

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Perihal Persengkoolan

Kajian pustaka merupakan pedoman yang berdasarkan teori sebagai titik permulaan pengujian atau pengukuran obyek yang menjadi jawaban sementara yang akan dibuktikan kebenarannya dalam analisa.

Penelitian yang baik selalu menggunakan konsep-konsep, dan teori, yang adalah seperangkat konsep, definisi dan proposisi yang tersusun secara sistematis sehingga dapat digunakan untuk menjelaskan dan meramalkan fenomena.²

Sebuah teori adalah seperangkat pengertian definisi dan proposisi yang saling berkaitan yang menyajikan sebuah pandangan, sistemik antara variabel-variabel dengan tujuan menerangkan dan meramalkan fenomena-fenomena itu.³

Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, memberikan definisi persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol.

Dalam persekongkolan selalu melibatkan dua pihak atau lebih untuk melakukan kerja sama. Pembentuk Undang-Undang memberikan tujuan

² Sugiyono, Memahami Penelitian Kualitatif, Alfabeta, Bandung, 2005. h. 41

³ The Liang Gie, Pengantar Filsafat Ilmu, Liberty, Yogyakarta, 1989, h. 19.

persekongkolan secara limitative untuk menguasai pasar bagi kepentingan pihak-pihak yang bersekongkol.⁴ Penguasaan pasar merupakan perbuatan yang diantisipasi dalam persekongkolan termasuk dalam tender.

Sulit untuk menentukan bahwa dalam persekongkolan (tender) mengarah pada penguasaan pasar apabila mengacu pada pengertian pasar pada Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yaitu lembaga ekonomi dimana para pembeli dan penjual baik secara langsung maupun tidak langsung dapat melakukan transaksi perdagangan barang/ jasa.⁵

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 membagi 3(tiga) bentuk persekongkolan yaitu :⁶

- a. Persekongkolan untuk mengatur dan/atau menentukan pemenang tender (Pasal 22).
- b. Persekongkolan untuk memperoleh informasi yang dapat diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan (Pasal 23).
- c. Persekongkolan untuk menghambat produksi atau pemasaran barang/ jasa (Pasal 24).

Menurut Memori Penjelasan atas Pasal 22 dari Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, bahwa yang dimaksudkan dengan tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan suatu jasa.⁷

Dari ketentuan Pasal 22 tersebut dapat diketahui unsur-unsur persekongkolan tender, yaitu :

⁴ Eddy Pelupessy, Hukum Anti Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Logoz Publishing, Bandung, 2010, h. 49.

⁵ Munir Fuady, Hukum Anti Monopoli, Menyongsong Era Perdagangan Bebas, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, h. 40.

⁶ Ahmad Yani dan Gunawan Widjaya, Hukum Anti Monopoli Seri Hukum Bisnis, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1999, h. 16.

⁷ Eddy Pelupessy, Op Cit, h. 48.

- a. Adanya dua atau lebih pelaku usaha;
- b. Adanya kerja sama untuk melakukan persekongkolan dalam tender;
- c. Adanya tujuan untuk menguasai pasar;
- d. Adanya usaha untuk mengatur/ menentukan pemegang tender;
- e. Mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 memberikan pengertian terhadap beberapa unsur dari persekutuan tender yang menjadi “pisau analisis” bagi KPPU dalam menentukan apakah suatu perbuatan termasuk dalam kategori melanggar Pasal 22 atau tidak. Dari empat unsur persekongkolan tender, ada satu unsur yang harus dielaborasi oleh KPPU untuk menentukan suatu tindakan atau perbuatan melanggar Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 yaitu “mengatur dan/atau menentukan pemenang tender, dibutuhkan sebuah indikator mengatur dan/atau menentukan pemenang tender, karena tanpa adanya indikator yang dapat dijadikan “pisau analisis”, maka KPPU akan kesulitan menentukan adanya persekongkolan tender.⁸

Black Law Dictionary menegaskan bahwa persekongkolan harus dilakukan oleh dua pihak atau lebih yang bertujuan untuk melakukan tindakan/ kegiatan bersama suatu perilaku kriminal atau melawan hukum.⁹

Hal khusus yang terjadi dalam tender adalah upaya yang dilakukan oleh pihak yang mempunyai pekerjaan/proyek untuk mendapatkan pihak lain

⁸ Yacub Adi Kristanto, *Hukum Persaingan usaha Di Indonesia*, Bayumedia Publishing, Surabaya, 2007, h. 40.

⁹ Sri Yuliana Wahyuningsih, *Urgensi Pengaturan Tentang Pasar Bersangkutan Dalam Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia*, *Jurnal Hukum Bisnis Volume 24*, Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis, Jakarta, 2005, h. 69.

yang dapat melaksanakan pekerjaan/proyek dengan keinginan pemilik pekerjaan.

B. Perjanjian Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah

1. Saat Terjadinya Perjanjian

Perjanjian dapat terjadi karena adanya penawaran dan penerimaan. Ada pakar hukum yang menyatakan bahwa perjanjian terjadi dengan adanya kata sepakat. Teori ini banyak dianut oleh masyarakat, namun dalam perkembangannya terdapat teori yang baru, yang menyatakan bahwa perjanjian terjadi bukan kata sepakat, tetapi dengan itikad baik. Teori ini baru dan pendukungnya masih relatif kurang, jika dibandingkan dengan pendukung teori kata sepakat.

Menurut Sudikno Mertokusumo, bahwa “perjanjian” dapat terjadi apabila penawaran dan penerimaan itu menimbulkan kata sepakat bagi para pihak.¹⁰

Ada beberapa teori tentang terjadinya perjanjian oleh Mariam Darus Badruzaman dikemukakan sebagai berikut :

- a. Teori Kehendak, yang mengajarkan bahwa kesepakatan terjadi pada saat kehendak pihak penerima dinyatakan.
- b. Teori pengiriman, yang mengajarkan bahwa kesepakatan terjadi pada saat kehendak yang dinyatakan itu dikirim oleh pihak yang menerima tawaran.

¹⁰ Sudikno Mertokusumo, Kapita Selekta Hukum Perjanjian, Liberty, Yogyakarta, 1993, h. 28.

- c. Teori pengetahuan, yang mengajarkan bahwa pihak yang menawarkan seharusnya sudah mengetahui bahwa tawarannya diterima.
- d. Teori kepercayaan, yang mengajarkan bahwa kesepakatan itu terjadi pada saat pernyataan kehendak dianggap layak diterima oleh pihak yang menawarkan.¹¹

Teori tersebut di atas dalam praktik sering digunakan untuk memecahkan persoalan tentang terjadinya perjanjian, namun teori yang dianggap paling sesuai dan banyak diikuti oleh masyarakat adalah teori pengetahuan

Berdasarkan pada uraian atau teori-teori di atas, maka dapat disimpulkan bahwa perjanjian terjadi karena adanya momentum, penawaran, penerimaan dan kata sepakat. Hal tersebut dalam praktik sukar untuk dipisah-pisahkan.

Disamping itu, berdasarkan atas konsensualitas, bahwa suatu perjanjian lahir (terjadi) pada detik tercapainya kesepakatan mengenai hal-hal yang pokok dari apa yang menjadi obyek perjanjian. Sepakat adalah suatu persesuaian paham dan kehendak diantara dua pihak, hal itu dapat berarti bahwa apa yang dikehendaki oleh pihak yang lain meskipun kehendaknya berlawanan tapi saling melengkapi, akan diterima oleh pihak yang satunya.¹²

¹¹ Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, Alumni Bandung, 1994, h. 98-99.

¹² Nindyo Pramono, *Ibid*, h. 26.

2. Syarat-Syarat Sahnya Perjanjian

Suatu perjanjian yang dibuat oleh masyarakat harus memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian. Perlu diketahui bahwa syarat terjadinya perjanjian dengan syarat-syarat sahnya perjanjian adalah berbeda, karena perjanjian telah dianggap sah apabila ada kesepakatan, kecakapan, suatu hal tertentu dan sebab yang halal.

Hukum perjanjian yang terdapat dalam Buku III KUH Perdata menganut sistem terbuka artinya orang atau para pihak bebas untuk membuat suatu perjanjian yang dikehendakinya asal tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan azas kepatutan. Perjanjian tersebut bebas dibuat oleh para pihak apapun isinya yang penting tidak melanggar ketertiban umum dan kepatutan yang ada dalam masyarakat.¹³ Hal ini sesuai dengan “sebab yang halal” dalam syarat-syarat sahnya suatu perjanjian karena bila perjanjian tersebut sebabnya tidak halal, maka institusi-institusi dalam masyarakat akan membuat suatu reaksi karena dianggapnya mengganggu ketertiban umum dan bertentangan dengan rasa patut yang ada dalam kehidupan sehari-hari pada masyarakat.

Kebebasan untuk membuat perjanjian atau kontrak yang dianut dalam Buku III KUH Perdata sifatnya tidak mutlak. Hal ini disebabkan karena adanya kepentingan-kepentingan yang datangnya dari luar diri para pihak yang membuat perjanjian.

¹³ Ibid, h. 28.

Berkaitan dengan syarat-syarat sahnya perjanjian yang dilakukan oleh para pihak, dalam hal ini oleh para pihak dianggap sah apabila telah memenuhi syarat-syarat yang ditentukan dalam Pasal 1320 KUH Perdata sebagai berikut :

- a. Kata Sepakat
- b. Kecakapan
- c. Suatu hal yang tertentu
- d. Sebab yang halal

Menurut R. Subekti bahwa dalam Pasal 1320 KUH Perdata disebutkan suatu fenomena tertentu disamping kesepakatan yang telah tercapai itu, maka disimpulkan bahwa setiap perjanjian itu sudah sah dalam arti mengikat apabila sudah tercapai kesepakatan mengenai hal-hal yang pokok dalam perjanjian itu¹⁴.

Memang betul bahwa perjanjian telah lahir dan mengikat para pihak yang membuatnya apabila telah ada kata sepakat diantara para pihak mengenai penawaran dan penerimaan dalam perjanjian tersebut, namun belum sah jika ketika syarat berikutnya bukan bersifat alternatif dalam arti bila salah satunya dipenuhi, maka perjanjian itu sah. Dengan demikian, suatu perjanjian yang dibuat oleh para pihak harus mutlak memenuhi persyaratan dalam Pasal 1320 KUH Perdata, tentang Kesepakatan, kecakapan, tujuan tertentu dan sebab yang halal.

¹⁴ R. Subekti, Hukum Perjanjian, PT Intermassa, Jakarta, 1979, h. 15.

Syarat-syarat sahnya perjanjian yang terdapat dalam Pasal 1320 KUH Perdata dapat dikelompokkan menjadi dua bagian, yaitu :

- a. Dua syarat yang pertama yaitu kesepakatan bagi mereka yang mengikatkan dirinya dan kecakapan untuk membuat perjanjian disebut syarat subyektif, karena menyangkut atau berkaitan dengan orangnya yang membuat perjanjian tersebut.
- b. Dua syarat yang terakhir (syarat ketiga dan keempat) yaitu mengenai suatu hal tertentu dan suatu sebab yang halal disebut syarat obyektif, karena menyangkut obyek dari perjanjian tersebut.

Dalam membuat suatu perjanjian apabila perjanjian tersebut tidak memenuhi syarat subyektif, maka perjanjian tersebut “dapat dibatalkan”. Sedangkan perjanjian itu dibuat dengan tidak memenuhi syarat obyektif, maka perjanjian tersebut “batal demi hukum”. Perjanjian yang dapat dibatalkan itu dapat diartikan bahwa pernah ada tetapi karena tidak memenuhi syarat, maka perjanjian itu dibatalkan, sedangkan perjanjian tersebut dianggap tidak pernah ada atau sejak semula dianggap batal.

Dengan adanya kesepakatan diantara para pihak yang membuat suatu perjanjian, maka itu berarti perjanjian tersebut telah lahir pada saat atau pada detik tercapainya kesepakatan tersebut. Hal ini sesuai dengan pendapat R. Subekti bahwa dengan adanya sepakat atau perizinan maka itu dimaksud bahwa kedua subyek yang mengadakan perjanjian itu harus sepakat, setuju atau seia sekata mengenai hal-hal pokok dari perjanjian

yang diadakan itu dan apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu juga dikehendaki oleh pihak yang lain¹⁵.

Selain dengan adanya kesepakatan maka orang yang membuat perjanjian tersebut harus cakap menurut hukum. Adanya orang-orang yang dianggap tidak cakap untuk membuat suatu perjanjian diatur dalam Pasal 1330 KUH Perdata adalah sebagai berikut :

- a. Orang yang belum dewasa.
- b. Mereka yang ditaruh di bawah pengampuan
- c. Orang perempuan dalam hal yang ditetapkan oleh Undang-Undang dan semua orang kepada siapa Undang-undang telah melarang membuat perjanjian tertentu.

Perlu diketahui bahwa ketidakcakapan seorang isteri untuk melaksanakan suatu perbuatan hukum sebagaimana yang diatur dalam Pasal 108 dan 110 KUH Perdata sekarang sudah tidak berlaku jika ditinjau dari situasi dan kondisi yang ada sekarang. Memang ada Surat Edaran Mahkamah Agung No. 3 Tahun 1963 yang menyatakan pasal-pasal tertentu dalam KUH Perdata termasuk Pasal 108 dan 110 untuk tidak diberlakukan, namun jika ditinjau secara konstitusional, maka Surat Edaran Mahkamah Agung tidak bisa membatalkan undang-undang kecuali jika pasal-pasal tersebut tidak diberlakukan berdasarkan kebutuhan masyarakat atau *problem orienten*.¹⁶

¹⁵ Ibid, h. 17

¹⁶ Ibid, h. 19

Disamping kedua syarat tersebut di atas, maka syarat berikutnya adalah satu hal tertentu. Hal ini berarti bahwa apa yang telah diperjanjikan oleh kedua belah pihak paling tidak dapat ditentukan jenis atau ukurannya. Bila hal itu tidak dapat ditentukan baik jenis ataupun ukurannya maka perjanjian itu batal demi hukum. Hal ini disebabkan karena obyek perjanjian yang tidak tertentu obyeknya membuat orang bingung dan bertanya apa yang diperjanjikan, berapa banyaknya atau luasnya dan sebagainya bahkan menimbulkan ketidakpastian hukum. Bahkan secara logis tidak mungkin hal itu terjadi bila obyeknya tidak ada atau ada tetapi kurang jelas. Dengan demikian, maka memang pantas jika suatu perjanjian tidak memenuhi syarat “suatu hal tertentu” dinyatakan batal demi hukum.

Syarat yang terakhir dari sahnya suatu perjanjian dalam Pasal 1320 KUH Perdata adalah sebab yang halal. Arti *causa* atau sebab yang halal menurut KUH Perdata dan oleh pembentuk undang-undang sangat beragam sebagaimana tersurat pula dalam Pasal 1335, Pasal 1336 dan Pasal 1337 KUH Perdata.

Apabila suatu perjanjian dibuat secara sah, maka berdasarkan pasal 1338 KUH Perdata bahwa :

- (1) Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya.

- (2) Perjanjian-perjanjian itu tidak dapat ditarik kembali kecuali dengan kesepakatan oleh kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang oleh Undang-Undang dinyatakan cukup untuk itu.
- (3) Perjanjian-perjanjian itu harus dilakukan dengan itikad baik.

3. Azas-Azas Hukum Perjanjian

Azas-azas yang ada dalam hukum perjanjian banyak sekali, apalagi jika dilihat dari berbagai literatur yang ada. Azas hukum (*principle law*) adalah pikiran dasar yang sifatnya umum dan abstrak, yang merupakan latar belakang kaidah hukum atau peraturan hukum konkret.¹⁷

Azas hukum itu mempunyai manfaat sesuai dengan fungsinya, antara lain yaitu :

- a. Untuk menyatukan antara riil dan idiil
- b. Untuk mengesahkan dan melengkapi sistem hukum
- c. Untuk membuat sistem hukum itu luwes
- d. Untuk bersifat mengatur dan menjelaskan apa yang belum jelas
- e. Untuk mempengaruhi hukum positif
- f. Untuk membentuk/menciptakan sistem

Berkaitan dengan azas-azas hukum perjanjian tersebut di atas oleh beberapa pakar hukum perdata dikatakan kurang tepat, karena seharusnya disesuaikan cara terjadinya perjanjian. Dengan demikian maka susunannya harus sebagai berikut :

¹⁷ Nindyo Pramono, Ibid, h. 25.

- a. Azas kebebasan berkontrak
- b. Azas konsensualisme
- c. Azas mengikatnya perjanjian

Hal-hal tersebut di atas dikatakan tepat karena dalam membuat suatu perjanjian yang pertama-tama harus ada adalah kebebasan untuk menentukan apa yang akan dituangkan dalam isi perjanjian tersebut. Setelah itu, maka timbullah *consensus* untuk menyepakati dari apa yang ditentukan oleh masing-masing pihak dalam perjanjian tersebut dan apabila disepakati perjanjian itu maka perjanjian itu mengikat para pihak yang membuat perjanjian tersebut.

Azas-azas hukum perjanjian oleh Henry P. Panggabean mengutip pendapat Sudikno Mertokusumo bahwa azas-azas hukum perjanjian tersebut masing-masing mempunyai fungsi yaitu asas konsensualisme berhubungan dengan isi perjanjian dan azas mengikatnya perjanjian berhubungan dengan akibat perjanjian¹⁸.

Selain hal tersebut di atas, maka Djohari Santoso dan Achmad Ali menyatakan bahwa :

Ada tujuan jenis azas-azas hukum perjanjian yang merupakan azas-azas umum (*principle*) yang harus diindahkan oleh semua orang yang terlibat di dalamnya. Azas-azas tersebut adalah azas sistem terbukanya hukum perjanjian, azas konsensualisme, azas personalitas, azas itikad baik, azas *pacta sunt servanda*, azas *force majeure* dan azas *exceptio non adimpleti contractus*¹⁹

¹⁸ Henry P. Panggabean, *Penyalahgunaan Keadaan Sebagai Alasan Untuk Pembatalan Perjanjian*, Liberty, Yogyakarta, 1990, h. 7

¹⁹ Djohari Santoso dan Achmad Ali, *Hukum Perjanjian Indonesia*, FH-UII, Yogyakarta, 1983, h. 45.

Azas-azas tersebut di atas memang ada pada setiap perjanjian, yang dibuat oleh para pihak sebagai azas yang berlaku umum, namun azas yang pokok pada setiap perjanjian adalah kebebasan berkontrak, konsensualisme dan azas mengikatnya perjanjian. Azas-azas tersebut di atas sifatnya dinamis (*historich bestiumt*) karena berkembang dan berlaku dengan waktu dan tempat. Di samping itu azas tersebut bersifat abstrak dan umum dalam arti tidak harusnya berlaku pada satu peristiwa saja.

Apabila azas-azas yang ada dalam hukum perjanjian diperhatikan maka sebenarnya azas tersebut banyak karena tiap-tiap pakar mengemukakan azas yang satu dengan lainnya ada perbedaan dan persamaannya. Menurut Mariam Darus Badruzaman bahwa di dalam hukum perjanjian itu terdapat beberapa azas, yaitu :

- a. Azas kebebasan mengadakan perjanjian
- b. Azas konsensualisme
- c. Azas kebiasaan
- d. Azas kepercayaan
- e. Azas kekuatan mengikat
- f. Azas keseimbangan
- g. Azas persamaan hukum
- h. Azas kepentingan hukum
- i. Azas moral
- j. Azas kepatuhan
- k. Azas perlindungan bagi golongan yang lemah
- l. Azas sistem terbuka²⁰

²⁰ Mariam Darus Badruzaman, Op Cit, h. 2.

Dari berbagai macam azas hukum perjanjian yang dikemukakan di atas secara keseluruhan merupakan satu kesatuan yang dapat membuat hukum perjanjian itu menjadi luwes atau tidak kaku. Dengan demikian azas-azas hukum itu sangat penting untuk diketahui terutama dalam memecahkan masalah-masalah hukum perjanjian yang ada dalam masyarakat.

Tanpa adanya azas-azas hukum, maka persoalan-persoalan yang timbul dalam masyarakat tidak mudah untuk dipecahkan dan dicari jalan pemecahannya (solusinya). Hal ini disebabkan karena azas hukum itu sama lain berfungsi sebagai pendukung bangunan hukum dan menciptakan komunikasi, keseimbangan dalam mencegah adanya tumpang tindih dan karena itu menciptakan kepastian hukum dalam keseluruhan tertib hukum.

C. 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 mengawalinya.

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.²¹

Pendapat yang sama dikemukakan oleh Sudikno Mertokusumo²² bahwa asas hukum bukan merupakan hukum konkrit, melainkan pikiran dasar yang umum dan abstrak atau merupakan latar belakang peraturan konkrit 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-nilai etis, moral dan sosial masyarakat. Dengan demikian asas 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.²³

Aturan hukum diperlukan untuk menjawab persoalan hukum yang timbul dalam masyarakat akan tetapi tidak semua persoalan hukum dapat dipecahkan hanya dengan mengandalkan aturan hukum. Padmo²⁴ 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

²¹ Peter Mahmud Marzuki, *Batas-Batas Kebebasan Berkontrak*, Yuridika Vol. 18 No. 4, Jakarta, 2003, h. 190.

²² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1996, h. 5.

²³ Yudha A. Harmoko, *Prinsip-Prinsip Negosiasi Dalam Kontrak Bisnis*, Jurnal Hukum Bisnis, Volume. 18 No. 3, Jakarta, 2008, h. 88.

²⁴ Padmo Wahyono, *Pembangunan Hukum Di Indonesia*, Ind. Hill Co, Jakarta, 1999, h. 204.

dan putusan-putusan hakim, yang berkenaan dengannya ketentuan-ketentuan dan keputusan-keputusan individual dapat dipandang sebagai penjabarannya.

Bruggink²⁵ 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 berkenaan dengan pedoman perilaku, sedangkan dalam bentuk yang kedua prinsip itu berfungsi pula sebagai pedoman perilaku, sehingga perbedaannya dengan aturan hukum 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 mengawalinya.

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.

²⁵ Bruggink J.J.H. Refleksi Tentang Hukum, Alih Bahasa; Arief Sidharta, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, h. 119.

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. Niewenhuis²⁶ 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);
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. Isnaeni²⁷ 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.

²⁶ Niewenhuis, Pokok-Pokok Hukum Perikatan, Airlangga University Press, Surabaya, 1985, h. 83.

²⁷ M. Isnaeni, Hukum Perikatan Dalam Era Perdagangan Bebas, Makalah, Pelatihan Hukum Perikatan Bagi Dosen dan Praktisi, Fakultas Hukum Unair, Surabaya, 2006, h. 67.

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 Harmoko²⁸ 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,
- f. Asas kepentingan umum,
- g. Asas kepastian hukum,
- h. Asas *Pacta Sunt Servanda*.

Menurut UNIDROIT, asas-asas dalam kontrak komersial adalah sebagai berikut:²⁹

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.

²⁸ Yudha A. Harmoko, Op Cit, h. 67.

²⁹ Eddy Pelupessy, Kapita Selektta Hukum Bisnis, Inara Publishing, Malang, 2022, h. 59.

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 majeure*).

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 ekonomi³⁰. 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 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 (*equity 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 Simamora³¹ 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

³⁰ Peter Mahmud Marzuki, Op Cit, h. 194.

³¹ Yohanis Soggar Simamora, Harmonisasi Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak Terhadap Sistem Perdagangan Global, Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 18, No. 3, Jakarta, 2003, h. 34.

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 persyaratan-persyaratan itikad baik dan adil, dan aturan-aturan wajib yang dibentuk oleh prinsip-prinsip ini³².

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 perundang-undangan. 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

³² Ibid, h. 10.

oleh para pihak dalam perjanjian. Sejalan dengan hal tersebut M. Isnaeni³³ 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 KUHPerduta.

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 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) KUHPerduta bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Demikian pula ada yang mendasarkan pada Pasal 1320 KUHPerduta yang menerangkan tentang syarat sahnya perjanjian³⁴.

³³ M. Isnaeni, Op Cit, h. 19.

³⁴ Ahmadi Miru, Hukum Kontrak, Perencanaan Kontrak, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2007, h. 4.

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 KUHPdata, ada 3 (tiga) unsur yaitu:

1. Asas, bahwa perjanjian yang dibuat itu pada umumnya bukan secara formil tetapi konsensual, artinya perjanjian itu selesai karena persesuaian kehendak atau konsensus semata-mata disebut asas konsensualisme.
2. Asas, bahwa pihak-pihak harus memenuhi apa yang telah dijanjikan, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1338 KUHPdata 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.³⁵

Selanjutnya menurut Setiawan³⁶ bahwa asas kebebasan berkontrak setidak-tidaknya sudah tidak lagi tampil dalam bentuknya yang utuh.

Faktor-faktor yang mempengaruhi pembatasan kebebasan berkontrak, yaitu:³⁷

- a. Semakin berpengaruh 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 Badruzaman³⁸ mengemukakan bahwa di dalam perkembangannya, asas kebebasan berkontrak ini semakin sempit dilihat dari beberapa segi yaitu :

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

Apabila pendapat Mariam Darus Badruzaman 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

³⁵ Patrik Purwahid, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan*, Mandar Maju, Bandung, 1994, h. 66.

³⁶ Setiawan, *Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata*, Cet, 1 Alumni, Bandung, 1992, h. 180.

³⁷ Ridwan Khadirandy, *Iktikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, Grasindo, Jakarta, 2003, h. 2.

³⁸ Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Cetakan Pertama, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, h. 87.

pembatasan asas kebebasan berkontrak di dalam kontrak pengadaan barang dan jasa, selain pasal 1337 KUHPerdara.

Hal senada dikemukakan oleh Setiawan³⁹ 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 Purwahid⁴⁰ 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);
- 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 negara⁴¹.

Dengan adanya pembatasan-pembatasan azas kebebasan berkontrak, keseimbangan para pihak dalam berkontrak merupakan konsep dasar yang tidak dapat ditawar. Oleh karena itu perkembangan asas

³⁹ Setiawan, Op Cit, h. 182.

⁴⁰ Patrik Purwahid, Op Cit, h. 67.

⁴¹ Ridwan Khairandy, Op Cit, h. 4.

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 Badruzam⁴² perjanjian baku adalah suatu perjanjian yang isinya telah dibakukan dan dituangkan dalam bentuk formulir. Lebih lanjut Hondius dalam Mariam Darus Badruzaman 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 Badruzaman maupun Hondius, mengartikan perjanjian baku sebagai perjanjian tertulis yang telah dituangkan ke dalam 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 Mertokusumo⁴³ 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

⁴² Mariam Darus Badruzaman, Perjanjian Dengan Pemerintah (Government Contract) Dalam Hukum Kontrak Di Indonesia, Elips, Jakarta, 1998, h. 96.

⁴³ Sudikno Mertokusumo, Op Cit, h. 8.

lawannya mau tidak mau terikat. Karena sifat baku itu, salah satu pihak mau tidak mau mengikhlaskan 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 meninggalkannya sama sekali. Jadi kemungkinan bagi debitur (pihak yang lemah) untuk merubah isi perjanjian sama sekali tidak ada.

Mariam Darus Badruzaman⁴⁴ 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

⁴⁴ Mariam Darus Badruzaman, Op Cit, h. 45.

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 pihak lain. Menurut Engels⁴⁵ 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

⁴⁵ Sudikno Mertokusumo, Op Cit, h. 7.

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*. Mariam Darus Badruzaman⁴⁶ 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 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 Mertokusumo⁴⁷ 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

⁴⁶ Mariam Darus Badruzaman, Op Cit, h. 52.

⁴⁷ Sudikno Mertokusumo, Op Cit, h. 4.

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 penyelenggaraannya 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 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 Simamora⁴⁸ mengatakan bahwa, substansi kontrak pemerintah sesungguhnya bukan hanya menyangkut pengadaan barang/ jasa. Dalam situasi lain pemerintah dapat juga

⁴⁸ Yohanis Sogar Simamora, Op Cit, h. 40.

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 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.⁴⁹

⁴⁹ Subekti, *Aspek-Aspek Hukum Perikatan Nasional*, Alumni, Bandung, 1986, h. 5.

Asas konsensualisme mempunyai hubungan yang erat dengan azas kebebasan berkontrak dan azas kekuatan mengikat yang terdapat di dalam pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara. Namun demikian bahwa asas konsensualisme merupakan konkritisasi dari Pasal 1320 ayat (1) KUHPerdara. Menurut Mariam Darus Badruzaman⁵⁰ bahwa azas konsensualisme ditemukan dalam Pasal 1320 dan Pasal 1338 KUHPerdara. Dalam Pasal 1320 KUHPerdara secara tegas disebutkan sedangkan dalam Pasal 1338 KUHPerdara 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. Sebagaimana dikemukakan oleh Miru⁵¹ 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.

⁵⁰ Mariam Darus Badruzaman, Op Cit, h. 87.

⁵¹ Ahmadi Miru, Op. Cit, h. 3.

Selanjutnya menurut Miru⁵² 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.⁵³

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. 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 KUHPerdato.

⁵² Ibid.

⁵³ Subekti, Op Cit, h. 2.

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 Subekti⁵⁴ cara menyimpulkan asas kebebasan berkontrak (*boginsel der contractsvrijheid*) 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 sebagaimana mengikatnya undang-undang. Pembatasan terhadap kebebasan itu hanya berupa apa yang dinamakan “ketertiban umum dan kesusilaan”. Lain halnya dengan Mariam Darus Badruzaman⁵⁵ 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

⁵⁴ Ibid, h. 5.

⁵⁵ Mariam Darus Badruzaman, Op Cit, h. 84.

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 Mertokusumo⁵⁶ 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.⁵⁷ Selanjutnya menurut Niewenhuis bahwa kekuatan mengikat dari perjanjian muncul seiring dengan azas kebebasan berkontrak 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) KUHPerdara dan kedua, adanya *overmacht* atau *force majeure* (keadaan memaksa).

⁵⁶ Sudikto mertokusumo, Op Cit, h. 99.

⁵⁷ M. Isnaeni, Op Cit, h. 32.

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 KUHPerdara). 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) KUHPerdara. 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.⁵⁸

Menurut ketentuan Pasal 1339 KUHPerdara, 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) KUHPerdara, 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 (*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*".

⁵⁸ Yohanis Sogar Simanora, Op Cit, h. 36.

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 praktek kolusi yang merugikan dan dalam hal tertentu justru dapat membahayakan keselamatan umum⁵⁹.

Dalam kontrak pengadaan, prinsip transparansi dapat digunakan sebagai upaya untuk melakukan kontrol terhadap pembentukan dan pelaksanaan kontrak dan sekaligus berfungsi sebagai perlindungan. Dalam fungsi kontrol, transparansi tidak saja berlaku bagi pemasok/ kontraktor tetapi juga bagi agen pemerintah.⁶⁰

⁵⁹ Ibid, h. 37.

⁶⁰ Ibid, h. 41.

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.

Pengadaan barang/jasa adalah usaha atau kegiatan pengadaan barang/jasa yang diperlukan oleh instansi Pemerintah yang meliputi : pengadaan barang, jasa pemborong, jasa konsultasi dan jasa lainnya. Sedangkan jasa pemborongan adalah layanan penanganan pekerjaan bangunan atau konstruksi atau wujud fisik lainnya yang perencanaan teknis dan spesifikasinya ditetapkan pengguna barang/jasa dan proses serta pelaksanaannya ditetapkan oleh pengguna barang/jasa.

Dalam kaitannya dengan penerapan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, maka yang dimaksud dengan pihak lain adalah Panitia Pengadaan yang secara terminologi dapat disebut Pejabat Pembuat Komitmen yang selanjutnya disebut PPK adalah pejabat yang bertanggung jawab atas pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa (pasal 1 angka 7 Peraturan Presiden Nomor 95 Tahun 2007).

Maksud ditetapkan Perpres Nomor 95 Tahun 2007 tersebut adalah untuk mengatur pengguna barang/jasa (termasuk perencana, pelaksana dan pengawas), dan penyedia barang/jasa sesuai dengan tugas, fungsi, hak dan kewajiban serta peranan masing-masing pihak dalam proses pengadaan barang/jasa instansi Pemerintah.

Sedangkan tujuan pengadaan barang/jasa adalah untuk memperoleh barang/jasa yang dibutuhkan oleh instansi Pemerintah dalam jumlah yang cukup, dengan kualitas dan harga yang dapat dipertanggung jawabkan, dalam waktu dan tempat tertentu, secara efektif dan efisien menurut ketentuan dan tata cara yang berlaku.

Sesuai dengan rumusan dan tujuan penelitian ini, maka penulis perlu untuk menjelaskan kegiatan-kegiatan yang harus dilakukan oleh pelaku usaha atau penyedia jasa pemborongan yang dalam praktek diabstraksikan sebagai prosedur pelelangan, yang terdiri atas :

- a. Pemberitahuan secara umum atau terbatas tentang adanya pelelangan sesuai dengan bestek dan persyaratan-persyaratan pekerjaan.
- b. Persyaratan prakualifikasi, kualifikasi, klasifikasi terhadap pemborong.
- c. Pemenuhan jaminan yang diwajibkan dalam pemborongan bangunan berupa jaminan tender, jaminan pelaksanaan, jaminan yang muka serta jaminan pemeliharaan.
- d. Pelelangan, yang terdiri dari pelelangan umum, pelelangan terbatas dan cara menentukan pelulusan pelelangan.

Pelaku usaha atau pemborong yang berminat untuk melaksanakan pekerjaan di bidang jasa pemborongan setelah memenuhi persyaratan-persyaratan yang diwajibkan, sehingga dapat mendaftarkan diri secara tertulis kepada panitia lelang dan melakukan penawaran secara tertulis. Hal ini dilakukan dengan mengingat batas waktu yang telah ditetapkan dalam pengumuman, untuk kemudian ikut dalam pelelangan (*tender*).

Adapun persyaratan-persyaratan yang harus dilakukan oleh pelaku usaha atau pihak pemborong agar ikut dalam pelelangan adalah bahwa pelaku usaha atau pemborong tersebut telah lulus dalam penyaringan atau seleksi, dan menyerahkan jaminan tender.

Berdasarkan hasil wawancara dengan 5 orang Pimpro dan berbagai instansi Pemerintah dan 10 orang pelaku usaha pemenang tender diketahui bahwa penyaringan atau seleksi terhadap pemborong dilakukan melalui prakualifikasi yang meliputi kegiatan registrasi, klasifikasi serta kualifikasi.

Prakualifikasi merupakan penyaringan atau penilaian terhadap pemborong menurut kemampuannya. Prakualifikasi dimaksudkan untuk mengetahui kemampuan dasar perusahaan baik yang berbadan hukum maupun yang tidak berbentuk badan hukum yang usaha pokoknya adalah melakukan pekerjaan jasa pemborongan, konsultasi dan pengadaan barang/jasa lainnya. Prakualifikasi diselenggarakan oleh panitia prakualifikasi pada tingkat daerah yang diketuai oleh Gubernur Kepala daerah tingkat I.

Prakualifikasi dilaksanakan dengan cara membagikan kuesioner kepada para pemborong, dan para pemborong mengisi atau menjawab

kuesioner tersebut. Berdasarkan informasi yang dihimpun dari jawaban dalam kuesioner itu dapat diketahui segala sesuatu yang bertalian dengan kondisi calon penawar seperti pengalamannya, keahliannya, kemampuan finansialnya, kemampuan operasionalnya dan sebagainya.

Registrasi adalah pencatatan dan pendaftaran data yang meliputi data administrasi, data keuangan, data personalia, data peralatan, data perlengkapan, serta pengalaman melakukan pekerjaan. Para calon rekanan yang akan mengikuti prakualifikasi diminta untuk menyampaikan data-data perusahaan kepada panitia prakualifikasi dengan surat permohonan dan penyerahan tentang kebenaran data yang bermaterai cukup.

Klasifikasi adalah penggolongan perusahaan menurut bidang pekerjaan yang meliputi pekerjaan jasa pemborongan disebut perusahaan jasa pemborongan, pekerjaan jasa konsultan disebut perusahaan jasa konsultan serta pekerjaan pengadaan barang/jasa lainnya.

Dalam praktek pemborongan saat ini dikenal adanya empat kualifikasi pemborongan atau kontraktor yaitu pertama kualifikasi golongan besar yaitu yang mampu melaksanakan perbaikan dan pembangunan dengan persyaratan teknis tinggi atau sangat tinggi, bernilai di atas satu miliar rupiah. Kedua kualifikasi golongan yaitu dengan kemampuan madya yang mampu melaksanakan perbaikan dan pembangunan. Persyaratan teknis madya dan teknis tinggi, bernilai di atas lima ratus juta rupiah sampai dengan satu miliar rupiah. Ketiga kualifikasi K-2 yaitu golongan kontraktor yang mampu melaksanakan perbaikan dan pembangunan dengan persyaratan teknis

sederhana dan madya di atas dua ratus juta rupiah sampai dengan lima ratus juta rupiah. Ke empat adalah kualifikasi K-1 yaitu golongan kontraktor yang mampu melaksanakan pekerjaan pemeliharaan atau perbaikan ringan dan pembangunan dengan persyaratan teknis sederhana, bernilai di atas lima belas juta sampai dengan dua ratus juta rupiah.

Kualifikasi mempunyai jangka waktu berlaku lebih lama bila dibandingkan dengan prakualifikasi. Untuk kualifikasi jangka waktu berlaku bisa sampai lima tahun, sedang untuk prakualifikasi jangka waktu paling lama tiga tahun.

Dalam praktek sering dikacaukan antara persyaratan prakualifikasi dan kualifikasi. Juga Sertifikat/Ijasah yang diberikan untuk prakualifikasi sama saja dengan kualifikasi.

Hasil penelitian awal yang penulis lakukan menunjukkan bahwa kekeliruan seperti disebutkan di atas masih berlangsung hingga saat ini. Padahal antara prakualifikasi, kualifikasi dan klasifikasi, perbedaannya sangat jelas.

Prakualifikasi merupakan penilaian secara umum terhadap kemampuan pemborong, sedang kualifikasi merupakan penilaian berdasarkan golongan atau tingkat kemampuan sehingga terdapat pemborong dengan kualifikasi Golongan Besar, Golongan Menengah, K-2, serta K-1, sedangkan klasifikasi adalah penilaian yang didasarkan pada bidang pekerjaan yang dilaksanakan oleh pemborong sehingga dikenal adanya perusahaan jasa pemborong, perusahaan jasa konsultasi serta perusahaan pengadaan barang/jasa lainnya.

Sebagaimana halnya dengan seleksi atau penyaringan terhadap pemborong yang akan ikut dalam pelelangan, maka pelelangan juga diatur dalam Peraturan Presiden Nomor 95 Tahun 2007 dan Keppres Nomor 24 Tahun 1995 tentang Pelaksanaan APBN. Dalam Pasal 21 (1) Keppres tersebut ditetapkan bahwa pelaksanaan pengadaan barang/jasa dapat dilakukan melalui pelelangan umum, pelelangan terbatas, pemilihan langsung, serta pengadaan langsung. Bentuk atau cara pelelangan serta pemilihan dan pengadaan langsung tersebut akan dijelaskan dalam uraian di bawah ini.

Pelelangan umum adalah pelelangan yang dilakukan secara terbuka dengan pengumuman secara luas melalui media masa, media cetak, dan papan pengumuman resmi untuk penerangan umum sehingga masyarakat luas/dunia usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi dapat mengikutinya.

Pelelangan terbatas adalah pelelangan untuk pekerjaan tertentu diikuti oleh sekurang-kurangnya 5 (lima) rekanan yang tercantum dalam daftar rekanan terseleksi (DRT) yang dipilih diantara rekanan yang tercatat dalam daftar rekanan mampu (DRM) sesuai dengan bidang usaha atau ruang lingkungannya atau kualifikasi kemampuannya.

Pemilihan langsung adalah pelaksanaan pengadaan barang/jasa tanpa melalui pelelangan umum atau terbatas, yang dilakukan dengan membandingkan sekurang-kurangnya 3 (tiga) penawar dan dilakukan negosiasi, baik teknis maupun harga sehingga diperoleh harga yang wajar dan secara teknis dapat dipertanggung jawabkan dari rekanan yang tercatat dalam

daftar rekanan mampu sesuai dengan bidang usaha, ruang lingkup, atau kualifikasi kemampuannya.

Pengadaan langsung adalah pelaksanaan pengadaan/jasa yang dilakukan diantara rekanan yang termasuk perusahaan golongan ekonomi lemah tanpa melalui pelelangan umum, pelelangan terbatas atau pemilihan langsung.

Adapun kriteria untuk menentukan apakah suatu proyek harus dilakukan dengan pelelangan atau melalui pengadaan/pemilihan langsung adalah tergantung pada besarnya anggaran untuk proyek yang bersangkutan. Untuk proyek yang nilainya antara lima juta rupiah sampai dengan lima belas juta rupiah dapat dilakukan dengan pengadaan/ pemilihan langsung dengan Surat Perintah Kerja (SPK). Untuk proyek yang nilainya antara lima belas sampai dua ratus juta rupiah dilakukan dengan pemilihan langsung dengan Surat Perintah Kerja (SPK) atau surat perjanjian/kontrak pemborongan untuk proyek yang nilainya di atas lima puluh juta rupiah dilakukan melalui pelelangan dengan surat perjanjian/ kontrak pemborongan.

Pemborong yang dinyatakan menang dalam pelelangan, baik wajib pelelangan umum maupun pelelangan terbatas wajib menyerahkan jaminan pelaksanaan dari bank atau lembaga keuangan bukan bank yang telah ditentukan. Selanjutnya kepada pemborong diserahkan Surat Perintah Kerja (SPK) dari pemberi tugas. Kewajiban ini berlaku pula terhadap pemborong yang memperoleh pekerjaan dengan cara pemilihan langsung dan pengadaan

langsung. Setelah semua kewajiban tersebut dipenuhi maka dibuatlah surat perjanjian/kontrak pemborongan antara pemberi tugas dengan pemborong.

Kontrak atau disebut juga dengan *the contract theory* (bahasa Inggris), atau *contract theo* (bahasa Belanda) mempunyai arti yang sangat penting dalam kehidupan masyarakat, berbangsa dan bernegara. Hal ini disebabkan karena teori ini menganalisis hubungan hukum antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum lainnya. Sebelum menjelaskan pengertian teori kontrak, berikut ini disajikan pengertian kontrak. Istilah kontrak berasal dari bahasa Inggris, yaitu *contracts*. Sedangkan dalam bahasa Belanda, disebut dengan *contract* atau *overeenkomst* (perjanjian). Secara teoretis, pengertian kontrak tercantum dalam Pasal 1 *Restatement (Second) of Contracts* Amerika Serikat 1932. A ntract is:

“A promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty”.

Dalam konstruksi ini, kontrak dipahami sebagai sebuah kesepakatan atau janji atau seperangkat janji. Janji (*promise*) dikonsepsikan sebagai perwujudan niat untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu sesuai dengan cara yang ditentukan, sehingga para pihak membenarkan apa yang telah dilakukan.⁶¹ Isi janji itu, yaitu di mana salah satu pihak melaksanakan kewajibannya, sedangkan pihak lainnya mengakuinya atau janji untuk memberikan ganti rugi apabila terjadi pelanggaran terhadap isi kontrak. Ada dua pihak yang terikat dalam koritrak ini, yaitu:

⁶¹ Pasal 2 ayat (1) *Restatement*, yang berbunyi: *“A promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty”.*

1. *promisor*; dan
2. *promisee*.

Promisor, yaitu orang yang melaksanakan atau menyampaikan atau menawarkan kehendak atau niatnya⁶², sedangkan *promisee*, yaitu orang yang ditujukan terhadap kehendak atau niat tersebut.⁶³ Sementara itu, bentuk kontrak yang dibuat oleh para pihak dapat dibedakan menjadi:

1. lisan;
2. tertulis; dan
3. perilaku para pihak.⁶⁴

Sementara itu, David J. Mack menyajikan pengertian kontrak. A *contract is*:

“An agreement between two or more parties that creates an obligation on all parties to perform (or not perform) a particular action or set of related actions”.⁶⁵

Kontrak dalam definisi ini dikonstruksikan sebagai sebuah persetujuan antara dua pihak atau lebih untuk menciptakan kewajiban hukum semua pihak, yaitu untuk melakukan (atau tidak melakukan) tindakan tertentu atau serangkaian tindakan terkait. Unsur-unsur kontrak dalam definisi ini, meliputi:

1. adanya persetujuan;
2. adanya para pihak atau subjek hukum;
3. adanya kewajiban hukum dan semua pihak; dan

⁶² Pasal 2 ayat (2) Restatement, yang berbunyi: *“The person manifesting the intention is the promisor”*

⁶³ Pasal 2 ayat (3) Restatement, yang berbunyi: *“The person to whom the manifestation is addressed is the promisee”*

⁶⁴ Pasal 4 Restatement, yang berbunyi: *“A promise may be stated in words either oral or written, or may be inferred wholly or partly from conduct.”*

⁶⁵ David J. Mack, *“Basics of U.S. Contract Law”*, Oktober 2011, H. 3.

4. melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu.

Dari uraian di atas, dapat dikemukakan pengertian teori kontrak. Teori kontrak merupakan:

“Teori yang mengkaji dan menganalisis tentang hubungan atau persetujuan yang dibuat antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum yang lain, di mana subjek hukum yang satu berkewajiban untuk melakukan sesuatu, sedangkan pihak yang lain berhak atas sesuatu.”

Objek kajian teori kontrak, yaitu:

1. hubungan hukum para pihak;
2. adanya subjek hukum; dan
3. adanya hak dan kewajiban.

Hubungan hukum atau disebut juga *legal relationship* (Inggris) atau *rechtsverhouding* (Belanda), yaitu keadaan yang berhubungan atau bersangkutan paut atau ikatan yang berkaitan dengan hukum. Yang pada gilirannya, menimbulkan akibat hukum, yaitu timbulnya hak dan kewajiban. Subjek hukum, yaitu pendukung hak dan kewajiban. Hak atau disebut *right* (Inggris) atau *rechts* (Belanda) dikonsepsikan sebagai kewenangan atau kekuasaan dari para pihak untuk melakukan sesuatu, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu karena telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan. Kewajiban atau disebut juga dengan *duty* atau *obligation* (Inggris) atau *responsibility verplichting* (Belanda) dikonsepsikan sebagai sesuatu yang harus dilaksanakan oleh para pihak.

a. Teori-teori yang Menganalisis tentang Kontrak

Teori yang menganalisis tentang kontrak dapat digolongkan menjadi lima teori, yang meliputi (1) teori momentum terjadinya kontrak,

(2) *theories of contractual obligation* atau teori kontrak yang berkaitan dengan kewajiban para pihak, (3) teori kontrak objektif dan subjektif, (4) teori kontrak otonom. Kelima teori itu, disajikan berikut ini:

1. Teori Momentum Terjadinya Kontrak

Theory momentum the occurrence of contract atau disebut juga teori momentum terjadinya kontrak merupakan teori yang menganalisis dan mengkaji tentang saat terjadinya kontrak yang dibuat oleh para pihak. Di dalam berbagai literatur disebutkan empat teori yang membahas tentang momentum terjadinya kontrak, yang meliputi:

- a. teori pernyataan (*uitingstheorie*) berpendapat bahwa kesepakatan (*toesteming*) terjadi pada saat pihak yang menerima penawaran itu menyatakan bahwa ia menerima penawaran itu. Jadi, dilihat dari pihak yang menerima, yaitu pada saat baru menjatuhkan ballpoint untuk menyatakan menerima, kesepakatan sudah terjadi. Kelemahan teori ini, adalah sangat teoretis karena dianggap terjadinya kesepakatan secara otomatis;
- b. teori pengiriman (*verzendingstheorie*) berpendapat bahwa kesepakatan terjadi apabila pihak yang menerima penawaran mengirimkan telegram. Kritik terhadap teori ini, bagaimana hal itu bisa diketahui. Bisa saja, walau sudah dikirim tetapi tidak diketahui oleh pihak yang menawarkan. Teori ini juga sangat teoretis, dianggap terjadinya kesepakatan secara otomatis;

- c. teori pengetahuan (*vernemingstheorie*) berpendapat bahwa kesepakatan terjadi apabila pihak yang menawarkan itu mengetahui adanya *acceptatie* (penerimaan), tetapi penerimaan itu belum diterimanya (tidak diketahui secara langsung). Kritik terhadap teori ini, bagaimana ia mengetahuinya isi penerimaan itu apabila ia belum menerimanya; dan
- d. teori penerimaan (*ontvangstheorie*) berpendapat bahwa *toesteming* terjadi pada saat pihak yang menawarkan menerima langsung jawaban dan pihak lawan.⁶⁶

Di samping teori itu, dikenal juga teori kontrak yang berkaitan dengan ketidaksesuaian antara kehendak dan pernyataan. Ada tiga teori yang menganalisis tentang hal itu, yang meliputi teori kehendak (*wilstheorie*), teori pernyataan (*verklaringstheorie*), dan teori kepercayaan (*vertiouwweustheorie*).⁶⁷

Menurut teori kehendak (*wilstheorie*) bahwa perjanjian itu terjadi apabila ada persesuaian antara kehendak dan pernyataan. Apabila terjadi ketidakwajaran, kehendaklah yang menyebabkan terjadinya perjanjian. Kelemahan teori ini menimbulkan kesulitan apabila tidak ada persesuaian antara kehendak dan pernyataan.

⁶⁶ Vollmar, H.f.A, Pengantar Studi Hukum Perdata Jilid Ii. Diterjemahkan oleh I.S. Adiwimarta, (Jakarta: Rajawali Pers), 1984, H.147-148; Sri Soedewi masjhoen Sofwan, *Hukum Perdata*, (Yogyakarta: Liberty), 1981, H.20-21; Sudikno Mertokusumo, “*Rangkuman Kuliah hukum Perdata*” Fakultas Pascasarjana, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 1987, H. 15.

⁶⁷Van dunne dan Van der burght, “Penyalahgunaan Keadaan”, diterjemahkan Prof. Dr. Sudikno Mertokusumo. Dewan kerja Sama Ilmu Hukum Belanda dengan Indonesia Proyek Hukum Perdata, yogyakarta, Januari 1987, H. 108-109.

Menurut teori pernyataan (*verklaringtheorie*), kehendak merupakan proses bathiniah yang tidak diketahui orang lain. Akan tetapi, yang menyebabkan terjadinya perjanjian adalah pernyataan. Jika terjadi perbedaan antara kehendak dan pernyataan maka perjanjian tetap terjadi. Dalam praktiknya teori ini menimbulkan kesulitan-kesulitan, seperti contoh bahwa apa yang dinyatakan berbeda dengan yang dikehendaki. Misalnya A menyatakan Rp500.000-, tetapi yang dikehendaki Rp50.000. Menurut Teori kepercayaan (*vertrouwenstheorie*), berpendapat bahwa tidak setiap pernyataan menimbulkan perjanjian, tetapi pernyataan yang menimbulkan kepercayaan saja yang menimbulkan perjanjian. Kepercayaan dalam arti bahwa pernyataan itu benar-benar dikehendaki. Kelemahan teori ini bahwa kepercayaan itu sulit dinilai.

1. *Theories of Contractual Obligation* atau Teori Kontrak yang Berkaitan dengan Kewajiban Para Pihak

Theories of contractual obligation merupakan teori yang mengkaji dan menganalisis tentang pelaksanaan hak dan kewajiban kontraktual para pihak. Randy E. Barnett mengemukakan tiga kelompok teori yang berkaitan dengan hak dan kewajiban para pihak. Ketiga kelompok itu, meliputi:

- a. *party-based theories*;
- b. *standards-based theories*; and

c. *process-based theories*.⁶⁸

Party-based theories merupakan teori yang didasarkan pada perlindungan hukum para pihak yang melaksanakan hak dan kewajiban. Teori ini dibagi menjadi dua macam, yang meliputi:

- a. *will theorie*; and
- b. *reliance theorie*.

Will theories (teori kehendak) berpendapat bahwa pernyataan dapat diberlakukan atau dilaksanakan karena *promisor* menghendaki atau memilih untuk terikat pada pernyataannya. Menurut pandangan klasik, hukum kontrak memberikan ekspresi dan melindungi kehendak para pihak. Kehendak adalah sesuatu yang layak dihormati. Teori ini difokuskan pada kehendak dan para pihak.

Reliance theories atau teori ketergantungan merupakan teori yang menjelaskan kewajiban kontraktual para pihak sebagai upaya untuk melindungi ketergantungan dan *promisee* (orang yang ditujukan terhadap kehendak atau niat tersebut) pada pihak lainnya.

Standards-based theories merupakan teori yang mengevaluasi atau menilai substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak, apakah sesuai dengan standar penilaian. Standar utama untuk melakukan penilaian, yaitu pada efisiensi ekonomi dan keadilan substantif. Teori ini dibagi dua macam, yaitu:

- a. *efficiency theories*; and

⁶⁸ Randy E. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, Columbia Law Review March, 1986, H. 1-2.

b. *substantive fairness theories*.

Efficiency theories atau teori efisiensi dipandang sebagai upaya untuk memaksimalkan beberapa konsep antara kekayaan sosial atau kesejahteraan. Istilah efisiensi merujuk pada hubungan antara kemanfaatan dan biaya secara keseluruhan. Kata efisiensi sesuai dengan ukuran kue. Menurut pandangan ini, peraturan dan praktik hukum yang dinilai untuk melihat apakah mereka akan mengembangkan kontrak sesuai dengan ukuran kue tersebut. *Substantive fairness theories* atau teori keadilan substantif merupakan teori yang menganalisis dan mengkaji atau mengevaluasi standar nilai pada substansi kontrak secara objektif, apakah kontrak tersebut sudah adil atau tidak.

Process-based theories difokuskan pada prosedur atau proses di dalam penyusunan dan substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak, serta menilai, apakah hak dan kewajiban yang dibuat oleh para pihak telah sesuai dengan prosedur yang ada. Teori yang menganalisis tentang hal itu, yaitu *the bargain theory of consideration*. *The bargain theory of consideration* merupakan teori yang menganalisis tentang proses tawar-menawar dalam kaitannya dengan objek perjanjian (konsiderasi atau prestasi). Teori ini dikembangkan oleh Holmes dan Langdell.

2. Teori Kontrak Subjektif dan Objektif

Subjective theory of contract atau teori kontrak subjektif merupakan teori yang berkembang pada abad ke-19. Teori ini dikembangkan dalam sistem hukum Prancis. Wayne Barnes mengemukakan bahwa:

“The subjective theory, which is said to be represented by the French Legal System “is concerned with the actual meeting of the minds or literal intentions of the parties. Both parties had to actually assent to an agreement for there to be a contract and external manifestations of assent are taken merely as evidence of the actual intent of the contracting parties. Proponents of this theory only wish to bind those who clearly and subjectively intended to be bound and accordingly promote the freedom of contract above all other principles. They repose on the contention that individuals need not be compelled to perform an obligation to which they haven’t given their consent”.⁶⁹

Subjective theory of contract difokuskan pada bertemunya kehendak atau keinginan para pihak. Para pihak harus benar-benar untuk menyetujui kesepakatan yang telah dibuat antara keduanya. Teori kontrak ini hanya mengikat orang-orang yang telah ditentukan secara jelas dan subjeknya bertujuan mengikatkan dirinya dengan pihak lainnya. Dengan demikian, kebebasan para pihak di atas segala-galanya.

Wayne Barnes mengemukakan tentang pengertian dan fokus teori kontrak objektif. Ia mengemukakan bahwa:

“The central premise to the objective theory of contracts is that contractual assent is determined by analyzing external evidence, and evidence of subjective, internal intention is therefore unimportant. That is, contract formation is concerned with communication, not cognition. Thus, modern objective theory provides that “objective manifestations of intent of [a] party should generally be viewed from the vantage point of a reasonable person in the position of the other party such as principles of fairness and protection of reliance, freedom of contract, and personal autonomy”.⁷⁰

Dalam konstruksi ini, premis utama teori kontrak objektif, yaitu pada mengikatnya kontrak ditentukan dengan menganalisis dan mengkaji

⁶⁹ Hussein Ahmed tura, “Interpretation of Contracts Under Ethiopian Civil Code: Subjective or Objective Method?”, AAU Student Law Review Vol. 2 No. 1 July 2011, H. 74-75.

⁷⁰ Wayne barnes, “The French Subjective Theory of Contract: Separating Rhetoric From Reality”, Majalah *French Subjective theory of Contracts*, Vol. 1, 2008, H. 1.

dari bukti-bukti atau petunjuk yang bersifat eksternal dan bukti-bukti subjektif.

3. Teori Kontrak Otonom

Autonomy of Contract Theory difokuskan pada pendekatan keadilan para pihak dalam suatu sengketa yang berkaitan dengan kontrak. Menurut Andrew S. Gold sebagaimana dikutip oleh H. Salim, & Erlies Septiana Nurbani, teori ini terdiri dari:

a. Promissory theories

Merupakan teori yang menjelaskan tentang mengikatnya kontrak karena adanya persetujuan para pihak. Persetujuan yang merupakan hal dasar dalam melaksanakan hak dan kewajiban para pihak.

b. Reliance theories

Merupakan teori yang difokuskan pada kepentingan promisee yaitu orang yang menerima tawaran dari penawar. Dalam teori ini penawar meminta kepada promisee untuk melaksanakan kewajiban kontraktualnya.

c. Transfer theories

Merupakan teori yang menganalisis tentang pelaksanaan kontrak, karena promisee telah memperoleh hak-hak dari penawar, yang berarti bahwa promisee harus memindahkan atau melaksanakan kewajiban kontraktualnya. Autonomy of Contract Theory didalam penelitian ini digunakan untuk menjawab permasalahan dalam rumusan masalah

pertama yaitu tentang penyelesaian sengketa kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah apabila terjadi wanprestasi.

D. Landasan Teori

1. Teori Keadilan

a. Pengertian Teori Keadilan

Masalah keadilan, bukanlah masalah yang baru dibicarakan para ahli, namun pembicaraan tentang keadilan telah dimulai sejak Aristoteles sampai dengan saat ini. Bahkan, setiap ahli mempunyai pandangan yang berbeda tentang esensi keadilan. Teori yang mengkaji dan menganalisis tentang keadilan dan sejak Aristoteles sampai saat ini, disebut dengan teori keadilan. Teori keadilan yang dalam bahasa Inggris disebut dengan *theory of justice*, sedangkan dalam bahasa Belandanya disebut dengan *theorie van rechtvaardigheid* terdiri dari dua kata, yaitu:

1. Teori;
2. Keadilan.

Kata keadilan berasal dari kata adil. Dalam bahasa Inggris, disebut “justice”, bahasa Belanda disebut dengan “*rechtvaardig*”. Adil diartikan dapat diterima secara objektif)⁷¹ Keadilan dimaknakan dengan sifat (perbuatan, perlakuan) yang adil.⁷² Ada tiga pengertian adil, yaitu :

1. Tidak berat sebelah atau tidak memihak;
2. Berpihak pada kebenaran;

⁷¹ Algra, dkk. 1983. *Mula Hukum*. Binacipta. Jakarta. h. 7.

⁷² Departemen Pendidikan dan Kebudayaan. 1989. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Balai Pustaka. Jakarta. h. 6-7.

3. Sepatutnya atau tidak sewenang-wenang.

Pengertian tentang keadilan dikemukakan oleh Jhon Stuart Mill dan Notonegoro. Jhon Stuart Mill menyajikan pendapatnya tentang pengertian keadilan. Keadilan adalah:

“Nama bagi kelas-kelas aturan moral tertentu yang menyoroti kesejahteraan manusia lebih dekat daripada dan karenanya menjadi kewajiban yang lebih absolute-aturan penuntun hidup apa pun yang lain. Keadilan juga merupakan konsepsi di mana kita menemukan salah satu esensinya, yaitu hak yang diberikan kepada individu-mengamplikasikan dan memberikan kesaksian mengenai kewajiban yang lebih mengikat”⁷³

Ada dua hal yang menjadi fokus keadilan yang dikemukakan oleh Jhon Stuart Mill, yang meliputi:

1. Eksistensi keadilan; dan
2. Esensi keadilan.

Menurut Jhon Stuart Mill bahwa eksistensi keadilan merupakan aturan moral, Moral adalah berbicara tentang baik dan buruk. Aturan moral ini harus difokuskan untuk kesejahteraan manusia. Sementara itu, yang menjadi esensi atau hakekat keadilan adalah merupakan hak yang diberikan kepada individu untuk melaksanakannya. Notonegoro menyajikan tentang konsep keadilan. Keadilan adalah:

“Kemampuan untuk memberikan kepada diri sendiri dan orang lain apa yang semestinya, apa yang telah menjadi haknya. Hubungan antara manusia yang terlibat di dalam penyelenggaraan keadilan

⁷³ Karen Lebacqz. 2011. *Six Theories of Justice (Teori-teori Keadilan)*. Penerjemahan Yudi Santoso. Nusa Media. Bandung. h. 23.

terbentuk dalam pola yang disebut hubungan keadilan segitiga, yang meliputi keadilan distributif (*distributive justice*), keadilan bertaat atau legal (*legal justice*), dan keadilan komutatif (*komutative justice*).⁷⁴

Definisi di atas, hanya menganalisis pengertian keadilan, tidak menyajikan tentang konsep teori keadilan (*a theory of justice*). Untuk itu, perlu disajikan pengertian teori keadilan. Teori keadilan merupakan:

“Teori yang mengkaji dan menganalisis tentang ketidakberpihakan, kebenaran atau ketidak sewenang-wenangan dari institusi atau individu terhadap masyarakat atau individu yang lainnya”.

Fokus teori ini pada keadilan yang terjadi dalam masyarakat, bangsa dan negara. Keadilan yang hakiki adalah keadilan yang terdapat dalam masyarakat. Dalam realitasnya, yang banyak mendapat ketidakadilan adalah kelompok masyarakat itu sendiri. Sering kali, institusi, khususnya institusi pemerintah selalu melindungi kelompok ekonomi kuat, sedangkan masyarakat sendiri tidak pernah dibelanya.

b. Jenis-jenis Keadilan

Aristoteles membagi keadilan menjadi dua macam, yaitu:

1. keadilan dalam arti umum;
2. keadilan dalam arti khusus.⁷⁵

Keadilan dalam arti umum adalah keadilan yang berlaku bagi semua orang. Tidak membeda-bedakan antara orang yang satu dengan yang lainnya. *Justice for all*. Keadilan dalam arti khusus merupakan

⁷⁴ Notonegoro. 1971. *Pancasila Secara Ilmiah Populer*. Pancoran Tujuh Bina Aksara. Jakarta. h. 98.

⁷⁵ Hans Kelsen. 2000. *Dasar-dasar Hukum Normatif*. Nusa Media. Bandung. h. 146.

keadilan yang berlaku hanya ditujukan pada orang tertentu saja (khusus).

Aristoteles mengemukakan dua konsep keadilan, yaitu menurut:

1. Hukum;
2. Kesetaraan.

Istilah tidak adil dipakai, baik bagi orang yang melanggar hukum maupun orang yang menerima lebih dari haknya, yaitu orang yang berlaku tidak jujur. Orang yang taat pada hukum dan orang yang jujur keduanya pasti adil. Sehingga yang adil berarti mereka yang benar menurut hukum dan mereka yang berlaku jujur. Yang tidak adil berarti mereka yang melanggar hukum atau mereka yang berlaku tidak jujur. Yang benar menurut hukum memiliki makna yang luas, dan kesetaraan memiliki makna yang sempit. Di samping itu, Aristoteles juga membagi keadilan menjadi dua macam, yaitu:

1. Keadilan distributif;
2. Keadilan korektif.⁷⁶

Keadilan distributif dijalankan dalam distribusi kehormatan, kemakmuran, dan aset-aset lain yang dapat dibagi dan komunitas yang bisa dialokasikan diantara para anggotanya secara merata atau tidak merata oleh legislator. Prinsip keadilan distributif adalah kesetaraan yang proporsional (seimbang). Keadilan korektif merupakan keadilan yang menyediakan prinsip korektif dalam transaksi privat. Keadilan korektif

⁷⁶ *Ibid.* h. 146-148.

dijalankan oleh hakim dalam menyelesaikan perselisihan dan memberikan hukuman terhadap para pelaku kejahatan.

Josef Pieper⁷⁷ membagi keadilan menjadi empat macam, yang meliputi:

1. *iustitia commutative*;
2. *iustitia distributive*;
3. *iustitia legalis* atau *generalis*;
4. *iustitia protectiva* (*ciong*).

Iustitia commutativa, yang mengatur hubungan seseorang demi seseorang. *Iustitia distributiva* yang mengatur hubungan masyarakat dengan manusia seseorang. *Iustitia legalis* atau *generous*, yang mengatur hubungan perseorangan dengan keseluruhan masyarakat. *Iustitia protectiva* (*ciong*), yaitu keadilan yang memberikan kepada masing-masing pengayoman (perlindungan) kepada manusia pribadi.

Pembagian keadilan yang disajikan oleh Josef Pieper merupakan pengembangan dari pandangan yang dikemukakan oleh Aristoteles. Namun, Josef Pieper hanya menambah satu jenis keadilan, yaitu *Iustitia protectiva* (*ciong*).

St. Thomas Aquinas⁷⁸ membagi keadilan, khususnya keadilan ekonomi ke dalam tiga jenis, yang meliputi :

1. *commutative justice*;
2. *distributive justice*; dan

⁷⁷ Notohamidjojo. 1975. *Demi Keadilan dan Kemanusiaan*. BPK Gunung Mulia. Salatiga. h. 29.

⁷⁸ Erman Rajagukguk. *Filsafat Hukum Ekonomi*. Bahan Kuliah. Tt. Jakarta. h. 10.

3. *social justice*.

Commutative justice adalah berkaitan dengan beroperasinya ekonomi pasar, yaitu penghormatan terhadap kontrak dan hak milik pribadi. Individu mempunyai kepentingan yang alamiah, asal tidak melukai orang lain. *Distributive justice* adalah penting untuk berfungsinya ekonomi. Hal ini berkenaan dengan pertanyaan bagaimana membagikan keuntungan kegiatan ekonomi. Bagaimana membagi “kue ekonomi”, adalah penting untuk alasan kegiatan ekonomi. *Social justice* berkenaan dengan kebutuhan ekonomi untuk mempunyai *structures* dan *institutions*, jika hubungan ekonomi tidak baik akan berakibat kurangnya produktivitas.

Plato⁷⁹ mengemukakan tentang esensi keadilan yang dikaitkan dengan kemanfaatan. Ia mengemukakan bahwa:

“Keadilan mempunyai hubungan yang baik dan adil ditentukan oleh pernyataan bahwa yang belakangan menjadi bermanfaat dan berguna hanya apabila sebelumnya dimanfaatkan; yang menyatakan bahwa gagasan tentang keadilan menghasilkan satu-satunya nilai dan gagasan tentang kebaikan”.⁸⁰

Konsep keadilan yang dikemukakan oleh Plato erat kaitannya dengan kemanfaatan. Sesuatu bermanfaat apabila sesuai dengan kebaikan. Kebaikan merupakan substansi keadilan.

⁷⁹ *Ibid.* h. 12.

⁸⁰ Hans Kelsen. *Op. Cit.* h. 117.

Jhon Stuart Mill⁸¹ menyajikan tentang teori keadilan. Ia mengemukakan bahwa:

“Tidak ada teori keadilan yang bisa dipisahkan dan tuntutan kemanfaatan. Keadilan adalah istilah yang diberikan kepada aturan-aturan yang melindungi klaim-klaim yang dianggap esensial bagi kesejahteraan masyarakat, klaim-klaim untuk memegang janji diperlakukan dengan setara, dan sebagainya”.

Jhon Stuart Mill memokuskan konsep keadilan pada perlindungan terhadap klaim-klaim. Tujuan dari klaim itu, yaitu untuk meningkatkan kesejahteraan dan memegang janji secara setara. Secara setara diartikan bahwa kedudukan orang adalah sejajar (sama tingginya), sama kedudukannya atau kedudukannya seimbang. Pandangan Jhon Stuart Mill dipengaruhi oleh pandangan utilitarianisme yang dikemukakan Jeremy Bentham. Hans Kelsen menyajikan tentang esensi keadilan. Keadilan adalah:

“Sebuah kualitas yang mungkin, tetapi bukan harus, dari sebuah tatanan sosial yang menuntun terciptanya hubungan timbal balik di antara sesama manusia, Baru setelah itu ia merupakan sebuah bentuk kebaikan manusia, karena memang manusia itu adil bilamana perilakunya sesuai dengan norma-norma tatanan sosial yang seharusnya memang adil. Maksud tatanan sosial yang adil adalah bahwa peraturan itu menuntun perilaku manusia dalam menciptakan kondisi yang memuaskan bagi semua

⁸¹ Karen Lebacqz. 2011. *Teori-teori Keadilan*. Nusa Media. Bandung. h. 23.

manusia dengan kata lain bahwa supaya semua orang bisa merasa bahagia dalam peraturan tersebut”.⁸²

Esensi keadilan menurut Hans Kelsen adalah sesuai dengan norma- norma yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Norma- norma yang hidup dan berkembang dalam masyarakat, tidak hanya norma hukum, tetapi juga norma yang lainnya, seperti norma agama, kesusilaan, dan lainnya. Tujuan dari norma yang dibuat tersebut adalah mencapai kebahagiaan. Kebahagiaan dalam konsep ini bukan hanya kebahagiaan individual, tetapi kebahagiaan bagi semua manusia atau orang.

H.L.A Hart mengemukakan tentang prinsip-prinsip keadilan, Ia mengemukakan bahwa:

“Dalam berbagai penerapan konsep keadilan bahwa para individu dihadapan yang lainnya berhak atas kedudukan relatif berupa kesetaraan atau ketidaksetaraan tertentu. Ini merupakan sesuatu yang harus dipertimbangkan dalam ketidakpastian kehidupan sosial ketika beban atau manfaat hendak dipulihkan ketika terganggu. Dari situlah menurut tradisi keadilan dipandang sebagai pemeliharaan atau pemulihan keseimbangan (*balance*) atau jatah bagian (*proportion*) dan kaidah pokoknya sering dirumuskan sebagai perlakuan hal yang serupa dan tidak

⁸² Hans Kelsen. *Op. Cit.* h. 118.

serupa, kendatipun demikian kita perlu menambahkan padanya dan perlakukan hal-hal yang berbeda dengan cara yang berbeda”.⁸³

Prinsip keadilan menurut Hart adalah bahwa individu mempunyai kedudukan yang setara antara satu dengan lainnya. Pengembang lain teori keadilan adalah John Rawls. John Rawls menyajikan tentang konsep keadilan sosial. Keadilan sosial merupakan:

“Subjek utama keadilan sosial adalah struktur masyarakat, atau lebih tepatnya, cara lembaga-lembaga sosial utama mendistribusikan hak dan kewajiban fundamental serta menentukan pembagian keuntungan dan kerja sama sosial”.⁸⁴

Lebih lanjut John Rawls menegaskan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu:

Pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang.

Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung.

Dengan demikian, prinsip perbedaan menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek

⁸³ H.L.A Hart. 2010. *The Concept of Law (Konsep Hukum)*. diterjemahkan oleh M. Khosim. Nusa Media. Bandung. h. 246.

⁸⁴ John Rawls. 2006. *A Theory Of Justice Teori Keadilan*. Pustakan Pelajar. Yogyakarta. h. 26.

mendapat kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal, yang meliputi:

Pertama, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. *Kedua*, setiap aturan harus memosisikan diri.

Masing-masing pandangan di atas, berbeda fokus kajiannya tentang keadilan. Plato memandang keadilan dari kemanfaatan. Aristoteles memandang keadilan dari kesetaraan. Sedangkan John Rawls, memandang keadilan dari keadilan sosial.

Keadilan sebagai *fairness* atau istilah *Black's Law Dictionary* "*equal time doctrine*" mengemukakan bahwa keadilan adalah suatu keadaan yang dapat diterima akal secara umum pada waktu tertentu tentang apa yang benar. Keadilan menurut Rawls ini disebut dengan istilah *fairness* adalah karena dalam membangun teorinya Rawls berangkat dari suatu posisi hipotetis di mana ketika setiap individu memasuki kontrak sosial itu mempunyai kebebasan (*liberty*).⁸⁵ Posisi hipotetis itu disebut dengan Posisi asli (*original position*). Posisi asli itu adalah suatu *status quo* awal yang menegaskan bahwa kesepakatan fundamental yang dicapai dalam kontrak sosial adalah adil (*fair*). Berdasarkan fakta adanya posisi asli (*original position*) ini kemudian

⁸⁵ Charles Himawan. 2003. *Hukum Sebagai Panglima*. Buku Kompas. Jakarta. h.18.

melahirkan istilah keadilan sebagai *fairness*". Ditegaskan oleh Rawls bahwa sekalipun dalam teori ini menggunakan istilah *fairness* namun tidak berarti bahwa konsep keadilan dan *fairness* adalah sama. Salah satu bentuk keadilan sebagai *fairness* adalah memandang bahwa posisi setiap orang dalam situasi awal ketika memasuki sebagai kesepakatan dalam kontrak sosial itu adalah rasional dan sama-sama netral. Dengan demikian, keadilan sebagai *fairness* disebut juga dengan teori kontrak.

Rawls menguraikan teori keadilan sebagai *fairness* itu artinya, gagasan utama dari keadilan sebagai *fairness* adalah suatu teori tentang keadilan yang menggeneralisasi dan membawa ke suatu abstraksi yang lebih tinggi. Konsep tradisional kontrak social artinya, bahwa pokok utama keadilan adalah struktur dasar dari masyarakat itu, lebih tepatnya, cara bagaimanakah lembaga-lembaga utama masyarakat mengatur hak-hak dan kewajiban dasar serta bagaimanakah menentukan pembagian kesejahteraan dari suatu kerjasama sosial. Sebab "*its effects are so profound and present from the start*". Artinya bahwa akibatnya sangat ekstrim dan kehadirannya dari awal, karena sebagai titik tolak. Konkritnya, pengaruh dari "*the basic structure of society*" (struktur dasar masyarakat) itu sangat besar untuk dapat menentukan bagaimana keadilan.⁸⁶

Dijelaskan Lebih lanjut oleh Rawls, bahwa suatu kelembagaan dalam masyarakat dapat dimengerti dalam suatu cara yaitu, pertama,

⁸⁶ John Rawls. 1995. *A Theory Of Justice*. Penerjemah: Uzair Fauzan dan Heru Prasetio. *Teori Keadilan*. Howard University Press. Cembridge. Messaahussets. Pustaka Pelajar. Yogyakarta. h. 73-74.

sebagai suatu hal yang abstrak yaitu suatu bentuk perilaku yang diwujudkan dalam satu sistem hukum; dan kedua, realisasi dalam pikiran dan perbuatan dari orang-orang tertentu pada waktu dan tempat tertentu atas rumusan bentuk perilaku (perbuatan) yang telah diatur dalam aturan.

Dengan kata lain. Rawls menyimpulkan bahwa “*the basic structure of society*” itu adalah suatu “*public system of rules*” yang dapat dilihat dalam dua bentuk “*system of knowledge*” (*or set of public norms*) dan *as a “system of action” (or set of institutions)*. Oleh karena itu dapat didalilkan, bila “*the basic structure of the society*” adalah terdiri dari sistem kelembagaan yang adil (*a just system of institution*) dan ketetapan politik yang adil (*a just system political constitution*) maka *justice as a fairness* akan dapat dicapai.

Kehadiran moral dalam hukum dilambangkan dengan keadilan.

Mark Tebbit menggambarkannya sebagai berikut:

The concept of justice not only the most prominent theoretical concept in philosophy of law, equalled in importance only by that of law it self, it is also so regular a feature of common discourse about public life that virtually ever, body has an immediate intuitive understanding of it.

(konsep keadilan bukan hanya paling pada teori dan konsep falsafah hukum, keadilan sama pentingnya dengan hukum itu sendiri, ini merupakan pembicaraan umum tentang bagaimana melaksanakan kehidupan dimana setiap orang memiliki intuisi untuk memahaminya).

Sejalan dengan hal di atas, Rawls juga menyarankan agar istilah keadilan formal diganti dengan istilah “keadilan sebagai keteraturan (*justice as regularity*)”. istilah ini dianggap lebih tepat dibanding

keadilan formal (*formal justice*).⁸⁷ Rawls melanjutkan bahwa keadilan formal dapat meningkat menjadi keadilan substansi (materil). Bila keadilan formal itu adalah suatu hal yang hanya semata-mata patuh pada sistem perundang-undangan, maka hal itu baru satu aspek saja dan *rule of law*, satu konsep yang akan mendukung dan menjamin harapan yang sah (*legitimate expectation*) dari masyarakat akan keadilan.⁸⁸

Rawls salah satu pendukung keadilan formal. Konsistensinya dalam menempatkan hukum sebagai basis pelaksanaan hak dan kewajiban individu dalam interaksi sosial bisa menjadi sinyal untuk ini. Rawls percaya bahwa keadilan yang berbasiskan peraturan, bahkan yang sifatnya administratif formal sekalipun tetaplah penting karena pada dasarnya ia memberikan suatu jaminan minimum bahwa setiap orang dalam kasus yang sama harus diperlakukan secara sama. Singkatnya keadilan formal menuntut kesamaan minimum bagi segenap masyarakat.

Rawls juga percaya bahwa eksistensi suatu masyarakat sangat tergantung pada pengaturan formal melalui hukum serta lembaga-lembaga pendukungnya. Apabila peraturan dan hukum itu sangat penting, maka konsistensi dari para penegak hukum dalam pelaksanaan peraturan dan hukum yang tidak adil sekalipun akan sangat membantu warga masyarakat untuk belajar melindungi diri sendiri dan pelbagai konsekuensi buruk yang diakibatkan oleh hukum yang tidak adil. Menurut Rawls, walaupun diperlukan, keadilan formal tidak bisa

⁸⁷ *Ibid.* h. 76.

⁸⁸ *Ibid.*

seungguhnya dapat mendorong terciptanya suatu masyarakat yang tertata baik (*well ordered society*). Rawls percaya bahwa suatu konsep keadilan yang hanya dapat diterima secara umum, sedangkan keadilan formal cenderung dipaksakan secara sepihak oleh penguasa. Oleh karena itu, betapapun pentingnya keadilan formal, Rawls tidak ingin berhenti pada taraf ini. Rawls menyeberangi formalisme ini dengan merumuskan sebuah teori keadilan yang lebih memberi tempat kepada kepentingan semua pihak yang terjangkau kebijakan publik tertentu. Untuk itu Rawls percaya bahwa sebuah teori keadilan yang baik adalah teori keadilan yang bersifat kontrak yang menjamin kepentingan semua pihak secara fair.

Dengan demikian, seluruh gagasan Rawls mengenai keadilan serta pelbagai implikasinya dalam penataan sosial politik dan ekonomi harus ditempatkan dan dimengerti dalam perspektif kontrak. Patut diakui bahwa pendekatan kontrak terhadap konsep keadilan yang dikembangkan oleh Rawls sebenarnya bukanlah sesuatu yang sama sekali baru, keadilan yang bersifat kontrak ini sudah lama dikembangkan oleh banyak pendahulu Rawls.

Menurut Rawls sebagaimana dikutip oleh Amstrong Sembiring,⁸⁹ adalah tidak adil mengorbankan hak dari satu atau beberapa orang hanya demi keuntungan ekonomis yang lebih besar bagi masyarakat secara keseluruhan. Sikap ini justru bertentangan dengan keadilan sebagai

⁸⁹ Amstrong Sembiring, 2009. *Energi Keadilan*. Masyita Pustaka Jaya. Medan. h. 32.

fairness yang menuntut prinsip kebebasan yang sama sebagai basis yang melandasi pengaturan kesejahteraan sosial. Oleh karenanya pertimbangan ekonomis tidak boleh bertentangan dengan prinsip kebebasan dan hak yang sama bagi semua orang. Dengan kata lain, keputusan sosial yang mempunyai akibat bagi semua anggota masyarakat harus dibuat atas dasar hak (*right based weight*) daripada atas dasar manfaat (*good-based weight*). Hanya dengan itu keadilan sebagai *fairness* dapat dinikmati semua orang.

Dengan mengambil pelajaran dari kegagalan teori-teori sebelumnya, Rawls⁹⁰ mencoba menawarkan suatu bentuk penyelesaian yang terkait dengan problematika keadilan dengan membangun teori keadilan berbasis kontrak. Menurutnya suatu teori keadilan yang memadai harus dibentuk dengan pendekatan kontrak, dimana azas-azas keadilan yang dipilih bersama benar-benar merupakan hasil kesepakatan bersama dari semua person yang bebas, rasional, dan sederajat. Hanya melalui pendekatan kontrak sebuah teori keadilan mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara adil bagi semua orang. Oleh karenanya dengan tegas Rawls menyatakan, suatu konsep keadilan yang baik haruslah bersifat kontraktual, konsekuensinya setiap konsep keadilan yang tidak berbasis kontraktual harus dikesampingkan demi kepentingan keadilan itu sendiri.⁹¹

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.* h. 43.

Dalam konteks ini Rawls menyebut “*justice as fairness*” yang ditandai adanya prinsip rasionalitas, kebebasan dan kesamaan. Oleh karena itu diperlukan prinsip-prinsip keadilan yang lebih mengutamakan asas hak daripada asas manfaat. Dalam makna leksikal (kamus) *just* berarti juga *fair*. Tetapi ada perbedaan, *just* berarti adil menurut isinya (substansi) atau disebut keadilan substantial (*substantive justice*), sedangkan *fair* berarti adil menurut prosedurnya atau keadilan prosedural (*procedural justice*).

Contohnya: undian yang berjalan *fair* (keadilan prosedural), yang diikuti orang kaya dan orang miskin ternyata dimenangkan orang kaya, maka dari sisi prosedurnya memang telah berjalan *fair*, namun dari sisi hasil dianggap sama sekali tidak adil (*unjust*). *Fairness* berarti keadilan yang didasarkan atas prosedur yang wajar (tidak direayasa atau dimanipulasi). Rawls merumuskan dua prinsip keadilan distributif, sebagai berikut:⁹²

- a) *The greatest equal principle*, bahwa setiap orang harus memiliki hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Ini merupakan hal yang paling mendasar (hak asasi) yang harus dimiliki semua orang. Dengan kata lain, hanya dengan adanya jaminan kebebasan yang sama bagi semua orang maka keadilan akan terwujud (prinsip kesamaan hak). Prinsip *the greatest equal principle*, tidak lain adalah “prinsip kesamaan hak”

⁹² *Ibid.*

merupakan prinsip yang memberikan kesetaraan hak dan tentunya berbanding terbalik dengan beban kewajiban yang dimiliki setiap orang. Prinsip ini merupakan roh dari asas kebebasan berkontrak.

b) Ketidaksamaan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga perlu diperhatikan asas atau prinsip berikut:

1. *The different principle*, dan
2. *The principle of fair equality of opportunity*.

Prinsip pertama di atas memberikan keuntungan terbesar bagi orang-orang yang kurang beruntung, serta memberikan penegasan bahwa dengan kondisi dan kesempatan yang sama, semua posisi dan jabatan harus terbuka bagi semua orang (prinsip perbedaan objektif). Sedangkan prinsip kedua tersebut menjamin terwujudnya proporsionalitas pertukaran hak dan kewajiban para pihak, sehingga secara wajar (objektif) diterima adanya perbedaan pertukaran asalkan memenuhi syarat *good faith and fairness (redelijkheid en billijkheid)*. Dengan demikian, prinsip pertama dan prinsip kedua tidak dapat dipisahkan satu dengan lainnya. Sesuai dengan asas proporsionalitas, keadilan Rawls ini akan terwujud apabila kedua syarat tersebut diterapkan secara komprehensif.

Dengan penekanannya yang begitu kuat pada pentingnya memberi peluang yang sama bagi semua pihak, Rawls berusaha agar keadilan tidak terjebak dalam ekstrem kapitalisme di satu pihak dan sosialisme di lain pihak. Keadilan harus dipahami sebagai *fairness*, dalam

arti bahwa tidak hanya mereka yang memiliki bakat dan kemampuan yang lebih baik saja yang berhak menikmati pelbagai manfaat sosial lebih banyak, tetapi keuntungan tersebut juga harus membuka peluang bagi mereka yang kurang beruntung untuk meningkatkan prospek hidupnya.

Dalam kaitannya dengan hal tersebut, pertanggung jawaban moralitas “kelebihan” dari mereka yang beruntung harus ditempatkan pada “bingkai kepentingan” kelompok mereka yang kurang beruntung. “*The different principle*” tidak menuntut manfaat yang sama (*equal benefits*) bagi semua orang, melainkan manfaat yang sifatnya timbal balik (*reciprocal benefits*), misalnya, seorang pekerja yang terampil tentunya akan lebih dihargai dibandingkan dengan pekerja yang tidak terampil. Di sini keadilan sebagai *fairness* sangat menekankan asas resiprositas, namun bukan berarti sekedar “*simply reciprocity*”, dimana distribusi kekayaan dilakukan tanpa melihat perbedaan-perbedaan objektif di antara anggota masyarakat. Oleh karenanya, agar terjamin suatu aturan main yang objektif maka keadilan yang dapat diterima sebagai *fairness* adalah *pure procedural justice*, artinya keadilan sebagai *fairness* harus berproses sekaligus terefleksi melalui suatu prosedur yang adil untuk menjamin hasil yang adil pula.

Menurut Karen Leback, Rawls memandang keadilan sebagai kesetaraan menyediakan pandangan yang jelas berbeda dari kaum utilitarian. Prinsip-prinsip keadilan diperoleh bukan dengan melakukan

evaluasi kemanfaatan dari tindakan-tindakan, melainkan dari pilihan rasional di dalam kondisi yang adil. Prinsip-prinsip tersebut diletakkan pada struktur dasar masyarakat, bukannya setiap tindakan atau setiap tingkatan dimana keadaan dipersoalkan.⁹³

Selanjutnya dikatakan bahwa Rawls lebih menyoroti tataran makro ketimbang mikro. Menurutnya teori keadilan menawarkan sebuah teori yang kompleks sekaligus ketat. Berbasis pemahaman cemerlang mengenai potensi penggunaan kontrak sosial sebagai basis teori keadilan. Menurutnya yang lebih penting lagi, jika pendekatan dari utilitarian menjadikan individu yang rapuh terhadap tuntutan terbesar orang lain, maka prinsip Rawls jelas melindungi pihak-pihak yang paling kurang beruntung di masyarakat. Tidak ada pertukaran kebebasan atau kesejahteraan mereka dengan kesejahteraan orang lain yang diperbolehkan. Kebebasan-kebebasan dasar harus didistribusikan setara, dan tidak boleh dikorbankan demi pencapaian ekonomi. Jika penghasilan dan status sosial, kekuasaan dari prevelise terdistribusikan dengan tidak setara, maka distribusi tidak setara diperbolehkan hanya jika menjadikan kondisi pihak yang kurang beruntung lebih baik dari kondisi sebelumnya.

Dengan demikian bahwa keadilan sebagai kesetaraan menghasilkan keadilan procedural yang murni, yang di dalamnya tidak ada standar yang dapat memutuskan apa yang adil terpisah dari prosedur itu sendiri. Keadilan diaplikasikan bukan pada hasil keluaran, melainkan

⁹³ Karen Leback. 2005. *Teori-Teori Keadilan. Six Theorias of Justice*. Nusa Media. Bandung. h. 61-62.

kepada sistem, walaupun begitu menurut Rawls prinsip ini bisa diaplikasikan juga pada keadilan sebagai kesetaraan, sebagai sebuah teori bahwa apapun yang dipilih oleh para pihak terkait di posisi awal mereka tidak lain adalah kebijakan yang merupakan hasil dari prosedur putusan. Jika pihak-pihak terkait secara faktual memilih prinsip-prinsip ini mampu memberi keadilan.

Christian Wolff (1679-1754) dalam Hujibers mengemukakan teori keadilan dari perspektif pemahaman terhadap karakter orang adil. Karakter orang adil menurut Wolff adalah orang yang dengan bertindak dari kebaikan hatinya mengejar kebahagiaan dan kesempurnaan. Kebahagiaan dari kesempurnaan tersebut hanya dapat dicapai melalui cinta kasih kepada Allah dan sesama manusia.⁹⁴

Adam Smith⁹⁵ mengemukakan teori keadilan berdasarkan pendekatan ekonomi. Sebagai seorang filosof di bidang ekonomi Smith mempersoalkan keadilan berdasarkan perspektif ketimpangan ekonomi. Menurutnya keadilan adalah terletak pada tidak melakukan tindakan yang merugikan orang lain. Kedua, prinsip berbuat baik sebagai keutamaan positif (*beneficence*) adalah prinsip yang mendorong manusia untuk mengupayakan kebahagiaan orang lain. Ketiga, prinsip kearifan (*prudence*) yakni kewaspadaan kejelian dan kehati-hatian, serta selalu penuh perhatian terhadap konsekuensi-konsekuensi yang paling jauh dari setiap tindakan dengan tujuan untuk menghindari kejahatan yang paling

⁹⁴ Theo Huijbers OSC. 1999. *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*. Yayasan Kanisius. Yogyakarta. h. 76.

⁹⁵ Adam Smith dalam John Rawls. *Op. Cit.* h. 78.

biasa. Prinsip ini merupakan keutamaan moral yang berkaitan dengan tindakan yang tertuju pada diri sendiri.

Konsep keadilan sosial yang secara filosofis tertuang dalam Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945. Dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 ditegaskan bahwa Negara Indonesia terbentuk dalam susunan Negara Republik Indonesia yang berdasarkan “Ketuhanan Yang Maha Esa, kemanusiaan yang adil dan beradab, persatuan Indonesia, dan kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat, kebijaksanaan dalam permusyawaratan/ perwakilan, serta keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Dari paragraf ke-4 Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 tersebut ditemukan kata “adil” dan “keadilan sosial”. Di samping itu, dalam Pembukaan dan Batang Tubuh Undang-Undang Dasar 1945 juga ditemukan kata “perikeadilan” dari “keadilan”. Jika ditelusuri lebih jauh, maka tidak kurang dari 12 kata adil, keadilan, perikeadilan dan keadilan sosial memiliki makna yang sama.

2. Teori Good Governance

Telah dijelaskan pada teori administrasi klasik bahwa administrasi secara dikotomi adalah pembagian atas dua kekuasaan dalam penyelenggaraan pemerintahan, yaitu kekuasaan berkaitan dengan politik dan kekuasaan berkaitan dengan administrasi. Ini dimaksudkan bahwa dalam penyelenggaraan pemerintahan, kekuasaan politik adalah kekuasaan yang menentukan tujuan yang akan dicapai atau yang merumuskan kebijakan, (*policy formulation*) sedangkan kekuasaan administrasi adalah

kekuasaan menjalankan kegiatan dalam mencapai tujuan (*policy executing*). Jika dipahami secara substansial atas “konsep administrasi” dalam uraian-uraian terdahulu (disebutkan “sebagai pengaturan”), berarti dimaksudkan sebagai “Pemerintahan”, apalagi dalam terminologi “*administration*” diartikan “Pemerintahan”.

Teori pemerintahan yang baik adalah dimaksudkan sebagai teori administrasi yang baik. Teori pemerintahan yang baik diterminologi sebagai “*good Governance*” adalah pemerintahan yang bersih (*clean Governance*) dan yang terkelola dengan baik. Pemerintahan yang terkelola dengan baik diterminologikan sebagai “*The Good Governance*” atau diartikan sebagai pengelolaan pemerintahan yang baik.

Mustopadidjaya AR⁹⁶ menyetengahkan bahwa Kepemerintahan yang baik (*Good Governance*) merupakan isu yang paling mengemuka dalam pengelolaan administrasi public dewasa ini. Tuntutan gencar yang dilakukan masyarakat kepada pemerintah untuk melaksanakan penyelenggaraan pemerintahan yang baik adalah sejalan dengan meningkatnya tingkat pengetahuan masyarakat, di samping adanya pengaruh globalisasi. Pola-pola lama penyelenggaraan pemerintah tidak sesuai lagi dengan tatanan masyarakat yang telah berubah. Oleh karena itu, tuntutan itu merupakan hal yang wajar dan sudah seharusnya direspons oleh pemerintah dengan melakukan perubahan-perubahan yang terarah pada terwujudnya penyelenggaraan pemerintahan yang baik.

⁹⁶ Mustopadidjaya AR, 2002, *Perwujudan Dimensi-Dimensi Utama NKRI Dalam Sistem Dan Proses Manajemen Kebijakan Publik*, St Makalah.

Dari segi fungsional, *governance* dapat ditinjau dari apakah pemerintah telah berfungsi secara efektif dan efisien dalam upaya mencapai tujuan yang telah digariskan, atau sebaliknya? World Bank⁹⁷ memberikan definisi “*the way state power is used in managing economic and social resource the development of society*”. Sementara UNDP⁹⁸ mendefinisikan sebagai “*The exercise of political, economy, and administrative authority to manage a nation affair at all levels*”. Oleh karena itu, menurut definisi terakhir ini, *governance* mempunyai tiga kaki (*three legs*), yaitu *economy, political, and administrative*. *Economy governance* meliputi proses-proses pembuatan keputusan (*decision-making processes*) yang memfasilitasi aktivitas ekonomi di dalam negeri dan interaksi diantara penyelenggara ekonomi. *Economy governance* mempunyai implikasi terhadap *equity, poverty, dan quality of life*. *Political governance* adalah proses-proses, pembuatan keputusan untuk formulasi kebijakan. *administrasi governance* adalah system implementasi proses kebijakan. Oleh karena itu, institusi dari *governance* meliputi tiga domain, yaitu *state* (Negara atau pemerintahan), *private sector* (sektor swasta dan dunia usaha), *society* (masyarakat), yang saling berinteraksi dan menjalankan fungsinya masing-masing. Institusi pemerintahan berfungsi menciptakan lingkungan politik dan hukum yang kondusif, sektor usaha menciptakan pekerjaan dan pendapatan, sedangkan *society* berperan positif dalam interaksi sosial, ekonomi dan politik, termasuk mengajak kelompok-

⁹⁷ Atikurahman, *Perencanaan Partisipatif*, Intisari Disertasi, PPS Unhas.

⁹⁸ Atikurahman, *Ibid*.

kelompok dalam masyarakat untuk berpartisipasi dalam aktivitas ekonomi, sosial, dan politik.

Negara merupakan salah satu unsur *governance*, yang di dalamnya termasuk lembaga-lembaga sektor publik. Sektor swasta meliputi perusahaan-perusahaan swasta yang bergerak diberbagai bidang dan sektor informal lain di pasar. Ada anggapan bahwa sektor swasta adalah bagian dari masyarakat. Namun demikian, sector swasta dapat dibedakan dengan masyarakat karena sektor swasta mempunyai pengaruh terhadap kebijakan-kebijakan sosial, politik, dan ekonomi yang dapat menciptakan lingkungan yang lebih kondusif bagi pasar dan perusahaan-perusahaan itu sendiri. Sedangkan masyarakat (*society*) terdiri dari individual maupun kelompok (baik yang terorganisir maupun tidak) yang berinteraksi secara sosial, politik, dan ekonomi dengan aturan formal maupun tidak formal. *Society* meliputi lembaga swadaya masyarakat, organisasi profesi, dan lain-lain.

Arti *good* dalam *good governance* sendiri mengandung dua pengertian : pertama, nilai-nilai yang menjunjung tinggi keinginan/kehendak rakyat, dan nilai-nilai yang dapat meningkatkan kemampuan rakyat yang (nasional) kemandirian, pembangunan berkelanjutan dan keadilan sosial; kedua, aspek-aspek fungsional dari pemerintahan yang efektif dan efisien dalam pelaksanaan tugasnya berdasarkan pengertian ini, *good*: orientasi ideal negara yang nasional dan pemerintahan yang berfungsi secara ideal, yaitu secara efektif dan efisien dalam melakukan upaya mencapai tujuan nasional. Orientasi pertama mengacu pada

demokratisasi dalam kehidupan bernegara dengan elemen-elemen dalam pencapaian tujuan mencapai tujuan-tujuan tersebut. *governance* berorientasi pada, pencapaian tujuan konstituennya seperti : *legitimacy* (apakah pemerintah dipilih dan mendapat kepercayaan dari rakyatnya), *accountability* (akuntabilitas), *securing of human rights, autonomy and devolution of power*, dan *assurance of civilian control*. Sedangkan orientasi kedua, tergantung pada sejauh mana pemerintahan mempunyai kompetensi, dan sejauhmana struktur serta mekanisme politik serta administrasi berfungsi secara efektif dan efisien.

World Bank mendefinisikan *good governance* dengan penyelenggaraan manajemen pembangunan yang solid dan bertanggungjawab yang sejalan dengan demokrasi dan pasar yang efisien, penghindaran salah alokasi dana investasi yang langka, dan pencegahan korupsi baik secara politik maupun administrative, menjalankan disiplin anggaran serta penciptaan *legal and political frameworks* bagi tumbuhnya aktivitas kewiraswastaan. Sedangkan UNDP sendiri memberikan definisi *good governance* sebagai hubungan yang sinergis dan konstruktif diantara negara, sektor swasta, dan masyarakat (*society*).

Beberapa karakteristik atau unsur utama dalam penyelenggaraan pemerintahan adalah transparansi, akuntabilitas, keterbukaan (*openness* atau partisipasi masyarakat), dan *rule of law*. Bahkan UNDP (United Nations

Development Program) dan Lembaga Administrasi Negara memberikan karakteristik “Good Governance”⁹⁹ sebagai berikut :

- a. *Participation*, bahwa setiap warga Negara mempunyai hak suara dalam proses pengambilan keputusan, baik langsung atau tidak langsung lembaga (perwakilan DPRD) dan intermediasi lembaga kemasyarakatan.
- b. *Rule of Law*, hukum harus ditegaskan secara adil dan benar tanpa pandang bulu terutama hukum yang menyangkut Hak Asasi Manusia (HAM).
- c. *Transparency*, atau transparansi berdasarkan kebebasan arus informasi, informasi yang diterima masyarakat harus tepat, benar, dan akurat (tidak dipelintir atau direkayasa untuk kepentingan penguasa).
- d. *Responsiveness*, lembaga atau institusi yang ada (pemerintah dan non-pemerintah) agar mencoba menyalurkan atau menjaring aspirasi masyarakat atau *stakeholders*.
- e. *Concensus Orientation*, pilihan-pilihan yang berbeda di musyawarahkan bersama agar dapat memperoleh suatu pilihan terbaik bagi kepentingan masyarakat yang lebih luas.
- f. *Equity*, setiap warga negara tanpa terkecuali mempunyai kesempatan dan hak yang sama untuk meningkatkan, menjaga, dan melindungi kekayaan atau kesejahteraan mereka.

⁹⁹ Atikurahman, *Ibid*.

- g. *Effectiveness and efficiency*, pelaksanaan kebijakan agar dilaksanakan dengan baik dan tepat dengan menggunakan potensi sumber daya yang ada secara hemat dan efisien.
- h. *Accountability*, para pembuat keputusan dalam pemerintahan, sektor swasta dan masyarakat (*civil society*) bertanggungjawab kepada publik dan lembaga-lembaga *stakeholder*. Akuntability ini tergantung pada organisasi dan sifat keputusan yang dibuat, apakah keputusan tersebut untuk kepentingan internal atau eksternal organisasi.
- i. *Strategic vision*, para pemimpin dan publik harus mempunyai prospektif *good governance* dan pengembangan manusia yang luas dan jauh ke depan sejalan dengan apa yang diperlukan untuk pembangunan semacam ini.

Atas dasar uraian di atas, maka dapat disimpulkan bahwa wujud *good governance* adalah penyelenggaraan pemerintahan negara yang solid dan bertanggungjawab, serta efisien dan efektif, dengan menjaga kesinergisan interaksi yang konstruktif diantara domain-domain negara, sektor swasta dan masyarakat (*society*). Oleh karena *good governance* meliputi sistem administrasi negara, maka upaya mewujudkan *good governance* juga merupakan upaya melakukan penyempurnaan pada system administrasi negara yang berlaku pada suatu negara secara menyeluruh.

Dengan adanya ketiga unsur utama (domain) yang harus berperan aktif dalam pelaksanaan *good governance*, maka dapat dirumuskan dalam suatu versi lain sebagai berikut.

- a. *The State*, atau Negara yang mempunyai kompetensi kuat dalam pelaksanaan ini.
- b. *The Private Sector*, atau dunia usaha baik milik negara/daerah maupun swasta.
- c. *The Civil Society organization*, yang memfasilitasi dan menjangkau aspirasi masyarakat untuk disampaikan kepada pemerintah.

Jika dilihat dari ketiga domain dalam *good governance*, tampaknya *domain state* menjadi domain yang paling memegang peranan penting dalam mewujudkan *good governance*. Fungsi pengaturan yang memfasilitasi domain sektor dunia usaha swasta dan masyarakat (*society*) secara fungsi administrative dalam penyelenggaraan pemerintahan melekat pada domain ini. Peran pemerintah melalui kebijakan-kebijakan publiknya sangat penting dalam memfasilitasi terjadinya mekanisme pasar yang benar sehingga penyimpangan-penyimpangan yang terjadi di dalam pasar dapat dihindari.

Oleh karena itu, upaya-upaya perwujudan ke arah *good governance* dapat dimulai dengan membangun landasan demokratisasi penyelenggaraan negara. Bersamaan dengan itu dilakukan upaya pembenahan penyelenggaraan pemerintah sehingga dapat terwujud *good governance*.

Dari aspek pemerintahan (*Governance*) *good governance* dapat dilihat melalui aspek-aspek :

- a. Hukum/kebijakan, hukum atau kebijakan ditujukan pada perlindungan kebebasan sosial, politik, dan ekonomi.
- b. Kompetensi administrasi dan transparan. Kemampuan membuat perencanaan dan melakukan implementasi secara efisien, kemampuan melakukan penyederhanaan organisasi, penciptaan disiplin, dan model administrative, keterbukaan informasi.
- c. Desentralisasi regional dan dekonsentrasi di dalam departemen.
- d. Penciptaan pasar yang kompetitif. Penyempurnaan mekanisme pasar, peningkatan peran pengusaha kecil dan segmen lain dalam sektor swasta, deregulasi, dan kemampuan pemerintah dalam mengelola makro ekonomi

Untuk mewujudkan *good governance* diperlukan berbagai macam perubahan termasuk perubahan sistem manajemen dan lingkungan manajemen itu sendiri, oleh karena itu perlu disimak konsep manajemen perubahan sebagai berikut :

Kemampuan para pemimpin penyelenggara pemerintahan negara dan masyarakat untuk mengelola perubahan menjadi sangat kritis dan strategik, terutama sensitivitas responsitas atas sinyal dan kapan perubahan tersebut diperlukan khususnya dalam lompatan langkah-langkah penyelamatan, pemulihan, pemantapan, dan pengembangan pembangunan informasi dan pengetahuan alternatif dari sistem kebijakan dan program,

dan sistem manajemen kebijakan, program dan kegiatan sebagai unsur-unsur pelapor AKIP yang baik, menjadi kebutuhan mendesak baik dalam rangka pelayanan prima maupun pelestarian kepercayaan publi.

Terdapat dua hal yang perlu ditekankan dalam manajemen perubahan, yaitu mengapa perubahan gagal, dan bagaimana strategi perubahan. Secara umum, selama 30 tahun terakhir telah menjadi pasang surut perubahan yang berakhir dengan kegetiran. Krisis multidimensi baru-baru ini telah mendorong dimulainya sesuatu yang baik dan berarti, yaitu melaksanakan reformasi di segala bidang. Dengan demikian, telah terjadi perubahan besar yang pahit dan manis sekaligus, baik dalam kebijakan maupun dalam aransemen kelembagaan termasuk manajemen organisasi (instansi pemerintah). Perlu ditekankan bahwa upaya dan reformasi dapat membantu instansi pemerintah beradaptasi secara signifikan dengan meningkatkan kinerja dan kepercayaan public.

Timbulnya sisi negatif dari perubahan yang direncanakan dalam kebijakan, program dan kegiatan pembangunan dalam beberapa hal memang tidak dapat dihindarkan. Pemborosan, kesia-siaan dan penderitaan, sebenarnya dapat dihindarkan. Atikurahman¹⁰⁰ menegaskan dalam hasil pengkajiannya telah terjadi kekeliruan antara lain sebagai berikut :

¹⁰⁰ Atikurahman, *Ibid.*

a) Terlalu Cepat Puas

Kekeliruan ini merupakan hal yang fatal oleh karena reformasi selalu menemui jalan buntu dan gagal mencapai misi dan tujuan, ketika di mana-mana terdapat fenomena cepat puas diri. Kita melihat segelintir aparat yang kompeten dan berintegritas gagal menciptakan strategi yang memadai pada awal perubahan besar yang direncanakan. Mereka terlalu optimis untuk dapat dan mampu melansir reformasi pada instansi pemerintah. Mereka menganggap mudah untuk memotivasi aparatur negara untuk ke luar dari “zona nyaman” mereka. Mereka tidak sadar dan tahu betapa tindakan mereka justru memperkuat praktik-praktik yang lama. Mereka kurang sabar. Mereka menjadi tidak berdaya ketika dihadapkan dengan kemungkinan negatif oleh karena terusiknya rasa puas diri, yaitu menjadi orang yang desensif, percaya diri, merendahkan, merosotnya kinerja, mencampuradukkan urgensi dengan keraguan, mendorong resistansi terhadap perubahan.

Saat ini banyak instansi pemerintah kurang puas atas suksesnya masa lalu dan mereka menerima kritik dari dalam dan luar. Sikap instansi yang menyatakan “tentu kami mempunyai masalah besar sama seperti yang lain”, tanpa adanya *sense of urgency*, upaya tambahan di rasa tidak penting dan dengan demikian tidak bersedia berkorban seperti yang diperlukan, dan resistensi terhadap perubahan yang mendasar meningkat. Akibatnya, kebijakan program dan aktivitas

untuk mewujudkan tujuan dan sasaran instansi, berkinerja rendah atau gagal. Sumbang saran dan dialog, visi dan strategi lainnya sekedar pembicaraan birokratis di permukaan.

b) Tim Koalisi (Pengaruh) yang cukup efektif gagal

Perubahan besar tidak mungkin bergulir wajar tanpa aparat instansi pemerintah yang produktif dan visioner. Pemimpin-pemimpin yang memiliki komitmen peningkatan kriteria instansi pemerintahan memilih membentuk tim dan menjadi pemimpin perubahan. Upaya perorangan, sekalipun punya reputasi, kompetensi dan integritas, biasanya tidak pernah memiliki aset dan kapabilitas mereformasi institusi berskala gajah. Inisiatif reformasi yang tidak memiliki tim (koalisi) pengaruh yang efektif hanya mampu bertahan sebentar. Restrukturisasi kelembagaan organisasi, tugas pokok, fungsi dan tanggungjawab, balas jasa, boleh saja digulirkan. Akan tetapi, cepat atau lambat, kekuatan resistansi akan menghentikan inisiatif perubahan.

Konflik kepentingan yang eksplisit maupun terselubung, aparat dan pihak yang berkepentingan dengan instansi pemerintah hampir selalu menjadi pemenang dalam mencegah perubahan structural dalam rangka perubahan sikap dan perilaku. Mereka akan “mengubah” kebijakan program dan kegiatan yang berkualitas menjadi sumber pendukung “zona nyaman” para aparat dan bukan peningkatan kinerja pelayanan prima atau pelestari kepercayaan publik.

c) Mencibir Kekuatan Visi dan Komunikasi Visi dan Startegi

Sekalipun “tidak cepat puas” dan koalisi pengarah yang efektif hadir di mana-mana, adanya visi yang meningkatkan komitmen menjadi kebutuhan yang masuk akal. Visi berperan besar dalam perubahan oleh karena membantu mengarahkan dan memperbaiki inspirasi untuk bertindak baik dan benar (hemat, efisien, efektif, adil, unggul, dan taat asas). Tanpa adanya visi dan pengomunikasian visi yang baik, program dan kegiatan yang membingungkan, tidak patut, tidak sesuai, dan memboroskan perhatian dan sumber daya, serta menggerogoti percaya diri untuk sukses. Menyadari kegagalan yang beralasan dalam menghasilkan perubahan, meningkatnya kebutuhan akan “memanipulasi” peristiwa demi peristiwa secara diam di belakang layar dan munculnya fenomena menghindari wacana publik mengenai masa depan.

Tanpa adanya visi yang membimbing proses pengambilan keputusan, yang terjadi hanya debat kusir tanpa henti yang meningkatkan ketegangan emosional yang mengendalikan harkat dan martabat, semangat dan kinerja. Di dalam perubahan yang gagal, kebijakan, program dan aktivitas menggantikan peran visi dan misi sehingga arah kebijakan pun menjadi tidak jelas.

d) Membiarkan “Tembok Penghalang” Visi Baru

Menggulirkan setiap perubahan memerlukan partisipasi jajaran instansi pemerintah. Inisiatif perubahan sering kandas bilamana para

pelaku yang sudah bervisi, merasa tidak berdaya, percaya dirinya rendah. Dengan adanya tembok penghambat jalan mereka hanya dalam pikiran masing-masing. Hambatan-hambatan dapat berupa : analisis dan uraian jabatan yang kurang sesuai pengetahuan, keahlian, dan sikap tidak kompeten. Jelas jasa yang kurang sepadan, desain dan pengembangan organisasi yang asal jadi, pengukuran manajemen serta evaluasi kinerja yang tidak ada hubungan dengan prinsip dan praktik *good governance* dan akuntabilitas baik, pengambilan keputusan yang sepadan.

e) Gagal Menciptakan Sukse Jangka Pendek

Perubahan mendasar membutuhkan waktu. Perubahan strategis, dan akan kehilangan momentum apabila tidak mencapai sasaran kinerja jangka pendek yang harus dicapai dan dapat dibanggakan. Sebagian besar pendukung perubahan tidak akan melakukan perjalanan jangka panjang bila mereka tidak melihat bukti yang menantang dalam waktu 100 hari, sinyal atau tanda menuju hasil yang diharapkan. Tanpa adanya indicator kinerja yang proaktif dan capaian sasaran kinerja jangka pendek yang jelas, para pendukung perubahan akan banyak menyerah dan hilang percaya dirinya, bahkan secara aktif akan melakukan penolakan. Dalam setiap perubahan yang efektif, para pemimpin perubahan instansi pemerintah secara proaktif menyusun indikator kinerja jangka pendek yang di "*aligned*" dengan tujuan

jangka penjangnya dalam laporan priodiknya dan terus-menerus meningkatkan kinerjanya untuk mencapai tujuan jangka panjang.

f) Jangan Terlalu Cepat Mengatakan Sukses

Menyatakan sukses adalah baik, akan tetapi menyatakan pekerjaan sudah selesai adalah kecelakaan besar, oleh karena upaya perubahan harus berakar dan menjadi budaya instansi pemerintah. Terlalu cepat menyatakan reformasi telah sukses, sama halnya memerosokkan orang-orang reformis dalam lubang galian di jalan.

E. Kerangka Pikir

Dalam setiap negara hukum, dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam sega bentuknya (*due process of law*), yaitu bahwa segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Peraturan perundang-undangan tertulis tersebut harus ada dan berlaku lebih dahulu atau mendahului tindakan atau perbuatan yang dilakukan. Dengan demikian, setiap perbuatan atau tindakan harus didasarkan atas aturan atau *rules and procedures (regels)*.

Berbicara mengenai pengadaan barang/ jasa tidak akan dapat melepaskan nuansa publik dari pihak pemerintah. Walaupun pemerintah telah memasuki ranah hukum privat namun baju publiknya tidak dapat ditanggalkan begitu saja. Sesuai Keputusan Presiden Nomor 12 Tahun 2021 beserta perubahannya, pemerintah sebagai pihak dalam kontrak mempunyai kewenangan-kewenangan yang melekat didalamnya.

Indonesia merupakan negara hukum, oleh sebab itu kewenangan yang dimiliki pemerintah untuk melakukan suatu perbuatan harus selalu didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang telah ditetapkan. Kewenangan yang dimiliki pemerintah dipergunakan salah satunya untuk membuat keputusan. Kewenangan membuat keputusan hanya dapat diperoleh dengan dua cara, yaitu dengan atribusi atau delegasi. Atribusi adalah wewenang yang melekat pada suatu jabatan sedangkan delegasi adalah pengalihan suatu kewenangan kepada organ pemerintahan lainnya.

Kewenangan yang dimiliki oleh pemerintah tersebut salah satunya dapat dipergunakan untuk melakukan hubungan hukum dengan rakyatnya yang kemudian terikat dalam suatu hubungan kontraktual. Bilamana pemerintah telah mengikatkan diri dengan rakyat dalam suatu kesepakatan, maka serta merta pemerintah akan terlibat baik dalam hukum publik sebagai wakil dari jabatan maupun dalam hukum privat sebagai wakil dari badan hukum publik.

Adanya suatu hubungan antara dua pihak tidak menutup kemungkinan terjadinya penyalahgunaan jabatan untuk melakukan tindak pidana dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah yang pada akhirnya merugikan keuangan Negara.

F. Bagan Kerangka Pikir

