
Kewenangan Hakim untuk Melakukan Intervensi terhadap Kewajiban Kontraktual Berdasarkan Asas Iktikad Baik

Ridwan Khairandy

Abstract

Under the article 1338, section 3 of Civil Law Code, it is stated that an agreement should be implemented on the basis of goodwill because it is one of the important principles in Contract Law. However, the notion of goodwill is so abstract that it is whether related to a matter of law or moral. This article will propose a description of the goodwill –when and where it is coming up-, its functions in implementing the agreement, and how the authorities of the judge to get involved towards the contract duties on the strength of the goodwill principles.

Pendahuluan

Seiring dengan makin berpengaruhnya pemikiran *laissez faire* di bidang ekonomi, kebebasan berkontrak menjadi prinsip yang umum dalam mendukung persaingan bebas. Kebebasan berkontrak menjadi penjelmaan hukum (*legal expression*) prinsip pasar

bebas.¹ Setiap campur tangan negara terhadap kontrak bertentangan dengan pasar bebas.² Dalam perkembangannya, ternyata kebebasan berkontrak bukanlah kebebasan tanpa batas.³ Kebebasan berkontrak yang diiringi asas *pacta sunt servanda* dalam

¹Seiring dengan itu, inti permasalahan hukum kontrak lebih tertuju kepada realisasi kebebasan berkontrak. Lihat Konrad Zweigert dan Hein Kötz: 1987. *Introduction to Comparative Law Volume II – The Institution of Private Law*. Oxford: Clarendon Press. Hlm 8. Lihat juga Henry R. Chesebman. 1995. *Business Law: The Legal, Ethical, and International Environment*. New Jersey: Prentice Hall. Hlm 159.

²Morton J. Horwitz. 1992. *The Transformation of American Law 1870 – 1960 The Crisis of Legal Orthodoxy*. Oxford: Oxford University Press. Hlm 33.

³Perhatikan M. Yahya Harahap. "Dua Sisi Putusan Hakim Tidak Adil bagi yang Kalah dan Adil bagi yang Menang." *Varia Peradilan*. Tahun VIII No. 95 (Agustus 1993). Hlm 107.

kenyataannya dapat menimbulkan ketidakadilan. Kebebasan berkontrak harus didasarkan pada keseimbangan posisi tawar (*bargaining position*),⁴ tetapi dalam kenyataannya para pihak tidak selalu memiliki posisi tawar yang seimbang.⁵ Akibatnya, pihak yang memiliki posisi tawar lebih kuat cenderung menguasai pihak yang memiliki posisi tawar lebih lemah. Akhirnya, negara kemudian melakukan sejumlah pembatasan

kebebasan berkontrak baik melalui peraturan perundang-undangan maupun putusan pengadilan.⁶ Pembatasan kebebasan berkontrak tersebut setidaknya-tidaknya dipengaruhi oleh dua faktor, yakni:⁷

1. Makin berpengaruhnya ajaran iktikad baik, di mana iktikad baik tidak hanya ada pada pelaksanaan perjanjian, tetapi juga sudah harus ada pada saat dibuatnya perjanjian,⁸

⁴A.G. Guest (ed). 1983. *Chity on Contract, Volume I – General Principles*. London: Sweet & Maxwell. Hlm 3. Lihat juga Subekti. 1976. *Aspek-Aspek Hukum Perikatan Nasional*. Bandung: Alumni. Hlm 12.

⁵Konrad Zweigert dan Hein Kötz. *Op.Cit.* Hlm 9. Lihat juga Z. Asikin Kusumah Atmadja (ed). 1992. *Beberapa Yurisprudensi Perdata yang Penting serta Hubungan Ketentuan Hukum Acara Perdata*. Jakarta: Mahkamah Agung Republik Indonesia. Hlm. 367. Lihat juga J. Satrio. 1995. *Hukum Perikatan, Perikatan Yang Lahir dari Perjanjian Buku II*. Bandung: Citra Aditya Bakti. Hlm 149.

⁶Lihat Peter Gillies. 1993. *Business Law*. Sydney: The Federation Press. Hlm 117. Lihat juga John D. Calamary dan Joseph M. Perillo. 1977. *Contracts*. West Publishing Co: St. Paul, Minn. Hlm 6. Khusus yang berkaitan dengan pengadilan M. Yahya Harahap menyatakan, apabila di dalam suatu perjanjian berhadapan pihak ekonomi kuat dengan pihak ekonomi lemah, hakim dapat melakukan *matigingrecht*. Dalam arti hakim berwenang menafsirkan perjanjian itu ke arah pemulihan (restorasi) dengan cara mengurangi hal-hal yang melampaui batas dalam perjanjian. Lihat M. Yahya Harahap. *Loc.Cit.*

⁷Bandingkan dengan Setiawan. 1992. *Aneka Masalah Hukum Perdata dan Hukum Acara Perdata*. Bandung: Alumni. Hlm 179 – 180. Menurut Setiawan, pembatasan kebebasan berkontrak dipengaruhi berkembangnya doktrin iktikad baik, berkembangnya doktrin penyalahgunaan keadaan, makin banyaknya kontrak baku, dan berkembangnya hukum ekonomi. Bandingkan pula dengan pendapat Purwahid Patrik. Terjadinya berbagai pembatasan kebebasan berkontrak karena (1) berkembangnya dalam lapangan ekonomi yang membentuk persekutuan-persekutuan dagang, badan-badan hukum atau perseroan-perseroan, dan golongan-golongan masyarakat lain (misalnya golongan buruh dan tani); (2) terjadinya pemasyarakatan (*vermaatschappelijking*) keinginan adanya keseimbangan antara individu dan masyarakat yang tertuju kepada keadilan sosial; (3) timbulnya formalisme perjanjian; (3) makin banyak peraturan di bidang hukum tata usaha negara. Lihat Purwahid Patrik, *Asas Iktikad Baik dan Kepatutan dalam Perjanjian*, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 1986), hlm 9 – 10. Bandingkan juga dengan pendapat Sri Soedewi Maschoen Sofwan. Menurut dia pembatasan kebebasan berkontrak akibat adanya: (1) perkembangan masyarakat di bidang sosial ekonomi, misalnya karena adanya penggabungan atau sentralisasi perusahaan; (2) adanya campur tangan pemerintah untuk melindungi kepentingan umum atau pihak yang lemah; dan (3) adanya aliran dalam masyarakat yang menginginkan kesejahteraan sosial. Lihat Djohari Santoso dan Achmad Ali. 1983. *Hukum Perjanjian Indonesia*. Yogyakarta: Badan Penerbit FH UII. Hlm 53 – 54.

⁸Lihat Nili Cohen. "Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate", Jack Beatson dan Daniel Friedmann (eds). 1995. *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon Press. Hlm 28 dan 30 – 31

2. makin berkembangnya ajaran penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden* atau *undue influence*;⁹

Iktikad baik yang menjadi asas penting dalam hukum kontrak yang dapat membatasi asas kebebasan berkontrak dan asas *pacta sunt servanda*, dalam penerapannya masih menimbulkan sejumlah permasalahan, yakni:

1. Iktikad baik merupakan pengertian yang abstrak, sehingga dalam penerapannya masih memerlukan penafsiran hakim;¹⁰
2. Pengaturan iktikad baik yang terdapat di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia hanya mencakup iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak, padahal iktikad seharusnya sudah ada pula pada saat negosiasi dan penyusunan kontrak.

Konsensualisme, Kebebasan Berkontrak, dan Kekuatan Mengikatnya Kontrak

Di dalam hukum kontrak dikenal tiga asas yang satu dengan lainnya saling berkaitan,

yakni asas konsensualisme (*the principle of consensualism*), asas kekuatan mengikatnya kontrak (*the principle of the binding force of contract*), dan asas kebebasan berkontrak (*principle of freedom of contract*).¹¹

Dengan asas konsensualisme, kontrak dikatakan telah lahir jika telah ada kata sepakat atau persesuaian kehendak di antara para pihak yang membuat kontrak tersebut. Asas konsensualisme ini berkaitan dengan penghormatan martabat manusia. Subekti¹² menyatakan bahwa hal ini merupakan puncak peningkatan martabat manusia yang tersimpul dari pepatah Belanda, "*een man een word, een word een man*", yang maksudnya dengan diletakkannya perkataan seseorang, orang itu ditingkatkan martabatnya sebagai manusia.

Dasar teoritik mengikatnya kontrak bagi para pihak yang umumnya dianut di negara-negara hukum sipil (*civil law countries*) dikembangkan oleh para *postglossator* pada abad keempat belas.¹³ Konsep ini tidak hanya menjadi dasar ilmu hukum Romawi pada abad keduabelas dan ketigabelas sebagaimana dikembangkan *glossator* melalui konsep, kategori, dan definisi

⁹Bandingkan dengan P.P.C. Haanappel dan Ejan Mackaay. 1990. *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, Het Vermogensrecht*. Deventer: Kluwer. Hlm 26. Dia menerjemahkan istilah *misbruik van omstandigheden* ke dalam bahasa Inggris dengan istilah *abuse of circumstances*. O.A. Hazen menyatakan bahwa istilah yang sepadan dengan *undue influence* adalah *misbruik van omstandigheden*. Lihat O.A. Hazen. "The Principle of Gross Disparity en Misbruik van Omdstandigheden." M.E. Ranke, et.al. (eds). 1995. *Europees Contracten*. Arnhem: Gouda Quint. Hlm 13.

¹⁰Lihat Martijn Hesselink. "Good Faith." Arthur Haartkamp et.al (eds). 1998. *Toward a European Civil Code*. The Hague: Kluwer. Hlm 289 dan 300-301. Perhatikan juga Matthias Storne. "The Binding Character of Contracts – Causa and Consideration." *ibid*. Hlm 248 – 249.

¹¹Arthur S. Hartkamp dan Marianne M.M. Tillema. 1993. *Contract in the Netherlands*. Deventer: Kluwer. Hlm 34.

¹²Subketi. *Loc.Cit*.

¹³Harold J. Berman. 1999. *Law and Revolution; The Formation of Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press. Hlm 246.

Aristoteles, tetapi juga menjadi dasar ilmu hukum dan sistem hukum pada abad keduabelas dan ketigabelas yang dipengaruhi hukum kanonik.¹⁴ Hukum kanonik menambah beberapa prinsip sistem hukum perjanjian Romawi. Pertama, prinsip mengikatnya janji bagi mereka atau para pihak yang membuatnya.¹⁵ Kedua, janji merupakan kausa dasar kontrak.¹⁶ Jika hal itu merupakan kausa yang pantas (*proper*), maka ia memberikan validitas.¹⁷

Hukum kanonik dimulai dari prinsip disiplin penitensial bahwa setiap janji itu mengikat.¹⁸ Dari sinilah lahir prinsip *pacta sunt servada*.¹⁹ Oleh karenanya, tidaklah penting artinya apakah suatu perbuatan di dalam kontrak tidak dalam tulisan ataukah tidak dengan sumpah. Suatu sumpah dan suatu janji tanpa sumpah adalah sama dalam

pandangan Tuhan, dan tidak ada kewajiban untuk memenuhi janji jika janji itu sama dengan dusta.²⁰

Dengan adanya janji timbul kemauan bagi para pihak untuk saling berprestasi, ada kemauan untuk saling mengikat diri.²¹ Kewajiban kontraktual tersebut menjadi sumber bagi para pihak secara bebas menentukan isi kontrak dengan segala akibat hukumnya. Berdasarkan kehendak tersebut, para pihak secara bebas mempertemukan kehendak mereka masing-masing.²² Kehendak para pihak inilah yang menjadi dasar kontrak. Terjadinya perbuatan hukum itu ditentukan berdasar kata sepakat (*konsensualisme*).²³

Dengan adanya konsensus dari para pihak, maka kesepakatan itu menimbulkan kekuatan mengikat perjanjian sebagaimana

¹⁴*Ibid.*

¹⁵*Ibid.* Hlm.. 247.

¹⁶*Ibid.*

¹⁷*Ibid.*

¹⁸*Ibid.*

¹⁹Lengkapnya adalah *pacta nuda servanda sunt*. Makna asalnya adalah bahwa kata sepakat itu tidak perlu dirumuskan dalam bentuk sumpah, perbuatan, atau formalitas tertentu agar perjanjian itu mengikat. Lihat Sudikno Mertokusumo. 1999. *Mengenal Hukum*. Yogyakarta: Liberty. Hlm. 112. Grotius mencari dasar konsensus itu pada *pacta sunt servanda* (janji itu mengikat). Selanjutnya ia menyatakan: "*promissorum implemndorum obligatio*" (kita memenuhi janji kita). Lihat Mariam Darus Badruzaman. *Op.Cit K.U.H.Perdata Buku III* Hlm. 109. Lihat juga Hari Chand. 1994. *Modern Jurisprudence*. Kuala Lumpur: International Law Book Services. Hlm. 43.

²⁰Harold J. Berman. *Loc.Cit.*

²¹Kemauan tersebut membangkitkan kepercayaan (*vertrouwen*) bahwa perjanjian itu dipenuhi. Asas kepercayaan ini merupakan nilai etis yang bersumber pada moral. Manusia terhormat kata Eggens adalah manusia yang memegang janjinya. Lihat Mariam Darus Badruzaman. *Loc.Cit.* Di bagian yang sama Mariam Darus Mabdrulzaman mensitir pantun Melayu yang menyatakan: "Kerbau dipegang talinya, manusia dipegang janjinya".

²²Donald Haris dan Dennis (eds). 1989. *Contract Law Today: Anglo French Comparation*. Oxford: Clarendon Press. Hlm. 17.

²³*Ibid.* Hlm. 40.

layaknya undang-undang (*pacta sunt servanda*).²⁴ Apa yang dinyatakan seseorang dalam suatu hubungan hukum menjadi hukum bagi mereka (*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua mancuoassit, ita jus esto*).²⁵ Asas inilah yang menjadi kekuatan mengikatnya perjanjian (*verbindende kracht van de overeenkomst*).²⁶ Ini bukan saja kewajiban moral, tetapi juga kewajiban hukum yang pelaksanaannya wajib ditaati.²⁷ Sebagai konsekuensinya, maka hakim maupun pihak ketiga tidak boleh mencampuri isi perjanjian yang dibuat para pihak tersebut.²⁸

Dengan asas kebebasan berkontrak setiap orang diakui memiliki kebebasan untuk membuat kontrak dengan siapapun juga, menentukan isi kontrak, menentukan bentuk kontrak, memilih hukum yang berlaku bagi kontrak yang bersangkutan. Jika asas konsensualisme berkaitan dengan lahirnya kontrak, asas kekuatan mengikatnya kontrak berkaitan dengan akibat hukum, maka asas kebebasan berkontrak berkaitan dengan isi kontrak.

Ketiga asas tersebut ditarik dari doktrin hukum kontrak klasik yang berkembang di Perancis (*doctrine of the autonomy of the will*) dan Inggris (*doctrine of consensus ad idem* dan *laissez faire*).

Menurut doktrin klasik kontrak Perancis, kontrak berkaitan dengan kemauan bebas (*free will*). Kontrak merupakan manifestasi kemauan bebas para pihak. Sebagaimana halnya dengan legislasi yang merupakan manifestasi kemauan negara, kontrak juga merupakan suatu hukum khusus yang dibuat para pihak sendiri yang menghubungkan kehendak mereka.²⁹ Otonomi kehendak bermakna bahwa para pihak memiliki kehendak untuk menentukan hukumnya sendiri, kewajiban kontraktual bersumber dari kehendak para pihak sendiri dan secara bebas menciptakan kontrak dengan segala akibat hukumnya.³⁰ Kehendak para pihak inilah yang menjadi dasar atau fondasi kontrak. Doktrin otonomi kehendak tersebut menekankan kebebasan individu untuk membuat kontrak tidak bernama (*onbenoemde, innominaat*

²⁴Perhatikan Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia yang menyatakan: Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya (*alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengen die dezelve hebben aangeaan to wet*).

²⁵Lon L. Fuller dan Melvin Aron Eisenberg. 1972. *Basic Contract Law*. West Publishing Co: St. Paul-Minn. Hlm. 112.

²⁶Fred B.G. Tumbuan. "Kekuatan Mengikat Perjanjian dan Batas-Batasnya". Makalah, Jakarta (Juli 1988). Hlm. 1.

²⁷*Ibid.*

²⁸Djohari Santoso dan Achmad Ali. *Op.Cit.* Hlm. 49.

²⁹Bary Nicholas. "Introduction to the French Law of Contract." Donald Harris dan Denis Tallon (eds). *Op.Cit.* Hlm 17.

³⁰Georges Rouhette. "The Obligatory Force of Contract in French Law." *Ibid.* Hlm.19.

contracten). Sepanjang tidak bertentangan dengan ketertiban umum, para pihak bebas untuk membuat kontrak yang mereka inginkan.³¹

Di Inggris dan Amerika selama abad kesembilanbelas para hakim dan akademisi hukum menolak ajaran yang telah ada yang mendasarkan kewajiban kontraktual diderivasi dari keadilan atau kewajaran dalam suatu "exchange". Sumber kewajiban kontraktual adalah bertemunya kehendak atau kemauan para pihak.³² Jadi, kontrak juga ditekankan pada adanya kata sepakat dari kemauan atau maksud para pihak. Dengan perkataan lain, kata sepakat menjadi hal penting dalam penyusunan kontrak (*concensus ad idem*).³³

Doktrin kontrak yang dianut Inggris dan Amerika tersebut erat kaitannya dengan awal revolusi Inggris, dan juga pemikiran yang berkaitan dengan aliran pemikiran ekonomi klasik dan filsafat utilitarianisme Jeremy Bentham.³⁴ Pengaruh inilah yang melahirkan ideologi *free choice*.³⁵ Kebebasan tersebut bermakna bahwa tidak seorangpun terikat kepada suatu kontrak jika tidak ada pilihan bebas untuk melakukan sesuatu.³⁶ Dengan demikian kebebasan berkontrak lahir atau

berasal dari dua pemikiran, yakni kontrak didasarkan kata sepakat dan kontrak melahirkan suatu ideologi *free choice* yang dianggap sebagai suatu hal yang terbaik, dan menisakan sangat sedikit peran bagi nilai-nilai masyarakat.³⁷ Hukum kontrak menjadi hukum pasar, dan hanya menisakan fungsi bagi masyarakat atau negara untuk mencegah tindakan penipuan dan pelaksanaan kontrak yang dibuat pasar.³⁸

A.W. Coats³⁹ menyatakan bahwa antara penganut aliran pemikiran ekonomi klasik dan utilitarian memiliki hubungan yang saling melengkapi dalam pemikiran dan tindakan aliran kebebasan yang individualistik. Keduanya percaya bahwa individualisme sebagai suatu nilai dan mekanisme sosial, mereka percaya terhadap kebebasan berkontrak sebagai suatu asas umum. Mereka menerima sebagai *starting point* bahwa individu pada umumnya mengetahui kepentingan mereka sendiri yang terbaik. Keduanya memiliki perhatian utama terhadap sebesar mungkin kekayaan seseorang dan kebahagiaan orang lain tanpa memperdulikan bagaimana kekayaan atau kebahagiaan itu didistribusikan. Bagi Jeremy Bentham⁴⁰

³¹*Ibid.* Hlm. 18.

³²Morton J. Horowitz. 1995. *The Transformation of American Law 1780 – 1860*. Cambridge: Harvard University Press. Hlm. 160.

³³P.S. Atiyah. 1981. *An Introduction to the Law of Contract*. Oxford: Clarendon Press. Hlm. 6.

³⁴Patrick Atiyah. "The Binding Nature of Contractual Obligations." Donald Harris dan Dennis Tallon (eds). *Op.Cit.* Hlm. 28.

³⁵*Ibid.*

³⁶P.S. Atiyah. *Op.Cit. An Introduction* Hlm. 8.

³⁷P.S. Atiyah. *Loc.Cit.*

³⁸*Ibid.*

³⁹P.S. Atiyah. 1988. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Clarendon Press. Hlm. 324.

⁴⁰*Ibid.* Hlm. 326.

pembatasan kebebasan berkontrak adalah pembatasan terhadap kebebasan itu sendiri dan semua pembatasan terhadap kebebasan adalah jahat dan memerlukan pembenaran untuk melakukannya.

Bagi para pelopor ekonomi *laissez faire*, seperti Adam Smith berkeyakinan bahwa peraturan perundang-undangan seyogyanya tidak digunakan untuk mencampuri kebebasan berkontrak, karena kebebasan berkontrak penting artinya bagi kelanjutan perdagangan industri.⁴¹ Sehubungan dengan hal tersebut, Lord Liverpool yang menjadi Perdana Menteri Inggris selama lima belas tahun (1812 – 1827) mempercayai bahwa setiap campur tangan dalam bidang ekonomi hampir selalu membawa malapetaka, dan dia umumnya tidak mau melakukan campur tangan tersebut karena melanggar "kesakralan" asas kebebasan berkontrak.⁴²

Untuk mencapai tujuan asas kebebasan berkontrak, para pihak yang mengadakan perjanjian harus memiliki posisi tawar yang seimbang. Kebebasan berkontrak yang sebenarnya akan eksis jika para pihak di dalam kontrak memiliki keseimbangan secara ekonomi dan sosial. Dalam kasus *Coppage v Kansas*, Hakim Pitney menyatakan bahwa tidak mungkin menegakkan kebebasan berkontrak tanpa pada saat yang sama ada pengakuan keseimbangan posisi tawar para pihak.⁴³ Dalam kenyataannya, tidak selalu para pihak memiliki posisi tawar yang

seimbang, sehingga dapat merugikan pihak yang memiliki posisi tawar yang lemah. Doktrin hukum kontrak klasik memang memiliki perhatian yang sangat sedikit terhadap adanya ketidakseimbangan posisi tawar para pihak dalam kontrak. Bagi doktrin ini, kebebasan berkontrak berarti orang dapat memilih apa yang dia inginkan melalui adanya kesepakatan bersama (*mutual agreement*). Lahirnya pandangan tersebut dikarenakan dianut asumsi bahwa posisi tawar para pihak dalam kontrak adalah sejajar.⁴⁴

Jika asas kebebasan berkontrak dan asas *pacta sunt servanda* dipegang teguh dapat melahirkan ketidakpatutan dan ketidakadilan dalam kontrak. Dari sinilah kemudian lahir adanya berbagai pembatasan kebebasan berkontrak dan pembatasan kekuatan mengikatnya perjanjian baik melalui peraturan perundang-undangan maupun melalui pengadilan.

Iktikad Baik sebagai Dasar Intervensi Hakim terhadap Kewajiban Kontraktual

Asas iktikad baik menjadi salah satu instrumen hukum yang dapat membatasi kebebasan berkontrak dan kekuatan mengikatnya perjanjian. Dengan fungsi iktikad baik yang bersifat membatasi dan meniadakan, hakim dapat mengintervensi kewajiban kontraktual yang secara objektif mengandung atau bertentangan dengan

⁴¹Sutan Remy Sjahdeini. 1993. *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Hukum yang Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*. Jakarta Institut Bankir Indonesia. Hlm 20 –21.

⁴²P.S. Atiyah. *Op.Ci. The Rise* Hlm. 507.

⁴³Lihat Konrad Zweight dan Hein Kotz. *Loc.Cit.*

⁴⁴P.S. Atiyah. *Op.Cit. An Introduction* Hlm. 11.

kepatutan dan keadilan. Asas iktikad baik digunakan untuk menginterpretasi kontrak. Kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan kepatutan dan keadilan.

Iktikad baik merupakan salah satu asas penting dalam hukum kontrak,⁴⁵ tetapi pengaturan iktikad baik di Indonesia, terutama di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata termasuk ketentuan yang paling tidak jelas.⁴⁶ Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata hanya menyebutkan perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik. Tidak ada penjelasan lebih lanjut apa yang dimaksud dengan iktikad baik tersebut. Oleh karena itu, untuk dapat memahami makna iktikad baik secara lebih baik harus dilihat pada penafsiran iktikad baik dalam praktik peradilan. Bahkan, menurut J. Satrio,⁴⁷ ketentuan pengaturan iktikad baik tersebut adalah ketentuan yang ditujukan kepada pengadilan. Dikatakan demikian karena sengketa mengenai iktikad baik dalam praktiknya hampir selalu dimintakan penyelesaiannya kepada pengadilan. Dengan demikian, perkembangan

doktrin iktikad baik lebih merupakan hasil kerja pengadilan daripada legislatif yang berkembang dalam kasus demi kasus.⁴⁸ Hakimlah dalam hal ini yang memegang peranan penting dalam menafsirkan atau memperluas ajaran iktikad baik tersebut.

Dikatakan tidak jelas atau kabur, karena tidak ditemukan adanya pengertian dan kriteria iktikad baik di dalam peraturan perundangan dalam berbagai Kitab Undang-Undang Hukum Perdata di negara-negara hukum sipil.

Penafsiran iktikad baik oleh pengadilan muncul dalam putusan Hoge Raad di Negeri Belanda pada tanggal 9 Pebruari 1923. Menurut Hoge Raad, iktikad ini merupakan doktrin merujuk kepada kewajaran atau kepatutan dan keadilan (*redelijkheid en billijkheid*) yang hidup dalam masyarakat.⁴⁹ Hoge Raad menyatakan bahwa perjanjian harus dilaksanakan menurut kewajaran dan keadilan (*volgens de eisen van redelijkheid en billijkheid*).⁵⁰ Hoge Raad dengan tegas menyatakan bahwa memperhatikan iktikad baik pada pelaksanaan perjanjian tidak lain adalah menafsirkan perjanjian menurut

⁴⁵Perhatikan John Swan dan Barry J Reiter. 1985. *Contracts: Cases, Notes, and Materials*. Canada: Emont Montgomery. Hlm. 478.

⁴⁶J. Satrio. 1995. *Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Perjanjian, Buku II*. Bandung: Citra Aditya Bakti. Hlm. 165.

⁴⁷*Ibid.* Hlm. 166.

⁴⁸Werner F Ebke dan Bettina M Steinhauer. "The Doctrine of Good Faith in German Contract Law." Jack Beatson dan Daniel Friedmand (eds). *Op.Cit.* Hlm 7.

⁴⁹P.L. Wery. 1990. *Perkembangan tentang Hukum Iktikad Baik di Nederland*. Jakarta: Percetakan, Negara. Hlm. 11.

⁵⁰*Ibid.* Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 26 K/SIP/1955 tanggal 11 Mei 1955 juga memakai istilah "pantas" dan sesuai dengan rasa "keadilan". Di Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda (Baru) tidak lagi digunakan istilah iktikad baik (*te goeder trouw*), digantikan dengan istilah *redelijkheid en billijkheid*.

ukuran kepatutan dan keadilan.⁵¹ Dengan demikian lahir pandangan yang menyatakan bahwa Hoge Raad menyamakan iktikad baik dengan kepatutan dan keadilan.⁵² Penafsiran yang demikian itu erat kaitannya dengan Pasal 1375 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda (lama) yang menyebutkan:

*"Overeenkomsten verbinden niet alleen tot datgene het welk uitdrukkelijk bij dezelve bepaald is, maar ook tot al hetgeen dat, naar den aard van dezelve overeenkomsten, door de billijkheid, het gebruik, of de wet, wordt gevorderd".*⁵³

Dengan penafsiran iktikad baik oleh Hoge Raad tersebut, telah ada rujukan iktikad baik harus mengacu kepada kepatutan dan keadilan, tetapi rujukan tersebut belum membuat keaburan iktikad baik menjadi jelas. Pengertian kepatutan dan keadilan sangat abstrak dan syarat dengan perdebatan filosofis. Sejak ribuan tahun lalu hingga sekarang ini tidak ada kesepakatan mengenai arti keadilan yang dapat dijadikan definisi.⁵⁴ Banyak teori tentang keadilan yang dikembangkan oleh para ahli filsafat hukum. Dari teori keadilan

yang dikembangkan Plato dan Aristoteles (*ancient theory*) hingga teori keadilan yang kontemporer yang dikembangkan oleh Rawls dan Hart.⁵⁵ Teori keadilan yang diyakini hakim kebenarannya dapat mempengaruhi hakim menafsirkan iktikad baik, sehingga dalam praktiknya akan dapat menimbulkan penafsiran iktikad baik yang berbeda-beda. Dengan demikian, sikap pandang hakim terhadap keadilan dapat bersifat subjektif. Sikap pandang terhadap keadilan yang subjektif tersebut seharusnya dapat dihindari, karena keadilan yang dimaksud Hoge Raad di atas haruslah keadilan yang hidup di dalam masyarakat.⁵⁶

Keabstrakan atau keaburan iktikad baik tersebut dipertanyakan pula dalam perkara *Gateway v Holding Ltd* (1991), 106, NSR (2nd) di Kanada. Pertama, apakah doktrin iktikad baik tersebut semata-mata mengenai ketidakpastian dan moralisme hukum? Kedua, apakah doktrin iktikad baik itu teori hukum kontrak neo-klasik? Ketiga, apakah doktrin iktikad baik adalah *rule of law* atau *rule interpretation*?⁵⁷ Oleh karena itu, seringkali dipertanyakan, apakah iktikad itu hukum atautkah moral.

⁵¹J. Satrio. *Op.Cit.* Hlm. 177.

⁵²*Ibid.*

⁵³Rumusan pasal tersebut telah digantikan oleh Pasal 6: 248 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda (Baru) yang menyebutkan: "*een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsvolgen, maar die ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de de wet, gewone of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien*".

⁵⁴James K. Feibleman. 1985. *Justice, Law and Culture*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publisher. Hlm. 5.

⁵⁵Lebih lanjut lihat *Ibid.* Hlm. 173 – 201.

⁵⁶Z. Asikin Kusumahatmadja. *Op.Cit.* Hlm. 359.

⁵⁷Erman Rajagukguk. "Kontrak Bisnis Internasional dan Kaitannya dengan Analisis Ekonomi terhadap Kontrak. *Jurnal Magister Hukum*. Vol 1 No. 1 (September 1999). Hlm. 4.

Martijn Hassenlink⁵⁸ menyebutkan semua iktikad baik yang bersifat objektif⁵⁹ biasanya mengacu kepada konsep normatif. Sesungguhnya iktikad baik seringkali dilihat sebagai suatu norma tertinggi dari hukum kontrak, hukum perikatan, atau bahkan hukum perdata. Iktikad baik seringkali pula dikatakan sebagai berhubungan dengan standar moral. Di satu sisi, dikatakan menjadi suatu standar moral itu sendiri, yakni suatu prinsip *legal-ethical*, sehingga iktikad baik bermakna *honesty (candour, loyalty et cetera)*. Dengan demikian, pada dasarnya iktikad baik bermakna bahwa satu pihak harus memperhatikan kepentingan pihak lainnya di dalam kontrak. Di sisi lain, iktikad baik dapat dikatakan sebagai pintu masuk hukum melalui nilai moral (*moral values*). Dengan keadaan yang demikian itu menjadikan iktikad baik sebagai norma terbuka (*open norm*), yakni suatu norma yang isinya tidak dapat ditetapkan secara abstrak, tetapi ditetapkan melalui konkretisasi kasus demi kasus dengan memperhatikan kondisi yang ada.

Mengingat ketidakjelasan kriteria iktikad baik di atas, H.G. van der Werf⁶⁰ menyebutkan adanya pertentangan mengenai eksistensi asas iktikad baik tersebut. Bagi mereka yang berpikir positif, iktikad baik berguna dalam mempertahankan hak-hak perdatanya, karena iktikad baik dapat memberikan penyelesaian atas pertikaian perjanjian tidak melalui teknis yuridis. Artinya, iktikad baik

menjadi sarana atau jembatan antara hak perdata di satu pihak sebagai sistem dogmatis yuridis, di lain pihak hak perdata sebagai sarana keadilan untuk penyelesaian sengketa dalam masyarakat. Sebaliknya, bagi yang berpikir skeptis, iktikad baik tidak ada manfaatnya, yang digambarkan seperti kapal tanpa kemudi, dia terhempas oleh yurisprudensi. Lembaga hukum ini tidak memiliki kompas sebagai dasar untuk menguji hubungan yang timbul, juga tidak tidak memiliki arah dan tujuan.

Di dalam konteks putusan pengadilan Indonesia, tidak terlihat adanya penafsiran kepatutan dan keadilan di dalam pertimbangan hukumnya. Di dalam pertimbangan hukumnya, biasanya hakim menyatakan bahwa pembuatan atau pelaksanaan kontrak harus dilandasi iktikad baik. Tidak dijumpai adanya alasan atau kriteria adanya iktikad baik dan iktikad buruk di dalam kontrak, bahkan tidak ditemukan pula bagaimana caranya hakim menentukan ada tidaknya iktikad baik tersebut. Dalam keadaan demikian, sulit dijumpai adanya perdebatan filosofis mengenai makna dan kriteria iktikad baik yang seharusnya dibangun oleh pengadilan.

Ruang lingkup iktikad baik yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata di beberapa negara seperti di Indonesia masih diletakkan pada pelaksanaan kontrak saja. Hal itu terlihat dari bunyi Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia

⁵⁸Martijn Hassenlink. *Op.Cif.* Hlm. 287.

⁵⁹Iktikad baik yang bersifat objektif bermakna, melaksanakan perjanjian dengan memperhatikan norma kepatutan dan keadilan. Selain iktikad baik yang bersifat objektif, dikenal iktikad baik yang bersifat subjektif, yakni yang berkaitan dengan keadaan menguasai (*bezit*).

⁶⁰H.G. van der Werf. 1982. *Redelijkheid en Billijkheid in het Contractenrecht: Enkele Beschouwingen over Goede Trouw, Redelijkheid en Billijkheid in het Huidige en het Komende Contractenrecht.* Arnhem: Gouda Quint BV. Hlm. 12 - 13.

yang menyatakan bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik (*zij moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht*).⁶¹ Padahal sesungguhnya iktikad baik juga diperlukan di dalam proses negosiasi dan penyusunan pembuatan kontrak. Dengan demikian, iktikad baik tersebut sebenarnya sudah harus ada sejak saat proses negosiasi dan penyusunan kontrak hingga pelaksanaan kontrak.

Pada mulanya asas iktikad sebagaimana diatur Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia hanya terletak di dalam pelaksanaan perjanjian.⁶² Di dalam perkembangannya, iktikad baik tersebut harus menguasai pula keadaan sebelum hubungan hukum perjanjian atau kata sepakat tercapai (*pra contractuele verhouding*).⁶³ Di beberapa Kitab Undang-Undang Hukum negara lain, seperti Italia sudah dirumuskan kewajiban iktikad baik di dalam proses negosiasi dan penyusunan kontrak. Pasal 1337 Kode Sipil Italia menentukan:

*“Trattative e responsabilita precontrattuale.
– Le parti, nello svolgimento delle trattative
e nella formazione del contratto, devono
compartarsi secondo buona fede”*

Di Belanda, doktrin iktikad baik dalam proses negosiasi dan penyusunan kontrak telah diakui keberadaannya melalui putusan Hoge Raad Belanda tanggal 15 November 1957 NJ 1958 No. 67.⁶⁴ Putusan ini menyatakan bahwa para pihak yang berunding harus dilandasi iktikad baik, kepatutan, dan keadilan.⁶⁵ Sebagai konsekuensinya, pihak yang satu harus memperhatikan kepentingan hukum pihak lainnya dalam kontrak.⁶⁶ Hoge Raad kemudian berhasil merumuskan atau menarik asas kecermatan dalam pembuatan kontrak (*contractuele zorgvuldigheid, duty of care*), yakni adanya kecermatan bagi pembeli untuk meneliti atau memeriksa (*onderzoekplicht*) fakta-fakta (*facts*) yang berkaitan subjek kontrak.⁶⁷ Beberapa tahun kemudian Hoge Raad juga menerima kewajiban yang sama

⁶¹Sepadan dengan Pasal 1374 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda (lama).

⁶²Dengan ketentuan ini tidak berarti bahwa hukum Indonesia tidak mengenal sama sekali iktikad baik dalam pra kontrak. Pasal 251 Kitab Undang-Undang Hukum Dagang mengenal iktikad baik pra kontrak. Asas yang terkandung di dalam pasal tersebut pada dasarnya merupakan asas *uberrima fides* atau *uberrima fidae* (*the principle of utmost good faith*).

⁶³Lihat Gr van der Burg. 1999. *Buku tentang Perikatan dalam Teori dan Yurisprudensi Negeri Belanda Setelah Perang Dunia II*. Saduran F. Tengker dan Wila Chandrawila Supriadi. Bandung: Mandar Maju. Hlm 95 - 97. Lihat juga Ewoud H. Hondius (ed). 1991. *Pracontractual Liability: Report to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law Montreal, Canada, 18 - 24 August, 1990*. Deventer: Kluwer. Hlm. 63.

⁶⁴P. L. Wery. *Op.Cit.* Hlm. 15.

⁶⁵Arthur S. Hartkamp dan Marianne M.M. Tillema. *Op.Cit.* Hlm. 71.

⁶⁶Ewoud Hondius (ed). *Op.Cit.* Hlm. 226.

⁶⁷*Ibid.*

bagi penjual untuk memberitahukan (*mededelingsplicht*) fakta material (*material facts*) bagi penjual dalam proses negosiasi kontrak.⁶⁸ Sebagai akibat dari pandangan tersebut, maka setiap orang wajib memiliki *contractuele zorgvuldigheid* (kecermatan dalam pembuatan perjanjian) dan *contractuele rechtvaardigheid* (kemuliaan dalam perjanjian). Dengan demikian, sejak saat diadakannya perjanjian harus sudah ada *maatschappelijke zorgvuldigheid* atau kepatutan, ketelitian, dan kehati-hatian dalam pergaulan kehidupan hukum masyarakat. Dengan demikian, negosiasi kontrak atau proses penyusunan kontrak harus dilandasi iktikad baik, tidak dengan iktikad buruk (*bad faith*).⁶⁹

Sesungguhnya, pandangan Hoge Raad tersebut di atas dipengaruhi oleh dua sarjana hukum Eropa terkenal. Pertama, Rudolf von Jhering yang mengintroduksi konsep *culpa in contrahendo* pada tahun 1861. Kedua, Raymon Saleilles yang pada tahun 1907 mengembangkan ketentuan asas iktikad baik dan *fair dealing* dalam hubungan pra kontrak.⁷⁰

Penerapan iktikad baik di dalam hubungan pra kontrak masih menimbulkan berbagai permasalahan. Permasalahan tersebut berkaitan dengan apakah hubungan pra kontrak termasuk hubungan hukum

kontrak ataukah hubungan hukum lainnya? Norma apakah yang mengatur hubungan pra kontrak tersebut? Apakah hubungan tersebut merupakan perbuatan melawan hukum (*tort*) dan berkaitan dengan asas kecermatan pihak yang satu terhadap pihak lainnya (*duty of care*), dan apakah prinsip iktikad baik yang diderivasi dari hukum kontrak?

Di dalam hukum Belgia, Perancis, dan Venezuela, hubungan pra kontrak umumnya diletakkan pada perbuatan melawan hukum. Di beberapa hukum negara lain tidak terlalu dibedakan antara kontrak dan perbuatan melawan hukum. Di Cheko, Slovakia, dan Belanda, hubungan hukum di dalam pra kontrak tidak diperhatikan apakah hubungan tersebut kewajiban kontraktual atau bukan. Hal yang sama juga terjadi di Jepang. Di dalam yurisprudensi Jepang dijumpai bahwa kadang hubungan pra kontrak didasarkan pada perbuatan melawan hukum, dan kadang-kadang pula didasarkan kontrak pendahuluan atau quasi kontrak.⁷¹ Di beberapa negara lain seperti Italia dan Swiss, hubungan hukum pra kontrak yang demikian masih dianggap membingungkan, namun demikian, Mahkamah Agung Swiss lebih mendukung teori perbuatan melawan hukum daripada teori kontrak.⁷²

Di beberapa negara hukum sipil lainnya, upaya hukum terhadap adanya *unfair dealing*

⁶⁸*Ibid.*

⁶⁹ Arthur Hartkamp dan Marianne M.M. Tillema. *Loc.Cit.* Walaupun yurisprudensi Belanda telah menerima asas iktikad baik dalam proses negosiasi dan penyusunan kontrak, tetapi asas tersebut belum diadopsi Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda (Baru). Pembentuk undang-undang lebih cenderung menyerahkannya kepada pengadilan untuk mengembangkan asas tersebut. Lihat Ewoud Hondius (ed). *Op.Cit.* Hlm. 10 dan 227.

⁷⁰ *Ibid.* Ewoud Hondius (ed). Hlm. 225.

⁷¹ *Ibid.* Hlm. 25.

⁷² *Ibid.*

dalam hubungan pra kontrak lebih spesifik lagi, yakni penyalahgunaan hak (*abuse rights*). Teori ini antara lain diikuti Mahkamah Agung Puerto Rico dalam perkara *Producciones Tommy Munis Inc v COPAN*. Mahkamah Agung menyatakan:⁷³

"it could be argued, however, that unjustified breach of agreements is nothing more than exercises of right, inasmuch as the parties are completely free to bind themselves or to stop the negotiation..."

Di dalam kontrak, iktikad baik memiliki dua fungsi. Fungsi pertama adalah fungsi menambah (*aanvullende werking van de goede trouw*).⁷⁴ Dengan fungsi ini hakim dapat menambah isi perjanjian dan menambah kata-kata peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perjanjian itu.⁷⁵ Fungsi kedua adalah fungsi membatasi dan meniadakan (*beperkende en derogerende werking van de goede trouw*).⁷⁶ Dengan fungsi ini hakim dapat mengesampingkan isi perjanjian atau peraturan perundang-

undangan yang berkaitan dengan perjanjian jika terjadi perubahan keadaan.⁷⁷ Perubahan keadaan itu sedemikian rupa mengakibatkan pelaksanaan apa yang terdapat di dalam suatu perjanjian atau peraturan perundang-undangan menjadi tidak adil lagi.⁷⁸

Tidak semua ahli hukum dan pengadilan menyetujui fungsi kedua iktikad baik di atas, karena hal tersebut banyak hal bersinggungan dengan keadaan memaksa (*overmacht*). Jika tidak ada keadaan memaksa debitur tidak dapat dibebaskan dari kewajiban kontraktualnya.⁷⁹ Dalam perkembangannya, di Belanda sejak tahun 1967 fungsi iktikad baik yang kedua telah diterima pengadilan, namun fungsi tersebut hanya boleh dilaksanakan jika ada alasan yang penting (*alleen in sprekende gevallen*). Baik Hoge Raad maupun Kitab Undang Hukum Perdata Belanda (Baru)⁸⁰ mengizinkan pembatasan perjanjian hanya dalam kasus-kasus di mana pelaksanaan perjanjian tidak diterima karena tidak adil.⁸¹ Selain kedua fungsi di atas, iktikad baik juga memiliki peranan penting dalam penafsiran

⁷³*Ibid.* Hlm. 12.

⁷⁴P.L. Wery. *Op.Cit.* Hlm. 18

⁷⁵*Ibid.*

⁷⁶*Ibid.*

⁷⁷*Ibid.*

⁷⁸*Ibid.* Di dalam hukum kontrak *common law*, ajaran perubahan keadaan ini disebut doktrin *frustration on contract*. Lihat juga Walter Woon. 1995. *Basic Business Law in Singapore*. Singapore: Prentice Hall. Hlm. 52 - 53. Lihat juga Ewan MacKendrick. 1990. *Contract Law*. London: Macmillan. Hlm 184 - 85. Doktrin ini juga dikaitkan dengan iktikad baik dan kepatutan. Lihat Purwahid Patrik. *Asas ...Op.Cit.* Hlm. 19 - 20.

⁷⁹ P.L. Wery. *Op.Cit.* Hlm. 11.

⁸⁰ Lihat Pasal 6: 2 ayat (2) dan Pasal 6; 248 ayat (2) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda (Baru).

⁸¹P.L. Wery. *Op.Cit.* Hlm. 13.

kontrak.⁸² Kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan iktikad baik.⁸³

Atas dasar iktikad baik ini, maka kewajiban-kewajiban kontraktual dibatasi, bahkan dapat ditiadakan seluruhnya atas dasar iktikad baik.⁸⁴ Jadi, ajaran iktikad baik secara eksplisit memberikan kewenangan kepada pengadilan atas dasar kepatutan (*fairness*) untuk merevisi atau bahkan meniadakan seluruh isi perjanjian.⁸⁵

Dengan demikian, jelaslah bahwa dengan perluasan makna dan ruang iktikad baik tersebut, mengakibatkan kebebasan para pihak untuk menentukan isi dan bentuk kontrak makin dibatasi.⁸⁶

Di dalam perkara *Ny Lie Lian Joun* melawan *Arthur Tutuarima*⁸⁷, Pengadilan Tinggi Bandung menyatakan, bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik. Oleh karenanya, perjanjian haruslah suatu perjanjian yang patut dan adil. Menurut Pengadilan Tinggi Bandung, apabila di dalam perjanjian itu tidak terdapat kepatutan dan keadilan, hakim dapat merubah perjanjian tersebut. Perubahan tersebut adalah merubah

isi perjanjian. Perjanjian tidak hanya ditentukan oleh rangkaian kata-kata yang disusun para pihak, tetapi juga ditentukan kepatutan dan keadilan. Dalam perkara ini, hakim tinggi tersebut tidak memberikan tafsiran makna iktikad baik tersebut, kecuali menyebutkan iktikad baik harus didasarkan pada kepatutan dan keadilan. Di dalam perkara *S.T. Silalahi* melawan *Suryono* dan kawan-kawan,⁸⁸ Mahkamah Agung mengimplementasikan iktikad baik dengan cara membagi dua risiko antara debitur dan kreditur terhadap adanya perubahan nilai mata uang. Mahkamah Agung berpandangan bahwa risiko perubahan atas nilai mata uang dibebankan kepada kedua belah pihak menurut imbalan yang sama dengan menggunakan harga emas sebagai standar atau patokannya.⁸⁹

Tidak semua sistem hukum di dunia ini menerima konsep atau doktrin iktikad baik. Pada dasarnya doktrin iktikad berasal dari hukum kontrak sistem hukum sipil yang berakar pada hukum romawi.⁹⁰ Sistem *common law*, secara tradisional tidak mengenal

⁸²Martijn Hassenlink. *Op.Cit.* Hlm. 291.

⁸³Arthur S. Hartkamp dan Marianne M.M. Tillema. *Op.Cit.* Hlm. 48.

⁸⁴P.L. Wery. *Op.Cit.* Hlm. 18.

⁸⁵Charles Fried. 1981. *Contract as Promises, a Theory of Contractual Obligation*. Cambridge: Harvard University Press. Hlm. 74.

⁸⁶Purwahid Patrik. *Op.Cit.* Hlm. 8.

⁸⁷1972. *Yurisprudensi Indonesia*. Jakarta: Mahkamah Agung. Hlm. 137- 163

⁸⁸Setiawan. *Menurunnya ...Op.Cit.* Hlm. 3.

⁸⁹Pandangan ini mengikuti yurisprudensi sebelumnya, yakni Putusan Mahkamah Agung Tanggal 27 April 1955 Nomor 92.Ksip/1952 dan Putusan Mahkamah Agung Tanggal 11 Mei 1955 Nomor 26 K/Sip/1955. Lihat Subekti. 1984. *Hukum Perjanjian*. Jakarta: Intermasa. Hlm. 43.

⁹⁰E.Allan Farnsworth. "Good Faith in Contract Performance." Jack Beatson dan Daniel Friedman (eds). *Op.Cit.* Hlm. 154.

doktrin iktikad baik dalam kontrak.⁹¹ Hukum Negara dengan sistem *common law* yang telah menerima doktrin iktikad baik sistem hukum kontraknya adalah Amerika Serikat. Doktrin tersebut terefleksi dalam: *The Uniform Commercial Code (UCC)*, *The American Law Institute's Restatement (2nd) Contract*, dan *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Ketiganya menerima doktrin iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak

Tidak semua negara yang menganut sistem *common law* mau menerima doktrin iktikad baik. Hukum Inggris yang secara tradisional tidak mengenal iktikad baik dalam kontrak cenderung menolaknya, bahkan selama tahun 1960-an ada konsensus di antara hakim-hakim di Inggris untuk tidak menerima doktrin tersebut, dan mempertahankan sistem hukum yang dimiliki Inggris sendiri.⁹² Penolakan tersebut terjadi pada kalangan sarjana hukum Inggris, seperti Roy Goode yang menyatakan sulit untuk mengadopsi konsep umum iktikad baik tersebut, bahkan ia menyatakan, "*we do not know quite what good faith means?*"⁹³

Penolakan penerapan doktrin iktikad baik di Australia juga mendapat tantangan dari beberapa sarjana hukum Australia, seperti H.K. Lucke. Dia menyatakan bahwa tidak masuk akal untuk mengharapkan bahwa doktrin iktikad baik memberikan pengaruh yang signifikan dan menguntungkan hukum perdata Australia.⁹⁴ Dia mendukung pendapat Paul Pinn yang menyatakan bahwa keadilan bukan merupakan milik eksklusif doktrin iktikad baik.⁹⁵ Walaupun ada tantangan dari kalangan akademisi hukum, dalam kenyataannya dewasa ini, doktrin tersebut telah diserap pula oleh *case law* Australia.⁹⁶

Dalam menghadapi ketidakpantasan dan ketidakadilan baik dalam negosiasi dan penyusunan kontrak, di negara-negara dengan sistem *common law* tidak dianut perluasan iktikad baik ke dalam hubungan pra kontrak. Mereka mendasarkan kepada doktrin *undue influence*⁹⁷ dan doktrin *unconscionability*.

Di negara-negara *common law* ajaran penyalahgunaan keadaan telah dikenal di dalam doktrin *equity*.⁹⁸ Di dalam kasus *Lloyds Bank Ltd v Bundy* (1075) QB, Lord Denning MR mencoba menunjukkan bahwa

⁹¹Martijn Hasenlink. *Op.Cit.* Hlm. 287.

⁹²Jack Beatson dan Daniel Friedman. "Introduction: From "Clasical" to Modern Contract Law." Jack Beatson dan Daniel Friedmann (eds). *Op.Cit.* Hlm. 5.

⁹³Jack Beatson dan Daniel Friedmann. *Op.Cit.* Hlm. 157.

⁹⁴*Ibid.*

⁹⁵*Ibid.*

⁹⁶R.A. Ladbury dan I.M. Paterson. "Influence of Continental European Law on Australian Commercial Law." *International Business Lawyer*. Januari 1997. Hlm. 32.

⁹⁷Setiawan. "Kontrak Standar dalam Teori dan Praktek." *Varia Peradilan*. Tahun IX. No. 103 II. April 1994. Hlm. 156.

⁹⁸*Equity* adalah doktrin yang membolehkan hakim untuk membuat suatu putusan yang didasarkan pada asas kepatutan (*fairness*), persamaan (*equality*), hak moral (*moral rights*), dan hukum alam (*natural law*). Lihat Henry R. Cheeseman. 2000 *Contemporary Business Law*. New Jersey: Prentice Hall. Hlm. 195.

penyalahgunaan keadaan bukanlah doktrin yang benar-benar berdiri sendiri. Doktrin ini sebenarnya merupakan perluasan dari *power of equity* bagi pengadilan untuk mengintervensi suatu perjanjian yang di dalamnya terdapat suatu penyalahgunaan posisi yang tidak seimbang di antara para pihak.⁹⁹ Menurut Robert Upex, doktrin penyalahgunaan keadaan ini merupakan perluasan dari doktrin *equity* yang disebut *equitable fraud*.¹⁰⁰ Penyalahgunaan keadaan di dalam sistem *common law* merupakan doktrin yang menentukan pembatalan perjanjian yang dibuat berdasar tekanan yang tidak patut, tetapi tidak termasuk dalam kategori paksaan (*duress*).¹⁰¹ Penyalahgunaan keadaan terjadi manakala seseorang di dalam suatu

perjanjian dipengaruhi oleh suatu hal yang menghalanginya untuk melakukan penilaian (*judgment*) yang bebas dari pihak lainnya, sehingga ia tidak dapat mengambil putusan yang independen.¹⁰² Penekanan tersebut dapat dilakukan karena salah satu pihak memiliki kedudukan khusus (misalnya kedudukan yang lebih dominan atau memiliki hubungan yang bersifat *fiduciary* dan *confidence*).¹⁰³ Pihak yang memiliki kedudukan khusus itu mengambil keuntungan secara tidak pantas dari pihak lainnya yang lebih lemah.¹⁰⁴ Hal tersebut dilakukan tanpa adanya paksaan atau tipuan.¹⁰⁵ Dengan perkataan lain, Van Dunne menyatakan bahwa penyalahgunaan keadaan tersebut dapat terjadi karena keunggulan ekonomis maupun kejiwaan.¹⁰⁶ Jadi, di sini terjadi

⁹⁹T. Antony Downes. 1997. *Contract*. London: Blackstone Press Limited. Hlm. 180.

¹⁰⁰Robert Upex. 1991. *Davies on Contract*. London: Sweet & Maxwell. Hlm. 118.

¹⁰¹T. Antony Downes. *Op.Cit.* Hlm 184. Lihat juga A.G. Guest. *Op.Cit.* Hlm 273. Lihat juga Robert Upex. *Op.Cit.* Hlm. 113. Lihat juga P.S. Atiyah. 1981. *An Introduction to the Law of Contract*. Oxford: Clarendon Press. Hlm. 231. Lihat juga Stephen Graw. 1994. *An Introduction to the Law of Contract*. Sydney: The Law Book Co. Ltd. Hlm. 252.

¹⁰²Catherine Tay Swee Kian dan Tang See Chim. 1987. *Contract Law*. Singapore: Times Book International. Hlm 80. Lihat pula Paul Latimer. 1997. *Australian Business Law*. Sydney: CCH Australia Limited. Hlm. 327 - 328.

¹⁰³A.G. Guest. *Loc.Cit.* Lihat juga Daniel V. Davidson. et.al. 1987. *Comprehensive Business Law*. Boston: Kent Publishing Co. Hlm. 266.

¹⁰⁴Robert W. Clark. 1987. *Inequality of Bargaining Power, Judicial Intervention in Improvident and Unconsonable Bargain*. Toronto: Carswell. Hlm. 95. Lihat juga Michael H. Whincup. 1990. *Contract Law and Practice, The English System and Continental Comparisons*. Deventer: Kluwer. Hlm. 213.

¹⁰⁵S.M. Waddams. 1984. *The Law of Contract*. Toronto: Canada Law Book Inc. Hlm. 385.

¹⁰⁶J.M. van Dunne dan Gr van der Burght. "Penyalahgunaan Keadaan." Materi *Kursus Hukum Perikatan Bagian III*. terjemahan Sudikno Mertokusumo. Kerjasama antara Dewan Kerjasama Ilmu Hukum Belanda dan Proyek Hukum Perdata Indonesia, Semarang 22 Agustus - September 1988, hlm 16 - 27. Dengan bahasa yang lain Henry R. Cheseeman menyatakan bahwa penyalahgunaan keadaan terjadi karena adanya kelemahan satu pihak, yakni kelemahan mental, emosi, fisik. Lihat Henry Cheseeman. *contemporary ... Op.Cit.* Hlm. 251.

ketidakseimbangan hubungan di dalam proses terjadinya suatu kontrak.¹⁰⁷

Apabila di dalam suatu perjanjian terdapat unsur-unsur penyalahgunaan keadaan, maka pengadilan dapat membatalkan perjanjian tersebut.¹⁰⁸ Berkembangnya ajaran penyalahgunaan keadaan baik di dalam sistem hukum kontinental (seperti hukum Belanda) dan sistem hukum *common law* menjadi pembatas baru bagi kebebasan berkontrak.

Doktrin penyalahgunaan keadaan di Belanda mulai diterima adanya putusan Hoge Raad Belanda yang dikenal dengan *Bovag Arrest II*.¹⁰⁹ Di Negeri Belanda dewasa ini, doktrin dan yurisprudensi tersebut telah diangkat ke dalam Pasal 3: 44 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Pasal tersebut menyebutkan: *Een rechtshandeling is vernietigbaar, wanneer zij door bedreiging, door bedrog of door misbruik van omstandigheden is tot gekomen*. Dalam

perumusan pasal tersebut, Meijer sebagai pelopor penyusunan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tersebut, mendapat inspirasi dari doktrin *undue influence* dalam hukum Inggris.¹¹⁰

Ajaran penyalahgunaan keadaan di Indonesia relatif baru. Berlainan dengan di Negeri Belanda, doktrin penyalahgunaan keadaan belum dijadikan sebagai hukum positif. Penerapan doktrin penyalahgunaan keadaan dalam sistem hukum sipil seperti Indonesia masih menimbulkan perdebatan. Di dalam sistem hukum Indonesia dan kebanyakan hukum sipil pada umumnya telah dikenal adanya doktrin iktikad baik yang mencakup iktikad baik dalam proses negosiasi dan penyusunan kontrak serta pelaksanaan kontrak. Selain itu, seringkali dijumpai adanya kesalahan dalam memahami makna penyalahgunaan keadaan, bahkan ada yang menyamakan penyalahgunaan keadaan dengan

Lihat juga A.M. Bloembergen, et.al (eds). 1995. *Rechtshandeling dan Overeenkomst*. Deventer: Kluwer. Hlm. 205 - 206.

¹⁰⁷Doktrin penyalahgunaan keadaan ini tidak mencari dasar pembenarannya pada doktrin kausa hukum yang tidak halal, melainkan pada cacat kehendak (*wilsgebrek*). Lihat Setiawan. "Menurunnya Supremasi Asas Kebebasan Berkontrak." *Newsletter*. No. 15/IV/Desember/1993. Apabila ketidakseimbangan tersebut antara prestasi dan kontraprestasi, lebih tepat dikaitkan dengan doktrin *unconscionability*. Lihat Gary A, Moore. et.al. 1987. *The Legal Environment of Business: A Contextual Approach*. Cincinnati: South Western Publishing Co. Hlm. 239 - 240.

¹⁰⁸T. Antony Downes. *Op.Cit*. Hlm 184. Perhatikan pula Buku 3 Pasal 44 ayat (1) Burgerlijk Wetboek (Baru) Belanda. Lihat juga John D. Calamari dan Joseph M. Perillo. *Op.Cit*. Hlm. 277.

¹⁰⁹Setiawan, *op.cit*. Hlm. 81. Lihat juga Henry P. Penggabean. 1992. *Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik van Omstandigheden) sebagai Alasan (Baru) Pembatalan Perjanjian*. Yogyakarta: Liberty. Hlm. 44. Lihat juga J.M. van Dunne dan Gr van den Burght. "Penyalahgunaan Keadaan." *Materi Kursus Hukum Perikatan Bagian III* Terjemahan Sudikno Mertokusumo. Kerjasama antara Dewan Kerjasama Hukum Belanda dan Proyek Hukum Perdata Indonesia, Semarang 22 Agustus - 3 September 1988, Hlm. 4.

¹¹⁰Lihat J.M. van Dunne. 1993. *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht, 1e gedelte*. Deventer: Kluwer. Hlm. 381.

unconscionability.¹¹¹ Keduanya memiliki kesamaan pada adanya ketidakseimbangan posisi tawar para pihak, tetapi di antara keduanya ada perbedaan. Dalam kasus *Commercial Bank of Australia v Amadio* (1983) 151 CLR 447 Deane J menyatakan bahwa penyalahgunaan keadaan merupakan akibat dari adanya ketidakseimbangan posisi tawar itu terhadap pemberian kata sepakat (*consent* atau *assent*) dari pihak yang lemah (*weaker party*) atau yang dipengaruhi. *Unconscionability* dipandang dari perilaku yang posisi tawarnya lebih kuat untuk memaksakan atau memanfaatkan transaksi terhadap yang lebih lemah posisi tawarnya dalam keadaan tertentu yang tidak sesuai dengan keadilan (*equity*) dan kepatutan (*good conscience*).¹¹²

Ketidaktejelasan tersebut berimbas pula di dalam praktik peradilan. Misalnya dalam kasus *Sri Setyaningsih versus Ny Boesono* dan *R Boesono*, Hakim Agung bersikap bahwa bunga yang ditetapkan kreditur sebesar 10% sebulan adalah tidak sesuai dengan kepatutan dan keadilan. Bunga tersebut terlalu tinggi. Atas dasar iktikad baik, hakim agung mengurangi bunga tersebut menjadi 1% per bulan. Walaupun secara tegas dikatakan bahwa kontrak tersebut adalah bertentangan kepatutan dan keadilan yang merupakan inti atau isi iktikad baik, tetapi di dalam catatan

yang diberikan Z. Asikin Kusumah Atmadja, menyatakan bahwa iktikad baik tidak dapat diterapkan di sini. Di sini terjadi penyalahgunaan keadaan. Penyalahgunaan tersebut dimungkinkan karena adanya ketidakseimbangan dan ketidakserasian kedudukan para pihak.¹¹³ Hakim menurut Z. Asikin Kusumah Atmadja¹¹⁴ tidak menggolongkan penyalahgunaan keadaan itu ke dalam kategori ajaran yang dikuasai iktikad baik, karena di dalam iktikad baik yang dipersoalkan adalah cara untuk memperoleh hak atau wewenang. Dalam cacat kehendak yang dipersoalkan adalah bagaimana sejarahnya sampai diperoleh hak atau kewenangan tersebut. Tegasnya persoalan itu terletak dalam sejarah terjadinya perolehan hak (*het verleden*) dan tidak seperti halnya iktikad baik, yakni bagaimana cara pada waktu melakukan perbuatan untuk memperoleh hak atau wewenang.

Berdasarkan penjelasan di atas, terlihat adanya kelemahan atau kekurangan dalam pengaturan substansi hukum kontrak, khususnya yang berkaitan dengan pengaturan iktikad baik dan penyalahgunaan keadaan. Undang-undang itu tidak sempurna. Tidak mungkin undang-undang mengatur segala kehidupan manusia secara tuntas. Hukum bukanlah suatu hal yang statis. Hukum adalah

¹¹¹ Sri Gambir Melati Hatta, dengan mengutip pendapat Z. Asikin Kusumah Atmadja mensepadankan *misbruik omstandigheden* (Belanda) dengan doktrin *unconscionability* (*common Law*). Lihat Sri Melati Gambir Hatta. 1999. *Beli Sewa sebagai Perjanjian Tak Bernama: Pandangan Masyarakat dan Sikap Mahkamah Agung Indonesia*. Bandung: Alumni. Hlm. 139.

¹¹² *Ibid*.

¹¹³ Lihat Retnowulan Sutantio. "Perjanjian menurut Hukum Indonesia." *Varia Peradilan*. Tahun V No 56. Mei 1990. Hlm. 131.

¹¹⁴ Z. Asikin Kusumah Atmadja. *Op Cit*. Hlm. 368.

bagian dari masyarakat. Oleh karena itu, hukum tumbuh dan berkembang bersama masyarakat itu sendiri¹¹⁵ Pendapat yang ekstrim menyatakan bahwa begitu suatu aturan dikodifikasikan, pada saat yang sama ia akan ketinggalan zaman.¹¹⁶ Hukum berkembang di luar kodifikasi. Adakalanya undang-undang itu tidak lengkap dan adakalanya pula tidak jelas, meskipun undang-undang tidak lengkap atau tidak jelas, undang-undang harus tetap dilaksanakan.¹¹⁷ Kekosongan dan ketidakjelasan hukum tersebut harus diisi oleh pengadilan. Dalam keadaan demikian, yurisprudensi memiliki arti yang sangat penting dalam penegakan hukum.

Dalam menghadapi kasus tertentu atau sengketa yang mengandung keadaan tertentu (*particular circumstances*) maupun *particular reason* yang belum diatur dalam undang-undang, diperlukan cara penyelesaian yang khusus pula. Dapat pula kasus tersebut telah diatur di dalam peraturan perundang-undangan, tetapi substansinya terlalu umum, abstrak, dan bertentangan dengan kepentingan umum atau rumusan tidak sesuai dengan kepatutan.¹¹⁸ Dalam keadaan demikian, hakim berfungsi sebagai *judges as laws maker*.¹¹⁹ Bagaimana hakim mengimplementasikan

hukum di pengadilan bergantung pada interpretasi hakim.¹²⁰ Hakim juga berkewajiban pula untuk menginterpretasikan kemauan pembentuk undang-undang dalam perkara tertentu.¹²¹

Hakim, melalui interpretasinya memiliki peran penting untuk mengurangi kelemahan dan kekurangan itu. Hakim memiliki kewenangan *judges as laws maker*. Dengan kewenangan tersebut menjadikan hakim sebagai orang yang dapat menjadikan undang-undang yang dimaksud tetap aktual dan efektif.¹²² Dengan demikian, putusan pengadilan menjadi hukum yang sesungguhnya berlaku (*law in action*) dalam peristiwa konkreto yang berhubungan dengan kasus tertentu (*particular cases*).¹²³

Dari putusan pengadilan ini akan tergambar pula bagaimana sikap hakim dalam menilai iktikad baik dalam kontrak. Perkembangan konsep iktikad baik yang telah disebutkan di atas umumnya didasarkan kepada doktrin baik yang berasal dari pendapat sarjana maupun putusan pengadilan. Dari putusan pengadilan ini pula akan tergambar bagaimana sikap pengadilan untuk menerapkan doktrin tersebut atau tidak menerapkan doktrin tersebut atau bahkan

¹¹⁵ Setiawan. "Publikasi Putusan Hakim." *Varia Peradilan*. Tahun VIII No. 95 (Agustus 1993).

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ M.Yahya Harahap. 1997. *Beberapa Tinjauan tentang Permasalahan Hukum, Buku Kesatu*, Bandung: Citra Aditya Bakti. Hlm. 184.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Arthur Lewis. 1998. *Introduction to Business Law*. Wirral: Tudor Business Publishing Ltd. Hlm. 9.

¹²⁰ *Ibid.* Hlm. 11.

¹²¹ *Ibid.* Hlm. 188.

¹²² *Ibid.* Hlm. 185.

¹²³ Z.-Asikin Kusumah Atmadja. *Op.Cit.* Hlm. 341.

justeru menimbulkan doktrin baru. Dari putusan pengadilan ini akan terlihat pula bagaimana peranan hakim dalam menafsirkan suatu peraturan perundang-undangan yang kurang jelas atau bahkan dianggap tidak adil.

Dalam kasus Indonesia, sikap pengadilan ini penting artinya sehubungan dengan tesis yang dikemukakan Z. Asikin Kusumah Atmadja. Dia berpendapat bahwa kebebasan berkontrak harus disertai dengan keadilan dalam kontrak yang bersama-sama merupakan suatu pengertian kecermatan berkontrak. Kecermatan berkontrak tersebut diiringi pula dengan kecermatan masyarakat.¹²⁴ Jalan berpikir yang demikian harus menjadi dasar utama atau pegangan dalam menghadapi suatu kontrak yang mengandung unsur penyalahgunaan keadaan. Dalam kenyataannya, hal tersebut belum sepenuhnya disadari para hakim Indonesia.¹²⁵

Sistem peradilan Indonesia tidak menganut sistem *precedent* sebagaimana peradilan di negara-negara dengan sistem *common law*, maka hakim tidak berkewajiban mengikuti putusan pengadilan sebelumnya. Sistem ini mengikuti sistem peradilan di negara hukum sipil, seperti Perancis. Sistem hukum Perancis tidak mengakui yurisprudensi

sebagai sumber hukum.¹²⁶ Dengan demikian tidak ada kewajiban bagi seorang hakim untuk kasus yang sama mengikuti putusan hakim sebelumnya.¹²⁷ Di dalam perkembangannya dewasa ini, praktik menunjukkan bahwa banyak hakim di Perancis dalam memutus suatu perkara mengikuti putusan hakim sebelumnya.¹²⁸ Jika sistem peradilan Indonesia masih mengikuti pola lama sistem peradilan hukum sipil, maka terdapat kemungkinan adanya perbedaan sikap di antara para pihak dalam menilai atau mensikapi konsep iktikad baik. Ini terbukti dari putusan Mahkamah Agung terkadang lebih mengkedepankan asas *pacta sunt servanda*, tetapi ada pula yang lebih mengkedepankan asas iktikad baik daripada asas *pacta sunt servanda*.

Kaitan Iktikad Baik dengan Penemuan Hukum

Dalam menilai iktikad baik, hakim harus memperhatikan kepatutan dan keadilan. Setiap kontrak harus didasarkan *pretium iustum* yang mengacu kepada *reason* dan *equity* yang mensyaratkan adanya keseimbangan antara kerugian dan keuntungan bagi kedua belah pihak dalam kontrak (*just price*).¹²⁹ Hal tersebut sejalan

¹²⁴ *Ibid.* Hlm. 342.

¹²⁵ Donald Haris dan Dennis Tallon (eds). *Op.Cit.* Hlm. 10.

¹²⁶ Perhatikan Pasal 4 dan 5 Kode Sipil Perancis. Lihat Benjamin Watt. "Why French Law Reject Judicial Precedent." *International Business Lawyer*. (January 1997). Hlm. 19.

¹²⁷ Jacques Sales. "Why Judicial Precedent is a Source of Law in France." *International Business Lawyer*, (January 1997). Hlm. 21.

¹²⁸ Harold J Berman. *Loc.Cit.*

¹²⁹ Sudikno Mertokusumo. *Op.Cit.* Hlm 71.

dengan tujuan hukum sendiri, yakni merealisasikan keadilan.¹³⁰ Isi hukum, termasuk isi kontrak harus memuat nilai-nilai keadilan.

Di dalam konteks hukum kontrak, hakim memiliki kewenangan untuk mencegah terjadinya pelanggaran rasa keadilan.¹³¹ Dengan kewenangannya, hakim berhak menghapuskan sama sekali suatu kewajiban kontraktual dari suatu kontrak yang mengandung ketidakadilan.¹³² Mengikuti yurisprudensi di Belanda, maka kepatutan dan keadilan tersebut adalah kepatutan dan keadilan yang berkembang dalam masyarakat.

Hakim dalam melaksanakan fungsi dan kewenangan kehakiman diberikan otonomi kebebasan. Otonomi kebebasan tersebut mencakup:¹³³

1. Menafsirkan peraturan perundang-undangan;
2. Mencari dan menemukan asas-asas dan dasar-dasar hukum;
3. Mencipta hukum baru apabila menghadapi kekosongan peraturan perundang-undangan;
4. Dibenarkan pula melakukan *contra legem* apabila ketentuan peraturan perundang-

undangan bertentangan dengan kepentingan umum; dan

5. Memiliki otonomi yang bebas untuk mengikuti yurisprudensi.

Dengan fungsi dan kewenangan yang demikian itu, hakim dibenarkan bertindak menciptakan hukum. Kewenangan tersebut dilakukan melalui mekanisme *judge made law* yang terbatas pada kasus tertentu. Dalam hal ini hakim melakukan penemuan hukum, dalam arti hakim melakukan proses pembentukan hukum. Ini merupakan proses kongkritisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa kongkrit.¹³⁴

Dengan kewenangan yang dimiliki hakim tersebut, penemuan hukum yang dilakukan tidak sekedar menginterpretasi undang-undang atau hanya melaksanakan undang-undang saja, tetapi juga penemuan hukum karena hakim bukan hanya sebagai corong undang-undang (*la bouche du droit*).¹³⁵ Dengan demikian proses pengadilan bukanlah suatu silogisme. Undang-undang merupakan premis mayor, peristiwa kongkrit adalah premis minor, sedangkan putusan hakim adalah konklusi atau kesimpulannya.¹³⁶

¹³⁰ Subekti. *Perjanjian....Op.Cit.* Hlm 43.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Retnowulan Sutantio. *Op.Cit.* Hlm. 144.

¹³³ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo. *Op.Cit.* Hlm. 4.

¹³⁴ Setiawan. "Pengaruh Yurisprudensi terhadap Peraturan Perundang-undangan." *Varia Peradilan*. Tahun VI No. 65 (Februari 1991). Hlm. 140.

¹³⁵ Pandangan yang menekankan silogisme dalam pengambilan putusan pengadilan merupakan pandangan yang tipis logistis. Lihat John Henry Merryman. 1969. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press. Hlm 37 –38. Wiarda menyebutnya sebagai penemuan heteronom, karena hakim tidak mandiri karena harus tunduk kepada undang-undang. Lihat Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo. *Op.Cit.* Hlm 7.

¹³⁶ *Ibid.* Hlm 29

Dengan kewenangan yang dimiliki hakim itu, hakim dapat melakukan penemuan hukum bebas. Undang-undang memang harus dihormati, tetapi undang-undang selalu ketinggalan zaman, sehingga hakim tidak harus secara mutlak mematuhi. Hakim dapat melihat undang-undang sebagai alat atau sarana untuk membantu menemukan hukum. Di sini hakim tidak semata-mata berfungsi menafsirkan undang, tetapi juga berfungsi sebagai pencipta hukum.¹³⁷ Dalam keadaan demikian, hakim harus selalu mengikuti perkembangan zaman dan akan memperharui aturan hukum yang sudah usang. Sehubungan dengan hal ini Cardozo menyatakan:

*"My duty as judge may be objectify in law, not my own aspiration and conviction and philosophies, but the aspiration and conviction and philosophies of the men and women on my time. Hardly shall I do this well if my own sympathies and beliefs and passionate devotions are with a time that is past".*¹³⁸

Seorang hakim yang baik adalah penterjemah dari rasa keadilan bangsanya. Seorang hakim harus dapat mengikuti dan menghayati terjadinya perubahan nilai dalam hubungan kemasyarakatan. Melalui intepretasi yang baik, hukum akan tetap hidup dari masa ke masa dan memberikan rasa keadilan bagi mereka yang

mendambakannya.¹³⁹ Sehubungan dengan hal tersebut Pitlo mengumpamakan naskah undang-undang sebagai partitur sebuah lagu. Ia merupakan huruf-huruf yang mati. Lagu itu akan hidup apabila dimainkan. Lagu itu akan semakin baik terdengar apabila dimainkan oleh seorang pemusik ulung. Pemusik itulah yang memberi isi dan jiwa lagu tersebut. Seorang hakim yang baik dalam menafsirkan undang-undang bagaikan seorang pemusik yang dapat memberikan isi dan jiwa undang-undang tersebut. Hukum yang hidup adalah hukum yang mengendap dalam putusan hakim.

Simpulan

Iktikad baik merupakan asas penting di dalam hukum kontrak yang memberikan kewenangan kepada hakim untuk melakukan intervensi terhadap suatu kewajiban Kontraktual. Hakim dapat menggunakan tiga fungsi iktikad baik, yakni sebagai instrumen untuk melengkapi, mengurangi, dan menafsirkan kontrak sesuai dengan iktikad baik.

Makna iktikad baik sangat abstrak dan menjadi norma terbuka yang setiap saat dikembangkan oleh hakim melalui putusannya. Akibatnya iktikad baik lebih merupakan produk peradilan daripada legislasi. Penafsiran hakim terhadap iktikad baik tersebut berkembang dalam kasus demi kasus, sehingga sulit untuk menarik kreteria iktikad baik tersebut. □

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Setiawan. *Pengaruh ... Op.Cit.* Hlm 141

¹³⁹ *Ibid.* Hlm 36.

Daftar Pustaka

- Atiyah, P.S. 1981. *An Introduction to the Law of Contract*. Oxford: Clarendon Press.
- Atiyah, P.S. 1988. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Clarendon Press.
- Atiyah, P.S. 1988. *Essay on Contract*. Oxford: Clarendon Press.
- Badruzaman, Mariam Darus. 1983. *KUHPerdata Buku III Hukum Perikatan dengan Penjelasan*. Bandung: Alumni.
- Beatson, Jack, dan dan Daniel Friedmann (eds). 1995. *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Bloembergen, A.R., et.al. 1995. *Rechthandelingen en Overeenkomst*. Deventer: Kluwer.
- Berman, Harold J. 1999. *Law and Revolution, the Formation of Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press.
- Bottomley Stephen; dan Stephen Parker. 1997. *Law in Context*. Sydney: The Federation Press.
- Burg, Gr van der. 1999. *Buku tentang Perikatan dalam Teori dan Yurisprudensi Negeri Belanda Setelah Perang Dunia II*. Saduran F. Tengker dan Wila Chandrawila Supriadi. Bandung: Mandar Maju.
- Calamari, John dan Joseph M.Perillo. 1977. *Contracts*. St. Paul. Minn: West Publishing Company.
- Chand, Hari. 1994. *Modern Jurisprudence*. Kuala Lumpur: International Law Book Services.
- Cheseman, Henry R. 1995. *Business Law: The Legal, Ethical, and International Environment*. New Jersey: Prentice Hall.
- _____. 2000. *Contemporary Business Law*. New Jersey: Prentice Hall.
- Clark. Robert W. 1987. *Inequality of Bargaining Power, Judicial Intervention in Improvident and Unconsonable Bargain*. Toronto: Carwell.
- Davidson, Daniel V., et.al. 1987. *Comprehensive Business Law*. Boston: Kent Publishing Co.
- Dillavou, Essel R., et.al. 1964. *Principles of Business Law*. Engelwood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall Inc.
- Downes, T. Antony. 1997. *Contract*. London: Blackstone Limited.
- Dunne, van J.M. 1993. *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht, 1 e gedelte*. Deventer: Kluwer.
- Dunne, van J.M., dan Gr van der Burght. "Penyalahgunaan Keadaan." Materi *Kursus Hukum Perikatan III* (terjemahan Sudikno Mertokusumo). Kerjasama Dewan Kerjasama Ilmu Hukum Belanda dan Proyek Hukum Perdata Indonesia. Semarang 22 Agustus – 3 September 1988.
- Feibleman, James K. 1985. *Justice, Law, and Culture*. Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- Fried, Charles. 1981. *Contract as Promises, a Theory of Contractual Obligation*.

- Cambridge: Harvard University Press.
- Fuller, Lon L. dan Melvin Aron Eisenberg. 1972. *Basic Contract Law*. West Publishing Co: St.Paul-Minn.
- Gautama, Sudargo. 1993. *Himpunan Yurisprudensi Indonesia yang Penting untuk Praktek Sehari-hari (landmark Decisions) Berikut Komentar, Jilid 6*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Gillies, Peter. 1993. *Business Law*. Sydney: The Federation Press.
- Graw, Stephen. 1997. *An Introduction to the Law of Contract*. Sydney: The Law Book Co. Ltd.
- Guest, A.G. (éd). 1979. *Anson's Law of Contract*. Oxford: Clarendon Press.
- Guest, A.G. (ed). 1983. *Chity on Contract, Volume I – General Principles*. London: Sweet & Maxwell.
- Haanappel P.P.C. dan Ejan Mackaay. 1990. *Nieuwe Nederlands Burgerlijk Wetboek Het Vermogensrecht*. Deventer: Kluwer.
- Harahap, M. Yahya. "Dua Sisi Putusan Hakim Tidak Adfil bagi yang Kalah dan Adil bagi yang Menang." *Varia Peradilan*. Tahun VIII No. 95 (Agustus 1993).
- , 1997. *Beberapa Tinjauan tentang Permasalahan Hukum, Buku Kesatu*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Harris, Donald dan Denis Tallon (eds). 1989. *Contract Law Today, Anglo-French Comparision*. Oxford: Clarendon Press.
- Hartkamp, Arthur et.al (eds). *Toward a European Civil Code*. The Hague: Kluwer, 1998.
- Hartkamp, Atrhur S, dan Marianne M.M. Tillema. 1993. *Contract Law in the Netherlands*. Deventer: Kluwer.
- Hondius, Ewoud H (ed). 1991. *Precontractual Liability: Report to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law Montreal, Canada 18 – 24 August 1990*. Deventer: Kluwer.
- Horwitz, Morton J. 1995. *The Transformation of American Law, 1780 – 1860*. Cambridge: Harvard University Press.
- , 1992. *The Transformation of American Law 1870 – 1960 The Crisis of Legal Orthodoxy*. Cambridge: Oxford University Press.
- Klomp, R.J.Q., (red). 1997. *Burgerlijk Wetboek, Boeken 1 t/m 8*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Kusumah-Atmadja, Z. Asikin (ed). 1992. *Beberapa Yurisprudensi yang Penting serta Hubungan Ketentuan Hukum Hukum Acara*. Jakarta: Mahkamah Agung Republik Indonesia.
- Ladbury, R.A. dan I.M. Paterson. "Influence of Continental European Law on Australian Commercial Law." *International Business Lawyer*. (January 1997).
- Latimer Paul. 1997. *Australian Business Law*. Sydney: CCH Australia Limited.
- Lewis, Arthur. 1998. *Introduction to Business Law*. Wirral: Tudor Business Publishing Ltd.

- Mackendrick, Ewan. 1995. **Contract Law**. London: Macmillan.
- Mahkamah Agung Republik Indonesia. 1972. **Yurisprudensi Indonesia**. Jakarta: Mahkamah Agung Republik Indonesia.
- Merryman, John Henry. 1969. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America**. Stanford: Stanford University Press.
- Mertokusumo, Sudikno. 1999. **Mengenal Hukum**. Yogyakarta: Liberty.
- Mertokusumo, Sudikno dan A. Pitlo. 1993. **Bab-Bab tentang Penemuan Hukum**. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Panggabean, Henry. 1992. **Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik van Omstandigheden) sebagai Alasan (Baru) Pembatalan Perjanjian**. Yogyakarta: Liberty.
- Patrik, Purwahid. 1986. **Asas Iktikad Baik dan Kepatutan dalam Perjanjian**. Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro.
- , "Perubahan Keadaan dan Iktikad Baik." **Penataran Perbandingan Hukum Kontrak**. Kerjasama Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana dengan Vrije Universiteit Amsterdam: Salatiga. 19 – 24 Juli 1993.
- Pound, Roscoe. 1999. **An Introduction to the Philosophy of Law**. New Brunswick: Transaction Publisher.
- Rajagukguk, Erman. "Kontrak Bisnis Internasional dan Kaitannya dengan Analisis Ekonomi terhadap Kontrak." **Jurnal Magister Hukum**. Vol I No.1 (September 1999).
- Ranke, M.E., et.al. (eds). 1995. **Europees Contracten**. Arnhem: Gouda Quint.
- Sales, Jaques. "Why Judicial Precedent is a Source of Law in France." **International Business Lawyer**. (January 1997).
- Santoso, Djohari dan Achmad Ali. 1983. **Hukum Perjanjian Indonesia**. Yogyakarta: Badan Penerbit FH UII.
- Satrio, J. 1995. **Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Perjanjian, Buku II**. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Setiawan. 1992. **Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata**. Bandung: Alumni.
- , "Menurunnya Supremasi Azas Kebebasan Berkontrak." **Newsletter**. No. 15/IV/Desember 1993.
- , "Kontrak Standar dalam Teori dan Praktek." **Varia Peradilan**. Tahun IX. No. 103 (April 1994).
- , "Pengaruh Yurisprudensi terhadap Peraturan Perundang-undangan." **Varia Peradilan**. Tahun VI No. 65 (Februari 1991).
- , "Publikasi Putusan Hakim." **Varia Peradilan**. Tahun VIII. No. 95 (Agustus 1993).
- Simmonds, N.E. **Central Issues In Jurisprudence: Justice, Law, and Rights**. London: Sweet & Maxwell, 1986.
- Sjahdeini, Sutan Remy. 1993. **Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang**

- Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia.** Jakarta: Institut Bankir Indonesia.
- Starke, J.G., et.al. 1992. **Cheshire and Fifoot's Law of Contract.** Sydney: Butterworths.
- Subekti. 1976. **Aspek-Aspek Hukum Perikatan Nasional.** Bandung: Alumni.
- , 1984. **Hukum Perjanjian.** Jakarta: Intermasa.
- Subekti, R. dan R. Tjitrosudibio. 1981. **Kitab Undang-Undang Hukum Perdata** (terjemahan). Jakarta: Pradnya Paramita.
- Sutantio, Retnowulan. "Perjanjian menurut Hukum Indonesia." **Varia Peradilan.** Tahun V No. 56 (Mei 1990).
- Swan, John dan Barry J. Reiter. **Contract: Cases and Materials.** Canada: Emont Montgomery. 1985.3
- Tan Swee Kian, Catherine, dan Tang See Chim. 1987. **Contract Law.** Singapore: Times Book International.
- Tettenborn, A.M. **An Introduction to the Law of Obligation.** London Butterworths, 1984.
- Tumbuan, Fred.B.G. "Kekuatan Mengikatnya Perjanjian dan Batas-batasnya." makalah, Jakarta (Juli 1998).
- Upex, Roberth. 1991. **Davies on Contract.** London: Sweet & Maxwell.
- Waddams, S.M. 1984. **The Law of Contract.** Toronto: Canada Law Book Inc.
- Watt, Benjamin. "Why French Law Reject Judicial Precedent." **International Business Lawyer.** (January 1997).
- Werf, H.G van der. 1982. **Redelijkheid en Billijkheid in het Contractenrecht: Enkele beschouwingen over Goede Trouw, Redelijkheid en Billijkheid in het Huidige en het Komende Contractenrecht.** Arhem: Gouda Quint.
- Wery, P.L. 1990. **Perkembangan Hukum tentang Iktikad Baik di Nederland.** Jakarta: Percetakan Negara.
- Winccup, Michael H. 1990. **Contract Law and Practice, The English System and Continental Comparisions.** Deventer: Kluwer.
- Woon, Walter. **Basic Business Law in Singapore.** Singapore: Prentice Hall, 1995.
- Zweight, Konrad, dan Hein Kotz. 1987. **Introduction to Comparative Law Volume II — The Institution of Private Law.** Oxford: Clarendon Press.
- Burgerlik Wetboek.** Editie 1988/1989. Deventer: Kluwer. 1988.