

## **BAB II**

### **KERANGKA TEORI**

#### **A. Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak**

Keberadaan kontrak pada masa sekarang ini memang merupakan bagian yang sangat penting dalam aktivitas bisnis, dimana perkembangannya yang cukup pesat hingga melahirkan beragam jenis-jenis kontrak. Mengingat beragamnya kegiatan-kegiatan dan jenis-jenis kontrak yang dituangkan dalam klausula-klausula berdasarkan kesepakatan para pihak yang melahirkan hak dan kewajiban untuk menutup suatu perjanjian, tentunya klausula-klausula yang merupakan norma para pihak untuk dijalankan sesuai kehendak tersebut harus juga dilandasi oleh prinsip/azas yang mengawalnya.

Aturan-aturan hukum yang menguasai kontrak sebenarnya penjelmaan dari dasar filosofis yang terdapat pada asas-asas hukum secara umum. Asas-asas hukum ini bersifat sangat umum dan menjadi landasan berpikir yaitu dasar ideologis aturan-aturan hukum.<sup>1</sup>

Pendapat yang sama dikemukakan oleh Sudikno Mertokusumo<sup>2</sup> bahwa asas hukum bukan merupakan hukum konkret, melainkan pikiran dasar yang umum dan abstrak atau merupakan latar belakang peraturan konkret yang terdapat dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan-peraturan perundang-undangan dan putusan hakim. Asas hukum merupakan sumber bagi sistem hukum yang memberi inspirasi mengenai nilai-

---

<sup>1</sup> Peter Mahmud Marzuki, Batas-Batas Kebebasan Berkontrak, Yuridika Vol. 18 No. 4, Jakarta, 2003, h. 190.

<sup>2</sup> Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum Suatu Pengantar, Liberty, Yogyakarta, 1996, h. 5.

nilai etis, moral dan sosial masyarakat. Dengan demikian azas hukum sebagai landasan norma menjadi alat uji bagi norma hukum yang ada, dalam anti norma hukum tersebut pada akhirnya harus dapat dikembalikan pada asas hukum yang menjiwainya.<sup>3</sup>

Aturan hukum diperlukan untuk menjawab persoalan hukum yang timbul dalam masyarakat akan tetapi tidak semua persoalan hukum dapat dipecahkan hanya dengan mengandalkan aturan hukum. Padmo<sup>4</sup> juga mengemukakan bahwa aturan hukum yang terbentuk memperoleh dasarnya dari prinsip hukum. Paul Scholten memberikan definisi asas hukum sebagai berikut: pikiran-pikiran dasar yang terdapat di dalam dan di belakang sistem hukum masing-masing dirumuskan dalam aturan-aturan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim, yang berkenaan dengannya ketentuan-ketentuan dan keputusan-keputusan individual dapat dipandang sebagai penjabarannya.

Bruggink<sup>5</sup> mengemukakan bahwa prinsip hukum disebut meta kaedah. Sebagai meta kaedah prinsip hukum juga merupakan kaedah perilaku. Dari segi bentuknya kaidah perilaku dibedakan ke dalam dua jenis yaitu bentuk yang kuat dan lemah. Dalam bentuk yang pertama mengandung arti bahwa prinsip itu berfungsi sebagai kaedah argumentasi berkenan dengan pedoman perilaku, sedangkan dalam bentuk yang kedua prinsip itu berfungsi pula sebagai pedoman perilaku, sehingga perbedaannya dengan aturan hukum

---

<sup>3</sup> Yudha A. Harmoko, Prinsip-Prinsip Negosiasi Dalam Kontrak Bisnis, Jurnal Hukum Bisnis, Volume. 18 No. 3, Jakarta, 2008, h. 88.

<sup>4</sup> Padmo Wahyono, Pembangunan Hukum Di Indonesia, Ind. Hill Co, Jakarta, 1999, h. 204.

<sup>5</sup> Bruggink J.J.H. Refleksi Tentang Hukum, Alih Bahasa; Arief Sidharta, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, h. 119.

bersifat gradual. Dengan demikian prinsip hukum tidak saja sebagai dasar dalam memecahkan persoalan hukum tetapi juga sebagai bahan dalam pembentukan aturan hukum.

Mengingat beragamnya kegiatan-kegiatan dan jenis-jenis kontrak yang dituangkan dalam klausula-klausula berdasarkan kesepakatan para pihak yang melahirkan hak dan kewajiban untuk menutup suatu kontrak, tentunya klausula-klausula yang merupakan norma bagi para pihak untuk dijalankan sesuai dengan kehendak tersebut harus juga dilandasi oleh prinsip/asas yang mengawalnya.

Prinsip-prinsip hukum dalam hal ini diperlukan sebagai dasar dalam pembentukan aturan hukum dan sekaligus sebagai dasar pemecahan persoalan hukum yang timbul apabila aturan hukum yang tersedia tidak memadai. Prinsip hukum merupakan salah satu unsur penting dalam kajian ilmu hukum.

Kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah pada dasarnya merupakan kontrak komersial yang merupakan species dari kontrak privat pada umumnya sehingga prinsip dan aturan hukum kontrak berlaku juga bagi kontrak oleh pemerintah dalam hal ini kontrak pengadaan barang dan jasa. Niewenhuis<sup>6</sup> mengemukakan 3 (tiga) asas hukum kontrak dan perkecualiannya, yaitu:

1. Asas kebebasan berkontrak (menurut bentuk dan isi) dengan perkecualian kontrak-kontrak formal dan riil (bentuk) dan causa yang diperbolehkan (isi);

---

<sup>6</sup> Niewenhuis, Pokok-Pokok Hukum Perikatan, Airlangga University Press, Surabaya, 1985, h. 83.

2. Asas daya mengikat kontrak (perkecualian : daya pembatas itikad baik dan *overmacht*), dan
3. Asas bahwa perjanjian hanya menciptakan perikatan diantara para pihak yang berkontrak (perkecualian janji demi kepentingan pihak ketiga)

M. Isnaeni<sup>7</sup> menyebutkan beberapa asas sebagai tiang penyangga Hukum Kontrak, yaitu asas kebebasan berkontrak yang berdiri sejajar dengan asas-asas lain berdasar proporsi yang berimbang, yaitu :

- a. Asas *pacta sunt servanda*
- b. Asas kesederajatan
- c. Asas *privity of contract*
- d. Asas konsensualisme, dan
- e. Asas itikad baik.

Dalam seminar tentang “Reformasi Kitab Undang-Undang Hukum Perdata” yang diselenggarakan oleh Badan Pengembangan Hukum Nasional (BPHN) pada tahun 1981 dinyatakan bahwa Undang-Undang kontrak yang baru akan dibuat berlandaskan pada asas-asas berikut (Tim Pengembangan Hukum Ekonomi (ELIPS), dikutip Yudha Harmoko<sup>8</sup> yaitu :

- a. Asas kebebasan untuk mengadakan kontrak,
- b. Asas menjamin perlindungan bagi kelompok-kelompok ekonomi lemah,
- c. Asas Itikad baik,
- d. Asas keselarasan,
- e. Asas kesusilaan,

---

<sup>7</sup> M. Isnaeni, Hukum Perikatan Dalam Era Perdagangan Bebas, Makalah, Pelatihan Hukum Perikatan Bagi Dosen dan Praktisi, Fakultas Hukum Unair, Surabaya, 2006, h. 67.

<sup>8</sup> Yudha A. Harmoko, Op Cit, h. 67.

- f. Asas kepentingan umum,
- g. Asas kepastian hukum,
- h. Asas *Pacta Sunt Servanda*.

Menurut UNIDROIT, asas-asas dalam kontrak komersial adalah sebagai berikut :

1. Prinsip kebebasan berkontrak.
2. Prinsip itikad baik (*Good Faith*) dan transaksi jujur (*Fair dealing*).
3. Prinsip diakuinya kebiasaan transaksi bisnis di negara setempat.
4. Prinsip kesepakatan melalui penawaran (*offer*) dan penerimaan (*acceptance*) atau melalui tindakan.
5. Prinsip larangan bernegosiasi dengan itikad buruk.
6. Prinsip kewajiban menjaga kerahasiaan.
7. Prinsip perlindungan pihak lemah dari syarat-syarat baku.
8. Prinsip syarat sahnya kontrak.
9. Prinsip dapat dibatalkannya kontrak bila mengandung perbedaan besar (*gross disparity*).
10. Prinsip *contra preferentum* dalam penafsiran kontrak baku.
11. Prinsip menghormati kontrak ketika terjadi kesulitan (*hardship*).
12. Prinsip pembebasan tanggung jawab dalam keadaan memaksa (*force majeur*).

Dari beberapa pendapat mengenai asas-asas dalam hukum kontrak, maka terdapat 4 (empat) asas yang dianggap sebagai asas pokok dalam hukum kontrak, adalah sebagai berikut :

- a. Asas kebebasan berkontrak
- b. Asas konsensualisme
- c. Asas *Pacta Sunt Servanda*
- d. Asas Itikad baik.
- e. Asas transparans.

**a. Kebebasan Berkontrak**

Titik tolak perkembangan prinsip ini berawal dari abad ke 18 dan 19 dalam masa dimana ajaran Hukum Alam dan filosofi *laissez faire* begitu dominan. Dimana kebebasan berkontrak merupakan konsekuensi dari pengakuan akan adanya hak milik. Sedangkan hak milik itu sendiri merupakan realisasi yang utama dari kebebasan individu, selanjutnya hak milik merupakan landasan hak-hak lainnya. Berdasarkan pemikiran tersebut dikatakan bahwa esensi azas kebebasan berkontrak adalah saling mempertahankan eksistensi masing-masing pihak.

Di sisi lain kejayaan pada awal Revolusi Perancis selanjutnya dalam perkembangannya ilmu pengetahuan ekonomi pada abad XVIII yang menguasai kehidupan bermasyarakat, yang ketika itu terdapat ajaran menolak campur tangan pemerintah dalam masalah-masalah ekonomi<sup>9</sup>. Kebebasan berkontrak menjadi penting dalam mendukung kepentingan para pelaku ekonomi. Prinsip efisiensi dalam ekonomi menemukan justifikasinya dalam model kontrak klasik. Kebebasan inilah yang pada akhirnya melahirkan kontrak *adhesive*. Kontrak yang semula bersifat

---

<sup>9</sup> Peter Mahmud Marzuki, Op Cit, h. 194.

individual berkembang menjadi kolektif dan yang lebih penting dengan sifat *adhesive* itu terjadi pelepasan tanggung jawab akibat tidak dilaksanakannya suatu kewajiban.

Pada masa ini dipahami bahwa kebebasan berkontrak hanya dapat diterima dalam situasi dimana para pihak mempunyai persamaan dalam posisi tawar (*equlity in bargaining power*). Dalam abad 20 prinsip ini semakin berkurang nilainya karena dianggap tidak sesuai lagi dengan dunia modern. Lebih jauh Atiyah yang dikutip Sogar Simamora<sup>10</sup> bahwa banyak dari perubahan ini dipengaruhi oleh satu kepercayaan yang tersebar luas bahwa hukum klasik dan kontrak tidak lagi menyetujui dengan fakta-fakta dari dunia modern, tetapi di sini terdapat peristiwa perubahan hukum menjadi satu transaksi menguntungkan, dan pada tahun 1980 hukum kontrak klasik nampaknya menjadi hancur.

Demikian pula dalam Article 1.1 PICC menyatakan, “*The parties are free to enter into a contract and to determine its content*”, yang diartikan secara bebas para pihak bebas untuk masuk ke satu kontrak dan untuk menentukan isinya. Juga dalam *the Principle of European Contract Law* (PECL) prinsip ini ditempatkan sebagai prinsip yang pertama. Article 1.102 ayat (1) PECL, menentukan sebagai berikut:

“*Parties are free to enter into contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and mandatory rules established by these principles*”, yang jika diartikan secara bebas bahwa para pihak bebas untuk masuk kekontrak dan untuk menentukan isinya, tunduk kepada

---

<sup>10</sup> Yohanis Soggar Simamora, Harmonisasi Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak Terhadap Sistem Perdagangan Global, Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 18, No. 3, Jakarta, 2003, h. 34.

persyaratan-persyaratan itikad baik dan adil, dan aturan-aturan wajib yang dibentuk oleh prinsip-prinsip ini<sup>11</sup>.

Sebagaimana pula telah disebutkan di muka bahwa yang dimaksud dengan asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang menetapkan bahwa setiap orang bebas untuk mengadakan perjanjian apa saja, baik yang sudah diatur maupun yang belum diatur dalam peraturan perundangan. Kebebasan tersebut meliputi kebebasan untuk menentukan bentuk maupun isi dari perjanjian. Berbagai ketentuan undang-undang mengenai perjanjian, sifatnya hanyalah sebagai pelengkap, dalam artian bahwa peraturan tersebut dapat disimpangi manakala hal itu dikehendaki oleh para pihak dalam perjanjian. Sejalan dengan hal tersebut M. Isnaeni<sup>12</sup> menyebutkan disinilah sebenarnya azas kebebasan berkontrak itu menemukan wujudnya yang nyata. Para pihak sangat leluasa untuk menentukan sendiri isi kontrak yang dibuatnya sesuai kebutuhan mereka dalam bisnis. Lagi pula segala sesuatu yang telah disepakati dalam wujud klausula-klausula, dijamin akan memiliki nilai dan kekuatan seperti undang-undang. Demikian jaminan yang diberikan oleh Pasal 1338 KUHPerdata.

Asas kebebasan berkontrak merupakan konsekwensi dari dua asas lainnya dalam hukum kontrak yaitu konsensualisme dan kekuatan mengikat suatu kontrak yang lazim disebut sebagai *pacta sunt servanda*. Konsensualisme berhubungan erat dengan terjadinya perjanjian, *pacta sunt*

---

<sup>11</sup> Ibid, h. 10.

<sup>12</sup> M. Isnaeni, Op Cit, h. 19.

*servanda* berkaitan dengan akibat adanya kontrak yaitu terikatnya para pihak yang mengadakan kontrak, sedangkan kebebasan berkontrak menyangkut isi kontrak.

Kebebasan berkontrak yang didasarkan pada Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Demikian pula ada yang mendasarkan pada Pasal 1320 KUHPerdata yang menerangkan tentang syarat sahnya perjanjian<sup>13</sup>.

Kebebasan berkontrak memberikan jaminan kebebasan kepada seseorang untuk secara bebas dalam beberapa hal yang berkaitan dengan perjanjian, diantaranya :

1. Bebas menentukan apakah ia akan melakukan perjanjian atau tidak;
2. Bebas menentukan dengan siapa ia akan melakukan perjanjian;
3. Bebas menentukan isi atau klausula perjanjian;
4. Bebas menentukan bentuk perjanjian; dan
5. Kebebasan-kebebasan lainnya yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.

Menurut Rutten, asas-asas hukum perjanjian yang diatur dalam Pasal 1338 KUHPerdata, ada 3 (tiga) unsur yaitu :

1. Asas, bahwa perjanjian yang dibuat itu pada umumnya bukan secara formil tetapi konsensual, artinya perjanjian itu selesai karena

---

<sup>13</sup> Ahmadi Miru, Hukum Kontrak, Perencanaan Kontrak, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2007, h. 4.

persepsi kehendak atau konsensus semata-mata disebut asas konsensualisme.

2. Asas, bahwa pihak-pihak harus memenuhi apa yang telah dijanjikan, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1338 KUHPerdata bahwa perjanjian berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak, maka disebut asas kekuatan mengikat dari perjanjian.
3. Asas kebebasan berkontrak, orang bebas membuat perjanjian atau tidak membuat perjanjian, menentukan isi, berlakunya dan syarat-syarat perjanjian, dengan bentuk tertentu atau tidak dan bebas memilih undang-undang mana yang akan dipakainya untuk perjanjian itu.<sup>14</sup>

Selanjutnya menurut Setiawan<sup>15</sup> bahwa asas kebebasan berkontrak setidak-tidaknya sudah tidak lagi tampil dalam bentuknya yang utuh.

Faktor-faktor yang mempengaruhi pembatasan kebebasan berkontrak, yaitu:<sup>16</sup>

- a. Semakin berpengaruhnya ajaran itikad baik dimana itikad baik tidak hanya ada pada pelaksanaan kontrak, tetapi juga harus ada pada saat dibuatnya kontrak;
- b. Semakin berkembangnya ajaran penyalahgunaan keadaan.

Mariam Darus Badrulzaman<sup>17</sup> mengemukakan bahwa di dalam perkembangannya, asas kebebasan berkontrak ini semakin sempit dilihat dari beberapa segi yaitu :

---

<sup>14</sup> Patrik Purwahid, Dasar-Dasar Hukum Perikatan, Mandar Maju, Bandung, 1994, h. 66.

<sup>15</sup> Setiawan, Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata, Cet, 1 Alumni, Bandung, 1992, h. 180.

<sup>16</sup> Ridwan Khadirandy, Iktikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak, Grasindo, Jakarta, 2003, h. 2.

- a. Dari segi kepentingan umum
- b. Dari segi perjanjian baku
- c. Dari segi perjanjian dengan pemerintah.

Apabila pendapat Mariam Darus Badrulzaman tentang pembatasan asas kebebasan berkontrak dikaitkan dengan kontrak pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah, maka ketiga pembatasan tercakup di dalam kontrak tersebut, sehingga dapat dikatakan bahwa terdapat juga pembatasan asas kebebasan berkontrak di dalam kontrak pengadaan barang dan jasa, selain pasal 1337 KUHPerdata.

Hal senada dikemukakan oleh Setiawan<sup>18</sup> bahwa pembatasan-pembatasan kebebasan berkontrak dipengaruhi oleh :

- a. Berkembangnya doktrin itikad baik;
- b. Berkembangnya doktrin penyalahgunaan keadaan;
- c. Makin banyaknya kontrak baku;
- d. Berkembangnya hukum ekonomi.

Lebih lanjut menurut Patrik Purwahid<sup>19</sup> yang menyatakan bahwa terjadinya berbagai pembatasan kebebasan berkontrak disebabkan :

- a. Berkembangnya ekonomi yang membentuk persekutuan-persekutuan dagang, badan-badan hukum atau perseroan- perseroan, dan golongan-golongan masyarakat lain (misalnya golongan buruh dan tani);

---

<sup>17</sup> Mariam Darus Badrulzaman, Kompilasi Hukum Perikatan, Cetakan Pertama, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, h. 87.

<sup>18</sup> Setiawan, Op Cit, h. 182.

<sup>19</sup> Patrik Purwahid, Op Cit, h. 67.

- b. Terjadinya pemasyarakatan (*vermaatschappelijking*) keinginan adanya keseimbangan antar individu dan masyarakat yang tertuju kepada keadilan sosial;
- c. Timbulnya formalisme perjanjian;
- d. Makin banyak peraturan di bidang hukum tata usaha negara<sup>20</sup>.

Dengan adanya pembatasan-pembatasan azas kebebasan berkontrak, keseimbangan para pihak dalam berkontrak merupakan konsep dasar yang tidak dapat ditawar. Oleh karena itu perkembangan asas kebebasan berkontrak yang cenderung mengarah pada ketidakseimbangan para pihak, kemudian dibatasi oleh berbagai hal.

Landasan pemerintah dalam melakukan tindakan kontrak, lazimnya bertumpu pada azas kebebasan berkontrak. Dengan adanya unsur pemerintah sebagai kontraktan maka kontrak ini sangat kental dengan sifat bakunya/ *adhesi*. Menurut Mariam Darus Badrulzam<sup>21</sup> perjanjian baku adalah suatu perjanjian yang isinya telah dibakukan dan dituangkan dalam bentuk formulir. Lebih lanjut Hondius dalam Mariam Darus Badrulzaman merumuskan perjanjian baku sebagai suatu konsep perjanjian tertulis yang disusun tanpa membicarakan isinya, dan lazimnya dituangkan dalam formulir perjanjian yang tidak terbatas jumlahnya dan sifatnya tertentu. Dua pengertian perjanjian baku tersebut di atas dapat ditarik pemahaman bahwa baik Mariam Darus Badrulzaman maupun Hondius, mengartikan perjanjian baku sebagai perjanjian tertulis yang telah dituangkan ke dalam

---

<sup>20</sup> Ridwan Khairandy, *Op Cit*, h. 4.

<sup>21</sup> Mariam Darus Badrulzaman, Perjanjian Dengan Pemerintah (Government Contract) Dalam Hukum Kontrak Di Indonesia, Elips, Jakarta, 1998, h. 96.

suatu bentuk formulir tertentu. Sudikno Mertokusumo, menyebut perjanjian baku tersebut dengan istilah kontrak baku. Digunakan: istilah kontrak, karena kata kontrak sifatnya lebih spesifik yaitu hanya ditujukan pada perjanjian yang bersifat *obligatoir* saja.

Lebih lanjut menurut Sudikno Mertokusumo<sup>22</sup> yang dimaksud kontrak baku adalah suatu kontrak yang isinya ditentukan secara apriori oleh salah satu pihak yang mempunyai kedudukan yang lebih unggul dari pihak lawannya baik secara ekonomis maupun psikologis, sehingga lawannya mau tidak mau terikat. Karena sifat baku itu, salah satu pihak mau tidak mau mengikhaskan pihak lawannya dibebaskan atau dikurangi tanggung jawabnya, karena dalam kedudukan yang secara ekonomis maupun psikologis lemah.

Sehubungan dengan adanya perbedaan kedudukan para pihak dalam perjanjian, maka perjanjian baku juga sering disebut sebagai *adhesive contract* yang berarti bahwa pihak yang lemah tunduk/ melekat pada pihak yang kuat. Dalam hal ini pihak yang lemah disebut sebagai *adherent* yang berarti pengikut/ penganut, sedangkan pihak yang kuat disebut sebagai *adhesive* berarti perekat. Dengan mengingat adanya perbedaan kedudukan itu pula, Bolger menamakan perjanjian/ kontrak baku tersebut dengan istilah *take it or leave it contract* yang melambangkan bahwa dalam perjanjian tersebut pihak yang lemah hanya memiliki dua pilihan yakni menerima syarat-syarat dalam perjanjian atau

---

<sup>22</sup> Sudikno Mertokusumo, Op Cit, h. 8.

meninggalkannya sama sekali. Jadi kemungkinan bagi debitur (pihak yang lemah) untuk merubah isi perjanjian sama sekali tidak ada.

Mariam Darus Badrulzaman<sup>23</sup> membedakan perjanjian baku dalam tiga jenis, yang terdiri atas :

- a. Perjanjian baku sepihak, adalah perjanjian yang isinya ditentukan oleh pihak yang kuat kedudukannya dalam perjanjian itu. Pihak yang kuat disini adalah pihak kreditur yang lazimnya mempunyai posisi yang lebih kuat dibandingkan dengan pihak debitur. Dalam jenis perjanjian ini, kedua belah pihak lazimnya terikat dalam organisasi formal, misalnya pada perjanjian buruh kolektif.
- b. Perjanjian baku yang ditetapkan oleh pemerintah, ialah perjanjian baku yang isinya ditentukan oleh pemerintah terhadap perbuatan-perbuatan hukum tertentu, misalnya berkaitan dengan perjanjian yang mempunyai obyek hak-hak atas tanah.
- c. Perjanjian baku yang ditentukan di lingkungan notaris atau advokat. Di lingkungan notaris atau advokat terdapat perjanjian-perjanjian yang sejak semula konsepnya sudah disediakan untuk memenuhi permintaan dari anggota masyarakat. Di dalam kepustakaan Belanda, jenis perjanjian ini disebut dengan model *contract*.

Di dalam perjanjian baku atau kontrak baku, sering disertai dengan klausula *eksoneras* yaitu suatu klausula yang bermaksud untuk membatasi, mengurangi atau bahkan mungkin mengalihkan tanggung jawab kepada

---

<sup>23</sup> Mariam Darus Badrulzaman, Op Cit, h. 45.

pihak lain. Menurut Engels<sup>24</sup> klausula *eksonerasi* tersebut dapat dituangkan dalam tiga bentuk yuridis, yakni pengurangan atau penghapusan tanggung jawab, pembatasan atau penghapusan kewajiban-kewajiban, salah satu pihak dibebani dengan kewajiban untuk memikul tanggung jawab pihak lain yang mungkin ada, untuk kerugian yang diderita oleh pihak ketiga. Berdasarkan ciri-ciri perjanjian atau kontrak baku sebagaimana telah diuraikan di atas, maka sering dipersoalkan mengenai terdapat atau tidaknya unsur kesepakatan dalam perjanjian tersebut. Hal ini disebabkan karena adanya perbedaan kedudukan para pihak sehingga lazim terjadi bahwa pihak yang lemah kedudukannya terpaksa harus menerima isi perjanjian. Unsur keterpaksaan itulah yang menimbulkan keraguan tentang ada atau tidaknya kebebasan untuk mengutarakan kehendak, khususnya bagi pihak *adherent*. Maniam Darus Badrulzaman<sup>25</sup> mengatakan bahwa secara teoritis yuridis perjanjian baku tidak memenuhi elemen-elemen yang dikehendaki oleh ketentuan Pasal 1320 jo ketentuan Pasal 1338 ayat (1) BW. Hal ini disebabkan adanya perbedaan posisi para pihak. Pada saat perjanjian baku diadakan, pihak debitur tidak memperoleh kesempatan untuk mengadakan *real bargaining* dengan kreditur. Debitur tidak mempunyai kekuatan untuk mengutarakan kehendak dan kebebasan dalam menentukan isi perjanjian baku tersebut.

Pendapat lain mengatakan bahwa untuk menentukan ada atau tidaknya kata sepakat dalam perjanjian baku, terlebih dahulu harus dilihat

---

<sup>24</sup> Sudikno Mertukusumo, Op Cit, h. 7.

<sup>25</sup> Mariam Darus Badrulzaman, Op Cit, h. 52.

bagian dari perjanjian baku tersebut. Jika dilihat dari susunannya, perjanjian baku terdiri dari tiga bagian, yaitu bagian perjanjian pokok, bagian perjanjian tambahan/ pelengkap, dan bagian syarat-syarat baku/ standar. Sudikno Mertokusumo<sup>26</sup> mengatakan bahwa dalam perjanjian pokok dan perjanjian tambahan atau pelengkap terdapat kata sepakat sedangkan dalam syarat-syarat standar tidak terdapat kata sepakat para pihak. Namun demikian, ketiga bagian tersebut merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisah-pisahkan. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa dalam perjanjian baku dianggap terdapat kata sepakat para pihak yang membuat perjanjian. Penulis Perancis berpendapat bahwa perjanjian baku bukanlah merupakan perjanjian tetapi merupakan hubungan hukum yang *sui generis*, atau hubungan hukum yang lain daripada yang lain.

Dengan demikian, pada hakekatnya dalam perjanjian baku tidak terdapat kebebasan dalam mengutarakan kehendak, khususnya kehendak dari pihak yang lemah. Namun karena keberadaan perjanjian baku tersebut sangat dibutuhkan dalam masyarakat maka penyelenggaranya secara yuridis diperkenankan selain masih memperhatikan itikad baik, dan tidak bertentangan dengan nilai-nilai kepatutan dan kesusilaan.

Keberlakuan prinsip perjanjian baku dalam pengadaan barang/ jasa oleh pemerintah pada hakekatnya dapat terjadi dalam keadaan/ situasi yang digantungkan pada kebutuhan, ketika pemerintah dalam kapasitasnya sebagai pembeli terutama dalam rangka fungsinya untuk menyediakan

---

<sup>26</sup> Sudikno Mertokusumo, Op Cit, h. 4.

kebutuhan publik sangat didominasi oleh kontrak-kontrak yang bersifat baku, karena melekatnya prinsip akuntabilitas publik dimana dari sisi penggunaan anggaran ruang lingkupnya adalah penggunaan APBN/APBD, sehingga hal ini mempengaruhi baik dalam hal pembentukan maupun pelaksanaan kontraktual. Kaitannya dengan hal ini, Bernard Rudden yang dikutip oleh Sogar Simamora<sup>27</sup> mengatakan bahwa, substansi kontrak pemerintah sesungguhnya bukan hanya menyangkut pengadaan barang/ jasa. Dalam situasi lain pemerintah dapat juga melakukan hubungan kontraktual sekalipun tujuannya bukan dalam rangka pengadaan barang/ jasa. Ini dapat kita lihat ketika pemerintah bertindak dalam kapasitasnya sebagai penjual atau pemasok (*the state as supplier*) terutama dalam fungsinya untuk menyediakan kebutuhan publik (*public utilities*). Dari uraian tersebut terdapat makna bahwa dalam hal kebutuhan yang lahir dari penggunaan anggaran dalam kerangka pengadaan barang/ jasa yang menimbulkan pembayaran, pemerintah juga melakukan kontrak-kontrak yang bersifat non pengadaan yang tujuannya menimbulkan pemasukan dalam rangka untuk kepentingan umum. Sehingga dapat disimpulkan bahwa dari segi tujuan pembuatan kontrak oleh pemerintah terdapat dua hal yaitu kontrak pemerintah yang menimbulkan pengeluaran dan kontrak yang menimbulkan pendapatan. Berkaitan dengan hal yang kedua keberlakuan kontrak baku/ *adhesive* tidak sepenuhnya dapat diberlakukan, mengingat kedudukan pemerintah dalam hal ini tidak dalam

---

<sup>27</sup> Yohanis Sogar Simamora, Op Cit, h. 40.

posisi tawar yang dominan, hal ini dikarenakan kapasitas pemerintah sebagai penjual (*seller*).

### **b. Konsensualisme**

Prinsip konsensualisme merupakan prinsip yang sangat penting dalam Hukum Kontrak, khususnya pada aspek pembentukan. Ini merupakan syarat mutlak dalam setiap kontrak dan berfungsi untuk menjamin kepastian hukum.<sup>28</sup>

Asas konsensualisme mempunyai hubungan yang erat dengan azas kebebasan berkontrak dan azas kekuatan mengikat yang terdapat di dalam pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata. Namun demikian bahwa asas konsensualisme merupakan konkritisasi dari Pasal 1320 ayat (1) KUHPerdata. Menurut Mariam Darus Badrulzaman<sup>29</sup> bahwa azas konsensualisme ditemukan dalam Pasal 1320 dan Pasal 1338 KUHPerdata. Dalam Pasal 1320 KUHPerdata secara tegas disebutkan sedangkan dalam Pasal 1338 KUHPerdata ditemukan dalam istilah semua yang menunjukkan bahwa setiap orang diberi kesempatan untuk menyatakan keinginannya (*will*) yang dirasanya baik untuk menciptakan perjanjian.

Kesepakatan kehendak merupakan salah satu syarat sahnya suatu kontrak yang mempunyai arti bahwa dalam asas ini terkandung kehendak para pihak untuk saling mengikatkan diri dan menimbulkan kepercayaan (*vertrouwen*) di antara para pihak terhadap pemenuhan perjanjian dan asas kepercayaan merupakan nilai etis yang bersumber pada moral.

---

<sup>28</sup> Subekti, Aspek-Aspek Hukum Perikatan Nasional, Alumni, Bandung, 1986, h. 5.

<sup>29</sup> Mariam Darus Badrulzaman, Op Cit, h. 87.

Sebagaimana dikemukakan oleh Miru<sup>30</sup> bahwa asas konsensualisme sering diartikan bahwa dibutuhkan kesepakatan. Pengertian ini tidak tepat karena maksud azas konsensualisme ini adalah bahwa lahirnya kontrak ialah pada saat terjadinya kesepakatan. Dengan demikian apabila tercapai kesepakatan antara para pihak, lahirlah kontrak walaupun kontrak itu belum dilaksanakan pada saat itu.

Selanjutnya menurut Miru<sup>31</sup> dengan tercapainya kesepakatan oleh para pihak melahirkan hak dan kewajiban bagi para pihak dan kontrak tersebut sudah bersifat obligatoir. Asas konsensualisme ini tidak berlaku bagi semua jenis kontrak karena azas ini hanya berlaku terhadap kontrak konsensual sedangkan terhadap kontrak formal dan kontrak riil tidak berlaku.

Suatu kesepakatan kehendak terhadap suatu kontrak dimulai dari adanya unsur penawaran (*offer*) oleh salah satu pihak, diikuti oleh penerimaan penawaran (*acceptance*) dari pihak lainnya, sehingga akhirnya terjadilah kontrak. Tidak ada kesepakatan tanpa penawaran, sebaliknya juga tidak ada kesepakatan tanpa akseptasi. Dalam penawaran harus dikemukakan unsur pokok dari perjanjian. Hal yang pokok dari perjanjian ini lazimnya disebut unsur *essentialia*.<sup>32</sup>

Dalam kontrak pengadaan barang dan jasa, penawaran merupakan pernyataan kehendak yang mengandung maksud untuk membuat kontrak, akan tetapi disertai dengan prinsip kompetitif dan prinsip responsive.

---

<sup>30</sup> Ahmadi Miru, Op. Cit, h. 3.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Subekti, Op Cit, h. 2.

Sedangkan akseptasi datang dari pemerintah melalui penetapan pemenang tender. Dengan demikian syarat kesepakatan dalam pembentukan kontrak telah terpenuhi.

**c. *Pacta Sunt Servanda***

Secara proposional azas ini merupakan azas yang juga penting dalam sebuah kontrak bisnis yang bertumpu pada Pasal 1338 KUHPerdata. *Pacta Sunt Servanda* sendiri mempunyai pengertian kekuatan mengikatnya suatu perjanjian seperti undang-undang. Asas mengikatnya perjanjian atau yang disebut juga dengan asas *pacta sunt servanda*, maksudnya adalah bahwa perjanjian yang dibuat secara sah, mengikat mereka yang membuatnya sebagai undang-undang. Dengan demikian para pihak terikat untuk wajib melaksanakan perjanjian yang telah disepakati bersama, seperti halnya keharusan untuk mentaati undang-undang. Hal ini mengandung maksud untuk menyatakan kekuatan perjanjian, yaitu kekuatan yang sama dengan suatu undang-undang. Kekuatan seperti itu diberikan kepada semua perjanjian yang dibuat secara sah, Perkataan “semua” perjanjian menurut Subekti<sup>33</sup> cara menyimpulkan atas kebebasan berkontrak (*boginsel der contracts vrijheid*) adalah dengan jalan menekankan kepada kata “semua” yang ada di muka perkataan “perjanjian”. Dikatakan bahwa ketentuan Pasal 1338 ayat (1) BW tersebut seolah-olah membuat suatu pernyataan (proklamasi) bahwa kita diperbolehkan membuat perjanjian apa saja dan itu akan mengikat kita

---

<sup>33</sup> Ibid, h. 5.

sebagaimana mengikatnya undang-undang. Pembatasan terhadap kebebasan itu hanya berupa apa yang dinamakan “ketertiban umum dan kesusilaan”. Lain halnya dengan Mariam Darus Badrulzaman<sup>34</sup> menurutnya, kata “semua” mengandung arti meliputi seluruh perjanjian, baik yang namanya dikenal maupun yang tidak dikenal oleh undang-undang. Asas kebebasan berkontrak (*contract vrijheid*) berhubungan dengan isi perjanjian, yaitu menentukan “apa” dan “siapa” perjanjian itu diadakan. Perjanjian yang diperbuat sesuai dengan ketentuan Pasal 1320 BW ini mempunyai kekuatan mengikat.

Menurut Sudikno Mertokusumo<sup>35</sup> asas kekuatan mengikatnya perjanjian berhubungan dengan akibat perjanjian dan dikenal sebagai *pacta servanda sunt*. Bunyi lengkap *adagium* tersebut adalah *pacta nuda servanda sunt*, yang mempunyai arti bahwa kata sepakat tidak perlu dirumuskan dalam bentuk sumpah, perbuatan atau formalitas tertentu agar merupakan kewajiban yang mengikat. Sudah selayaknya apa yang disepakati oleh kedua belah pihak, dipatuhi oleh kedua belah pihak yang telah membuat kesepakatan tersebut.

Kekuatan mengikat perjanjian yang pada prinsipnya mempunyai daya kerja (*strekking*) sebatas para pihak yang membuat perjanjian. Hal ini menunjukkan bahwa hak yang lahir merupakan hak perorangan dan bersifat relatif.<sup>36</sup> Selanjutnya menurut Niewenhuis bahwa kekuatan mengikat dari perjanjian muncul seiring dengan azas kebebasan berkontrak

---

<sup>34</sup> Mariam Darus Badrulzaman, Op Cit, h. 84.

<sup>35</sup> Sudikto mertokusumo, Op Cit, h. 99.

<sup>36</sup> M. Isnaeni, Op Cit, h. 32.

yang memberikan kebebasan dan kemandirian para pihak, pada situasi tertentu daya berlakunya dibatasi oleh 2 (dua) hal yaitu pertama, daya mengikat perjanjian dibatasi oleh itikad baik sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdata dan kedua, adanya *overmacht* atau *force majeure* (keadaan memaksa).

#### **d. Itikad Baik**

Mengingat kontrak itu dibuat dengan sengaja dan sadar, serta bertumpu pada jalinan sepakat dari para pihaknya yang kemudian dituangkan dalam klausula-klausula, hakekatnya sejak awal para kontraktan itu berkeinginan agar semuanya dapat terlaksana seperti yang dicita harapkan. Jelas situasi tersebut mencerminkan adanya itikad baik yang memang secara alami selalu ada pada tahap pra ataupun penutupan kontrak. Kiranya menurut ukuran normal tidak ada orang yang membuat kontrak dengan tujuan agar apa yang dibuatnya itu tidak dapat dilaksanakan (lihat ketentuan Pasal 1254 juncto Pasal 1256 KUHPerdata). Dengan demikian terang adanya kalau asas itikad baik itu memang normalnya menjaluri seluruh tahapan dari kontrak. Olehnya itu kurang tepat apa yang dinyatakan oleh Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdata. Dalam tahap negosiasi masing-masing pihak mempunyai kewajiban berdasar itikad baik, yaitu kewajiban untuk memeriksa (*onderzoekplicht*) dan kewajiban untuk memberitahukan (*medelingsplicht*). Misalnya dalam negosiasi tentang jual beli rumah, calon pembeli wajib memeriksa apakah terdapat rencana resmi pencabutan hak milik. Sanksi atas kewajiban itu

ialah pembeli tidak dapat mengajukan pembatalan atas dasar kesesatan manakala hak milik atas rumah dicabut. Paham ini juga dianut oleh Mahkamah Agung dalam suatu perkara jual beli dimana pembeli tidak dapat dikualifikasi sebagai pembeli yang beritikad baik karena pembelian dilakukan dengan ceroboh, pembeli sama sekali tidak meneliti hak dari status penjual.<sup>37</sup>

Menurut ketentuan Pasal 1339 KUHPerdata, suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan dalam perjanjian, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifatnya perjanjian diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan dan undang-undang. Dengan demikian terdapat 3 (tiga) sumber norma yang ikut mengisi suatu perjanjian yaitu kebiasaan, kepatutan dan undang-undang. Selanjutnya menurut ketentuan Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdata, semua perjanjian itu harus dilaksanakan dengan itikad baik (*tegoeder trouw/ in good faith*), anasir tersebut adalah anasir yang bersifat subyektif dalam pengertian bahwa pelaksanaannya harus berjalan dengan mengindahkan norma-norma kepatutan dan kesusilaan. Jadi ukuran obyektif dalam menilai hal tersebut harus berjalan sesuai dengan rel yang benar.

Kontrak pada umumnya berisi klausula yang mencerminkan janji atau syarat yang berlaku bagi para pihak. Pembuatan rancangan kontrak lazimnya diserahkan pada salah satu pihak atas kesepakatan kedua pihak. Sesudahnya akan dilakukan perundingan untuk mencapai rancangan akhir

---

<sup>37</sup> Yohanis Sogar Simanora, Op Cit, h. 36.

(*final draft*) yang akan ditanda tangani. Pada tahap ini juga terdapat kewajiban hukum itikad baik yaitu kewajiban untuk mencermati seluruh aspek yang terkandung dalam kontrak yang ditanda tangani. Ini yang disebut “*the obligation to exercise due diligence*”.

#### e. Transparansi

Di samping ketiga prinsip/ asas yang dikemukakan di atas dalam kontrak-kontrak yang melibatkan pemerintah sebagai kontraktan prinsip transparansi merupakan prinsip yang sangat dominan dalam hal ini, sebagai konsekuensi kedudukan para pihak di satu sisi adalah pemerintah dan di sisi lain adalah pihak swasta. Penerapan prinsip ini adalah untuk perlindungan hubungan hukum yang terbentuk bagi pihak ketiga.

Prinsip transparansi dipergunakan sebagai mekanisme perlindungan bagi pemasok dari tindakan diskriminasi pada tahap pra kontrak. Dengan demikian prinsip ini bekerja terutama pada tahap menuju pembentukan kontrak. Namun demikian tidak berarti pada tahap selanjutnya prinsip ini kehilangan fungsinya. Sebab, syarat-syarat kontrak pada umumnya secara pokok telah dituangkan dalam proses tender. Bagi kepentingan perlindungan keuangan negara prinsip ini juga sangat penting untuk mencegah praktik kolusi yang merugikan dan dalam hal tertentu justru dapat membahayakan keselamatan umum<sup>38</sup>.

Dalam kontrak pengadaan, prinsip transparansi dapat digunakan sebagai upaya untuk melakukan kontrol terhadap pembentukan dan

---

<sup>38</sup> Ibid, h. 37.

pelaksanaan kontrak dan sekaligus berfungsi sebagai perlindungan. Dalam fungsi kontrol, transparansi tidak saja berlaku bagi pemasok/ kontraktor tetapi juga bagi agen pemerintah.<sup>39</sup>

Hal ini disebabkan karena fungsi kontrak di dalam bisnis adalah untuk mengamankan transaksi. Dengan adanya keterbukaan para pihak yang didasarkan atas azas itikad baik maka para pihak dapat menentukan secara jelas dan tegas berkaitan dengan hak-hak dan kewajiban-kewajiban apa yang harus, apa yang boleh dan apa yang tidak boleh dilakukan oleh para pihak, lebih jauh dengan adanya keterbukaan tersebut, dalam mengawal pembentukan maupun penutupan kontrak yang tertuang dalam klausul hak dan kewajiban, maka kontrak tersebut dengan sendirinya dapat digunakan sebagai instrumen bagi para pihak untuk memantau apakah suatu prestasi telah dilaksanakan dengan patut.

## **B. Prinsip Perlindungan Hukum**

Subjek hukum selaku pemilik hak-hak dan kewajiban-kewajiban (*de drager van de rechten en plichten*), baik itu manusia (*natuurlijk persoon*), badan hukum (*rechtspersoon*), maupun jabatan (*ambt*), dapat melakukan tindakan-tindakan hukum berdasarkan kemampuan (*bekwaam*) atau kewenangan (*bevoegdheid*) yang dimilikinya. Dalam pergaulan di tengah masyarakat, banyak terjadi hubungan hukum yang muncul sebagai akibat adanya tindakan-tindakan hukum dari subjek hukum itu. Tindakan hukum ini merupakan awal lahirnya hubungan hukum, yakni interaksi antar subjek

---

<sup>39</sup> Ibid, h. 41.

hukum yang memiliki relevansi hukum atau mempunyai akibat-akibat hukum. Agar hubungan hukum antar subjek hukum itu berjalan harmonis, seimbang, dan adil, dalam arti setiap subjek hukum mendapatkan apa yang menjadi haknya dan menjalankan kewajiban yang dibebankan kepadanya, maka hukum tampil sebagai aturan main dalam mengatur hubungan hukum tersebut.

Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum.<sup>40</sup> Pelanggaran hukum terjadi ketika subjek hukum tertentu tidak menjalankan kewajiban yang seharusnya dijalankan atau karena melanggar hak-hak subjek hukum lain. Subjek hukum yang dilanggar hak-haknya harus mendapatkan perlindungan hukum. Fungsi hukum sebagai instrumen pengatur dan instrumen perlindungan ini, di samping fungsi lainnya yaitu diarahkan pada suatu tujuan yaitu untuk menciptakan suasana hubungan hukum antar subjek hukum secara harmonis, seimbang, damai, dan adil.

Hukum yang mengatur hubungan hukum antara pemerintah dengan warga negara adalah hukum administrasi atau hukum perdata, tergantung dari sifat dan kedudukan pemerintah dalam melakukan tindakan hukum tersebut. Pemerintah memiliki dua kedudukan hukum yaitu sebagai wakil dari badan hukum publik (*publiek rechtspersoon*) dan sebagai pejabat (*ambtdrager*) dari jabatan pemerintah. Ketika pemerintah melakukan tindakan hukum dalam kapasitasnya sebagai wakil dari badan hukum, maka tindakan tersebut diatur dan tunduk pada ketentuan hukum keperdataan, sedangkan ketika pemerintah

---

<sup>40</sup> Sudikno Mertukusumo, Op Cit, h. 140.

bertindak dalam kapasitasnya sebagai pejabat, maka tindakan itu diatur dan tunduk pada hukum administrasi. Baik tindakan hukum keperdataan maupun tindakan hukum publik dari pemerintah dapat menjadi peluang munculnya perbuatan yang bertentangan dengan hukum, yang melanggar hak-hak warga negara. Oleh karena itu, hukum harus memberikan perlindungan hukum bagi warga negara.

Kemungkinan untuk memberikan perlindungan hukum adalah penting ketika pemerintah bermaksud untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu terhadap sesuatu, yang oleh karena tindakan atau kelalaianya itu melanggar (hak) orang-orang atau kelompok tertentu.

Berkaitan dengan perlindungan hukum, ada beberapa macam perbuatan pemerintah yang memungkinkan lahirnya kerugian bagi masyarakat dan/ atau bagi seseorang atau badan hukum perdata. Secara umum ada tiga macam perbuatan pemerintahan, yaitu perbuatan pemerintahan dalam bidang pembuatan peraturan perundang-undangan (*regeling*), perbuatan pemerintahan dalam penerbitan keputusan (*beschikking*), dan perbuatan pemerintah dalam bidang keperdataan (*materiele daad*). Perbuatan pemerintahan dalam pembuatan peraturan perundang-undangan dan penerbitan keputusan terjadi dalam bidang publik, dan karena itu tunduk dan diatur berdasarkan hukum publik, sedangkan perbuatan pemerintah dalam bidang keperdataan termasuk dalam bidang perdata, dan karenanya tunduk dan diatur berdasarkan hukum perdata.

## 1. Perlindungan Hukum Dalam Bidang Perdata

Berkenaan dengan kedudukan pemerintah sebagai wakil dari badan hukum publik yang dapat melakukan tindakan-tindakan hukum dalam bidang keperdataan, maka dimungkinkan muncul tindakan pemerintah yang bertentangan dengan hukum. Berkenaan dengan perbuatan pemerintah yang bertentangan dengan hukum ini disebutkan bahwa: “*De burgelijke rechter is op het gebied van de onrechtmatige-overheidsdaad bevoegd de overheid te veroordelen tot betaling van schadevergoeding. Daarnaast kan hij veel gevallen de overheid verbieden of gebieden bepaalde gedragingen te verrichten*” (hakim perdata-berkenaan dengan perbuatan melawan hukum oleh pemerintah-berwenang menghukum pemerintah untuk membayar ganti kerugian. Di samping itu, hakim perdata dalam berbagai hal dapat mengeluarkan larangan atau perintah terhadap pemerintah untuk melakukan tindakan tertentu)<sup>41</sup>.

Perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh pemerintah tersebut secara khusus diatur dalam Pasal 1365 BW, yang menyebutkan bahwa: “Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut”. Ketentuan Pasal 1365 ini telah mengalami pergeseran penafsiran, yang secara garis besar terbagi dalam dua periode yaitu periode sebelum tahun 1919 dan sesudah tahun 1919. Pada periode sebelum 1919 ketentuan Pasal 1365 ditafsir secara sempit,

---

<sup>41</sup> Spier J., Onrechtmatige Overheidsdaad, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolk, 1987, h. 30.

dengan unsur-unsur: *pertama*, perbuatan melanggar hukum; *kedua*, timbulnya kerugian; *ketiga*, hubungan kausal antara perbuatan melanggar hukum dengan kerugian; *keempat*, kesalahan pada pelaku. Berdasarkan penafsiran demikian, tampak bahwa perbuatan melanggar hukum berarti sama dengan perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang (*onrechtmatigedaad is onwetmatigedaad*). Interpretasi perbuatan melanggar hukum sama artinya dengan perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang tersebut disebabkan oleh aliran legisme, yang dominan pada saat itu. Aliran ini menganggap bahwa hukum hanyalah apa yang tercantum dalam undang-undang, di luar undang-undang tidak terdapat hukum (Sudargo Gautama)<sup>42</sup>. Penafsiran yang sempit terhadap unsur-unsur perbuatan melanggar hukum ini berakibat pada sempitnya perlindungan hukum yang dapat diberikan kepada warga negara.

Setelah tahun 1919 kriteria perbuatan melanggar hukum adalah sebagai berikut: *pertama*, mengganggu hak orang lain; *kedua*, bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku; *ketiga*, bertentangan dengan kesesilaan; *keempat*, bertentangan dengan kepatutan, ketelitian, dan sikap hati-hati yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat atau terhadap benda orang lain. Dengan adanya perluasan penafsiran ini, maka perlindungan hukum yang dapat diberikan kepada warga negara juga semakin luas<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Sudargo Gautama, Pengertian Tentang negara Hukum, Alumni, Bandung, 1983, h. 56.

<sup>43</sup> Soerjono Dirdjosisworo, Kontrak Bisnis (Menurut Sistem Civil Law, Common Law dan Praktek Dagang Internasional), Mandar Maju, Bandung, 2003, h. 47.

Perlindungan hukum bagi rakyat terhadap tindakan hukum pemerintah, dalam kapasitasnya sebagai wakil dari badan hukum publik, dilakukan melalui peradilan umum. Kedudukan pemerintah dalam hal ini tidak berbeda dengan seseorang atau badan hukum perdata yaitu sejajar, sehingga pemerintah dapat menjadi Tergugat maupun Penggugat. Dengan kata lain, hukum perdata memberikan perlindungan yang sama baik kepada pemerintah maupun seseorang atau badan hukum perdata.

## 2. Perlindungan Hukum Dalam Bidang Publik

Tindakan hukum pemerintah yang bersifat sepihak dapat menjadi penyebab terjadinya pelanggaran hukum terhadap warga negara, apalagi dalam negara hukum modern yang memberikan kewenangan yang luas kepada pemerintah untuk mencampuri kehidupan warga negara, karena itu diperlukan perlindungan hukum bagi warga negara terhadap tindakan hukum pemerintah.

Menurut Sjachran Basah<sup>44</sup>, perlindungan terhadap warga negara diberikan bilamana sikap tindak administrasi negara itu menimbulkan kerugian terhadapnya, sedangkan perlindungan terhadap administrasi negara itu sendiri dilakukan terhadap sikap tindaknya dengan baik dan benar menurut hukum baik tertulis atau asas umum tidak tertulis (asas-asas umum pemerintahan yang baik). Asas-asas umum pemerintahan yang baik dimaksudkan sebagai peningkatan perlindungan hukum (*verhoogde*

---

<sup>44</sup> Sjahrani Basah, Perlindungan Hukum Atas Sikap Tindak Administrasi Negara, Alumni, Bandung, 1992, h. 8.

*rechtsbescherming*) bagi rakyat dari tindakan administrasi negara yang menyimpang.

Ada dua macam perlindungan hukum bagi rakyat yaitu perlindungan hukum preventif dan represif. Pada perlindungan hukum preventif, kepada rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang difinitif. Artinya perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, sedangkan sebaliknya perlindungan hukum represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa.