

# KEBEBASAN BERKONTRAK DALAM PANDANGAN HUKUM PROGRESIF

H.Achmad Busro\*

## **Abstract**

*Freedom of contract is a principle that exists in the legal agreement, which gives freedom to the parties determine the content and the terms of the agreement with restrictions. The restrictions, which are not contrary to law, moral and public order. In this modern era, contracts tend to use a standard contract. Standard contract is a contract made by one party and another party only approve or not without any involvement in the making of the contract. Therefore, the principle of freedom of contract can not function properly in the implementation of standard contract. Given the aforementioned facts necessary to restore the principle of freedom of contract as appropriate for use by the public. One effort to overcome this is by using the principle of freedom of contract in the eyes of progressive law. View of progressive laws against the principle of freedom of contract has purpose to provide liberation and enlightenment in society. Progressive view of law is that law that frees where the science of law has close relationship with the community. Is worth when it is said that the law is always tertanan in "peculia from of sociallife" and "socially specific".*

**Kata kunci:** Kebebasan Berkontrak, Hukum progresif

Revolusi Perancis telah menciptakan pandangan masyarakat untuk adanya kehidupan hukum yang lebih dinamis dengan adanya pengakuan dan menempatkan kepentingan individu diatas segalanya. Mulai saat itu pula muncul era of rights yang memfokuskan pada hak-hak sipil, dan politik warga negara dan negara demokratis modern. Hal itu tercermin pada slogan liberty, equality dan fraternity.

Pemberian hak sipil kepada masyarakat ditandai dengan pengakuan adanya kebebasan dalam setiap hubungan hukum yang secara nil dalam bentuk kontrak antar individu maupun dengan suatu korporasi dalam kedudukan yang seimbang. Masyarakat diberi kebebasan untuk melakukan hubungan hukum dalam bentuk pembuatan hukum baik secara lisan maupun dengan tertulis asalkan memperhatikan rambu-rambu pembatasannya yang meliputi tiga hal. Pertama tidak boleh kontrak yang dilarang Undang-Undang, kedua tidak bertentangan dengan kesusilaan dan ketiga tidak bertentangan dengan ketertiban umum.

Dalam pandangan pemikiran hukum modern, dimana hukum sebagai bagian dari tatanan kehidupan masyarakat dan peradaban modern, hukum bahkan jauh mengungguli bentuk-bentuk manifestasi tatanan yang lain.<sup>1</sup> Secara umum dikemukakan oleh Roberto M. Unger dalam bukunya Teori Hukum Kritis- Posisi Hukum dalam masyarakat modern disebutkan boleh dibilang semua teoritis sosial klasik bekerja menurut perspektif modernisasi. Para teoritis berpendapat peradaban yang mereka tinggali adalah hasil pemisahan revolusioner dengan peradaban-peradaban pendahulunya. Sebuah pemisahan yang mengawali sesuatu yang benar-benar baru dalam dunia sejarah.<sup>2</sup>

## **Perkembangan Kebebasan Berkontrak**

Kebebasan berkontrak disebutkan beberapa istilah seperti Freedom of Contract, Liberty of Contract juga Party otonomy, dan kebebasan berkontrak telah diakui dan dianut sebagai suatu asas hukum dalam perjanjian oleh negara-negara di dunia pada

\* H.Achmad Busro, SH., MH, adalah Dosen Hukum Perdata Fakultas Hukum UNDIP Semarang, Jl. Imam Bardjo, SH No. 1 Semarang

1 Khudzatfah Dimiyati, 2004, Teorisasi Hukum: Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990, Universitas Muhammadiyah Surakarta, hal 83.

2 Roberto. M. Unger, 2007- Teori Hukum Kritis - Posisi Hukum dalam Masyarakat Modern, Nusamedia, Bandung, (Terjemahan Law and Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory, TheFree Press, 1976) hal 181.

umumnya. Sehingga asas kebebasan berkontrak menjaiasashukum yanbersifat universal.<sup>3</sup>

Menurut Asser Rutten, kebebasan berkontrak sudah diterima sebagai asas dalam pergaulan hidup manusia sejak jaman Romawi. Kebebasan berkontrak walaupun dalam bentuk terbatas, sistem tersebutlah yang berlaku dan setiap sistem hukum yang berlaku haruslah disesuaikan dengan kebutuhan-kebutuhan pada jaman itu. Pembatasan-pembatasan pada waktuitutidakdirasakan sebagai rintangan."

Kebebasan berkontrak tumbuh dan berkembang pesat setelah berakhirnya pola perdagangan Merchantile System di Eropa. Sistem dimana aktifitas perdagangan tidak mendapat tempat yang terhormat. Sebelumnya pada abad 16 kekuasaan para raja untuk mengatur berbagai hal kehidupan rakyat sangat dominan. Juga pada waktu itu pemerintah mengatur buruh sebagai tenaga kerja dengan sangat ketat, serta mengendalikan harga barang-barang konsumsi dan membatasi perdagangan antar kota. Pembatasan yang sangat ketat itulah akhirnya menimbulkan perlawanan dari sebagian masyarakat.

Perlawanan tesebut berawal dari pengaruh penemuan mesin-mesin dan perkembangan sistem pabrik serta penganut dari perkembangan ajaran hukum alam pada abad ke 17 dan 18. Perlawanan tersebut mengakhiri pola perdagangan Merchantile system.<sup>5</sup>

Para penganjur hukum alam menyatakan bahwa manusia dituntun oleh suatu asas dimana manusia adalah bagian dari alam, sebagai makhluk yang rasional, ia bertindak sesuai dengan keinginan-keinginannya dan gerak hatinya. Manusia adalah makhluk merdeka, dan oleh karena itu untuk tidak terikat pada suatu perjanjian sama wajarnya dengan untuk terikat. Asas moral dan asas keadilan berada diatas semua aturan dan ketentuan yang dikeluarkan oleh pemerintah.<sup>6</sup>

Salah seorang penganjur aliran hukum alam (sebagaimana diketahui aliran hukum alam dibagi 2 (dua) aliran yaitu aliran hukum irasional yang bersumber dari Tuhan dan aliran hukum alam Rasional yang bersumber pada rasio manusia) yaitu

Hugo De Grotius (1583 - 1645) dalam bukunya Lili Rasjidi dan Ira Rasjidi (Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum) berpendapat bahwa hukum alam adalah produk dari rasio manusia. Rasio manusialah yang merupakan sumber dari hukum. Hukum alam merupakan pencetusan dari pikiran manusia tentang apakah sesuatu tingkah laku manusia itu dipandang baik atau buruk, apakah tindakan manusia itu dapat diterima atau ditolak atas dasar kesusilaan alam,<sup>7</sup>

Berkaitan dengan hak manusia untuk membuat perjanjian, Hugo Grotius berpendapat bahwa hak untuk mengadakan perjanjian adalah salah satu hak asasi manusia.

Ia berpendapat bahwa suatu kontrak adalah suatu tindakan suka rela dari seseorang dimana ia berjanji sesesuatu kepada orang lain dengan maksud bahwa orang lain itu akan menerimanya.<sup>8</sup>

Pendekatan hukum alam terhadap kebebasan berkontrak sebagai suatu kebebasan manusia yang punda mental dari manusia dapat dialihkan sebagaimana halnya dengan hukum alam yang menekankan tentang perlunya adanya kebebasan bagi manusia, maka hal itu berlaku juga berkaitan dengan kontrak-kontrak.<sup>9</sup>

Adam Smith, orang yang terkemuka dalam menganjurkan ekonomi bebas (Laisz faire), mengatakan bahwa suatu ketentuan perundang-undangan seyogyanya tidak digunakan untuk mencampuri kebebasan berkontrak, karena kebebasan berkontrak ini penting bagi kelanjutan perdagangan dan industri. Ia berpendapat bahwa menurut sistem kebebasan berkontrak secara ilmiah, penguasa hanya mempunyai kewajiban untuk melindungi masyarakat dari tindak kekerasan dan invasi dari masyarakat bebas lainnya, melindungi tiap anggota masyarakat dari ketidakadilan dan penindasan yang dilakukan oleh anggota masyarakat lainnya dan menyediakan prasarana umum yang tidak dapat disediakan, dibangun dan dipelihara sendiri oleh para anggota masyarakat itu.<sup>10</sup>

Sejalan dengan pandangan Adam Smith, benar apa yang dikemukakan Sotjipto Rahardjo dalam hukum progresif : Hukum yang membebaskan

3 Sutan Remi Syahdeini, 1993 - Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia Institut Bankir Indonesia, Jakarta hal 70.

4 Asser Rutten, 1988 -Akjemene Leer der overkomsten, dikutip dari Kursus Hukum Perikatan, Dewan kerja sama Ilmu Hukum Belanda dan Indonesia, hal 1.

5 Sultan Remy Syahdeini, op crt, hal 18-19.

6 Wolfgang Friedmann, 1996, Legal Theory, Terjemahan Muhamad Arifin, Rajagrafindo Persada, Jakarta, hal 75.

7 Lili Rasjidi dan Ira Rasjidi. 2001, Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum, Citra Aditya Bakti, Bandung, hal 46-53.

8 Hugo Grotius dalam bukunya Sutan Remi Syahdeini, opcit, hal 19.

9 Thomas Hoboes dalam bukunya Sutan Remi Syahdeini. opcit hal 20.

10 Adam Smith dalam bukunya Sutan Remi Syahdeini, opcit hal 20-22.

perundang-undangan mempunyai pengertian bahwa setiap orang bebas untuk mengadakan perjanjian menurut pilihannya yang antara lain meliputi :

- Setiap orang bebas sesuai kehendaknya mengadakan perjanjian dengan siapa saja.
- Bebas menetapkan isi, perlakuan dan syarat-syarat.
- Bebas untuk memilih ketentuan-ketentuan Undang-Undang yang akan diberlakukan.<sup>15</sup>

### **Kebebasan Berkontrak pandangan hukum Progresif.**

Berbicara pandangan hukum progresif terhadap kebebasan berkontrak yang dalam hukum kontrak telah menjadi suatu asas sama halnya membicarakan hukum dalam artian perilaku dan proses alami dan pada gilirannya juga menyangkut perubahan dalam hukum modern. Karena bila bertumpu pada "peraturan dan perilaku" menunjukan disatu sisi memunculkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang diistilahkan sebagai "Bangkai" disisi lain implementasinya dalam masyarakat tentunya melihat perilaku manusia dalam interaksi melakukan kontrak.

Disini hukum progresif ternyata lebih menempatkan pada kedudukan yang lebih utama pada factor perilaku diatas peraturan. Artinya hukum progresif menilai kebebasan berkontrak sebagai kehendak, kemauan dari para pihak dalam setiap transaksi apakah akan menutup atau tidak kontrak tersebut, hal itu tergantung perilaku dari pihakjuga kemauan untuk memilih, menentukan dengan siapa atau dengan pihak mana yang dikehendaki tentunya merupakan perilaku bukan peraturannya. Pada bagian lain menetapkan bentuk kontrak yang dibuatpun jelas merupakan manifestasi dari perilaku.

Dengan demikian factor manusia dianggap lebih menentukan dari pada peraturan yang ada. Dalam hal ini factor manusia merupakan symbol dari pada unsure-unsur greget (*Compassion, Empathy, Sincerely, Edication, Commitment, dare dan determination*). Ini mengingatkan kita pada ucapan Prof. Taverne "Berikan pada saya jaksa dan hakim yang baik, maka dengan peraturan yang buruk pun saya bisa membuat putusan yang baik". Mantan Hakim Agung Bismar Siregar sering mengatakan bahwa " Keadilan ada diatas hukum" dan oleh karena

itu ia selalu memutus berdasar hati nurani terlebih dahulu dan baru kemudian dicarikan peraturannya, oleh karena hakim hams memutus berdasarkan hukum.<sup>16</sup>

Dalam pandangan hukum progresif sekali lagi faktor manusia lebih diutamakan dari pada faktor hukum, jadi perlu dipahami bahwa hukum sebagai suatu proses dimana, hukum dalam keadaan berproses membangun dirinya, jadi dalam memandang kebebasan berkontrak hukum progresif tidak bergerak pada arah legalistik-dogmatis, analitis-positivistik, tetapi justru lebih mengarah pada sosiologis, dengan menunjukkan gambaran nyata perilaku dalam setiap transaksi atau dalam setiap kontrak. Ini merupakan peluang bagi hukum progresif dimana hukum tidak mutlak digerakkan oleh hukum positif atau perundang-undangan, tetapi juga bergerak pada arah non-formal.

Jadi hukum progresif dalam konteks kebebasan berkontrak mendorong untuk adanya pembebasan diri dan hukum dari dominasi tipe hukum liberal. Pembebasan tersebut ditujukan baik kepada tipe dari asas kebebasan berkontrak, cara pikir yang terkandung dalam kebebasan berkontak maupun padaasasnya.

Karena setelah mencapai puncak kejayaannya, penerapan asas kebebasan berkontrak berangsur-angsur mengalami penurunan. Masyarakat semakin menginginkan peraturan perundangan yang memperhatikan kepentingan masyarakat terutama golongan yang terbelakang dan miskin. Sebab asas kebebasan berkontrak lama-kelamaan justru lebih menguntungkan kaum liberal yang nota bene industriawan.

Wolfgang Friedmann mengidentifikasi bahwa disamping adanya perubahan lingkungan sosial dan ekonomi, factor yang ikut mempengaruhi kemunduran kebebasan berkontrak dan ketidak seimbangan para pihak dalam perjanjian Adalah dengan semakin meluasnya penggunaan perjanjian baku dan meningkatkan penggunaan perjanjian kerja antara majikan dengan buruh.<sup>17</sup>

Segala penggunaan kontrak baku merupakan salah satu factor yang mempengaruhi penegakan asas kebebasan berkontrak. Penggunaan kontrak baku tidak menjamin adanya kebebasan dan kesederajatan individual para pihak. Terlebih lagi bila

15 Asser Rutten. opcit-hal 6.

16 Satjipto Rahardjo, opcit hal 10.

17 Wolfcjang Friedmann, opcit. Hal 76.

Pembatasan kebebasan berkontrak, selama tidak dilarang Undang-Undang, tidak bertentangan dengan kesesuaian dan tidak bertentangan dengan **ketertiban** umum, tidak berarti pembatasan tersebut menghilangkan keberadaan kebebasan berkontrak, selama pembatasan tersebut tidak menghilangkan salah satu unsure dari kebebasan berkontrak maka asas kebebasan berkontrak masih dapat diwujudkan secara a utuh.

Dalam kontrak baku, yang terjadi bukan pembatasan terhadap kebebasan berkontrak, tetapi dengan tidak dipenuhinya sebagian unsure kebebasan berkontrak maka dapat dinyatakan bahwa dalam kontrak baku tidak ada kebebasan berkontrak. Untuk itu hukum progresif dituntut untuk lebih besar perannya dalam menetapkan kebebasan berkontrak untuk adanya pencarian, penbebasan dan pencerahan.

#### DAFTAR PUSTAKA

- Abdulkadir Muhammad, *Perjanjian Buku Dalam Praktek Perusahaan Perdagangan*, PT Citra **AdityaBakti**, Bandung, 1992 Aji Samekto, FX, 2005, *Studi Hukum Kritis Kritik Terhadap Hukum Modern*, Citra Aditya Bakti, Bandung. Asser Rutten, 1988.
- Algemene leer der overenkomsten*, dikutip dari kursus Hukum Perikatan, Dewan kerja sama Ilmu Hukum Indonesia dan Belanda. Friedmann, Wolfgang, 1996, *Legal Theory*, Terjemahan Muhamad Arifin, PT. Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- Hondius. E H, 1996. *Syarat-syarat Baku Dalam Hukum Kontrak*, Compendium Hukum Belanda, yayasan kerja sama Ilmu Hukum Indonesia-Belanda.
- Johannes Gunawan, 1999. *Diktat kuliah Hukum perlindungan Konsumen*, Magister Ilmu Hukum Program Pasca Sarjana Universitas Katolik Parahyangang, Bandung.
- Khudzaifah Dimiyati, 2004. *Teorisasi Hukum*, Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990, Muhammadiyah University Press, Surakarta.
- Lili Rasjidi dan Ira Rasjidi, 2001, *Dasar-Dasar Filsafat dan Theori Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Mariam Darus Badruzaman, *Pembentukan Hukum Nasional Dan Permasalahannya*, Alumni, Bandung, 1981.
- Roberto. M. Unger, 2007, *Teori Hukum Kritis: Posisi Hukum Dalam Masyarakat Modern*, terjemahan dari Law and Modern Society : Toward a Criticism of social theory, Nusamedia, Bandung.
- Satjipto Rahardjo, 2005, *Hukum Progresif: Hukum Yang Membebaskan*. Program Doktor Ilmu Hukum Uniersitas Diponegoro Semarang.
- Sutan Remy Syahdeini, 1993, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang*. Bagi para pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia, Institut Bankir Indonesia, Jakarta.)

dimana ilmu hukum memiliki keterikatan yang erat dengan masyarakatnya. Sulit untuk memahami hukum suatu bangsa dengan baik apabila hukum dilepaskan dari lingkungan dan habitat, dalam hal ini masyarakat dimana hukum berada dan dijalankan. Maka pantaslah apabila dikatakan, bahwa hukum itu selalu tertanam dalam " Peculiarform of Sociallife " dan " Socially Specific". Untuk bagian-bagian tertentu dari hukum seperti perdagangan, memang para ahli di dunia bisa berkumpul di satu meja untuk diskusikannya, tetapi tidak untuk bagian besar selebihnya.<sup>11</sup>

Dalam konteks hubungan kebebasan berkontrak dalam pandangan hukum alam terlihat kedekatan hukum progresif pada Teori-Teori Hukum Alam terletak pada kepeduliannya terhadap hal-hal yang oleh Hans Kelsen disebut sebagai "*Metajudicial*". Teori Hukum Alam mengutamakan "*The Search for Justice*" dari pada lainnya, seperti dilakukan oleh aliran analitis. Hukum progresif mendahulukan kepentingan manusia yang lebih besar dari pada menafsirkan hukum dari sudut "Logika dan Peraturan".<sup>12</sup>

### Ruang Lingkup Kebebasan Berkontrak.

Kebebasan berkontrak lahir dan berkembang sejalan dengan perkembangan hubungan antar manusia, terutama dalam bidang perdagangan. Kebebasan berkontrak sebagai suatu hak asasi manusia telah berkembang dan diterima menjadi salah satu asas hukum perjanjian yaitu asas kebebasan berkontrak.

Asas hukum ini dapat ditemukan diluar peraturan perundang-undangan, oleh karena itu tidak disebutkan secara konkrit dalam aturan hukum, namun dapat diketahui dari tafsiran dan kesimpulan suatu aturan dalam hukum. Sehingga bila berpaling pada pandangan Satjipto Rahardjo bahwa hukum progresif tidak menerima hukum sebagai institusi yang mutlak serta final melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan manusia. Dalam konteks pemikiran yang demikian itu hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada

tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan disini bisa diverifikasi kedalam faktor-faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah hakekatnya" hukum yang selalu dalam proses menjadi" (*law as process, law in the making*). Hukum tidak ada untuk hukum itu sendiri, tetapi untuk manusia.<sup>13</sup>

Jadi keberadaan asas kebebasan berkontrak bila ditinjau ataupun dikaji berdasarkan hukum progresif yang diawali sebagai suatu proses untuk bisa diterima oleh masyarakat menjadi sesuatu yang dibutuhkan diluar ketentuan perundang-undangan, karena dalam hukum progresif titik berat ingin dialihkan dari optik hukum yang hanya mengacu pada hukum positif yang oleh Prof. Satjipto Rahardjo dikatakan " Hukum Positif adalah bangkai" menuju pada pofa tingkah laku atau perilaku manusia sebagai subyek hukum. Karena dalam konsep hukum progresif hukum tidak ada untuk kepentingannya sendiri melainkan untuk suatu tujuan yang berada diluar dirinya. Oleh karena itu, hukum progresif meninggalkan tradisi Analytical Jurisprudence atau Rechtsdogmatiek.

Namun hams diingat, dalam perkembangannya, kontrak yang dilakukan dalam kehidupan masyarakat bukannya kebebasan yang tanpa batas. Pengadilan kemudian berpendapat bahwa asas kebebasan berkontrak memang tidak dapat dibiarkan bekerja tanpa pembatasan. Sehingga bila dilihat pada ruang lingkungannya bahwa kebebasan berkontrak meliputi:

- Kebebasan untuk menutup atau tidak menutup perjanjian.
- Kebebasan untuk memilih dengan siapa akan membuat perjanjian.
- Kebebasan menetapkan bentuk perjanjian.
- Kebebasan menetapkan isi perjanjian.
- Kebebasan untuk menetapkan cara membuat perjanjian.<sup>14</sup>

Melihat ruang lingkup kebebasan berkontrak tersebut diatas jelas arah pemberian kebebasan pada individu yang melakukan kontrak tidak lain adalah perilaku seperti dalam konsep hukum progresif, yang ingin mengalihkan optik hukum menuju pada perilaku.

Menurut Asser Rutten, asas kebebasan berkontrak tidak ditegaskan dalam peraturan

11 Satjipto Rahardjo, 2005, Hukum Progresif: Hukum yang membebaskan jural Hukum Progresif, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, hal 1-2.

12 Satjipto Rahardjo, ibid hal 9.

13 Satjipto Rahardjo, ibid hal 6

14 Johanes Gunawan, 1998. Diktat kuliah Hukum Perlindungan Komsumen, Magister Ilmu Hukum Program Pasca Sarjana. Universitas Parahyangan, Bandung, hal 33.

dalam kontrak baku mencantumkan klausula eksonerasi maka semakin nampaklah adanya ketidakbebasan dan ketidakseimbangan dan kesederajatan parapihak,

Perkembangan kontrak baku yang mempengaruhi penegakan kebebasan berkontrak merupakan perkembangan hukum. Menurut Auguste Comte dalam hukum ada 3 (tiga) tahap perkembangan yang dilalui masyarakat. Tahap yang pertama adalah tahap teologis. Dalam tahap ini manusia percaya pada kekuatan Hani di belakang gejala-gejala alam, tahap yang kedua adalah tahap metafisik. Dalam tahap ini dimulailah kritik terhadap segala pikiran termasuk pikiran teologis. Ide teologi diganti dengan ide-ide abstrak dari metafisika. Tahap yang ketiga adalah tahap positif. Dalam tahap ini gejala-gejala tidak diterangkan lagi oleh suatu ide alam yang abstrak tetapi gejala diterangkan melalui gejala lain dengan mendapati hukum-hukum diantara gejala-gejala yang bersangkutan. Hukum-hukum tersebut sebenarnya merupakan bentuk relasi yang kontans diantara gejala-gejala tersebut. Dengan demikian, positivisme memuat nilai-nilai droam yang diambil dari tradisi ilmu alam yang menempatkan fenomena yang dikaji sebagai obyek yang dapat dikontrol dan digeneralisasi sehingga gejala kedepan bisadiramalkan.<sup>18</sup>

Atas gejala perkembangan diatas menempatkan para Hukum Progresif peran yang lebih besar lagi bagi adanya pembebasan, dan tentunya juga pencerahan agar perkembangan yang ada itu tetap dalam koridor penegakan keadilan.

Abduikadir Muhammad menelusuri gejala penggunaan kontrak baku sebagai akibat dari **timbulnya** golongan yang lebih kuat di satu pihak dan golongan yang lebih lemah dilain pihak. Terjadinya penumpukan modal besar pada kelompok golongan ekonomi kuat menimbulkan golongan masyarakat yang disebut golongan kapitalis. Golongan masyarakat kapitalis ini muncul sebagai pengusaha/produsen, pengusaha menyediakan jasa yang menawarkan produk atau jasa mereka kepada konsumen.<sup>19</sup>

Dalam membuat perjanjian, pihak pengusaha ini pada umumnya berada pada posisi yang lebih kuat

berhadapan dengan konsumen yang mempunyai posisi lemah. Dalam posisinya yang lebih lemah tersebut, konsumen cenderung untuk menerima persyaratan-persyaratan yang ditentukan oleh pihak pengusaha tersebut.

Menurut Abduikadir Muhammad konsumen hanya berhadapan pada dua pilihan, yaitu:

- a. Jika konsumen membutuhkan produksi atau jasa yang ditawarkan kepadanya, setujuilah perjanjian dengan syarat-syarat baku yang disodorkan oleh pengusaha. Dalam bahasa Inggris diungkapkan dengan sebutan *take it or leave it* atau,
- b. Jika konsumen tidak setuju dengan syarat-syarat baku yang ditawarkan itu, janganlah membuat perjanjian dengan pengusaha yang bersangkutan. Dalam bahasa Inggris diungkapkan dengan sebutan *leave it*.<sup>20</sup>

Karena konsumen hanya mempunyai pilihan setuju atau tidak terhadap syarat-syarat baku pada perjanjian baku, Veal Bolger dalam Mariam Dams Badruzaman menamakan perjanjian tersebut dengan sebutan *take it or leave it contract*.<sup>21</sup>

Dalam masyarakat kapitalis sudah lumrah jika pengusaha besar mengendalikan perekonomian masyarakat (negara) dengan produk atau jasa yang dihasilkan berdasarkan model-model **perjanjian** yang mengandung syarat-syarat yang menguntungkan. Syarat-syarat perjanjian **yang** mereka buat dan mereka sodorkan kepada konsumen umumnya kurang mencerminkan rasa keadilan karena konsumen tidak berhak menawar syarat-syarat yang telah ditentukan oleh pihak pengusaha. Menawar berarti menolak syarat-syarat yang ditentukan.

## Penutup

Dalam kaca mata hukum progresif kebebasan berkontrak hanya dapat di wujudkan secara utuh apabila posisi para pihak dalam kontrak adalah relative seimbang. Para pihak diberi kebebasan **untuk** menentukan isi, bentuk dan cara pembuatan kontrak, bebas memilih dengan siapa kontrak dilakukan, jadi konsep hukum progresif yang menempatkan manusia factor utamanya dapat dipenuhi dari pada faktor peraturannya.

18 Fx. Adji Samekto, Studi Hukum Kritis Terhadap Hukum Modern, PT. Citra Aditya Bakti. Bandung, 2005 hal 2-3.

19 Abduikadir Muhammad, Perjanjian Buku Dalam Praktek Pemsahaan Perdagangan, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1992 hal 1-2.

20 Abduikadir Muhammad, *ibid* hal 3.

21 Mariam Dams Badruzaman, pembentukan Hukum Nasional Dan Permasalahannya, Alumni, Bandung, 1981. hal 51.

22 Abduikadir Muhammad, *Op. Cit* hal 4

# KAJIAN YURIDIS TERHADAP KASUS PENGHILANGAN PAKSA AKTIVIS TAHUN 1998 DARI PERSPEKTIF HUKUM PIDANA INTERNASIONAL

Shinta Agustina, Iwan Kurniawan, dan Siska Elvandaif

## Abstract

*Promoting for better Human Rights Protection is one of the primary trigger factors that had led the reform movement in 1998. Unfortunately the movement itself must have been occurred along with many seriously violating of human rights. One of them is the enforced disappearance of persons (activist) in 1997-1998 early in the beginning of reform movement. National Commission on Human Rights (Komnas HAM) has investigated the case in 2006 and found that there was a gross violation of human rights. The Commission submitted the report both to the legislative board and to the Attorney General Office. After a long process Legislative Board has recommended the government to establish an adhoc human rights court as stipulated in article 43, law number 26,2000 to try the case*

**Kata kunci:** Penghilangan Paksa Aktivist, Hukum Pidana Internasional

Promosi dan perlindungan hak asasi manusia (HAM) yang lebih baik merupakan salah satu faktor pemicu utama (*primary trigger factor*) gerakan reformasi yang bergulir tahun 1998.<sup>1</sup> Kehendak akan penghargaan terhadap HAM tersebut dilatarbelakangi praktik penegakan HAM yang buruk selama masa Orde Baru. Bukan rahasia lagi bahwa pada masa itu, negara kita dikenal sebagai negara yang rendah penghargannya terhadap HAM. Meski pemerintah telah meratifikasi berbagai konvensi internasional tentang HAM, tidak serta merta menaikkan peringkat Indonesia di dunia internasional sebagai negara yang menghargai hak asasi warga negaranya dengan baik.

Ironisnya adalah gerakan reformasi yang menghendaki perubahan dalam kehidupan politik, pemerintahan, hukum, dan ekonomi, termasuk HAM, ke arah yang lebih baik, harus dibarengi dengan berbagai peristiwa yang justru melanggar HAM. Diantaranya terjadi tragedi Trisakti, Peristiwa Semanggi I dan II, penculikan dan penghilangan paksa para aktivis, sampai pada kejahatan terhadap

kemanusiaan yang terjadi pasca jajak pendapat di Timor Timur tahun 1999.

Pemerintah bahkan telah membentuk suatu pengadilan khusus untuk mengadili para pelaku pelanggaran berat HAM dalam berbagai peristiwa tersebut, berdasarkan Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia (selanjutnya ditulis UU Pengadilan HAM). Pembentukan pengadilan ini menjadi bukti dari keinginan pemerintahan yang baru di bawah Presiden BJ Habibie ketika itu, untuk menunjukkan kesungguhan pemerintah dalam melindungi dan menegakkan HAM. Terlepas dari semua kontroversi<sup>2</sup> yang mengiringi kelahiran pengadilan tersebut, harus diakui bahwa pengadilan khusus tersebut merupakan yang pertama di dunia sebagai pengadilan terhadap pelanggaran HAM.

Pemerintah juga telah membentuk Pengadilan HAM ad hoc<sup>3</sup> untuk mengadili pelaku pelanggaran berat HAM dalam peristiwa jajak pendapat di Timor Timur. Melalui pengadilan tersebut beberapa pelaku

Shinta Agustina, SH.MH, Iwan Kurniawan, SH dan Siska Elvandari, SH.MH adalah dosen Hukum Pidana Internasional & Sistem Peradilan Pidana Universitas Andalas, Kampus Limau Manis Padang.

- 1 Muladi, 2003. *Pengadilan HAM dalam Konteks Nasional dan Internasional*. Makalah disampaikan pada Penataran Hukum Pidana dan HAM, Padang, 5-6 September 2003, him 13
- 2 Pengadilan HAM dibentuk pada tahun 1999 berdasarkan Perpu Nomor 1 Tahun 1999 tentang Pengadilan HAM. Namun Perpu tersebut ditolak oleh DPR karena tidak memiliki klausul yang memungkinkan pengadilan tersebut mengadili pelaku pelanggaran berat HAM yang terjadi sebelum pengadilan tersebut berdiri. Pemerintah kemudian mengajukan RUU Pengadilan HAM yang didalamnya terdapat Pasal 43, yang menentukan bahwa terhadap peristiwa pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum berlakunya UU ini dapat dibentuk Pengadilan HAM ad hoc untuk mengadili pelakunya. Lihat Shinta Agustina, 2006. *Hukum Pidana Internasional Dalam Teori dan Praktik*. Padang: Unand Press, him 147.
- 3 Dengan landasan hukum Pasal 43 UU Pengadilan HAM tersebut pemerintah mengesahkan Keppres Nomor 53 Tahun 2001 tentang pembentukan Pengadilan HAM ad hoc untuk Kasus Timor Timur dan Tanjung Priok. Luasnya yurisdiksi dalam Keppres tersebut akhirnya direvisi dengan Keppres Nomor 91 Tahun 2001. Lihat Eddy Junaedy Kamasudirja, 2003. *Dari Pengadilan Militer Internasional Nuremberg ke Pengadilan HAM Indonesia*. Jakarta: PTTatanusa, him 132.