pihak hukum perdata menyediakan upaya yang berlaku haruslah didasarkan pada beberapa teori antara lain:

- 1) *Teori lex loci contractus* yaitu hukum tempat dimana kontrak tersebut dibuat.
- 2) *Teori lex loci solutionis* yaitu hukum yang berlaku dimana perjanjian dilaksanakan
- 3) *Teori the proper law of contract* yaitu hukum Negara yang memiliki titik taut yang paling erat dengan kontrak
- 4) *Teori most characteristic connection* yaitu hukum dari pihak yang melakukan prestasi paling berkarakter.

Hukum kontrak bisnis merupakan sebuah kontrak dimana didalamnya terdapat unsur-unsur asing, maka hukum kontrak merupakan bagian dari Hukum Perdata Internasional (HPI) sehingga tunduk pula terhadap aturan-aturan hukum perdata internasional. Dalam hukum perdata internasional ketika terjadi *conflict of law*, maka sangat penting untuk dimengerti mengenai titik pertalian yang ada. Dalam HPI terdapat dua macam titik pertalian, yaitu titik pertalian primer serta titik pertalian sekunder.

Titik pertalian primer adalah faktor-faktor atau keadaan-keadaan atau sekumpulan fakta yang melahirkan atau menciptakan

⁹³ Sudikno Mertokusumo, 1999, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar Edisi ke Empat*, Jogjakarta, Liberty, hlm. 108-109

hubungan HPI. Dengan demikian titik pertalian primer merupakan alat pertama bagi pelaksana hukum untuk mengetahui apakah suatu perkara atau perselisihan merupakan perkara HPI atau bukan. Faktor-faktor yang termasuk dalam titik pertalian primer antara lain:⁹⁴

- 1) Kewarganegaraan
- 2) Bendera kapal
- 3) Domisili
- 4) Tempat kediaman (*residence*)
- 5) Tempat kedudukan badan hukum (*legal seat*)
- 6) Pilihan hukum dalam hubungan intern

Sehubungan titik pertalian sekunder merupakan faktor-faktor atau sekumpulan fakta yang menentukan hukum mana yang harus digunakan atau berlaku dalam hubungan HPI, yang termasuk dalam titik pertalian sekunder antara lain:

- 1) Tempat terletak benda (*lex situs=lex rei sitae*)
- 2) Tempat dilangsungkannya perbuatan hukum (*lex loci actus*)
- 3) Tempat dilangsungkannya atau diresmikannya perkawinan (*lex loci celebration*)
- 4) Tempat ditandatanganinya kontrak (*lex loci contractus*)
- 5) Tempat dilaksanakannya perjanjian (*lex loci solutionis/lex loci executionis*)
- 6) Tempat terjadinya perbuatan melawan hukum (*lex loci delicti commisi*)
- 7) Pilihan hukum para pihak.

2.2.1.2 Asas-Asas Hukum perjanjian Dalam Kontrak Bisnis Internasional

Dalam menyusun suatu kontrak atau perjanjian, baik yang bersifat bilateral, multilateral baik dalam lingkup regional, nasional maupun internasional harus disadari pada prinsip asas-asas hukum kontrak. Menurut Peter Mahmud Marzuki, aturan-aturan hukum yang mengusai kontrak sebenarnya merupakan penjelmaan dari dasar-dasar filosofis yang terdapat dalam asas-asas hukum secara umum.

Menurut Agus Yudha Hernoko, asas bukanlah norma hukum yang konkrit, tetapi sebagai dasar-dasar umum atau petunjuk bagi hukum yang berlaku. Jadi merupakan dasar atau petunjuk arah

⁹⁴ Ridwan Khairandy, dkk, 1999, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Gama Offset, Jogjakarta, hlm. 701

dalam pembentukan hukum positif, sehingga dalam pembentukan hukum praktis harus berorientasi pada asas-asas hukum.

Dengan demikian asas hukum merupakan sumber bagi sistem hukum yang memberikan inspirasi mengenai nilai-nilai etis, moral, dan sosial masyarakat. Beberapa asas dapat dituangkan menjadi hukum positif, contohnya saja asas itikad baik yang tertuang dalam Pasal 1338 KUH Perdata. Asas tersebut antara lain:

a. Asas kebebasan berkontrak

Asas kebebasan berkontrak dapat disimpulkan dari ketentuan Pasal 1338 KUH Perdata. Kebebasan berkontrak memberikan jaminan kebebasan terhadap seseorang untuk secara bebas dalam beberapa hal yang berkaitan dengan perjanjian tersebut antara lain:

- 1) Bebas menentukan akan melakukan perjanjian atau tidak
- 2) Bebas menentukan dengan siapa ia akan melakukan perjanjian
- 3) Bebas menentukan isi atau klausul perjanjian
- 4) Bebas menentukan bentuk perjanjian
- 5) Kebebasan lain yang tidak berhubungan dengan peraturan perundang-undangan

Namun bebas disini tidak berarti tidak terbatas, terdapat beberapa pembatasan yang diberikan oleh pasal-pasal KUHPerdata terhadap asas ini yang membuat asas ini merupakan asas tidak tak terbatas,yaitu dibatasi oleh Pasal 1320, mengenai syarat sahnya kontrak, dimana sebuah kontrak haruslah memenuhi unsur-unsur yang terdapat dalam pasal ini, kebebasan berkontrak dibatasi pula oleh Pasal 1337 yaitu para pihak bebas untuk membuat kontrak apabila tidak dilarang oleh undang-undang dan tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan.

Dalam hukum kontrak juga berkembang paradigma yang menekankan kehendak (*will*) sebagai dasar keterikatan para pihak di dalam kontrak.Di perancis berkembang doktrin *autonomy of the will*.Di Inggris berkembang doktrin *consensus ad idem*.doktrin tersebut menekankan kehendak atau keinginan dari para pihak dari dasar timbulnya kewajiban para pihak dalam kontrak. Penekanannya pada kehendak individu, kewajiban kontraktual dapat diciptakan oleh suatu kehendak.

Sarjana terkemuka hukum perdagangan internasional, schmithoff berpendapat bahwa otonomi (kebebasan) para pihak adalah dasar bagi hukum perdagangan internasional.

"the autonomy of the parties' will in the law of contract is the foundation on which on autonomus law of international trade can be

build. The national sovereign has, as we have seen, no objection that in that area an autonomous law of international trade is developed by the parties."Yang berarti otonomi kehendak para pihak dalam hukum kontrak merupakan landasan yang dapat dibangun oleh hukum otonomi perdagangan internasional. Pemerintah nasional telah, seperti yang telah kita lihat, tidak ada keberatan bahwa di wilayah itu hukum otonomi perdagangan internasional dikembangkan oleh para pihak

Dalam doktrin klasik hukum kontrak Prancis dianut paham bahwa kontrak berkaitan dengan kehendak bebas yang merupakan penjelmaan kemauan dari para pihak. Para pihak memiliki otonomi kehendak untuk menentukan hukumnya sendiri. Doktrin otonomi kehendak menekankan kebebasan individu untuk membuat kontrak tidak bernama sepanjang tidak bertentangan dengan ketertiban umum.

Saat ini dalam kontrak internasional, prinsip kebebasan berkontrak dalam UPICCs diatur secara lebih rinci, aplikatif, dan tetap memperhitungkan fleksibilitas dibandingkan dengan pengaturan yang terdapat dalam KUHPerduta. Namun pengaturannya tidak terlalu ketat agar tidak menghilangkan makna kebebasan berkontrak dalam UPICCs diwujudkan dalam lima bentuk prinsip hukum, yaitu:

- a. Kebebasan menentukan isi kontrak
- b. Kebebasan menentukan bentuk kontrak
- c. Kontrak diikat sebagai undang-undang bagi para pihak
- d. Aturan memaksa (*mandatory rules*) sebagai pengecualian
- e. Sifat internasional dalam tujuan UPICCs yang harus diperhatikan dalam penafsiran kontrak

Prinsip kebebasan menentukan isi kontrak dirumuskan secara sederhana dalam *article 1.1 (freedom of contract)* yang menyatakan "*the parties are free to enter into a contract and to determine its content.*" Bermakna bahwa semua pihak bebas untuk menandatangani kontrak dan menentukan isinya.

Hal berbeda diatur dalam UPICCs menentukan kesederhanaan dalam pembentukan kontrak dengan menegaskan bahwa kontrak tidak perlu tertulis. Dalam *article 1.2* dinyatakan "*nothing in these principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses.*" Yang berarti bahwa tidak ada dalam prinsip-prinsip ini yang membutuhkan kontrak, pernyataan atau tindakan lain yang dibuat atau dibuktikan oleh bentuk tertentu. Itu bisa dibuktikan dengan cara apa pun, termasuk saksi.

b. Asas konsensualisme

Lahirnya sebuah kontrak adalah saat terjadinya kesesuaian kehendak dari para pihak (*concensus*). Dengan demikian ketika terjadinya kesepakatan antara para pihak, maka lahirlah sebuah kontrak, walaupun kontrak tersebut belum dilaksanakan.

Asas konsensualisme sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 1320 KUHPerdara angka (1) yaitu kesepakatan telah lahir cukup dengan adanya kata sepakat saja, yang ditekankan disini adalah persesuaian kehendak (*meeting of mind*). Hal ini berlaku dalam hukum kontrak *anglo saxon* atau *common law system* dan *civil law system*. Dalam hukum anglo Amerika titik tolaknya adalah bahwa kesesuaian kehendak tercapai melalui penawaran (*offer*) dan penerimaan (*acceptance*). Dalam *civil law system*, para pakar banyak membahas teori tentang kapan lahirnya kesepakatan, namun dalam *common law system* masalah lahirnya kesepakatan didasarkan pada penyelesaian praktis dan pragmatis.

Dalam *civil law system* teori yang digunakan untuk memecahkan masalah saat lahirnya kesepakatan antara lain: teori pernyataan, teori pengiriman, teori penerimaan, dan teori pengetahuan. Teori yang banyak dianut adalah teori pengetahuan, jadi kesepakatan lahir ketika terdapat penerimaan atau akseptasi sudah diketahui oleh pihak yang menawarkan. Sedangkan dalam *common law system* teori-teori tersebut tidak terlalu diperhitungkan. Berdasarkan *case law*, yang menentukan dalam kontrak korespondensi adalah saat pengiriman akseptasi yang didasarkan pada argument praktis, penerima harus percaya dalam praktek bahwa kontrak telah ditutup jika akseptasinya telah dikirimkan atau diposkan yang dapat disebut dengan "*mailbox rule*". Pasal 1321 KUHPerdara, kata sepakat harus diberikan secara bebas tidak boleh terdapat unsur cacat kehendak antara lain:⁹⁵

Terdapat pula ajaran penyalahgunaan keadaan (*undue influence*) yang pertama kali muncul pada abad 15 di Inggris yang didasarkan pada ajaran Equity. Equity ini muncul karena dalam *common law* tidak mengatur paksaan secara batiniyah. Yang dikenal hanya paksaan secara fisik sebagai faktor pengganggu. Di Belanda ajaran ini mulai diterapkan oleh hakim pada tahun 1957. Pada hakikatnya ajaran penyalahgunaan keadaan tertumpu pada penyalahgunaan keunggulan ekonomi dan penyalahgunaan kewajiban.

⁹⁵Handri Raharjo, 2009, *Hukum Perjanjian di Indonesia*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, hlm. 49-50

Dalam UPCCs pada prinsipnya kata sepakat dicapai melalui penawaran dan penerimaan yang terdapat dalam Pasal 2.1 yang menyatakan: “*A contract may be conclude either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement.*” Berarti kontrak terjadi karena adanya akseptasi dari penawaran para pihak yang ditunjukkan melalui perilaku.

c. *Asas Pacta Sund Servanda*

Disebut dengan asas kepastian hukum, asas ini berhubungan dengan akibat perjanjian. Setiap orang yang membuat kontrak, di terikat untuk dapat memenuhi kontrak tersebut karena kontrak tersebut mengandung janji-janji yang harus dipenuhi dan janji tersebut mengikat para pihak sebagaimana mengikatnya undang-undang. Asas ini berkaitan dengan daya mengikatnya suatu kontrak. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 1338 ayat (a) KUHPerdara yang menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah dan berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

Pengertian berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya menunjukkan bahwa undang-undang sendiri mengakui dan menempatkan posisi para pihak dalam kontrak sejajar dengan pembuat undang-undang. Namun daya berlaku kontrak hanya terbatas pada para pihak yang melakukan kontrak tersebut.

Perkembangan asas *pacta sund servanda* dapat ditelusuri dari hukum Kanonik. Dalam hukum kanonik dikenal asas *nudus consensus obligat, pacta nuda servanda sunt. Pacta nuda sund servanda* mempunyai pengertian bahwa suatu *pactum* (persesuaian kehendak) tidak perlu dilakukan di bawah sumpah atau dibuat dengan tindakan formalitas tertentu. Demikian halnya *nudum pactum*, yaitu suatu persesuaian kehendak saja sudah memenuhi syarat. Konsensus yang telah diwujudkan dalam suatu *pactum* sehingga kemudian dipandang sebagai memiliki kekuatan mengikat. Oleh karena itu dapat dipahami yang lebih menonjol adalah asas *pacta sung servanda* yang berkaitan dengan kekuatan mengikatnya perjanjian.

2.2.1.3 Prakontraktual dalam Kontrak Bisnis Internasional

Tahap prakontraktual merupakan bagian penting dalam pembentukan kontrak bisnis internasional. Hal sebagaimana dinyatakan dalam *Black's Law Dictionary* bahwa: “*Precontractual is a contract that precludes a party from entering into comparable*

*agreement with someone else*⁹⁶ yang berarti bahwa prakontraktual dilaksanakan untuk membatasi para pihak yang telah mengadakan persetujuan untuk dapat membuat persetujuan lain yang sebanding dengan pihak ketiga.

Untuk dapat menyusun suatu kontrak bisnis yang baik diperlukan adanya persiapan atau perencanaan terlebih dahulu. Idealnya sejak negosiasi bisnis persiapan tersebut sudah dimulai. Penyusunan suatu kontrak bisnis meliputi beberapa tahapan sejak persiapan atau perencanaan sampai dengan pelaksanaan isi kontrak. Tahapan-tahapan tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Prakontrak yang mencakup proses :⁹⁷
 - i) Negosiasi
 - ii) Memorandum of Understanding (MoU)
 - iii) Studi kelayakan
 - iv) Negosiasi (lanjutan).

- b. Kontrak
 - v) Penulisan naskah awal
 - vi) Perbaikan naskah
 - vii) Penulisan naskah akhir
 - viii) Penandatanganan.

- c. Pascakontrak
 - i) Pelaksanaan
 - ii) Penafsiran
 - iii) Penyelesaian sengketa.

Pada tahap prakontraktual seringkali ditandai dengan adanya berbagai proses seperti negosiasi serta pembuatan berbagai dokumen pendahuluan. Negosiasi merupakan tahapan paling penting dalam proses prakontraktual, negosiasi merupakan proses sebelum terjadinya sebuah kontrak nyata yang memuat pertukaran hak dan kewajiban para pihak secara proporsional.

Dalam tahap prakontraktual terjadi proses negosiasi dimana terdapat tawar menawar diantara para pihak. Negosiasi kontrak adalah satu dialog yang terselenggara sebagai suatu rangkaian

⁹⁶Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* 8th edition, 1999, Thomson, West Texas, hlm. 347

⁹⁷Marbun, B.N, 2009, *Membuat Perjanjian yang Aman dan Sesuai Hukum*, Jakarta, Puspa Swara, hlm. 13

pembicaraan dan komunikasi untuk mencapai suatu kesepakatan tertulis diantara dua pihak atau lebih.

2.2.3 Kontrak Bisnis Internasional Berdimensi Publik

Kontrak Bisnis yang berdimensi publik adalah suatu kontrak bisnis dimana salah satu atau para pihaknya adalah Pemerintah atau aparatnya dapat berupa Presiden selaku kepala administratif, Menteri yang memimpin Departemen, Kepala Kantor Wilayah, Kepala Staf Angkatan dan lain-lain sepanjang mereka mempunyai wewenang untuk melakukan dan mengikatkan diri pada suatu perjanjian. Berbeda dengan subyek hukum yang dikenal dalam hukum perdata, maka pemerintah atau aparatnya ini lebih merupakan subyek hukum administrasi negara.

Perlu ditegaskan disini bahwa perjanjian yang dilakukan oleh Badan Usaha Milik Negara (BUMN) bukanlah merupakan kontrak bisnis yang berdimensi publik. Hal ini karena BUMN bukanlah suatu entitas publik melainkan suatu badan hukum sebagaimana dikenal dalam hukum perdata. Kontrak bisnis domestik yang berdimensi publik sangat banyak dikenal. Seperti suatu instansi pemerintah melakukan kontrak bisnis dengan perusahaan swasta tentang pengadaan gedung atau barang. Contoh lain adalah instansi pemerintah yang melakukan tukar guling dengan perusahaan swasta.

Sedangkan kontrak bisnis internasional yang berdimensi publik adalah suatu kontrak bisnis dimana salah satu pihaknya adalah pemerintah atau aparatnya. Seperti sebuah departemen mengadakan suatu kontrak bisnis dengan badan hukum swasta diluar negeri sehubungan dengan pengiriman seorang atau beberapa ahli. Contoh lain adalah Departemen Luar Negeri melakukan pinjam meminjam secara komersial dengan suatu bank diluar negeri guna pembiayaan gedung kedutaan di luar negeri

Kontrak Bisnis Internasional yang berdimensi publik ini harus dibedakan dengan suatu perjanjian internasional. Perjanjian Internasional merupakan suatu perjanjian yang dilakukan oleh subjek hukum internasional, khususnya antar negara dengan negara atau negara dengan organisasi internasional. Dapat saja suatu perjanjian internasional bermuatan bisnis, misalnya pemerintah Republik Indonesia melakukan pinjaman kepada Bank Dunia (*World Bank*) atau IMF (*International Monetary Fund*)

Kontrak bisnis dapat dibagi menjadi empat bagian apabila dilihat dari segi pembuktian, sebagai berikut:

- a. Kontrak bisnis yang dibuat dibawah tangan dimana para pihak menandatangani sebuah kontrak bisnis diatas materai.
- b. Kontrak bisnis yang didaftarkan (*waarmerken*) oleh notaries.
- c. Kontrak bisnis yang dilegalisasikan didepan notaris.
- d. Kontrak bisnis yang dibuat dihadapan notaris dan dituangkan dalam bentuk akta notaris. Walaupun ada empat perbedaan dari segi pembuktian namun demikian hal tersebut tidak mempengaruhi keabsahan isi dari apa yang diperjanjikan oleh para pihak.

Dalam kontrak bisnis yang dituangkan dalam bentuk akta notaris, ada beberapa kontrak bisnis yang oleh undang-undang harus dibuat dalam bentuk akta notaris, misalnya perjanjian yang menyangkut pendirian perseroan terbatas atau perjanjian jual belitanah. Sedangkan ada kontrak bisnis yang karena kebiasaan dibuat dalam bentuk akta notaris, misalnya perjanjian pinjam meminjam, perjanjian penjaminan emisi dan lain-lain. ada pula kontrak bisnis yang dituangkan dalam bentuk akta notaris karena memang dikehendaki secara demikian oleh para pihak.

2.2.4 Kontrak Bisnis Nasional

Kontrak nasional adalah kontrak yang dibuat oleh dua atau lebih person (subyek hukum) dalam suatu wilayah negara, yang mana tidak terdapat unsur asingnya. Yang mana hukum kontrak sebagai bagian dari hukum privat, yang 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.⁹⁸

Praktik di Indonesia mengenai status perjanjian internasional dalam hukum nasional Indonesia belum berkembang bahkan masih menimbulkan persoalan. Hal itu disebabkan belum adanya satu pemikiran yang sama mengenai kontrak (perjanjian) internasional dalam sistem hukum Republik Indonesia (RI).⁹⁹ Pandangan senada diutarakan oleh Damos Dumoli Agusman bahwa dalam tataran praktis, di kalangan pemerintah dan opini publik berkembang berbagai jalan berfikir (alur pemikiran),terkait dengan: i) perjanjian

⁹⁸Sudargo Gautama, 1991, *Contoh-Contoh Kontrak, Rekes & Surat-Surat Berharga*, Bandung, Alumni, hlm. 115-129.

⁹⁹Damos Dumoli Agusman, 2010, *Hukum Perjanjian Internasional: Kajian Teori dan Praktik Indonesia*, Bandung, Refika Aditama, hlm. 95.

internasional yang telah disahkan (diratifikasi) sebagai bagian dari hukum nasional; ii) keharusan adanya legislasi nasional tersendiri untuk mengimplementasikan suatu perjanjian internasional yang telah disahkan.

Perjanjian internasional tidak hanya dapat diartikan sebagai perjanjian dengan negara lain, tetapi perjanjian internasional dalam pemahaman perjanjian internasional yang diakui dalam hukum internasional. Negara di satu sisi masih menjadi subjek hukum yang utama. Akan tetapi meningkatnya peran subjek-subjek hukum bukan negara tidak dapat dinafikan (tolak) bahwa telah memberikan pengaruh besar terhadap perkembangan hukum internasional

Kontrak (perjanjian) internasional di Indonesia memiliki dasar hukum berpijak yang kuat, sebagaimana diatur dalam Pasal 11 ayat (1,2 & 3) UUD 1945 yaitu:

1. Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain;
2. Presiden dalam membuat Perjanjian Internasional lainnya yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan negara,
3. Ketentuan lebih lanjut tentang perjanjian internasional diatur dengan undang-undang.

Ketentuan Pasal 11 UUD 1945 di atas, melalui rumusan ayat (2) dan ayat (3) memperjelas bahwa perjanjian internasional tidak hanya dapat diartikan sebagai perjanjian dengan negara lain, akan tetapi perjanjian internasional dalam pemahaman perjanjian internasional yang diakui dalam hukum internasional. Negara di satu sisi masih menjadi subjek hukum yang utama. Akan tetapi meningkatnya peran subjek-subjek hukum bukan negara tidak dapat dinafikan atau diabaikan bahwa telah memberikan pengaruh besar terhadap perkembangan hukum internasional. Hal itu sebagaimana tersurat dalam pengertian hukum internasional, yaitu:¹⁰⁰ "Hukum internasional adalah keseluruhan kaidah dan asas yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas negara antara negara dengan negara; negara dengan subjek hukum bukan negara atau subjek hukum bukan negara satu sama lain."

Dengan demikian, bahwa hukum internasional bukan hanya dapat dibentuk oleh negara namun juga dapat dibuat oleh subjek-

¹⁰⁰Mochtar Kusumaatmadja, 1997, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung: Bina Cipta, hlm. 3.

subjek hukum yang bukan negara. Dalam hal ini Indonesia sebagai negara hukum juga memiliki peraturan perundang-undangan yang secara khusus mengatur mengenai perjanjian internasional dalam rangka mendukung penyelenggaraan hubungan luar negeri yang lebih terarah, terpadu dan berlandaskan kepastian hukum sebagaimana rumusan Pasal 1 ayat (1) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional (UU PI), menyatakan bahwa “Perjanjian Internasional adalah perjanjian, dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidangnya publik”.

Sedangkan menurut Pasal 1 ayat (3). Undang-undang Nomor 37 Tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri (HLN) menyatakan bahwa “Perjanjian Internasional adalah perjanjian yang dalam bentuk dan sebutan apapun, yang diatur oleh hukum internasional dan dibuat secara tertulis oleh pemerintah Republik Indonesia dengan satu atau lebih negara, organisasi internasional atau subjek internasional lainnya, serta menimbulkan hak dan kewajiban pada Pemerintah Republik Indonesia yang bersifat hukum publik”.

Dari uraian kedua aturan hukum di atas mengenai pengertian perjanjian internasional dapat diambil kesimpulan bahwa rumusan tersebut merupakan landasan hukum yang mengikat bagi pemerintah pusat dan pelaku hubungan luar negeri lainnya termasuk unsur-unsur daerah dalam melaksanakan hubungan luar negeri. Setelah disahkan undang-undang Nomor 24 Tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional (PI), praktik di Indonesia telah menunjukkan konsistensi praktik, elemen-elemen perjanjian internasional sebagaimana dimaksud Konvensi Wina telah dipenuhi. Meskipun dalam pembuatan perjanjian internasional di Indonesia masih terdapat kesulitan tentang pembedaan yang berkaitan dengan *Governed by International Law*, sehingga semua dokumen sepanjang dibuat Pemerintah RI dengan subjek hukum internasional dianggap sebagai perjanjian internasional sekalipun perjanjian itu tunduk pada hukum nasional seperti perjanjian pinjaman (*loan agreements*).

Dalam teoritis maupun praktik termasuk Indonesia, terdapat jenis perjanjian yang bersifat administratif yang dibuat antara lembaga pemerintah/negara Indonesia dengan lembaga pemerintah/negara asing, sebagai contoh misalnya perjanjian antara Kementerian Indonesia dengan Kementerian negara sahabat, termasuk perjanjian antara Pemerintah Daerah seperti *MoU Sister City/Sister Province*. Perjanjian ini (pada umumnya dalam bentuk

MoU) masih menimbulkan kontroversi terkait statusnya sebagai suatu perjanjian internasional (*treaty*).¹⁰¹

Dalam konsep continental, penempatan pengaturan perjanjian pada buku III KUHPerdara tentang Hukum Perikatan mengindikasikan bahwa perjanjian memang berkaitan dengan masalah harta kekayaan (*vermogen*). Pengertian perjanjian ini mirip dengan *contract* pada konsep anglo-American yang selalu berkaitan dengan bisnis.

Dalam perspektif Anglo-American, perjanjian dalam hukum Belanda *overeenkomst* dalam bahasa Inggris disebut *agreement* yang mempunyai pengertian yang lebih luas dari *contract*, karena mencakup hal-hal yang berkaitan dengan bisnis atau buka bisnis. Untuk *agreement* yang berkaitan dengan bisnis disebut *contract*, sedangkan untuk yang tidak berkaitan dengan bisnis hanya disebut *agreement*.¹⁰² Kontrak adalah suatu tindakan yang dilakukan oleh dua atau lebih pihak dimana masing-masing pihak yang ada di dalam kontrak tersebut dituntut untuk melakukan satu atau lebih prestasi.¹⁰³

Dasar dari hukum kontrak diambil dari pengertian perjanjian yang terdapat dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang merumuskan: "suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih". Kontrak adalah suatu perikatan yang diperjanjikan (*promissory agreement*) diantara dua atau lebih pihak yang dapat menimbulkan, memodifikasi atau menghilangkan hubungan hukum.

Ruang lingkup dan sifat yang mengikatnya, kontrak dapat diklasifikasikan dalam 2 (dua) dimensi yaitu: kontrak dalam dimensi nasional dan kontrak dalam dimensi internasional. Kontrak dalam dimensi nasional adalah kontrak yang dibuat oleh 2 (dua) atau lebih subjek hukum (*recht person*) dalam suatu wilayah Negara yang tidak ada unsur asingnya.

Sedangkan kontrak dalam dimensi internasional adalah kontrak yang di dalamnya terdapat unsur asing (*foreign element*). Secara teoritis, unsur asing dalam suatu kontrak nasional yaitu:

- a. Kebangsaan yang berbeda
- b. Para pihak memiliki domisili hukum asing di negara berbeda

¹⁰¹Ko Swan Sik, *Beberapa Aspek Kenisbian dan Kesamaran Perjanjian Internasional*, Jurnal Hukum Internasional, LPHI FH UI, Vol. 3, No. 4, Juli 2006, hlm. 484-485.

¹⁰² Zukhery artha, *loc. Cit*

¹⁰³ Munir Fuady II, *Op Cit*, hal 9

- c. Hukum yang dipilih adalah hukum asing termasuk aturan-aturan atau prinsip-prinsip kontrak internasional terhadap kontrak tersebut.
- d. Penyelesaian sengketa kontrak dilangsungkan di luar negeri
- e. Pelaksanaan kontrak tersebut diluar negeri
- f. Kontrak tersebut ditanda tangani di luar negeri
- g. Objek kontrak tersebut diluar negeri
- h. Bahasa yang digunakan adalah bahasa asing
- i. Digunakannya mata uang asing dalam kontrak tersebut

Kontrak Internasional merupakan sebuah kontrak yang didalamnya terkandung unsur asing. Unsur asing dalam kontrak dapat terjadi karena perbedaan kewarganegaraan para pihak, lokasi, perbedaan hukum, orientasi pasar, perbedaan bahasa, mata uang transaksi dan tradisi. Kontrak bisnis internasional adalah kontrak yang dibuat oleh dua atau lebih pihak, yang melakukan transaksi lintas batas Negara, yang berkebangsaan berbeda.

Pengertian kontrak bisnis internasional menurut Peter Mahmud Marzuki bahwa "kontrak antara sebuah perusahaan atau perorangan di suatu Negara dengan perusahaan atau perorangan di Negara lain atau dalam beberapa hal, antara perusahaan atau perorangan di suatu Negara dengan pemerintah atau BUMN Negara lain."¹⁰⁴

Dengan demikian, kontrak bisnis internasional dapat difahami sebagai suatu hubungan hukum untuk melakukan transaksi bisnis lintas batas Negara antara dua subjek hukum dalam bidang perdagangan yang menimbulkan akibat hukum. Pemahaman tersebut sejalan dengan pendapat Salim bahwa hukum kontrak adalah keseluruhan kaedah-kaedah hukum yang mengatur hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat (*concensus*) untuk menimbulkan akibat hukum.¹⁰⁵ Pelbagai corak kontrak di Indonesia antara lain kontrak diluar KUH Perdata (*innominaat*) seperti kontrak *leasing*, *joint ventura*, *franchise* dll

Selanjutnya sistem hukum yang terdapat di dunia dapat diklasifikasikan dalam 2 (dua) kategori besar, yaitu sistem *Common Law* dan *Civil Law*. Adapun prinsip-prinsip hukum yang dianut terdapat perbedaan diantara kedua sistem hukum tersebut seperti sistem hukum *Civil law* yang dianut di Indonesia. Prinsip hukum yang

¹⁰⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Kontrak*, Diktat Kuliah Program Pascasarjana Universitas Udayana, hlm. 2.

¹⁰⁵ Salim H.S.I., *Perkembangan Hukum Kontrak Innominaat di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm.4.

dianut adalah mengutamakan prinsip hukum tertulis dengan prinsip nasionalitas. Yang mana landasan dasar pembentukan kontrak adalah: pertama KUHPerdata, dalam ketentuan Pasal 1320 KUHPerdata 4 (empat) syarat sah suatu kontrak yaitu:

- i. Konsensus,
- ii. Cakap,
- iii. Halal, dan
- iv. Hal tertentu.

Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD) dalam kedua dasar pembentukan kontrak tersebut dapat difahami bahwa kontrak yang dimaksud bersifat umum dan implisit. Selain itu kontrak dalam pelaksanaannya dapat dibicarakan dengan cara negosiasi.

Sedangkan dalam *Common Law* system lebih mengutamakan sistem hukum kebiasaan. Dalam hal menentukan status personal seseorang adalah dengan menggunakan prinsip domisili. Bentuk kontrak cenderung detail dan eksplisit, ketidaksesuaian antara pelaksanaan dengan kontrak menjadi tanggungjawab pihak yang salah atau lalai.

*

BAB III

PENAFSIRAN KONTRAK BISNIS

3.1 Pendahuluan

Praktik aktivitas bisnis yang dijalankan oleh pelaku bisnis, kontrak¹⁰⁶ digunakan mereka untuk transaksi yang dilakukan. Secara umum dalam setiap aktivitas bisnis terlebih dahulu dibuat suatu kontrak, walaupun hanya kontrak yang sederhana seperti kontrak sewa menyewa 1 (satu) unit rumah kontrakan. Namun realitasnya, masih terdapat kontrak dibuat yang isinya tidak jelas, kabur, tumpang tindih dan sebagainya. Oleh karena itu, dibutuhkan penafsiran terhadap isi kontrak yang telah dibuat.

KUHPerdata melalui beberapa pasal (Pasal 1342-1351) mengatur mengenai penafsiran dan cara melakukan penafsiran kontrak sebagai upaya untuk mendapat kejelasan arti atau makna yang terkandung dalam kontrak tersebut.¹⁰⁷ Namun dalam hal isi suatu kontrak sudah jelas penafsiran tidak diperbolehkan lagi, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1342 KUH Perdata: "Jika kata-kata dalam suatu kontrak sudah jelas, maka tidak lagi diperkenankan untuk menyimpang melalui penafsiran". Ketentuan tersebut menyiratkan kontrak yang dibuat oleh para pihak semestinya jelas isinya guna memberikan kepastian (*asas sens clair*) atau doktrin kejelasan makna (*plain meaning rules*).

Sejatinya kontrak yang telah disepakati oleh para pihak tidak butuh penafsiran, oleh karena setiap perkataan maupun kalimat demi kalimat dalam kontrak merupakan rangkuman keinginan atau kepentingan mereka yang membuat kontrak. Dalam hal berbagai kepentingan tersebut telah jelas ditulis dalam kontrak, maka penafsiran kontrak tidak dibutuhkan lagi. Bahkan lebih daripada itu tidak dibenarkan apabila dengan penafsiran tersebut justru akan mempunyai arti yang menyimpang dari yang tersurat tersebut.¹⁰⁸ Sedemikian pentingnya penafsiran sebuah kontrak agar makna dari setiap perkataan dalam klausula yang dibuat dapat difahami dan

¹⁰⁶Munir Fuady, 2005. *Pengantar Hukum Bisnis Menata Bisnis Modern di Era Global*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 9.

¹⁰⁷Suhardana, 2008. *Contract Drafting: Kerangka Dasar dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Universitas Atmajaya Yogyakarta, Yogyakarta, hlm. 65.

¹⁰⁸Munir Fuady, 2007. *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 53.

dapat dilaksanakan secara tepat. Hal itu sebagaimana KUHPerdara telah mengaturnya melalui pasal-pasal yang telah disebutkan di atas.

Beberapa hal penting mengenai penafsiran yang ditetapkan dalam Pasal 1342-1351 KUHPerdara yang mana telah beberapa ketentuan terkait dengan penafsiran kontrak atau perjanjian sebagai berikut:

- a. Larangan penafsiran terhadap perjanjian yang jelas
Dalam ketentuan Pasal 1342 KUH Perdata secara tegas dinyatakan bahwa: "Apabila kata-kata suatu perjanjian jelas, maka tidak diperkenankan untuk menyimpang daripadanya dengan jalan penafsiran".
- b. Menyelidiki maksud para pihak dan memegang teguh arti kata-kata
Hal mana suatu perjanjian diberikan berbagai macam penafsiran sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 1343 KUHPerdara bahwa: "apabila kata-kata suatu perjanjian dapat diberikan berbagai macam penafsiran, maka harus diselidiki maksud-maksud para pihak yang membuat perjanjian tersebut, daripada memegang teguh arti kata-kata.
- c. Memilih janji yang mungkin dapat dipenuhi
Yang dimaksudkan dengan memilih janji yang mungkin untuk dipenuhi adalah sebagaimana yang ditegaskan dalam Pasal 1344 KUHPerdara menyatakan bahwa: "apabila suatu janji dapat diberikan dua macam pengertian, maka harus dipilih pengertian yang sedemikian rupa yang memungkinkan janji tersebut dilaksanakam, daripada memberikan pengertian yang tidak memungkinkan untuk dilaksanakan".
- d. Memilih pengertian yang paling sesuai
Dalam hal ini terkait dengan kata-kata yang terdapat dalam suatu kontrak dapat diberikan pengertian lebih dari satu, maka yang harus dipilih adalah pengertian yang paling sesuai dengan sifat perjanjian (Pasal 1345 KUHPerdara).
- e. Menafsirkan sesuai kebiasaan
Jika terdapat hal yang meragukan isi dalam suatu kontrak maka harus ditafsirkan menurut apa yang menjadi kebiasaan dalam negeri atau di tempat dimana perjanjian telah dibuat (Pasal 1346 KUHPerdara).
- f. Kebiasaan yang dimasukkan secara diam-diam
Hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam perjanjian,

meskipun tidak dengan tegas dinyatakan (Pasal 1347 KUHPerdara).

- g. Janji diartikan dalam satu hubungan
Semua janji yang dibuat dalam suatu perjanjian, harus diartikan dalam hubungan satu sama lain, tiap janji harus ditafsirkan dalam rangka perjanjian seluruhnya (Pasal 1348 KUHPerdara).
- h. Janji ditafsirkan atas kerugian
Jika ada keragu-raguan, maka suatu perjanjian harus ditafsirkan atas kerugian mereka yang telah diminta diperjanjikan suatu hal, dan untuk keuntungan orang-orang yang telah mengakibatkan dirinya untuk itu (Pasal 1349 KUHPerdara)
- i. Hanya meliputi hal yang riil
Meskipun bagaimana luasnya kata-kata dalam mana suatu perjanjian disusun, namun perjanjian itu hanya meliputi hal-hal yang nyata-nyata dimaksudkan oleh kedua belah pihak sewaktu membuat perjanjian (Pasal 1350 KUHPerdara).
- j. Pernyataan kehendak tidak mengurangi, membatasi kekuatan perjanjian
Jika seorang dalam suatu perjanjian menyatakan suatu hal untuk menjelaskan perikatan, tidak dapatlah ia dianggap bahwa dengan demikian hendak mengurangi maupun membatasi kekuatan perjanjian menurut hukum dan hal-hal yang tidak dinyatakan (Pasal 1351 KUHPerdara).

3.2. Pengertian Penafsiran (Interpretasi) Kontrak

Penafsiran kontrak sebagai suatu metode yang menunjukkan proses dalam, memberi makna yang sebenarnya kepada bahasa yang digunakan dalam kontrak, untuk selanjutnya dapat ditentukan bagaimana akibat hukum dari kontrak tersebut.¹⁰⁹ Pengertian kontrak seperti ini yang umum diberikan atau dianut oleh banyak kalangan ahli hukum kontrak. Karena itu, sebagian ahli hukum kontrak mencoba membedakan antara istilah penafsiran (*interpretation*) dengan istilah konstruksi (*construction*) terhadap suatu kontrak, dengan menyatakan bahwa kata penafsiran lebih menitikberatkan kepada pemberian arti terhadap bahasa yang digunakan, sedangkan kata konstruksi dalam hal ini diartikan

¹⁰⁹ H.F.A. Vollmar, 1990. *Hukum Benda menurut KUH Perdata*, terjemahan Chidir Ali, Tarsito, Bandung, hlm 17

sebagai penentuan akibat hukum dari kontrak yang sudah ditafsirkan tersebut.¹¹⁰

Corbin menyatakan bahwa penafsiran atau interpretasi kontrak yaitu proses dimana seseorang memberikan makna terhadap suatu simbol dari ekspresi yang digunakan oleh orang lain. Simbol yang lazim digunakan adalah kata-kata baik satu per satu maupun kelompok, oral atau tertulis suatu perbuatan dapat juga menjadi simbol yang dapat dilakukan interpretasi.¹¹¹ Dengan demikian, interpretasi kontrak harus dibedakan dengan konstruksi kontrak. Jika akan dibuat pembedaan, maka dapat dilihat bahasa suatu kontrak dimulai dengan interpretasi bahasa yang digunakan, proses interpretasi berhenti manakala sampai pada penentuan hukum diantara para pihak.¹¹² Menurut A. Joanne Kellermann, penafsiran kontrak adalah penentuan makna yang harus ditetapkan dari pernyataan-pernyataan yang dibuat oleh para pihak dalam kontrak dan akibat-akibat hukum yang timbul karenanya.¹¹³

Menurut Asser dan Hrtkamp, penafsiran perjanjian adalah menentukan pengertian dari pernyataan yang dilakukan oleh dua pihak atau lebih. Yang mana pemaknaan tersebut mempunyai hubungan dengan keadaan dari suatu peristiwa nyata yang berkaiatan dengan dan karenanya menentuka apa akibat hukum yang muncul dari pernyataan-penyataan tersebut.¹¹⁴

Dengan demikian menafsirkan suatu kontrak berarti menemukan dan menentukan arti dari pernyataan kehendak para pihak yang dilakukan untuk menimbulkan akibat hukum. Pengertian "penafsiran kontrak" sulit dibayangkan tanpa sekaligus menelaah bagaimana sebenarnya perjanjian terbentuk. Perjanjian terbentuk karena adanya pernyataan kehendak dari para pihak dan tercapainya kata sepakat di antara para pihak tersebut. Pernyataan kehendak dapat dilakukan dengan kata-kata lisan ataupun tertulis, sikap atau tindakan, singkatnya tanda-tanda atau simbol-simbol. Tanda atau

¹¹⁰ Munir Fuady, *Op.Cit.*, hlm. 54.

¹¹¹ Ridwan Khairandy, "*PT Pulau Intan Cemerlangdan PT Gunung Berlian v Syafei Juremi, et.al*, (Putusan Mahkamah Agung No: Reg. No. 1851/Pdt./1984): Analisis terhadap Kesalahan Pengadilan dalam Penafsiran Perjanjian dan Penentuan Kompetensi Absolut Arbitrase", hlm 4

¹¹² Arthur Linton Corbin, 1982, *Corbin on Contract*, West Publishing Co, St. Paul, Minn, hlm. 487 — 493. Sebagaimana dikutip Ridwan Khairandy, *Ibid*.

¹¹³ *Ibid*.

¹¹⁴ Asser dan Hrtkamp Herlin dalam Budiono, 2010. *Ajaran Umum Hukum perjanjian dan Penerapannya di Bidang kenotariatan*, Bandung, Citra Aditya, hlm. 130-131.

simbol tersebut biasanya berupa kata-kata yang merupakan alat untuk menyatakan kehendak yang ditujukan untuk terjadinya suatu akibat hukum.¹¹⁵

Suatu kontrak terdiri dari serangkaian kata maka untuk menetapkan isi kontrak, perlu dilakukan penafsiran, sehingga dapat diketahui dengan jelas maksud para pihak dalam kontrak. Jika terjadi suatu sengketa antara para pihak dan atas sengketa tersebut tidak ada pengaturan yang jelas dalam perjanjian yang disepakati para pihak, bukan berarti perjanjian belum mengikat para pihak atau dengan sendirinya batal demi hukum. Karena pengadilan dapat mengisi kekosongan hukum tersebut melalui penafsiran untuk menemukan hukumnya yang berlaku bagi para pihak yang membuat perjanjian.

Penafsiran kontrak dalam bentuk bahasa yang dipergunakan dalam kontrak, sulit untuk mewujudkan pikiran-pikiran pembentuknya sehingga selalu muncul peristiwa-peristiwa baik seluruhnya maupun sebagian yang tidak masuk dalam perumusannya. Menurut Vollmar, melalui interpretasi kita mencari tujuan serta maksud dari kata-kata yang terdapat dalam UU. Maka interpretasi dikeluarkan bertujuan untuk menemukan hukum.

3.3 Metode Penafsiran Kontrak

Metode penafsiran kontrak secara umum dalam teori ilmu hukum maupun dalam praktek peradilan, dikenal beberapa macam metode, interpretasi, yang meliputi beberapa macam, yaitu:¹¹⁶ i) interpretasi subsumtif; ii) interpretasi gramatikal, iii) interpretasi sistematis/logis; iv) interpretasi historis; v) interpretasi teleologis/sosiologis, vi) interpretasi komparatif, vii) interpretasi antisipatif/futuristik, viii) interpretasi restriktif, ix) interpretasi ekstensif, x) interpretasi otentik atau secara resmi, xi) interpretasi interdisipliner, xii) interpretasi multidisipliner.

Selanjutnya dalam ilmu hukum kontrak, terdapat 3 (tiga) metode penafsiran kontrak, yaitu: i) Metode penafsiran subjektif, ii) metode penafsiran objektif dan iii) metode penafsiran antara objektif dan subjektif.¹¹⁷ Berikut akan diuraikan mengenai metode-metode yang dimaksud secara terperinci, yaitu:

¹¹⁵ Soerjono Soekanto, 2001, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI-Press, Jakarta, hlm. 24.

¹¹⁶ Herlien Budiono, 2010, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kemotarianan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.123.

¹¹⁷ Munir Fuady, *Hukum Kontrak....*, Op.Cit. hlm. 56-57

- a. Metode penafsiran subjektif.
Menurut metode penafsiran subjektif ini, penafsiran kontrak dilakukan dengan berpegang seoptimal mungkin pada maksud yang sebenarnya dari para pihak, tanpa terlalu berpegang kepada kata-kata yang ada dalam kontrak tersebut. Metode ini dianut juga oleh KUH Perdata sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1343 KUH Perdata bahwa penafsiran kontrak dilakukan dengan lebih mempertimbangkan dan menyelidiki maksud dan tujuan dari kedua belah pihak dari hanya melihat kepada kata-kata secara gramatikal.
- b. Metode penafsiran objektif.
Berbeda dengan metode penafsiran subjektif, maka metode penafsiran objektif lebih menekankan pada apa yang tertulis dalam suatu kontrak, daripada melihat kepada maksud dari para pihak, apalagi jika bahasa yang digunakan dalam kontrak sudah cukup jelas. Metode penafsiran objektif ini sesuai pula dengan doktrin "pengetian jelas" yang menyatakan bahwa tidak diperlukan penafsiran jika bahasa dalam kontrak sudah jelas artinya. Pasal 1342 KUH Perdata juga menyatakan hal yang senada.
- c. Metode penafsiran antara objektif dan subjektif.
Dalam perkembangannya, yang banyak terjadi dalam praktik penafsiran perjanjian justru penafsiran yang bergerak antara metode penafsiran objektif dengan metode penafsiran subjektif. Dengan demikian, metode penafsiran ini berupaya mengkombinasikan antara kedua metode penafsiran objektif dengan metode penafsiran subjektif.

Dalam praktik, tidak ada prioritas dalam penggunaan metode interpretasi. Oleh karena itu metode interpretasi dapat digunakan secara terpisah (sendiri-sendiri) atau disinergikan beberapa metode interpretasi sekaligus secara bersama-sama. Dalam hal ini hakim mempunyai kebebasan atau tidak terikat harus menggunakan metode interpretasi tertentu, tetapi yang penting bagi hakim adalah interpretasi yang dipilih adalah dapat tepat sasaran, yaitu dapat memperjelas ketentuan peraturan perundang-undangan sehingga dapat secara tepat diterapkan terhadap peristiwanya.¹¹⁸

¹¹⁸Bambang Sutiyoso, 2009. *Metode Penemuan Hukum: Upaya Menujudkan Hukum yang Pastidan Berkeadilan*, Cetakan ke-3, UII Press, Yogyakarta, hlm. 103.

Dalam sistem *common law* seperti yang berlaku di Amerika Serikat, dikenal juga cara penafsiran perjanjian oleh pengadilan untuk mengisi kekosongan hukum dalam perjanjian yang dibuat oleh para pihak. *Uniform Commercial Code* menyebutkan tiga cara untuk melakukan interpretasi hukum, yaitu *Course of performance*, *Course of dealing* dan *Usage of trade*.¹¹⁹

Course of performance, yaitu bagaimana para pihak bertindak melaksanakan perjanjian seperti dalam perjanjian distributor dijelaskan bahwa kualitas produk yang disalurkan secara berkesinambungan adalah *the highest grade oil*. Jika kemudian terjadi sengketa mengenai kualitas minyak, maka yang menjadi dasar untuk menentukan kualitas minyak yang diperjanjikan adalah minyak yang diterima pada pengiriman pertama.

Dengan demikian tindakan para pihak dalam melaksanakan kontrak berlaku sebagai bukti tentang maksud para pihak. *Course of Dealing* adalah bagaimana para pihak melaksanakan kontrak telah mereka sepakati. Hal ini akan menjadi acuan untuk menyelesaikan sengketa, atas kontrak yang sedang berlaku antara mereka seperti dalam kontrak yang tidak jelas hak dan kewajiban para pihak. Bukti yang ada hanya selembar kuitansi tanda terima. Namun, kontrak sebelumnya jelas mencantumkan bahwa uang tersebut adalah sebagai setoran modal dalam suatu kontrak agribisnis. *Usage of trade* adalah praktis bisnis yang sudah terjadi berulang-ulang menurut pola yang sama seperti dalam pelaksanaan kontrak sudah menjadi kebiasaan bahwa suatu perusahaan pemasok barang atau distributor utama mewajibkan distributor menjual barang secara kredit kepada pelanggan.¹²⁰

3.4. Penafsiran Kontrak Menurut KUH Perdata

Penafsiran kontrak merupakan salah satu jalan agar permasalahan yang sering terjadi oleh para pihak yang membuat kontrak. Permasalahan yang terjadi disebabkan perbedaan penafsiran mengenai isi kontrak di antara mereka sehingga menyebabkan sengketa (perselisihan) dalam menjalankan isi kontrak yang telah mereka tanda tangani. Masing-masing pihak menafsirkan bunyi atau ketentuan di dalam perjanjian tersebut secara berbeda sehingga tidak ada kesuaian antara keduanya. Untuk

¹¹⁹Suharnoko, 2009. *Hukum Perjanjian Teori dan Analisis Kasus*, Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 19.

¹²⁰ Steven Emanuel and Steven Knowles, 1993, *Contract*, NY: Emanuel Law Outlines, Inc. Larchmont, Suhamoko, *Ibid*, hlm. 20.

itu, peraturan perundang-undangan Indonesia, khususnya Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) secara tegas memberikan pedoman mengenai cara menafsirkan perjanjian atau kontrak yang mungkin masih belum banyak diketahui oleh masyarakat. Pedoman tersebut dapat dilihat dalam Pasal 1342-1351 KUHPerdata. Selanjutnya cara melakukan penafsiran terhadap perjanjian atau kontrak dapat diringkas seperti dalam tabel sebagai berikut:

Table 3.1. Pedoman Penafsiran Kontrak Pasal 1342-1351 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata)

No.	Pasal	Peruntukan	Uraian
1	1342	Dalam hal kata-kata dalam suatu perjanjian jelas, maka tidak diperkenankan untuk menyimpang daripadanya dengan cara penafsiran.	Isi kontrak yang telah jelas, para pihak tidak dibenarkan untuk melakukan penafsiran.
2	1343	Jika kata-kata dalam perjanjian dapat diberikan berbagai macam penafsiran, maka kata-kata tersebut harus ditafsirkan menurut maksud mereka yang berkontrak daripada memengang teguh arti kata-kata menurut huruf	Sebagai contoh: perjanjian jual beli beras dikatakan bahwa: "semua yang ada di dalam gudang" sebenarnya yang dimaksud dari kalimat itu adalah semua beras yang ada di dalam gudang. Jadi jika ada barang lain di dalam gudang seperti sepeda atau kursi, maka barang-barang tersebut tidak termasuk dalam cakupan dari "semua yang ada di dalam gudang".
3	1344	Jika suatu janji dapat diberikan dua macam pengertian, maka harus dipilih pengertian yang memungkinkan janji itu dapat dilaksanakan, dari pada memberikan pengertian yang tidak memungkinkan suatu pelaksanaan.	Pasal ini mengarahkan penafsiran agar perjanjian dapat dilaksanakan dari pada penafsiran yang menyebabkan perjanjian itu tidak dapat dilaksanakan;
4	345	Jika kata-kata dapat diberikan dua macam pengertian, maka harus dipilih pengertian yang paling selaras dengan sifat perjanjian.	Misalnya perjanjian pinjam meminjam uang dengan bunga. Bunga di sini dapat diartikan sebagai kembang dan dapat pula diartikan sebagai rente atau tambahan uang pembayaran. Akan tetapi karena perjanjian ini adalah perjanjian pinjam meminjam uang tidak mungkin kata bunga ini ditafsirkan sebagai kembang, tetapi harus ditafsirkan sebagai rente atau tambahan uang pembayaran;
5	346.	Apa yang meragu-	Misalnya ada perjanjian jual beli

		ragukan harus ditafsirkan menurut apa yang menjadi kebiasaan dalam negeri atau di tempat di mana perjanjian telah dibuat.	makanan pokok yang berlokasi di Maluku. Maka dapat dipastikan menurut kebiasaan tempatnya makanan pokok yang dimaksud bukan lah beras melainkan sagu
6	1347	Hal-hal menurut yang kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukan dalam persetujuan (dasar hukum	meskipun tidak dengan tegas dinyatakan. Misalnya kebiasaan daerah setempat adalah dianggap selalu dicantumkan dalam perjanjian
7	1348	Perjanjian yang dibuat tidak dapat ditafsirkan sebagian demi sebagian melainkan harus ditafsirkan sebagai satu keutuhan	Perjanjian hendaknya ditafsirkan secara utuh, tidak secara parsial.
8	1349	Jika ada keragu-raguan maka suatu perjanjian harus ditafsirkan atas kerugian orang yang telah meminta diperjanjikannya sesuatu hal, dan untuk keuntungan orang yang telah mengikatkan dirinya untuk itu	Penafsiran harus diarahkan untuk keuntungan mereka yang berjanji.

Pedoman dalam penafsiran kontrak sebagaimana telah dirumuskan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer), yaitu di Buku Ketiga Bagian Keempat, yang terdiri dari 10 Pasal, mulai dari Pasal 1342 sampai dengan Pasal 1351.¹²¹ Penafsiran kontrak dalam KUHPerdata menyatakan bahwa jika kata-kata suatu perjanjian jelas, tidaklah diperkenankan untuk menyimpang dari padanya dengan jalan penafsiran" (P1342 KUH Perdata). Sebagai contoh sudah jelas diperjanjikan bahwa kewajiban pihak pemborong membuat jalan baru, bukan memperbaiki jalan lama yang sudah ada.¹²²

¹²¹Subekti dan Tjitrosudibio, 1992, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, hlm. 286-287

¹²²Suhamoko, 2009, *Hukum Perjanjian Teori dan Analisis Kasus*, Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 16.

Ketentuan menjadi landasan dari argumen bahwa jika kata-kata di dalam perjanjian yang dibuat para pihak telah jelas, para pihak dianggap terikat meskipun pernyataan kehendak yang telah diberikan ternyata tidak sesuai dengan maksud dan tujuan semula. Perumus Undang-Undang mendasarkan pandangannya bahwa hanya pernyataan yang kurang jelas harus ditafsirkan. Rumusan Pasal 1342 KUH Perdata haruslah dibaca jika telah ditentukan apa yang sebenarnya telah dijanjikan oleh para pihak, maka para pihak dan hakim tidak boleh menyimpang dari apa yang telah dinyatakan tersebut. Oleh karena itu, penafsiran tidak diperkenankan apabila perjanjian telah jelas. Hal inilah yang dalam ilmu hukum kontrak disebut dengan asas *sens clair* atau doktrin kejelasan makna (*plain meaning rules*). Meskipun demikian, apabila dicermati ada dua hal yang menarik dalam hal ini, yaitu pada anak kalimat : "kata-kata suatu perjanjian" dan pada kalimat: "Kalau kata-kata perjanjian sudah jelas, maka tidak diperkenankan menafsirkan"¹²³

Uraian di atas, adalah sesuai dengan "Teori Kehendak" sebagai teori yang paling cocok untuk bagian yang terbesar daripada perjanjian-perjanjian. Memang dalam peristiwa-peristiwa tertentu yang merupakan penyimpangan, teori tersebut tidak memberikan penyelesaian yang memuaskan. Pada teori kepercayaan, di sini memungkinkan orang terikat pada suatu pernyataan yang tidak didasarkan atas kehendaknya, tetapi didasarkan atas penerimaan pihak lain menurut ukuran yang berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan dalam menerima pernyataan seperti itu. Dalam peristiwa seperti itu yang dicari adalah arti yang diberikan oleh masyarakat terhadap kata atau tanda seperti itu. Memang ada ketentuan yang memberikan dukungan ke arah pemikiran seperti itu (Pasa 11346). Dengan demikian tindakan "menafsirkan" ada kalanya adalah lain daripada mencari kehendak para pihak, sehingga harus ditambah dengan kata-kata "atau mencari arti yang diberikan oleh masyarakat yang bersangkutan kepada kata-kata atau tanda-tanda seperti yang dinyatakan oleh yang satu terhadap yang lain".¹²⁴

Dalam hal ini menimbulkan kesan bahwa ada kalanya kata-kata suatu perjanjian sudah jelas, sehingga tidak memerlukan suatu penafsiran. Suatu kesan yang layak timbul pada setiap orang yang membaca Pasal tersebut. Namun kemudian orang membuktikan, bahwa perjanjian yang diwujudkan dalam sekumpulan kata-kata

¹²³ Satrio, 1992, *Hukum Perjanjian*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 414.

¹²⁴ *Ibid.*, hlm 414 - 415.

atau tanda-tanda baru mempunyai arti kalau orang memberikan arti kepadanya. Jadi mau tidak mau menafsirkan kata-kata dan tanda-tanda tersebut. Kesemuanya sudah tentu dengan memperhatikan keadaan dan tempat dimana perjanjian ditutup, dan hal itu berarti bahwa orang tidak cukup menafsirkan secara gramatika saja. Jadi sebenarnya yang dimaksud dengan "kata-kata yang jelas" adalah kata-kata yang tidak memberikan banyak peluang penafsiran yang berbeda.

Menafsirkan perjanjian adalah mencari kehendak para pihak yang dinyatakan oleh yang satu kepada pihak yang lain, sementara itu wujud pernyataan kehendak itu bisa secara tegas atau diam-diam, sedang yang tegas bisa secara lisan, tertulis maupun dengan melalui tanda-tanda. Berdasarkan hal itu, maka seolah-olah Pasal 1342 KUH Perdata hanya berlaku bagi pernyataan yang dibuat secara lisan dan tertulis saja dan tidak berlaku bagi yang diwujudkan dalam bentuk tanda-tanda. *Hooge Raad* (H.R.) memberikan penafsiran yang luas, sehingga meliputi juga apa yang disebut terakhir. Jadi di samping pernyataan yang dibuat secara lisan dan ter tulis, termasuk juga yang diwujudkan dalam bentuk tanda-tanda lainnya, yang digunakan untuk menyampaikan kehendak seseorang.

Dalam hal ini isi suatu perjanjian seakan-akan sepenuhnya ditentukan oleh apa yang telah disepakati oleh para pihak. Namun dalam praktik, seringkali kenyatannya tidak selalu demikian. Para pihak pada waktu membuat perjanjian tidak sekaligus membayangkan tentang berbagai persoalan yang mungkin muncul nantinya, misalnya tentang luas, akibat, maupun konsekuensi yang tidak terduga dari keseluruhan perjanjian. Beranjak dari hal ini, penafsiran perjanjian bukanlah sernata-mata aktivitas hakim, pengacara, ataupun notaris, melainkan juga terutama oleh para pihak dalam perjanjian. Banyak ahli hukum beranggapan bahwa penafsiran perjanjian adalah tugas dari Hakim. Sebenarnya para pihak sendiri yang pertama kali harus menafsirkan perjanjian yang telah mereka buat. Baru kemudian, jika ternyata para pihak berbeda pendapat, adalah tugas dari Hakim sebagai pihak ketiga untuk melakukan penafsiran.

Ketentuan dalam Pasal 1342 KUHPerdata masih mengikuti pandangan lama yang mengajarkan bahwa penafsiran perjanjian hanya diperlukan untuk sesuatu yang tidak jelas. Penafsiran tidak diperlukan jika kata-kata dalam perjanjian sudah jelas.¹²⁵

¹²⁵Ridwan Khairandy, 2004, *Iktikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 218.

Belakangan, orang membuktikan perjanjian yang terdiri dari serangkaian kata baru memiliki arti kalau orang memberi arti kepada kata-kata itu. Kemuanya itu sudah tentu harus memperhatikan keadaan dan tempat dimana perjanjian dibuat. Hal ini berarti pula bahwa orang tidak cukup menafsirkan kata-kata secara gramatikal (grammatical) saja. Jadi, sebenarnya yang dimaksud dengan "kata-kata yang jelas adalah kata-kata yang tidak memberikan banyak peluang penafsiran yang berlainan.

Berbagai cara untuk menafsirkan kata-kata dalam perjanjian. Salah satunya beranjak dari upaya menyelidiki apa yang menjadi maksud kedua belah pihak yang membuat perjanjian dan tidak semata-mata berpegang teguh pada makna kata-kata menurut hurufnya. Jika kata-kata suatu perjanjian dapat diberikan berbagai macam penafsiran, maka harus diselidiki maksud kedua belah pihak yang membuat perjanjian".

Dalam hal dengan Pasal 1343 KUH Perdata menyatakan: "Misalnya apakah para pihak sesungguhnya bermaksud membuat perjanjian penitipan barang atau perjanjian sewa menyewa. Dalam perjanjian penitipan barang, pihak yang menerima titipan bertanggung jawab terhadap kehilangan barang yang dititipkan, sedangkan dalam sewa menyewa pihak yang menyewakan tempat tidak bertanggung jawab atas barang milik penyewa. Oleh karena itu Pasal 1343 KUH Perdata menentukan bahwa jika kata-kata dalam perjanjian dapat diberikan berbagai tafsir harus dipilih penafsiran yang meneliti maksud kedua belah pihak yang membuat perjanjian tersebut daripada sekedar memegang teguh kata-kata tersebut secara literal (letterlijk). Dengan demikian, perjanjian harus diberi tafsir yang paling sesuai dengan kehendak para pihak, walaupun artinya menyimpang dari kata-kata yang terdapat dalam perjanjian

Dengan demikian, bahwa teori kehendak (histrosis-psikologis) dijadikan dasar penafsiran perjanjian. Penafsiran perjanjian menurut teori ini tidak lain daripada menetapkan kehendak dari orang yang melakukan tindakan hukum. Dalam kenyataannya, teori ini sulit dilaksanakan dan dapat menimbulkan berbagai kesulitan. Dikatakan sulit karena kehendak merupakan gejala psikologis yang tidak dapat dilihat dengan panca indera. Hal ini berlainan dengan ajaran penafsiran normatif. Titik pandang aliran penafsiran normatif bukan pada kehendak subjektif para pihak yang menjadi objek penafsiran. Penafsiran menurut aliran ini adalah menetapkan tindakan nyata dan menetapkan akibat-akibat hukum yang timbul karenanya.

Dalam hal satu janji dapat diberikan dua macam pengertian, maka pengertian yang paling mungkin dilaksanakan yang harus dipilih, sebagaimana ketentuan Pasal 1344 KUHPerdata yang menyatakan bahwa: "Jika suatu janji dapat diberikan dua macam pengertian, maka harus dipilih pengertian yang memungkinkan janji itu untuk dilaksanakan daripada pengertian yang tidak memungkinkan suatu pelaksanaan", seperti barang tidak bergerak (*real property*) hukum yang berlaku adalah hukum tempatletaknya benda tidak bergerak tersebut. Oleh karena itu, walaupun mereka yang membuat kontrak (perjanjian) warga negara Indonesia, tetapi karena benda tidak Bergeraknya berada di Australia, maka mereka harus tunduk pada hukum negara Australia.

Ketentuan di atas, menegaskan bahwa jika suatu perjanjian memungkinkan untuk diberikan lebih dari satu penafsiran, dan yang satu lebih memungkinkan untuk dilaksanakan. Dalam keadaan demikian, harus dipilih pengertian yang lebih memungkinkan pelaksanaan janji yang bersangkutan daripada memberikan pengertian yang tidak memungkinkan pelaksanaan perjanjian. Bermakna perjanjian harus ditafsirkan sedekat mungkin dengan maksud para pihak baik diukur dari kehendak para pihak maupun menurut penerimaan masyarakat yang paling memungkinkan untuk pelaksanaan perjanjian tersebut. Maka dapat dilihat bahwa pembuat undang-undang bersikap pragmatis sehingga tidak harus terikat secara ketat baik dengan penafsiran gramatikal maupun maksud para pihak.

Selain itu, pedoman penafsiran kata-kata dalam perjanjian dapat diberikan dua macam pengertian harus dipilih yang paling selaras dengan sifat perjanjian. Hal itu sebagaimana telah ditegaskan dalam Pasal 1345 KUH Perdata menyatakan: "Jika kata-kata dapat diberikan dua macam pengertian, maka harus dipilih pengertian yang paling selaras dengan sifat perjanjian". Ketentuan tersebut mengharuskan suatu perjanjian harus ditafsirkan sedemikian rupa, agar maknanya paling sejalan dengan sifat kontrak. Selanjutnya perjanjian itu bersifat konsensual yang memenuhi syarat-syarat sah perjanjian sesuai ketentuan undang-undang.

Setiap jenis perjanjian memiliki ciri-ciri tersendiri. Oleh karena itu, sangat logis jika perjanjian tertentu ditafsirkan sesuai dengan ciri-ciri perjanjian itu. Semua hal tersebut dilakukan dengan memperhatikan kaitan janji yang satu dengan yang lain. Bahkan jika hal itu tidak diatur dalam undang-undang, mereka yang membuat perjanjian akan melakukan hal serupa itu. Mengingat bahwa

perkataan atau kata-kata maupun suatu tanda baru dapat difahami maksudnya manakala kata atau tanda itu dikaitkan dengan kata atau tanda yang lain, termasuk dengan kesemua dari isi perjanjian yang bersangkutan. Suatu kata yang berdiri sendiri dapat memiliki makna yang sangat berbeda dibanding jika ia merupakan bagian dari suatu rangkaian kata atau tanda.

Pasal 1346 KUH Perdata menyebutkan: "Hal-hal yang meragukan harus ditafsirkan menurut apa yang menjadi kebiasaan dimana perjanjian itu dibuat". Oleh karena itu penafsiran perjanjian juga harus dilakukan dengan memperhatikan kebiasaan setempat. Misalnya, dahulu timbul keraguan apakah para pihak bermaksud mengadakan perjanjian gadai atau fidusia. Sekarang sudah diakui oleh yurisprudensi bahwa fidusia adalah hukum kebiasaan yang hidup dalam kalangan masyarakat bisnis. Bahkan eksistensi dan keabsahan fidusia sudah diakui dalam UUNo. 42 Tahun 1999 Tentang Fidusia.

Ketentuan Pasa11346 KUH Perdata digunakan menurut kebiasaan yang berlaku dan diterapkan dalam lingkungan ahli yang berasal dari satu profesi, bidang perdagangan umum atau yang khusus, misalnya di dunia asuransi, perbankan dan lain-lain. Dengan demikian, ukuran yang digunakan untuk menafsirkan suatu perjanjiannya, ukurannya tidak hanya didasarkan kepada orang yang menafsirkannya, tetapi juga pada pandangan masyarakat di mana perjanjian.

Pasal 1347 KUH Perdata menyebutkan: "Hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam perjanjian". Hal ini sesungguhnya bertentangan dengan pengaturan resiko dalam BW yang menyatakan bahwa jika barang musnah sebelum dilakukan penyerahan, maka resiko ditanggung oleh pembeli. Kebiasaan ini dianggap secara diam-diam telah diperjanjikan oleh para pihak, maka dapat mengenyampingkan hukum yang bersifat optional, seperti pengaturan risiko dalam BW seperti di negeri Belanda, berlaku suatu kebiasaan di antara pedagang sapi bahwa sebelum sapi diserahkan maka resiko masih di tangan penjual.

Menurut Asser Rutten, ketentuan Pasal 1347 KUH Perdata sebenarnya harus dikeluarkan dari bagian keempat "Tentang penafsiran suatu perjanjian" dan dimasukkan ke dalam bagian sebelumnya "Tentang akibat suatu perjanjian". Alasannya karena hal tersebut telah di atur di dalam ketentuan Pasal 1338 ayat (3) KUH

Perdata, yakni bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik.¹²⁶

Pasal 1348 KUH Perdata menyatakan: "Semua janji yang dibuat dalam suatu perjanjian harus ditafsirkan dalam hubungan satu sama lain, artinya tiap janji harus ditafsirkan dalam rangka perjanjian seluruhnya". Oleh karena itu, janji-janji tambahan yang dibuat tersendiri harus dilampirkan pada perjanjian asal dan dengan tegas harus disebutkan bahwa lampiran tersebut merupakan satu kesatuan dengan perjanjian asal seperti apabila dua orang melakukan kerjasama dan memasukkan modal untuk suatu usaha perdagangan. Ketika akan diadakan pembagian keuntungan terjadi sengketa.

Dalam perjanjian terdapat klausula bahwa keuangan perusahaan harus diaudit oleh akuntan publik. Maka sebelum diadakan pembagian keuntungan harus diadakan audit lebih dahulu. Pasal 1349 KUH Perdata menyatakan: "Jika atas suatu janji timbul keragu-raguan, maka janji tersebut harus ditafsirkan atas kerugian orang yang meminta diperjanjikan suatu hal (meminta suatu hak) dan atas keuntungan orang yang telah mengikatkan diri (menyanggupi kewajiban)". Ketentuan ini harus diterapkan berdasarkan kepatutan. Kesukaran yang timbul adalah bahwa *in concreto* sulit untuk menentukan "orang yang minta diperjanjikannya sesuatu hal" dan "orang yang mengikatkan dirinya untuk itu". Karena pada perjanjian timbal balik justru para pihak saling menjanjikan sesuatu hal kepada pihak lainnya.

Dalam hal demikian, maka tiap beding harus dicermati dan dimaknai sendiri-sendiri¹²⁷ seperti dalam suatu perjanjian tidak jelas 'apakah para debitur bertanggung jawab secara tanggung renteng kepada kreditur atau masing-masing bertanggung jawab sendiri sebesar uang yang diterimanya'. Dalam hal ini, maka perjanjian ditafsirkan untuk keuntungan debitur yaitu masing-masing bertanggung jawab sendiri atas jumlah uang yang diterimanya. Hal ini sejalan dengan pengertian penafsiran yang dirumuskan oleh Yudha Bhakti mengatakan bahwa penafsiran digunakan untuk mencari makna yang tersirat dari yang tersurat.¹²⁸

¹²⁶ C. Asser L.E.H. Rutten II, 1979, *Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten vierde druk*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, hlm. 208.

¹²⁷ Herlien Budiono, *op. Cit.*, hlm. 127

¹²⁸ Hukum Perjanjian, <https://duniaotaris.com/hukum-perjanjian-dan-penafsirannya-dilihat-dari-doktrin-dan-penerapan.php>, akses 27 Agustus 2018.

Pasal 1350 KUH Perdata menyebutkan: "Meskipun kata-kata suatu perjanjian dirumuskan secara sangat umum, namun perjanjian itu hanya meliputi hal-hal yang nyata yang dimaksudkan oleh kedua belah pihak". Jadi bagaimanapun luasnya lingkup makna kata-kata dalam suatu perjanjian, sebenarnya apa yang lebih penting ialah hal-hal yang nyata-nyata dimaksudkan oleh para pihak sewaktu perjanjian dibuat.¹²⁹ Misalnya kata-kata dalam suatu perjanjian pemberian kuasa untuk membeli dirumuskan sangat umum, tetapi hal ini tidak berarti bahwa kuasa tersebut termasuk kuasa untuk menjual.¹³⁰

Pasal KUH Perdata Pasal 1351 KUH Perdata menyatakan bahwa: "Suatu hal yang dinyatakan untuk menjelaskan suatu perjanjian, tidak dapat digunakan untuk membatasi kekuatan perjanjian dalam hal-hal yang tidak dinyatakan". Oleh karena itu jika seseorang dalam suatu perjanjian menyatakan suatu hal untuk menjelaskan perikatan, tak dapatlah ia dianggap bahwa dengan demikian hendak mengurangi kekuatan perjanjian menurut hukum dalam hal-hal yang tidak dinyatakan.¹³¹ Yurisprudensi menetapkan bahwa dalam hal adanya selisih pendapat mengenai isi perjanjian di antara para pihak, maka penafsiran perjanjian adalah tugas utama dari hakim dengan menilai fakta-fakta yang ada. Berdasarkan ketentuan Pasal 1343 KUH Perdata, hakim akan mendahulukan maksud dan tujuan para pihak daripada memegang teguh kata-kata suatu perjanjian. Namun jika kata-kata tidak jelas, tetap hakim harus menentukan dari kata-kata yang tidak jelas tersebut maksud mereka yang membuat perjanjian. Dengan demikian, para hakim atau para pihak haruslah memperhatikan tentang cara-cara untuk melakukan penafsiran terhadap substansi kontrak.¹³²

Uraian ketentuan pasal-pasal pedoman penafsiran di atas, di dalam KUHPerdata Belanda (Baru) yang berlaku sejak 1 Januari 1992 tidak dimuat lagi. Sekarang dianut paham perjanjian harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik.¹³³ Asas itikad baik (*good faith*)

¹²⁹ Herlien Budiono, *Op. Cit.*, hlm. 127

¹³⁰ Suharnoko, *Op. Cit.*, hlm. 18-19.

¹³¹ Herlien Budiono, *Op. Cit.*, hlm 127.

¹³² Salim H.S., 2009. *Hukum Kontrak Teori dan Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 45.

¹³³ Iktikad baik dalam perjanjian memiliki tiga fungsi. *Pertama*, semua kontrak harus ditafsirkan dengan iktikad baik. *Kedua*, melaksanakan perjanjian dengan iktikad baik harus mengacu kepada kerasionalan dan kepatutan. *Ketiga*, iktikad juga memiliki fungsi pembatasan. Lihat Ridwan Khairandy, 2009, *PT Pulau Intan Cemerlang dan PT Gunung Berlian v Sjutfei Juremi, et.al*, (Putusan Mahkamah Agung

memegang peranan penting dalam penafsiran kontrak. Beberapa sistem hukum, seperti hukum kontrak Jerman memiliki ketentuan yang mewajibkan bahwa kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik. Maka semua kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik karena peranan itikad baik dalam penafsiran kontrak dibangun oleh pengadilan.¹³⁴ Jika kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik, maka setiap isi kontrak harus ditafsirkan secara fair atau patut.

Pada waktu yang lalu dianut pendapat baik dikalangan sarjana maupun peraturan perundang-undangan bahwa penafsiran kontrak hanya diperlukan untuk sesuatu yang tidak jelas. Jika isi kontrak telah jelas, maka tidak ada atau tidak diperlukan penafsiran. Sehubungan dengan hal ini Pasal 1378 BW (lama) Belanda menentukan bahwa jika kata-kata suatu kontrak telah jelas, tidak diperkenankan untuk menyimpang daripadanya dengan jalan, penafsiran (*indeen de bezvoordingen eener overeenkomst duidelijke zijn, nuig men daarvan door uitlegging niet afvijken*)¹³⁵. Sekarang ini dianut paham bahwa dalam penafsiran kontrak tidak lagi dibedakan antara isi kontrak yang jelas, dan yang tidak jelas, bahkan terhadap kata-kata yang tampak jelas, dapat dilakukan penafsiran dengan mengarahkannya kepada kehendak para pihak atau keadaan khusus yang relevan untuk menentukan makna yang mereka maksud.¹³⁶

Adapun KUHPerduta Indonesia masih memberikan beberapa pedoman lagi dalam menafsirkan suatu kontrak, seperti Pasal 1379 BW (lama) Belanda menentukan bahwa jika kata-kata suatu kontrak dapat diberikan berbagai macam penafsiran, harus dipilih penafsiran yang meneliti maksud kedua belah pihak yang membuat kontrak itu daripada memegang teguh kata-kata tersebut secara literal. Hal itu sejalan dengan Pasal 1343 KUHPerduta Indonesia yang menegaskan bahwa: "Jika kata-kata suatu perjanjian dapat diberikan berbagai macam penafsiran, harus dipilihnya menyelidiki maksud kedua belah pihak yang membuat perjanjian itu, daripada memegang teguh arti kata-kata menurut huruf."

Oleh karena itu, maka kontrak harus diberikan penafsiran yang paling sesuai dengan kehendak (historis-psikologis) dijadikan dasar

No: Reg. No. 1851/Pdt./1984): Analisis terhadap Kesalahan Pengadilan dalam Penafsiran P32. (n ijian dan Penentuan Kompetensi Absolut Arbitrase, dalam blog Ridwan Khairandy dalam <http://www.uui.acid.akses>

^{134'} Martin Hesselink, dalam Ridwan Khairandy, *Ibid*.

¹³⁵Sebangun dengan Pasal 1342 KUHPerduta Indonesia.

¹³⁶ A. Joanne Kellermann, dalam Ridwan Khairandy, *Ibid*.

penafsiran kontrak. Penafsiran kontrak menurut ajaran ini tidak lain daripada menetapkan kehendak dari orang yang melakukan tindakan hukum. Dalam kenyataannya ajaran ini menimbulkan berbagai kesulitan. Hal tersebut disebabkan karena kehendak merupakan gejala psikologis yang tidak dapat dilihat dengan panca indera. Hal ini berlainan dengan ajaran penafsiran normatif. Titik pandang aliran ini adalah bukan pada kehendak subjektif para pihak yang menjadi objek penafsiran. Penafsiran ini menurut aliran ini adalah menetapkan tindakan nyata dan menetapkan akibat-akibat hukum yang timbul karenanya.

Penafsiran kontrak juga harus dilakukan dengan memperhatikan kebiasaan setempat Pasal 1382 BW (lama) Belanda yang mana sejalan dengan Pasal 1346 KUH Perdata Indonesia menyatakan bahwa: "Apa yang meragu-ragukan harus ditafsirkan menurut apa yang menjadi kebiasaan dalam negeri atau di tempat, dimana perjanjian telah dibuat." Maka ukuran yang digunakan untuk menafsirkan suatu kontrak, tidak didasarkan hanya kepada orang yang menafsirkannya saja, melainkan juga pandangan masyarakat dari tempat kontrak itu dibuat. Sedangkan BW baru tidak lagi memuat ketentuan-ketentuan penafsiran kontrak. Ketentuan-ketentuan penafsiran kontrak yang terdapat dalam BW (lama) tersebut telah dihilangkan karena sebagian dianggap tidak diperlukan lagi dan sebagian lagi dianggap terlalu umum rumusannya, sehingga maknanya tidak tepat. Dengan demikian, penafsiran ini seluruhnya diserahkan kepada dunia peradilan dan ilmu pengetahuan untuk mengembangkan ketentuan dan asas-asas dalam penafsiran kontrak.

Ada beberapa prinsip umum penafsiran kontrak yang diterima pengadilan di Belanda sebagai berikut:¹³⁷

- a. maksud para pihak yang harus diuji daripada sekedar menafsirkan makna literal kata-kata dalam kontrak;
- b. ketentuan-ketentuan kontrak harus dipahami dalam makna *in which it would have any effect rather than in a sense in which it would have no effect*;
- c. kata-kata kontrak harus diperlakukan sesuai dengan sifat kontrak;¹³⁸

¹³⁷Arthur S. Hartkamp dan Marinne M.M. Tillema, dalam Ridwan Khairandy, *Ibid.*

- d. jika menafsirkan suatu kontrak harus mengingat aspek, regional, lokal, profesional, dan kebiasaan;
- e. *in case of uncertainties (general) conditions drawn up by a professional party are in principle construed in favor of other party, especially when the other party is a consumer;*
- f. persyaratan-persyaratan umum yang tertulis atau ketikan tambahan yang dicetak mengalahkan persyaratan yang dicetak;
- g. suatu argumen *a contrario* harus digunakan dengan penuh hati-hati.

Penyebutan prinsip-prinsip tersebut di atas tidak berarti bahwa daftar tersebut sebagai daftar prinsip penafsiran yang lengkap. Prinsip-prinsip tersebut memberikan beberapa pedoman umum penafsiran kontrak. Beberapa prinsip-prinsip tersebut di atas sebenarnya diambil dari ketentuan penafsiran dalam BW (lama). Maka cara penafsiran yang demikian itu berbeda dengan yang dianut di Amerika Serikat. Jika di dalam sistem *civil law*, hakim dapat langsung menafsirkan kontrak berdasarkan asas itikad baik, sedangkan dalam sistem *common law*, penafsiran kontrak umumnya diarahkan kepada unsur yang mengacu kepada maksud para pihak (*intention the parties*).¹³⁹

Proses untuk menemukan hukum melalui berbagai cara penafsiran juga sudah sejak lama dikenal dalam lapangan hukum internasional, khususnya berbagai cara penafsiran dalam pelaksanaan perjanjian-perjanjian internasional, baik yang diatur dalam Konvensi, pendapat para ahli maupun dari berbagai keputusan pengadilan (nasional ataupun internasional). Interaksi antara ketentuan hukum nasional dengan kaidah-kaidah hukum internasional akan semakin bertambah karena berkembangnya lalu lintas pergaulan hidup internasional. Hubungan kerjasama antarnegara senantiasa dipelihara dan ditingkatkan. Sebagai salah satu bentuk perwujudannya dituangkan dalam kegiatan itu sehingga perselisihan yang berkaitan dengan penafsiran perjanjian juga akan semakin meningkat.¹⁴⁰

Di dalam struktur hukum internasional dewasa ini tidak terdapat suatu badan yang berwenang penuh untuk memberikan

¹³⁸Sifat kontrak yang pada tempat pertama didefinisikan sesuai jenis kontrak yang dimilikinya, misalnya suatu kontrak jual beli memilik sifat yang berbeda dengan kontrak kerja.*Ibid.*

¹³⁹ Arthur Linton Corbin, dalam Ridwan Khairandy, *Ibid.*

¹⁴⁰ Yudha Bhakti Ardhiwisasta, 2000, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 55.

penafsiran pada perjanjian internasional yang dapat mengikat semua negara. Lazimnya penafsiran perjanjian dilakukan oleh negara masing-masing menurut ketentuan hukum nasionalnya, baik hal ini dilakukan oleh Pengadilan maupun oleh Pemerintahnya. Hak suatu negara untuk mengadakan penafsiran sendiri memang diakui dalam hukum internasional sehingga tidaklah berlebihan apabila dikemukakan pendapat Mc.Nair sebagaimana dikutip oleh Yudha Bakti Ardhiwisastra yang menyatakan bahwa: "*there is no part of the Law of Treaties which the writer approaches with more trepidation than the question of inter-pretation*".¹⁴¹Bermakna tidak ada bagian dari pendekatan 'Hukum Perjanjian' yang penulis lebih gentar daripada pendekatan pertanyaan inter-pretasi.

3. 5. Pentingnya Penafsiran Kontrak Untuk Para Pihak

Penafsiran kontrak bagi pihak-pihak yang terlibat di dalamnya sangat penting, mengingat perbedaan penafsiran dalam menjalankan isi kontrak dapat berakibat pemenuhan prestasi sebagaimana telah dirumuskan dalam kontrak tersebut menjadi berjalan tidak lancar atau terhambat. Karena para pihak umumnya hanya mau memenuhi prestasi sesuai dengan cara penafsirannya sendiri, yang lebih menguntungkan posisinya. Konsekuensi logis adanya ketidaklancaran dalam pemenuhan isi kontrak seperti itu dapat berpotensi mengakibatkan sengketa di kemudian hari.

Rumusan kontrak yang jelas akan memudahkan para pihak dalam melaksanakan dan memenuhi prestasi sesuai isi kontrak. Sebaliknya rumusan kontrak yang tidak jelas akan menyulitkan pemenuhan prestasi dari masing-masing pihak dan hal ini bisa menjadi potensi sengketa dikemudian hari. Para Pihak-pihak yang terlibat dalam suatu kontrak tentunya sangat berkepentingan agar kontrak yang telah dibuatnya dapat memberikan kejelasan dan kepastian mengenai hal-hal yang menjadi hak-hak dan kewajibannya dengan pihak lain. Hak-hak dan kewajibannya yang telah dicantumkan dalam klausul kontrak dapat dijamin pelaksanaannya dengan baik, masing-masing pihak dapat memenuhi prestasinya sesuai dengan yang telah dirumuskan dalam kontrak.

Dalam hal ini para pihak harus mencari makna kesepakatan baru dengan jalan menafsirkan kontrak tersebut secara adil. Penafsiran kontrak secara adil ini tidak mudah dilakukan oleh para pihak, karena masing-masing pihak umumnya memiliki subyektifitas

¹⁴¹*Ibid.*

yang tinggi, yaitu menafsirkan suatu kontrak dengan melihat kepentingan dan keuntungan pihaknya sendiri. Sementara itu kepentingan pihak lain sering tidak terakomodir dengan baik.

Peraturan perundang-undangan sendiri tidak mengatur secara tegas mengenai pemakaian kalimat untuk merumuskan kontrak, apakah kontrak itu harus dirumuskan dengan kalimat yang panjang atau pendek. Bagi undang-undang, yang penting adalah kalimat yang digunakan untuk merumuskan kontrak harus jelas serta memuat atau menggambarkan adanya kesepakatan mengenai esensi kontrak. Rumusan yang demikian itu sudah cukup untuk bisa diakui sebagai kontrak atau kontrak itu dianggap telah ada. Dengan demikian sebenarnya untuk merumuskan kalimat dalam suatu kontrak, undang-undang tidak banyak mengatur, tetapi diserahkan perumusannya kepada para pihak sesuai dengan yang diinginkan, sepanjang isinya jelas dan mudah dipahami.¹⁴²

Dengan demikian selalu ada pernyataan kehendak yang diwujudkan dalam bentuk penawaran dan penerimaan. Kalau kehendak yang satu dinyatakan dan diterima dengan jelas bagi pihak yang lain, maka tidak ada masalah mengenai isi perjanjian bagi para pihak, tetapi kalau isi perjanjian tidak jelas atau diterima dengan isi yang lain oleh lawan janjinya, maka dalam hal ini perlu dicari apa sebenarnya maksud dari para pihak. Dan yang dimaksud dengan "maksud para pihak" tidak lain adalah apa yang disepakati para pihak. Karena sepakat adalah hasil pertemuan kehendak, maka dalam peristiwa itu sebenarnya harus mencari apa sebenarnya "kehendak" para pihak itu. Perlu ditegaskan di sini, bahwa yang dicari adalah yang disepakati oleh para pihak, bukan yang dikehendaki oleh salah satu pihak.¹⁴³

Hal ini juga sesuai dengan asas kebebasan berkontrak yang didasarkan pada ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Asas kebebasan berkontrak merupakan suatu dasar yang menjamin kebebasan orang dalam melakukan kontrak.¹⁴⁴ Asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) adalah suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk: a. membuat atau tidak membuat perjanjian; b. mengadakan perjanjian dengan siapapun; c. menentukan isi

¹⁴² Suhardana, Op. Cit., hlm. 66.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Ahrnadi Miru. *Op. Cit.*, hlm. 4.

perjanjian, pelaksanaan dan persyaratannya; d. menentukan bentuknya perjanjian, baik tertulis maupun lisan.¹⁴⁵

Asas kebebasan berkontrak adalah adanya paham individualisme yang secara embrional lahir dalam zaman Yunani, yang diteruskan oleh kaum Epicuristen dan berkembang pesat pada zaman renaissance, melalui antara lain ajaran-ajaran Hugo de Grecht, Thomas Hobbes, Jhon Locke dan Rousseau.¹⁴⁶ Menurut paham individualisme, setiap orang bebas untuk memperoleh apa yang dikehendakinya. Dalam hukum kontrak, asas ini diwujudkan dalam "kebebasan berkontrak".¹⁴⁷

Walaupun dalam praktik sangat mungkin terjadi penyimpangan-penyimpangan, karena bisa saja kontrak yang telah dibuat justru dalam pelaksanaannya kemudian ditemukan ketidakjelasan-ketidakjelasan maupun ketidaklengkapan yang dapat berpengaruh terhadap pemenuhan prestasi masing-masing pihak. Oleh karena itu, bagi para pihak tentunya diperlukan kejelasan, ketegasan dan kepastian dalam menafsirkan isi kontrak.

Dalam hal ini seakan-akan suatu perjanjian sepenuhnya ditentukan oleh apa yang telah disepakati oleh para pihak. Namun dalam praktik seringkali kenyatannya tidak selalu demikian. Para pihak pada waktu membuat perjanjian tidak sekaligus membayangkan tentang berbagai persoalan yang mungkin muncul nantinya, misalnya tentang luas, akibat, maupun konsekuensi yang tidak terduga dari keseluruhan perjanjian. Beranjak dari hal ini, penafsiran perjanjian bukanlah semata-mata aktivitas hakim, pengacara, ataupun notaris, melainkan juga terutama oleh para pihak dalam perjanjian. Banyak ahli hukum beranggapan bahwa penafsiran perjanjian adalah tugas dari Hakim. Sebenarnya para pihak sendiri yang pertama kali harus menafsirkan perjanjian yang telah mereka buat. Kemudian, jika ternyata para pihak berbeda pendapat, maka tugas hakim atau arbitrase sebagai pihak ketiga untuk melakukan penafsiran.¹⁴⁸

Pihak ketiga haruslah dari pihak yang netral, dimana ia tidak memiliki kepentingan apapun dengan pihak-pihak yang bersangkutan, baik dari sisi interest keluarga maupun kepentingan

¹⁴⁵ Salim H.S.2009, *Hukum Kontrak Teori dan Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 9.

¹⁴⁶ Mariarn Darus Backulzaman, 1997, *KUH Perdata Buku III, Hukum Perikatan dengan Penjelasannya*, Alumni, Bandung, hlm 19-20.

¹⁴⁷ Salim H.S., *Hukum Kontrak...*, *Op. cit.*, hlm. 9.

¹⁴⁸ Herlien Budiono, *op. Cit.*, hlm. 123

ekonomi lainnya, maka tugas penting dari hakim ialah ,menyesuaikan undang-undang dengan dengan hal-hal nyata di masyarakat. Jika undang-undang tidak dapat dijalankan menurut arti maka hakim harus menafsirkannya. Dengan kata lain, apabila undang-undangnya tidak jelas, hakim wajib menafsirkannya sehingga ia dapat membuat suatu keputusan yang adil dan sesuai dengan maksud hukum yaitu mencapai kepastian hukum. Maka, orang dapat mengatakan bahwa menafsirkan undang-undang adalah kewajiban hukum dari hakim.¹⁴⁹

Sekalipun penafsiran merupakan kewajiban hukum dari hakim, ada beberapa pembatasan mengenai kemerdekaan hakim untuk menafsirkan undang-undang itu. Logeman mengatakan bahwa hakim harus tunduk pada kehendak pembuat undang-undang. Dalam hal kehendak itu tidak dapat di baca begitu saja dari kata-kata peraturan perundangan, hakim harus mencarinya dalam sejarah kata-kata tersebut, dalam sistem undang-undang atau dalam arti kata-kata seperti itu yang dipakai dalam pergaulan sehari-hari. Hakim wajib mencari kehendak pembuat undang-undang, karena ia tidak boleh membuat tafsiran yang tidak sesuai dengan kehendak itu. Setiap tafsiran adalah tafsiran yang dibatasi oleh kehendak pembuat undang-undang. Karena itu, hakim tidak diperkenankan menafsirkan undang-undang secara sewenang-wenang. Hakim tidak boleh menafsirkan kaidah yang mengikat, kecuali hanya penafsiran yang sesuai dengan maksud pembuat undang-undang saja yang menjadi tafsiran yang tepat.¹⁵⁰

Menurut Van Schifgaarde, penafsiran tidaklah terbatas pada persoalan tata bahasa belaka. Penafsiran yuridis normatif pun penting dan ini menyoal akibat hukum dari sudut pandang hukum objektif. Ini berarti bahwa penafsiran penafsiran yuridis normatif dilakukan dengan tujuan memunculkan pengertian yang menyimpang atau berbeda dari tujuan yang diharapkan oleh para pihak, satu dan lain hal karena maksud dari para pihak ternyata bertentangan dengan hukum objektif.¹⁵¹

Asas itikad baik (*good faith*) memegang peranan penting dalam penafsiran kontrak. Beberapa sistem hukum, seperti hukum kontrak Jerman memiliki ketentuan yang mewajibkan bahwa kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik. Maka sesuatu kontrak mestilah

¹⁴⁹Utrecht, 1959. *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, PT. Icthiar Baru, Jakarta, hlm. 250. dalam Yudha Bakti Ardhiwisastra, *Op. Cit.*, hlm. 8. '

¹⁵⁰*Ibid*, hlm. 8-9

¹⁵¹Annotatie Atas Arest Haviltex, Arresten Burgerlijk Recht, dikumpulkan oleh Sterk, W.E.J. Tjeenk-Willink, Zwolle, 1 5, hlm. 332.

ditafsirkan sesuai dengan itikad baik. Dalam beberapa sistem hukum lainnya, seperti hukum kontrak Belanda, peranan itikad baik dalam penafsiran kontrak dibangun oleh pengadilan. Jika kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik, maka setiap isi kontrak harus ditafsirkan secara fair atau patut. Dalam memahami makna etikad baik yang lebih jelas maka perlunya penafsiran itikad baik dalam praktik peradilan. J.Satrio menyatakan bahwa ketentuan pengaturan itikad baik tersebut merupakan ketentuan yang ditujukan kepada pengadilan¹⁵²

Asas itikad baik terkait dengan pelaksanaan suatu kontrak sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPer bahwa "Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik." Hal itu bermakna bahwa mereka (kreditur dan debitur) yang sepakat untuk membuat perjanjian haruslah mengimplementasikan segala hal yang telah disepakati berlandaskan kepercayaan atau keyakinan yang teguh maupun kemauan baik dari para pihak. Asas etikad baik nisbi dan etikad baik mutlak, pada kedua-duanya masing-masing dapat ditemukan unsur-unsur penting didalamnya, yaitu: i) pada etikad baik nisbi pengamatan tertuju pada sikap dan tingkah laku yang nyata dari subjek; dan ii) penilaian terletak pada akal sehat dan keadilan serta dibuat ukuran yang obyektif untuk menilai keadaan (penilaian tidak memihak) menurut norma-norma yang objektif.

Putusan Hoge Raad (HR) yang erat kaitannya dengan penerapan asas itikad baik diantaranya seperti kasus Sarong Arrest dan Mark Arrest. Arrest ini berkaitan dengan turunnya nilai uang (devaluasi) Jerman setelah Perang Dunia I.¹⁵³Kasus Sarong Arrest, bahwa suatu kejadian yang terjadi pada tahun 1918 yang mana suatu firma Belanda memesan pada pengusaha Jerman sejumlah sarong dengan harga sebesar 100.000 gulden. Karena keadaan memaksa sementara, penjual dalam waktu tertentu tidak dapat menyerahkan pesanan. Setelah keadaan memaksa berakhir, pembeli menuntut pemenuhan prestasi. Namun, sejak diadakan perjanjian keadaan sudah banyak berubah dan penjual bersedia memenuhi pesanan tetapi dengan harga yang lebih tinggi, sebab apabila harga tetap sama maka penjual akan menderitakerugian, yang berdasarkan itikad baik antara para pihak tidak dapat dituntut darinya. Pembelaan yang penjual ajukan atas dasar Pasal 1338 ayat (3) KUH Per dikesampingkan oleh HR dalam arrest tersebut. Menurut putusan HR

¹⁵²J.Satrio, 1995. *Hukum Perikatan, Perikatan yang lahir dari Perjanjian, Buku II*, Bandung Citra Aditya Bakti, hlm. 166.

¹⁵³ Salim H.S, *Hukum Kontrak*, Sinar Grafika, 2004, hlm. 3

tidak mungkin satu pihak dari suatu perikatan atas dasar perubahan keadaan bagaimanapun sifatnya, berhak berpatokan pada itikad baik untuk mengingkari janjinya yang secara jelas dinyatakan HR masih memberi harapan tentang hal ini dengan memformulasikandengan cara “mengubah inti perjanjian atau mengesampingkan secara keseluruhan”. Oleh karena itu, dapatkah diharapkan suatu putusan yang lebih ringan, jika hal itu bukan merupakan perubahan inti atau mengesampingkan secara keseluruhan. Putusan HR ini selalu berpatokan pada saat dibuatnya oleh para pihak. Apabila pihak pemesan sarong sebanyak yang dipesan, maka penjual harus melaksanakan isi perjanjian tersebut, karena didasarkan bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baikketentuan ini sudah jelas bahwa untuk mengadakan suatu perjanjian, orang tersebut harus untuk kepentingan dirinya sendiri.

Hoge Raad sebagaimana dikutip oleh Ridwan Khairandy bahwa memperhatikan itikad baik pada pelaksanaan perjanjian tidak lain adalah menafsirkan perjanjian menurut ukuran kerasionalan dan kepatutan. Maka lahir pandangan yang menyatakan bahwa Hoge Raad telah menyatakan itikad baik dengan kerasionalan dan kepatutan.¹⁵⁴ Dengan demikian, pihak-pihak yang hendak membuat kontrak mestilah dilakukan dengan itikad baik. Yang mana itikad baik yang dimaksud adalah baik secara subjektif maupun objektif. Dalam pengertian subjektif berarti wujud dari pada kejujuran para pihak yang berkontrak dalam hal mereka bertindak untuk melakukan perbuatan hukum. Sedangkan itikad baik dalam pengertian objektif dapat berarti bahwa implementasi suatu kontrak harus didasarkan pada norma kepatuhan atau apa-apa yang dirasa sesuai dengan patut dalam masyarakat.

Selanjutnya asas kepatutan sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 1339 KUHPerduta. Asas ini berkaitan dengan ketentuan mengenai isi perjanjian yang diharuskan oleh kepatutan berdasarkan sifat perjanjiannya. Penafsiran perjanjian menurut standar ukuran kerasionalan dan kepatutan menurut ketentuan Pasal 1339 KUH Perdata menyatakan bahwa: “Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang secara tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang”. Maka penafsiran itikad baik oleh pengadilan baik di Belanda maupun di Indonesia bermakna

¹⁵⁴Ridwan Khairandy. 2004, *Itikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, Jakarta, Fakultas Hukum Universitas Indonesia Pascasarjana, Cet. II, hlm. 9.

bahwa itikad baik mesti merujuk kepada kerasionalan dan kepatutan.¹⁵⁵

Kepatutan bermakna pula sebagai wujud daripada keadilan, keseimbangan antara hak dan kewajiban diantara mereka yang berkontrak. Itikad baik menurut Riduan Syahrini¹⁵⁶ diklasifikasikan atas 2 (dua) yaitu: itikad baik pada waktu akan mengadakan perjanjian dan, itikad baik pada saat akan melakukan hak dan kewajiban yang disebabkan karena kontrak yang telah mereka sepakati, hal itu dapat dijelaskan seperti berikut:

- a. Itikad baik pada saat akan mengadakan kontrak (*contractual*) yaitu perkiraan dalam hati sanubari yang bersangkutan, bahwa syarat-syarat sah kontrak telah terpenuhi.
- b. Itikad baik saat melakukan hak dan kewajiban yang disebabkan karena kontrak yang telah mereka sepakati yaitu itikad baik saat pelaksanaan kontrak (*post contractual*). Hal itu terletak pada hati sanubari yang berlandaskan pada penghargaan pada nilai kepatutan dan keadilan, menghindari daripada tindakan yang akan merugikan pihak lain.

Hoge Raad mengajukan formulasi mendasar yang terus diikuti putusan-putusan selanjutnya.¹⁵⁷ Hoge Raad dalam yurisprudensi tersebut mempertimbangkan bahwa "makna ketentuan-ketentuan dalam suatu perjanjian akan ditentukan menurut pengertian yang saling diberikan oleh para pihak terhadap suatu keadaan tertentu dan juga atas dasar tersebut menurut apa yang sepatutnya dapat saling mereka harapkan". Ditambahkan pula pentingnya "turut mempertimbangkan dari lingkungan sosial ekonomi masyarakat manakah para pihak berasal dan pengetahuan hukum apa yang dapat diharapkan dari pihak-pihak yang bersangkutan.

Dengan demikian, interpretasi merupakan penjelasan setiap istilah dari suatu perjanjian dalam hal makna ganda atau tidak jelas dan para pihak memberikan pengertian yang berbeda terhadap istilah yang sama. Bahkan mungkin tidak dapat memberikan arti apapun terhadap istilah tersebut yang tujuan utamanya adalah menjelaskan maksud sebenarnya dari mereka yang berkontrak. Selain itu, suatu kewajiban memberikan penjelasan

¹⁵⁵Wirjono Prodjodikoro, 1960. *Asas-Asas Hukum Perjanjian*, Bandung, Sumber Bandung, hlm. 85.

¹⁵⁶Riduan Syahrani, 2009. *Kata-Kata Kunci Mempelajari Ilmu Hukum*, Bandung, Alumni, hlm.107.

¹⁵⁷Arrest Haviltex (13 Maret 1981, NJ 1981, 635 AA1981, p. 355).

mengenai maksud mereka yang dituangkan melalui kata-kata yang digunakan untuk mewakili kepentingan mereka.

Interpretasi kontrak dalam praktik tetap diperlukan, mengingat dalam rumusan isi kontrak seringkali dijumpai adanya ketidakjelasan. Interpretasi kontrak dilakukan agar maksud para pihak dapat dipertemukan, sehingga tidak ada lagi perbedaan dalam pemenuhan prestasi sesuai dengan yang telah diatur dalam rumusan kontrak. Panduan pelaksanaan penafsiran itu sendiri dapat merujuk dalam KUHPerdata, sebagaimana yang telah ditetapkan melalui Pasal 1342-1351 KUH Perdata. Meskipun demikian, dalam praktik tidak selalu mudah untuk mendapatkan kesepakatan bersama dalam menafsirkan rumusan isi kontrak. Maka para pihak harus mencari makna kesepakatan baru dengan jalan menafsirkan kontrak tersebut secara adil. Penafsiran kontrak secara adil ini tidak mudah dilakukan oleh para pihak, karena masing-masing pihak umumnya memiliki subjektivitas yang tinggi, yaitu menafsirkan suatu kontrak dengan melihat kepentingan dan keuntungan pihaknya sendiri. Sementara itu kepentingan pihak lain sering tidak terakomodir dengan baik. Dalam keadaan seperti itu, maka diperlukan intervensi atau bantuan pihak ketiga seperti Hakim yang mempunyai kemampuan dan ketrampilan untuk menafsirkan rumusan isi kontrak tersebut.¹⁵⁸ Dapat pula dilakukan dengan cara kontrak ditafsirkan berdasarkan pada asas iktikad baik, kepatutan dan kelayakan sesuai dengan perkembangan masyarakat. Oleh karena itu, penafsiran kontrak (perjanjian) sangat penting maknanya bagi mereka yang terlibat di dalamnya.

*

¹⁵⁸Bambang Sutiyoso, *Penafsiran Kontrak Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Dan Maknanya Bagi Para Pihak Yang Bersangkutan*, Jurnal Hukum Ius Quia Iustum No. 2 Vol. 20 April 2013: 207 – 230.

BAB IV

KONTRAK BAKU

4.1 Pendahuluan

Secara umum bentuk perjanjian yang dipakai oleh mereka yang berkontrak dapat dalam bentuk lisan maupun tertulis. Kontrak standar (kontrak baku) sejak zaman Yunani Kuno telah digunakan, Plato (423-347 SM) pernah mempraktekkan penjualan makanan yang harganya ditentukan secara sepihak oleh penjual, tanpa memperhatikan perbedaan mutu makanan tersebut. Perkembangan zaman yang semakin maju, perjanjian baku mulai dikenal dan sering digunakan di seluruh dunia, demikian juga di Indonesia, hal itu tidak terlepas dari keadaan sosial ekonomi masyarakat.

Kontrak dengan pola yang semacam ini lazim dipakai bentuk kontrak standar seperti tiket pesawat, karcis parkir kendaraan roda 2 (dua) maupun kendaraan roda 4 (empat) mobil. Dalam skala yang lebih luas seperti kontrak perkreditan perbankan, kontrak kerja pada umumnya dan kontrak yang digunakan dalam bidang bisnis perasuransian, pembiayaan¹⁵⁹ dan lainnya. Kontrak yang di dalamnya terdapat klausula eksonerasi dewasa ini telah umum digunakan dan lazim digunakan dalam setiap hubungan hukum. Akan tetapi mengingat perkembangan secara perlahan namun pasti bahwa bentuk kontrak (perjanjian) yang dipergunakan oleh masyarakat bisnis dewasa ini di Indonesia telah mengalami pergeseran yang cenderung berubah dan berkembang.¹⁶⁰

Dalam hal ini perubahan dan perkembangan yang dimaksud adalah penggunaan bentuk-bentuk perjanjian (kontrak) seiring dengan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, pengaruh perkembangan sosial ekonomi dan perindustrian dewasa ini. Perkembangan yang sedemikian memberi peluang (kebebasan) bagi para pihak yang berkontrak untuk menentukan isi dan bentuk kontrak yang hendak dibuatnya. Perkembangan tersebut diikuti pula perkembangan hukum dan perkembangan tersebut yang seterusnya

¹⁵⁹Contoh Kontrak pembiayaan yang telah disusun dan dipergunakan oleh lembaga pembiayaan dalam menjalankan perijinan kerjasama seperti: Koperasi simpan pinjam dan pembiayaan syariah Baitul Qiradh (BQ) mengenai "Perjanjian kerjasama pembiayaan dengan kesepakatan bagi hasil (*Musyarakah*) Lihat lampiran 1.

¹⁶⁰Johanes Gunawan, 2003. "Reformasi Hukum Kontrak di Indonesia", *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 22, No. 6, Alumni, Jakarta, hlm. 45.

menjadi pencetus lahirnya era industrialisasi. Masa tersebut melahirkan komunitas yang menentukan kedudukan yuridisnya. Bahkan kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) dengan sendirinya akan terabaikan oleh perkembangan tersebut. Dengan demikian, berkembang hukum yang dikenal dengan 'kontrak untuk status' (*from contract to status*).¹⁶¹ Sebagaimana kontrak baku (perjanjian standar) yang dipakai dalam dunia bisnis dewasa ini.

Realitas bahwa kontrak standar yang marak digunakan oleh masyarakat bisnis dewasa ini. Kecenderungan pemakainnya dalam komunitas yang memiliki kekuatan ekonomi yang kuat (dominan). Kondisi tersebut mengakibatkan dalam setiap hubungan hukum menempatkan mereka pada posisi tawar (*bargaining position*) dominan sehingga secara leluasa dan sepihak mereka menentukan isi kontrak. Hal yang demikian cenderung mereka menggunakan klausula eksonerasi dalam perjanjian tersebut. Sedangkan pihak lawannya (*waderpartij*) berada dalam posisi ekonomi lemah baik karena posisinya maupun karena ketidaktahuannya begitu saja menerima apa-apa yang telah dirancang.¹⁶²

Perjanjian secara umum baik terkait dengan istilah dan pengertian perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1313 KUHPerdara adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Selain itu, syarat sah suatu perjanjian pasal 1320 KUHPerdara, terkait dengan prinsip-prinsip dalam suatu rancangan perjanjian dan lainnya telah diuraikan dalam bab I dari buku ini. Pelbagai hal terkait dengan pengaturan yang terkait dengan kontrak baku seperti pengertian kontrak baku, syarat-syarat pembuatan kontrak baku, cara pembuatannya dan lain sebagainya akan diuraikan secara deskriptif, analitis dan kritis guna dapat memberikan gambaran secara jelas guna melengkapi uraian mengenai kontrak baku. Hal ini dilakukan agar dapat membantu memberikan pemahaman yang mendalam kepada pelbagai pihak-pihak yang terkait dengan kontrak baku.

¹⁶¹ Sudikno Mertokusumo, 1990. "Perkembangan Hukum Perjanjian". *Makalah Seminar Nasional Asosiasi Pengajaran Hukum Dagang*, Fakultas Hukum; Universitas Gadjah Mada (UGM), hlm. 4.

¹⁶² Mariam Darus Badruzam, 1980. "Perjanjian baku (standar) Perkembangannya di Indonesia". *Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Dalam Mata Pelajaran Hukum Perdata*, Universitas Sumatera Utara, hlm. 23.

4.2. Pengertian Kontrak Baku

Abdul Kadir Muhammad menyatakan bahwa perjanjian baku dialih bahasakan dari istilah asing yaitu '*standaard contract*'.¹⁶³ Baku atau standar berarti sebagai tolok ukur sebagai pedoman bagi konsumen dalam mengadakan hubungan hukum dengan pihak pebisnis. Pembakuan dilakukan berupa model, rumusan dan ukuran, yang berarti tidak dapat dilakukan perubahan ataupun diganti. Hal itu disebabkan produsen telah membuat atau mencetak dalam bentuk blanko yang tetap (permanen) berupa naskah perjanjian lengkap dengan syarat-syarat buku perjanjian. Seterusnya syarat-syarat baku tersebut wajib dipatuhi dan dipenuhi oleh konsumen.

Mariam Darus mengajukan definisi terhadap penggunaan 2 (dua) jenis perjanjian standar umum dan khusus, yaitu: ¹⁶⁴

"Perjanjian standar umum ialah perjanjian yang bentuk dan isinya telah dipersiapkan terlebih dahulu oleh kreditur kemudian diajukan kepada debitur seperti perjanjian kredit bank; perjanjian asuransi dan lainnya. Perjanjian standar khusus dinamakan terhadap perjanjian standar yang ditetapkan pemerintah seperti akta jual beli modal, baik adanya dan berlakunya perjanjian ini untuk para pihak ditetapkan secara sepihak oleh pihak pemerintah".

Dengan demikian, perjanjian baku sebagai suatu perjanjian yang menimbulkan perikatan dimana klausula-klausula dan syarat-syarat dalam perjanjian lazimnya ditentukan secara sepihak oleh pihak yang mempunyai posisi yang lebih kuat. Sebagaimana yang terjadi antara pihak produsen dan konsumen, klausula yang dibuat oleh produsen tanpa adanya keikutsertaan dari pihak konsumen. Klausula yang tercantum dalam perjanjian baku disebut dengan klausula eksonerasi (*exoneratie klausule*).

Seterusnya Mariam Darus mengklasifikasi jenis perjanjian baku menjadi 3 (tiga) jenis perjanjian baku (*standaard contract*) yaitu:¹⁶⁵

- a. Perjanjian baku sepihak adalah perjanjian yang isinya ditentukan oleh pihak yang kuat kedudukannya di dalam perjanjian itu. Pihak yang kuat lazimnya adalah pihak kreditur.
- b. Perjanjian baku yang ditetapkan oleh pemerintah adalah perjanjian baku yang isinya ditetapkan oleh pemerintah terhadap perbuatan-perbuatan hukum tertentu, misalnya

¹⁶³ Abdulkadir Muhammad, 2006. *Hukum Perikatan*, Alumni, Bandung, hlm. 6.

¹⁶⁴ Mariam Darus Badruzaman, 1991. *Perjanjian Kredit Bank*. Bandung, Citra Aditya Bakti, hlm. 52.

¹⁶⁵ Mariam Darus Badruzaman. 2001, *Kompilasi Hukum Perikatan*. Bandung, Citra Aditya Bakti, 2001 Universitas, hlm. 6.

terhadap perjanjian yang berhubungan dengan objek hak-hak atas tanah.

- c. Perjanjian baku yang ditentukan di lingkungan notaris atau advokat adalah perjanjian yang konsepnya sejak semula sudah disediakan untuk memenuhi permintaan dari anggota masyarakat yang meminta bantuan notaris atau advokat bersangkutan.

Dengan demikian, perjanjian baku sebagai suatu perjanjian yang menimbulkan perikatan dimana klausula klausula dan syarat-syarat dalam perjanjian lazimnya ditentukan secara sepihak oleh pihak produsen tanpa adanya keikutsertaan dari pihak konsumen. Klausula yang tercantum dalam perjanjian baku disebut dengan klausula eksonerasi (*exoneratie klausule*).

Klausula eksonerasi ini digunakan sebagai pembatasan pertanggungjawaban produsen dan merupakan salah satu syarat dalam pembuatan perjanjian baku. Menurut Mariam Darus dalam kontrak baku terdapat beberapa syarat yang harus dipenuhi, antara lain sebagai berikut:

- a. Cara mengakhiri perjanjian;
- b. Cara memperpanjang perjanjian;
- c. Penyelesaian sengketa melalui arbitrase;
- d. Penyelesaian sengketa melalui keputusan pihak ketiga (*binded advise beding*); dan
- e. Syarat-syarat tentang eksonerasi

Pemberlakuan syarat-syarat baku yang menyebabkan konsumen terikat dapat ditinjau dari 3 (tiga) aspek, seperti hukum, kemasyarakatan dan ekonomi. Ketiga aspek tersebut dapat diuraikan sebagai berikut:¹⁶⁶

- a. Aspek hukum

Perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya (Pasal 1338 KUHPerduta). Berarti setiap perjanjian yang dibuat oleh para pihak memiliki kekuatan hukum mengikat sama seperti undang-undang dan memiliki kepastian hukum. Adapun pihak dalam perjanjian tidak dapat membatalkan perjanjian secara sepihak tanpa persetujuan pihak lain. Keterikatan antara para pihak dibuktikan dari penandatanganan perjanjian itu (Pasal 1338 ayat (2) KUHPerduta).

¹⁶⁶Abdulkadir Muhammad, 1992, *Perjanjian Baku Dalam Praktek Perusahaan Perdagangan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 6.

b. Aspek kemasyarakatan

Zeylemaker mengemukakan ajaran penundukan kemauan bahwa orang mau tunduk karena ada pengaturan yang aman dalam lalu lintas masyarakat, yang disusun oleh orang yang ahli dalam bidangnya, dan tidak berlaku sepihak, sehingga orang tidak dapat berbuat lain daripada tunduk. Pandangan yang berbeda dikemukakan oleh Stein bahwa kebutuhan praktis dalam lalu lintas masyarakat yang menyebabkan pihak lain terikat pada semua syarat baku tanpa mempertimbangkan apakah ia memahami syarat-syarat itu atau tidak. Namun, keterikatan konsumen terjadi disebabkan adanya kepercayaan

c. Aspek ekonomi

Menurut Zonderland bahwa keterikatan konsumen pada syarat-syarat baku karena konsumen ingin menukar prestasi dan sekaligus menerima apapun yang tercantum dalam syarat-syarat baku dengan harapan bahwa ia luput dari musibah. Pendekatan riil Zonderland ini merupakan kebutuhan ekonomi yang hanya akan terpenuhi jika mengadakan perjanjian dengan pebisnis, walaupun dengan syarat-syarat baku yang lebih berat. Karenanya kerugian yang mungkin saja timbul adalah resiko.

Dengan demikian, keterikatan konsumen karena perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Berarti setiap perjanjian yang dibuat oleh para pihak memiliki kekuatan hukum mengikat sama seperti undang-undang dan memiliki kepastian hukum. Adapun pihak dalam perjanjian tidak dapat membatalkan perjanjian secara sepihak tanpa persetujuan pihak lain. Keterikatan antara para pihak dibuktikan dari penandatanganan perjanjian tersebut. Dalam aspek kemasyarakatan bahwa kebutuhan praktis dalam lalu lintas masyarakat yang menyebabkan pihak lain terikat pada semua syarat baku tanpa mempertimbangkan apakah ia memahami syarat-syarat itu atau tidak. Selain itu, keterikatan konsumen terjadi disebabkan adanya kepercayaan. Daripada aspek ekonomi pula, keterikatan konsumen pada syarat-syarat baku karena konsumen ingin menukar prestasi dan sekaligus menerima apapun yang tercantum dalam syarat-syarat baku dengan harapan bahwa ia luput dari musibah.

Kontrak baku atau perjanjian baku memiliki ciri-ciri khusus yang dapat dikenali sebagaimana dicirikan oleh Abdulkadir Muhammad bahwa:¹⁶⁷

- a. Bentuk perjanjian tertulis
- b. Format perjanjian dibakukan
- c. Syarat-syarat perjanjian ditentukan oleh pengusaha
- d. Konsumen hanya menerima atau menolak
- e. Penyelesaian sengketa melalui musyawarah
- f. Perjanjian baku menguntungkan pengusaha

Sedangkan menurut Mariam Darus Badruzaman, ciri-ciri perjanjian baku adalah sebagai berikut:¹⁶⁸

- a. Isinya ditetapkan secara sepihak oleh pihak yang posisi (ekonomi) nya kuat
- b. Masyarakat sama sekali tidak bersama-sama menentukan isi perjanjian
- c. Terdorong oleh kebutuhannya, debitur terpaksa menerima perjanjian itu
- d. Bentuknya tertentu (tertulis)
- e. Disiapkan terlebih dahulu secara massal atau konfektif

Dengan demikian kontrak baku dapat difahami sebagai suatu kontrak yang ditetapkan secara sepihak oleh yang memiliki kekuatan lebih secara ekonomi (kreditur).

4.3 Syarat-Syarat Pembuatan Kontrak Baku

Pembuatan kontrak baku menggunakan klausula eksoneras merupakan salah satu syarat dalam pembuatan perjanjian baku sebagaimana yang dikemukakan oleh Mariam Darus mengenai syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam *standaard contract*, yakni:

- a. Cara mengakhiri perjanjian
- b. Cara memperpanjang perjanjian
- c. Penyelesaian perjanjian melalui arbitrase
- d. Penyelesaian sengketa melalui keputusan pihak ketiga (*binded advise beding*)
- e. Syarat-syarat tentang eksonerasi

¹⁶⁷Abdulkadir Muhammad, 1992. *Perjanjian Baku Dalam Praktek Perusahaan Perdagangan*, PT. Citra Adtya Bakti, Bandung, 87.

¹⁶⁸Mariam Darus Badruzaman, 1980. *Perjanjian Baku (Standaraard)*, Perkembangannya di Indonesia, Bandung, Alumni, hlm. 64.

Dasar berlakunya syarat-syarat baku bagi konsumen atau yang menyebabkan konsumen menjadi terikat pada syarat baku yang diberikan pada pelaku usaha dapat dilihat dari 3 (tiga) aspek,¹⁶⁹ sebagai berikut:

a. Aspek kehidupan

Secara yuridis Pasal 1338 KUHPerdara menyatakan perjanjian yang dibuat secara sah yang berlaku sebagai Undang-Undang bagi para pihak yang membuatnya. Yang artinya memiliki kekuatan hukum mengikat sama seperti undang-undang yang memiliki kepastian hukum. Dalam Pasal 1338 ayat (2) KUHPerdara dinyatakan bahwa pihak dalam perjanjian tidak dapat membatalkan perjanjian secara sepihak tanpa persetujuan pihak lain. Keterikatan antara pihak dibuktikan dari penandatanganan perjanjian itu.

b. Aspek kemasyarakatan

Zeylemaker (1948) mengemukakan ajaran penundukan kemauan yang menyatakan bahwa orang mau tunduk karena ada pengaturan yang aman dalam lalulintas masyarakat, yang disusun oleh orang yang ahli dalam bidangnya, dan tidak berlaku sepihak, sehingga orang tidak dapat berbuat lain selain tunduk. Tetapi Stein (1957) menyatakan bahwa kebutuhan praktis dalam lalu lintas masyarakatlah yang menyebabkan pihak lain terikat pada semua syarat baku tanpa mempertimbangkan apakah ia memahami syarat-syarat itu atau tidak. Sedangkan Hodius (1976) menanggapi atas pendapat Zeylemaker menyatakan bahwa, pendapat beliau tidak dapat dipakai sebagai dasar keterikatan konsumen tetapi dengan ketentuan bahwa keterikatan itu terjadi karena adanya alasan kepercayaan.

c. Aspek ekonomi

Zonderland (1976) menanggapi dengan menggunakan pendekatan riil. Ia menyatakan bahwa keterikatan konsumen pada syarat-syarat baku karena konsumen ingin menukar prestasi dan sekaligus menerima apapun yang tercantum dalam syarat-syarat baku dengan harapan bahwa ia luput dari masalah. Pendekatan riil Zonderland yaitu kebutuhan ekonomi yang hanya akan terpenuhi jika mengadakan perjanjian dengan pengusaha, walaupun dengan syarat-syarat baku yang lebih

¹⁶⁹Abdulkadir Muhammad, *Perjanjian Baku Dalam Praktek Perusahaan Perdagangan*, PT. Citra Adtya Bakti, Bandung, 1992

berat. Karenanya kerugian yang mungkin saja timbul adalah resiko.

Pemberlakuan syarat-syarat baku menurut Hondius (1976) sebagaimana dikutip oleh Abdulkadir Muhammad adalah 4 (empat), yaitu:¹⁷⁰

- a. Penandatanganan dokumen perjanjian.
Dokumen perjanjian baku dimuat secara lengkap dan terperinci syarat syarat baku saat perjanjian dibuat oleh kreditur dan selanjutnya diserahkan kepada konsumen untuk dibaca dan kemudian ditandatangani. Setelah dokumen ditandatangani, maka konsumen atau debitur terikat pada syarat yang telah ditentukan (syarat baku) tersebut seperti formulir permintaan asuransi dan naskah perjanjian dan lainnya. Dokumen perjanjian itu dimuat syarat-syarat baku terutama mengenai tanggung jawab konsumen atau eksonerasi daripada kreditur atau pebisnis.
- b. Pemberitahuan melalui dokumen perjanjian.
Pada kebiasaan yang berlaku, syarat-syarat baku dicetak di atas dokumen perjanjian yang tidak ditandatangani oleh konsumen misalnya, konosemen surat angkutan, surat pesanan, nota pembelian. Syarat- syarat baku tersebut diberitahukan melalui dokumen perjanjian. Dengan demikian, konsumen terikat pada syarat-syarat baku dengan ketentuan, dokumen perjanjian harus sudah diserahkan atau dikirim kepada konsumen sebelum, atau pada waktu, atau sesudah dibuat perjanjian.
- c. Penunjukan dalam dokumen perjanjian.
Dalam dokumen perjanjian tidak dimuat atau tidak ditulis syarat-syarat baku, melainkan hanya menunjuk kepada syarat-syarat baku, misalnya dalam dokumen jual beli ditunjuk syarat penyerahan barang atas dasar klausula FOB. Artinya syarat baku berdasarkan atas ketentuan FOB dalam perjanjian.
- d. Pemberitahuan melalui papan pengumuman.
Pemberitahuan melalui papan pengumuman merupakan salah satu cara pemberlakuan syarat baku dalam perjanjian. Pengadilan menetapkan bahwa pengumuman itu harus dipasang di tempat yang jelas, mudah dilihat, ditulis dalam bentuk huruf dan bahasa yang sederhana, serta mudah dibaca sebelum perjanjian dibuat. Papan pengumuman ini dapat

¹⁷⁰Abdulkadir Muhammad, 1992. Perjanjian Baku Dalam Praktek Perusahaan Perdagangan, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 6.

dijumpai pada perusahaan pengangkutan, pertokoan, dan lain-lain. Melalui pemberitahuan pada papan pengumuman ini menjadikan konsumen terikat pada syarat baku.

Perjanjian baku terdapat klausula eksonerasi, yaitu klausula yang merupakan syarat yang berisikan pembebasan tanggung jawab (pihak produsen). Oleh karena itu, klausula ini digunakan dalam perjanjian yang beritikad baik. Namun jika berimpak kerugian karena kesengajaan dan bertentangan dengan kesusilaan, pengadilan dapat mengesampingkan klausula dan dapat dibatalkan demi hukum.

Sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat yaitu:¹⁷¹

- a. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya
- b. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan
- c. Suatu hal tertentu
- d. Suatu sebab yang halal

Berdasarkan syarat tersebut di atas merupakan syarat dari suatu kebebasan berkontrak. Perjanjian baku dalam hal ini tidak melanggar asas tersebut, karena pihak konsumen masih diberikan kesempatan untuk memilih menyetujui atau menolak perjanjian. Suatu sebab adalah terlarang, jika sebab itu dilarang oleh undang-undang atau bila sebab itu bertentangan dengan kesusilaan atau ketertiban umum (Pasal 1337 KUHPerduta).

Namun, dalam pandangan yang lain bahwa kontrak baku tidak sejalan dengan asas kebebasan berkontrak, sebagaimana dinyatakan oleh Mariam Darus bahwa perjanjian baku bertentangan dengan asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) yang bertanggungjawab. Utama sekali dalam kontek perlindungan konsumen, mengingat posisi tawar (*bargaining position*) produsen lebih tinggi dibandingkan dengan konsumen, sehingga penyimpangan kewenangan oleh produsen lebih terbuka. Hal itu dapat ditemui dalam hal produsen hanya menetapkan mengenai hak-hak-nya, dan tidak melimpahkan kewajiban pada konsumen maka hal tersebut perlu ditertibkan.¹⁷² Hal ini bermakna bahwa KUHPerduta membatasi asas kebebasan berkontrak. Menurut Sutan Remy Sjahdeni bahwa pembatasan terhadap asas kebebasan berkontrak adalah diperlukan, agar tidak terjadi penyalahgunaan terhadap asas kebebasan berkontrak. Oleh karena itu, campur tangan pemerintah merupakan

¹⁷¹ Pasal 1320 jo. 1338 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

¹⁷² Mariam Darus Badruzaman, 1980. *Perjanjian Baku (Standard), Perkembangannya di Indonesia*. Bandung: Alumni, hlm. 84

hal yang tepat. Campur tangan yang dimaksud dapat melalui undang-undang dan pengadilan, karena perjanjian baku ini bersifat *take it or leave it* sehingga tidak ada tawar-menawar dalam menentukan isi perjanjian.¹⁷³ Suatu perjanjian tidak dapat ditarik kembali, selain dengan kata sepakat dari kedua belah pihak atau karena alasan lain yang dinyatakan dengan undang-undang seperti halnya cacat pada kehendak (*wilsgebreken*).

Cacat pada kehendak (*wilsgebreken*) yang dimaksudkan adalah kesesuaian antara kehendak dan pernyataan pada kehendak terjadi jika seseorang telah melakukan suatu perbuatan hukum, tetapi kehendak tersebut terbentuk secara tidak sempurna.¹⁷⁴ Pasal 1321 BW kontrak dapat dibatalkan jika ada ancaman (*bedreiging*), penipuan (*bedrog*), dan kesesatan (*dwaling*). Perkembangannya, cacat kehendak juga dapat terjadi dalam hal adanya penyalahgunaan keadaan (*misbruik van opstandigheden*).

Kehendak yang terbentuk secara tidak sempurna tersebut dapat terjadi disebabkan hal-hal berikut:

a. Ancaman/paksaan (*bedreiging, dwang*)

Dalam hal ini ancaman terjadi jika seseorang menggerakkan orang lain untuk melakukan suatu perbuatan hukum, dengan menggunakan cara yang melawan hukum mengancam akan menimbulkan kerugian pada orang tersebut atau kebendaan miliknya atau terhadap pihak ketiga dan kebendaan milik pihak ketiga.

Suatu ancaman dapat terjadi atau dilakukan dengan menggunakan cara atau sarana yang illegal maupun legal. Sebagai contoh: sarana yang ilegal adalah mengancam dengan pisau. Sedangkan sarana legal adalah mengancam untuk melakukan permohonan pailit.

b. Kekeliruan/kesesatan/kekhilafan (*dwaling*);

Kekeliruan yang dimaksud adalah terdapat kesesuaian antara kehendak dan pernyataan namun, kehendak salah satu atau kedua pihak terbentuk

secara cacat. Di luar hal tersebut maka, akibat kekeliruan harus ditanggung oleh dan menjadi resiko pihak yang

¹⁷³Sutan Remy Sjahdeni, 1993. Kebebasan Berkontrak Dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia, Jakarta, Institut Banker Indonesia, hlm. 66.

¹⁷⁴Helien Budiono, 2010. *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, Bandung, Citra Aditya, hlm. 98.

membuatnya. Ancaman kekeliruan dan penipuan (Pasal 1322-1328 KUHPerduta)

c. Penipuan (*bedrog*); dan

Bermakna dengan penipuan adalah jika seseorang sengaja dengan kehendak dan pengetahuan menimbulkan kesesatan pada orang lain. Penipuan dapat terjadi karena suatu fakta dengan sengaja disembunyikan atau bila suatu informasi dengan sengaja diberikan secara keliru atau dengan menggunakan tipu daya lainnya. Keliru dan penipuan terikat hubungan erat, namun yang membedakan keduanya adalah pada penipuan, unsur perbuatan melawan hukum dari pihak yang menipu dan tanggung gugatnya terlihat dengan jelas. Sedangkan pada kekeliruan hal ini tidak tampak. Selain itu, kekeliruan masih terdapat peluang untuk mengubah perjanjian. Sedangkan pada penipuan tertutup peluang untuk mengubah perjanjian.¹⁷⁵

d. Penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*)

Penyalahgunaan keadaan (bahasa Belanda: *misbruik van omstandigheden* dan bahasa Inggris: *Undue influence*) merupakan salah satu alasan pembatalan perjanjian. Yang mana dalam hukum Indonesia lebih dikenal dengan cacat kehendak (Pasal 1321 BW). Terkait dengan alasan pembatalan perjanjian, selain ancaman (*bedreiging*), penipuan (*bedrog*), dan kesesatan (*dwaling*), penyalahgunaan keadaan (*misbruik van Omstandigheden*) juga telah dimasukkan ke dalam ketentuan hukum perdata Belanda, khususnya dalam *Nieuw Burgerlijk Wetboek*¹⁷⁶ (NBW). Penyalahgunaan keadaan ini yang diatur dalam artikel 3:44 lid 1 NBW. Alasan terbentuknya aturan penyalahgunaan keadaan ke dalam NBW dilatarbelakangi oleh pertimbangan hukum dalam berbagai putusan hakim. Terbentuknya ajaran ini disebabkan oleh belum adanya (pada waktu itu). Dalam kenyataannya putusan hakim tersebut tidaklah berdasarkan pertimbangan salah satu alasan pembatalan perjanjian yaitu cacat kehendak klasik yang terdiri atas kekhilafan, paksaan dan penipuan. Bertolak dari hal tersebut, penyalahgunaan keadaan selanjutnya dimasukkan

¹⁷⁵*Ibid.* hlm. 100.

¹⁷⁶*Nieuw Burgerlijk Wetboek* (NBW) adalah Kitab Undang-Undang Hukum Perdata negeri Belanda. NBW menggantikan BW lama Belanda, diberlakukan sejak tanggal 1 Januari 1992.

menjadi salah satu hal yang dapat mempengaruhi kesepakatan sebagai syarat subyektif sahnya perjanjian.¹⁷⁷

Penyalahgunaan keadaan adalah setiap pemaksaan yang tidak patut atau salah, akal bulus, atau bujukan dalam keadaan yang mendesak, dimana kehendak seseorang tersebut memiliki kewenangan yang berlebihan, dan pihak lain dipengaruhi untuk melakukan perbuatan yang sebenarnya tidak ingin dilakukannya, atau akan berbuat sesuatu jika setelahnya dia akan merasa bebas.¹⁷⁸

Penyalahgunaan keadaan dapat diklasifikasikan menjadi 2 (dua), yaitu: i). seseorang menggunakan posisi psikologis dominannya yang digunakan secara tidak adil untuk menekan pihak yang lemah supaya mereka menyetujui sebuah perjanjian yang mana sebenarnya mereka tidak ingin menyetujuinya, dan ii) Seseorang menggunakan wewenang kedudukan dan kepercayaannya digunakan secara tidak adil untuk membujuk pihak lain untuk melakukan suatu transaksi.¹⁷⁹ Penyalahgunaan keadaan ini berkembang melalui doktrin dan yurisprudensi, penyalahgunaan ini memiliki dua unsur yang harus dipenuhi yaitu adanya kerugian yang diderita oleh salah satu pihak, dan adanya penyalahgunaan kesempatan oleh pihak lain.

Sedangkan paksaan yang tercantum dalam Pasal 1321 BW mensyaratkan adanya unsur ancaman yang menyebabkan ketakutan oleh salah satu pihak dan kerugian yang ditimbulkan akibat adanya ancaman tersebut. Paksaan pun menemui jenis baru yang diakui dalam pengadilan, yaitu paksaan ekonomi. Contoh sederhana yaitu penggunaan permen dalam pengembalian transaksi yang mana tidak disepakati sebelumnya, hal ini memiliki potensi dapat dibatalkan dengan alasan penyalahgunaan keadaan. Tidak adanya unsur ancaman yang menakutkan konsumen dalam hal menerima permen sebagai kembalikan transaksi, menjadikan penyalahgunaan keadaan lebih berpotensi sebagai alasan pembatalan, bukannya paksaan. Bahwa terdapat satu hal baru sebagai tolak ukur cacat kehendak yaitu penyalahgunaan keadaan,¹⁸⁰ yang mana mempunyai kemiripan

¹⁷⁷Bambang Poerdyatmono, 2005. 'Asas Kebebasan Berkontrak (Contractvrijheid Beginselen) Dan Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik van Omstandigheden) Pada Kontrak Jasa Konstruksi', Vol. 6 No. 1 Jurnal Teknik Sipil.

¹⁷⁸John D. Calamari and Joseph M. Perillo, 1977. *Contracts*, Second Edition, West Publishing Co., hlm 273.

¹⁷⁹John D. Calamari and Joseph M. Perillo, 1977. *Ibid.*, hlm. 274.

¹⁸⁰Dalam pemen Nuhan suatu kontrak, tentunya haruslah didasari pada itikad baik dan juga berdasar pada syarat-syarat keabsahan kontrak yang telah

dengan paksaan, hanya saja doktrin penyalahgunaan keadaan ini belum diatur dalam perundang-undangan. Pada Pengadilan, banyak diketemukan kasus pembatalan perjanjian yang alasan gugatannya bukan berdasarkan *dwaling*, *dwang* ataupun *bedbrog*. Dibutuhkan bantuan hakim yang adil dan dapat dipercaya untuk memeriksa dan memperbaiki kasus-kasus yang tidak dapat diselesaikan karena undang-undang yang tidak sempurna. Pokok pertimbangan hukum bagi hakim, bisa bersumber dari undang-undang, yurisprudensi, doktrin, kebiasaan, dan lain-lain, maka diharapkan putusan hakim ini dapat menjadi pedoman bagi hakim lain dalam mengambil keputusan.¹⁸¹

4. 4 Cara Pemberlakuan Syarat-Syarat Baku

Menurut Hondius sebagaimana dikutip oleh Abdulkadir Muhammad¹⁸² bahwa terdapat 4 cara dalam memberlakukan syarat-syarat baku, sebagai berikut:

a. Penandatanganan Dokumen Perjanjian

Dalam dokumen perjanjian dimuat secara lengkap dan terperinci syarat-syarat baku ketika membuat perjanjian, dokumen tersebut kemudian disodorkan kepada konsumen untuk dibaca dan ditandatangani. Dengan penandatanganan dokumen tersebut, maka konsumen atau debitur terikat pada syarat yang telah ditentukan (syarat baku) tersebut. dokumen

diatur dalam KUHPerdata. Salah satu dari syaratnya adalah sepakat, sepakat ini ternyata memiliki berbagai aspek penting, antara lain yaitu mengenai kehendak. Kehendak ini merupakan bagian penting dalam keabsahan suatu kontrak, bilamana terdapat cacat kehendak, maka tentu kontrak itu harus menemui konsekuensinya. Cacat kehendak antara lain berupa paksaan, yang mana akhir-akhir ini muncul jenis atau pola yang serupa dengan paksaan, yaitu berupa penyalahgunaan keadaan dan juga paksaan ekonomi. Penyalahgunaan keadaan ini bentuknya serupa dengan paksaan ekonomi yang mana tidak diatur dalam BW. Tentu saja penyalahgunaan keadaan ini berbeda dengan *dwang* (paksaan) pada umumnya, walaupun demikian tetap memiliki beberapa kemiripan dalam karakteristiknya. Karena masih hanya berupa doktrin, maka penyelesaiannya membutuhkan kehati-hatian dan kejelian dari hakim. Lihat: Fani Martiawan Kumara Putra, Paksaan Ekonomi Dan Penyalahgunaan Keadaan Sebagai Bentuk Cacat Kehendak Dalam Perkembangan Hukum Kontrak, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Yuridika, Vo. 30, No. 2 Mei 2015.

¹⁸¹Henry. P. Panggabean, 2001. Penyalahgunaan Keadaan (*Misbruik van Omstandigheden*) Sebagai Alasan Baru Untuk Pembatalan Perjanjian, Liberty, hlm. 43.

¹⁸²Abdulkadir Muhammad, 1992. *Perjanjian Baku Dalam Praktek Perusahaan Perdagangan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 18.

perjanjian itu dapat berupa naskah perjanjian, formulir permintaan asuransi, dan sebagainya. Dalam dokumen perjanjian itu dimuat syarat-syarat baku terutama mengenai tanggungjawab konsumen atau eksonerasi daripada kreditur atau pengusaha.

- b. Pemberitahuan melalui dokumen perjanjian
Pada kebiasaan yang berlaku, syarat-syarat baku dicetak diatas dokumen perjanjian yang tidak ditandatangani oleh konsumen misalnya, konsumen surat angkutan, surat pesanan, nota pembelian. Syarat-syarat baku tersebut ditetapkan oleh pengadilan sebagai bagian dari isi perjanjian yang diberitahukan melalui dokumen perjanjian. Dengan demikian, konsumen terikat pada syarat-syarat baku dengan ketentuan, dokumen perjanjian harus sudah diserahkan atau dikirim kepada konsumen sebelum atau pada waktu atau sesudah dibuat perjanjian.
- c. Penunjukan dalam dokumen perjanjian
Dalam dokumen perjanjian tidak dimuat atau tidak ditulis syarat-syarat baku, melainkan hanya menunjukan kepada syarat-syarat baku, misalnya dalam dokumen jual beli ditunjuk syarat penyerahan atas dasar klausula FOB. Artinya syarat baku berdasarkan atas ketentuan FOB dalam perjanjian.
- d. Pemberitahuan melalui papan pengumuman
Pemberitahuan melalui papan pengumuman merupakan salah satu cara pemberlakuan syarat baku dalam perjanjian. Pengadilan menetapkan bahwa pengumuman itu harus dipasang ditempat yang jelas, mudah dilihat, ditulis dalam bentuk huruf dan bahasa yang sederhana, serta mudah dibaca sebelum perjanjian dibuat. Papan pengumuman ini dapat dijumpai pada perusahaan pengangkutan, pertokoan dan lain-lain. Melalui pemberitahuan ini menjadikan konsumen terikat pada syarat baku.

Dalam perjanjian baku ada dikenal dengan klausula eksonerasi. Klausula eksonerasi ini adalah syarat yang berisi pembebasan tanggung jawab. Jika diteliti klausula eksonerasi ini dapat membebaskan produsen dari pembebanan tanggungjawab. Karenanya klausula eksonerasi ini hanya dapat digunakan dalam perjanjian yang memiliki itikad baik. Jika menimbulkan kerugian karena kesengajaan dan bertentangan dengan kesusilaan, pengadilan dapat mengesampingkan klausula dan dapat dibatalkan demi hukum.

4.5 Konsekuensi Legal Perjanjian Baku

Konsekuensi hukum adanya perjanjian baku ditinjau dari Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Perjanjian baku dalam ketentuan KUHP adalah sesuai dengan syarat-syarat kebebasan berkontrak yang ditetapkan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Dengan catatan bahwa perjanjian dibuat sesuai dan tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.

Pasal 1243 KUHPerdata menegaskan bahwa pihak yang melanggar perjanjian harus mengganti kerugian (ganti rugi). Abdulkadir Muhammad,¹⁸³ menyatakan bahwa perjanjian mempunyai kekuatan mengikat dan memaksa dan menanggung beban resiko, maka perjanjian yang telah dibuat secara sah bersifat mengikat para pihak, sehingga perjanjian tersebut tidak dapat ditarik kembali atau dibatalkan secara sepihak.

Mariam Darus Badruzaman¹⁸⁴ menyatakan bahwa secara yuridis perjanjian baku tidak memenuhi elemen-elemen yang dikehendaki Pasal 1320 jo. 1338 KUHPerdata. Ditambahkan pula bahwa dalam perjanjian baku, tampak perbedaan posisi antara pengusaha dan konsumen, dimana konsumen tidak diberi kesempatan untuk melakukan penawaran atas perjanjian. Dalam hal ini konsumen tidak memiliki kebebasan untuk mengemukakan kehendak menyangkut dengan isi perjanjian. Ketentuan tersebut tidak memenuhi unsur-unsur yang ditetapkan dalam Pasal 1320 jo. 1338 KUHPerdata, maka tidak memiliki akibat hukum atau kekuatan mengikat. Meskipun demikian secara umum keberadaan perjanjian baku tidak melanggar ketentuan dan masih memenuhi syarat sah kontrak (perjanjian).¹⁸⁵

Dengan demikian, maka perjanjian baku masih digunakan dalam kegiatan perdagangan dan masih digunakan hingga saat ini, dan semakin berkembang disebabkan dipandang dapat dipermudah dalam mengadakan perjanjian. Perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Suatu perjanjian tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat

¹⁸³ Abdulkadir Muhammad, 2006. *Hukum Asuransi Indonesia*, Bandung, Citra Aditya Bakti, hlm. 8.

¹⁸⁴ Mariam Darus Badruzaman, 1981. *Pembentukan Hukum Nasional dan Permasalahannya*, Bandung, Alumni, hlm.47.

¹⁸⁵ Pasal 1320 KUHPerdata yaitu: Untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat: 1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya; 2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan; 3. Suatu hal tertentu; dan 4. Suatu sebab yang halal.

kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu.¹⁸⁶ Oleh Karena itu, perjanjian baku adalah suatu perjanjian yang bersifat sah dan mengikat bagi para pihak. Namun, harus dilaksanakan dengan itikad baik. Dalam hal ditemukan adanya pengalihan tanggung jawab atau klausula yang membebankan berat bagi konsumen, maka dapat diajukan pembatalan perjanjian ke pengadilan.

Pasal 18 Ayat (1) UUPK menyatakan bahwa:

“Pelaku usaha dalam menawarkan barang dan jasa yang ditujukan untuk diperdagangkan dilarang membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan/atau perjanjian apabila:

- a. Menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha
- b. Menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali barang yang dibeli konsumen
- c. Menyatakan bahwa pelaku usaha berhak untuk menolak penyerahan kembali uang yang dibayarkan atas barang dan/atau jasa yang dibeli oleh konsumen.
- d. Menyatakan pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha baik secara langsung maupun tidak langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran.
- e. Mengatur perihal pembuktian atas hilangnya kegunaan barang atau pemanfaatan jasa yang dibeli oleh konsumen
- f. Memberi hak kepada pelaku usaha untuk mengurangi manfaat jasa atau mengurangi harta kekayaan konsumen yang menjadi objek jual beli jasa.
- g. 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
- h. Menyatakan bahwa konsumen memberi kuasa kepada pelaku usaha untuk pembebanan hak tanggungan, hak gadai, atau hak jaminan terhadap barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran.

Dari uraian Pasal 18 ayat (1) UUPK diatas dapat dipahami bahwa: perjanjian baku diakui keberadaanya dan tidak bersifat melanggar aturan peraturan perundang-undangan, bilamana tidak

¹⁸⁶Pasal 1338 KUHPperdata.

memiliki klausula yang disebutkan dalam Pasal 18, dalam hal perjanjian baku ditemukan klausula yang tercantum pada Pasal 18, maka klausula tersebut dapat dibatalkan demi hukum.

Eksistensi perjanjian baku dalam masyarakat sudah sangat melekat, terutama bagi para pelaku usaha. Dengan adanya perjanjian baku pelaku usaha dapat menghemat waktu dan melaksanakan perjanjian secara efisien. Namun menjadi masalah adalah isi dari perjanjian baku disusun hanya dibuat oleh satu pihak saja yaitu pelaku usaha, oleh karena itu terbuka peluang besar bagi pelaku usaha memanfaatkan klausula-klausula dalam perjanjian untuk kepentingannya dan melepaskan tanggung jawab bahkan mengalihkan tanggung jawab kepada konsumen. Hal ini yang menjadi salah satu pemicu adanya pertanyaan penggunaan perjanjian baku dalam usaha dan bisnis. Sehingga jika konsumen tidak memiliki pengetahuan yang cukup dan mengerti isi dari perjanjian baku yang diberikan pelaku usaha, maka dapat menimbulkan kerugian tersendiri bagi konsumen. Bahkan, sebagian besar masyarakat tidak membaca secara teliti terlebih dahulu suatu perjanjian baku sebelum ditandatangani atau disahkan. Dengan demikian dapat memicu penyalahgunaan atau kesewenangan pelaku usaha dalam membuat isi perjanjian baku. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen menjadi dasar hukum dari keberadaan perjanjian baku.

Dalam KUHPerdata yang menyebutkan asas kebebasan berkontrak juga jelas menyebutkan syarat-syarat sah-nya suatu perjanjian. Kebebasan berkontrak yang disebutkan KUHPerdata juga memberi batasan, pembatalan perjanjian, yakni apabila dalam perjanjian terdapat unsur:

- a. Kekhilafan (kesesatan *dwaling*), Pasal 1322 KUPerdata;
- b. Paksaan (*dwang*), Pasal 1324, Pasal 1325, Pasal 1326, dan Pasal 1327 KUHPerdata;
- c. Penipuan (*bedrog*), Pasal 1328 KUHPerdata.

Dalam praktek perdagangan sehari-hari keberadaan perjanjian baku ini kemungkinan besar berdampak tidak adil bagi konsumen, maka untuk kepentingan masyarakat perjanjian baku ini sudah seharusnya diatur pelaksanaannya dalam undang-undang atau setidaknya diawasi. Pengawasan dapat dilakukan oleh Pemerintah, Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) serta Lembaga Perlindungan Konsumen Swadaya Masyarakat (LPKSM).

Oleh karena itu, pembinaan dan penyelenggaraan perlindungan konsumen merupakan tanggungjawab pemerintah. Perlindungan yang dimaksud adalah menjamin hak konsumen dan pelaku usaha serta dilaksanakannya kewajiban konsumen dan pelaku usaha. Pembinaan oleh pemerintah atas penyelenggaraan perlindungan konsumen tersebut dilaksanakan oleh menteri terkait. Pembinaan yang dimaksud melalui koordinasi atas penyelenggaraan perlindungan konsumen (Pasal 29 UUPK).

Pembinaan penyelenggaraan perlindungan konsumen, meliputi upaya yaitu: i) terciptanya iklim usaha dan tumbuhnya hubungan yang sehat antara pelaku usaha dan konsumen; ii) berkembangnya lembaga perlindungan konsumen swadaya masyarakat; iii) meningkatnya kualitas sumber daya manusia serta meningkatnya kegiatan penelitian dan pengembangan di bidang perlindungan konsumen; iv) ketentuan lebih lanjut mengenai pembinaan penyelenggaraan perlindungan konsumen diatur dengan Peraturan pemerintah.

Pengawasan terhadap penyelenggaraan perlindungan konsumen serta penerapan ketentuan peraturan perundang-undangan diselenggarakan oleh pemerintah, masyarakat, dan lembaga perlindungan konsumen swadaya masyarakat. Pengawasan oleh pemerintah dilaksanakan oleh Menteri dan/ atau menteri teknis terkait. Selanjutnya pengawasan oleh masyarakat dan lembaga perlindungan konsumen swadaya masyarakat dilakukan terhadap barang dan/ atau jasa yang beredar dipasar. Jika hasil pengawasan ternyata menyimpang dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan membahayakan konsumen. Menteri dan/atau menteri teknis mengambil tindakan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Selain itu, hasil pengawasan yang diselenggarakan masyarakat dan lembaga perlindungan konsumen swadaya masyarakat dan disebarluaskan kepada masyarakat dan dapat disampaikan kepada Menteri dan Menteri teknis. Seterusnya ketentuan pelaksanaan tugas pengawasan (Pasal 30 UUPK)

Dari pada uraian mengenai perjanjian kontrak baku diatas dapat disimpulkan bahwa ketentuan yang tegas sangat dibutuhkan mengingat dalam suatu kontrak/perjanjian terdapat setidaknya dua pihak perjanjian yang lazim dilakukan dalam konteks ini adalah perjanjian tersebut. Salah satu pihak-pihak lebih dominan dari pada pihak yang satunya, seperti perjanjian yang dilakukan antara konsumen dan produsen. Pelaku usaha lazimnya memiliki

bargaining position yang lebih kuat daripada konsumen. Kondisi sedemikian terbuka celah.

4.5 Perjanjian Baku Dalam Perspektif Undang-Undang

4.5.1 Perjanjian baku menurut KUHPerdata

Di Indonesia standar baku (klausula eksonerasi) ini sejak lama telah diatur, hal ini sebagaimana dalam KUH Perdata (Pasal 1493-1494). Dalam Pasal 1493 KUHPerdata secara tegas telah ditentukan bahwa: “kedua belah pihak, dengan persetujuan-persetujuan istimewa boleh memperluas atau mengurangi kewajiban yang ditetapkan oleh undang-undang Indonesia dan bahkan mereka boleh mengadakan persetujuan bahwa penjual tidak wajib menanggung sesuatu apapun”. Namun, ketentuan tersebut kemudian dibatasi melalui Pasal 1494 KUH Perdata, sebagaimana dinyatakan bahwa: “meskipun telah diperjanjikan penjual tidak akan menanggung sesuatu apapun, namun penjual tetap bertanggung jawab atas akibat dari suatu perbuatan yang dilakukannya, segala persetujuan yang dilakukan bertentangan dengan ini adalah batal”.

Oleh karena itu, pihak lawan tentunya tidak mempunyai daya tawar untuk itu. Selain itu konsumen selain dihadapkan pada pilihan menerima atau menyetujui (*take it or leave it*) isi kontrak yang telah ditetapkan tersebut. Sehingga terdapat argumen bahwa perjanjian kontrak baku yang terdapat klausula eksonerasi dipandang sebagai kontrak yang tidak berprikemanusiaan, perjanjian yang bersifat menekan pihak lemah. Dikarenakan sifatnya menekan pihak yang lemah, maka perjanjian standar membuka celah untuk disalahgunakan dan bahkan akan berimpak kerugian pada pihak lain (konsumen).

Menurut Treitel menegaskan pembatasan kebolehan pelaksanaan kontrak baku yaitu pembatasan yang dilakukan untuk meminimalisir (menekan) penyalahgunaan pemberlakuan asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) seperti penggunaan klausula eksonerasi dan pembatasan kebebasan berkontrak karena alasan demi kepentingan umum.

Kebebasan berkontrak menurut Treitel sebagaimana dikutip oleh H.P.Panggabean berlandaskan 2 (dua) asas umum, yaitu:¹⁸⁷

- a. Hukum tidak membatasi syarat-syarat perjanjian

¹⁸⁷H.P Panggabean, 2012. *Praktik Standard Contract (Perjanjian Baku) Dalam Perjanjian Kredit Perbankan*, Alumni, Bandung, hlm.1.

Dalam hal ini bermakna syarat-syarat perjanjian yang dibuat oleh para pihak tidak dibatasi atau diberikan kebebasan (*freedom*) untuk membuat perjanjian, sejauh tidak menyimpang dari ketentuan perundangan. Ruang lingkup kebebasan membuat perjanjian tentunya berlandaskan asas kebebasan berkontrak, yang meliputi kebebasan para pihak dalam menentukan sendiri isi perjanjian yang diinginkan oleh para pihak.

- b. Setiap orang bebas menentukan pilihan
Hukum memberikan kebebasan kepada setiap orang untuk membuat perjanjian atau tidak membuat perjanjian, dengan kata lain bahwa hukum tidak dapat memaksa seseorang untuk memasuki suatu perjanjian.

Sahnya suatu perjanjian harus terpenuhi 4 syarat sebagaimana yang dinyatakan dalam Pasal 1320 jo 1338 KUHPdata yaitu:

- a. Sepakat mereka yang mengikat dirinya
- b. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan
- c. Suatu hal tertentu
- d. Suatu sebab yang halal

Persyaratan tersebut berkaitan dengan asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) mengingat bahwa para pihak bebas untuk menentukan untuk berbuat atau tidak berbuat (menolak atau menerima) perjanjian tersebut. Pasal 1337 KUHPdata juga jelas dinyatakan bahwa setiap perjanjian tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, atau ketertiban umum.

Mariam Darus¹⁸⁸ menyatakan bahwa perjanjian baku bertentangan dengan asas kebebasan berkontrak yang bertanggungjawab. Dalam perjanjian baku kedudukan pelaku usaha terlihat lebih dari kedudukan konsumen. Hal ini dapat menyebabkan peluang bagi pelaku usaha dalam menyalahgunakan kewenangan. Pelaku usaha hanya mengatur hak-hak mereka dan akan melimpahkan kewajiban pada konsumen, maka perlu ditertibkan. Dengan demikian menurut beliau perjanjian baku tidak memenuhi syarat-syarat yang ditetapkan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 1320 jo. 1338.

Sutan Remy Sjahdeni berpendapat dalam kenyataannya KUHPdata sendiri memberi batasan-batasan terhadap asas kebebasan berkontrak. Misalnya: suatu perjanjian tidak dapat ditarik

¹⁸⁸Mariam Darus Badruzaman, 1980. *Perjanjian Baku (Standar), Perkembangannya di Indonesia*, Bandung, Alumni, hlm.

kembali selain dengan kata sepakat dari kedua belah pihak atau karena alasan lain yang dinyatakan dengan Undang-undang. KUHPerdara juga menyebutkan tiga alasan yang dapat menyebabkan terjadinya pembatalan suatu perjanjian, yakni paksaan (*dwang*), kekhilafan (*dwaling*), dan penipuan (*bedrog*). Ketiga alasan ini dimaksudkan sebagai pembatasan atas asas kebebasan berkontrak. Sutan Remy Sjahdeni menyatakan agar tidak terjadi penyalahgunaan terhadap asas kebebasan berkontrak ini maka diperlukan campur tangan melalui undang-undang dan pengadilan, karena seperti yang disebutkan bahwa perjanjian baku ini bersifat *take it or leave* sehingga tidak ada tawar-menawar dalam menentukan isi perjanjian.¹⁸⁹

4.5.2 Kontrak Baku Dalam Baku Menurut Undang-Undang Perlindungan Konsumen (*Consumer Law*)

Kontrak baku dalam perspektif undang-undang perlindungan konsumen mempunyai posisi penting, mengingat keterkaitan yang tidak terpisahkan. Hal itu sebagaimana secara jelas tergambar dalam Pasal 1 angka (10) Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Yang mana undang-undang tersebut menegaskan definisi klausula baku yaitu: “sebagai setiap aturan atau ketentuan-ketentuan dan syarat-syarat yang dipersiapkan dan ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha yang diuntungkan dalam suatu dokumen dan/atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen. Pasal ini memberikan penekanan pada proses pembuatan perjanjian dan klausula baku di dalamnya.

Larangan bagi pelaku usaha untuk menawarkan barang dagang menggunakan klausula baku, sebagaimana ditegaskan dalam pasal 18 ayat (1) huruf (a) UUPK menyatakan bahwa: “pelaku usaha dalam menawarkan barang dagangannya dilarang menggunakan klausula baku dalam perjanjian jika menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha.” Klausula baku yang dilarang adalah:¹⁹⁰

- a. Menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha
- b. Menyatakan pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali barang yang dibeli konsumen

¹⁸⁹Sutan Remy Sjahdeni, 1993. *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Jakarta, Institut Banker Indonesia, hlm. 45.

¹⁹⁰ Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen

- c. Menyatakan pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali uang yang dibayarkan atas barang dan/atau jasa yang dibeli oleh konsumen.
- d. Menyatakan pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha baik secara langsung maupun tak langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran.
- e. Mengatur perihal pembuktian atas hilangnya kegunaan barang atau pemanfaatan jasa yang dibeli konsumen
- f. Memberi hak kepada pelaku usaha untuk mengurangi manfaat jasa atau mengurangi harta kekayaan konsumen yang menjadi objek jual beli jasa
- g. Menyatakan tunduknya konsumen kepada pengaturan yang berupa aturan baru, tambahan, lanjutan dan/atau perubahan lanjutan yang dibuat sepihak oleh pelaku usaha dalam masa konsumen memanfaatkan jasa yang dibelinya
- h. Menyatakan bahwa konsumen memberi kuasa kepada usaha untuk pembebanan hak tanggungan, hak gadai, atau hak jaminan terhadap barang yang dibelinya oleh konsumen secara angsuran.

Dengan demikian, klausula baku merupakan 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. Perjanjian baku harus dijalankan dengan etika baik sesuai dengan ketentuan yang telah ditetapkan. Namun, perjanjian baku tidak dibenarkan (larangan) bagi pelaku usaha jika menawarkan barang dagang menggunakan klausula baku menyatakan: i) pengalihan tanggung jawab pelaku usaha, pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali barang yang dibeli konsumen; ii) pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali uang yang dibayarkan atas barang dan/atau jasa yang dibeli oleh konsumen; iii) pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha baik secara langsung maupun tak langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran, mengatur perihal pembuktian atas hilangnya kegunaan barang atau pemanfaatan jasa yang dibeli konsumen; iv) memberi hak kepada pelaku usaha untuk mengurangi manfaat jasa atau mengurangi harta kekayaan konsumen yang menjadi objek jual beli jasa; v) tunduknya konsumen kepada pengaturan yang berupa aturan baru, tambahan, lanjutan dan/atau

pengubahan lanjutan yang dibuat sepihak oleh pelaku usaha dalam masa konsumen memanfaatkan jasa yang dibelinya; vi) konsumen memberi kuasa kepada usaha untuk pembebanan hak tanggungan, hak gadai, atau hak jaminan terhadap barang yang dibelinya oleh konsumen secara angsuran.

Oleh karena itu, pengaturan penggunaan perjanjian baku dalam UUPK merupakan wujud perlindungan konsumen, sebagaimana ketentuan dalam Pasal 18 ayat (2) UUPK. Perlindungan konsumen yang dimaksud secara jelas tergambar melalui kalimat “jika dalam perjanjian ditemukan klausula yang bersifat mengalihkan tanggung jawab atau merugikan konsumen, maka pengadilan dapat membatalkan demi hukum, dan apabila klausula berisi unsur esensial maka mungkin saja dapat membatalkan seluruh perjanjian.” Ketentuan sedemikian ditujukan agar terciptanya keseimbangan antara konsumen dan pelaku usaha. Yang mana posisi konsumen secara umum lemah dibandingkan produsen, sehingga dipandang perlu campur tangan pemerintah untuk melindunginya. Meskipun demikian tidak berarti kepentingan produsen diabaikan, maka penggunaan klausula baku harus berasaskan pada asas keseimbangan. Hal itu sesuai dengan asas dalam hukum perlindungan konsumen yang menginginkan kepentingan pihak produsen dan konsumen harus dilindungi, termasuk kepentingan pemerintah dalam pembangunan nasional harus mendapat porsi yang seimbang.

4.5.3 Klausula Baku dalam Perspektif Hukum Perikatan Syariah

Hukum perikatan Syariah/Islam pada prinsipnya mengatur asas kebebasan berkontrak sebagaimana Q.S An-Nisa pada ayat 29 yang diterjemahkan sebagai berikut: “...kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama-suka di antara kamu...”,¹⁹¹ Selain itu, dan hadis Nabi Muhammad SAW, yaitu sesuatu perkara atau perjanjian akan sah dan mengikat kedua belah pihak apabila ada kesepakatan (*antarâdhin*) yang terwujud dalam 2 (dua) pilar, yaitu penawaran (*ijab*) dan penerimaan (*Kabul*).¹⁹² Oleh karena itu, ada perbedaan yang esensial dalam pembatasan-pembatasan yang diberikan kedua konsep tersebut. Dalam KUHPerdara pembatasan

¹⁹¹Universitas Islam Indonesia, 2010. *Al-Quran dan Terjemahan*, cet. Kesembilan, Yogyakarta, hlm.146.

¹⁹²Gemala Dewi, 2007. *Aspek-Aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuansian Syariah di Indonesia*. Jakarta, Kencana, hlm. 204-208.

yang ditentukan oleh negara hanya berkaitan dengan hak dan kewajiban person manusia. Sedangkan pembatasan-pembatasan dalam sistem syariah adalah ditetapkan melalui Alquran dan Hadist, yang mana konsekuensinya tidak hanya bersifat sementara di dunia semata. Namun konsekuensi suatu perjanjian akan menyertai para pihak hingga ke kehidupannya setelah mati/ akhirat.

Selanjutnya dalam pembuatan kontrak syariah terdapat beberapa hal yang perlu diperhatikan antara lain yaitu:¹⁹³

- a. Objek atau hal yang diperjanjikan dan objek transaksi haruslah halal menurut syariah;
- b. Tidak terdapat unsur ketidakjelasan (*gharar*) dalam rumusan akad maupun prestasi yang diperjanjikan;
- c. Mereka yang berkontrak tidak menzalimi dan tidak dizalimi;
- d. Transaksi harus adil;
- e. Transaksi tidak mengandung unsur spekulatif/perjudian (*maysir*);
- f. Terdapat prinsip kehati-hatian;
- g. Tidak membuat barang-barang yang tidak bermanfaat dalam Islam ataupun barang najis; dan
- h. Tidak mengandung riba.

Dalam praktik akad syariah hal tersebut dapat disandingkan dengan salah satu syarat sah perjanjian yang ditetapkan dalam Pasal 1320 KUHPerdara yaitu: kausa yang halal. Yang mana dewasa ini telah dipakai dalam perjanjian kontrak baku dalam dunia perjanjian dan perasuransian. Bahkan Bank Indonesia mengupayakan standarisasi akad syariah untuk diterapkan dalam kontrak yang akan diterapkan pada bank-bank syariah di Indonesia.¹⁹⁴

Selain itu, terdapat prinsip-prinsip sebagai landasan konsep hukum perikatan syariah yang merupakan prinsip-prinsip dalam melakukan transaksi muamalah. Prinsip-prinsip sebagai pedoman pelaksanaan transaksi muamalah yaitu:

- a. prinsip sama suka, konsensualisme (*antar'adin*);
- b. prinsip kewirausahaan; (*al-i'timad alâ alnafs*)
- c. prinsip saling tolong menolong (*ta'âwun*);
- d. prinsip tanggung jawab (*masuluiyah*);

¹⁹³ Nur Melinda Lestari, 2015. *Sistem Pembiayaan Bank Syariah: Berdasarkan UU No. 21 Tahun 2008*. Jakarta, Grafndo Books Media, hlm. 135.

¹⁹⁴M.Roji Iskandar, *Pengaturan Klausula Baku Dalam Undang-Undang Perlindungan Konsumen Dan Hukum Perjanjian Syariah*, Amwaluna, Vol. 1 No.2 (Juli, 2017), Eissn: 2540-8402 | Issn: 2540-8399, hlm. 200-216.

- e prinsip kemudahan (*al-taysîr*), karena segala kegiatan dalam bermuamalah dibolehkan sepanjang tidak ada larangan syara' (Q.S Al Furqan (25) : 67).¹⁹⁵
- f. prinsip administasi keuangan yang benar dan transparan (*al-idâriyah*);
- g. Prinsip tanggung jawab sosial (*al-takâful alijtimâ'iy*) dan prinsip kehati-hatian/*prudencial* (*al-ihdiyâth*).

Kontrak atau perjanjian pada dasarnya dibuat berlandaskan pada asas kebebasan berkontrak di antara dua pihak yang memiliki kedudukan seimbang dan kedua pihak berusaha mencapai kata sepakat melalui proses negosiasi. Dalam perkembangannya, banyak perjanjian dalam transaksi bisnis bukan terjadi melalui negosiasi yang seimbang di antara para pihak. Salah satu pihak telah menyiapkan syarat-syarat bakupada formulir perjanjian yang sudah ada kemudian disodorkan kepada pihak lain untuk disetujui dengan hampir tidak memberikan kebebasan sama sekali kepada pihak lainnya untuk melakukan negosiasi atas suatu syarat-syarat bakupada formulir perjanjian yang sudah ada kemudian diberikan kepada pihak lain untuk disetujui dengan hampir tidak memberikan kebebasan sama sekali kepada pihak lainnya untuk melakukan negosiasi atas suatu syarat-syarat yang disodorkan. Perjanjian yang demikian disebut sebagai perjanjian baku atau perjanjian standar atau juga syarat standar atau juga perjanjian adhesi.¹⁹⁶Kata baku atau standar artinya tolok ukur yang dipakai sebagai patokan atau pedoman bagi setiap konsumen yang menandakan hubungan hukum dengan pengusaha, yang dibakukan dalam perjanjian baku meliputi model, rumusan dan ukuran.¹⁹⁷

Keabsahan klausula baku berasaskan pada prinsip-prinsip berikut:

- a. Kebebasan berkontrak (*Hurriyahat-Ta'uqud*);

¹⁹⁵Universitas Islam Indonesia, 2010. *Al-Quran dan Terjemahan*, cet. Kesembilan, Yogyakarta, hlm. 647.

¹⁹⁶Sutan Remy Sjahdeini, 2009. *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank Di Indonesia*, Jakarta, Pustaka Utama Grafiti, hlm. 9

¹⁹⁷Abdulkadir Muhammad, 1992. *Perjanjian Baku dalam Praktik Perusahaan Perdagangan*, Bandung, Citra Aditya Bakti, hlm. 6.

Prinsip ini merupakan wujud dari kebebasan berkontrak. Masing-masing pihak yang akan mencapai tujuan akad mempunyai kebebasan untuk mengadakan penyusunan perjanjian atau *freedom of making contract*. Asas kebebasan berkontrak merupakan suatu asas yang universal sebagaimana dikutip oleh Agus Yudha Hernoko dari pendapat Sutan Remy Sjahdeni bahwa sebagai asas yang bersifat universal yang bersumber dari paham hukum, asas kebebasan berkontrak atau *freedom of contract* itu muncul bersamaan dengan lahirnya paham ekonomi klasik yang mengagungkan *laissez faire* atau persaingan bebas.

Menurut Agus Yudha Hernoko bahwa asas kebebasan berkontrak adalah menempatkan para pihak yang berkontrak dalam posisi yang setara secara proposional, asas ini tidak menempatkan para pihak untuk saling berhadapan, menjatuhkan dan mematikan sebagai lawan kontrak justru sebaliknya asas ini menempatkan para pihak sebagai partner mitra kontrak pertukaran kepentingan mereka.¹⁹⁸

b. Kejujuran (*Ash-Shiddiq*);

Kejujuran merupakan hal yang prinsip bagi manusia dalam segala aspek bidang kehidupan, termasuk di dalam penyusunan kontrak muamalah. Jika kejujuran tidak diamalkan dalam penyusunan kontrak, maka akan merusak keridhaannya (*uyub al-ridha*). Di samping itu, ketidakjujuran di dalam penyusunan perjanjian akan berakibat perselisihan di antara para pihak. Allah berfirmandalam QS. Al-Ahzab ayat 70 yang artinya: "Hai orang-orang yang beriman, bertakwalah kamu kepada Allah, dan berkatalah perkataan yang benar".¹⁹⁹ Dalam haditsnya Rasulullah SAW bersabda: "Jika kamu menjual barang dagangan, maka katakanlah tidak ada penipuan" (HR. Bukhari). Berdasarkan kutipan ayat Al Quran dan juga Al Hadits tersebut, diketahui bahwa dalam hukum kontrak syariah sangat menekankan adanya prinsip kejujuran yang hakiki, karena

¹⁹⁸Agus Yudha Hernoko, "Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Bisnis: Upaya Mewujudkan Hubungan Bisnis dalam Perspektif Kontrak yang Berkeadilan", Jurnal Hukum Bisnis, Vol 29 No. 2 (2010), hlm. 5

¹⁹⁹Universitas Islam Indonesia, 2010. *Al-Quran dan Terjemahan*, cet. Kesembilan, Yogyakarta, hlm. 758.

hanya dengan prinsip kejujuran itulah keridhaan dari para pihak yang membuat perjanjian dapat terwujud.²⁰⁰

c. Itikad Baik.

Untuk dapat mengadakan kontrak haruslah dilaksanakan berdasarkan itikad baik. Di dalam pandangan Islam, niat merupakan prinsip mendasar terkait dengan unsur kepercayaan sebelum dapat melakukan suatu amal perbuatan. Dalil syariah yang menjadi dasar hukum berlakunya asas itikad baik adalah hadits Nabi yang menyatakan: "Sesungguhnya amal perbuatan tergantung pada niat, dan sesungguhnya tiap-tiap orang tergantung dari apa yang diniatkannya" (HR. Bukhari). Demikian juga dalam hadits Nabi Saw: "Orang yang terbaik di antara kamu adalah orang yang paling baik dalam pembayaran akan hutangnya".

d. Kepercayaan (Al Amanah)

Amanah merupakan bentuk kepercayaan yang timbul karena adanya itikad baik dari masing-masing pihak untuk mengadakan akad. Dalam hukum perjanjian syariah, terdapat bentuk akad yang bersifat amanah. Maksud amanah disini dapat diartikan sebagai kepercayaan kepada pihak lain untuk kemudian menjalin kerja sama. Dasar hukumnya ialah dari firman Allah dalam surah An-Nisa (4) ayat 58 yang artinya bahwa: "Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerima.²⁰¹ Seterusnya dalam surah Al Baqarah(2) ayat 283 Allah berfirman yang diterjemahkan bahwa: Maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya.²⁰² Demikian pula larangan terhadap berlaku khianat atas amanat yang dipercayakan sebagaimana firman Allah dalam surah Al Anfal ayat 27 yang diterjemahkan bahwa: "Wahai orang-orang yang beriman! Janganlah kamu mengkhianati Allah dan Rasul dan (juga) janganlah kamu

²⁰⁰Abdul Ghofur Anshori, 2006. *Pokok-Pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, Yogyakarta, Citra Media, 46.

²⁰¹Universitas Islam Indonesia, 2010. *Al-Quran dan Terjemahan*, cet. Kesembilan, Yogyakarta, HLM. 154.

²⁰²Universitas Islam Indonesia, 2010. *Al-Quran dan Terjemahan*, cet. Kesembilan, Yogyakarta, hlm.85.

mengkhianati amanat yang dipercayakan kepadamu, sedang kamu mengetahui”.²⁰³

Surat Al-Anfal ini tercantum pada akad pembiayaan pada perbankan syariah sebagai dasar bahwasanya hubungan antara bank syariah dan nasabah didasarkan pada amanah sehingga harus dijaga amanah tersebut.

e. Keadilan (*Al Adalah*)

Pelaksanaan dari prinsip ini dalam suatu perjanjian atau akad menuntut para pihak untuk melakukan yang benar di dalam pengungkapan suatu kehendak dan keadaan, memenuhi semua kewajibannya. Kontrak semestinya menghasilkan keuntungan yang adil dan seimbang, serta tidak boleh mendatangkan kerugian bagi pihak manapun baik kreditor maupun debitur. Sebagaimana Allah berfirman diterjemahkan, bahwa:²⁰⁴ “Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan kebenaran karena Allah, menjadi saksi dengan adil”. Bermakna sikap dan perilaku adil dan seimbang semestinya tercermin dalam semua aktivitas dalam kehidupan setiap manusia. Dalam konteks ini khususnya adalah dalam menjalankan isi kontrak yang telah ditanda tangani oleh para pihak yang terikat dalam suatu perjanjian.

Sedemikian penting artinya berbuat adil, sehingga berbuat adil diharuskan walaupun kepada pihak yang tidak disukai sekalipun. Sebagaimana firman Allah: “Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap suatu kaum, membuat kamu cenderung untuk akhirnya berlaku tidak adil. Bersikap adil dalam bertindak dalam ketentuan syariat secara tegas telah Allah perintahkan dalam QS. Maidah ayat 8 yang diterjemahkan bahwa: “berlaku adillah karena adil itu lebih dekat kepada takwa. Dan bertakwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah maha mengetahui apa kamu kerjakan.” Selain itu sikap adil dapat dikatakan sebagai sikap terpuji yang dekat pada kebenaran dan taqwa.

Keabsahan klausula baku dalam perspektif syariah dapat difahami sebagai suatu klausula yang dipandang sah dan memiliki fondasi referensi yang kuat dan bersifat universal. Asas-asas yang melandasinya seperti asas kebebasan berkontrak (*alhurriyah*) yang

²⁰³Universitas Islam Indonesia, 2010. *Al-Quran dan Terjemahan*, cet. Kesembilan, Yogyakarta, hlm.319.
QS. Almaidah : 8

dituangkan dalam prinsip *Antarâdhin minkum*, prinsip *al-'Adl*, prinsip amah, prinsip *al-shidiq* dan prinsip itikad baik. Kesemua asas keabsahan klausula baku tersebut berdimensikan masa jangkau yang jauh hingga 2 (dua) alam yaitu alam dunia dan alam akhirat (alam setelah mati).

Dengan demikian, kontrak baku dapat difahami bahwa dimaksudkan sebagai pembatasan pertanggungjawaban produsen. Ditinjau dari sisi waktu, energi dan kos yang perlu dikeluarkan adalah ekonomis (diuntungkan).²⁰⁵ Selain itu, bahwa penerapan kontrak baku baik dalam perspektif KUHPerdata, Perlindungan Konsumen dan Syariah pemberlakuan kontrak baku dibenarkan sepanjang dijalankan berasaskan etikad baik, berkeadilan, amanah, dan kebebasan berkontrak. Yang mana isi/klausula daripada kontrak yang dibuat tidak merugikan salah satu pihak (terzalimi).

4.6 Berakhirnya kontrak Bisnis

Kontrak yang dibuat oleh para pihak pada saatnya akan berakhir. Hapusnya perikatan dikarenakan 10 (sepuluh) cara sebagaimana ketentuan yang diatur dalam buku keempat Pasal 1381 KUH Perdata yaitu: i) karena pembayaran, ii) karena penawaran pembayaran tunai diikuti dengan penyimpanan atau penitipan, iii) karena pembaharuan utang, iv) karena perjumpaan utang atau kompensasi, v) karena percampuran utang, vi) karena pembebasan utang, vii) karena musnahnya barang yang terutang, viii) karena kebatalan atau pembatalan, ix) karena berlakunya suatu syarat batal dan x) karena lewat waktu. Sebab-sebab hapus kontrak tersebut dapat dikelompokkan dalam 5 (lima) kelompok sebagai berikut:²⁰⁶

a. Pemenuhan Perjanjian.

i) Pembayaran.

Pembayaran merupakan salah satu cara untuk hapusnya utang. Pembayaran menurut hukum perikatan yaitu segala bentuk tindakan pemenuhan prestasi sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1382 KUH Perdata bahwa: "Tiap perikatan dapat dipenuhi oleh siapa saja yang berkepentingan, sepertinya seorang yang turut berutang atau seorang penanggung utang. Suatu perikatan bahkan dapat dipenuhi juga oleh seorang pihak ketiga, yang tidak mempunyai kepentingan,

²⁰⁵Fachruddin Razik, 2018. Menejer Korporasi Simpan Pinjam dan Pembiayaan Syari'ah BQ Dewantara, Aceh Utara, Aceh. Wawancara tanggal 23/6

²⁰⁶Nanda Amalia, Ramziati dan Triwidya Kurniasari, 2015. *Praktek Kemahiran Hukum Perancangan Kontrak*, Cetakan I, Unimal Press, Lhokseumawe Aceh, hlm. 56.

asal saja orang pihak ketiga itu bertindak atas nama dan untuk melunasi utangnya si berutang, atau jika ia bertindak atas namanya sendiri, asal ia tidak menggantikan hak-hak si berpiutang". Dengan terjadinya pembayaran maka terlaksanalah perjanjian di antara para pihak yang berjanji tersebut.

Selanjutnya terdapat pihak lain yang dapat melakukan pembayaran utang, seperti Seorang yang turut berutang, seseorang memenuhi kontrak (perjanjian) oleh seseorang yang turut berutang, maka menghapuskan perjanjian antara debitor dengan kreditor. Hal itu bermakna dengan dipenuhinya kewajiban debitor oleh seorang yang turut berutang, debitor dibebaskan dari kewajibannya untuk melakukan kewajiban yang sama berdasarkan pada kontrak tersebut. Sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 1280 KUH Perdata yang menyatakan bahwa: "Di pihak debitor terjadi suatu perikatan tanggung menanggung, manakala mereka semua wajib melaksanakan satu hal yang sama, sedemikian rupa sehingga salah satu dapat dituntut untuk seluruhnya, dan pelunasan oleh salah satu dapat membebaskan debitor lainnya terhadap kreditor".

Selain itu, seorang penanggung utang, yakni seorang penanggung utang menurut Pasal 1820 KUH Perdata adalah "suatu persetujuan dengan mana seorang pihak ketiga, guna kepentingan pihak kreditor, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatannya debitor manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya".

Dari uraian isi pasal-pasal di atas, dipahami bahwa penanggung hutang adalah diberikan secara sukarela atas kehendak dari penanggung secara pribadi.

Pelunasan utang debitor kepada kreditor oleh seorang penanggung utang ini adalah dalam kondisi setelah ternyata bahwa benda-benda debitor yang menjadi jaminan pelunasan utang debitor (*haftung*) tidak mencukupi untuk melunasi hutangnya kepada kreditor. Penanggung yang telah membayar, dapat menuntutnya kembali dari debitor utama, baik penanggungan itu telah diadakan dengan maupun tanpa pengetahuan debitor utama (Pasal 1839 KUH Perdata).

Adapun penuntutan kembali dilakukan baik mengenai uangnya pokok maupun mengenai bunga serta biaya-biaya. Mengenai biaya-biaya tersebut, penanggung hanya dapat menuntutnya kembali, sekedar ia telah memberitahukan kepada debitor utama tentang tuntutan-tuntutan yang ditujukan kepadanya, di dalam waktu yang patut. Namun, penanggung ada juga mempunyai hak menuntut penggantian biaya, rugi dan bunga, jika ada alasan untuk

itu. Penanggung yang telah membayar menggantikan demi hukum segala hak kreditor terhadap debitor. Maka, debitor yang kewajibannya kepada kreditor telah dipenuhi oleh penanggung tidak pernah lepas dari kewajibannya untuk memenuhi kewajibannya semula (Pasal 1840 KUH Perdata).

Seorang penanggung yang telah membayarkan utang debitor kepada kreditor, dapat menuntut kembali dari debitor tersebut, dengan tidak memperhatikan apakah penanggungan itu telah diadakan dengan maupun tanpa sepengetahuan debitor tersebut. Penuntutan ini dapat atas utang pokok yang telah dibayarkan maupun atas bunga serta biaya-biaya yang telah dikeluarkan. Seorang pihak ketiga yang tidak mempunyai kepentingan, asal saja orang pihak ketiga itu bertindak atas nama dan untuk kepentingan melunasi hutangnya debitor, atau pihak ketiga tersebut bertindak atas namanya sendiri—asal ia tidak menggantikan hak-hak kreditor (1400 KUH Perdata). Subrogasi atau penggantian hak-hak kreditor kepada seorang pihak ketiga yang membayar kepada kreditor, dapat terjadi baik karena persetujuan maupun demi undang-undang). Oleh karena itu, maka pelunasan utang debitor terhadap kreditor demi hukum dapat dilakukan oleh pihak ketiga. Penggantian ini dapat terjadi, baik dikarena undang-undang maupun dikarenakan adanya perjanjian yang dibuat oleh para pihak.

Penggantian oleh pihak ketiga ini dapat terjadi dikarenakan adanya kepentingan dari pihak ketiga tersebut ataupun terjadi oleh seorang pihak ketiga yang tidak mempunyai kepentingan. Pasal 1382 ayat (2) KUH Perdata memungkinkan hapusnya perikatan dikarenakan pembayaran yang dilakukan oleh pihak ketiga yang tidak berkepentingan dengan syarat bahwa:

- i. Pihak ketiga tersebut haruslah bertindak untuk dan atas nama debitor dan untuk melunasi utang debitor; atau
- ii. Jika pihak ketiga bertindak untuk dan atas namanya sendiri, maka ia harus menegaskan bahwa pembayaran atau pelunasan yang dilakukan oleh pihak ketiga tersebut tidak dengan tujuan untuk menggantikan hak-hak kreditor.

b. Pembayaran tunai yang diikuti oleh penyimpanan atau Penitipan.

Pembayaran tunai merupakan suatu cara untuk melakukan pembayaran tunai yang diikuti dengan penyimpanan atau penitipan. Hal itu sebagaimana atur dalam Pasal 1404 sampai 1412 KUH Perdata. Dalam hal ini penawaran pembayaran tunai yang diikuti dengan penyimpanan atau penitipan, hanya berlaku untuk

perikatan yang mempunyai prestasi untuk menyerahkan atau memberikan sesuatu yang berupa benda bergerak.

Dalam mana pihak yang berpiutang menolak pembayaran, maka pihak yang berutang dapat melakukan penawaran pembayaran tunai apa yang diutangnya. Adapun jika pihak yang berpiutang menolaknya, menitipkan uang atau barangnya kepada Pengadilan maka, penawaran tersebut diikuti dengan penitipan, membebaskan debitor dan berlaku baginya sebagai pembayaran asal penawaran itu telah dilakukan menurut undang-undang sedangkan apa yang dititipkan tersebut tetap atas tanggungan kreditor (Pasal 1404 KUH Perdata). Tindakan tersebut bertujuan untuk memberikan perlindungan kepada debitor yang beritikad baik, untuk melakukan pembayaran sesuai dengan kewajibannya.

Selanjutnya cara pembayaran tersebut (penawaran pembayaran tunai yang diikuti dengan penyimpanan atau penitipan) mestilah dilakukan sesuai persyaratan yang telah ditetapkan dalam Pasal 1405 KUH Perdata, yaitu:

- i. penawaran dilakukan kepada seorang kreditor atau kepada seorang yang berkuasa menerimanya untuk kepentingan/atas nama kreditor;
- ii. penawaran itu dilakukan oleh seorang yang berkuasa untuk membayar;
- iii. penawaran itu mengenai semua utang pokok dan bunga yang dapat ditagih, beserta biaya yang telah ditetapkan dan mengenai sejumlah uang untuk biaya yang belum ditetapkan, dengan tidak mengurangi penetapan semula;
- iv. ketetapan waktu yang telah ditentukan telah tiba, jika ketetapan waktu itu dibuat untuk kepentingan kreditor;
- v. syarat dengan mana utang telah dibuat telah terpenuhi;
- vi. penawaran itu dilakukan di tempat yang menurut persetujuan, pembayaran harus dilakukan dan jika tiada suatu persetujuan khusus mengenai itu, kepada kreditor pribadi atau di tempat tinggal yang sungguh-sungguh atau di tempat tinggal yang telah dipilihnya;
- vii. penawaran itu dilakukan oleh seorang Notaris atau juru sita, kedua-duanya disertai dengan dua orang saksi.

Oleh karena itu, ketentuan tersebut telah menghapuskan perjanjian tersebut, untuk kepentingan baik debitor maupun pihak mereka yang terikat secara tanggung menanggung dengan debitor, dan juga para penanggung utang debitor.

c. Pembaharuan utang

Pembaharuan utang dikenal juga dengan istilah novasi, merupakan salah satu bentuk hapusnya perikatan yang terwujud dalam bentuk lahirnya perikatan baru. Terdapat 3 (tiga) macam cara untuk melaksanakan pembaharuan utang (Pasal 1413 KUH Perdata), yaitu:

- i. Seorang debitor membuat suatu perikatan utang baru guna orang yang mengutangkan kepadanya, yang menggantikan utang yang lama, yang dihapuskan karenanya;
- ii. Seorang debitor baru ditunjuk untuk menggantikan debitor lama, yang oleh kreditor dibebaskan dari perikatannya;
- iii. Sebagai akibat suatu persetujuan baru, seorang kreditor baru ditunjuk untuk menggantikan kreditor lama, terhadap siapa debitor dibebaskan dari perikatannya.

Dengan terjadinya pembaharuan utang (novasi) tersebut maka, perikatan lama menjadi hapus dengan terbentuknya perikatan baru yang dibuat oleh para pihak yang sama. Berlakunya perikatan yang baru ini mesti mengikuti ketentuan dan syarat-syarat sahnya perjanjian.

d. Perjumpaan Utang, Percampuran Utang & Pembebasan Utang.

i. Perjumpaan Utang.

Perjumpaan utang yang atau istilah lain kompensasi merupakan suatu keadaan dimana 2 (dua) orang yang saling memiliki kewajiban yaitu berupa utang satu terhadap lainnya. Dalam kondisi ini, oleh undang-undang ditetapkan bahwa bagi kedua belah pihak yang saling berkewajiban atau berutang tersebut, terjadilah penghapusan utang-utang mereka satu terhadap yang lainnya, dengan cara memperjumpakan utang pihak yang satu dengan utang pihak yang lain (Pasal 1425 KUH Perdata).

Syarat perjumpaan utang ada 3 (tiga) sebagaimana ketentuan (Pasal 1426 KUH Perdata), yaitu:

- a) kedua kewajiban atau utang yang diperjumpakan tersebut haruslah utang yang telah ada pada waktu perjumpaan serta telah jatuh tempo dan dapat ditagih serta dapat dihitung besarnya;
- b) kewajiban atau utang tersebut ada secara bertimbal balik antara dua pihak, yang satu merupakan debitor sekaligus kreditor terhadap yang lainnya. Sehingga harus adanya dua pihak yang saling berutang secara timbal balik.

c) Kewajiban atau utang yang diperjumpakan tersebut haruslah utang dengan wujud prestasi yang sama atau objek yang sama, atau jumlah uang yang sama.

ii. Percampuran Utang

Percampuran utang merupakan suatu keadaan yang mana kedudukan berkumpulnya kreditor dan debitor pada satu orang yang sama. Hal itu sebagaimana diatur dalam Pasal 1436 KUH Perdata, yang menyatakan bahwa: "Apabila kedudukan-kedudukan sebagai kreditor dan debitor berkumpul pada satu orang, maka terjadilah demi hukum suatu percampuran utang dengan mana piutang dihapuskan". Bermakna percampuran utang yang dimaksud adalah terjadi dalam hal adanya satu utang.

Sedangkan perjumpaan utang yang terkait sekurang-kurangnya dua utang yang saling bertimbal balik. Konsekuensi dari terjadinya percampuran utang ini sesuai dengan ketentuan Pasal 1437 KUH Perdata, yaitu: "Percampuran utang yang terjadi pada diri debitor utama, berlaku juga untuk keuntungan para penanggung utangnya". Selain itu, percampuran yang terjadi pada diri penanggung utang, tidak sekaligus mengakibatkan hapusnya utang pokok. Percampuran yang terjadi pada diri salah satu debitor tanggung menanggung, tidak berlaku untuk keuntungan para debitor tanggung menanggung lain hingga melebihi bagiannya dalam utang yang ia sendiri menjadi debitornya".

Rumusan pasal 1437 sebagaimana tersebut di atas, mempunyai korelasi dan konsekuensi logis dengan ketentuan Pasal 1820 KUH Perdata yang mengatur tentang penanggungan utang.

Percampuran utang dapat terjadi dalam hal antara lain yaitu: perkawinan, yang dari dilangsungkannya perkawinan maka percampuran utang secara terbatas dapat terjadi dengan bersatunya harta bersama dari suami istri; Merger (Penggabungan) dan konsolidasi (Peleburan).

iii . Pembebasan Utang.

Pembebasan utang dimaknai sebagai suatu perbuatan yang dilakukan oleh kreditor yang membebaskan debitor dari kewajibannya untuk memenuhi prestasi, atau utang berdasarkan pada perikatannya kepada kreditor tersebut. Terjadinya pembebasan utang akan menghapuskan perikatan

yang melahirkan utang yang sedianya harus dipenuhi atau dilaksanakan oleh debitor tersebut.

Ketentuan yang berkaitan dengan pembebasan utang ini dapat dilihat dalam Pasal 1294 KUH Perdata yang menyatakan bahwa "jika kreditor telah membebaskan salah satu debitor dari perikatannya tanggung menanggung, dan satu atau beberapa debitor lainnya jatuh dalam keadaan tidak mampu, maka bagian orang-orang yang tak mampu ini harus dipikul bersama-sama oleh debitor-debitor lainnya dan debitor yang telah melunasi utangnya, menurut imbangan bagian masing-masing".

e. Musnahnya Barang yang Terutang.

Eksistensi ataupun keabsahan dari adanya suatu perjanjian adalah digantungkan pada keberadaan dari objek yang diperjanjikan. Hal ini sejalan dengan ketentuan Pasal 1320 jo. 1333 KUH Perdata dalam hal mana dapat disimpulkan bahwa setiap perjanjian baik berupa untuk melakukan sesuatu, untuk memberikan sesuatu maupun untuk tidak berbuat sesuatu adalah harus memiliki suatu kebendaan sebagai objek perjanjiannya. Kebendaan tersebut sebagai objek perikatan haruslah diketahui dan dapat ditentukan jenisnya. Terhadap jumlahnya sendiri, apabila belum diketahui secara pasti jumlahnya maka dapat ditentukan kemudian. Yang tidak kalah penting adalah, suatu perikatan yang mensyaratkan adanya kebendaan dalam objeknya haruslah berupa benda yang dapat diperdagangkan, dengan tetap mengindahkan ketentuan tidak melanggar perundang-undangan, ketertiban umum maupun kesucilaan.

Sehubungan dengan hal tersebut di atas maka ketika benda yang menjadi objek perikatannya musnah, tidak dapat diperdagangkan ataupun hilang, maka hapuslah perikatannya, asal kan barang tersebut musnah, ataupun hilang di luar salahnya debitor dan sebelum ia lalai menyerahkannya.

Pernyataan sebagaimana tersebut di atas dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 1444 KUH Perdata, yang berlaku pada perikatan untuk memberikan atau menyerahkan sesuatu. Sejalan dengan hal ini Pasal 1235 KUH Perdata menyatakan bahwa "Dalam tiap-tiap perikatan untuk memberikan sesuatu adalah termaktub kewajiban untuk menyerahkan kebendaan yang bersangkutan dan untuk merawatnya sebagai kepala rumah tangga yang baik, sampai saat penyerahan".

Dalam hal kebendaan yang musnah, hilang atau karena sesuatu hal tidak dapat lagi diperdagangkan maka hal tersebut memberikan

hak atau tuntutan ganti rugi kepada debitor terhadap pihak ketiga mengenai kebendaan tersebut. Hal ini menunjukkan pada pentingnya untuk menegakkan asas keadilan dan kepatutan.

Pada rumusan pasal 1444 KUH perdata juga diatur bahwa dalam hal perikatan bersumber dari undang-undang sebagai perbuatan melawan hukum, maka musnahnya kebendaan yang sedianya harus dikembalikan berdasarkan pada perikatan yang bersumber dari undang-undang karena perbuatan melawan hukum tersebut tidak menghapuskan kewajiban debitor untuk mengganti harga dari kebendaan tersebut.

d. Kebatalan dan Pembatalan Perikatan serta Berlakunya Syarat Batal.

Berakhirnya perikatan yang disebabkan oleh kebatalan atau pembatalan. Pembahasan juga akan berkaitan dengan syarat sah subjektif dari suatu perjanjian. Sahnya suatu perjanjian mesti memenuhi ketentuan Pasal 1320 KUH Perdata yang mengatur tentang syarat sah perjanjian (syarat sah subjektif dan objektif).

Dalam hal musnahnya barang sebagai bentuk hapusnya perikatan, maka pembicaraan adalah berkaitan dengan syarat sah objektif dari suatu perikatan. Pasal 1320 angka 1 dan 2 KUH Perdata memberikan alasan kepada salah satu pihak dalam perjanjian untuk membatalkan perjanjian yang telah dibuat olehnya. Pembatalan atas suatu perjanjian dapat dimintakan dalam hal:

- i. Tidak telah terjadi kesepakatan bebas dari para pihak yang membuat perjanjian, baik karena telah terjadi kekhilafan, paksaan atau penipuan pada salah satu pihak dalam perjanjian pada saat perjanjian itu dibuat.²⁰⁷ Dalam hal ini, jika terjadi kondisi di atas maka hak untuk meminta pembatalan perjanjian adalah pada saat ia mengetahui telah terjadinya kekhilafan, paksaan atau penipuan pada dirinya.
- ii. Salah satu pihak dalam perjanjian tidak cakap untuk bertindak dalam hukum (Pasal 1330 dan 1331 KUH Perdata), dan atau tidak memiliki kewenangan untuk melakukan tindakan atau perbuatan hukum tertentu. Dalam hal ketidak cakapan, maka setelah pihak yang tidak cakap tersebut menjadi cakap dan atau oleh wakilnya yang sah adalah berhak untuk memintakan pembatalan perjanjian.

²⁰⁷Lebih lanjut lihat ketentuan Pasal 1321 sampai dengan Pasal 1328 KUH Perdata.

Perlu diingat bahwa dalam hal terjadinya salah satu atau dua keadaan disebut di atas, maka berarti perikatan yang lahir dari perjanjian itupun hapus demi hukum. Ketentuan mengenai hak untuk mengajukan pembatalan sendiri dapat dilihat pada rumusan Pasal 1446 sampai dengan 1450 KUH Perdata.

Pasal 1446 ayat 1 KUH Perdata menyatakan "semua perikatan yang dibuat oleh orang-orang yang belum dewasa, atau orang-orang yang berada di bawah pengampuan adalah batal demi hukum (dapat dibatalkan) dan atas tuntutan yang dimajukan oleh atau dari pihak mereka, harus dinyatakan batal (dibatalkan), semata-mata atas dasar kebelumdewasaan atau pengampuannya".

Secara umum ketentuan pembatalan dapat diajukan dalam jangka waktu tertentu (Pasal 1454 KUH Perdata) yaitu dalam jangka waktu lima (5) tahun, terhitung sejak:

- i. Sebelum kedewasaan sejak hari kedewasaannya;
- ii. Pengampuan, sejak hari pencabutan pengampuan;
- iii. Paksaan, sejak hari paksaan itu telah berhenti;
- iv. Kekhilafan atau penipuan, sejak hari diketahuinya kekhilafan atau penipuan itu;
- v. Dalam hal perbuatan seorang perempuan bersuami yang dilakukan tanpa kuasa suami, sejak hari pembubaran perkawinan;
- vi. Dalam hal batalnya suatu perikatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1341, maka sejak hari diketahuinya bahwa kesadaran yang diperlukan untuk kebatalan itu ada.
- vii. Akibat hukum dari terjadinya pembatalan ini adalah bahwa semua kebendaan dan orang-orangnya dipulihkan sama seperti keadaan sebelum perjanjian dibuat. (lihat lebih lanjut ketentuan Pasal 1451 dan 1452 KUH Perdata).

Berlakunya syarat batal sebagai suatu sebab berakhirnya perikatan diatur dalam Bab I Buku III Perikatan, pada Pasal 1265 KUH Perdata, yang menyatakan "Suatu syarat batal adalah syarat yang apabila dipenuhi, menghentikan perikatan dan membawa segala sesuatu kembali pada keadaan semula, seolah-oleh tidak pernah ada suatu perikatan. Syarat ini tidak menanggihkan pemenuhan perikatan; hanyalah ia mewajibkan kreditor mengembalikan apa yang telah diterimanya, apabila peristiwa yang dimaksudkan terjadi".

Berdasarkan pasal tersebut di atas maka dapat diketahui bahwa setiap perikatan yang telah dibuat secara sah oleh para pihak dan bahkan telah dilaksanakan sekalipun dapat dikembalikan

keadaannya seperti semula, jika hal tersebut memang dikehendaki oleh para pihak. Hal ini terjadi dengan dicantumkannya klausula yang mengatur tentang syarat batal dalam perjanjian tersebut. Bahkan syarat batal selalunya dicantum dalam persetujuan, ketentuan Pasal 1266 KUH Perdata menyatakan bahwa "Syarat batal dianggap selalu dicantumkan dalam persetujuan-persetujuan yang bertimbal balik, manakala salah satu pihaknya tidak memenuhi kewajiban tersebut. Dalam hal yang demikian, persetujuan tidak batal demi hukum, tetapi pembatalan harus dimintakan kepada hakim.

Permintaan ini juga harus dilakukan, meskipun syarat batal mengenai tidak dipenuhinya kewajiban dinyatakan dalam persetujuan. Jika syarat batal tersebut tidak dinyatakan dalam persetujuan maka Hakim adalah leluasa untuk, menurut keadaan, atas permintaan tergugat, memberikan suatu jangka waktu untuk masih juga memenuhi kewajibannya, jangka waktu mana namun tidak boleh lebih dari satu bulan".

e. Lewat Waktu (Daluarsa).

Lewat waktu (daluarsa) merupakan alat memperoleh sesuatu, dibebaskan daripada suatu perikatan, hal itu telah ditetapkan dalam Buku Keempat KUH Perdata. Pasal 1946 KUH Perdata menyatakan bahwa "Daluarsa adalah suatu alat untuk memperoleh sesuatu atau untuk dibebaskan dari suatu perikatan dengan lewatnya suatu waktu tertentu dan atas syarat-syarat yang telah ditentukan oleh Undang-undang".

Ketentuan tentang daluarsa secara garis besar dimulai pada Bab Ketujuh Buku Keempat tentang Pembuktian dan Daluarsa. Pada bagian kesatunya diatur tentang daluarsa umumnya; Pada bagian kedua tentang daluarsa dipandang sebagai alat untuk memperoleh sesuatu; Pada Bagian ketiga tentang daluarsa dipandang sebagai suatu alasan untuk dibebaskan dari suatu kewajiban; Pada Bagian keempat tentang sebab-sebab yang mencegah daluarsa; dan Pada Bagian kelima tentang sebab-sebab yang menanggihkan berjalannya daluarsa.

*

BAB V

PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK BISNIS

5.1 Pendahuluan

Penyelesaian sengketa di bidang kontrak bisnis yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa di luar pengadilan adalah suatu kecenderungan yang menjadi suatu pilihan masyarakat dalam kenyataan yang kian mendapat tempat. Sengketa dalam menjalankan aktivitas bisnis merupakan sesuatu hal yang sangat mungkin terjadi. Namun hal itu tidak diinginkan terjadi karena dapat mengakibatkan kerugian untuk mereka yang bersengketa, baik mereka yang berada pada posisi yang benar maupun pada posisi yang salah. Oleh karena itu, terjadinya sengketa bisnis perlu dihindari untuk menjaga reputasi dan relasi yang baik ke depan. Meskipun demikian sering kali sengketa tidak bisa dielakkan, hal itu disebabkan terdapat perbedaan persepsi, atau pelanggaran perundangan, wanprestasi, konflik kepentingan (*conflict of interest*) dan lain sebagainya.²⁰⁸

Penyelesaian sengketa melalui pengadilan yang dipandang rumit, namun sebaliknya bahwa penyelesaian sengketa melalui penyelesaian di luar pengadilan secara lebih sederhana kiranya tidak terjadi distorsi atau pemutar balikkan hukum dalam penegakannya (*law inforcement*), agar memenuhi rasa keadilan masyarakat. Sistem peradilan moderen merupakan sarana pendistribusian keadilan terkendala dengan pelbagai hambatan. Pelbagai faktor penghambat yang dimaksud antara lain seperti: beban formalitas, prosedur, birokrasi, dan metodologi yang rigid. Sehingga keadilan yang didapatkan masyarakat hanya keadilan yang bersifat birokratif semata, bukan keadilan yang bersifat substantif.²⁰⁹

Sengketa atau perselisihan di dalam berbagai kegiatan bisnis sebenarnya merupakan sesuatu yang tidak diharapkan terjadi karena dapat mengakibatkan kerugian pada pihak-pihak yang bersengketa, baik mereka yang berada pada posisi yang benar maupun pada posisi yang salah. Oleh karena itu, terjadinya sengketa bisnis perlu

²⁰⁸Sanusi Bintang, Dahlan, 2000. *Pokok-Pokok Hukum Ekonomi dan Bisnis*, Bandung, Citra Aditya Bakti, hlm.113.

²⁰⁹S.Susanto, 1996. Lembaga Peradilan dan Demokrasi, Makalah Seminar Nasional tentang Pendayagunaan Hukum dalam Masa Pembangunan dan Restrukturisasi Global, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro (UNDIP), Semarang, 12-13 September, hlm. 3.

dihindari untuk menjaga reputasi dan relasi yang baik ke depan. Walaupun demikian, sengketa kadang-kadang tidak dapat dihindari karena adanya kesalahpahaman, pelanggaran perundangan, ingkar janji, kepentingan yang berlawanan, dan atau kerugian pada salah satu pihak.²¹⁰

Dalam konteks internal antara para pihak yang mengadakan kesepakatan karena salah satu pihak memutus perjanjian secara sepihak. Salah satu pihak lalai memenuhi kewajiban (*default*) dalam usaha patungan atau pinjaman modal, alih teknologi dan lainnya. Begitu juga sengketa intern antara buruh dan majikan berkenaan dengan pengusaha. Sengketa yang bercorak eksternal yang datang dari pihak ketiga, berupa tuntutan pertanggungjawaban produksi (*product liability*) atau perlindungan konsumen (*consumer protection*) atas alasan cacat barang produksi (*product defect*) atau barang produksi. Bisa juga berbentuk tuntutan perbuatan melawan hukum yang diajukan sekelompok rakyat dalam bentuk *Class Action* atas pencemaran air dan udara yang ditimbulkan pabrik di sekitar lingkungan mereka.²¹¹

Dewasa ini penyelesaian sengketa atau konflik sudah mulai beralih ke penyelesaian dengan cara non-litigasi yang dikenal dengan Penyelesaian Sengketa Alternatif atau *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Di Amerika dan di Australia hampir 90 persen sengketa diselesaikan melalui non-litigasi, terutama dikalangan pengusaha. Demikian juga di Indonesia penyelesaian sengketa melalui lembaga ini sudah mulai tampak, terutama di kalangan usahawan, walaupun frekuensinya masih sangat sedikit.²¹² Gary Goodpaster dalam "Tinjauan terhadap penyelesaian Sengketa" dalam buku Arbitrase di Indonesia²¹³ bahwa: "Setiap masyarakat memiliki berbagai macam cara untuk memperoleh kesepakatan dalam proses perkara atau untuk menyelesaikan sengketa dan konflik. Cara yang dipakai pada suatu sengketa tertentu jelas memiliki konsekuensi, baik bagi para pihak yang bersengketa maupun masyarakat dalam arti seluas-luasnya. Karena adanya konsekuensi itu, maka sangat diperlukan untuk menyalurkan sengketa-sengketa tertentu kepada suatu

²¹⁰Sanusi Bintang, Dahlan, 2000. *Pokok-Pokok Hukum Ekonomi dan Bisnis*, Bandung, Citra Aditya Bakti, hlm. 113.

²¹¹M.Yahya Harahap, 1997. *Beberapa Tinjauan Mengenai Sistem Peradilan dan Penyelesaian Sengketa*, Jakarta, Sinar Grafika, hlm.167.

²¹²Joni Emirzon, 2002. *Hukum Bisnis Indonesia*, Palembang: Kajian Hukum dan Bisnis Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya, hlm.494

²¹³Gunawan Widjaya & Ahmad Yani, 2000. *Hukum Arbitrase*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, hlm.3.

mekanisme penyelesaian sengketa yang dapat menyelesaikan perselisihan diantara mereka.

Dalam realitasnya sejak bertahun-tahun lalu jalur penyelesaian sengketa secara konvensional dilakukan melalui suatu badan pengadilan. Namun, lama kelamaan badan pengadilan ini semakin terpasung dalam tembok yuridis yang sukar ditembusi oleh para justitiabelen (pencari keadilan), khususnya jika pencari keadilan tersebut adalah pelaku bisnis dengan sengketa yang menyangkut bisnis. Maka alternatif sebagai opsi yang lain kemudian dipilih untuk menyelesaikan sengketa yang mereka hadapi yaitu penyelesaian sengketa di luar pengadilan.²¹⁴

Penyelesaian sengketa perdagangan melalui internet (*ecommerce*) akan lebih efektif apabila dilakukan melalui media internet pula (*arbitrase on-line*) Pada transaksi elektronik, penggunaan mekanisme alternatif penyelesaian sengketa dalam hal ini melalui arbitrase secara elektronik (*arbitrase on line*) yang efektif, efisien, serta biaya murah, merupakan hal yang sangat penting bagi terciptanya kepercayaan.

Penyelesaian sengketa menjadi suatu hal penting dalam transaksi bisnis, yang mana semakin beragam dan luas sengketa yang dihadapi terlebih pada pada zaman sekarang, baik bisnis secara langsung maupun melalui media internet (*cyber space*).²¹⁵ Sengketa bisnis juga mungkin terjadi dalam kontek bisnis melalui internet (*Interconnected Networking*). Perkembangan teknologi informasi telah mempengaruhi perubahan terhadap perdagangan internasional, begitu pula halnya dengan penyelesaian sengketa alternatif atau ADR yang turut berkembang akibat terpengaruh dengan kemajuan teknologi informasi.²¹⁶ ODR sebagai penyelesaian sengketa alternatif yang terpengaruh dengan kemajuan teknologi informasi dan merupakan metode penyelesaian sengketa yang sama

²¹⁴ Munir Fuady, 2005. *Pengantar Hukum Bisnis, Menata Bisnis Modern di Era Global*, Bandung: Citra Aditya Bakti, hlm.311.

²¹⁵ Onno w. Purbo, 2001. *Mengeai Electronic Commerce*, Elex Media Komputindo, Jakarta, hlm. 2.

²¹⁶ Feliksas Petrauskas & Eglė Kybartienė, Online Dispute Resolution In Consumer Disputes, https://www.mruni.eu/upload/iblock/f96/8_Petrauskas_Kybartienht-1.pdf, akses 4 Januari 2019.

dengan metode APS. Perbedaannya terletak pada medianya yang menggunakan media Internet (*International Network*).²¹⁷

Perbedaan media yang dipergunakan untuk penyelesaian sengketa seperti tidak mengharuskan pihak lain untuk pergi ke yurisdiksi negara lain, dengan kata lain secara penyelesaian sengketa secara online atau lebih sering disebut *Online Dispute Resolution* (ODR). Menurut I Made Widnyana bahwa pada dasarnya, Online Dispute Resolution sama seperti penyelesaian sengketa konvensional lainnya, namun terdapat perbedaan pada medianya yang menggunakan media internet (*International Network*). Maka ODR termasuk ke dalam kategori ADR, yang mana ADR memiliki 3 (tiga) tipe penyelesaian sengketa, yaitu negosiasi, mediasi dan arbitrase.²¹⁸ Sebagai contoh kasus yang diselesaikan melalui ODR yaitu kasus antara Nexcess.net, LLC v. Md. Asaduzzaman. Kasus yang bermula pihak pemohon yaitu Nexcess.net mengalami kerugian setelah adanya pelanggaran hak merek yang dilakukan oleh Md. Asaduzzaman. Pelanggaran yang dilakukan oleh termohon merupakan pembuatan merek website/domain name yang hampir mirip dengan Nexcess.net yaitu nexcesshot.com. Namun, kedua merek tersebut sama-sama telah terdaftar di WIPO²¹⁹ dengan nomor registrasi yang sah.

Daripada uraian di atas mengenai ORD bahwa penyelesaian sengketa tersebut dilakukan secara online dikarenakan kedua pihak yang berbeda domisili. Sistem online yang digunakan dalam sengketa ini, yaitu : i) sistem permintaan verifikasi secara online, dan ii) pengiriman bukti yang juga secara online (dikirimkan melalui e-mail. Keputusan yang didapat dari sengketa ini yaitu penghapusan merek nexcesshot.com dikarenakan melakukan tindakan penipuan yang

²¹⁷Ethan Katsh, Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace, http://www.lex-elctronica.org/files/sites/103/10-3_katsh.pdf, akses 4 January 2019.

²¹⁸ I Made Widnyana, 2014. *Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Arbitrase*, Jakarta, PT.Fikahati Aneska; hlm. 47.

²¹⁹WIPO yaitu Organisasi Hak atas Kekayaan Intelektual Dunia atau *World Intellectual Property Organization*. Organisasi ini merupakan salah satu badan khusus Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB). Badan tersebut dibentuk pada tahun 1967 untuk mendorong kreativitas dan memperkenalkan perlindungan kekayaan intelektual ke seluruh dunia. Institusi tersebut secara resmi dibentuk oleh Konvensi Pembentukan Organisasi Hak Atas Kekayaan Intelektual Dunia (ditandatangani di Stockholm pada tanggal 14 Juli 1967 dan diperbaiki pada tanggal 28 September 1979). Lihat Arpad Bogoch, 1992. *Brief History of the First 25 Years of the World Intellectual Property Organization*, Geneva https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_882.pdf, akses 4 Januari 2019.

mengatas-namakan nexcess.net yang menimbulkan kerugian bagi pihak pemohon.²²⁰

Indonesia pelaksanaan arbitrase online alternatif penyelesaian sengketa telah ada ketentuan yang sebagai dasar hukum yaitu Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik dan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik yang disebut dengan Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE). Arbitrase online memiliki prospek yang baik untuk menyelesaikan sengketa aktivitas online dilihat dari faktor hukum, potensi, teknologi, bisnis dan sosial.

Dalam konteks penyelesaian sengketa melalui arbitrase online di Indonesia bahwa terdapat kelemahan dan kelebihan. Dari segi kelebihan diantaranya yaitu: i) dari segi waktu dan mekanismenya cepat; dan ii) murah dan sederhana. Adapun sisi kelemahan penyelesaian sengketa melalui arbitrase online disebabkan kekurangannya prosedur beracara arbitrase online antara lain yaitu: i) tidak adanya petunjuk praktis yang terperinci dalam aturan hukum; dan ii) akses internet yang masih terbatas yang akan menjadi kendala saat pelaksanaannya.

Meskipun pada tanggal 25 November 2016 pemerintah telah melakukan perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik dengan Undang-Undang Nomor 19 November 2016. Namun pada perubahan tersebut secara dominan perubahan bagian pengaturan mengenai tata prilaku bagi pengguna internet. Selain itu mengenai diwajibkan kepada pemerintah untuk mencegah informasi dan dokument elektronik, dan terkait dengan tindakan penghinaan dan pencemaran nama baik serta sanksi bagi pengguna internet yang melanggar ketentuan tersebut. Hal itu sebagaimana diatur dalam Pasal 27 ayat (3) UU ITE, yaitu pasal penghinaan dan pencemaran nama baik. Yang diubah adalah sanksi dari 6 tahun menjadi 4 tahun. Sementara Pasal 40 ayat (2) a, pemerintah wajib mencegah informasi dan dokumen elektronik yang melanggar undang-undang.

Penyelesaian sengketa yang disebabkan karena adanya pihak yang tidak memenuhi kesepakatan (wanprestasi) yang telah mereka buat bersama baik debitur maupun kreditur. Dalam kata lain bahwa ada diantara para pihak yang tidak memenuhi isi kontrak dengan berbagai alasan, misalnya tidak membayar utang, membayar tapi

²²⁰Nexcess.net, LLC v. Md. Asaduzzaman Case No. D2017-0003. <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/text/2017/d2017-0003.html>, akses 4 januari 2019.

tidak tepat waktu dan lain sebagainya. Hal itu sebabkan salah satu pihak tidak memiliki etikat baik atau ingkar janji dalam menjalankan kontrak tersebut. Kenyataan sedemikian dapat menimbulkan perselisihan (sengketa) diantara mereka. Maka diperlukan jalur penyelesaian sengketa untuk menyelesaikan perselisihan yang terjadi diantara mereka yang berkontrak seperti musyawarah, litigasi, atau alternatif penyelesaian sengketa yang lain.²²¹

Selanjutnya dalam uraian yang dilakukan dilengkapi dengan metode analisis dan kritis guna mendapatkan pemikiran-pemikiran atau pendapat-pendapat yang berbeda. Yang mana dari pendapat tersebut dapat memberikan kontribusi sumbang pemikiran bagi pengembangan ilmu hukum, khususnya yang terkait dengan hukum arbitrase dan penyelesaian sengketa bisnis baik secara langsung maupun secara online dan memberikan masukan kepada para pembuat undang-undang dan praktisi hukum untuk bekerja sama membuat penyelesaian sengketa yang terjadi.

5.2. Pengertian Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis

Arbitrase sebutan dalam bahasa Latin, dalam bahasa Belanda dikenal dengan *arbitrage*, dan dalam bahasa Inggris dikenal dengan *arbitration* yang berarti kekuasaan untuk menyelesaikan sesuatu menurut kebijaksanaan atau damai oleh arbiter atau wasit.²²² Arbitrase yaitu cara-cara penyelesaian hakim partikulir yang tidak terkait dengan dengan berbagai formalitas, cepat dan memberikan keputusan, karena dalam instansi terakhir serta mengikat, yang mudah untuk melaksanakan karena akan ditaati para pihak.²²³ Arbitrase adalah suatu prosedur yang oleh para pihak yang berselisih secara sukarela setuju untuk terikat pada putusan pihak ketiga yang tidak memihak (netral) di luar proses peradilan yang normal. Logika dan kesederhanaan dari arbitrase mendapat pujian bahwa proses tersebut ditujukan untu manusia sejak abad permulaan. Untuk alasan yang sama pula arbitrase secara luas diterima sebagai pelengkap dari

²²¹Meria Utama dan Arfiana Novera, 2014. *Dasar-Dasar Hukum Kontrak dan Arbitrase*, Tunggal Mandiri, Malang, hlm. 69.

²²² R. Subekti, 1980. *Kumpulan Karangan Hukum Perakitan, Arbitrase, dan Peradilan*, Alumni, Bandung, hlm. 1

²²³Sudargo Gautama, 1976. *Kontrak Dagang Internasional*, Alumni, Bandung, hlm. 5.

hukum formil dari orang-orang Romawi dan lebih disukai sebagai alat penyelesaian komersil pada abad pertengahan.²²⁴

Pasal 1 ayat (1) Undang-undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, menyatakan bahwa: "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". Dengan demikian jika dalam suatu kontrak (perjanjian) yang telah disepakati oleh para pihak bahwa mereka memilih untuk menyelesaikan perselisihan diantara mereka melalui lembaga penyelesaian sengketa maka hapuslah tanggungjawab pengadilan negeri dari pada kewenangan untuk mengadili sengketa tersebut (Pasal 3 UU Arbitrase dan APS).

Selanjutnya Subekti menyatakan bahwa arbitrase adalah penyelesaian atau pemutusan sengketa oleh seorang hakim atau para hakim berdasarkan persetujuan bahwa para pihak akan tunduk pada atau mentaati keputusan yang diberikan oleh hakim yang mereka pilih.²²⁵ Sedangkan Priyatna Abdurrasyid menyatakan bahwa arbitrase adalah suatu proses pemeriksaan suatu sengketa yang dilakukan yudisial seperti oleh para pihak yang bersengketa, dan pemecahannya akan didasarkan kepada bukti-bukti yang diajukan oleh para pihak.²²⁶

Menurut Frank Elkoury dan Etna Elkoury sebagaimana yang dikutip oleh Husseyn dan Kardono, arbitrase adalah suatu proses yang mudah atau simple yang dipilih oleh para pihak secara sukarela yang ingin agar perkaranya diputus oleh juru sita yang netral sesuai dengan pilihan mereka dimana keputusan berdasarkan dengan dalil-dalil dalam perkara tersebut. Para pihak setuju sejak semula untuk menerima putusan tersebut secara final dan mengikat.²²⁷

Alternative Dispute Resolution (ADR) merupakan suatu istilah asing yang perlu dicarikan padanaannya dalam bahasa Indonesia. Berbagai istilah dalam bahasa Indonesia telah diperkenalkan dalam berbagai forum oleh berbagai pihak seperti Pilihan Penyelesaian Sengketa (PPS), Mekanisme Alternatif Penyelesaian Sengketa

²²⁴Mila Karmila Adi, Masa Depan Arbitrase sebagai Mekanisme Penyelesaian Perselisihan Hubungan Industrial di Indonesia, Jurnal Hukum No. 2 Vol. 17 April 2010: 295 - 316

²²⁵Subekti, 1992. *Arbitrase Perdagangan*, Bandung, Bina Cipta, hlm.1.

²²⁶Priyatna Abdurrasyid, 1996. *Penyelesaian Sengketa Komersial Nasional dan Internasional diluar Pengadilan*", Makalah, September, hlm. 1.

²²⁷M. Husseyn dan A. Supriyani Kardono, 1995. Kertas Kerja Ekonomi, Hukum dan Lembaga Arbitrase di Indonesia, hlm. 2.

(MAPS), pilihan penyelesaian sengketa di luar pengadilan, dan mekanisme penyelesaian sengketa secara kooperatif. ADR sering diartikan sebagai *alternative to litigation* dan *alternative to adjudication*. Pemilihan terhadap salah satu dari 2 (dua) pengertian tersebut menimbulkan implikasi yang berbeda.

Apabila pengertian pertama yang menjadi acuan (*alternative to litigation*), seluruh mekanisme penyelesaian sengketa di luar pengadilan, termasuk arbitrase, merupakan bagian dari ADR. Apabila ADR (di luar litigasi dan arbitrase) merupakan bagian dari pengertian ADR sebagai *alternative to adjudication* dapat meliputi mekanisme penyelesaian sengketa yang bersifat konsensus atau kooperatif seperti halnya negosiasi, mediasi dan konsiliasi.

Istilah ADR memberi kesan bahwa pengembangan mekanisme penyelesaian sengketa secara konsensus hanya dapat dilakukan di luar pengadilan (*out court*), sedangkan saat ini dibutuhkan juga dalam pengadilan (*court annexed* atau *court connected*). Beragam pengertian ADR dilandasi oleh pertimbangan psikologis untuk mendapatkan dukungan terhadap penyelesaian melalui ADR dari pihak pengadilan. ADR seolah-olah merupakan jawaban kegagalan pengadilan memberikan akses keadilan bagi masyarakat sehingga pemasyarakatan istilah ini mengundang rasa tidak aman kecemburuan bagi insan pengadilan.²²⁸

Menurut Ali Achmad, sengketa adalah pertentangan antara dua pihak atau lebih yang berawal dari persepsi yang berbeda tentang suatu kepemilikan atau hak milik yang dapat menimbulkan akibat hukum antara keduanya. Oleh karena itu, dapat difahami bahwa sengketa sebagai perilaku pertentangan antara kedua orang atau lembaga atau lebih yang menimbulkan suatu akibat hukum dan karenanya dapat diberikan sanksi hukum untuk salah satu diantara keduanya.

Proses sengketa terjadi karena tidak adanya titik temu antara pihak-pihak yang bersengketa. Secara potensial dua pihak yang mempunyai pemikiran yang berbeda menjadi titik awal timbulnya sengketa (perselisihan). Secara umum, orang tidak akan mengutarakan pendapat yang mengakibatkan konflik terbuka. Hal ini disebabkan oleh kemungkinan timbulnya konsekuensi yang tidak menyenangkan, dimana seseorang (person atau sebagai wakil kelompoknya harus menghadapi situasi yang mengundang

²²⁸Suyud Margono, 2000. ADR dan Arbitrase (Proses Perkembangan dan Aspek Hukum), Jakarta, Ghalia Indonesia, hlm.36.

ketidaktentuan sehingga dapat mempengaruhi kedudukannya.²²⁹ Untuk perkataan 'sengketa', Achmad Ali menggunakan istilah konflik, yang mana di definisikan "sebagai situasi yang terdapat 2 (dua) atau lebih pihak yang memperjuangkan tujuan-tujuan pokok khusus dari mereka, saling memberikan tekanan dan satu sama lain gagal mencapai satu pendapat dan masing-masing pihak saling berusaha untuk memperjuangkan secara sadar tujuan-tujuan pokok mereka".²³⁰

Blacks Law Dictionary menjelaskan ADR adalah: *Terms refers to procedures setting dispute by means other than litigation; e.g. by arbitration, mediation, mini-trial. Such procedures which are usually less costly and more expeditious, are increasingly being used in commercial and labor dispute, divorcee action, in resolving motor vehicle and medical malpractice tort claims, and in other dispute that would likely otherwise involve court litigation.*²³¹ Bermakna bahwa istilah mengacu pada prosedur pengaturan sengketa dengan cara selain litigasi; misalnya dengan arbitrase, mediasi, uji coba mini, prosedur seperti itu yang biasanya lebih murah dan lebih cepat, semakin sering digunakan dalam perselisihan komersial dan perburuhan, tindakan perceraian dalam menyelesaikan klaim kendaraan bermotor dan klaim malpraktik medis, dan dalam sengketa lainnya yang kemungkinan akan melibatkan litigasi pengadilan.

Seterusnya Pasal 1 angka 10 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU AAPS), menyatakan 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, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli".

Dari rumusan pengertian di atas mengenai arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa mengandung makna bahwa arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa merupakan lembaga penyelesaian sengketa di luar pengadilan, melalui suatu prosedur disepakati oleh para pihak seperti konsultasi, negosiasi, mediasi,

²²⁹Suyud Margono, 2000. *ADR dan Arbitrase (Proses Perkembangan dan Aspek Hukum)*, Jakarta: Ghalia Indonesia, hlm.34.

²³⁰Achmad Ali, 2004. *Sosiologi Hukum Kajian Empiris Terhadap Pengadilan*, Jakarta: STIH IBLAM, hlm.64

²³¹Henry Campbell, 1990. *Black Law Dictionary*, 6th edition, St.Paul, Minn West publishing Co, hlm.78.

konsultasi, penilalain ahli. Selain itu, para pihak juga sepakat untuk menerima putusan tersebut secara final dan mengikat. Meskipun ketentuan tersebut hanya memberikan gambaran secara umum mengenai arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa, tanpa merincikan seperti maksud penyelesaian sengketa dengan negosiasi atau mediasi untuk terhindar dari timbulnya kesalahan subjektif dalam penafsiran.²³² Akan tetapi daripada uraian di atas, dapat rincikan beberapa unsur penting, antara lain seperti berikut:

a. Lembaga (*institution*)

Unsur intitusional ini 'Alternatif Penyelesaian Sengketa' dimaksudkan sebagai suatu lembaga yang berfungsi untuk menyelesaikan sengketa bisnis yang terjadi diantara para pihak yang berkontrak. Badan yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu, lembaga tersebut juga dapat memberikan pendapat yang mengikat mengenai suatu hubungan hukum tertentu dalam hal belum timbul sengketa.²³³

Di Indonesia ada 2 (dua) lembaga arbitrase institusional²³⁴ yaitu: i) Badan Arbitrase Nasional (BANI) didirikan oleh KADIN pada tahun 1977; dan ii). Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) didirikan oleh Majelis Ulama Indonesia (MUI) tahun 1993.²³⁵ Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa menurut OJK adalah: Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa adalah lembaga yang melakukan penyelesaian sengketa di luar pengadilan.²³⁶

b. Prosedur (*procedure*)

Prosedur yang dipergunakan untuk menyelesaikan sengketa bisnis di luar pengadilan yang dimaksud adalah melalui konsultasi, negosiasi, mediasi, konsultasi, penilaian ahli.

c. Sesepakatan (*concensus*)

²³²Gatot Soemartono, 2006. *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, hlm.4.

²³³Pasal 1 angka 8 UUNo. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

²³⁴Arbitrase institusional adalah lembaga atau badan arbitrase yang bersifat permanen sehingga di sebut "*Permanent Arbitral Body*", lihat Suyud Margono, 2002. *ADR dan Arbitrase*, Bogor, Ghalia Indonesia, hlm. 124.

²³⁵ Profil dan Prosedur Badan Arbitrase Syraiah Nasional (Basyaranas), hlm. 2.

²³⁶ Pasal 1 Angka 2 Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 1/Pojk.07/2014 Tentang Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa Di Sektor Jasa Keuangan

Dalam hal kesepakatan sebagai suatu unsur penting untuk memilih, dan menentukan pihak mana yang akan mereka percayakan (tunjuk atau pilih) untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi diantara mereka. Selain itu, konsensus diantara para pihak mengenai prosedur yang akan digunakan dalam rangka penyelesaian perselisihan tersebut. Penyelesaian perselisihan melalui prosedur yang dipilih oleh para pihak tentu saja tidak menyalahi ketentuan perundangan-undangan. Para pihak setuju untuk menerima putusan tersebut secara final dan mengikat.²³⁷

Unsur ini merupakan salah satu syarat penting dalam hal penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase sebagaimana dinyatakan dalam bagian Pertama Syarat Arbitrase Pasal 7 UU No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU Arbitrase dan APS) menyatakan bahwa: “pihak dapat menyetujui suatu sengketa yang terjadi atau yang akan terjadi antara mereka untuk diselesaikan melalui arbitrase”. Dalam ketentuan tersebut terdapat kata para pihak ‘dapat menyetujui’ suatu sengketa diselesaikan melalui arbitrase. Dengan demikian, bahwa para pihak boleh tidak setuju sengketa mereka diselesaikan melalui jalur arbitrase. Sehingga jika arbitrase diadakan tanpa kesepakatan kedua belah pihak, maka itu tidaklah termasuk perjanjian arbitrase.²³⁸ Dalam hal adanya perjanjian arbitrase diantara para pihak, maka pengadilan negeri tidak berwenang mengadili perkara tersebut, dalam hal para pihak memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase (Pasal 3 UU Arbitrase dan APS). Selanjutnya setelah sengketa terjadi persetujuan mengenai hal tersebut, maka perjanjian yang dimaksud harus dibuat dalam suatu perjanjian tertulis yang ditanda tangani kedua belah pihak (Pasal 9 UU Arbitrase dan APS)

d. Para pihak (*parties*)

Para pihak yang terkait langsung dalam konteks ini adalah pihak yang terlibat sengketa (perselisihan) seperti pihak debitur dan kreditur.

²³⁷M. Husseyn dan A. Supriyani Kardono, 1995. Kertas Kerja Ekonomi, Hukum dan Lembaga Arbitrase di Indonesia, hlm. 2.

²³⁸Paustinus Siburian, 2004. *Arbitrase Online Alternatif Penyelesaian Sengketa Perdagangan Secara Elektronik*, Jakarta, Djembatan, Cet. ke 3, hlm. 42.

Lebih lanjut unsur-unsur tersebut dapat diklasifikasi kedalam 2 (dua) kelompok, yaitu: i) unsur subjektif, yang terdiri dari konsensus dan para pihak; dan ii) unsur objektif, terdiri dari prosedur dan lembaga penyelesaian sengketa. Dalam hal salah satu dari unsur tersebut tidak terpenuhi (baik unsur subjektif maupun objektif), maka pelaksanaan penyelesaian sengketa tidak dapat dilaksanakan. Sebagai contoh tidak lengkapnya unsur subjektif, yaitu tidak adanya kesepakatan diantara para pihak untuk memilih atau menentukan lembaga mana yang akan menyelesaikan perselisihan diantara mereka. Begitu pula jika tidak memenuhi unsur objektif seperti tidak adanya lembaga penyelesaian sengketa atau tidak terdapat prosedur pelaksanaan. Dengan demikian, kesemua unsur tersebut merupakan unsur penting untuk dapat berjalannya pelaksanaan penyelesaian sengketa secara baik dan dapat memberikan solusi terhadap sengketa yang terjadi diantara para pihak.

Kesepakatan arbitrase apabila para pihak dalam suatu perjanjian atau transaksi bisnis secara tertulis sepakat membawa sengketa yang timbul diantara mereka sehubungan dengan perjanjian atau transaksi bisnis yang bersangkutan ke arbitrase di hadapan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (“BANI”),²³⁹ atau menggunakan Peraturan dan Prosedur BANI, maka sengketa tersebut diselesaikan di bawah penyelenggaraan BANI berdasarkan Peraturan

²³⁹ Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) atau *Arbitration center*. BANI adalah salah satu pendiri dan anggota dari Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), juga merupakan salah satu pendiri dari *Regional Arbitrators Institutes Forum* (RAIF). Selain itu, BANI merupakan anggota *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA). Dalam rangka mengembangkan Arbitrase Internasional dan berbagai bentuk Alternatif Penyelesaian Sengketa (ADR) di bidang komersial antara para pengusaha di negara-negara yang bersangkutan, BANI telah mengadakan kesepakatan kerjasama dengan berbagai lembaga di beberapa negara. Lembaga-lembaga tersebut antara lain: i) *The Japan Commercial Arbitration Association* (JCAA); ii) *The Netherlands Arbitration Institute* (NAI); iii) *The Korean Commercial Arbitration Board* (KCAB); iv) *Australian Centre for International Commercial Arbitration* (ACICA); v) *The Philippines Dispute Resolution Centre* (PDRCI); vi) *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC); vii) *The Foundation for International Commercial Arbitration dan Alternative Dispute Resolution* (SICA-FICA); viii) *The Singapore Institute of Arbitrators* (SIArb); ix) *Arbitration of Association of Brunei Darussalam* (AABD); x) *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* (KLRCA); xi) *The Belgian Centre for Arbitration and Mediation* (CEPANI). Lihat Peraturan & Prosedur Arbitrase Badan Arbitrase Nasional Indonesia (*Bani Arbitration Center*) dalam ketentuan umum mengenai “Tempat Kedudukan, Tujuan, Kesepakatan Kerjasama, Dewan Penasehat dan Dewan Pengurus” butir III, hlm. 2-3, 1 Januari 2018.

tersebut, dengan memperhatikan ketentuan-ketentuan khusus yang disepakati secara tertulis oleh para pihak, sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan undang-undang yang bersifat memaksa dan kebijakan BANI. Mengutamakan Penyelesaian sengketa secara damai melalui Arbitrase di BANI dilandasi itikad baik para pihak dengan berlandaskan tata cara kooperatif dan non-konfrontatif.²⁴⁰ Adapun peraturan dan prosedur arbitrase yang mulai berlaku pada Januari 2018, yang mana peraturan dan prosedur tersebut sebagai pedoman pelaksanaan penyelesaian sengketa melalui arbitrase di Indonesia. Pedoman yang dimaksud penulis diringkas dalam tabel 5.1 berikut:

Tabel 5.1 Ikhtisar Peraturan & Prosedur Arbitrase Badan Arbitrase Nasional Indonesia (*Bani Arbitration Center*) tahun 2018

Pasal	Ketentuan
1	Kesepakatan Arbitrase secara tertulis
2	<ul style="list-style-type: none"> • Peraturan dan Prosedur yang berlaku dengan cara menunjuk BANI atau peraturan dan prosedur BANI untuk penyelesaian sengketa dalam perjanjian mereka yang bersengketa. • Jika PP tidak mengatur secara khusus, maka akan ketentuan akan ditetapkan oleh Majelis Arbitrase atau Arbiter Tunggal yang memeriksa sengketa tersebut.
3	Definisi BANI, Dewan Pengurus, Ketua, Majelis Arbitrase atau majelis, arbitrase tunggal, para pihak, pemohon, termohon, permohonan mengadakan arbitrase, permohonan arbitrase, pencabutan permohonan arbitrase, penghapusan permohonan arbitrase, putusan, UU, Peraturan dan prosedur, secretariat, sekretaris majelis, dokumen, hari.
4	Pengajuan, Pemberitahuan Tertulis dan Batas Waktu <ul style="list-style-type: none"> • Pengajuan komunikasi tertulis dan jumlah salinan • Komunikasi dengan Majelis Arbitrase • Pemberitahuan • Perhitungan waktu • Penyelesaian cepat. • Batas waktu pemberiksaan perkara
5	Perwakilan para pihak <ul style="list-style-type: none"> • Para pihak dapat diwakili dalam penyelesaian sengketa oleh seseorang atau orang-orang yang mereka pilih • Jika suatu pihak diwakili oleh penasehat asing (penasehat hukum asing) yang tunduk pada hukum Indonesia, maka mereka dapat hadir hanya jika didampingi penasehat (penasehat hukum

²⁴⁰Pasal I Peraturan dan Prosedur Arbitrase Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) tahun 2018.

- Indonesia)
- 6 Proses arbitrase dimulainya Proses Arbitrase (*Request for Arbitration*)
1. Pendaftaran; 2 Permohonan Mengadakan Arbitrase; 3. Dokumen;
 4. Penunjukan Arbiter; 5. Biaya arbiter
- 7 Tindak Lanjut Pendaftaran Perkara
- Setelah menerima Permohonan Arbitrase dan dokumendokumen serta biaya pendaftaran yang disyaratkan, Sekretariat harus mendaftarkan Permohonan itu dalam register BANI.
- Dewan Pengurus BANI akan memeriksa Permohonan tersebut untuk menentukan apakah perjanjian arbitrase atau klausul arbitrase dalam kontrak telah cukup memberikan dasar kewenangan bagi
- 8 Tanggapan Termohon
- Pendaftara permohonan
 - penyampaian salinan permohonan arbitrase dan dokumen-dokumen lampiran
 - Tanggapan tertulis
 - Perpanjangan waktu
- 9 Penggabungan Permohonan Arbitrase
- Jika para pihak sepakat untuk penggabungan dan sengketa arbitrase timbul dari hubungan hukum yang sama
 - Jika permohonan arbitrase berdasarkan beberapa perjanjian yang para pihaknya sama, dan penyelesaian sengketa yang dipilih menggunakan BANI
 - Jika permohonan arbitrase berdasarkan beberapa perjanjian yang mana salah satu pihaknya sama, dan penyelesaian sengketa yang dipilih menggunakan BANI
- 10 Majelis Arbitrase
- Yang berhak menjadi Arbiter
- Majelis arbitrase
 - Arbiter luar
 - Kriteria-kriteria
 - a. berwenang atau cakap melakukan tindakan-tindakan hukum;
 - b. sekurang-kurangnya berusia 35 tahun;
 - c. tidak memiliki hubungan keluarga berdasarkan keturunan atau perkawinan sampai dengan keturunan ketiga, dengan setiap dari para pihak bersengketa;
 - d. tidak memiliki kepentingan keuangan atau apa pun terhadap hasil penyelesaian arbitrase;
 - e. berpengalaman sekurang-kurangnya 15 tahun dan menguasai secara aktif bidang yang dihadapi;
 - f. tidak sedang menjalani atau bertindak sebagai hakim, jaksa, panitera pengadilan, atau pejabat pemerintah lainnya.
 - Pernyataan tidak berpihak
 - Hukum Indonesia

- 11 Susunan Majelis
Arbiter tunggal; kelalaian penunjukan arbiter; dalam hal tiga arbiter; Jika jumlah tidak ditentukan; banyak pihak; Kewenangan ketua BANI; dan penerimaan para arbiter.
- 12 Peningkaran/penolakan terhadap seorang arbiter
Peningkaran, penggantian, kegagalan peningkaran, peningkaran pihak yang menunjuk, penundaan proses arbitrase karena peningkaran.
- 13 Penggantian seorang arbiter
Kematian atau cacat, pengunduran diri arbiter;
- 14 Pemeriksaan arbitrase
Kewenangan Majelis atau arbiter tunggal; kerahasiaan; Dasar Kesetaraan; Tempat Sidang;
- 15 Bahasa pemeriksaan; bahasa dokumen; penerjemah, bahasa putusan.
- 16 Hukum yang berlaku
Hukum yang mengatur: Ketentuan-ketentuan Kontrak; Kepatutan dan Keadilan (*Ex Aequo et Bono*).
- 17 Permohonan Arbitrase (*Statement of Claim*) harus diserahkan kepada sekretariat BANI untuk disampaikan kepada Majelis Arbitrase atau Arbiter Tunggal dan kepada Termohon paling lambat 14 (empat belas) hari sejak susunan Majelis Arbitrase atau Arbiter Tunggal terbentuk atau jangka waktu lainnya yang ditentukan oleh Majelis Arbitrase atau Arbiter Tunggal.
Persyaratan Permohonan arbitrase harus memuat sedikitnya hal-hal berikut: a. Fakta-fakta yang mendukung tuntutan tersebut; b. Dasar-dasar hukum atau argumen-argumen yang mendukung tuntutan tersebut; dan c. Petitum yang diminta bersamaan dengan jumlah seluruh tuntutan yang dapat dikuantifikasi.
Suatu pihak dapat mengubah tuntutan atau rekonvensi kecuali Majelis arbiter atau Arbiter Tunggal tidak mengabulkannya dengan mempertimbangkan akan terhambatnya persidangan atau akan mengakibatkan kerugian kepada pihak lainnya; dan Dokumentasi pemohon harus melampirkan pada permohonannya.
- 18 Surat Jawaban Atas Permohonan Arbitrase
Pengajuan; syarat-syarat; tuntutan balik; jawaban tuntutan balik
19. Yurisdiksi
Kompetensi; Klausul Arbitrase Independen; Batas waktu bantahan; putusan sela
- 20 Proses Persidangan, Penetapan-penetapan procedural; Pembuatan catatan, biaya harus dibayar, putusan sela; sanksi-sanksi
- 21 Upaya Mencari Penyelesaian Damai
1. Penyelesaian damai' 2 Putusan Persetujuan Damai; Kegagalan Menyelesaikan secara damai
- 22 Kelalaian Penyelesaian: Kelalaian Pemohon; Kelalaian Termohon
- 23 Perubahan-perubahan dan Pengajuan-pengajuan Selanjutnya

- Perubahan-perubahan
 - Pengajuan-pengajuan lebih lanjut
- 24 Bukti dan Persidangan
Beban pembuktian; ringkasan bukti-bukti; bobot pembuktian; saksi dan/ atau ahli; biaya para saksi/atau para ahli; sumpah; penutup persidangan; pembukaan kembali persidangan;
 - 25 Pencabutan dan Penghapusan Permohonan Arbitrase
Pencabutan, penghapusan, pengembalian biaya administrasi, biaya pemeriksaan dan biaya arbiter.
 - 26 Putusan Akhir
 - 27 Putusan-putusan lain
 - 28 Mayoritas
 - 29 Penetapan-penetapan Prosedural
 30. Pertimbangan Putusan
 - 31 Penandatanganan putusan
 - 32 Penyampaian
 - 33 Final dan mengikat
 - 34 Pendaftaran Putusan
 - 35 Pembetulan Kesalahan-Kesalahan
 - 36 Biaya Arbitrase
 - 37 Pembayaran Biaya Arbitrase
 - 38 Alokasi Biaya Arbitrase
 - 39 Biaya-biaya Jasa Hukum
 - 40 Pembebasan Tanggung Jawab
 - 41 Pengecualian Bersaksi di Persidangan Arbitrase di BANI
 - 42 Keputusan Dewan Pengurus BANI
-

Peraturan dan prosedur arbitrase BANI 2018 ini mempunyai 42 Pasal dan, terdapat bagian penambahan, khususnya mengenai “Pendapat yang Mengikat” terkait dengan 2 (dua) hal yaitu; i) BANI dapat menerima permintaan dari para pihak dalam suatu perjanjian; dan ii) klasula arbitrase BANI menyarankan kepada para pihak yang ingin menggunakan arbitrase BANI.

Pertama, dalam hal BANI dapat menerima permintaan dari para pihak dalam suatu perjanjian ditetapkan bahwa: “Tanpa adanya suatu sengketa, BANI dapat menerima permintaan yang diajukan oleh para pihak dalam suatu perjanjian, untuk memberikan suatu pendapat yang mengikat mengenai sesuatu persoalan berkenaan dengan perjanjian tersebut”. Pendapat yang mengikat misalnya mengenai penafsiran ketentuan-ketentuan yang kurang jelas, dalam kontrak penambahan atau perubahan pada ketentuan ketentuan berhubungan dengan timbulnya keadaan-keadaan baru, dan lain-lain. Oleh karena itu, kedua belah pihak terikat padanya dan siapa saja

dari mereka yang bertindak bertentangan dengan pendapat itu, akan dianggap melanggar perjanjian.

Kedua, terkait dengan klausula arbitrase BANI menyarankan kepada para pihak yang ingin menggunakan arbitrase BANI, untuk mencantumkan dalam perjanjian-perjanjian mereka klausula standar sebagai berikut: "Semua sengketa yang timbul dari perjanjian ini, akan diselesaikan dan diputus oleh Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) menurut peraturan-peraturan administrasi dan peraturan-peraturan prosedur arbitrase BANI, yang keputusannya mengikat kedua belah pihak yang bersengketa sebagai keputusan tingkat pertama dan terakhir". Jika arbitrase diadakan tanpa kesepakatan kedua belah pihak, maka itu tidaklah termasuk perjanjian arbitrase.²⁴¹

Dalam hal adanya perjanjian arbitrase diantara para pihak maka, pengadilan negeri tidak berwenang mengadili perkara tersebut, dalam hal para pihak memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Selanjutnya setelah sengketa terjadi persetujuan mengenai hal tersebut, maka perjanjian yang dimaksud harus dibuat dalam suatu perjanjian tertulis yang ditanda tangani kedua belah pihak. Perjanjian tertulis tersebut yang memuat masalah yang dipersengketakan; nama lengkap dan tempat tinggal arbiter atau majelis arbitrase, tempat arbiter atau majelis arbitrase akan mengambil keputusan; nama lengkap sekretaris; jangka waktu penyelesaian sengketa; pernyataan kesediaan dari arbiter; dan pernyataan kesediaan dari pihak yang bersengketa untuk menanggung segala biaya yang diperlukan untuk penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Perjanjian tertulis yang tidak memuat hal tersebut maka, batal demi hukum (Pasal 9 ayat (3) dan ayat (4) UU Alternatif dan APS).

5.3 Sengketa Dalam Sudut Pandangan Teori

Pada dasarnya munculnya sengketa dapat dilihat dari pelbagai teori, diantaranya adalah:

a. Teori hubungan masyarakat

Penekanan penting dalam teori ini adalah adanya rasa tidak percaya dan rivalisasi baik secara personal ataupun komunal dalam masyarakat yang menjadi penyebab timbulnya konflik diantara mereka. Penyelesaian untuk konflik yang terjadi dalam masyarakat

²⁴¹Paustinus Siburian, 2004. *Arbitrase Online Alternatif Penyelesaian Sengketa Perdagangan Secara Elektronik*, Jakarta, Djambatan, Cet ke 3, hlm. 42.

tersebut yang ditawarkan oleh pendukung teori ini yaitu meningkatkan komunikasi di dalam masyarakat. Saling pengertian di antara mereka yang berkonflik dan mengembangkan rasa saling menerima (toleransi) agar masyarakat lebih bisa saling menerima keberagaman (terutama perbedaan pandangan) dalam masyarakat.

b. Teori negosiasi prinsip

Dalam teori ini menjelaskan bahwa konflik terjadi karena adanya perbedaan-perbedaan diantara para pihak. Para pendukung teori ini berpendapat bahwa agar sebuah konflik dapat diselesaikan, maka pelaku harus mampu memisahkan perasaan pribadinya dengan masalah-masalah dan mampu melakukan negosiasi berdasarkan kepentingan dan bukan pada posisi yang sudah tetap²⁴²

c. Teori identitas

Teori ini menjelaskan bahwa konflik terjadi karena sekelompok orang merasa identitasnya terancam oleh pihak lain. Penganut teori identitas mengusulkan penyelesaian konflik karena identitas yang terancam dilakukan melalui fasilitasi lokakarya dan dialog antara wakil-wakil kelompok yang mengalami konflik dengan tujuan mengidentifikasi ancaman-ancaman dan kekhawatiran yang mereka rasakan serta membangun empati dan rekonsiliasi. Tujuan akhirnya adalah pencapaian kesepakatan bersama yang mengakui identitas pokok semua pihak .

d. Teori kesalahpahaman antar budaya

Teori kesalahpahaman antar budaya menjelaskan bahwa konflik terjadi karena ketidakcocokan dalam berkomunikasi diantara orang-orang dari latar belakang budaya yang berbeda. Untuk itu, diperlukan dialog antara orang-orang yang mengalami konflik guna mengenal dan memahami budaya masyarakat lainnya, mengurangi *stereotype* yang mereka miliki terhadap pihak lain

e. Teori transformasi

Teori ini menjelaskan bahwa konflik dapat terjadi karena adanya masalah-masalah ketidaksetaraan dan ketidakadilan serta kesenjangan yang terwujud dalam berbagai aspek kehidupan masyarakat baik sosial, ekonomi maupun politik. Penganut teori ini berpendapat bahwa penyelesaian konflik dapat dilakukan melalui beberapa upaya seperti perubahan struktur dan kerangka kerja yang

²⁴²Takdir Rahmadi, 2011. *Mediasi, Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*, Jakarta: Rajawali Press, hlm. 8.

menyebabkan ketidaksetaraan, peningkatan hubungan, dan sikap jangka panjang para pihak yang mengalami konflik, serta pengembangan proses-proses dan sistem untuk mewujudkan pemberdayaan, keadilan, rekonsiliasi dan pengakuan keberadaan masing-masing

f. Teori kebutuhan atau kepentingan manusia

Pada intinya, teori ini mengungkapkan bahwa konflik dapat terjadi karena kebutuhan atau kepentingan manusia tidak dapat terpenuhi/ terhalangi atau merasa dihalangi oleh orang/ pihak lain. Kebutuhan dan kepentingan manusia dapat dibedakan menjadi tiga jenis yaitu substantif, prosedural, dan psikologis. Kepentingan substantif (*substantive*) berkaitan dengan kebutuhan manusia yang berhubungan dengan kebendaan seperti uang, sandang, pangan, papan/rumah, dan kekayaan. Kepentingan prosedural (*procedural*) berkaitan dengan tata dalam pergaulan masyarakat, sedangkan kepentingan psikologis (*psychological*) berhubungan dengan non-materiil atau bukan kebendaan seperti penghargaan dan empati.

Dalam bab III Daftar Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa pada Pasal 4 dinyatakan bahwa: Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa yang dimuat dalam Daftar Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa yang ditetapkan oleh OJK meliputi Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa yang:

- a. mempunyai layanan penyelesaian Sengketa paling kurang berupa: 1) mediasi; 2) ajudikasi; dan 3) arbitrase.
- b. mempunyai peraturan yang meliputi:
 - 1) layanan penyelesaian Sengketa;
 - 2) prosedur penyelesaian Sengketa;
 - 3) biaya penyelesaian Sengketa;
 - 4) jangka waktu penyelesaian Sengketa;
 - 5) ketentuan benturan kepentingan dan afiliasi bagi mediator, ajudikator, dan arbiter; dan
 - 6) kode etik bagi mediator, ajudikator, dan arbiter;
- c. menerapkan prinsip aksesibilitas, independensi, keadilan, dan efisiensi dan efektifitas dalam setiap peraturannya; d. mempunyai sumber daya untuk dapat melaksanakan pelayanan penyelesaian sengketa; dan e. didirikan oleh Lembaga Jasa Keuangan yang dikoordinasikan oleh asosiasi dan/atau didirikan oleh lembaga yang menjalankan fungsi *self regulatory organization*.

5.4 Prinsip-Prinsip Arbitrase

Prinsip-prinsip yang menjadi landasan lembaga alternatif penyelesaian sengketa menyelesaikan sengketa diantara para pihak sebagaimana yang dalam Pasal 5,6,7,dan 8 Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 1/Pojk.07/2014 Tentang Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa Di Sektor Jasa Keuangan (POJK No.1/Pojk.07/2014), yang terdiri dari: Prinsip Aksesibilitas, Prinsip Independensi, Prinsip Keadilan, Prinsip Efisiensi dan Efektifitas, kesemua prinsip-prinsip tersebut dapat diuraikan sebagai berikut:

243

a. Prinsip Aksesibilitas

Menurut prinsip ini lembaga alternative penyelesaian sengketa memiliki skema layanan penyelesaian Sengketa yang mudah diakses oleh Konsumen. Kemudian lembaga tersebut mengembangkan strategi komunikasi untuk meningkatkan akses Konsumen terhadap layanan Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa dan meningkatkan pemahaman Konsumen terhadap proses penyelesaian Sengketa yang dilaksanakan oleh Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa. Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa menyediakan layanan yang mencakup seluruh wilayah Indonesia (Pasal 5 P OJK No.1/Pojk.07/2014).

b. Prinsip Independensi

Independensi Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa dijalankan oleh organ pengawas untuk memastikan bahwa Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa telah memenuhi persyaratan untuk menjalankan fungsinya. Selain itu, Lembaga tersebut dilarang memberikan hak veto kepada anggotanya dan berkonsultasi dengan pemangku kepentingan yang relevan dalam menyusun atau mengubah peraturan sebelum mengimplementasikannya. Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa mempunyai sumber daya yang memadai untuk melaksanakan fungsinya dan tidak tergantung kepada Lembaga Jasa Keuangan tertentu (Pasal 6 POJK No.1/Pojk.07/2014).

c. Prinsip Keadilan

Prinsip ini mengatur mengenai ketentuan untuk mengambil putusan dan memberikan alasan tertulis atas penolakan permohonan penyelesaian Sengketa dari Konsumen dan/atau Lembaga Jasa

²⁴³Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 1/Pojk.07/2014 Tentang Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa di Sektor Jasa Keuangan (POJK No.1/Pojk.07/2014))

Kuangan (Pasal 7 Peraturan OJK No.1/Pojk.07/2014) Adapun ketentuan yang dimaksud adalah sebagai berikut:

- i. mediator benar-benar bertindak sebagai fasilitator dalam rangka mempertemukan kepentingan para pihak yang bersengketa untuk memperoleh kesepakatan penyelesaian;
- ii. adjudikator dan arbiter dilarang mengambil putusan berdasarkan pada informasi yang tidak diketahui para pihak; dan
- iii. adjudikator dan arbiter wajib memberikan alasan tertulis dalam setiap putusannya.

d. Prinsip Efisiensi dan Efektifitas

Prinsip ini menekankan terkait dengan pengaturan mengenai beberapa hal dalam rangka penyelesaian sengketa, sebagai berikut: i). jangka waktu penyelesaian sengketa; ii). Pengenaan biaya murah kepada Konsumen dalam penyelesaian Sengketa. iii). Ketentuan mengenai anggotanya mematuhi dan melaksanakan setiap putusan Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa; dan iv). Lembaga ini mengawasi pelaksanaan putusan (Pasal 8 POJK No.1/Pojk.07/2014).

5.5 Macam-macam Arbitrase

Berbagai macam arbitrase berbagai sengketa bisnis, arbitrase adalah penyelesaian sengketa alternatif yang sering dipergunakan. Akan tetapi, dalam praktek terdapat berbagai macam arbitrase, yaitu:

- a. Arbitrase mengikat, berkaitan dengan putusan pengadilan yang sudah inkracht.
- b. Arbitrase tidak mengikat, berkaitan dengan putusannya boleh diikuti dan boleh tidak diikuti.
- c. 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.
- d. Arbitrase hak, merupakan arbitrase yang bukan hanya sekedar membuat provisi dalam kontrak.
- e. Arbitrase sukarela, merupakan arbitrase yang dimintakan sendiri oleh para pihak baik dalam kontrak yang bersangkutan ataupun dalam kontrak tersendiri.
- f. Arbitrase wajib, arbitrase yang oleh undang-undang diwajibkan untuk dilakukan.
- g. Arbitrase ad hoc, arbitrase yang tidak ada badannya.

- h. 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.
- i. Arbitrase nasional, Arbitrase dimana pihak yang bersengketa adalah para pihak dalam 1 (satu) negara.
- j. Arbitrase internasional, arbitrase di mana para pihak yang bersengketa adalah berasal dari negara-negara yang berbeda.
- k. Arbitrase kualitas, berkaitan dengan fakta-fakta dilapangan.
- l. Arbitrase teknis, berkaitan dengan penyusunan dan penafsiran kontrak.
- m. Arbitrase umum, berkaitan dengan fakta dan penerapan hukum.
- n. Arbitrase bidang khusus, dalam bidang muamalat, perdagangan, ketenagakerjaan, lingkungan hidup.

Dengan demikian Arbitrase adalah cara penyelesaian sengketa perdata swasta di luar pengadilan umum yang didasarkan pada kontrak arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Orang-orang yang akan melakukan penyelesai sengketa tersebut dipilih oleh para pihak yang berkepentingan langsung. Para penyelesai yang dimaksud adalah mereka yang tidak mempunya kepentingan dengan perkara yang bersangkutan, orang-orang mana akan memeriksa dan memberi putusan terhadap sengketa tersebut.

Dalam perkembangannya, ada juga bentuk penyelesaian di luar pengadilan ini dalam realitasnya menjadi salah satu proses dalam penyelesaian yang dilakukan di dalam pengadilan (litigasi). Sebagai contoh mediasi, pasal tersebut dapat diketahui bahwa mediasi²⁴⁴ itu adalah penyelesaian di luar pengadilan, namun dalam realitas perkembangannya, mediasi ada yang dilakukan di dalam pengadilan.

Frans Winarta dalam bukunya yang berjudul "Hukum Penyelesaian Sengketa" memaparkan pengertian lembaga-lembaga penyelesaian sengketa²⁴⁵ sebagaimana ditetapkan dalam pasal Pasal 1 angka 10 UU AAPS), yaitu:

- a. Negosiasi.

²⁴⁴Alternatif Penyelesaian Sengketa adalah 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 (Pasal 1 angka 10 UU AAPS).

²⁴⁵Frans Hendra Winarta. 2012. *Hukum Penyelesaian Sengketa*. Jakarta, Sinar Grafika, hlm. 7-8.

Yang dimaksud dengan negosiasi adalah suatu bentuk pertemuan antara dua pihak, pihak yang satu dan pihak lain yang lain dimana kedua belah pihak bersama-sama mencari hasil yang baik, demi kepentingan kedua pihak.

Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI),²⁴⁶ negosiasi diberikan makna sebagai suatu proses tawar-menawar dan penyelesaian sengketa. Yang mana terdapat 2 (dua) intisari penting dalam rumusan tersebut, yaitu: i) adanya proses tawar-menawar dengan jalan berunding untuk memberi atau menerima guna mencapai kesepakatan bersama di antara para pihak baik personal ataupun kumunal; dan ii) penyelesaian sengketa secara damai melalui perundingan di antara pihak-pihak yang berselisih.

Menurut Alan Fowler negosiasi adalah suatu proses interaksi secara kontinyu, yang mana 2 (dua) orang atau lebih yang terkait secara bersama-sama dalam sebuah hasil akhir, namun pada awalnya mempunyai sasaran yang berbeda, berusaha dengan menggunakan argumen yang persuasif, guna mengakhiri perselisihan diantara mereka untuk mencapai penyelesaian yang dapat diterima oleh para pihak tersebut.²⁴⁷

Dengan demikian negosiasi bahwa suatu aktivitas berkomunikasi yang dilakukan diantara 2 (dua) pihak untuk mencapai suatu konsensus pada saat mereka mempunyai kepentingan yang berbeda ataupun yang sama mengenai suatu hal. Negosiasi sebagai suatu yang dilakukan dalam keseharian (*fact of life*) manusia seperti patner bisnis, advokat dengan pihak lainnya dalam saat menjalankan profesinya untuk membela klainnya saat menangani suatu kasus. Dalam kalimat lain dapat dikatakan bahwa negosiasi sebagai dasar dari suatu maksud untuk mendapatkan sesuatu yang diinginkan dari pihak lainnya.

Selanjutnya terkait dengan penyelesaian sengketa melalui alternatif penyelesaian sengketa sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 6 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU AAPS) menyatakan bahwa: "Penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui alternatif penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diselesaikan dalam pertemuan langsung oleh para

²⁴⁶Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1997. Kamus Besar Bahasa Indonesia, Jakarta, Balai Pustaka, hlm.686.

²⁴⁷Alan Fowler, 1995. *Effevtive Negotiation*, diterjemahkan oleh Kentjanawati Tamiran, Jakarta, Ghalia Indonesia, hlm.6

pihak dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari dan hasilnya dituangkan dalam suatu kesepakatan tertulis”.

Daripada ketentuan tersebut ditegaskan bahwa kesepakatan mengenai penyelesaian tersebut mesti dibuat dalam bentuk tertulis dan disetujui oleh para pihak. Yang mana aturan sedemikian sejalan dengan ketentuan dalam pasal 1851 sampai dengan 1864 bab kedelapan belas buku III KUHPerdara tentang Perdamaian. Oleh karena itu, perdamaian merupakan suatu persetujuan antara mereka yang membuat perjanjian, dengan cara menyerahkan, menjanjikan atau menahan sesuatu barang, mengakhiri suatu perselisihan yang sedang bergantung atau mencegah timbulnya suatu perkara. Persetujuan perdamaian ini oleh kitab undang-undang hukum perdata diwajibkan untuk dibuat secara tertulis, dengan ancaman tidak sah.

Pasal 6 ayat (2) UU AAPS) 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. Hal yang berbeda dengan pelaksanaan penyelesaian sengketa melalui mediasi dapat dilakukan baik sebelum proses persidangan pengadilan yang dilakukan di dalam maupun di luar sidang pengadilan (Pasal 130 HIR).²⁴⁸

Daripada uraian pengertian negosiasi tersebut terdapat 2 (dua) hal penting yaitu; i) proses yang melibatkan usaha seseorang untuk mengubah (atau tidak mengubah) sikap dan perilaku orang lain. ii) proses untuk mencapai kesepakatan yang menyangkut kepentingan timbal balik dari pihak-pihak tertentu dengan sikap, sudut pandang, dan kepentingan-kepentingan yang berbeda satu dengan yang lain. Oleh karena itu, dalam bernegosiasi terdapat keinginan mereka untuk menyelesaikan perselisihan yang sedang terjadi di antara mereka untuk mempertemukan keinginan (kesepahaman) yang sesuai dengan harapan para pihak yang bersengketa.

5.6 Metode dan langkah-Langkah Negosiasi

5.6.1 Metode Negosiasi

²⁴⁸M.Husni, 2008. *Arbitrase sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis di luar Pengadilan*, Jurnal Equality, Vol. 13 No. 1 Februari.

Dalam praktiknya dikenal beberapa cara (metode) negosiasi, yaitu: kompetitif, kooperatif, lunak, keras, *interest based*. Metode negosiasi yang dimaksud dapat diuraikan sebagai berikut:²⁴⁹

i) Negosiasi Kompetitif

Pelaksanaan negosiasi secara kompetitif ini dikenal dengan negosiasi yang sukar diselesaikan. Unsur-unsur yang terdapat dalam negosiasi kompetitif di antaranya seperti: a) Mengajukan permintaan awal yang tinggi di awal negosiasi; b) Menjaga tuntutan agar tetap tinggi sepanjang proses negosiasi dilangsungkan; c) Konsesi yang diberikan sangat langka atau terbatas; d) Secara psikologis, perunding yang menggunakan teknik ini menganggap perunding lain sebagai musuh atau lawan; dan e) Menggunakan cara-cara yang berlebihan dan melemparkan tuduhan-tuduhan dengan tujuan menciptakan ketegangan dan tekanan terhadap pihak lawan.

ii) Negosiasi Kooperatif

Teknik negosiasi kooperatif menganggap pihak negosiator lawan (*opposing party*) bukan sebagai musuh, melainkan sebagai mitra kerja untuk mencari kesamaan. Para pihak berkomunikasi untuk menjajaki kepentingan, nilai-nilai kebersamaan, dan bekerja sama. Hal yang dituju seorang negosiator adalah penyelesaian sengketa yang adil berdasarkan analisis yang objektif dan atas fakta hukum yang jelas.

iii) Negosiasi Lunak dan Keras

cara ini menempatkan pentingnya hubungan baik antar pihak. Teknik ini menekankan pada corak negosiasi yang mengandung risiko lahirnya kesepakatan yang bersifat semu serta menghasilkan pola menang-kalah (*lose-win*). Penggunaan teknik ini mengandung risiko manakala perunding lunak menghadapi seseorang yang menggunakan teknik keras (*hard*). Perunding keras dalam menghadapi perunding-perunding lunak bersifat sangat konsesi dan menggunakan ancaman. Selain itu, perunding lunak akan memberikan konsesi untuk sekedar mencegah konfrontasi dan bersikeras untuk mencapai kesepakatan. Proses negosiasi seperti ini akan menguntungkan perunding yang bersifat keras serta menghasilkan kesepakatan yang berpola menang-kalah.

²⁴⁹Suyud Margono, 2004. *ADR Alternatif Dispute Resolution & Arbitrase Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum*, Ghalia Indonesia, Bogor, hlm.49-52.

iv) Negosiasi berdasarkan minat (*Interest Based*)

Cara ini dapat dipandang sebagai jalan tengah yang ditawarkan atas pertentangan antara teknik keras dan lunak. Dipilihnya teknik ini karena pemilihan teknik keras berpotensi menemui kebuntuan (*deadlock*) dalam negosiasi, terlebih apabila bertemu dengan sesama perunding yang bersifat keras, sedangkan perunding lunak berpotensi sebagai pecundang (*loser*). Potensi risiko lain adalah kesepakatan yang dicapai (bila ada) bersifat semu sehingga sangat mungkin salah satu pihak di kemudian hari menyadari ketidakwajaran dalam proses negosiasi dan tidak mau melaksanakan perjanjian yang telah disepakati.

Seterusnya terdapat 4 (empat) unsur dasar dalam teknik negosiasi *interest based* antara lain yaitu:

a) Unsur personal.

Dalam hal ini unsur tersebut dibagi menjadi 3 (tiga) landasan, sebagai berikut: i. Pisahkan antara orang dan masalah; ii. Konsentrasi serangan pada masalah bukan orangnya; dan iii. Para pihak harus menempatkan diri sebagai mitra kerja.

b) Unsur interes

Yang mana unsur interes ini memfokuskan pada kepentingan mempertahankan posisi.

c) Unsur option

Mengandung makna antara lain: i. Memperbesar bagian sebelum dibagi dengan memperbanyak pilihan-pilihan kesepakatan/solusi yang mencerminkan kepentingan bersama; ii. Jangan terpaku pada satu jawaban, dan iii. Menghindari pola pikir bahwa pemecahan problem mereka adalah urusan mereka.

d) Unsur kriteria

Unsur tersebut meliputi: i. Kesepakatan kriteria, standar objektif, dan independen pemecahan masalah; ii. Bernilai pasar (*market value*); iii. *Precedent*; iv. *Scientific judgement*; v. Standar profesi; vi. Bersandar pada hukum; vii. Kebiasaan dalam masyarakat.

Langkah-langkah negosiasi yang perlu dipersiapkan agar proses negosiasi dapat berjalan sesuai yang diharapkan dan tercapainya tujuan yang dituju yaitu mencapai suatu kesepakatan

bersama untuk menyelesaikan perselisihan di antara para pihak. Langkah yang dimaksud antara lain yaitu:²⁵⁰

a. Aturan dalam negosiasi

Adapun yang menjadi pembicaraan awal dalam proses negosiasi adalah mengenai aturan negosiasi dilakukan. Hal ini diperlukan agar proses negosiasi dapat berjalan dengan baik dan dapat menyelesaikan perselisihan yang mereka hadapi. Oleh karena itu, terdapat beberapa hal yang perlu diperhatikan, antara lain yaitu: waktu dan tempat negosiasi akan dilangsungkan, kemungkinan adanya pihak lain yang akan terlibat. Selain itu, diperlukan langkah antisipatif, yaitu langkah yang akan dipilih jika negosiasi gagal menghasilkan penyelesaian yang diinginkan. Akan tetapi sebelum sampai pada kesimpulan atau hasil akhir negosiasi, sebaiknya diusulkan opsi sebagai alternatif pilihan.

Oleh karena itu, pendekatan efisiensi ekonomis dapat digunakan sebagai salah satu pilihan seperti penggunaan teori coase dengan mempertimbangkan perilaku strategis para pihak dan keterbatasan informasi. Untuk setiap pilihan yang diambil mestilah dibicarakan terlebih dahulu untuk memastikan aspek-aspek kelebihan dan kekurangan serta kekuatan dan kelemahannya. Bahkan bilamana diperlukan, dapat pula dilakukan analisis SWOT: kekuatan (*Streght*); kelemahan (*weakness*); kesempatan (*Oppurtunity*); dan ancaman (*Threat*). Dengan demikian dapat diketahui semua konsekuensi yang mungkin timbul atas pilihan tersebut, terutama menyangkut biaya dan hasilnya.

Langkah pertama, perencanaan negosiasi adalah mendefinisikan isu atau persoalan yang akan diatasi. Negosiasi ini pada umumnya akan melibatkan satu atau beberapa isu utama dan beberapa isu sampingan. Dalam mendefinisikan persoalan yang dihadapi dalam negosiasi dapat dilakukan dengan menyusun beberapa isu. Isu-isu tersebut dapat diperoleh dari sumber-sumber sebagai berikut: a) Melakukan analisis situasi atas timbulnya konflik; b) Melalui pengalaman pribadi pihak yang bersengketa; c) Melakukan penelitian untuk mengumpulkan informasi; dan d) Mengonsultasikan dengan para ahli terkait.

Kedua, menggabungkan susunan dalam daftar. Setelah mendapatkan beberapa isu untuk digabungkan, negosiator selanjutnya membuat prioritas di antara isu-isu tersebut, melalui

²⁵⁰Gatot Soemartono, 2006. *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, hlm.127-132.

beberapa tahap yakni: menentukan isu mana yang paling penting dan mana yang kurang penting; dan menentukan apakah isu-isu tersebut saling berhubungan atau terpisah.

Ketiga mendefinisikan keinginan/kepentingan. Setelah isu-isu terkait dengan “apa yang diinginkan” telah diketahui, maka perlu diketahui mengapa kita menginginkannya. Menanyakan hal itu sangat penting karena hal itu terkait dengan nilai, prinsip, serta kepentingan yang ingin dicapai dalam negosiasi. Kepentingan yang dimaksud seperti substansi, proses, dan hubungan. Secara lebih rinci, yang dimaksudkan dengan substansi yaitu yang secara langsung berhubungan dengan isu-isu utama dalam negosiasi. Adapun proses adalah yang terkait dengan tahap dan perilaku bagaimana negosiator akan menyelesaikan sengketa. Sedangkan hubungan adalah yang terkait dengan hubungan kedua belah pihak saat ini dan masa depan; dan hal-hal tak berwujud, yang didasarkan pada prinsip-prinsip standar dimana para pihak tunduk pada norma-norma tersebut, dan benchmarks sebagai kriteria yang akan digunakan untuk mengarahkan penyelesaian.

Adapun yang keempat adalah berkonsultasi dengan pihak lain. Setelah menentukan beberapa isu penting, mengevaluasinya, memastikan kepentingan yang ada, negosiator yang berpengalaman akan berkonsultasi dengan pihak sebagai berikut: a) Berkonsultasi dengan yang diwakili (konstituen) Dalam hal ini seorang perunding harus berkonsultasi juga dengan konstituennya. Sering kali konstituen mempunyai sejumlah keinginan yang tidak realistis dan sulit terpenuhi, sehingga perunding harus membicarakan terlebih dahulu apa yang akan dimasukkan dalam agenda perundingan serta harapan yang realistis. b) Berkonsultasi terlebih dahulu dengan pihak lainnya Isu, agenda, dan aturan-aturan dalam bernegosiasi perlu dikonsultasikan dengan pihak-pihak b) Berkonsultasi terlebih dahulu dengan pihak lainnya Isu, agenda, dan aturan-aturan dalam bernegosiasi perlu dikonsultasikan dengan pihak-pihak terkait. Untuk menghindari risiko kegagalan negosiasi, sebelum negosiasi dilakukan mutlak diperlukan konsultasi dengan pihak lain. Hal itu dapat dilakukan dengan saling menukar daftar berbagai isu yang dirundingkan, dan berbagai isu yang dirundingkan, dan mereka saling menyetujui isu-isu mana yang akan lebih dahulu dibicarakan sebelum masuk ke dalam isu-isu yang substantif.

b. Mediasi

Mediasi merupakan salah satu elemen pendukung bagi terjuwudnya badan peradilan Indonesia yang agung. Mediasi sebagai elemen pendukung berfungsi sebagai instrumen untuk meningkatkan akses masyarakat terhadap keadilan sekaligus implementasi asas penyelenggaraan peradilan yang sederhana, cepat, dan berbiaya ringan. Selain itu, mediasi juga sebagai cara penyelesaian sengketa secara damai yang tepat, efektif, dan dapat membuka akses yang lebih luas kepada Para Pihak untuk memperoleh penyelesaian yang memuaskan serta berkeadilan.²⁵¹

Pasal 1 angka 1 Peraturan Mahkamah Agung No.1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan (PERMA PMP) menyatakan bahwa “Mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator. Dalam hal ini mediator adalah hakim atau pihak lain yang memiliki sertifikat mediator sebagai pihak netral, yang membantu para pihak dalam proses perundingan guna mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa tanpa menggunakan cara memutuskan atau memaksakan sebuah penyelesaian (Pasal 1 angka 2 Perma PMP) .

Dalam ketentuan hukum acara perdata yang berlaku, Pasal 154 Reglemen Hukum Acara untuk Daerah Luar Jawa dan Madura (Reglement Tot Regeling Van Het Rechtswezen In De Gewesten Buiten Java En Madura, Staatsblad 1927:227) dan Pasal 130 Reglemen Indonesia yang diperbaharui (Het Herziene Inlandsch Reglement, Staatsblad 1941:44) mendorong para pihak untuk menempuh proses perdamaian yang dapat didayagunakan melalui mediasi dengan mengintegrasikannya ke dalam prosedur berperkara di pengadilan.²⁵²

Selanjutnya ketentuan tersebut diadopsi kembali ke dalam peraturan Mahkamah Agung sebagaimana dinyatakan pada bagian pertimbangan d PERMA PMP bahwa “Prosedur mediasi di pengadilan menjadi bagian hukum acara perdata dapat memperkuat dan mengoptimalkan fungsi lembaga peradilan dalam penyelesaian sengketa”. Ciri utama proses mediasi adalah perundingan yang esensinya sama dengan proses musyawarah atau konsensus. Sesuai dengan hakikat perundingan atau musyawarah (konsensus), maka

²⁵¹Bagian menimbang butir a dan b Peraturan Mahkamah Agung No.1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan

²⁵² Bagian menimbang c Peraturan Mahkamah Agung No.1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan

tidak boleh ada paksaan untuk menerima atau menolak sesuatu gagasan atau penyelesaian selama proses mediasi berlangsung. Segala sesuatunya harus memperoleh persetujuan dari para pihak.

Menurut Prof. Efa Laela Fakhriah, S.H.,M.H Ketua Umum Asosiasi Dosen Hukum Acara Perdata (ADHAPER) seluruh Indonesia, bahwa mediasi merupakan instrumen penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Hal itu bermakna sebelum kasus diajukan (didaftarkan) pengadilan para pihak yang bersengketa telah menjalani proses penyelesaian sengketa di luar pengadilan secara mediasi (perdamaian). Namun karena proses penyelesaian sengketa tersebut tidak mendapatkan titik temu (kesepakatan) untuk dapat menyelesaikan perselisihan di antara mereka. Maka pengadilan menjadi pilihan terakhir untuk menyelesaikan perselisihan yang mereka hadapi.²⁵³

5.6.2 Langkah-langkah negosiasi

Langkah-langkah pelaksanaan mediasi diantaranya yaitu:

- i) Setelah perkara dinomori, dan telah ditunjuk majelis hakim oleh ketua, kemudian majelis hakim membuat penetapan untuk mediator supaya dilaksanakan mediasi.
- ii) Setelah pihak-pihak hadir, majelis menyerahkan penetapan mediasi kepada mediator berikut pihak-pihak yang berperkara tersebut.
- iii) Selanjutnya mediator menyarankan kepada pihak-pihak yang berperkara supaya perkara ini diakhiri dengan jalan damai dengan berusaha mengurangi kerugian masing-masing pihak yang berperkara.
- iv) Mediator bertugas selama 21 hari kalender, berhasil perdamaian atau tidak pada hari ke 22 harus menyerahkan kembali kepada majelis yang memberikan penetapan. Jika terdapat perdamaian, penetapan perdamaian tetap dibuat oleh majelis.

Mediator adalah pihak netral yang membantu para pihak dalam proses perundingan guna mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa tanpa menggunakan cara memutus atau memaksakan sebuah penyelesaian. Tugas pokok dari mediator adalah sebagai berikut: i). Menciptakan forum-forum, seperti mengundang rapat dan lain-lain; ii). Mengumpulkan dan membagi-

²⁵³Efa Laela Fakhriah, 2018. Ketua Umum Asosiasi Dosen Hukum Acara Perdata (ADHAPER) Indonesia, wawancara 22 September 2018.

bagi informasi; iii) Memecahkan masalah.; dan iv) Mengusulkan keputusan/solusi (jika belum ditemukan solusi).

a. Konsiliasi

Konsiliasi mirip dengan mediasi, yakni juga merupakan suatu proses penyelesaian sengketa berupa negosiasi untuk memecahkan masalah melalui pihak luar yang netral dan tidak memihak yang akan bekerja dengan pihak bersengketa untuk membantu menemukan solusi dalam menyelesaikan sengketa tersebut secara memuaskan kedua belah pihak. Pihak ketiga yang netral tersebut dengan konsiliator. Karena antara mediasi dengan konsiliasi banyak persamaannya, maka dalam praktek kedua istilah tersebut sering dicampuradukkan.

b. Pencari Fakta

Penyelidikan dilakukan oleh pihak ketiga yang tidak memihak keduanya dimaksud untuk mencari fakta. Hal ini bisa kita sebut misalnya melalui kepolisian, dimana akan dikupas tuntas, diselidiki hingga ketemu akar masalahnya. Dan fakta yang benar itulah yang benar dan harus diterima oleh kedua belah pihak.

Selain itu, contoh yang bisa kita ambil adalah dalam sengketa perebutan anak. Dimana siapa yang menjadi orang tua kandungnya. Hal ini bisa meminta pihak ketiga (pihak rumah sakit) untuk melakukan tes DNA. Dimana hasil yang keluar dari pihak rumah sakit menjadi bukti dari sengketa tersebut yang kemudian untuk dijadikan penyelesaiannya.

c. 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 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. Ini perwakilan memiliki kewenangan untuk menegosiasikan penyelesaian. Para pihak juga memilih "penasehat netral" untuk

duduk di panel. Penasihat harus independen dan tidak memihak, karena orang ini akan moderat minitrial tersebut. Apabila para pihak tidak bisa menyepakati penasihat netral, badan ADR memfasilitasi dapat membuat seleksi. Para pihak membayar bagian yang sama dari biaya penasihat dan menanggung biaya mereka sendiri minitrial.

Sebelum minitrial pihak memilih dan kemudian 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 apa yang disebut sebagai "pertukaran informasi." Pertukaran ini adalah, pada dasarnya, minitrial tersebut. Para pihak harus menyepakati panjang celana dan tanggal jatuh tempo untuk dokumen.

d. Ombudsman

Ombudsman (jamak bahasa Inggris konvensional: ombudsmen) adalah orang yang bertindak sebagai perantara terpercaya antara baik negara (atau unsur-unsur itu) atau organisasi, dan beberapa konstituen internal atau eksternal, sementara mewakili tidak hanya tapi kebanyakan lingkup yang luas dari konstituen kepentingan. Sebuah Swedia, Denmark dan Norwegia adat istilah, Ombudsman secara etimologis berakar pada *umboðsmaðr* kata Norse Lama, pada dasarnya berarti "perwakilan".

Dalam paling sering penggunaan modern, ombudsman adalah seorang pejabat, biasanya ditunjuk oleh pemerintah atau oleh parlemen, tetapi dengan tingkat signifikansi kemerdekaan, yang dituduh mewakili kepentingan publik dengan menyelidiki dan menangani pengaduan yang dilaporkan oleh individu. Variasi modern dari istilah ini termasuk "ombud", "Ombudsman", "ombudsman", atau "ombudswoman".

Apakah ditunjuk oleh legislatif, eksekutif, atau organisasi (atau, lebih jarang, dipilih oleh konstituensi), tugas khas ombudsman adalah untuk menyelidiki keluhan konstituen dan berusaha untuk mengatasinya, biasanya melalui rekomendasi (mengikat atau tidak) atau mediasi. Ombudsman kadang-kadang juga bertujuan untuk mengidentifikasi isu-isu sistemik yang mengarah ke layanan yang buruk atau pelanggaran hak-hak rakyat. Di tingkat nasional, ombudsman yang paling memiliki mandat yang luas untuk menangani seluruh sektor publik, dan kadang-kadang juga unsur-unsur dari sektor swasta (misalnya, dikontrak penyedia layanan).

Dalam beberapa kasus, ada mandat yang lebih terbatas, misalnya dengan sektor-sektor tertentu dari masyarakat.

Perkembangan yang lebih baru telah menyertakan penciptaan Ombudsman Anak khusus dan lembaga Komisarisi Informasi.

Dalam beberapa yurisdiksi ombudsman dibebankan dengan penanganan keprihatinan tentang pemerintah nasional lebih formal disebut sebagai "Komisioner Parlemen" (misalnya, Inggris Parlemen Komisarisi Administrasi, dan Ombudsman negara Australia Barat). Di banyak negara di mana kewenangan ombudsman melampaui menangani masalah administrasi dugaan untuk mempromosikan dan melindungi hak asasi manusia, ombudsman diakui sebagai lembaga hak asasi manusia nasional. Ombudsman kata dan makna spesifik telah diadopsi dalam berbagai bahasa, termasuk Spanyol, Belanda dan Ceko. Jabatan ombudsman memiliki pada akhir abad ke-20 telah ditetapkan oleh sebagian besar pemerintah dan oleh beberapa organisasi antar pemerintah seperti Uni Eropa.

Di beberapa negara seorang Inspektur Jenderal, Citizen Advokat atau pejabat lain mungkin memiliki tugas yang sama dengan seorang ombudsman nasional, dan juga dapat ditunjuk oleh legislatif. Di bawah tingkat nasional ombudsman yang dapat ditunjuk oleh pemerintah negara bagian, lokal atau kota, dan ombudsman tidak resmi dapat ditunjuk oleh, atau bahkan bekerja, sebuah perusahaan seperti pemasok utilitas atau koran, sebuah LSM, atau untuk profesional regulasi tubuh.

e. Penilaian Ahli

Tanggapan ahli adalah segala sesuatu yang merupakan, dasar pemikiran dan indikator dan penyelesaian sengketa bisnis, karena dalam penyelesaian sengketa harus melihat aspek-aspek hukum, sosial dan budaya. Bagaimana Ahli Hukum dapat memberikan kontribusi yang positif dalam penyelesaian sengketa bisnis.

Penyelesaian sengketa pada umumnya harus menggunakan prinsip keadilan dalam penyelesaian, tidak menggunakan pendapat seseorang saja, harus melibatkan beberapa pihak yang betul-betul kompeten dalam hukum bisnis.

Keberadaan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) diatur dalam UU Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UUPK) Bab XI Pasal 49 sampai dengan pasal 58. Pasal 49 ayat (1) menyatakan bahwa "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 UUPK) dan tanpa ada penawaran banding yang dapat memperlama proses pelaksanaan keputusan (Pasal 56 dan 58 UUPK), 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, unsur konsumen, dan unsur pelaku usaha, yang masing-masing unsur diwakili oleh 3-5 orang, yang diangkat dan diberhentikan oleh Menteri (Pasal 49 ayat (3) dan ayat (5)). Anggota BPSK memiliki tugas dan wewenang (Pasal 52 UUPK) meliputi:

- a. melaksanakan penanganan dan penyelesaian sengketa konsumen, dengan cara melalui mediasi atau arbitrase atau konsiliasi;
- b. memberikan konsultasi perlindungan konsumen;
- c. melakukan pengawasan terhadap pencantuman klausula baku;
- d. melaporkan kepada penyidik umum apabila terjadi pelanggaran ketentuan dalam undang-undang ini;
- e. menerima pengaduan baik tertulis maupun tidak tertulis, dari konsumen tentang terjadinya pelanggaran terhadap perlindungan konsumen;
- f. melakukan penelitian dan pemeriksaan sengketa perlindungan konsumen;
- g. 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;
- h. meminta bantuan penyidik untuk menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli, atau setiap orang yang tidak bersedia memenuhi panggilan BPSK;
- i. mendapatkan, meneliti dan/atau menilai surat, dokumen, atau alat bukti lain guna penyelidikan dan/atau pemeriksaan;
- j. memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak konsumen;
- k. memberitahukan putusan kepada pelaku usaha yang melakukan pelanggaran terhadap perlindungan konsumen;
- l. menjatuhkan sanksi administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan undang-undang ini.

- m. Peradilan adat, Peradilan adat merupakan salah satu alat penyelesaian sengketa bisnis menurut adat yang berlaku di daerah tersebut.

Penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase terdapat kelebihan dan juga kekurangan. Adapun kelebihan dan kekurangan yang dimaksud antara lain dapat dilihat dalam ringkasan table 5.2 di bawah ini.

Tabel 5.2 Kelebihan dan Kekurangan Arbitrase

No.	Kelebihan	Kekurangan
1	Prosedur tidak berbelit sehingga putusan akan cepat didapat.	Hanya untuk kalangan tertentu (perusahaan besar).
2	Putusan akan lebih terkait dengan situasi dan kondisi.	Solusi yang bersifat kuratif
3	Biaya murah	Due process kurang terpenuhi, dan putusan tidak dapat diprediksi
4	Hukum pembuktian dan prosedur lebih luwes	Kurangnya power untuk mengiringi para pihak ke settlement
5	Putusan umumnya inkraacht (final binding).	Kualitas putusan sangat bergantung pada kualitas arbiter (<i>an arbittation ia as good as arbitrators</i>).
6	Para pihak bisa memilih hukum yang akan diberlakukan oleh arbitrase.	Kurangnya unsur finality
7	Para pihak dapat memilih sendiri para arbiter.	Dapat menyembunyikan dispute dari <i>public scrutiny</i> .
8	Dapat dipilih arbiter dari kalangan ahli dalam bidangnya.	Kurangannya power dalam hal <i>law enforcement</i> dan eksekusi.
9	Putusan arbitrase juga dapat dieksekusi oleh pengadilan, tanpa atau dengan sedikit review.	Kurangnya power untuk mengiringi para pihak ke settlement.
10	Menutup kemungkinan forum shopping (mencoba-coba untuk memilih atau menghindari pengadilan).	Kurangnya power untuk menghadirkan barang bukti atau saksi. Berakibat semakin tinggi rasa permusuhan dan hujatan terhadap badan-badan pengadilan konvensional.

Paparan selanjutnya adalah menguraikan ringkasan yang terdapat dalam tabel di atas mengenai kelebihan dan kekurangan penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Adapun kelebihan penyelesaian sengketa menggunakan jalur arbitrase yaitu antaranya seperti berikut:

- a. Prosedur sederhana, cepat
Prosedur ini yang kemudian akan mendapatkan putusan yang cepat dan murah dari pada proses litigasi di pengadilan. Pada umumnya prosedur arbitrase ditentukan dengan memberikan batas waktu penyelesaian sengketa lamanya 180 hari atau 6 (enam) bulan sejak arbiter (majelis arbitrase) terbentuk, dan apabila diperlukan dengan persetujuan para pihak dan arbiter atau para arbiter, maka jangka waktu tersebut dapat diperpanjang (Pasal 48 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999).
- b. Bebas memilih arbiter.
Adanya kebebasan para pihak untuk memilih arbiter yang akan menyelesaikan persengketaan mereka. Jika dalam hal ini para pihak tidak bersepakat dalam memilih arbiter, maka ketua pengadilan negeri dapat menunjukkan arbiter atau majelis arbitrase (Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999).
- c. Biaya lebih murah
Biaya arbitrase biasanya terdiri dari biaya pendaftaran, biaya administrasi dan biaya arbiter yang sudah ditentukan tarifnya. Prosedur arbitrase dibuat sederhana mungkin dan tidak terlalu formal. Disamping itu, para arbiter adalah ahli dan praktisi dibidang atau pokok yang dipersengketakan sehingga diharapkan akan mampu memberikan putusan yang cepat dan objektif. Hal itu ditentukan menghemat biaya jika dibandingkan dengan melalui pengadilan.
- d. Putusan akhir (*final*) dan mengikat (*binding*)
Putusan arbitrase pada umumnya dianggap final dan binding (tidak ada upaya untuk banding). Namun, apabila ada hukum yang berlaku dalam yurisdiksi yang bersangkutan menetapkan pelaksanaan putusan arbitrase melalui pengadilan, pengadilan yang harus mengesahkannya dan tidak berhak meninjau kembali persoalan (materi) dari putusan tersebut.
- e. Putusan bersifat rahasia dan arbiter dari kalangan pakar

Putusan yang diperoleh tidak diekspos di depan umum. Terkait dengan hukum terhadap pembuktian dan prosedur lebih luwes, dan arbiter dari kalangan ahli yang berkompeten dalam bidangnya. Sehingga putusan akan lebih terkait dengan situasi dan kondisi. Putusan arbitrase yang dihasilkan umumnya inkraht (*final binding*) dan putusan juga dapat dieksekusi oleh pengadilan, tanpa atau dengan sedikit review. Seterusnya prosedur arbitrase lebih mudah dimengerti oleh masyarakat banyak, dan menutup kemungkinan mencoba-coba untuk memilih atau menghindari pengadilan forum belanja (*forum shopping*).

f. Bebas memilih hukum

Para pihak dapat memilih hukum yang akan diberlakukan, yang ditentukan oleh para pihak sendiri dalam perjanjian. Khusus yang dalam kaitanya dengan para pihak yang berbeda kewarganegaraan, para pihak yang bebas memilih hukum ini, berkaitan berkaitan dengan teori pilihan hukum dalam hukum perdata internasional (HPI). Hal ini karena masing-masing Negara mempunyai HPI tersendiri.²⁵⁴

Kelebihan lain daripada lembaga arbitrase menurut Erman Rajagukguk sebagaimana yang dikutip oleh Zaeni Asyhadie diantaranya yaitu: i) Pengusaha asing menganggap sistem hukum dan pengadilan setempat asing bagi mereka; ii). Pengusaha-pengusaha negara maju mengatakan hakim dari Negara negara berkembang tidak menguasai sengketa dagang yang melibatkan hubungan-hubungan niaga dan keuangan Internasional yang rumit; iii). Pengusaha negara maju beranggapan bahwa penyelesaian sengketa melalui pengadilan akan memakan waktu yang lama dan ongkos yang besar; iv). Adanya anggapan bahwa pengadilan di Indonesia akan bersifat subjektif kepada mereka karena hakim yang memeriksa dan memutus sengketa bukan dari negara mereka; vi). Penyelesaian senketa di pengadilan akan mencari siapa yang salah dan siapa yang benar, dan hasilnya akan merenggangkan hubungan dagang antara mereka; vi). Penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase dianggap dapat melahirkan putusan yang kompromistis, yang dapat diterima oleh kedua belah pihak.²⁵⁵

²⁵⁴ Zaeni Asyhadie, 2009. *Hukum Bisnis*, Jakarta, Raja grafindo persada, edisi revisi, hlm.213-214.

²⁵⁵*Ibid.*

Seterusnya kekurangan penyelesaian sengketa melalui arbitrase yang dimaksud dapat diuraikan seperti berikut: i) Tersedia dengan baik untuk perusahaan besar, tetapi tidak untuk perusahaan kecil; ii). Due process kurang terpenuhi; iii) Kurangnya unsur finality; iv). Kurangnya power untuk mengiringi para pihak kepenyelesaian (*settlement*); v) kurangnya power dalam hal *law enforcement* dan eksekusi; vi) Kurangnya power untuk menghadirkan barang bukti atau saksi; vii) Dapat menyembunyikan dispute dari pengawasan publik (*public scrutiny*); viii) tidak dapat menghasilkan solusi yang bersifat preventif; ix) Putusan tidak dapat diprediksi dan ada kemungkinan timbulnya putusan yang saling bertentangan; x).Kualitas putusan sangat bergantung pada kualitas arbiter (*an arbittation ia as good as arbitrators*; xi). Berakibat kurangnya semangat dan upaya untuk memperbaiki pengadilan konvensional; xii). Berakibat semakin tinggi rasa permusuhan dan hujatan terhadap badan-badan pengadilan konvensional.

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 tahun 1999 yang 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, bahkan sampai 20 tahun lebih.

Pokok dari prosedur beracara diarbitrase adalah sebagai berikut :

- a. Permohonan arbitrase oleh pemohon.
- b. Pengangkatan arbiter.
- c. Pengajuan surat tuntutan oleh pemohon.
- d. Penyampaian 1 (satu) salinan putusan kepada termohon.
- e. Jawaban tertulis diserahkan kepada arbiter.
- f. Salinan jawaban diserahkan kepada termohon atas perintah arbiter.
- g. Perintah arbiter agar par a pihak menhadap arbitrase.
- h. para pihak menghadap arbitrase.
- i. Tuntutan balan dari termohon.
- j. Pemanggilan lagi jika termohon tidak menghadap tanpa alasan yang jelas.

- k. Jika termohon tidak juga menghadap sidang, pemeriksaan diteruskan tanpa kehadiran termohon (*verstek*) dan tuntutan dikabulkan jika cukup alasan untuk itu.
- l. Jika termohon hadir, diusahakan perdamaian oleh arbiter.
- m. proses pembuktian.
- n. Pemeriksaan selesai dan ditutup (maksimum 180 hari sejak arbitrase terbentuk).
- o. Pengucapan putusan.
- p. Keputusan diserahkan kepada para pihak.
- q. Putusan diterima oleh para pihak.
- r. Koreksi, tambahan, pengurangan terhadap putusan.
- s. Penyerahan dan pendaftaran putusan ke Pengadilan Negeri yang berwenang.
- t. Permohonan eksekusi didaftarkan di panitera Pengadilan Negeri.
- u. Putusan pelaksanaan dijatuhkan.
- v. Perintah ketua Pengadilan Negeri jika putusan tidak dilaksanakan.

5.7 Eksekusi Putusan Arbitrase

Agar suatu putusan arbitrase benar-benar bermanfaat bagi para pihak maka putusan tersebut mestilah dapat dieksekusi. Eksekusi tersebut dapat dilakukan oleh badan pengadilan yang berwenang. Cara melakukan eksekusi terhadap suatu putusan arbitrase adalah sebagai berikut :

- a. 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.
- b. Eksekusi secara paksa dimaksudkan jika pihak yang berkewajiban melaksanakan kewajiban berdasarkan isi putusan arbitrase tidak mau melaksanakan kewajibannya, maka diperlukan campur tangan Pengadilan Negeri.

Agar putusan bisa dieksekusi harus ada “akta pendaftaran” yaitu pencatatan dan penanda tangan pada bagian akhir atau di pinggir dari putusan arbitrase asli atau salinan otentik yang ditandatangani bersamasama oleh panitera Pengadilan Negeri dan arbiter. Kontrak Arbitrase: Dengan kontrak arbitrase ini yang dimaksudkan adalah suatu kesepakatan (sebelum atau setelah terjadinya sengketa) diantara para pihak yang bersengketa untuk

membawa ke arbitrase setiap sengketa yang timbul dari suatu bisnis yang terbit dari transaksi tertentu.

Arbitrase Internasional : Yang dimaksud dengan 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.

Dengan demikian, asas seolah itu, pada dasarnya pertikaian yang berlaku dalam perbankan Islam tidak begitu jauh berbeda dengan yang berlaku dalam perbankan pada umumnya. Jika wujud perbedaan khusus pada perbankan Islam adalah adanya pelanggaran terhadap prinsip-prinsip syari'ah. Kecenderungan pertikaian perbankan Islam disebabkan oleh pelanggaran terhadap kontrak (akad) yang telah mengikat pihak terlibat. Pelanggaran terhadap akad adalah bertentangan dengan prinsip-prinsip *shariah*, haram hukumnya untuk dilakukan baik oleh pengguna maupun bank. Dalam Islam, akad bukan hanya sekedar bentuk ikatan prestasi yang harus dipenuhi oleh para pihak yang terikat dalam akad tersebut tetapi akad juga merupakan ikatan antara dua perkataan atau lebih atau yang mewakilinya yang menimbulkan dampak hukum menurut *syara'*.²⁵⁶ Dengan demikian, akad bukan hanya sekedar janji antara manusia tetapi juga merupakan janji dengan Allah SWT, agar hal-hal dalam akad tersebut dilaksanakan dengan sebaik-baiknya.

Dengan demikian alternatif penyelesaian sengketa bisnis di luar pengadilan pada masa kini menjadi pilihan kalangan bisnis, sebab penyelesaian melalui pengadilan dipandang mengalami beban yang terlampaui padat (*overloaded*), lamban dan buang waktu (*waste of time*), biaya mahal (*very expensive*) dan kurang tanggap (*unresponsive*) terhadap kepentingan umum atau dipandang terlalu formalistik (*formalistic*) dan terlalu teknis (*technically*). Penyelesaian sengketa di luar pengadilan dengan mekanisme konsiliasi, mediasi, negosiasi dan pendapat ahli serta penyelesaian menurut masyarakat adat dapat mencerminkan proses penyelesaian sengketa secara adil kiranya tergalinya nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat secara cepat, murah, damai atau solusi menang-menang (*win-win solution*) tidak dengan solusi kalah menang (*win lose solution*). Dengan catatan

²⁵⁶Muhammad Ihsan. Kontrak dalam Fiqh. Kertas kerja *Pelatihan Nasional Pembuatan Kontrak Dalam Praktek Perbankan Syari'ah*, BASYARNAS, Yogyakarta, 20-21 Mei 2006, hlm 2.

bahwa persyaratan arbitrase haruslah terpenuhi. Persyaratan arbitrase yang dimaksud seperti adanya konsensus diantara para pihak untuk menyelesaikan suatu sengketa yang terjadi atau yang akan terjadi akan diselesaikan melalui arbitrase. Sebaliknya Jika tidak adaikata sepakat dari para pihak maka hal itu bukanlah suatu perjanjian arbitrase.

5.8 Urgensi Alternatif Penyelesaian Sengketa

Alternatif penyelesaian sengketa secara konvensional dilakukan melalui sebuah badan yang disebut dengan pengadilan. aturan bahkan ribuan tahun badan-badan pengadilan ini telah berkiprah. Akan tetapi lama kelamaan badan pengadilan ini semakin terpasung dalam tembok-tembok yuridis yang sukar ditembusi oleh para pencari keadilan. Dalam hal jika pencari keadilan tersebut adalah pelaku bisnis dengan sengketa yang menyangkut dengan bisnis. Maka mulailah dipikirkan alternatif-alternatif lain untuk menyelesaikan sengketa, diantaranya adalah lewat badan arbitrase.

Arbitrase merupakan cara penyelesaian sengketa perdata yang bersifat swasta di luar pengadilan umum. Penyelesaian sengketa perdata ini yang didasarkan pada kontrak arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Pihak penyelesai sengketa disebut arbiter, mereka dipilih oleh para pihak yang bersangkutan. Arbiter yang dipilih oleh para pihak diyakini sebagai orang-orang yang memiliki sikap bijaksana dan mampu bersikap adil. Mereka yang terpilih adalah orang-orang yang tidak berkepentingan dengan perkara yang bersangkutan, karena mereka yang akan memeriksa dan memberi putusan terhadap sengketa tersebut. Hal itu dimaksudkan agar para arbiter dalam menjalankan tugasnya tidak terjadi berturan kepentingan (*conflik interest*).

Arbiter dapat berupa arbiter tunggal maupun majelis, dan dalam hal arbiternya berbentuk majelis biasanya terdiri dari 3 (tiga) orang. Di Indonesia syarat-syarat untuk menjadi arbiter adalah: i) Cakap dalam melakukan tindakan hukum; ii) Berumur minimal 35 (tiga puluh lima) tahun; iii) bebas dari kepentingan keuangan maupun lainnya atas kepentingan arbiter; iv) tidak mempunyai hubungan sedarah atau semenda sampai dengan derajat kedua dengan salah satu pihak yang bersengketa; v) berpengalaman atau menguasai secara aktif dalam bidangnya sedikit-dikitnya 15 (lima belas) tahun; vi). Hakim, jaksa, paniteran, dan pejabat peradilannya tidak boleh menjadi arbiter.

Prinsip-prinsip yang digunakan oleh Arbitrase (nasional maupun internasional) seperti: i) efisien; ii) terjangkau dalam arti biaya, waktu dan tempat (*Accessibility*); iii) proteksi hak para pihak; iv) final and binding; v) adil (*fair and just*); vi) sesuai dengan *sense of justice* dalam masyarakat; vii) kredibilitas jika arbiter mempunyai kredibilitas, maka putusannya akan dihormati orang.

*

BAB VI

PENGACARA INTERNAL PERUSAHAAN (*IN HOUSE COUNCIL*)

6.1 Pendahuluan

Pada abad ke-21 bagian hukum semakin menyelaraskan struktur manajemen dan tujuannya untuk menyesuaikan dengan tujuan strategis perusahaan. Hasilnya adalah integrasi pengacara internal perusahaan yang lebih mulus dengan tim bisnis. Perusahaan akan sering mengharapkan nasihat baru pada tingkat junior untuk mempertimbangkan dampak bisnis dari keputusan hukum. Perubahan besar dalam pendekatan mereka untuk mempraktekkan hukum. Mereka harus beralih dari memberikan nasihat hukum "murni" untuk memberikan nasihat yang mencakup konteks hukum dan resiko untuk membuat keputusan bisnis tertentu. Pengacara internal perusahaan yang paling sukses membuat transisi dari "pengacara murni" menjadi mitra bisnis. Dengan demikian, hal yang membuat pengacara internal perusahaan sangat berharga untuk sebuah perusahaan adalah kemampuan pengacara internal untuk memberikan saran dengan mempertimbangkan objek hukum dan perusahaan. Maka fungsi ganda ini juga yang menjadikan peran sebagai penasihat internal, bahkan terkadang terhadap sebuah perjalanan yang sulit tetapi menantang.

Tantangan bagi seseorang yang menjalankan profesi sebagai house council antara lain seperti keterbatasan kemampuan untuk membantu pihak yang memerlukan bantuannya. Sebagaimana dinyatakan oleh Hyun Park²⁵⁷ seorang *in house counsel* dan wakil president senior Pacific Gas and Electric Company, bahwa: *"One of the biggest challenges of being general counsel is, Park says, "the enormous demands on my calendar. I want to help anybody who asks for my help, but there are only a certain number of hours in a day." And because the legal department cuts across the organization, "I'm pulled in a lot of different directions. Every day I have to ask, 'What are my most important priorities? Where should I spend my time?' I need to step back and think strategically."* Bermakna bahwa satu diantara tantangan paling besar menjadi penasihat hukum internal

²⁵⁷Hyun Park, 2008. *Life Of In-House Lawyers*, The Bar Association Of San Francisco San Francisco Attorney, hlm. 30-31.

perusahaan adalah tuntutan yang sangat besar dalam kalendernya. Seorang *in house counciling* membantu siapa saja yang membutuhkan bantuan, namun keterbatasan waktu maka perlu menentukan prioritas yang paling penting dan berfikir dimana harus menghabiskan waktu serta berfikir mengenai strateginya.

6.2 Pengertian Pengacara Internal Perusahaan (*In-House Council*)

In house council merupakan seorang penasihat hukum yang berada dalam lingkungan perusahaan. Pengacara internal perusahaan, adalah sebutan lain yang sering digunakan di dalam lingkungan bisnis dewasa ini. Instilah yang digunakan dalam wikipedia adalah *corporate lawyer*. Persinya untuk menggambarkan bahwa seseorang yang berprofesi sebagai lawyernya sebuah perusahaan digunakan istilah: *a corporate lawyer*. Dalam bidang hukum perusahaan *a corporate lawyer* didefinisikan "*is a lawyer who specializes in corporations law.*"²⁵⁸ Bermakna bahwa ia adalah seorang pengacara yang memiliki kemampuan khusus dalam bidang hukum perusahaan.

Menurut Law Dictionary, *in-house counsel* "a lawyer employed by a business to work in-house on its legal matters."²⁵⁹ Bermakna seorang pengacara yang dipekerjakan oleh sebuah perusahaan untuk bekerja di dalam masalah-masalah hukumnya. Implikasi legalnya adalah *in-house counsel* yang dimaksud merupakan seorang pekerja menangani urusan perusahaan yang terkait dengan hukum.

Di Indonesia hingga saat ini belum ada pengertian formal yang spesifik menjelaskan tentang apa itu profesi *in-house counsel*. Bahkan penggunaan istilah juga beragam terpulang preferensi masing-masing perusahaan. Menurut Yudhistira Setiawan, Presiden *Indonesian Corporate Counsel Association* (ICCA) bahwa perbedaan penggunaan istilah untuk profesi seorang penasihat hukum perusahaan berbeda-beda bergantung bagaimana pihak perusahaan menyebutkan posisi bagian hukum yang terdapat dalam perusahaannya. Perbedaan istilah yang dipergunakan tidak membedakan inti tugas dan pekerjaan profesi seorang *in house counsel* yaitu memastikan bagaimana operasional perusahaan bisa

²⁵⁸*Corporate Lawyer*, https://en.wikipedia.org/wiki/Corporate_lawyer, akses 16 mei 2018.

²⁵⁹*Law Ditionary*, <https://www.merriam-webster.com/legal/house%20counsel>, akses 16 Mei 2018.

berjalan sesuai dengan tujuan perusahaan, tetapi tetap dalam koridor ketaatan terhadap hukum yang berlaku.²⁶⁰

Yudhistira Setiawan menambahkan bahwa dalam tataran global penyebutan *legal staff*, *legal officer*, maupun *in-house counsel* sama jamaknya. Jenis pekerjaan semua staf bagian hukum yang disebut berbeda, namun tugas mereka adalah sama. Semua mengerjakan hal yang sama, meskipun terdapat perbedaan jenis pekerjaan hukum bagi staf hukum perusahaan. Jika diteliti terdapat sedikit perbedaan yang disebabkan oleh jenis industri yang dijalankan oleh suatu perusahaan, hal itu hanya bersifat khusus saja (kasuistik)

Tugas hukum penasihat internal dapat mencakup berbagai topik hukum, termasuk kontrak, kekayaan intelektual, tenaga kerja / pekerjaan, litigasi, pajak, *antitrust*, perusahaan / sekuritas, etika, real estat, masalah privasi - dan mungkin lebih. Seringkali, penasihat internal memainkan peran penting dalam bidang dukungan transaksi, asuransi, penyelesaian pra-litigasi, dan manajemen litigasi. Tergantung pada sifat bisnis dan kedalaman masalah hukum yang terlibat, departemen hukum intrnal perusahaan dapat memiliki spesialis hampir setiap disiplin hukum, beberapa di antaranya mungkin khusus industri. *In-housecounsel* yang terdiri dari hanya satu pengacara atau departemen hukum kecil harus bersedia dan mampu mengenali ketika mereka tidak memiliki keterampilan untuk memberikan saran mengenai masalah tertentu, dan dalam keadaan seperti itu, harus merekomendasikan bahwa perusahaan mendapatkan saran (nasihat) dari luar.

Dengan demikian, perusahaan adalah bijaksana untuk melibatkan penasihat internal pada tahap awal suatu masalah, dan penasihat internal harus mendorong partisipasinya pada tahap itu. Secara keseluruhan, penasihat internal dapat memberikan perspektif yang berbeda dalam mengidentifikasi potensi masalah dan kewajiban untuk perusahaan, seringkali dengan wawasan dan pengetahuan yang lebih besar daripada pengacara luar. Penasihat internal juga dapat mengusulkan resolusi, seperti mediasi, yang dapat menghindari litigasi yang memakan waktu dan memakan waktu.²⁶¹

²⁶⁰YudhistiraSetiawan,apa-beda-i-legal-officer-i-dan-i-in-house-counsel-i-
ini,akses15 Mei 2018.

²⁶¹ Association of Corporate Counsel, 2007. *New to In-house Practice*, Washington, DC, hlm. 8-9

Umumnya tugas seorang pengacara perusahaan adalah untuk memastikan legalitas transaksi komersial, memberi nasihat kepada perusahaan mengenai hak dan kewajiban hukum mereka, termasuk tugas dan tanggung jawab pejabat perusahaan. Untuk melakukan ini, mereka harus memiliki pengetahuan tentang aspek hukum kontrak, hukum pajak, akuntansi, hukum sekuritas, kebangkrutan, hak kekayaan intelektual, perizinan, undang-undang zonasi, dan undang-undang khusus untuk bisnis perusahaan tempat mereka bekerja. Jenjang karier divisi hukum dimulai dari *legal staff*, *senior legal staff*, manager atau *legal head*, dan jika ada, *legal director*. Penyebutan lain yang biasa digunakan juga *in-house counsel*, *senior legal counsel*, *general manager legalcounsel* atau *general counsel*, dan *legal head*. Dalam bahasa Indonesia umumnya staf hukum, kepala seksi hukum, dan kepala divisi hukum.²⁶²

Dalam menjalankan perkerjaannya seorang *In house counsel* atau *legal officer* (LO) perlu memahami 5 (lima) *ratio analysis* untuk menilai kondisi perusahaan, sebagai berikut:

- a. Ratio tidak efektif
Kondisi yang dimaksud dimana perusahaan terlalu banyak memiliki aset tetap dan modal yang sama besar sementara aset jangka pendek, kewajiban jangka pendek dan panjang sedikit.
- b. Rasio beresiko tinggi
Berarti kondisi perusahaan dengan aset jangka pendek yang sedikit dibandingkan kewajiban jangka panjang sedangkan aset tetap sangat besar.
- c. Rasio konservatif, yakni kondisi perusahaan yang memiliki aset jangka pendek dan modal yang besar tetapi aset tetap, kewajiban jangka pendek dan jangka panjang, kondisi keuangan perusahaan yang seperti itu dari segi pengembangan bisnis agak terlambat karena perusahaan terlihat tidak berani berinvestasi pada aset yang lain. Ini model '*family business*' yang tingkat pertumbuhannya hanya 1 (satu) tingkatan (*growth single digit*) sebab perusahaan tidak mau berinvestasi pada asset.²⁶³
- d. Likuiditas minim.
Maksudnya adalah aset jangka pendek lebih kecil daripada kewajiban jangka pendek sehingga mengalami isu likuiditas

²⁶²Yudhistira Setiawan, *ibid*.

²⁶³Yudhistira Setiawan, *ibid*.

yang biasanya perusahaan akan sulit membayar kewajiban kepada vendor yang telah jatuh tempo dalam waktu dekat.

e. Bangkrut

Kewajiban jangka pendek lebih besaar dari modal perusahaan. Kondisi seperti itu, modal akan terus tergerus sehingga tinggal menunggu waktu untuk gulung tikar bila tidak cepat dicari jalan keluar.

Dengan demikian, perusahaan jangan memaksa jualan tapi masih punya aset, bisa dilihat apakah ada yang bisa dijual lebih mahal. Minimal jangan cari untung, tapi bayar utang. Dengan bayar utang, bisa dapat *trust* mungkin bisa kasih pinjaman lagi untuk usaha yang lain. Kondisi yang demikian, dapat diusahakan solusi antara lain seperti restrukturisasi, contohnya *current liabilities* bisa dinego untuk jangka panjang dalam hal kewajiban membayar utang kepada bank (bunga 10 persen, bayar 5 persen). Selain itu dapat pula mengajukan permohonan untuk minta keringanan sementara waktu yang dibayar hanya utang pangkalnya saja.

Kemampuan membaca dan menelaah laporan keuangan juga sangat membantu *in house counsel* dan lawyer dalam mengecek visibilitas suatu *project* apakah akan diambil atau tidak oleh perusahaan. Bila selama ini *in house* atau lebih tepatnya *lawyer corporate* melakukan uji tuntas dari segi hukum (*legal due diligence*), setelah memahami sedikit bagaimana cara menelaah laporan keuangan internal perusahaan, tidak ada salahnya *in house* atau *lawyer* ikut membantu melakukan *finance due diligence* untuk melihat visibilitas project yang sedang dikaji.²⁶⁴

6.3 Fungsi *In House Counsel* dalam Proses Penyusunan Kontrak Bisnis

In House Counsel atau *Legal officer* dalam pekerjaan hukum di perusahaan memiliki peran dan fungsi yang cukup penting khususnya untuk berbagai bentuk badan usaha. Hal ini terkait dengan operasional perusahaan tidak mungkin dapat dipisahkan dengan izin usaha. Dalam bahasa yang lain bahwa aktivitas bisnis perusahaan ditentukan pada perizinan dan otoritas legal lainnya.

²⁶⁴Sudimin Mina, *In-House-Counsel-Dan-Lawyer-Bisa-Prediksi-Kapan-Perusahaan-Akan-Bangkrut*<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt59de00e3ce503/in-house-counsel-dan-lawyer-bisa-prediksi-kapan-perusahaan-akan-bangkrut> akses 14 mei 2018.

Fungsi pentingnya *in-house counsel* terkait dengan kontrak bisnis seperti menyiapkan draf terkait dengan dokumen izin usaha; dan memberikan arahan dan nasihat dari *legal officer* kepada direksi perusahaan baik yang terkait dengan internal maupun eksternal perusahaan.²⁶⁵

In house counsel tidak terbatas hanya pada persoalan yang berkaitan dengan hukum atau peraturan. Pada kondisi tertentu, keduanya punya peran salah satunya memprediksi 'umur' suatu perusahaan. Maka seseorang pengacara internal perusahaan (*in house counsel*) atau lawyer dapat memahami dan menelaah laporan keuangan setidaknya secara dasar. *Head legal* dan *legal counsel* merupakan bagian dari perusahaan, keduanya. Yang mana keduanya punya bagian untuk turut serta membantu perusahaan dalam mengembangkan bisnis serta mencari keuntungan sekalipun selama ini dipahami hanya sebatas pada aspek-aspek yang berkaitan dengan hukum (*legal*) semata.²⁶⁶

Menurut Sudiman Mina bahwa terdapat pandangan yang keliru mengenai keberadaan divisi hukum dalam suatu perusahaan hanya dipandangan akan menjadi 'penghalang' bagi kemajuan dan pengembangan bisnis perusahaan. Hal itu disebabkan kecenderungan perusahaan memandang divisi *legal corporate* hanya mengerti sebatas peraturan yang bersifat teknis dari inti perusahaan. Oleh karena itu, seorang *lawyer* perusahaan perlu memahami lebih baik lagi mengenai proses bisnis perusahaan. Sehingga akan memudahkan dia dalam bekerja khususnya dalam mendesain dan membangun argumentasi dari sisi hukum.²⁶⁷

Beliau juga menambahkan bahwa perusahaan skala kecil, misalnya tidak memiliki divisi hukum yang 'gemuk' atau berjuang sendiri (*single fighter*) mengerjakan segala hal yang berkaitan dengan hukum, mulai dari mengkaji (*review*) perjanjian hingga pekerjaan-pekerjaan yang bersifat teknis lainnya. Dengan demikian, menjadi sukar bagi seorang *in house counsel* untuk dapat memberikan kontribusi lebih untuk perusahaan. Mereka bahkan pandang tidak penting dalam struktur perusahaan, hal itu terlihat

²⁶⁵Sudimin Mina, Disampaikan pada Pelatihan Hukum Online: Pemahaman Dasar Akuntansi Keuangan dalam Transaksi Bisnis Perusahaan, Jakarta, <http://www.legalakses.com/fungsi-legal-officer-dalam-pekerjaan-hukum-di-perusahaan>

²⁶⁶Sudimin Mina, Disampaikan pada Pelatihan Hukum Online: Pemahaman Dasar Akuntansi Keuangan dalam Transaksi Bisnis Perusahaan, Jakarta, *ibid.*

²⁶⁷*ibid.*

mereka tidak diikuti sertakan dalam pengambilan kebijakan perusahaan.

In house counsel atau lawyer sebetulnya punya potensi sangat besar bagi perusahaan, misalnya membesarkan skala perusahaan. Yang patut dipahami, sebelum itu *in house counsel* ataupun lawyer wajib mengerti bagaimana kondisi perusahaan dengan cara menelaah laporan keuangan. Hal itu dapat dilakukan dengan mudah, karena itu harus sampai mahir menyusun laporan keuangan. Namun hanya perlu memahami sampai dapat menelaah akan 'nasib' perusahaan pada masa yang akan datang.

Selanjutnya dalam konteks internal *in house counsel* memiliki peran dan fungsional yang cukup penting karena umumnya berkedudukan langsung di bawah direksi-staf direksi. Kedudukan ini memudahkan *in house counsel* untuk berkoordinasi dengan hampir semua bagian di internal perusahaan-marketing, akunting, internal audit dan *Human Resouces Develompemnt* (HRD). Kududukan ini memberi *in house counsel* peran yang strategis, karena bisa mengakses hampir semua informasi tentang perusahaan. Keuntungannya, kedudukan strategi ini merupakan alarm yang bisa langsung mendeteksi adanya permasalahan hukum dalam internal perusahaan, sehingga tidak perlu menunggu waktu lama untuk segera atasi.

Sedangkan secara eksternal, *in house counsel* memiliki fungsi antara lain sebagai berikut:

- a. Jembatan penghubung kerja sama antara perusahaan dengan pihak luar perusahaan, baik pemerintah maupun swasta;
- b. Untuk memastikan perizinan perusahaan terpenuhi;
- c. Membuat daftar perizinan;
- d. Menyiapkan konsep pengajuannya kerjasama dengan instansi pemerintah;
- e. Untuk memastikan kerja sama perusahaan dengan pihak swasta misalnya mitra bisnis atau vendor;
- f. Menyiapkan kontrak kerja sama dan memonitornya; dan
- g. Menyusun konsep kontrak dan legal opini.

Dalam konteks terjadi sengketa hukum yang melibatkan perusahaan, maka seorang *in house counsel* menjadi pihak yang mewakili perusahaan maju ke pengadilan untuk membela kepentingan perusahaan.²⁶⁸ Namun dalam kasus sengketa

²⁶⁸ *Ibid.*

ketenagakerjaan seperti Pemutusan Hubungan Pekerja (PHK) *in house counsel* boleh jadi hanya mengawasi saat sengketa ditangani oleh departemen HRD. Sedangkan terkait dengan pelanggaran hal merek milik perusahaan, maka tugas *in house counsel* mengajukan somasi, negosiasi dan jika diperlukan mencari pengacara litigasi untuk mengajukan gugatan hukum.²⁶⁹

Dengan demikian, fungsi *in house counsel* bagi keberadaan sebuah perusahaan sangatlah penting baik bertindak untuk kepentingan perusahaan secara internal maupun eksternal. Keberadaan *in house counsel* dalam suatu perusahaan akan memberi kontribusi besar bagi kemajuan dan pengembangan perusahaan baik secara langsung maupun tidak langsung. Kontribusi yang diberikan sebagai bagian kinerja yang ditampilkan oleh seorang *in house counsel*, hal itu tidak terlepas daripada kemampuan menghendel pekerjaan yang menjadi tanggung jawabnya. Sehingga pihak perusahaan tidak terganggu oleh pelbagai masalah yang mungkin terjadi dan akan menimbulkan resiko terhadap operasional perusahaan.

6.4 Peran *In House Counsel* dalam Proses Penyusunan Kontrak Bisnis

Peran seorang *in house counsel* dibutuhkan oleh perusahaan dan akan dapat memberikan kontribusi penting bagi keberadaan perusahaan. Adapun peran yang dimaksud dapat diklasifikasikan kedalam 2 (dua) yaitu: a. Peran yang bersifat non-litigasi dan b. Peran yang bersifat litigasi.

a. Peran yang bersifat non-litigasi

Berikut akan dipaparkan mengenai peran *in house counsel* bersifat non-litigasi, bahwa peran *in house counsel* yang bersifat non-litigasi ini sangat dibutuhkan oleh sebuah perusahaan, baik perusahaan yang bergerak dibidang pertambangan maupun bidang lainnya. Selain kemampuannya dalam menghadapi permasalahan atau sengketa hukum yang ada, para *in house legal counsel* juga diharapkan mempunyai kemampuan dalam berbisnis. Mereka harus mampu melihat peluang bisnis yang ada dan bagaimana cara-cara mengatasi masalah jika berhadapan dengan sengketa.

Menurut Erlangga Gaffar, peran seorang *head legal* memberi arahan dan *sign-off* kepada *legal counsel* dan bertanggung jawab

²⁶⁹<http://www.legalakses.com/fungsi-legal-officer-dalam-pekerjaan-hukum-di-perusahaan, akses> .

memastikan fungsi departemen legal secara keseluruhan. Selain itu, tambah beliau bahwa 3 (tiga) peran atau tugas *in house counsel* perusahaan seperti berikut:²⁷⁰

b. Memberikan nilai tambah (*add value*)

Dalam konteks ini dapat dilakukan antara lain dengan caramenciptakan prosedur, menuliskan kebijakan (*policy*) dari direksi persahaan dan investor. Selain itu, menciptakan standar format dokumen surat menyurat, perjanjian, memberikan arahan hukum dan pelatihan kepada jajaran manajemen serta karyawan. Bahkan dapat pula melalui pemberian suara dalam proses evaluasi bisnis perusahaan dan rencana kerja.

c. Mempertahankan yang sudah baik (*maintain balance*).

Mempertahankan yang sudah baik dan tugas *legal counsel* adalah memastikan kepatuhan hukum terhadap kegiatan perusahaan. Hal ini dilakukan dengan komunikasi yang baik dengan berbagai departemen lain di perusahaan untuk mengetahui apa yang jalan dan apa yang tidak jalan, sehingga roda perusahaan berjalan terus. Misalnya kepatuhan terkait anti-korupsi, sumbangan dan sponsorship, serta kewajiban kita ke para kreditur dan pemangku kebijakan.

d. Mengurangi kerugian (*minimize loss*)

Jika terdapat suatu hal (permasalahan), hal yang perlu difikirkan dan dilakukan dapat berupa meminimalisir dampak kerugian yang mungkin akan terjadi. Memastikan posisi hukum perusahaan dan karyawan terlindungi ketika ada masalah hukum. Contohnya :

- a. Berpartisipasi aktif dalam proses invistigasi kecelakaan tambang yang menyebabkan kematian/kefatalan (*fatality*) dengan pendampingan selama proses investigasi;
- b. Turut serta secara akati dalam proses peradilan (jika terdapat guguan); dan
- c. Mendampingi advokat eksternal untuk proses hukum dan litigimasi.

²⁷⁰Erlangga Gaffar, Mengenal Peran Legal Counsel Perusahaan Tambang dan Tantangannya, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt575531aadad0e/mengenal-peran-legal-counsel-perusahaan-tambang-dan-tantangannya>, akses 14 Mei 2018.

Dengan demikian, dalam menjalankan perannya *in house counsel* akan menghadapi berbagai tantangan, baik yang datang dari dalam lingkungan perusahaan (internal) maupun datang dari luar lingkungan perusahaan itu sendiri (external). Tantangan internal utama sebagai sarjana hukum dan *legal counsel* adalah tidak pernah dipersiapkan di sekolah memahami hal di luar ilmu hukum, terutama bisnis secara umum. Kesulitan yang akan dihadapi seperti:

- a. Bisa kita lalui dengan memahami bisnis serta tugas dan peran *in house counsel*.
- b. Memahami bisnis, contohnya seperti bisnis pertambangan.
- c. Mulai dari mengenal apa itu eksplorasi, teknis pertambangan terkait dengan bor (*drill*), ledakan (*blast*), beban (*load*) dan pemrosesan, serta pengadaan tanah, hubungan dengan pemerintah, tanggung jawab sosial perusahaan (*corporate social responsibility/CSR*), bagaimana proses pembiayaan (*financing*), menjual konsentrat, dan sebagainya.
- d. Memastikan peran *legal counsel* itu dianggap perlu dan bisa duduk bersama dan setara dengan manager lain.
- e. Memastikan peran *legal counsel* itu dianggap perlu dan bisa duduk bersama dan setara dengan manager lain. Hal ini bisa dilakukan dengan pendekatan *top down* dan kebijakan, dimana dipastikan oleh pimpinan bagaimana peran legal di perusahaan, atau dengan dibuat kebijakan yang memastikan perlu peran legal.

Menurut Erlangga²⁷¹ bahwa menjual peran legal di perusahaan adalah hal yang menarik dengan mengatakan: "*the worst time to contact me, is when you are in trouble,*" yang dapat berarti waktu terburuk untuk menghubungi saya adalah ketika anda berada dalam masalah. Sedangkan tantangan eksternal adalah: kebijakan dari Pemerintah di sektor pertambangan yang masih terus berkembang serta harus diakui, belum adanya kepastian hukum dan investasi di Indonesia.

²⁷¹Mengenal Peran Legal Counsel Perusahaan Tambang dan Tantangannya, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt575531aadad0e/mengenal-peran-legal-counsel-perusahaan-tambang-dan-tantangannya>, 14 Mei 2018.

6.4.1 Peran yang bersifat litigasi

Peran penting seorang *in house counsel* pula dalam perkara litigasi, yaitu peran yang terkait dengan cara-cara menyiapkan dokumen-dokumen penting yang digunakan pengacara terkait perkara yang ditangani. Keberadaan penasihat hukum internal perusahaan (*in house counsel*) sangat penting dalam menghadapi perkara litigasi. Meski biasanya perusahaan menyewa jasa *external lawyer*, namun, *in house counsel* tetap diperlukan untuk memenangi perkara di pengadilan. Ini dikarenakan perannya sebagai orang dalam perusahaan dapat membantu jalannya perkara.

Menurut Widyaretna Buenastuti, (*Director of Public Affairs and Communication PT Pfizer Indonesia*) bahwa: “setelah perusahaan menunjuk pengacara eksternal perusahaan sebagai kuasa hukum, pihak pertama dalam internal perusahaan yang menjadi perantara antara perusahaan dengan pengacara, adalah *in house counsel*. Sehingga, *lawyer external* tidak harus mendominasi penanganan perkara litigasi tersebut.²⁷²

Dalam hal itu seorang *lawyer* luar perusahaan hanya memiliki peran strategis di dalam persidangan saat di pengadilan. Sementara itu *in house counsel* justru punya peran lebih, yaitu peran mengurus segala keperluan di internal perusahaan hingga membantu pengacara luar perusahaan dalam mempersiapkan berkas-berkas untuk disidangkan.

Selanjutnya hal yang perlu dilakukan oleh seorang *in house counsel* dalam membantu pengacara external tersebut adalah memenuhi dokumen-dokumen yang diminta untuk keperluan perkara. Menurutnya, jika ada satu dokumen yang tidak diberikan kepada *external lawyer*, dia khawatir hal itu malah menjadi kerugian bagi perusahaan. Maka seorang *in house counsel* harus tahu dari sisi mana akan menguntungkan perusahaan.

Beliau menambahkan bahwa pemberian dokumen tersebut bisa dilakukan setelah dilakukan penunjukkan *lawyer*. Hal lain pula yang perlu dipahami bahwa *in house counsel* selain mengetahui top *lawyer* juga tahu timnya. Biasanya top *lawyer* itu tidak punya banyak waktu untuk mereview kasus. Akan tetapi tim yang paling penting, karena banyak harapan muncul ketika perusahaan menunjuk *lawfirm* ternama untuk membela perusahaannya. Salah satunya, perusahaan berharap agar kasusnya bisa ditangani langsung oleh para *lawyer partner*-nya. *In house counsel* juga harus memastikan

²⁷²Widyaretna Buenastuti,

bahwa lawyer yang akan menjadi tim kerjanya adalah orang-orang yang pakar dalam menangani perkara.

Fredrik Jacob Pinakunary menyatakan bahwa dalam penanganan perkara, *in house counsel* tidak menyembunyikan dokumen meskipun dokumen itu dinilai tidak menguntungkan posisi perusahaan. Ia berharap, pihak perusahaan dapat membuka seluruh dokumen sehingga bisa mendukung penanganan perkara. Klien itu harus transparan dalam memberikan dokumen atau bukti. Meskipun dokumen yang dipandang kurang menguntungkan bagi klien. Karena jika ada dokumen perusahaan yang disembunyikan maka, akan menyulitkan saat pengacara pihak lawan membeberkannya di pengadilan. Dengan demikian, pihak tim lawyer perusahaan tidak memberikan argumen yang paling tepat. Transparansi dokumen dan fakta merupakan unsur penting untuk melakukan pembelaan dalam persidangan.

Ricardo Simanjuntak, seorang advokat senior menyatakan bahwa: kunci kemenangan saat sidang di pengadilan salah satunya adalah dengan cara menyakinkan majelis hakim. Hal ini bisa dilakukan dengan memberikan argumentasi dan bukti-bukti yang relevan di persidangan. Oleh karena itu, untuk dapat meyakinkan majelis hakim dibutuhkan bukti-bukti. Selain itu, menurut Ricardo bahwa hal yang penting pula seorang *in house counsel* perlu memberikan dokumen-dokumen dalam bentuk yang asli atau otentik. Karena dokumen dalam bentuk yang tidak asli seringkali pembuktiannya ditolak oleh majelis hakim.²⁷³

HP Panggabean Mantan Hakim Agung Mahkamah Agung RI, juga menguatkan pandangan Ricardo, bahwa *in house counsel* menjadi pihak pertama yang bertanggung jawab ketika dokumen-dokumen untuk kepentingan persidangan hilang. Seorang *In house counsel* harus mampu mengotentifikasi dokumen. Bahkan beliau secara tegas menyatakan jika ada dokumen-dokumen untuk kepentingan persidangan yang hilang maka *in house counsel* harus dipecat.²⁷⁴

Kedudukan *in house counsel* dalam perusahaan umumnya ditentukan oleh besarnya skala perusahaan. Perusahaan berskala kecil umumnya tidak terlalu memperhatikan aspek hukum perusahaannya. Hal itu tidak terlepas daripada kemampuan keuangan perusahaan untuk biaya tenaga hukum.

²⁷³Ricardo Simanjuntak,

²⁷⁴HP Panggabean,

Untuk perusahaan skala menengah lazimnya menggunakan jasa seorang *in house counsel*, yang bertugas meliputi hampir semua urusan hukum. Secara manajemen perusahaan, hal ini juga terkait dengan budget. Mengumpulkan semua urusan hukum perusahaan dan menyerahkan ke tangan seorang *in house counsel* dinilai lebih efisien. Selain itu, pekerjaan hukum perusahaan level menengah relatif tidak terlalu sibuk. Sedangkan untuk perusahaan yang berskala besar, seperti perusahaan group, pekerjaan-pekerjaan hukum ditangani dengan lebih rinci dan dana tidak menjadi penghalang bagi mereka. Hal itu mereka lakukan untuk memastikan bisnis mereka tidak terlibat dengan persoalan hukum, yang terkait dengan resiko bisnis perusahaan. Mereka lazimnya mengenai proyek besar dengan tingkat resiko tentunya juga besar.

Perusahaan besar pekerjaan hukum telah didistribusikan secara baik (*manageble*) oleh sebuah tim hukum (*legal team*). Yang mana tim tersebut biasanya dipimpin oleh seorang manajer hukum (*Legal Manager*). Bahkan dalam perusahaan yang skala bisnisnya lebih massif, urusan legal dipimpin oleh seorang pimpinan divisi (*Divisor Head*). Tim hukum lazimnya dapat dibantu oleh 2 (dua) unit, yaitu:²⁷⁵

- i. Khusus terkait dengan pekerjaan hukum yang lebih spesifik. Dalam hal ini legal manager dibantu oleh seorang *Legal Coordinator* dengan level supervisor. Supervisor berfungsi mengawasi para sarjana hukum dengan *level legal staff* dengan spesifikasi pekerjaan antara lain sebagai berikut:
 - a. Memonitor perizinan perusahaan;
 - b. Membuat dan memonitor pelaksanaan kontrak;
 - c. Memonitor pelaksanaan proyek-proyek perusahaan dan tindakan perusahaan (*corporate action*);
 - d. Penyelesaian sengketa hukum perusahaan; dan
 - e. Melakukan update regulasi nasional maupun lokal, khususnya mengenai perizinan perusahaan.

- ii. Legal admin dan *compliance officer*
Keduanya tidak disyaratkan harus sarjana hukum, namun memiliki peran yang cukup penting. Legal admin berfungsi mengerjakan administrasi legal, dan memastikan semua

²⁷⁵Dadang Sukandar, Fungsi-Legal-Officer-Dalam-Pekerjaan-Hukum-Di-Perusahaan <http://www.legalakses.com/fungsi-legal-officer-dalam-pekerjaan-hukum-di-Perusahaan/akses> 14 mei 2018.

perkerjaan legal team terdokumentasi dengan baik dan rapi. Sedangkan *compliance officer* adalah petugas lapangan yang turun langsung ke instansi-instansi pemerintah untuk mengajukan permohonan perizinan, menjaga hubungan baik dengan birokrasi, dan membantu legal tim untuk update regulasi teknis perizinan.

Syarat-syarat menjadi *in-house counsel* mesti dipenuhi oleh seseorang sarjana hukum untuk menjadi *in-house counsel*, yaitu: adanya ketertarikan dalam bidang bisnis, kemampuan komunikasi dan negosiasi, hingga update dengan isu hukum teraktual. Profesi penasihat hukum internal perusahaan (*In-house counsel*). Meski profesi ini bukan terbilang profesi baru, akan tetapi tak cukup banyak para lulusan dari fakultas hukum yang mengenal seluk beluk profesi ini. Pada prinsipnya, antara profesi advokat dengan *in-house counsel* tidaklah jauh berbeda. Kedua-duanya, sama-sama punya peran memberikan saran atau pendapat di bidang hukum.

In-house counsel dapat dikatakan sebagai profesi yang unik, karena ia bekerja secara sepenuh waktu kerjanya pada perusahaan yang menggunakan jasanya (*full time*). Lazimnya disebutkan dalam masyarakat kita adalah sebagai seorang karyawan dari perusahaan tersebut. Maka seorang sarjana hukum hanya bertanggungjawab pada perusahaan tersebut. Sedangkan advokat tidak terikan memberikan jasanya hanya pada satu perusahaan saja. Melainkan dapat memberikan. Dengan demikian, faktor ini yang menjadi pembeda antara profesi advokat dengan *in-house counsel*.

6.4.1 Peran yang Bersifat Praktis

Seorang sarjana hukum yang hendak menjadikan *in-house counsel* sebagai profesinya (profesional), tentunya harus memiliki pengetahuan hukum terutama hukum korporasi. Selain itu juga harus memiliki berbagai modal pengetahuan dan wawasan berfikir yang luas sebelum memilih menjadi sebagai seorang 'internal lawyer' pada suatu perusahaan. Reza P Topobroto dan Sudimin Mina menyatakan bahwa setidaknya terdapat 5 (lima) kriteria yang perlu dipenuhi oleh seorang sarjana hukum yang ingin menjadi *in-house counsel* selain wajib mempunyai pengetahuan hukum, yaitu:²⁷⁶

²⁷⁶Reza P Topobroto dan Sudimin Mina, mau-jadi-in-house-counsel-mahasiswa-hukum-wajib-punya-5-modal-ini <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt56eb9c4a6f266/mau-jadi-in-house-counsel-mahasiswa-hukum-wajib-punya-5-modal-ini>, akses 14 Mei 2018.

a. Punya ketertarikan terhadap bisnis.

Perusahaan diciptakan untuk mencari dan mendapatkan keuntungan. Seorang sarjana hukum yang ingin mempunyai profesi sebagai *in house counsel* tidak hanya memiliki kemampuan memberikan saran, opini atau pendapat di bidang hukum. Melainkan harus memiliki kemampuan sebagai legal advisor perusahaan dan bertindak sebagai 'partner bisnis' bagi perusahaan yang punya kapasitas di bidang hukum.

Selain itu seorang *in-house counsel* mesti mengedepankan aspek kepatuhan perusahaan terhadap regulasi. Namun, di sisi lainnya, *in-house counsel* juga mesti memikirkan kelangsungan bisnis suatu perusahaan. Oleh karena itu, *in-house counsel* mutlak dituntut punya perpektif bisnis. Dalam perkataan yang lain "*In-house counsel* itu sarjana hukum yang punya perspektif bisnis."

b. Memiliki kempuan lain selain analisis risiko

Tujuan perusahaan meng-*hire in-house counsel* salah satunya untuk dimintai analisis hukumnya terkait dengan potensi resiko yang mungkin dialami perusahaan di kemudian hari. Namun, untuk melakukan analisa potensi risiko, disertai dengan mencari jalan keluar yang terbaik dan tetap patuh regulasi bukanlah hal yang mudah. Walaupun demikian hal itu dapat saja dilakukan dengan memperhatikan beberapa hal penting, antara lain seperti berikut:

- i. Memahami potensi resiko tidak hanya yang terkait dengan aspek legal.
- ii. Memiliki pemahaman yang mendalam terhadap teknis operasi di lapangan.
- iii. Menggali (mempelajari secara mendalam) potensi-potensi resiko yang mungkin akan dihadapi oleh perusahaan.
- iv. Menjalin kerjasama dengan divisi-divisi lain dalam lingkup perusahaan yang tahu secara rinci dan teknis proses bisnis.

Dengan demikian, *in-house counsel* akan lebih mudah saat nantinya mengukur bentuk, dampak, hingga potensi kerugian yang mungkin dialami perusahaan. Mengetahui terlebih dahulu resiko yang mungkin akan terjadi, maka akan dapat diprediksi dan dapat pula mengukur bagaimana bentuk, dampak dari kerugian yang mungkin terjadi pada waktu yang akan datang. Maka seorang *in house counsel* akan dapat memberikan pandangan hukum yang terbaik bagi otoritas pada pengambil kebijakan pada perusahaan tersebut.

Selain itu, mesti diingat oleh karena *in-house counsel* dituntut punya perspektif bisnis, maka dalam memberikan rekomendasi paling tidak mesti mempertimbangkan tiga aspek utama, yakni sesuaikan dengan tujuan perusahaan dalam 5-10 tahun mendatang, lalu rencana perusahaan per periode, sekaligus risiko jangka panjangnya. "*In-house counsel* yang *next generation* (bukan *traditional*) akan lakukan '*smart risk*' yang telah diuraikan di atas.

c. Update Regulasi dan Perkembangan Isu

Don't break the law! Itu harga mati yang mesti dipegang oleh setiap *in-house counsel*. Mereka bertugas dalam internal perusahaan bukanlah untuk menyimpangi regulasi yang berlaku. Mereka dituntut kredibel dan intergritasnya ketika memberi saran dan pendapat kepada perusahaan dalam kegiatan bisnisnya (*corporate action*).

Melakukan monitoring perubahan regulasi juga bagian tugas *in-house counsel*, baik yang terkait maupun yang tidak terkait secara langsung dengan *core business* perusahaan. Mengingat dinamika hukum cukup cepat berubah. Oleh karena itu, *In-house counsel* mesti cukup jeli melihat arah kebijakan di tahun-tahun mendatang yang akan dibuat oleh pemerintah atau legislator. Dalam kenyataan bahwa hukum itu berevolusi dan peraturan yang terkait secara langsung maupun yang tidak terkait langsung itu tersebar. *Engage* ke regulator untuk tahu isu ke depan, dan mungkin akan terjadi perubahan regulasi karena dipengaruhi aspek ekonomi ataupun aspek politik.

d. Komunikasi dan Negosiasi

Komunikasi dan negosiasi merupakan karakter khusus yang hanya dimiliki *in-house counsel*. Memang, antara profesi advokat dan *in-house counsel* mutlak memerlukan dua *skills* ini. Namun, dalam berkomunikasi seorang *in-house counsel* harus selalu diingat bahwa ia merupakan *partner business*, khususnya saat berkomunikasi dengan petinggi di perusahaan.

Tambahan pula, yang penting untuk difahami dan dihindari oleh seorang *in house counsel* bahwa di hadapan petinggi perusahaan tidak banyak membahas hal-hal yang bersifat terlalu legal. Oleh kerana mereka orang-orang bisnis, lebih suka melihat angkat dan target capaiannya. Menurut Sudimin bahwa kesalahan yang sering dilakukan saat berkomunikasi, antara lain seringkali menginterupsi, tidak melakukan respon yang tepat, dan biasanya tidak mendengarkan lawan bicara dengan baik.

Dengan demikian, kira dalam berkomunikasi mesti dilakukan secara baik khususnya ketika membicarakan masalah penting terkait dengan pengambilan keputusan untuk perusahaan. Beliau menambahkan terdapat beberapa hal penting untuk diingat dalam berkomunikasi, antaranya adalah: i). Jelas (*clarity*), ii). *to the point* (*concise*), iii). konkret (*concrete*), iv). benar (*correct*), v). berkaitan (*coherent*), vi). lengkap (*complete*), dan vii). sopan (*courteous*).

Adapun untuk berhasilnya negosiasi dengan pihak luar, tentunya perlu dilakukan persiapan secara matang. Selain itu, harus memperhatikan pula pada titik fokus bersama yaitu:

- a. Menyamakan tujuan;
- b. Kepentingan; dan
- c. Pandangan dari kedua belah pihak. Dalam hal ini *win-win solution* merupakan hal utama, tambahan pula melihat bahwa setiap pandangan adalah termasuk sebagai pertimbangan. ...

e. Aktif dalam Asosiasi Profesi

Di Indonesia sendiri, ICCA menjadi satu-satunya perkumpulan yang menaungi para pengacara internal perusahaan. Akan tetapi, *in-house counsel* juga mesti aktif di dalam asosiasi atau organisasi lainnya baik yang terkait dengan profesinya atau yang terkait dengan sektor bisnis perusahaan tempatnya bekerja. Menurut Reza, *in-house counsel* yang masuk kategori 'next generation' mesti mengubah *concern* yang tidak hanya fokus ke internal perusahaan.

Selanjutnya keterlibatannya dengan asosiasi atau organisasi lain, *in-house counsel* akan banyak mendapat kesempatan untuk belajar langsung dari para pelaku bisnis terkait dengan teknis di sektor bisnis tertentu. Nilai tambah yang akan diperoleh oleh seorang *in house counsel*, dalam setiap pertemuan di masing-masing asosiasi atau organisasi biasanya akan ada banyak diskusi terkait dengan kebijakan yang berkaitan langsung dengan perusahaan tempat *in-house counsel* bekerja.

Hal lain yang menguntungkan adalah dalam pertemuan-pertemuan tersebut akan banyak membicarakan terkait dengan *policy*. Sebagai anggota asosiasi akan mendapatkan kesempatan yang baik untuk terlibat secara langsung. Bahkan terkadang jika asosiasi bisa mejadi engine untuk mengubah kebijakan dan juga jangan terlalu *internal focus*, agar dapat mengetahui bagaimana tren politik pada masa yang akan datang.

Menurut Yudhistira Setiawan bahwa pengetahuan yang aktual terkait perusahaan sangat penting bagi para *in-house counsel*. Mengingat bahwa pengetahuan tersebut merupakan modal yang akan mendukung kinerja yang lebih berkualitas. Beliau juga menambahkan bahwa sebagai penasehat hukum internal perusahaan, anggota Perkumpulan Penasehat Hukum Internal Perusahaan atau *Indonesian Corporate Counsel Association (ICCA)* sudah seharusnya memberikan kontribusi yang signifikan pada perusahaan. Selain itu, *In-house counsel* harus mampu menunjukkan kualitas output-nya yang terbaik bagi perusahaan.²⁷⁷

Oleh karena itu, ICCA berusaha memberi dukungan dengan menyediakan perangkat peningkatan pengetahuan dan kemampuan. Tantangan yang harus dihadapi oleh *in-house counsel*, khususnya terkait dengan struktur dalam perusahaan. Hal itu merupakan realitas yang terjadi di Indonesia, bahwa posisi penasehat hukum internal perusahaan umumnya masih tidak independen. Contohnya: seperti divisi legal di bawah divisi lain, bahkan yang tidak berkaitan secara langsung misalnya *finance*.²⁷⁸

Kiat sukses menjadi *in house counsel* Dewasa ini profesi penasihat hukum internal perusahaan (*in-house counsel*) dipandang sebagai profesi yang menarik dan penting bagi bagi menentukan eksistensi perusahaan. Pada saat perusahaan diharuskan mengambil keputusan-keputusan sulit, *in-house counsel*-lah yang menjadi tumpuan manajemen. Manajemen di perusahaan pasti menginginkan keputusan atau kebijakan yang diambil telah sesuai dengan aturan yang berlaku. Mereka menjadi garda terpenting yang menjaga perusahaan agar tetap pada rel kepatutan dari sisi hukum.

Lingkup kerja perusahaan akan menentukan resiko yang mungkin dihadapi. Perusahaan yang berada di lingkup perkerjaan yang besar maka, besar pula tantangan pekerjaan *in house counsel*. Pada perusahaan yang mengimplementasikan tata kelola perusahaan yang baik (*good corporate governance*) tentunya seorang *in-housecounsel* akan dilibatkan langsung dalam pada proses pengambilan keputusan. Bahkan keputusan akhir manajemen berlandaskan pada opini yang disampaikan *in-housecounsel*.

²⁷⁷Yudhistira Setiawan, Menengenal Peran Legal Counsel Perusahaan Tambang Dan Tantangannya, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt575531aadad0e/mengenal-peran-legal-akses> 16 Mei 2018.

²⁷⁸Yudhistira Setiawan, *ibid*.

Keputusan manajemen perusahaan yang berdasarkan pada pandangan *in house counsel*, bermakna penting artinya keberadaan *in house counsel* bagi perusahaan. Sebaliknya bahwa tantangan pula bagi mereka untuk membekali diri dengan kemampuan yang maksimal atau mahir selain dalam bidang regulasi juga secara terus menerus mengikuti perkembangan bisnis perusahaan. Hal itu menjadi suatu keharusan bagi seorang *in house counsel*, jika tidak pandang mereka akan membawa persoalan yang akan berimpak negatif bagi perusahaan seperti merusak citra perusahaan.

Dengan demikian, *in house counsel* dalam memberikan pandangannya harus mempertimbangkan baik dari perspektif legal maupun dari perspektif kepentingan keuntungan dari kemajuan ekonomi perusahaan. Tanggung jawab besar itu, tentu saja hanya bisa dipikul oleh *in-house counsel* yang menyiapkan dirinya mampu bersaing, yang membekali dirinya dengan pengetahuan yang cukup, dan yang menjadikan dirinya bukan sekadar karyawan perusahaan tetapi juga mampu memperlihatkan dirinya berbeda dari karyawan biasa, maka *In-house counsel* harus memiliki kemampuan seperti berikut:²⁷⁹

- a. Memiliki kemampuan berkomunikasi dengan pihak luar, misalnya, untuk menjelaskan kepada pihak-pihak terkait tentang kebijakan perseroan. Mereka juga perlu berkomunikasi dengan lawyer yang mungkin diminta perusahaan untuk mengurus kepentingan tertentu, ada kalanya *in-house counsel* lain pula dengan *lawyer*. *Lawyer* bukan merupakan karyawan dari suatu perusahaan dan tidak berada dalam suatu manajemen perusahaan. Seorang *lawyer* menjalankan bisnis jasa hukum baik sendiri maupun dengan membentuk persekutuan perdata (*law firm*). Dengan tidak bekerja di bawah suatu manajemen perusahaan, seorang *lawyer* dapat mengatur waktu bekerjanya sendiri. Namun dengan banyaknya klien dengan permasalahan hukum yang berbeda-beda, maka sangatlah penting bagi seorang *lawyer* untuk mempunyai manajemen waktu yang baik.
- b. Kemampuan manajemen waktu yang baik.

²⁷⁹Jalan Sukses In-House Counsel dan Lawyer Di Tengah Iklim Kompetensi, kiat-kita menjadi in-house counsel dan lawyer yang sukses, <http://www.hukumonline.com/talks/baca/lt5> akses 16 Mei 2018.

Dimaksudkan adalah mengatur waktu atau manajemen waktu yang tepat sehingga segala tugas dan tanggung jawab dapat terlaksana dengan baik.

- c. Kemampuan mengatur diri dan orang lain secara efektif. Hal itu merupakan modal penting untuk mencapai sukses bagi seorang *in house counsel*. Untuk dapat menjadi seseorang yang efektif. Maka ia harus memahami kliennya yang memiliki karakter yang berbeda-beda. Dalam berhubungan dengan klien seorang *In-House Counsel* harus dapat bersikap profesional, menjadi *partner* bisnis, bersahabat dan dalam menyampaikan sesuatu harus *simple and clear*.
- d. Kemampuan berkomunikasi dengan baik. Kemampuan berkomunikasi yang baik adalah sangat diperlukan oleh seorang *In-House Counsel*, karena dalam pekerjaannya menuntut untuk selalu dapat berkomunikasi dengan klien maupun rekan kerja dengan sifat dan permintaan yang berbeda-beda. Maka perlu mengenal karakter orang lain dan diri sendiri, sehingga apa yang ingin disampaikan dapat diterima dengan jelas.
- e. Kemampuan berinteraksi secara baik. Untuk dapat berinteraksi secara baik dengan klien, perlu memahami bagaimana karakter calon klien sesuai dengan warna karakternya. Karakter seseorang dapat dibagi dalam 4 (empat) kategori warna, yang terdiri dari:
 - i. Merah (dominan / *dominance*)
 - ii. Hijau (pengaruh / *influence*)
 - iii. Ungu (keteguhan/*steadiness*) dan
 - iv. Biru (kepatuhan /*compliance*)

Di Indonesia profesi *lawyer* mengiklankan diri secara terang-terangan masih terlarang (*verboden*), maka penting artinya untuk menjaga klien dan mendapatkan klien yang baru tentunya harus punya modal yang baik yaitu komunikasi yang baik dan menunjukkan intergritas dalam menjalankan perkerjaannya. Dengan demikian memudahkan bagi *in house counsel* untuk melakukan negosiasi atau hal lainnya.²⁸⁰

²⁸⁰Kiat-Kiat-Menjadi-In-House-Counsel-Yang-Sukses,<http://www.hukumonline.com>, akses 15 Mei 2018.

Dari uraian di atas mengenai kiat-kiat sukses seorang *in house counsel*, dapat difahami bahwa untuk menjadi profesional yang sukses sebagai profesi sebagai *in-house counsel*, harus punya kiat agar berhasil menjalankan tugas-tugasnya secara maksimal. Maka mengasah kemampuan secara terus menerus, kemampuan dalam berkomunikasi baik sesama rekan kerja maupun atasan. Kemampuan menghadapi tantangan pekerjaan yang kadang kala tidak terkait langsung dengan pekerjaan bidang hukum juga perlu terus diasah seperti mempelajari proses kerja perusahaan di lapangan.

Dengan demikian, belajar dan berlatih untuk mempertajam kemampuan memberikan atau menyiapkan *legal opinion* yang sederhana (*simple*) dan jelas bagi rekan kerja, atasan atau rekan bisnis yang bukan berlatar belakang hukum. Karena dalam menjalankan profesi sebagai *in-house counsel* dituntut untuk memahami regulasi terkait bisnis yang dijalankan perusahaan. Ia juga dituntut untuk dapat memberikan jawaban-jawaban atas pertanyaan seputar hukum yang diberikan oleh rekan kerja. Bahkan mungkin pertanyaan di luar bisnis yang dijalankan perusahaan.²⁸¹ Oleh karena itu, seorang *in house counsel* yang profesional harus selalu memutakhirkan (*updated*) pengetahuan dan setelah itu memperkuat kemampuan presentasi agar pengetahuannya lebih bermanfaat bagi perusahaan maupun rekan-rekan tempatnya bekerja.

*

²⁸¹How to be a Successful Lawyer/In-House Counsel By Managing Yourself and Others Effectively
<http://www.hukumonline.com/talks/baca/lt55666dcabd95e/how-to-be-a-successful-lawyer-in-house-counsel-by-managing-yourself-and-others-effectively> akses 15 Mei 2018.

This page is intentionally left blank

BAB VII

PERANCANGAN, TAHAPAN REVIEW KONTRAK BISNIS

7.1 Pendahuluan

Sebelum sebuah draf kontrak disusun atau dirancang maka, para pihak harus melewati tahapan awal yang dikenal dengan pra penyusunan kontrak atau pra kontraktual. Pembuatan kontrak hendaknya ditulis spesifik terkait dengan siapa, apa, kapan dan bagaimana kontrak tersebut dilakukan atau *written agreements should be specific: who, what, when and how*. Beberapa hal yang perlu diperhatikan pada masa sebelum kontrak dibuat (*pracontractul*) oleh para pihak yaitu identifikasi para pihak, penelitian awal aspek terkait, pembuatan MOU, dan negosiasi.

7.2 Tahapan Perancangan Kontrak Bisnis

Sebelum merencanakan kontrak bisnis perlu diperhatikan tahapan-tahapan yang harus dijalankan, agar kontrak yang akan dibuat nantinya dapat menampung semua kepentingan para pihak yang terkait. Tahapan yang dimaksud sebagai berikut:

- a. Identifikasi para pihak
Para pihak dalam kontrak harus teridentifikasi secara jelas, perlu diperhatikan perundang-undangan yang berkaitan terutama tentang kewenangannya sebagai pihak dalam kontrak tersebut dan apa yang menjadi dasar kewenangannya itu untuk misalnya badan hukum melihat pada anggaran dasar.
- b. Penelitian awal aspek terkait
Dalam hal ini para pihak berharap bahwa kontrak yang ditandatangani akan dapat menampung semua keinginannya, sehingga perlu perincian yang jelas.
- c. Pembuatan MOU
Meskipun tidak terlalu dikenal dalam hukum konvensional Indonesia, akan tetapi dalam praktek sering terjadi. Hal itu dianggap sebagai kontrak yang sederhana serta dianggap sebagai pembuka suatu kesepakatan.

Hal itu sebagaimana pengertian *Memorandum of Understanding* (MoU) yang rumuskan dalam *Black's Law Dictionary*, yaitu: "*is to serve as the basis of future formal contract.*" MoU dapat diartikan sebagai dasar untuk memulai penyusunan kontrak secara formal

pada masa datang. Dalam pengertian yang lain pula dapat diartikan bahwa memorandum itu sebagai permulaan untuk mengadakan ikatan hukum atau perjanjian yang akan dituangkan dalam suatu akta yang autentik. Perkataan '*Understanding*' diartikan sebagai: "*an implied agreement resulting from the express term of another agreement, whether written or oral.*" Yang berarti pernyataan persetujuan secara tidak langsung terhadap hubungannya dengan persetujuan lain, baik secara tidak langsung terhadap hubungannya dengan persetujuan lain, baik secara lisan maupun tertulis.

Dengan demikian, MoU sebagai suatu bentuk perjanjian atau kesepakatan awal menyatakan langkah pencapaian saling pengertian antara kedua belah pihak (*prelimary understanding of parties*) untuk melangkah kemudian pada penandatanganan suatu kontrak. Menurut Erman Radjagukguk MoU sebagai dokumen yang memuat saling pengertian dan pemahaman para pihak sebelum dituangkan dalam perjanjian yang formal yang mengikat kedua belah pihak. Maka agar muatan MoU mengikat harus dituangkan kembali dalam perjanjian.

Salim H. S pula memberikan pengertian Memorandum of Understanding adalah "Nota kesepahaman yang dibuat antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum lainnya, baik dalam suatu negara maupun antarnegara untuk melakukan kerja sama dalam berbagai aspek kehidupan dan jangka waktunya tertentu." Adapun Hikmahanto Juwana, menyatakan bahwa "penggunaan istilah MoU harus dibedakan dari segi teoritis dan praktis." Penggunaan istilah yang dimaksud baik dari segi teori maupun praktis, dapat dirincikan seperti berikut:

- a. Secara teoritis, dokumen MoU tidak mengikat secara hukum, agar mengikat secara hukum harus dilanjutkan dengan perjanjian. Kesepakatan dalam MoU lebih bersifat ikatan moral. Beliau menganalogikan MoU sebagai lembaga "pertunangan" bukan lembaga "perkawinan."
- b. Sedangkan dalam segi praktis, Hikmahanto Juwana membagi pemahaman MoU ke dalam 2 (dua) bagian, yaitu:
 - i). Pemahaman bahwa MoU hanya mengikat secara moral, karena itu harus dilanjutkan dengan perjanjian; dan
 - ii). Pemahaman bahwa MoU disejajarkan dengan perjanjian. Namun hal terpenting bukan pada istilah yang digunakan, tetapi isi atau materi dari nota kesepahaman tersebut".

Dalam pandangan legal, jika perjanjian atau kontrak mengatur mengenai hal-hal yang pokok saja, maka mengikatnya juga hanya terhadap hal-hal yang pokok tersebut. Selain itu, jika suatu perjanjian

hanya berlaku untuk suatu jangka waktu tertentu, maka mengikatnya juga hanya untuk jangka waktu tertentu pula, para pihak tidak dapat dipaksakan untuk membuat suatu perjanjian yang lebih rinci dari MoU tersebut. Secara teori, MoU bukanlah sebuah kontrak karena memang masih merupakan kegiatan prakontraktual. Oleh karena itu, di dalamnya sengaja tidak dimasukkan unsur *intention to create legal relation* oleh para pihak yang melakukan kesepakatan tersebut.

Dalam pengertian lain, walaupun para pihak yang melakukan kesepakatan tersebut menandatangani kesepakatan dalam bentuk MoU, akan tetapi apabila para pihak menyetujui untuk memasukkan unsur "*intention to create legal relation*" sebagai konsekuensi hukum atas tidak dilaksanakannya kesepakatan prakontraktual tersebut, maka MoU yang secara teori bukanlah berubah menjadi kontrak bagi para pihak. MoU yang pada dasarnya tidak dimaksudkan sebagai kontrak tersebut oleh para pihak disusupi ketentuan-ketentuan ataupun perikatan yang memiliki konsekuensi hukum, maka MoU berubah pengertiannya menjadi sebuah kontrak.

Prinsip mengikatnya kontrak bagaimana pun juga bukan suatu yang absolut. Apabila terjadi keadaan yang menimbulkan perubahan fundamental atas keseimbangan dari kontrak, keadaan itu merupakan situasi yang dikecualikan yang dimaksud dalam prinsip-prinsip ini sebagai *hardship*. Article 6.2.2 memberikan definisi kesulitan (*hardship*) adalah peristiwa yang secara fundamental telah merubah keseimbangan kontrak. Hal ini diakibatkan oleh biaya pelaksanaan kontrak meningkat sangat tinggi atau nilai pelaksanaan kontrak bagi pihak yang menerima sangat menurun, sementara itu:

- a. peristiwa tersebut diketahui oleh pihak yang dirugikan setelah kontrak terjadi
- b. peristiwa tidak dapat diperkirakan oleh pihak yang dirugikan sebelum kontrak disepakati
- c. peristiwa terjadi di luar kontrol pihak yang dirugikan
- d. resiko dari peristiwa itu tidak diperkirakan oleh pihak yang dirugikan.

Akibat hukum bila terjadi kesulitan diatur dalam Article 6.2.3 yang menentukan bahwa:

1. pihak yang dirugikan berhak meminta renegotiasi kontrak kepada pihak lain yang harus diajukan dengan menunjukan dasar-dasarnya
2. permintaan renegotiasi tidak dengan sendirinya memberikan hak kepada pihak yang dirugikan untuk menghentikan pelaksanaan kontrak

3. apabila para pihak gagal mencapai kesepakatan dalam jangka waktu yang wajar, masing-masing pihak dapat mengajukannya ke pengadilan
4. apabila pengadilan membuktikan adanya kesulitan, maka pengadilan dapat memutuskan untuk hal-hal berikut:
 - i) mengakhiri kontrak pada tanggal dan jangka waktu yang pasti
 - ii) mengubah kontrak untuk mengembalikan keseimbangannya.

Tahap prakontraktual tidak memiliki kekuatan mengikat sebagaimana kekuatan mengikatnya sebuah kontrak sebab belum memenuhi unsur syarat umum sahnya sebuah kontrak sebagaimana diatur dalam pasal 1320 KUH Perdata. Tahap prakontraktual hanya mengikat para pihak secara moral dan tetap harus dilandasi oleh prinsip itikad baik dan transaksi jujur (*good faith and fair dealing*).

Bentuk MoU yang dibuat antara para pihak adalah tertulis dan substansinya ditentukan oleh kedua belah pihak. Dalam berbagai literatur tidak ditemukan struktur atau susunan dari sebuah MoU. Sebelum dirumuskan tentang struktur tentang MoU, maka kita harus melihat substansi MoU yang dibuat para pihak. Dengan demikian MoU merupakan bentuk perjanjian yang dapat dikategorikan sebagai pra kontrak atau perjanjian pendahuluan yang nantinya akan diikuti dan dijabarkan dalam perjanjian lain yang mengaturnya secara detail.

MOU memiliki beberapa ciri yang menggambarkan sebagai suatu pembuka kesepakatan, seperti berikut:

- i) isinya singkat berupa hal pokok;
- ii) merupakan pendahuluan yang akan diikuti kontrak terperinci;
- iii) jangka waktunya terbatas; dan
- iv) biasanya tidak dibuat secara formal serta tidak ada kewajiban yang memaksa untuk adanya kontrak terperinci.

d. Negosiasi

Negosiasi dipandang sebagai sarana bagi para pihak untuk mengadakan komunikasi dua arah yang dirancang untuk mencapai kesepakatan sebagai akibat adanya perbedaan pandangan terhadap sesuatu hal dan dilatarbelakangi oleh kesamaan/ketidaksamaan kepentingan diantara mereka.

Negosiasi tidak boleh dilakukan dengan itikad buruk dan menyimpang dari prinsip *fair dealing*. Contohnya: seseorang

melakukan atau melanjutkan negosiasi tanpa berkeinginan mengadakan kontrak dengan maksud untuk mengalihkan perhatian lawan atau saingan bisnisnya; suatu keputusan negosiasi dimana tahap perundingan sudah mencapai suatu kondisi dimana secara timbal balik para pihak telah memberikan harapan bahwa perundingan akan menjadi kontrak; - apabila dengan sengaja menyesatkan pihak lain mengenai isi atau syarat kontrak, baik dengan menyembunyikan fakta yang semestinya diberitahukan ataupun mengenai status pihak yang berkepentingan dalam negosiasi.

Terdapat 2 (dua) corak posisi negosiasi yaitu: a. *Bargaining position* yang lunak, yaitu sering dilakukan di lingkungan keluarga, kawan dll; dan b. *Hard position bargainer* (keras) sangat mungkin menemui deadlock akibat adanya tekanan/ancaman. Oleh karena itu, yang paling efektif adalah perpaduan keduanya dalam bernegosiasi menganut pola 'menang-menang yaitu keras dalam permasalahan tetapi lunak terhadap orang. Pilihan akan mudah diterima bila dilandasi adanya kriteria obyektif seperti penilaian ilmiah, perundangan-undangan, nilai pasar dll.

Penyusunan draf kontrak merupakan salah satu tahapan yang merupakan tahap awal dalam pembuatan suatu kontrak adalah tahap penyusunan kontak. Dalam tahap ini, disusunlah kesepakatan yang telah dicapai dalam negosiasi dan yang dituangkan dalam nota kesepakatan (*Memorandum of Understanding: MOU*) serta perundingan lanjutan hingga dicapai kesepakatan untuk bergerak ke arah pembuatan bentuk format dari kesepakatan itu menjadi suatu kontrak. Menyusun suatu kontrak membutuhkan ketelitian dan kejelian dari para pihak maupun para notaris atau pejabat lainnya. Karena apabila keliru merumuskan nama dan data pokok, kontrak itu mungkin menimbulkan kesulitan dalam pelaksanaannya di kemudian hari.

7.3 Susunan Kontrak Bisnis

Dalam membuat suatu akta kita perlu merancang suatu format seperti menggambar anatomi tubuh manusia dimulai dari kepala, badan dan yang paling akhir adalah kaki. Dalam praktiknya struktur dan anatomi kontrak cenderung memiliki model yang berbeda namun, secara prinsip struktur dan anatomi yang digunakan oleh para pihak dapat harus memenuhi unsur-unsur penting sebuah kontrak.

Penyusunan draf kontrak lazimnya terdapat 5 (lima) langkah, yaitu sebagai berikut:

a. Membuat konsep (*draft*)

Prosesnya meliputi pembuatan yaitu:

i). Judul kontrak (*title of contract*)

Dalam hal ini harus diperhatikan kecocokan isi dengan judul kontrak serta acuan hukum yang mengikatnya. Hal ini dilakukan untuk menghindari kesalahpahaman di kemudian hari.

ii) Pembukaan (*opening*)

Bagian ini berisikan, tanggal pembuatan kontrak.

iii) Pihak-pihak (*parties*)

Para pihak berupa orang (*naturlijk person*) dijelaskan identitasnya secara lengkap dan jelas yang terdiri dari: nama, pekerjaan atau jabatan, tempat tinggal, kewarganegaraan, dan bertindak atas nama siapa.

Para pihak berupa badan hukum (*recht person*), maka harus diterakan/dicantumkan tempat kedudukannya sebagai pengganti tempat tinggal seperti tercantum dalam akta pendirian.

iv). Latar belakang kesepakatan (*recital*)

Berisi penjelasan resmi tentang latar belakang terjadinya suatu kesepakatan (kontrak).

v). Isi kontrak

Bagian isi kontrak merupakan inti kontrak, yang membuat apa yang dikehendaki, hak, dan kewajiban termasuk pilihan penyelesaian sengketa. Diuraikan secara rinci isi kontrak dibuat dalam pasal-pasal, ayat-ayat dan huruf-huruf, angka-angka tertentu. Jika semua hal yang dipandang perlu telah dimasukkan dalam bagian isi kontrak. (Jika dipandang perlu saling tukar draf kontrak, lakukan revisi, lakukan penyelesaian akhir), barulah dirumuskan bagian penutup kontrak.

vi). Penutup (*Closing*)

Penutup dengan penandatanganan kontrak oleh para pihak.

b. Saling menukar konsep (*draft*) kontrak dengan cara ini, setiap pihak yang melakukan kontrak dapat mengkaji ulang atau membuat konsep akhir tersebut untuk diformalkan secara hukum.

- c. Lakukan revisi (jika perlu) Hal ini ditempuh karena jika ada masalah yang belum jelas, atau terjadi perubahan situasi politik, atau adanya bencana/malapetaka seperti tsunami.
- d. Lakukan penyelesaian akhir
- e. Menandatangani kontrak oleh masing-masing pihak Jika kontrak sudah ditandatangani, berarti penyusunan sudah selesai dan tinggal pelaksanaannya di lapangan. Untuk memahami isi kontrak secara sempurna, ada baiknya para pihak mengetahui bagaimana konsep dasar atau struktur kontrak berikut unsur-unsur pokok yang harus ada yang disebut anatomi kontrak.

Hal ini layaknya menguraikan suatu pohon, dengan jenis pohon, akar, batang, dan daunnya harus diketahui dengan jelas.

Selanjutnya susunan dan anatomi kontrak dapat dikelompokkan menjadi 3 (tiga) bagian yaitu pendahuluan, isi, dan penutup, dapat diuraikan sebagai berikut:

- a. Bagian Judul kontrak (*title of contract*)
Judul dalam kontrak harus memperhatikan kesesuaian dengan isi kontrak dan ketentuan hukum yang mengaturnya. Hal ini untuk menghindari adanya kesalahpahaman. Intinya, judul harus menggambarkan substansi kontrak. Meskipun demikian, judul kontrak harus dirumuskan secara singkat, padat, dan jelas. Seperti “Perjanjian Jual Beli Rumah, Perjanjian Sewa Menyewa Rumah, atau Perjanjian Kerja Paruh Waktu”.
- b. Bagian Kepala (*heading*)
Ada beberapa penyebutan untuk bagian Kepala Kontrak. Ada yang menyebutnya Pembukaan Kontrak (*Opening*), ada juga yang menyebutnya dengan Awal Kontrak. Perbedaan penyebutan ini tidak menimbulkan persoalan yang cukup berarti karena secara umum kepala kontrak berisi tempat dan waktu kontrak dibuat. Letak kepala kontrak ini sebelum komparasi. Bagian ini sangat penting dalam sebuah kontrak karena keabsahan dari kesepakatan-kesepakatan yang dicapai oleh para pihak ditentukan oleh tanggal (waktu) penandatanganan. Kesepakatan yang dicapai dalam kontrak hanya sah bila tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku pada tanggal penandatanganan kontrak.
Selain berkaitan dengan keabsahan kontrak, waktu penandatanganan kontrak juga penting untuk menentukan kapan

kontrak mulai berlaku. Meskipun demikian, sampai saat ini masih sering dijumpai dalam sebuah kontrak, tempat dan waktu diadakannya kontrak berada di bagian pembukaan dan bagian penutup.

c. Bagian pertimbangan (*Komparisi*)

Komparisi adalah tindakan menghadap dalam hukum yang berisi uraian tentang orang/pihak yang mengikatkan diri dalam suatu kontrak. Keterangan yang dimaksud adalah identifikasi para pihak tersebut. Komparisi terdapat pada bagian pendahuluan kontrak. Komparisi dituangkan dalam bentuk sebagai berikut:

- i) Uraian terperinci tentang identitas, meliputi nama, pekerjaan dan domisili para pihak.
- ii) Kedudukan para pihak (yang sering ditulis dengan sebutan, misalnya: selanjutnya dalam perjanjian disebut Debitur).
- iii) Dasar hukum yang memberi kewenangan yuridis untuk bertindak dari para pihak (apabila salah satu atau keduanya adalah Badan Usaha).

Inti dari penjelasan pada point iii di atas diperlukan untuk mengantisipasi persoalan apabila ternyata salah satu atau para pihak ternyata sudah bukan Direktur atau Pimpinan dari Badan Usaha yang diwakilinya dalam kontrak. Kewenangan ini dibuktikan dengan Risalah RUPSLB (Rapat Umum Pemegang Saham Luar Biasa) yang terakhir yang mencantumkan nama Direktur tersebut sebagai anggota dewan direksi.

Komparisi berasal dari bahasa Belanda : *comparitie* yang artinya penghadapan. Dalam sebuah kontrak, komparisi tidak berbeda jauh dengan komparisi dalam akta notaris. Sifat “penghadapan” memiliki dua kemungkinan, yaitu salah satu atau para pihak diwakili oleh kuasanya masing-masing atau para pihak membuat suatu kontrak yang sifatnya adalah circular. Kesepakatan circular atau edaran hanya bisa dilakukan apabila para pihak tidak membatasi mekanisme penandatanganannya atau selama tidak dilarang oleh peraturan perundang-undangan pelaksanaannya.

d. Bagian pertimbangan (*Recital*)

Recital atau Premisse sering disebut juga dengan bagian pertimbangan dalam kontrak. Recital adalah pernyataan formal yang menjelaskan alasan-alasan mengapa para pihak

mengadakan kontrak. Intinya, recital adalah keterangan atau pernyataan awal dari sebuah kontrak yang menjadi alasan atau latar belakang kontrak dibuat.

Recital terletak pada bagian pendahuluan. Isinya recital mendahului dari bagian isi suatu kontrak dan menerangkan pokok masalah yang akan diatur dalam kontrak untuk memudahkan pengertian apa maksud dibuatnya kontrak tersebut. Kedudukan recital pada kontrak bersifat fakultatif, artinya recital dalam setiap kontrak tidak selalu ada.

e. Isi kontrak

Bagian yang memuat isi dalam sebuah kontrak merupakan inti kontrak tersebut. Isinya memuat apa yang dikehendaki, hak, dan kewajiban termasuk pilihan penyelesaian sengketa. Pada bagian isi kontrak ini memuat klausula-klausula yang menegaskan kondisi dan informasi serta pemahaman suatu kontrak tentang apa yang disepakati oleh para pihak.

Untuk dapat berfungsi secara optimal, maka bagian isi kontrak juga harus memenuhi beberapa persyaratan, yaitu:

- i) Urutan: klausula-klausula yang ada harus mencerminkan isi dan kondisi kesepakatan sehingga harus dibuat secara kronologis agar mudah menemukan dan mengetahui tiap hal yang diatur oleh tiap klausulanya,
- ii) Ketegasan: bahasa yang digunakan tidak boleh menimbulkan multi interpretasi, harus tegas dan tidak mengambang,
- iii) Keterpaduan: tiap ayat dalam kontrak atau tiap kalimat dalam suatu klausula harus memiliki keterpaduan sehingga mempunyai hubungan satu dengan lainnya,
- iv) Kesatuan: tiap klausula/pasal mencerminkan satu kondisi namun saling mendukung dengan klausula/pasal lainnya,
- v) Kelengkapan: tiap klausula/pasal dalam suatu kontrak harus lengkap informasinya karena mencerminkan tiap kondisi yang berbeda dengan klausula/pasal lainnya.

Pada bagian isi kontrak, ada yang disebut materi khusus dan materi umum. Yang dimaksud dengan materi khusus memuat atau mengatur klausula-klausula sesuai objek kontrak, yaitu gambaran pokok perjanjian serta hak dan kewajiban para pihak. Sedangkan materi umum adalah klausula yang umum terdapat dalam setiap perjanjian, yaitu wanprestasi, *force majeure*, pilihan hukum, penyelesaian sengketa, perubahan

(*addendum*) dan atau amandemen, bahasa, komunikasi, pengakhiran kontrak, dan status dokumen sebelumnya.

Dari kedua jenis materi klausula di atas, bagian isi kontrak dapat dibagi lagi dalam 3 (tiga) jenis ketentuan, yaitu :

a. Ketentuan umum

Ketentuan umum memuat pembatasan istilah dan pengertian yang digunakan dalam seluruh kontrak. Pembatasan ini disepakati oleh para pihak agar dapat meminimalisir perselisihan yang muncul akibat perbedaan interpretasi.

b. Ketentuan pokok

Isi kontrak yang termasuk ketentuan pokok ada tiga jenis klausula, yaitu :

i) Klausula transaksional yang berisi segala bentuk kewajiban yang disepakati para pihak, seperti objektata cara pemenuhan prestasi dan kontraprestasi.

ii) Klausula spesifik berisi tentang hal-hal khusus yang sesuai dengan karakteristik jenis perikatannya. Klausula spesifik membedakan kontrak yang satu dengan kontrak lainnya, terutama kontrak bisnis. Klausula ini sifatnya khusus karena tidak terdapat dalam kontrak dengan sanksi berbeda, seperti pada perjanjian jual beli hiasan keramik maka perlu adanya klausula tentang penanganan khusus dalam pengirimannya.

iii). Klausula antisipatif

Klausula antisipatif merupakan klausula yang berisi hal-hal yang menyangkut kemungkinan-kemungkinan yang dapat terjadi selama berlakunya kontrak seperti perpanjangan kontrak, penyelesaian sengketa dan pengalihan hak/kewajiban salah satu pihak.

c. Ketentuan penunjang

Ketentuan ini sebagai penunjang efektivitas pelaksanaan kontrak oleh para pihak. Dalam ketentuan penunjang ini ada tiga jenis klausula, yaitu :

i) Klausula *condition presedent* yang memuat syarat-syarat yang harus dipenuhi lebih dulu oleh salah satu pihak sebelum pihak lainnya memenuhi kewajibannya. Misalnya : klausula/pasal tentang persyaratan penarikan pinjaman dalam Perjanjian Kredit

- ii) Klausula *afirmatif covenants* memuat tentang janji-janji para pihak untuk melakukan hal-hal tertentu selama kontrak masih berlangsung. Klausula ini lazim terdapat pada kontrak kerja sama.
- iii) Klausula *negatif covenants* merupakan klausula yang memuat janji-janji para pihak untuk tidak melakukan hal-hal tertentu selama kontrak berlangsung. Klausula ini pun lazim terdapat dalam kontrak kerja sama.

f. Penutup

Bagian terakhir dari sebuah draf kontrak adalah bagian penutup. sebuah kontrak ada dua hal yang umum terdapat pada setiap jenis kontrak, yaitu kata penutup (*closing*) dan tanda tangan para pihak. Meskipun demikian, ada beberapa hal penting lain yang perlu diperhatikan pada bagian penutup kontrak, antara lain sebagai berikut: i). Sebagai suatu penekanan bahwa kontrak ini adalah alat bukti. ii) Sebagai bagian yang menyebutkan tempat pembuatan dan penandatanganan, iii). Sebagai ruang untuk menyebutkan saksi-saksi dalam kontrak, dan iv) sebagai ruang untuk menempatkan tanda tangan para pihak yang melakukan kontrak.

Ada dua macam bentuk penutup dalam sebuah kontrak, yaitu bila waktu dan tempat diadakannya kontrak telah disebutkan di awal kontrak maka setelah klausul kata penutup langsung ruang untuk tanda tangan para pihak.

Contoh:

Pasal 30
Penutup

Demikianlah perjanjian ini dibuat dalam dua rangkap bermeterai cukup, satu rangkap untuk Pihak Pertama dan satu rangkap lagi untuk pihak kedua yang masing-masing memiliki kekuatan hukum yang sama serta ditandatangani oleh keduabelah pihak dengan disaksikan oleh dua orang saksi.

Pihak Pertama

Pihak Kedua

Saksi-saksi:

1. _____ ()

2. _____ (_____)

- a. Bila waktu dan tempat diadakannya kontrak belum disebutkan di awal kontrak maka setelah klausul kata penutup disebutkan lebih dulu tempat dan waktu dibuatnya kontrak tersebut.

Contoh:

Pasal 30
Penutup

Demikianlah perjanjian ini dibuat dalam dua rangkap **bermeterai** cukup, satu rangkap untuk Pihak Pertama dan satu rangkap lagi untuk pihak kedua yang masing-masing memiliki kekuatan hukum yang sama serta ditandatangani oleh kedua belah pihak dengan disaksikan oleh dua orang saksi

Jakarta, 10 Januari 2018

Pihak Pertama

Pihak Kedua

Saksi-saksi:

1. _____ (_____)

2. _____ (_____)

- g. Tanda tangan

Secara umum, kesepakatan dari para pihak yang mengikatkan diri dalam sebuah kontrak akan direfleksikan dengan penandatanganan kontrak tersebut oleh orang yang memiliki kapasitas dan kewenangan untuk itu.

Keabsahan identitas penandatanganan dibuktikan dengan:

- i) Bagi individu yang menjadi pihak pada kontrak dengan Kartu Tanda Penduduk (KTP) atau paspor,
- ii) Bagi individu yang mewakili Badan Hukum Perdata maka ditambah dengan Anggaran Dasar dan dokumen otoritas (misalnya: Persetujuan Komisaris atau Keputusan Rapat Pemegang Saham),
- iii) Bagi individu yang mewakili Badan Hukum Publik maka ditambah dengan Surat Kuasa atau Surat Perintah dan izin pejabat pemerintah yang bersangkutan.

Identitas penandatanganan yang keliru dapat mengakibatkan batalnya kontrak (batal demi hukum). Begitu pula dengan kewenangan penandatanganan. Lemahnya kewenangan penandatanganan mengakibatkan *ultra vires* atau suatu pihak melakukan suatu tindakan hukum dengan melampaui wewenang yang dimilikinya sehingga tindakan hukum yang dilakukannya tidak menimbulkan akibat hukum yang dikehendaki.

Untuk lebih memperjelas struktur, anatomi kontrak sebuah kontrak maka, berikut akan dipaparkan susunan struktur anatomi kontrak lengkap (Perjanjian Sewa Menyewa; Perjanjian Jual Beli), sebagai berikut:

Judul atau nama perjanjian

Judul suatu akta biasanya diberi nama sesuai dengan isinya misalnya perjanjian sewa menyewa; perjanjian jual beli.

Contoh :

Judul:

SEWA MENYEWAKAN RUMAH/JUAL BELI RUMAH

Pembukaan:

Pada hari ini, Jumat tanggal 9 Mei 2018 di Bandung, yang bertanda tangan dibawah ini:

Komparasi:

1. Tuan X, swasta bertempat tinggal di Bandung Pusat, Jalan Kebo Raya No.31 selanjutnya disebut sebagai Pihak pertama atau Yang menyewakan

2. Tuan Y, swasta bertempat tinggal di Bogor, jalan Genatih No. 52, selanjutnya disebut sebagai Pihak Kedua atau Penyewa.

Premisse (Recitals)

Para pihak terlebih dahulu menerangkan sebagai berikut:

- *Bahwa Pihak Pertama adalah pemilik tanah beserta rumah alamat jalan Merdeka No.81, berdasarkan Sertifikat Hak Milik nomor:*
- *Bahwa Pihak Pertama hendak menyewakan rumah tersebut kepada Pihak Kedua*

Bahwa.....

h. Isi Perjanjian

Pada bagian inilah para pihak mencantumkan segala hal atau pokok-pokok yang dianggap perlu yang merupakan kehendak para pihak sebagai suatu pernyataan tertulis yang sah.

Isi perjanjian dapat dipilah menjadi 3 bagian yaitu:

1. Unsur Esensialia (*Essential Elements*)
2. Unsur Naturalia (*Natural Elements*)
3. Unsur Aksidentalialia (*Accidental Elements*)

Unsur Esensialia

Unsur pertama merupakan elemen 'inti' dari sebuah kontrak, maka tanpa elemen tersebut suatu perjanjian atau kontrak tidak akan pernah ada (jadi harus dicantumkan dalam perjanjian kalau tidak maka tidak sah) seperti pada perjanjian jual beli yang merupakan 'inti' adalah "barang" dan "harga"

Contoh:

Pasal 1

MACAM BARANG DAN HARGA

Pihak Kedua mengikatkan diri untuk menjual dan akan menyerahkan barangnya kepada Pihak Pertama yang dengan ini mengikatkan diri untuk membeli dan menerima penyerahan atas barang-barang yang jumlah dan macamnya adalah sebagai berikut:

Pasal 2

HARGA DAN CARA PEMBAYARAN

Harga penjualan dan pemberian barang-barang tersebut telah ditetapkan dan disetujui oleh kedua belah pihak sebesar Rp.....() Selain itu harga tersebut sudah termasuk pemasangan instalasi sampai tuntas, dan seterusnya.....

Element ke-dua adalah **Naturalia**.

Naturalia merupakan ketentuan hukum umum, suatu syarat yang biasanya dicantumkan dalam perjanjian. Unsur-unsur atau hal ini biasanya dijumpai dalam perjanjian-perjanjian tertentu, dianggap ada, kecuali dinyatakan sebaliknya. Namun tanpa pencantuman syarat yang dimaksud itupun, suatu perjanjian tetap sah dan tidak mengakibatkan suatu perjanjian menjadi tidak mengikat.

Apabila syarat yang biasanya dicantumkan ternyata tidak dimuat maka peran Undang-Undang akan tampil mengisi kekosongan tersebut sesuai dengan sifat hukum perjanjian

yang *accessoir atau optional law*. Seperti dalam suatu perjanjian jual beli tidak diatur mengenai siapa yang berkewajiban membayar biaya balik nama, maka ketentuan UU yang berlaku bahwa biaya-biaya akta jual beli dan biaya tambahan lain dipikul oleh si pembeli, kecuali jika tidak diperjanjikan sebaliknya (pasal 1466 KUH Perdata)

Elemen ke-tiga yaitu: *Accidental* yang berarti bisa ada atau diatur, bisa juga tidak ada tergantung pada keinginan para pihak apakah memang merasa perlu untuk memuat,ataukah tidak. mengenai hal utama yang dinyatakan dalam perjanjian yang disetujui oleh para pihak.

Aksidental adalah suatu syarat yang tidak harus ada tetapi dicantumkan juga oleh para pihak untuk keperluan tertentu dengan maksud khusus sebagai suatu kepastian. Sebagai contoh dalam perjanjian sewa menyewa, secara khusus diperjanjikan bahwa apabila dikemudian hari perjanjian sewa menyewa berakhir, maka si penyewa diwajibkan untuk menyerahkan semua kwitansi pembayaran yang pernah dilakukan oleh penyewa kepada yang menyewakan, misalnya kwitansi listrik, air, pajak bumi dan bangunan (PBB) dsb.

Klausula (Clause)

Ada hal penting lain yang harus mendapat tempat dalam perjanjian yaitu mengenai berbagai klausula yang acapkali muncul dan dimasukkan dalam merumuskan isi perjanjian, sekaligus merupakan bagian yang patut memperoleh perhatian para pihak yang hendak membuat kontrak.

Klausula yang dimaksud hampir selalu tercantum pada perjanjian yang sifatnya lintas batas (*across border contract*) misalnya: *Arbitrase, Force Majeure, Choice of law/Applicable Law, Waiver* (pelepasan hak), *Domicile & Jurisdiction* dll

i. **Penutup/Testimonium Clause (Closure)**

Setiap perjanjian tertulis selalu ditutup dengan kata atau kalimat yang menyatakan bahwa perjanjian itu dibuat dalam jumlah atau rangkap yang diperlukan dan bermeterai cukup dan ditandatangani oleh para pihak atau yang mewakili dan bertindak untuk dan atas nama serta saksi-saksi.

Tanda Tangan (*Attestation*)

Tanda tangan para pihak atau yang mewakili, dan tanda tangan saksi-saksi. Apabila yang menjadi pihak dalam perjanjian adalah

bukan perorangan melainkan badan hukum, maka di bawah tanda tangan juga disebutkan nama dan jabatannya dilengkapi cap perusahaan di samping tanda tangan.

LAMPIRAN

Dalam sebuah kontrak lampiran dibuat jika:

- i. terdapat hal-hal yang perlu disertakan atau dilekatkan pada perjanjian induk, misalnya seperti 'Surat Kuasa', 'Daftar Perincian Harga' atau 'Jenis-Jenis Barang' dan tipe yang dimaksud,
- ii. pelaksanaan pekerjaan atau jenis-jenisnya, bentuk laporan, gambar-gambar atau skema dan lampiran lain yang terkait (jika diperlukan oleh para pihak),
- iii. Lampiran merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan dengan kontrak yang melampirkannya,
- iv. Lampiran juga bukanlah suatu perubahan salah satu atau beberapa klausula/pasal yang menjadi substansi kontrak yang telah ditandatangani.

j. Addendum

Selain klausula dalam bagian isi kontrak dan penutup di atas, ada klausula yang dikenal dengan nama klausula addendum. Dalam bahasa Inggris addendum adalah lampiran, suplemen, tambahan. Addendum merupakan istilah dalam kontrak atau surat perjanjian yang berarti tambahan klausula atau pasal yang secara fisik terpisah dari perjanjian pokoknya namun secara hukum melekat pada perjanjian pokok itu. Addendum juga dikenal dengan sebutan amandemen, yang berfungsi jika pada saat kontrak berlangsung terdapat hal-hal yang belum cukup diatur dalam kontrak tersebut, maka dapat bermusyawarah untuk suatu mufakat tentang hal yang belum diatur tersebut. Untuk itu ketentuan atau hal-hal yang belum diatur harus dituangkan dalam bentuk tertulis sama seperti kontrak yang telah dibuat.

Umumnya klausula yang mengatur tentang addendum dicantumkan pada bagian akhir dari suatu perjanjian pokok. Namun apabila hal tersebut tidak dicantumkan dalam perjanjian, addendum tetap dapat dilakukan sepanjang ada kesepakatan diantara para pihak dan tidak bertentangan dengan Pasal 1320 KUH Perdata.

Addendum juga dipandang sebagai tambahan yang dilampirkan atau lampiran yang dilampirkan dan tidak merubah isi pokok dalam

suatu perjanjian dan addendum ini dibuat sama halnya dengan perjanjian yaitu ditanda tangani para pihak.

contoh:

Pasal 9
Addendum

Segala hal yang tidak atau belum cukup diatur dalam perjanjian ini, akan diputuskan atas kesepakatan kedua belah pihak secara bersama-sama dengan tetap berpedoman pada perjanjian ini dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan.

k. Penggunaan Bahasa Hukum

Penggunaan bahasa hukum merupakan suatu keharusan dalam menyusun sebuah kontrak, hal itu sangat penting untuk diperhatikan agar tidak menimbulkan mispersepsi diantara para pihak. Selain itu menghindari penggunaan kata yang mengandung makna sebih dari satu (multitafsir). Dalam dunia bisnis dewasa ini penggunaan bahasa Inggris lazim digunakan, khususnya dalam penyusunan sebuah kontrak. Akan tetapi bahasa Indonesia lebih dinamis dan banyak kosa kata, idiom, atau istilah asing yang diserap ke dalam bahasa Indonesia. Hal ini menjadi tugas utama perancang atau pembuat kontrak agar dapat mengikuti perkembangan bahasa, terutama bahasa hukum, yang bisa menimbulkan sengketa atau persoalan apabila salah menggunakan kosa kata atau menggunakan kalimat yang multitafsir.

Seorang *legal drafter* atau perancang kontrak harus menggunakan kosa kata, idiom atau istilah hukum yang dapat dipahami dalam satu persepsi oleh para pihak. Artinya substansi kontrak harus sesuai dengan kesepakatan para pihak dan kontrak itu mengakomodir seluruh hal yang yang disepakati oleh para pihak. Seorang *legal drafter* harus adil dan tidak memihak salah satu pihak.

Dalam sebuah kontrak bisnis, idealnya memuat satu klausula/pasal khusus tentang bahasa apabila kontrak yang dibuat merupakan kontrak bisnis internasional. Tujuannya agar jelas pilihan bahasa dalam rangka penyelesaian masalah apabila di belakang hari timbul sengketa.

Contoh:

Pasal 29
Bahasa

1. Perjanjian dituangkan dalam dua bahasa, yakni bahasa Inggris dan bahasa Indonesia;
2. Jika terjadi perselisihan, maka naskah kontrak dalam bahasa Inggris yang harus dipakai

7.4 Tahap Review Draft Kontrak Bisnis

Mereview suatu perkataan dalam bahasa Indonesia terdapat padanan dengan kata lainnya seperti ‘memeriksa, meninjau atau menimbang.’ Dalam masyarakat Indonesia dewasa ini kata ‘review’ menjadi kata yang tidak asing, baik dikalangan akademis maupun dalam kalangan bisnis. *Mereview* sebuah draft kontrak merupakan salah satu pekerjaan yang sangat dominan untuk bagian legal perusahaan. Perbedaan mereview perjanjian dengan membuat perjanjian adalah bahwa kalau kita membuat perjanjian maka kita mendesain perjanjian dari awal.

Mereview kontrak bermakna meninjau kembali sebuah konsep kontrak yang sudah ada dan belum ditandatangani oleh para pihak. Selanjutnya sesudah proses peninjauan ulang selesai dilakukan dan disepakati maka, kontrak tersebut akan ditandatangani oleh para pihak yang terlibat dalam perjanjian yang dibuat.

7.4.1 Tahapan Persiapan Review Kontrak.

Tahapan persiapan untuk melakukan review sesuatu kontrak perlu memperhatikan dan membuat beberapa persiapan. Persiapan yang dimaksud dapat dirujuk dalam tabel 7.1 berikut:

Tabel 7.1 Tahapan Persiapan Review Kontrak

No.	Tindakan	Keterangan
1	Menyusun skema alur proses yang diperjanjikan	Penyusunan tersebut agar mudah terlihat hak dan kewajiban mereka yang membuat perjanjian
2	Memastikan keabsahan subjek hukum	Subjek hukum yang dinyatakan dalam perjanjian harus tepat (tidak boleh keliru).
3	Memastikan hubungan keabsahan	Dalam perjanjian hubungan

	antara subjek dan objek perjanjian	antara subjek dan objek dipastikan tepat (tidak keliru).
4	Memperhatikan hak dan kewajiban	Hak dan kewajiban para pihak dalam kontrak merupakan perhatian utama.
5	Memperhatikan setiap kata dan kalimat	Kalimat yang dipergunakan dalam penjinjian tidak mengandung makna ganda
6	Melakukan pengecekan (<i>cross check</i>) terkait dengan aturan perundang yang terkait	Memastikan bahwa kontrak yang dibuat telah sesuai dengan perundangan yang berlaku (termasuk peraturan terbaru).
7	Meminta penjelasan bagian-bagian terkait yang ada di dalam perusahaan mengenai materi yang diperjanjikan.	Hal ini sebaiknya dilakukan dan harus dipastikan agar tidak terjadi kendala saat pelaksanaan perjanjian.
8	Melakukan koordinasi (<i>meeting</i>) dengan pihak terkait (bagian legal dari perusahaan lain atau pihak lain)	Koordinasi dengan berbagai pihak terkait menjadi keharusan agar review yang dilakukan akan membawa hasil yang maksimal.

Paparan berikut akan mengupas ringkas dari table di atas mengenai tahapan persiapan review kontrak yang meliputi penyusunan skema alur proses perjanjian, keabsahan subjek hukum, hak dan kewajiban para pihak, penggunaan bahasa, dan lain sebagainya yang dapat diuraikan seperti berikut:

- a. Menyusun skema alur proses yang diperjanjikan agar mudah terlihat hak dan kewajiban mereka yang membuat perjanjian.
- b. Memperhatikan keabsahan subjek hukum
Dalam hal ini perlu memastikan keabsahan subjek hukum yang ada di dalam bagian komparasi perjanjian. Jika keliru menyatakan subjek hukum yang berwenang menandatangani perjanjian maka berakibat sangat fatal.
- c. Memperhatikan hubungan keabsahan antara subjek hukum dan objek hukum yang diperjanjikan.
- d. Memperhatikan hak dan kewajiban para pihak

Dalam suatu perjanjian masing masing pihak penandatanganan perjanjian, khususnya hak dan kewajiban perusahaan tempat bagian legal bekerja (jangan sampai perusahaan tempat bagian legal bekerja berada pada pihak yang dirugikan).

- e. Memperhatikan pemakaian kalimat (jangan sampai mengandung multitafsir).
- f. Melakukan *cross check* dengan peraturan yang ada dan yang terbaru agar diketahui apakah perjanjian tersebut bertentangan dengan hukum yang berlaku (khusus untuk materi yang diperjanjikan). Untuk hal ini bagian legal diwajibkan harus memutakhirkan pengetahuannya tentang peraturan-peraturan hukum yang berlaku. Pada aspek ini orang-orang yang bekerja di bagian legal biasanya dianggap serba tahu (*homo multarum literarum*) tentang semua peraturan yang terbaru yang ada.
- g. Meminta penjelasan bagian bagian terkait yang ada di dalam perusahaan mengenai materi yang diperjanjikan. Hal ini sebaiknya dilakukan jika materi itu sangat asing bagi bagian legal perusahaan maka bagian legal perusahaan.
- h. Melakukan koordinasi (*meeting*) dengan bagian legal dari perusahaan lain atau pihak lain (jika perorangan) yang akan menandatangani perjanjian (biasanya pada setiap *meeting* antar pihak yang melakukan perjanjian bagian legal perusahaan selalu diikutsertakan).

Oleh karena itu, tahapan sebelum dimulainya review suatu kontrak merupakan tahanan penting. Dalam artian tahapan ini penting dimanfaatkan, dengan cara mempersiapkan segala sesuatu yang terkait dengan teknis pelaksanaan review kontrak yang akan dilakukan seperti menyusun skema alur proses, memperhatikan keabsahan subjek hukum yang terikat kontrak, memperhatikan hak dan kewajiban mereka, memperhatikan kalimat yang digunakan tidak menimbulkan multitafsir, melakukan pengecekan ulang peraturan perundangan yang terkait dengan kontrak yang mereka buat. Dengan demikian, tahapan persiapan sebelum pelaksanaan review dipandang penting agar memudahkan saat melakukan review dan akan mendapatkan hasil yang hasil yang maksimum.

Terkait dengan penting review suatu kontrak adalah agar terhindar dari kalimat-kalimat yang mengandung unsur-unsur seperti: i) paksaan (*dwang, duress*); ii) penipuan (*bedrog, fraud*); dan iii) kekhilafan (*dwaling, mistake*). Lazimnya pada bagian akhir perjanjian seperti *force majeure*, wanprestasi, pengakhiran perjanjian

dan lainnya diatur secara simpel berbeda dengan pada bagian isi. Mengingat bahwa dalam membuat perjanjian seseorang tidak dapat dipaksa untuk memberikan sepakatnya. Cacat kesepakatan atau cacat kehendak terjadi apabila seseorang mengetahui atau seharusnya mengerti bahwa pihak lain karena suatu keadaan khusus seperti keadaan darurat, ketergantungan, tidak dapat berpikir panjang, keadaan jiwa yang abnormal atau tidak berpengalaman tergerak untuk melakukan suatu perbuatan hukum meskipun ia tahu atau seharusnya mengerti sebenarnya ia harus mencegahnya, konsensus yang diberikan dengan paksa adalah *Contradictio interminis*. Adanya paksaan menunjukkan tidak adanya sepakat yang mungkin dilakukan oleh pihak lain untuk memberikan pilihan kepadanya, paksaan terjadi jika seseorang memberikan persetujuannya karena ia takut pada suatu ancaman. Misalnya ia akan dianiaya atau akan dibuka rahasianya jika ia tidak menyetujui suatu perjanjian. Yang diancamkan harus mengenai suatu perbuatan yang dilarang oleh undang-undang.

Dalam hal suatu perjanjian terdapat unsur paksaan maka perjanjian tersebut adalah tidak sah, sebagaimana ketentuan dalam Pasal 1321 KUHPerdara menyatakan bahwa: "tiada sepakat yang sah jika sepakat itu diberikan karena kekhilafan, atau diperoleh dengan paksaan atau penipuan". Bahkan jika perikatan yang dibuat mengandung paksaan, penipuan dan kekhilafan maka perlu menerbitkan suatu tuntutan untuk pembatalannya. Hal itu merujuk Pasal 1449 KUHPerdara yang menyatakan: "Perikatan-perikatan yang dibuat dengan paksaan, kekhilafan, atau penipuan, menerbitkan suatu tuntutan untuk membatalkannya". Bermakna jika adanya unsure penipuan dalam suatu perjanjian maka harus ada tuntutan (laporan) agar perjajian tersebut dapat dibatalkan. Namun hal tersebut tidak dapat diketahui tanpa adanya laporan dari pihak yang dirugikan. Selain itu ada atau tidaknya paksaan juga tidak mudah untuk dibuktikan.

Membuat perjanjian seseorang tidak dapat dipaksa untuk memberikan sepakatnya. Cacat kesepakatan atau cacat kehendak terjadi apabila seseorang mengetahui atau seharusnya mengerti bahwa pihak lain karena suatu keadaan khusus seperti keadaan darurat, ketergantungan, tidak dapat berpikir panjang, keadaan jiwa yang abnormal atau tidak berpengalaman tergerak untuk melakukan suatu perbuatan hukum meskipun ia tahu atau seharusnya mengerti sebenarnya ia harus mencegahnya, sepakat yang diberikan dengan paksa (*Contradictio interminis*).

Adanya paksaan menunjukkan tidak adanya sepakat yang mungkin dilakukan oleh pihak lain untuk memberikan pilihan kepadanya, paksaan terjadi jika seseorang memberikan persetujuannya karena ia takut pada suatu ancaman. Sebagai contoh ia akan dianiaya atau akan dibuka rahasianya jika ia tidak menyetujui suatu perjanjian. Yang diancamkan harus mengenai suatu perbuatan yang dilarang oleh undang-undang.

Dengan demikian, dapat diketahui bahwa unsur paksaan yang dimaksud yaitu, paksaan karena keunggulan psikologis (*geestelijke overwicht*); Adanya ketergantungan dari pihak lemah yang disalahgunakan oleh pihak yang mempunyai keunggulan psikologis luar biasa, contoh dokter yang mesti atau minta dibayar tinggi/mahal oleh pasien oleh karena pasien dalam keadaan berbahaya bagi kelanjutan hidupnya jika tidak secepatnya dioperasi.²⁸²

Hal-hal yang dapat mempengaruhi kata sepakat sebagaimana diatas, tunduk pada pengaturan dalam Pasal 1321 BW yang mengatur mengenai cacat kehendak, dalam peristiwa contoh di atas misalnya, bilamana terdapat klausula yang sangat memberatkan, atau terdapat paksaan agar pihak lawan mau menandatangani perjanjian, maka sudah barang tentu terdapat cacat kehendak dalam keseluruhan proses berkontrak tersebut. Pasal 1320 BW dinyatakan bahwa kata sepakat merupakan syarat sahnya perjanjian (asas konsensualisme) yang mana merupakan salah satu syarat subyektif.

Berkaitan dengan syarat subyektif dalam Pasal 1320 BW, aturan lanjutannya ada dalam Pasal 1321 BW yaitu mengenai cacat kehendak, yang menyatakan bahwa tiada sepakat yang sah apabila diberikan karena kekhilafan, paksaan dan penipuan. Cacat kehendak dalam pengaturan Pasal 1321 BW dapat terjadi dan berakibat kontrak dapat dibatalkan apabila ada *bedreiging* (ancaman), *bedrog* (penipuan), dan *dwaling* (kesesatan).

Cacat kehendak juga dapat terjadi jika terdapat unsur penyalahgunaan keadaan. Penyalahgunaan keadaan²⁸³ ini

²⁸²Subekti, 2003. *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Cet 31, Jakarta, Intermedia, hlm.135.

²⁸³ Penyalahgunaan keadaan telah diuraikan secara lebih terperinci dalam bab IV subbab 4.3 mengenai syarat-syarat pembuatan kontrak baku khusus mengenai Cacat pada kehendak (*wilsgebreken*) yang dimaksudkan adalah kesesuaian antara kehendak dan pernyataan pada kehendak terjadi jika seseorang telah melakukan suatu perbuatan hukum, tetapi kehendak tersebut terbentuk secara tidak sempurna. Pasal 1321 BW kontrak dapat dibatalkan jika ada ancaman (*bedreiging*), penipuan (*bedrog*), dan kesesatan (*dwaling*). Perkembangannya, cacat kehendak juga dapat

berkembang melalui doktrin dan yurisprudensi, penyalahgunaan ini memiliki dua unsur yang harus dipenuhi yaitu adanya kerugian yang diderita oleh salah satu pihak, dan adanya penyalahgunaan kesempatan oleh pihak lain. Sedangkan paksaan yang tercantum dalam Pasal 1321 BW mensyaratkan adanya unsur ancaman yang menyebabkan ketakutan oleh salah satu pihak dan kerugian yang ditimbulkan akibat adanya ancaman tersebut. Paksaan pun menemui jenis baru yang diakui dalam pengadilan, yaitu paksaan ekonomi. Contoh sederhana yaitu penggunaan permen dalam pengembalian transaksi yang mana tidak disepakati sebelumnya, hal ini memiliki potensi untuk dibatalkan dengan alasan penyalahgunaan keadaan. Tidak adanya unsur ancaman yang menakutkan konsumen dalam hal menerima permen sebagai kembalian transaksi, menjadikan penyalahgunaan keadaan lebih berpotensi sebagai alasan pembatalan, bukannya paksaan.

Beberapa situasi .dapat memimpin perusahaan perangkat lunak (pemasok) untuk menandatangani kontrak dengan pelanggan. Yang paling umum adalah:

- a. Partisipasi dalam tender.
- b. Pengajuan proposal sesuai dengan RFP (*Requirement for Proposal*) pelanggan.
- c. Penerimaan perintah dari perusahaan pelanggan.
- d. Penerimaan permintaan internal atau pesanan dari departemen lain dalam organisasi.

7.4.2 Tahapan Pelaksanaan Review

Review kontrak adalah komponen dirancang untuk memandu draft review dokumen proposal dan kontrak. Jika berlaku, review kontrak juga menyediakan pengawasan dari kontak yang dilakukan dengan mitra proyek dan sub-kontraktor. Proses peninjauan itu sendiri dilakukan dalam dua tahap, yaitu: a review rancangan proposal; dan b. review rancangan kontrak, tahapan-tahapan yang dimaksud telah diringkas seperti dalam table 7.1 berikut:

terjadi dalam hal adanya penyalahgunaan keadaan (*misbruik van opstandigheden*), dalam buku ini.

Tabel 7.2 Tahapan Pelaksanaan Review Proposal dan Kontrak

No.	Tahapan	Tindakan	Keterangan
1	Review rancangan proposal.	<p>Klasifikasi dan dokumentasi</p> <p>Pendefinisian aspek formal, meliputi aspek:</p> <p>Definisi dari partisipasi mitra, subkontraktor dan perlindungan hak kepemilikan .</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Dokumen proposal dan dokumen teknis, jika terlalu umum, maka diperlukan rincian tambahan. • Persyaratan yang telah diperbaharui harus dicatat dalam dokumen terpisah dan disetujui oleh para pihak. • Pendekatan alternatif, kemitraan dengan pihak (perusahaan) yang profesional. • Aspek formal hubungan dengan pihak terkait telah ditetapkan. • Kriteria kiriman dan penerimaan Proyek • Fase proses persetujuan formal • Rancangan pelanggan dan metode tindak lanjut pengujian • Permintaan perubahan prosedur. • Identifikasi risiko pembangunan. • Estimasi mengenai sumber daya proyek dan jadwal. • Estimasi sumber daya mengacu pada staf profesional serta anggaran proyek, termasuk biaya subkontra • Memperkirakan penjadwalan harus mempertimbangkan persyaratan waktu dari semua pihak yang berpartisipasi dalam proyek. • Terkait dengan isu-isu jaminan kualitas, jadwal pembayaran, distribusi pendapatan proyek/keuntungan, dan kerjasama antar tim yang terkait dengan pelaksanaan proyek. • Perlindungan hak kepemilikan sangat penting contoh sebuah perangkat kerja digunakan

		<p>kembali (barang bekas) namun, dimasukkan ke dalam suatu paket baru atau ketika diperlukan hak untuk menggunakan kembali perangkat tersebut dimasa akan datang.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Penggunaan file kepemilikan data penting untuk sistem operasi dan langkah-langkah keamanan.
	Risiko pengembangan usaha	<ul style="list-style-type: none"> • Perlunya diidentifikasi tenaga professional dan alat yang diperlukan. • Gambaran yang komprehensif identifikasi item risiko suatu perangkat (alat kerja) dan metode untuk tindakan manajemen risiko.
	Pemeriksaan kemampuan perusahaan	<ul style="list-style-type: none"> • kompetensi profesional serta ketersediaan anggota tim yang dibutuhkan; • fasilitas pengembangan pada waktu yang dijadwalkan; • kapasitas pelanggan untuk memenuhi komitmennya. Pemeriksaan ini mengacu pada kapasitas keuangan pelanggan dan organisasi, seperti rekrutmen personil dan pelatihan, instalasi hardware yang dibutuhkan, dan peningkatan peralatan komunikasi.
2	Review rancangan kontrak	<p>Melakukan pemeriksaan terhadap:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Persyaratan pelanggan telah diklarifikasi dan didokumentasikan. • Pendekatan alternatif untuk melaksanakan proyek tersebut telah diperiksa. • Aspek formal hubungan antara pelanggan dan

perusahaan perangkat lunak telah ditetapkan.

- Identifikasi risiko pembangunan.
 - Estimasi yang memadai dari sumber daya proyek dan jadwal telah disusun.
 - Pemeriksaan kapasitas perusahaan sehubungan dengan proyek.
 - Pemeriksaan kapasitas pelanggan untuk memenuhi komitmennya.
 - Definisi kondisi partisipasi mitra dan subkontraktor.
 - Definisi dan perlindungan hak kepemilikan.
-

Ringkasan mengenai tahapan pelaksanaan review draf proposal dan kontrak dalam table di atas dapat diuraikan dalam paparan berikut:

a. Review rancangan proposal.

Dalam tahap ini dimulai dengan meninjau ulang draf proposal sebelum diajukan ke calon pelanggan (*review rancangan proposal*). Tahap ini mereview draft proposal yang meliputi: dokumen kebutuhan pelanggan, rincian tambahan pelanggan dan penjelasan dari perkiraan kebutuhan, biaya dan sumber daya, kontrak yang ada atau draft kontrak pemasok dengan mitra dan subkontraktor.

Selanjutnya review draf proposal bertujuan untuk memastikan beberapa kegiatan yang seharusnya dilakukan sudah dilakukan, antara lain sebagai berikut:

- i. Persyaratan pelanggan telah diklarifikasi dan didokumentasikan.
- ii. Pendekatan alternatif untuk melaksanakan proyek tersebut telah diperiksa.
- iii. Aspek formal hubungan antara pelanggan dan perusahaan perangkat lunak telah ditetapkan.
- iv. Identifikasi risiko pembangunan.
- v. Estimasi yang memadai dari sumber daya proyek dan jadwal telah disusun.
- vi. Pemeriksaan kapasitas perusahaan sehubungan dengan proyek.

- vii. Pemeriksaan kapasitas pelanggan untuk memenuhi komitmennya.
- viii. Definisi kondisi partisipasi mitra dan subkontraktor.

Dari paparan di atas mengenai pelaksanaan review draf proposal yang meliputi dokumen kebutuhan pelanggan, rincian tambahan pelanggan dan penjelasan dari perkiraan kebutuhan, biaya dan sumber daya, kontrak yang ada atau draft kontrak pemasok dengan mitra dan subkontraktor. Review draf proposal dilakukan untuk memastikan beberapa kegiatan yang seharusnya dilakukan sudah dilakukan seperti persyaratan pelanggan telah diklarifikasi dan didokumentasikan termasuk pendekatan alternatif untuk melaksanakan proyek tersebut telah diperiksa. Aspek formal hubungan antara pelanggan dan perusahaan perangkat lunak telah ditetapkan. Selain itu, perlunya identifikasi risiko pembangunan. Estimasi yang memadai dari sumber daya proyek dan jadwal telah disusun, serta pemeriksaan kapasitas perusahaan sehubungan dengan proyek, juga pemeriksaan kapasitas pelanggan untuk memenuhi komitmennya.

b. Review rancangan kontrak

Tahap ini dilakukan review draft kontrak sebelum penandatanganan. Mereview draft kontrak berdasarkan proposal dan pemahaman (*termasuk perubahan*) yang dicapai selama sesi negosiasi kontrak. Proses review dapat dimulai setelah draft dokumen telah selesai. Individu-individu yang melakukan review secara menyeluruh memeriksa draft sementara yang mengacu pada berbagai mata pelajaran yang komprehensif review. Sebuah checklist akan sangat membantu untuk memastikan cakupan penuh dari subjek yang relevan.

Setelah selesai tahap review diperlukan bahwa perubahan, penambahan dan koreksi yang diperlukan akan diperkenalkan oleh tim proposal (setelah review rancangan proposal) dan oleh departemen hukum (setelah review draft kontrak).

Peninjauan ulang terhadap suatu rancangan kontrak, yang dimulai dengan adanya suatu proposal. Maka sebelum melakukan review terhadap kontrak tentunya yang direview adalah rancangan proposal. Tujuan dari review rancangan proposal adalah untuk memastikan bahwa kegiatan-kegiatan tersebut telah memuaskan dilakukan. Kegiatan yang dimaksud sebagai berikut:

- a. Klasifikasi dan dokumentasi
Klasifikasi dilakukan terhadap persyaratan yang harus dipenuhi oleh pelanggan telah diklarifikasi dan didokumentasikan, hal itu penting untuk memastikan dokumen proposal dan dokumen teknis serupa telah sesuai.
 - i. Mana kala kondisi dokumen proposal dan dokumen teknis ditemukan terlalu umum dan tidak tepat untuk keperluan proyek maka, rincian tambahan harus diperoleh dari pelanggan.
 - ii. Klarifikasi persyaratan mereka yang masih samar-samar dan yang sudah diperbaharui harus dicatat dalam dokumen terpisah dan disetujui oleh pelanggan dan perusahaan perangkat lunak.
 - iii. Pendekatan alternatif untuk melaksanakan proyek tersebut telah diperiksa. Ketentuan ini mengacu terutama kepada alternatif yang meliputi penggunaan kembali perangkat lunak, dan kemitraan atau subkontrak dengan perusahaan-perusahaan yang memiliki pengetahuan khusus atau staf yang dapat memenuhi syarat untuk memenuhi syarat proposal itu.
 - iv. Aspek formal hubungan pelanggan dan perusahaan perangkat lunak telah ditetapkan.
- b. Proposal harus mendefinisikan aspek formal yang meliputi:
 - i. Pelanggan saluran komunikasi dan antarmuka
 - ii. Kriteria kiriman dan penerimaan Proyek
 - iii. Fase proses persetujuan formal
 - iv. Rancangan pelanggan dan metode tindak lanjut pengujian
 - v. Pelanggan permintaan perubahan prosedur.
 - vi. Identifikasi risiko pembangunan.
- c. Risiko pengembangan
Dalam konteks pengembangan usaha, kurangnya tenaga profesional tentang proyek atau penggunaan alat pengembangan yang diperlukan, perlu diidentifikasi dan diselesaikan. Untuk gambaran yang komprehensif identifikasi item risiko perangkat lunak dan metode untuk tindakan manajemen risiko.
- d. Estimasi mengenai sumber daya proyek dan jadwal.
Estimasi sumber daya mengacu pada staf profesional serta anggaran proyek, termasuk biaya subkontraktor. Memperkirakan penjadwalan harus mempertimbangkan

persyaratan waktu dari semua pihak yang berpartisipasi dalam proyek.

- e. Pemeriksaan kemampuan perusahaan
Pemeriksaan tersebut dimaksudkan kemampuan perusahaan dalam mengelola proyek. Pemeriksaan termasuk yang harus mempertimbangkan yang meliputi:
 - i. kompetensi profesional serta ketersediaan anggota tim yang dibutuhkan;
 - ii. fasilitas pengembangan pada waktu yang dijadwalkan;
 - iii. kapasitas pelanggan untuk memenuhi komitmennya. Pemeriksaan ini mengacu pada kapasitas keuangan pelanggan dan organisasi, seperti rekrutmen personil dan pelatihan, instalasi hardware yang dibutuhkan, dan peningkatan peralatan komunikasi.
- f. Definisi dari partisipasi mitra dan sub kontraktor.
Hal ini mencakup isu-isu jaminan kualitas, jadwal pembayaran, distribusi pendapatan proyek / keuntungan, dan kerjasama antara manajemen proyek dan tim.
- g. Definisi dan perlindungan hak kepemilikan.
Faktor ini sangat penting terutama dalam kasus di mana sebuah perangkat lunak bekas dimasukkan ke dalam suatu paket baru atau ketika diperlukan hak untuk menggunakan kembali perangkat lunak di masa datang. Item ini juga mengacu pada penggunaan file kepemilikan data penting untuk operasi sistem dan langkah-langkah keamanan.

Dengan demikian, tindakan peninjauan ulang terhadap suatu draf proposal adalah bertujuan untuk memastikan kegiatan yang seharusnya dilakukan sebelum dilakukannya peninjauan ulang tersebut sudah dilakukan seperti persyaratan pelanggan telah diklarifikasi dan didokumentasikan; pendekatan alternatif untuk melaksanakan proyek tersebut telah diperiksa; aspek formal hubungan antara pelanggan dan perusahaan yang menjadi pihak terkait telah ditetapkan; Identifikasi risiko pembangunan; Estimasi yang memadai dari sumber daya proyek dan jadwal telah disusun, dan hal lainnya yang terkait dengan kepentingan kelengkapan yang dipandang perlu dalam rangka proses membuat suatu kontrak yang diperlukan untuk mendukung aktivitas bisnis yang dijalankan.

Tindakan review rancangan kontrak dapat difahami sebagai suatu cara, untuk memastikan bahwa aktivitas yang semestinya dilakukan adalah telah dilaksanakan secara tepat. Adapun aktivitas

yang dimaksud telah memastikan bahwa: i) semua hal yang terkait dengan hal yang diperlukan dalam suatu kontrak adalah telah dilengkapi, dan semua hal tersebut telah diklarifikasi; dan ii) terdapat kesepahaman yang dicapai antara pelanggan dan perusahaan dan harus didokumentasikan secara lengkap dan benar dalam kontrak beserta dengan lampirannya. iii). Tidak ada perubahan, penambahan, atau kelalaian yang belum dibahas dan disepakati yang seharusnya diperkenalkan ke dalam draft kontrak. Perubahan, baik disengaja atau tidak, dapat mengakibatkan komitmen tambahan dan tidak terduga atas substansi pada bagian pemasok.

Dengan demikian review rancangan kontrak dimaksudkan jika masih terdapat hal yang tidak diklarifikasi, dan perbedaan antara pelanggan dan perusahaan yang mungkin muncul. Oleh karena itu, akan dapat menutup celah-celah kekurangan atau terjadinya penyimpangan atau cacat dalam suatu kontrak atau setidaknya meminimalisir kemungkinan tersebut. Sehingga suatu kontrak akan dapat dijalankan secara baik dan akan membawa hasil yang maksimal dari suatu kontrak yang diharapkan.

7.4.3 Tahapan pelaksanaan review kontrak

Peninjauan kembali kontrak bermacam-macam khususnya dalam konteks besaran volume kerja, sesuai dengan karakteristik pekerjaan (proyek) yang diusulkan. Kompleksitasnya seperti terkait dengan teknis atau organisasi. Selanjutnya beberapa faktor yang mempengaruhi tingkat dari review kontrak, sebagai berikut:

- a. Besaran volume proyek
Dalam hal ini ukuran besaran suatu proyek yang akan dikerjakan, biasanya diukur dalam ukuran sumber daya manusia perbulan.
- b. Kompleksitas teknis proyek.
Tingkat kerumitan teknis proyek harus disesuaikan pula/memerlukan staf yang cakap untuk menanganinya. Maka harus dipastikan dan disesuaikan tingkat pengetahuan dan pengalaman staf terhadap proyek. Pengetahuan dengan bidang dalam proyek sering dikaitkan dengan kemungkinan reused software digunakan lagi; dalam kasus di mana penggunaan kembali dari perangkat lunak mempunyai proporsi yang tinggi, sehingga tingkat review berkurang.
- c. Kompleksitas organisasi proyek.

Semakin besar jumlah organisasi, yaitumitra, subkontraktor, dan pelanggan yang mengambil bagian dalam proyek, semakin besar upaya review kontrak diperlukan. Dengan demikian diasumsikan bahwa "sederhana" ulasan kontrak akan dilakukan oleh salah satu resensi, yang akan fokus pada beberapa mata pelajaran dan berinvestasi sedikit waktu dalam bukunya review. Namun, review kontrak besar-besaran mungkin memerlukan partisipasi sebuah tim untuk memeriksa berbagai mata pelajaran, proses menuntut investasi jam kerja banyak.

Seterusnya perlu dipastikan tenaga ahli yang akan melakukan peninjauan terhadap suatu kontrak. Dalam bahasa lainnya siapa yang bertugas melakukan review terhadap kontrak, sesuai dengan kerumitan proyek yang akan dilakukan antara lain sebagai berikut:

- a. Pemimpin atau anggota lain dari timproposal.
- b. Para anggota tim proposal.
 - a. Seorang profesional
Professional yang dimaksud adalah seseorang dari luar atau seorang anggota staf perusahaan yang bukan anggota tim proposal.
- c. Sebuah tim ahli dari luar
Lazimnya,, tim review kontrak terdiri dari ahli dari luar yang dipanggil, terutama untuk proposal utama. Ahli dari luar dapat dipakai untuk review kontrak kecil dimana organisasi pengembangan perangkat lunak tidak mempunyai cukup anggota tim yang memadai.

Peninjauan kembali untuk proposal utama, yang dimaksud adalah proposal untuk proyek-proyek yang ditandai dengan setidaknya beberapa hal antara seperti:: skala proyek sangat besar, kompleksitas teknis yang sangat tinggi, suatu area baru bagi perusahaan, dan kompleksitas organisasi yang tinggi (yang ditandai oleh sejumlah besar organisasi, yaitu mitra, subkontraktor dan pelanggan, yang mengambil bagian dalam proyek ini). Pelaksanaan proses review kontrak untuk sebuah proyek besar biasanya menyebabkan kesulitan organisasi secara substansial. Beberapa jalan untuk mengatasi kesulitan-kesulitan tersebut disarankan disini, berikut review dari faktor-faktor yang menyebabkan kesulitan untuk penyelesaian tugas dengan lancar.

Dalam rangka pelaksanaan peninjaun kembali sebuah kontrak untuk proposal utama, umumnya atau sebagian besar mereka

sependapat bahwa review kontrak adalah prosedur utama untuk mengurangi risiko kegagalan proyek besar. Beberapa substansial, mendasar, dan kesulitan yang melekat dalam melakukan review kontrak, terutama untuk situasi yang memerlukan review proposal utama.

Dalam review baik review draft proposal dan review draft kontrak biasanya dilakukan ketika tim tender berada di bawah tekanan waktu. Akibatnya, setiap tahap review kontrak harus diselesaikan hanya dalam waktu beberapa hari untuk memberikan waktu pelaksanaan koreksi dokumen. Maka sebuah proses pelaksanaan peninjauan kembali rancangan proposal dan rancangan kontrak semestinya memahami hal berikut:

- a. Dilakukan oleh profesional
Review kontrak yang tepat harus dikerjakan oleh orang yang secara substansial profesional pada bidang tersebut. Kinerja profesional pada setiap tahap dari review kontrak membutuhkan investasi keahlian profesional yang substansial (jumlah waktu diperlukan bervariasi, sesuai dengan sifat proyek).
- b. Anggota tim senior dan pakar
Staf review kontrak yang potensial, anggota tim review kontrak biasanya merupakan anggota staf senior dan ahli-ahli yang biasanya sangat berkomitmen untuk melakukan tugas-tugas rutin mereka, sehingga tidak ada waktu untuk melakukan review.
- c. Rekomendasi untuk menerapkan review kontrak besar
Perencanaan secara hati-hati pada pelaksanaan review kontrak sangat diperlukan agar berhasil menyelesaikannya. Disarankan bahwa langkah-langkah berikut harus diambil untuk memfasilitasi proses review:
- d. Review kontrak harus dijadwalkan.
Pelaksanaan peninjauan terhadap suatu kontrak harus dimasukkan dalam jadwal persiapan proposal, menyediakan yang cukup waktu untuk review dan koreksi.
- e. Suatu tim harus melakukan peninjauan kontrak.
Teamwork memungkinkan untuk membagi beban kerja diantara anggota tim sehingga masing-masing anggota tim review kontrak mendapatkan cukup waktu untuk melakukan

pekerjaanya termasuk mempersiapkan laporan tertulis yang merangkum hasil temuan dan rekomendasi.

- f. Seorang pemimpin tim review kontrak harus ditunjuk. Adalah penting bahwa ada orang yang bertanggung jawab untuk mengatur, mengelola dan mengendalikan kegiatan review kontrak, yang biasanya dengan cara menunjuk seorang pemimpin tim.

Seorang pemimpin tim memiliki tugas seperti berikut: i) perekrutan anggota tim; ii) mendistribusikan tugas review antara anggota tim; iii) menjadi koordinator antara anggota tim review; iv) Sebagai koordinator antara tim review dan tim proposal; v) menindak lanjuti kegiatan, terutama tentang dengan jadwal; dan vi) membuat kesimpulan dari temuan-temuan dan menyampaikannya kepada tim proposal.

Pelaksanaan tinjauan terhadap kontrak dimaksudkan untuk memeriksa beberapa hal, berdasarkan tujuan dari review kontrak itu sendiri. *Check lists* adalah alat yang berguna untuk membantu tim review untuk mengatur pekerjaan mereka sehingga bisa mencakup sebagian besar tujuan yang sesuai dengan kegiatan review. Jelas bahwa banyak subjek pada checklist yang tidak relevan bagi proyek tertentu. Bahkan ada kemungkinan bahwa *checklist* tidak mencantumkan subjek yang sangat relevan dengan proposal proyek. Ini adalah tugas tim peninjau kontrak, terutama pemimpinya, untuk menentukan daftar subjek yang sesuai untuk proposal proyek tertentu.

Review kontrak untuk proyek internal, sebagian besar proyek perangkat lunak bersifat proyek internal yang dilakukan oleh satu unit organisasi untuk unit lain dari organisasi yang sama. Dalam kasus tersebut, satu unit dalam organisasi tersebut bertindak sebagai supplier, sedangkan unit lainnya dapat dianggap sebagai konsumen. Seringkali, proyek pengembangan perangkat lunak internal tidak dianggap sebagai hubungan pelanggan-pemasok yang sebenarnya. Dalam beberapa kasus, proyek-proyek didasarkan pada kesepakatan umum, tetapi lebih berperan ke dalam meningkatkan hubungan antara dua unit tersebut. Dalam kondisi seperti ini, review kontrak hanya dilakukan seperlunya bahkan mungkin tidak diperlukan review kontrak sama sekali. Bahkan yang dituntut dari bagian legal dalam mereview perjanjian adalah kemampuan untuk memahami terminologi dan kalimat-kalimat bisnis yang berubah menjadi istilah dan kalimat-kalimat hukum. Perubahan ini memiliki konsekuensi

tersendiri yang tentu harus dijadikan pertimbangan saat melakukan review.

*

DAFTAR PUSTAKA

- Abdul R. Saliman, *Hukum Bisnis untuk Perusahaan "Teori dan Contoh Kasus"*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2005.
- Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Jakarta: Kencana Prenada Group, 2009.
- Abdurrahman Raden AjinHaqiqi, *The Philosophy of Islamic Law of Transaction*, Kuala Lumpur, Centre for research Training, lihat Ridwan Khairandy, *Hukum kontrak Indonesia dalam prespektif perbandingan (bagian pertama)*, Yogyakarta: FH UII Press, 2009.
- Achmad Azhar Basyir, *Asas-asas Hukum Muamalat*, Yogyakarta: Universitas Islam Indonesia Press 2000.
- _____, *Pokok-Pokok Hukum **Perjanjian Islam** di Indonesia*, Yogyakarta: Citra Media, 2006.
- Agus Yudha Hernoko, , *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Jakarta: Kencana Prenada Group, 2009.
- Abdul ghofur Anshori, *hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, , 2010.
- Abdulkadir Muhammad, *Perjanjian Baku Dalam Praktek Perusahaan Perdagangan*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1992.
- _____, *Hukum Perikatan*, Bandung: Alumni, 2006.
- _____, *Hukum Asuransi Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, , 2006.
- Alan Fowler, *Effevtive Negotiation*, diterjemahkan oleh Kentjanawati Tamiran, Jakarta: Ghalia Indonesia, , 1995.
- Abdurrahman Raden AjinHaqiqi,. *The Philosophy of Islamic Law of Transaction*, Kuala Lumpur, Centre for research Training, hlm. 53, lihat Ridwan Khairandy, *Hukum kontrak Indonesia dalam prespektif perbandingan (bagian pertama)*, Yogyakarta: FH UII Press, 2009.
- Achmad Azhar Basyir, *Asas-asas Hukum Muamalat*, Yogyakarta: Universitas Islam Indonesia Press, 2000.
- Al-Ghazali, *al-Mustasfa min 'Ilm al-Usul*. Kairo: Syirkah at-Tiba'ah al-Fanniyah al-Mutfahidah, 1971.
- Adolf, , *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*. Bandung: Rafika Aditama, 2008.

- Bayu Seto, *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001
- Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* 8th edition, West Texas: Thomson, 1999.
- Bambang Sutiyo, *Metode Penemuan Hukum: Upaya Menujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, Cetakan ke-3, Yogyakarta: UII Press, 2009.
- Bayu Seto, *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*. Bandung: Citra Aditya Bakti, , 2001.
- Charles Himawan dan Mochtar Kusumaatmadja, , *Business Law Contract and Business Association*. Bandung: Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, 1984.
- Dimyauddin Djuaini, *Pengantar Fiqh Muamalah*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2008.
- Dewi Nurul Musjtari, *Penyelesaian Sengketa dalam Praktik Perbankan Syariah*. Yogyakarta: Parama Publishing, 2012.
- Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. edisi ke-3, Jakarta: Balai Pustaka, 2002.
- Djaja S. Meliala, *Perkembangan Hukum Perdata tentang Benda dan Hukum Perikatan*. Bandung: Nuans Aulia, 2007.
- Djazuli, *Fikih Siyasah Implementasi Kemaslahatan Umat Islam dalam Rambu-Rambu Syariah*. Jakarta: Kencana, 2003.
- Frans Hendra Winarta. *Hukum Penyelesaian Sengketa*. Jakarta: Sinar Grafika, 2012.
- Faturrahman Djamil. "Hukum Perjanjian Syadah", dalam Mariam Darus Badzrulzaman et. al.. *Kompilasi Hukum Perikatan*, cet. 1. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001.
- Gemala Dewi, *Aspek hukum dalam Perbankan dan Perasuransian di Inonesia*. Edisi Revisi cet. Ke3, Jakarta: Kencana, 2006.
- _____, *Hukum Perikata*: Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006.
- _____, *Aspek-Aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuansian Syariah di Indonesia*. Jakarta: Kencana, 2007.
- Gunawan Widjaya & Ahmad Yani, *Hukum Arbitrase*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2000.
- Gatot Soemartono, *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2006.

- Hyun Park,. *Life Of In-House Lawyers*, The Bar Association Of San Francisco San Francisco: Attorney, 2008.
- Henry Campbell,. *Balck Law Dictioary*. 6th edition, St.Paul, Minn West publishing Co, 1990.
- H.P Panggabean,. *Praktik Standard Contract (Perjanjian Baku) Dalam Perjanjian Kredit Perbankan*, Alumni, Bandung, hlm.1H.P Panggabean, 2012. *Praktik Standard Contract (Perjanjian Baku) Dalam Perjanjian Kredit Perbankan*.Bandung: Alumni, 2012.
- Herlien Budiono, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kematariatan*.Bandung: Citra Aditya Bakti, 2010.
- H.F.A. Vollmar, *Hukum Benda menurut KUH Perdata*. terjemahan Chidir Ali, Bandung: Tarsito, 1990.
- Hisranuddin, *Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*. Yogyakarta: Genta Press, 2008.
- Hanna Honka, , *Harmonization Of Contract Law Through International Trade: A Nordic Perspective*, European and Civil Law Forum, Tulane, 1996..
- Handri Raharjo, *Hukum Perjanjian di Indonesian*, Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2009.
- Huala Adolf,.*Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*. Bandung: refika Aditama, 2008.
- Imam Musbikin,. *Qawdid Al-Fighiyah*. cet. 1. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001.
- Ida Bagus Wyasa Putra, Ni Ketut Supasti Dharmawan, *Hukum Bisnis Pariwisata et al*, Refika Aditama, Bandung, 2003.
- J.Satrio,.*Hukum Perjanjian (Perjanjian Pada Umumnya)*.Bandung: Citra Aditya Bakti, 1992.
- Joni Emirzon,. *Hukum Bisnis Indonesia*, Palembang: Kajian Hukum dan Bisnis Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya, 2002.
- Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja,. *Perikatan yang lahir Dari Perjanjian*.Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001.
- K. Zweigert H Kotz translated by Tony Weir, *An Introduction to Comperative Law Thurd Edition*.New York: Oxpord university Pers Inc, 1998.
- MochtarKusumaatmadja,.*Pengantar Hukum Internasional*. Bandung: Bina Cipta,1997.
- Mariam Darus Badruzaman, *Perjanjian Baku (Standard), Perkembangannya di Indonesia*. Bandung: Alumni, 1980.

- _____, *Pembentukan Hukum Nasional dan Permasalahannya*, Bandung: Alumni, 1981.
- _____, *Perjanjian Kredit Bank*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1991.
- _____, *Kompilasi Hukum Perikatan*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001.
- _____, *Perjanjian Baku (Standard), Perkembangannya di Indonesia*. Bandung: Alumni, 1980.
- _____, *KUH Perdata Buku III, Hukum Perikatan dengan Penjelasannya*. Bandung: Alumni, 1997.
- _____, *KUHperdata Buku III*. Bandung: Alumni, 2006.
- M.Yahya Harahap, *Beberapa Tinjauan Mengenai Sistem Peradilan dan Penyelesaian Sengketa*. Jakarta: Sinar Grafika, 1997.
- Manullang, M. *Pengantar Bisnis*. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2002.
- Muslich, *Etika Bisnis Islami*. Yogyakarta: Ekonisia Fakultas Ekonomi UII, 2010.
- Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, cetakan ke-8, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2000.
- Mohammad Daud, *Asas-asas Hukum Islam*. 1990.
- Muhammad Syakir Aula, *Asuransi Syariah: Life and General Konsep dan Sistem Operasional*, Cet. 1. Jakarta: Gema Insani Press, 2004.
- Munir Fuady, *Pengantar Hukum Bisnis*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2005.
- _____, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2007.
- _____, *Pengantar Hukum Bisnis Menata Bisnis Modern di Era Global*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2005.
- Meria Utama dan Arfiana Novera, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak dan Arbitrase*. Malang: Tunggal Mandiri, 2014.
- Marbun, B.N, *Membuat Perjanjian yang Aman dan Sesuai Hukum*. Jakarta: Puspa Swara, 2009.
- Mardani, *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*. Jakarta: Sinar Grafika, 2013.
- Nur Melinda Lestari, *Sistem Pembiayaan Bank Syariah: Berdasarkan UU No. 21 Tahun 2008*. Jakarta: Grafndo Books Media, 2015.

- Onno w.Purbo, *Mengeai Electronic Commerce*, Jakarta: Elex Media Komputindo, 2001.
- Paustinus Siburian, *Arbitrase Online Alternatif Penyelesaian Sengketa Perdagangan Secara Elektronik*, Jakarta, Djambatan, 2004.
- R. Subekti, *Kumpulan Karangan Hukum Perakitan, Arbitrase, dan Peradilan*, Bandung: Alumni, 1980.
- _____, *Hukum Perjanjian*, Jakarta, Intermedia, 1998.
- _____, *Arbitrase Perdagangan*, Bandung: Bina Cipta, 1992.
- R. Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Jakarta: Pradnya Paramita 1992.
- Ridwan Khairandy, dkk, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jogjakarta: Gama Offset, 1999.
- Ridwan Khairandy, *Iktikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004.
- Ricardo Simanjuntak, *Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*. Jakarta: Gramedia, 2006.
- Rachmat Syaferi, *Fiqih Muamalah*. Bandung: Pustaka Setia, 2006.
- Sudargo Gautama, *Kontrak Dagang Internasional*, Bandung: Alumni, 1976.
- _____, *Contoh-Contoh Kontrak, Rekes & Surat-Surat Berharga*, Bandung: Alumni, 1991.
- _____, *Kontrak Dagang Internasional*. Bandung: Alumni, 2002.
- Soedjono Dirdjosisworo, *Kontrak Bisnis Menurut Sistem Law, Common Law Dan Praktek Dagang Internasional*, Jakarta: Mandar Maju, 2003.
- Sanusi Bintang, Dahlan, *Pokok-Pokok Hukum Ekonomi dan Bisnis*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000.
- Suchitthra Vasu, *Contrak Law For Business People 2nd Edition*, Singapore: Rank Book, 2001.
- Sri Gambir Melati Hatta, *Beli Sewa sebagai Perjanjian Tak Bernama: Pandangan Masyarakat dan Sikap Mahkamah Agung Indonesia*, Bandung: Alumni 2000.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat*, cet. 9, Jakarta: Rajawali Press, 2006.
- Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI-Press, 2001.

- Suhardana,. *Contract Drafting: Kerangka Dasar dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Universitas Atmajaya Yogyakarta: Yogyakarta, 2008.
- Suyud Margono,. *ADR dan Arbitrase (Proses Perkembangan dan Aspek Hukum)*, Jakarta: Ghalia Indonesia.2000.
- Suharnoko,.*Hukum Perjanjian*, Jakarta: Prenada Media, 2004.
- _____, *Hukum Perjanjian Teori dan Analisis Kasus*, Jakarta: Prenada Media Group, 2009
- Salim HS,.*Hukum Kontrak, Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*,Jakarta: Sinar Grafika, 2004.
- Satrio, *Hukum Perjanjian*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1992.
- Sutan Remy Sjahdeni, *Kebebasan Berkontrak Dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Jakarta: Institut Banker Indonesia, 1993.
- Takdir Rahmadi,*Mediasi, Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*, Jakarta: Rajawali. 2011
- Yusanto dan Karebet, *Menggagas Bisnis Islami*, Jakarta: Gema Insani Press, 2002.
- Zaeni Asyhadie,*Hukum Bisnis Prinsip dan Pelaksanaannya di Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2005.

*

RIWAYAT PENULIS

Dr. Ramziati, S.H., M.Hum lahir di Paloh Lada, Juli 1966, jabatan fungsional Lektor. Menyelesaikan Pendidikan Sarjana Hukum (S1) tahun 1999 pada Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh (Unimal). Jenjang pendidikan S2 ilmu hukum pada Universitas Sumatera Utara (USU) tahun 2006 dan pendidikan S3 pada Universitas Kebangsaan Malaysia (UKM) Malaysia awal tahun 2017. Pada tahun 2001 mulai bekerja di fakultas hukum Unimal termasuk dalam tim pengajar Mata Kuliah (MK) Hukum Dagang. Mata kuliah yang diajarkan diantaranya hukum kontrak bisnis, perancangan kontrak dan hukum asuransi. Pada tahun 2015 bersama tim pengajar perancangan kontrak telah menyusun Buku Ajar Praktek Kemahiran Hukum Perancangan Kontrak dan buku Ajar Hukum Asuransi Tahun 2016. Penelitian yang telah dilaksanakan di antaranya: dan Pelestarian Sumber Daya Air Pasca Pembatalan Undang-Undang No. 7 Tahun 2004 Tentang Sumber Daya Air (2015); dan CSR perlindungan Sumber Daya Air Bagi Pemegang Izin Pengusahaan Sumber Daya Air di Indonesia (2017). Pengalaman pekerjaan Ketua Pusat Dokumen Ilmu Hukum Fakultas Hukum (PDIH) Universitas Malikussaleh (2006-2009) dan Ketua Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh (2015-2017)

Dr. Sulaiman, S.H., M.Hum, Tempat lahir Paloh Pineng, 3 Mai 1966, Jabatan fungsional Lektor Kepala. Riwayat pendidikan dan telah diselesaikan yaitu Sarjana Hukum (S1) pada Fakultas Hukum Unimal (1993), Magster (S2) Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum USU (2000), dan Doktorat (S3) Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum USU (2013). Penelitian yang telah dilakukan diantaranya adalah: Model Harmonisasi Hukum Islam, adat dan Perdata dalam Perjanjian Jual Beli di Aceh (Studi Kasus Perjanjian Jual Beli Tanah dan Rumah di Kota (2015); dan Eksistensi Unsur-Unsur Hukum Islam dan Hukum Adat dalam Perjanjian Jual Beli: Studi Analisis Budaya Hukum Masyarakat Aceh (2013). Buku yang telah diterbitkan Perjanjian Jual Beli, Menurut Hukum Islam, Adat dan Hukum Perdata (2015). Pengalaman Kerja di antaranya yaitu menduduki jabatan Dekan pada fakultas Hukum Universitas Malikussaleh (...); Reviewer Internal LPPM Universitas Malikusseh (2016); dan Mitra Bestari Jurnal Hukum Program Magister Ilmu Hukum FH-Unsyiah

Jumadiah, S.H., M.H Dosen Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh, dengan jabatan Lektor Kepala, lahir di Aceh Utara (Kab. Bireuen) tanggal 11 April 1966 Anak kelima dari Lima

bersaudara, Sekolah Dasar tamat tahun 1980 dan Sekolah Menengah Pertama tamat tahun 1983 di Peudada, Pendidikan menengah Tingkat Atas tamat tahun 1986 di Bireuen dan Pendidikan Sarjana (S1) hukum Keperdataan di Fakultas Hukum Unimal selesai pada tahun 1996 dan Program Pascasarjana (S2) bid. Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Unsyiah selesai pada tahun 2008. Dengan judul tesis tentang Perjanjian Sewa Beli dan Pengikatan Jaminan, (penelitian di PT. Capella Dinamik Nusantara dan PT.FIF Syari'ah Kota Lhokseumawe). Pada tahun 2010 mengikuti Pelatihan ToT di Medan

Beberapa penelitian yang saya lakukan yaitu *Penerapan Sanksi Pidana terhadap anak sebagai pelaku tindak pidana dalam proses peradilan Indonesia pada (2007)*, *Adat dan Hukum Adat Nagan Raya (2016)*, *Konsep Penerapan Prinsip Corporate Social Responsibility (CSR) di Provinsi Aceh (2017)*.

Pengalaman pekerjaan dimulai sebagai Bendahara Universitas Malikussaleh, Ka Biro Keuangan Universitas Malikussaleh, Ka. Prodi Ilmu Hukum, pada tahun 2001 sebagai Dosen Tetap Fakultas Hukum Univ.Malikussaleh Lhokseumawe sampai sekarang, dosen tidak tetap pada IAIN Lhokseumawe, Pembantu Dekan Bid. Adm. Umum & Keuangan (2001-2002 dan 2011-2015).

Pernah menjadi Dewan Penyunting pada Jurnal Suloh Fak. Hukum Universitas Malikussaleh dan Anggota Majelis Pengawas notaris wil. Kota Lhokseumawe, Kab. Aceh Utara, Kab.Bireuen dan Kab. Beuner Meriah periode 2015 – 2017 dan periode 2018 – 2021.

*

Buku ini merupakan pengembangan dari Materi Kuliah Hukum Kontrak Bisnis pada Fakultas Hukum Universitas Malikussaleh. Buku ini kiranya dapat menambah referensi yang dirasakan masih terbatas dan bermanfaat kepada pembaca, terutama para mahasiswa yang mendalami hukum kontrak, maupun praktisi dan akademisi serta stakeholders yang terkait dengan penyusunan dan implementasi kontrak baik yang bersifat domestik maupun internasional.

Kontrak yang dalam bahasa Inggris disebut dengan contract dan dalam bahasa Belanda disebut dengan overeenkomst, secara umum dikenal dengan perjanjian. Kontrak merupakan peristiwa yang terjadi antara dua orang atau lebih saling berjanji untuk melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan tertentu. Mereka yang telah bersepakat (consensus) untuk mengikat diri dalam sebuah perjanjian mengenai hal-hal yang diperjanjikan mesti dipenuhinya (tidak ingkat janji), mengingat perjanjian itu menimbulkan hubungan hukum. Kontrak atau perjanjian yang dibuat menimbulkan hak dan kewajiban bagi mereka (para pihak) yang membuat kontrak. Mengingat kontrak (sah) yang dibuat merupakan sumber hukum formal bagi para pihak.

Hukum kontrak merupakan suatu aturan hukum yang memiliki peranan penting dalam hubungan hukum bisnis dan mereka yang menjalankan bisnis (pengusaha). Realitas dewasa ini tiada aktivitas bisnis yang terkait dengan pengusaha dalam pertukaran kepentingan mereka tidak didasarkan atas kontrak. Oleh karena itu, kontrak mempunyai daya jangkau yang sangat luas, dalam arti menjangkau sangat luas hubungan masyarakat, khususnya hubungan para pengusaha yang menimbulkan hak dan kewajiban mereka dalam rangka menciptakan kepastian hukum dalam rangkaian proses bisnis dan tujuan yang diinginkan yaitu mendapatkan keuntungan.

UNIMAL PRESS

ISBN 978-602-464-076-7

