

BAB 2 ANALISA HUKUM PERJANJIAN SECARA UMUM

2.1 Pengertian dan Arti Penting Perjanjian

Apabila kita mendengar kata perjanjian, kita langsung berpikir bahwa yang dimaksudkan adalah suatu perjanjian tertulis dan kontrak merupakan arti yang lebih sempit dari perjanjian, dimana kontrak dibuat secara tertulis.⁴² Dan bila kita melihat berbagai tulisan, baik buku, makalah atau tulisan ilmiah lainnya, kesan ini tidaklah salah, sebab penekanan kontrak selalu dianggap sebagai medianya suatu perjanjian yang dibuat secara tertulis.

Istilah kontrak berasal dari bahasa Inggris, yaitu *contracts*. Sedangkan dalam bahasa Belanda dalam *Burgerlijk Wetboek* (selanjutnya disingkat BW) menggunakan istilah *overeenkomst* dan *contract* untuk pengertian yang sama. Hal ini secara jelas dapat disimak dari Buku III titel Kedua tentang “Perikatan-perikatan yang lahir dari kontrak atau perjanjian” yang dalam bahasa aslinya, yaitu: “*Van verbintenissen die uit contract of overeenkomst geboren worden*”. Pengertian ini didukung pendapat banyak sarjana, antara lain: Jacob Hans Niewenhuis,⁴³ Hofmann,⁴⁴ J. Satrio,⁴⁵ Soetojo Pramirohamidjojo dan Marthalena

⁴² Perjanjian merupakan persetujuan (tertulis atau dengan lisan) yang dibuat oleh dua pihak atau lebih, masing-masing bersepakat akan mentaati apa yang tersebut dalam persetujuan itu sedangkan Kontrak merupakan Perjanjian (secara tertulis) antara dua pihak dalam perdagangan, sewa-menyewa, dan sebagainya. Lihat, Departemen Pendidikan Nasional, Loc. Cit., hlm. 458 & 592.

⁴³ Periksa J.H. Niewenhuis dalam bukunya *Hoofstukken Verbintennissenrecht*, (Kluwer:-Deventer, 1976) (selanjutnya disingkat Niewenhuis-I), dan *Drie Beginselen Van Contractenrecht*, (Kluwer: Deventer, 1979) (selanjutnya disingkat Niewenhuis-II), yang juga menggunakan istilah *contract* dalam beberapa tulisannya, dalam Dr. Agus Yudha Hernoko, SH., MH., *Hukum Perjanjian (Asas Proposionalitas dalam Kontrak Komersial)*, (Yogyakarta: Laksbang Mediatama, 2008), hlm. 11.

⁴⁴ Periksa Satrio, Loc. Cit., hlm., 19.

⁴⁵ Ibid.

Pohan,⁴⁶ Mariam Darus Badruzaman,⁴⁷ Purwahid Patrik,⁴⁸ dan Tirtodiningrat⁴⁹ yang menggunakan istilah kontrak dan perjanjian dalam pengertian yang sama.

Subekti⁵⁰ mempunyai pendapat yang berbeda mengenai istilah “perjanjian atau persetujuan” dengan “kontrak”. Menurut Subekti istilah kontrak mempunyai pengertian lebih sempit karena ditujukan kepada perjanjian atau persetujuan yang tertulis. Sedangkan sarjana lain, potheir tidak memberikan perbedaan antara kontrak dan perjanjian, namun membedakan pengertian contract dengan convention (*pacte*). Disebut *convention (pacte)* yaitu perjanjian dimana dua orang atau lebih menciptakan, menghapuskan (*opheffen*) atau merubah (*wijzegen*) perikatan. Sedangkan *contract* adalah perjanjian yang mengharapakan terlaksananya perikatan.⁵¹

Terhadap penggunaan istilah kontrak dan perjanjian, saya sependapat dengan beberapa sarjana yang memberikan pengertian sama antara kontrak dengan perjanjian. Hal ini disebabkan fokus kajian saya berlandaskan pada perspektif BW, dimana antara perjanjian atau persetujuan (*overeenkomst*) mempunyai pengertian yang sama dengan kontrak. Oleh karena itu dalam penelitian ini kedua istilah tersebut akan digunakan secara bersama-sama, hal ini bukan berarti menunjukkan adanya inkonsistensi penggunaan istilah, namun semata-mata untuk memudahkan pemahaman terhadap rangkaian kalimat yang disusun.

⁴⁶ Soetojo Prawirohamdjojo dan Mathalena Pohan, *Hukum Perikatan*, (Surabaya: Bina Ilmu, 1978), hlm., 84

⁴⁷ Mariam Darus Badruzaman, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Buku III Tentang Hukum Perikatan Dengan Penjelasan, Ed. II, Cet. I*, (Bandung: Alumni, 1996), hlm. 89. (Selanjutnya disingkat Badruzaman I)

⁴⁸ Purwahid Patrik, *Dasar-dasar Hukum Perikatan*, (Bandung: Mandar Maju, 1994), hlm. 45.

⁴⁹ R.M. Suryodiningrat, *Asas-Asas Hukum Perikatan*, (Bandung: Tarsito, 1985), hlm. 72.

⁵⁰ Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet. XVI (Jakarta: Intermasa, 1996), hlm. 1. (selanjutnya disingkat Subekti I).

⁵¹ Prawirohamidjojo dan Pohan, Loc.Cit.

Pasal 1313 BW⁵² memberikan rumusan tentang kontrak atau perjanjian adalah “Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Subekti⁵³ memberikan definisi “perjanjian” adalah suatu peristiwa di mana seorang berjanji pada seorang lain atau di mana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Sedangkan KMRT Tirtodiningrat⁵⁴ memberikan definisi perjanjian adalah suatu perbuatan hukum berdasarkan kata sepakat di antara dua orang atau lebih untuk menimbulkan akibat-akibat hukum yang dapat dipaksakan oleh undang-undang.

Menurut Setiawan⁵⁵ rumusan tersebut selain tidak lengkap juga sangat luas. Tidak lengkap karena hanya menyebutkan persetujuan sepihak saja. Sangat luas karena dengan dipergunakannya perkataan “perbuatan” tercakup juga perwakilan sukarela dan perbuatan melawan hukum. Sehubungan dengan itu menurut Setiawan⁵⁶ perlu kiranya diadakan perbaikan mengenai definisi tersebut, yaitu:

- a. Perbuatan harus diartikan sebagai perbuatan hukum. Yaitu perbuatan yang bertujuan untuk menimbulkan akibat hukum;
- b. Menambahkan perkataan “atau saling mengikatkan dirinya” dalam Pasal 1313 BW;
- c. Sehingga perumusannya menjadi, “perjanjian adalah perbuatan hukum, dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.”

Demikian halnya menurut Suryodiningrat,⁵⁷ bahwa definisi pasal 1313 BW ditentang beberapa pihak dengan argumentasi sebagai berikut:

⁵²Terjemahan BW dalam Bahasa Indonesia merujuk pada hasil terjemahan Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1980).

⁵³ Subekti I, Op.Cit.

⁵⁴ A. Qirom Meliala, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan Beserta Perkembangannya*, (Yogyakarta: Liberty, 1985), hlm. 8.

⁵⁵ Setiawan, Loc. Cit., hlm. 49.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Suryodiningrat, Loc.Cit., hlm. 72-74.

- a. Hukum tidak ada sangkut pautnya dengan setiap perikatan, dan demikian pula tidak ada sangkut pautnya dengan setiap sumber perikatan, sebab apabila penafsiran dilakukan secara luas, setiap janji adalah persetujuan;
- b. Perkataan perbuatan apabila ditafsirkan secara luas, dapat menimbulkan akibat hukum tanpa dimaksudkan (misal: perbuatan yang menimbulkan kerugian sebagai akibat adanya perbuatan melanggar hukum);
- c. Definisi pasal 1313 BW hanya mengenai persetujuan sepihak (unilateral), satu pihak sajalah yang berprestasi sedangkan pihak lainnya tidak berprestasi (misal: *schenking* atau hibah). Seharusnya persetujuan itu berdimensi dua pihak, dimana para pihak saling berprestasi;
- d. Pasal 1313 BW hanya mengenai persetujuan *obligatoir* (melahirkan hak dan kewajiban bagi para pihak), dan tidak berlaku bagi persetujuan jenis lainnya (misal: perjanjian *liberatoir*/membebaskan; perjanjian di lapangan hukum keluarga; perjanjian kebendaan; perjanjian pembuktian).

Terhadap definisi Pasal 1313 BW ini Purwahid Patrik⁵⁸ menyatakan beberapa kelemahan, yaitu:

- a. Definisi tersebut hanya menyangkut perjanjian sepihak saja. Hal ini dapat disimak dari rumusan “satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih lainnya”. Kata “mengikat” merupakan kata kerja yang sifatnya hanya datang dari satu pihak saja, tidak dari kedua pihak. Sedangkan maksud dari perjanjian itu para pihak saling mengikatkan diri, sehingga tampak kekurangan yang seharusnya ditambah dengan rumusan “saling mengikatkan diri”;
- b. Kata perbuatan mencakup juga tanpa *consensus*/kesepakatan, termasuk perbuatan mengurus kepentingan orang lain (*zaakwaarneming*) dan perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*). Hal ini menunjukkan makna “perbuatan” itu luas dan yang menimbulkan akibat hukum;
- c. Perlu ditegaskan bahwa rumusan Pasal 1313 BW mempunyai ruang lingkup di dalam hukum harta kekayaan (*vermogensrecht*).

58 Patrik, Loc.Cit., hlm 45-46.

Menurut Neiwenhuis,⁵⁹ perjanjian *obligatoir* (yang menciptakan perikatan) merupakan sarana utama bagi para pihak untuk secara mandiri mengatur hubungan-hubungan hukum di antara mereka. Menurut Polak, suatu persetujuan tidak lain suatu perjanjian (*afspraak*) yang mengakibatkan hak dan kewajiban. Pengertian kontrak atau perjanjian yang dikemukakan para ahli tersebut melengkapi kekurangan definisi Pasal 1313 BW, sehingga secara lengkap pengertian kontrak atau perjanjian adalah perbuatan hukum, dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.

2.2 Jenis-Jenis Kontrak

Para ahli di bidang kontrak tidak ada kesatuan pandangan tentang pembagian kontrak. Masing-masing ahli mempunyai pandangan yang berbeda antara satu dengan yang lainnya. Ada ahli yang mengkaji dari sumber hukumnya, namanya, bentuknya, aspek kewajibannya, maupun aspek larangannya. Berikut ini disajikan jenis-jenis kontrak berdasarkan pembagian di atas.

2.2.1 Kontrak Menurut Sumbernya

Kontrak berdasarkan sumber hukumnya merupakan penggolongan kontrak yang didasarkan pada tempat kontrak itu ditemukan. Sudikno Mertokusumo menggolongkan perjanjian (kontrak) dari sumber hukumnya menjadi 5 (lima) macam, yaitu:⁶⁰

- a. Perjanjian yang bersumber dari hukum keluarga, seperti halnya perkawinan;

59 J.H. Niewenhuis, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, Terjemahan Djasadin Saragih, (Surabaya: 1985), hlm. 1. (selanjutnya disingkat Niewenhuis III).

60 Sudikno Mertokusumo, *Rangkuman Kuliah Hukum Perdata*, (Yogyakarta: Fakultas Pascasarjana, Universitas Gajah Mada, 1987), hlm. 11.

- b. Perjanjian yang bersumber dari kebendaan, yaitu yang berhubungan dengan peralihan hukum benda, misalnya peralihan hak milik;
- c. Perjanjian *obligatoir*, yaitu perjanjian yang menimbulkan kewajiban;
- d. Perjanjian yang bersumber dari hukum acara, yang disebut dengan *bewijsovereenkomst*;
- e. Perjanjian yang bersumber dari hukum publik, yang disebut dengan *publiekrechtelijke Overeenkomst*.

2.2.2 Kontrak Menurut Namanya

Penggolongan ini didasarkan pada nama perjanjian yang tercantum dalam Pasal 1319 KUHPerdota dan Artikel 1355 *New Burgelijk Wet* (NBW). Di dalam Pasal 1319 KUHPerdota dan Artikel 1355 NBW hanya disebutkan 2 (dua) macam kontrak menurut namanya, yaitu kontrak nominaat (bernama) dan kontrak inominaat (tidak bernama). Kontrak nominaat adalah kontrak yang dikenal dalam KUHPerdota. Yang termasuk dalam kontrak nominaat adalah jual beli, tukar-menukar, sewa-menyewa, persekutuan perdata, hibah, penitipan barang, pinjam pakai, pinjam-meminjam, pemberian kuasa, penanggungan utang, perdamaian, dan lain-lain. Sedangkan kontrak inominaat adalah kontrak yang timbul, tumbuh, dan berkembang dalam masyarakat. Jenis kontrak ini belum dikenal dalam KUHPerdota. Yang termasuk dalam kontrak inominaat adalah leasing, beli sewa, *franchise*, kontrak rahim, *joint venture*, kontrak karya, keagenan, *production sharing*, *nominee agreement*, dan lain-lain. Namun, Vollmar mengemukakan kontrak jenis yang ketiga antara bernama dan tidak bernama, yaitu kontrak campuran. Kontrak campuran,⁶¹ yaitu kontrak atau perjanjian yang tidak hanya diliputi oleh ajaran umum (tentang perjanjian) sebagaimana yang terdapat dalam titel I, II, dan IV, karena kekhilafan, titel yang terakhir ini (titel IV) tidak disebut oleh Pasal 1355 NBW. Akan tetapi dalam perjanjian itu terdapat ketentuan-ketentuan khusus yang sebagian menyimpang dari ketentuan umum. Contoh kontrak campuran, misalnya pengusaha sewa rumah penginapan (hotel) yang

⁶¹ Vollmar, H.F.A, *Pengantar Studi Hukum Perdata Jilid II*, diterjemahkan oleh I.S. Adiwimarta, (Jakarta: Rajawali Pers, 1984), hlm. 144-146.

menyewakan kamar-kamar (sewa-menyewa), tetapi juga menyediakan makanan (jual beli), dan pelayanan (perjanjian melakukan jasa-jasa). Kontrak campuran ini disebut dengan *Contractus Sui Generis*. Artinya ketentuan-ketentuan mengenai perjanjian khusus paling tidak dapat diterapkan secara analogi (Arrest HR, 10 Desember 1936) atau orang menetapkan teori Absorpsi (*Absorptietheorie*). Artinya diterapkanlah peraturan perundang-undangan dari perjanjian, di dalam peristiwa yang terjadi merupakan peristiwa yang paling menonjol (HR, 12 April 1935), sedangkan dalam tahun 1947 Hoge Raad menyatakan diri (HR, 21 Februari 1947) secara tegas sebagai penganut teori kombinasi.

2.2.3 Kontrak Menurut Bentuknya

Dalam KUHPerdato tidak disebutkan secara sistematis tentang bentuk kontrak. Namun apabila kita menelaah berbagai ketentuan yang tercantum dalam KUHPerdato maka kontrak menurut bentuknya dapat dibagi menjadi dua macam, yaitu kontrak lisan dan tertulis. Kontrak lisan adalah kontrak atau perjanjian yang dibuat oleh para pihak cukup dengan lisan atau kesepakatan saja (Pasal 1320 KUHPerdato). Dengan adanya konsensus maka perjanjian itu telah terjadi. Termasuk dalam golongan ini adalah perjanjian konsensual dan riil. Perbedaan ini diilhami dari hukum Romawi. Di dalam hukum Romawi, tidak hanya memerlukan adanya kata sepakat, tetapi perlu diucapkan kata-kata yang suci dan perjanjian itu harus didasarkan atas penyerahan nyata dari suatu benda. Perjanjian konsensual adalah suatu perjanjian yang terjadi apabila yang dibuat dan dilaksanakan secara nyata.

Kontrak tertulis merupakan kontrak yang dibuat oleh para pihak dalam bentuk tulisan. Hal ini dapat kita lihat pada perjanjian hibah yang harus dilakukan dengan akta notaris (Pasal 1682 KUHPerdato). Kontrak ini juga dibagi menjadi dua macam, yaitu dalam bentuk akta di bawah tangan dan akta notaris. Akta di bawah tangan adalah akta yang cukup dibuat dan ditandatangani oleh para pihak. Sedangkan akta autentik merupakan akta yang dibuat oleh atau di hadapan notaris.

Akta yang dibuat oleh notaris merupakan akta pejabat. Contohnya, berita acara Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS) sebuah PT.

2.2.4 Kontrak Timbal Balik

Penggolongan ini dilihat dari hak dan kewajiban para pihak. Kontrak timbal balik merupakan perjanjian yang dilakukan kedua belah pihak yang menimbulkan hak dan kewajiban pokok seperti pada jual beli dan sewa menyewa.⁶² Perjanjian timbal balik dibagi menjadi dua macam, yaitu timbal balik tidak sempurna dan yang sepihak. Kontrak timbal balik tidak sempurna senantiasa menimbulkan suatu kewajiban pokok bagi satu pihak, sedangkan pihak lainnya wajib melakukan sesuatu. Di sini tampak adanya prestasi yang seimbang satu sama lain. Sedangkan Perjanjian sepihak merupakan perjanjian yang menimbulkan kewajiban bagi satu pihak saja. Tipe perjanjian ini adalah perjanjian pinjam mengganti. Pentingnya pembedaan di sini adalah dalam rangka pembubaran perjanjian.

2.2.5 Perjanjian Cuma-Cuma atau dengan Alas Hak yang Membebani

Penggolongan ini didasarkan pada keuntungan salah satu pihak dan adanya prestasi dari pihak lainnya. Perjanjian cuma-cuma merupakan perjanjian yang menurut hukumnya hanya menimbulkan keuntungan bagi salah satu pihak.⁶³ Sedangkan perjanjian dengan alas hak yang membebani merupakan perjanjian, disamping prestasi pihak yang satu dan senantiasa ada prestasi (kontra) dari pihak lain, yang menurut hukum saling berhubungan.⁶⁴

⁶² Ibid., hlm 130.

⁶³ Ibid., hlm 133.

⁶⁴ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Perjanjian*, (Yogyakarta: Yayasan Badan Penerbit Gajah Mada, 1980), hlm. 6.

2.2.6 Perjanjian Berdasarkan Sifatnya

Penggolongan ini didasarkan pada hak kebendaan dan kewajiban yang ditimbulkan dari adanya perjanjian tersebut. Perjanjian menurut sifatnya dibagi menjadi dua macam, yaitu perjanjian kebendaan (*zakelijke overeenkomst*) dan perjanjian obligatoir.⁶⁵ Perjanjian kebendaan adalah suatu perjanjian, yang ditimbulkan oleh hak kebendaan, diubah atau dilenyapkan, hal itu untuk memenuhi perikatan. Contoh perjanjian ini adalah perjanjian pembebanan jaminan dan penyerahan hak milik. Sedangkan perjanjian obligatoir merupakan perjanjian yang menimbulkan kewajiban dari para pihak.

Disamping itu, dikenal juga jenis perjanjian dari sifatnya, yaitu perjanjian pokok dan perjanjian *accessoir*. Perjanjian pokok merupakan perjanjian yang utama, yaitu perjanjian pinjam-meminjam uang, baik kepada individu maupun pada lembaga perbankan. Sedangkan perjanjian *accessoir* merupakan perjanjian tambahan, seperti perjanjian pembebanan hak tanggungan atau fidusia.⁶⁶

2.2.7 Perjanjian dari Aspek Larangannya

Penggolongan perjanjian berdasarkan larangannya merupakan penggolongan perjanjian dari aspek tidak diperkenankannya para pihak untuk membuat perjanjian yang bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum.

2.3 Syarat Sahnya Suatu Perjanjian

Untuk syarat sahnya suatu perjanjian diterapkan Pasal 1320 KUHPerdara yang menyebutkan bahwa untuk sahnya suatu perjanjian harus memenuhi 4 (empat) unsur, yaitu:

⁶⁵ Vollmaar., Op. Cit., hlm. 133

⁶⁶ Sofwan,, Op. Cit.

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
3. Suatu hal tertentu; dan
4. Suatu sebab yang halal.

Syarat pertama dan kedua adalah mengenai subjeknya atau pihak-pihak dalam perjanjian sehingga disebut sebagai syarat subjektif, sedangkan syarat ketiga dan keempat disebut syarat objektif karena mengenai objeknya suatu perjanjian. Dalam hal ini harus dibedakan antara syarat subjektif dengan syarat objektif. Dalam hal syarat subjektif tidak terpenuhi, maka perjanjian itu batal demi hukum. Artinya, dari semula tidak pernah dilahirkan suatu perjanjian dan tidak pernah ada suatu perikatan. Tujuan para pihak yang mengadakan perjanjian tersebut untuk melahirkan suatu perikatan hukum, adalah gagal. Dengan demikian, maka tidak ada dasar untuk saling menuntut di depan hakim,. Dalam bahasa Inggris dikatakan bahwa yang demikian itu *null and void*.

Dalam hal syarat objektif tidak terpenuhi, maka perjanjiannya bukan batal demi hukum, melainkan salah satu pihak mempunyai hak untuk meminta supaya perjanjian itu dibatalkan. Pihak yang dapat meminta pembatalan itu adalah pihak yang tidak cakap atau pihak yang memberikan sepakatnya secara tidak bebas. Jadi, perjanjian yang telah dibuat itu mengikat juga, selama tidak dibatalkan (oleh Hakim) atas permintaan pihak yang meminta pembatalan.⁶⁷

Dengan demikian, nasib sesuatu perjanjian seperti itu tidaklah pasti dan bergantung pada kesediaan suatu pihak untuk menaatinya. Perjanjian yang demikian dinamakan *voidable* atau *vernietigbaar*. Ia selalu diancam dengan bahaya pembatalan.⁶⁸ Dalam Hukum Perjanjian berlaku suatu asas yang dinamakan asas konsensualitas. Perkataan ini berasal dari perkataan *consensus* yang berarti sepakat. Asas konsensualitas bukanlah berarti untuk suatu perjanjian disyaratkan adanya kesepakatan. Ini sudah semestinya suatu perjanjian juga dinamakan persetujuan, berarti 2 (dua) pihak sudah setuju atau bersepakat

⁶⁷ Lihat, Niewenhuis III, Loc. Cit., hlm. 2.

⁶⁸ Hasanuddin Rahman, *Aspek-Aspek Hukum Pemberian Kredit Perbankan di Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1995), hlm. 146-147. (Selanjutnya disingkat Rahman I).

mengenai sesuatu hal. Asas konsensualitas ialah pada dasarnya perjanjian dan perikatan yang timbul karenanya itu sudah dilahirkan sejak detik tercapainya kesepakatan. Dengan perkataan lain, perjanjian itu sudah sah apabila sudah sepakat mengenai hal-hal pokok dan tidaklah diperlukan suatu formalitas.

Dikatakan juga, bahwa perjanjian-perjanjian itu pada umumnya "*konsensuil*". Adakalanya undang-undang menetapkan, bahwa untuk sahnya suatu perjanjian diharuskan perjanjian itu diadakan secara tertulis (perjanjian perdamaian) atau dengan akta Notaris (perjanjian penghibahan barang tetap), tetapi hal yang demikian itu merupakan suatu kekecualian. Yang lazim, bahwa perjanjian itu sudah sah dalam arti mengikat, apabila sudah tercapai kesepakatan mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian itu. Jual beli, tukar-menukar, sewa-menyewa adalah perjanjian yang konsensuil. Asas konsensualitas tersebut lazimnya disimpulkan dari Pasal 1320 KUHPerdota.

Oleh karena dalam pasal tersebut tidak disebutkan suatu formalitas tertentu di samping kesepakatan yang telah dicapai itu, maka disimpulkan bahwa setiap perjanjian itu sudahlah sah (dalam arti "mengikat") apabila sudah tercapai kesepakatan mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian itu. Namun demikian, terhadap asas konsensualitas itu, ada juga kekecualiannya, yaitu di sana-sini oleh undang-undang ditetapkan formalitas-formalitasnya tertentu untuk beberapa macam perjanjian, atas ancaman batalnya perjanjian tersebut apabila tidak menuruti bentuk cara yang dimaksud.

Bagaimana bentuk konsensualitas suatu perjanjian yang dibuat secara tertulis (kontrak)? Salah satunya adalah adanya pembubuhan tanda tangan dari pihak-pihak yang terlibat dalam perjanjian dimaksud. Tanda tangan mana selain berfungsi sebagai wujud kesepakatan, juga sebagai wujud persetujuan atas tempat dan waktu serta isi perjanjian yang dibuat tersebut. Tanda tangan ini juga berhubungan dengan kesengajaan para pihak untuk membuat suatu kontrak sebagai suatu bukti atas suatu peristiwa. Selanjutnya, syarat kecakapan untuk membuat suatu perikatan, harus dituangkan secara jelas mengenai jati diri para pihak. Pasal 1330 KUHPerdota, menyebutkan bahwa orang-orang yang tidak cakap untuk membuat suatu perjanjian adalah:

1. Orang yang belum dewasa;
2. Mereka yang ditaruh di bawah pengampuan; dan
3. Orang perempuan dalam hal-hal yang ditetapkan oleh undang-undang, dan semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat perjanjian-perjanjian tertentu.

Untuk syarat suatu hal tertentu, berkenaan dengan pokok perikatan yang justru menjadi isi daripada kontrak. Suatu perjanjian harus mempunyai pokok (objek) suatu barang yang paling sedikit ditentukan jenisnya, sedangkan mengenai jumlahnya dapat tidak ditentukan waktu dibuat perjanjian asalakan nanti dapat dihitung atau ditentukan jumlahnya (Pasal 1333 KUHPerduta). Bila dilihat dari bahasa Belandanya, maka terjemahan barang dalam Pasal 1333 KUHPerduta berasal dari kata *zaak* yang menurut Kamus Umum Belanda – Indonesia oleh Prof. Drs. S. Wojowasito, dapat diartikan sebagai berikut.⁶⁹

1. Benda (barang);
2. Usaha (perusahaan);
3. Sengketa/perkara;
4. Pokok persoalan;
5. Sesuatu yang diharuskan (keharusan);
6. Tidak penting.

Kalau dihubungkan dengan Pasal 1320 KUHPerduta yang menyatakan salah satu syarat perjanjian adalah “hal” yang tertentu dan kata “hal” ini berasal dari bahasa Belanda *onderwerp* yang dapat juga diartikan pokok uraian atau pokok pembicaraan (atau pokok persoalan), maka *zaak* lebih tepat bila diterjemahkan sebagai pokok persoalan (arti nomor 4 dalam kamus Prof. Drs. S. Wojowasito). *Zaak* dalam Pasal 1333 KUHPerduta (juga dalam Pasal 1332 dan Pasal 1334) lebih tepat diterjemahkan sebagai pokok persoalan karena pokok atau objek dari perjanjian dapat berupa bukan benda/barang, melainkan jasa, misalnya perjanjian kerja. Suatu perjanjian memang seharusnya berisi pokok/objek yang tertentu agar dapat dilaksanakan. Hakim kiranya akan berusaha sebisanya untuk mencari tahu

⁶⁹ Lihat dalam, Hasanuddin Rahman, *Contract Drafting*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003), hlm. 10. (selanjutnya disingkat Rahman II)

apa pokok atau objek dari suatu perjanjian agar perjanjian itu dapat dilaksanakan, tetapi bila sampai tidak dapat sama sekali ditentukan pokok (objek) perjanjian itu, maka perjanjian itu menjadi batal (tidak sah).⁷⁰

Untuk suatu sebab yang halal, dapat dikemukakan beberapa pasal khususnya Pasal 1336 KUH Perdata yang menyatakan bahwa jika tidak dinyatakan sesuatu sebab, tetapi ada suatu sebab yang halal ataupun jika ada suatu sebab lain daripada yang dinyatakan, perjanjian demikian adalah sah. Pasal ini bila dilihat dari terjemahan yang seperti tersebut di atas sangat membingungkan karena pertama-tama dikatakan : Jika tidak dinyatakan sesuatu sebab.....”; kalimat ini menjelaskan tentang suatu perjanjian yang tanpa sebab. Lalu, kata-kata selanjutnya menyebutkan: “....., tetapi ada suatu sebab yang halal”.. Apa maksud dari kalimat: “tidak ada sebab, tetapi ada sebab yang halal”? Bila dilihat dari bahasa Belandanya, maka mungkin dapat dicari sebab dari keganjilan ini. Kalimat: “*en er echter eene ge oorlefde aan wezig...*”, dari kalimat bahasa Belanda itu seharusnya diterjemahkan sebagai: “tetapi ada ‘sesuatu’ yang halal (diperbolehkan)”, bukan ada “sebab” yang halal karena dalam kalimat itu tidak ada kata “*oorzaak*”/ “sebab”. Jelaslah Pasal 1336 KUH Perdata ini merupakan dasar bagi sesuatu perjanjian yang tanpa sebab menjadi perjanjian yang sah asalkan ada sesuatu yang halal (diperbolehkan).⁷¹ Pendapat ini sejalan dengan pendapat yang dikemukakan Subekti yang menyebutkan bahwa dengan sebab (bahasa Belanda *oorzak*, bahasa Latin *causa*) ini dimaksudkan tidak ada lain daripada isi perjanjian. Dengan segera harus dihilangkan suatu kemungkinan salah sangka, bahwa sebab itu adalah sesuatu yang menyebabkan seseorang membuat perjanjian yang termaksud. Bukan itu yang dimaksudkan oleh undang-undang dengan sebab yang halal itu. Sesuatu yang menyebabkan seseorang membuat suatu perjanjian pada dasarnya tidak diperdulikan oleh undang-undang. Hukum pada dasarnya tidak menghiraukan apa yang berada dalam gagasan seseorang atas apa yang dicita-citakannya. Yang diperhatikan oleh hukum atau undang-undang hanyalah tindakan orang-orang dalam masyarakat.

⁷⁰ Hardijan Rusli, *Hukum Perjanjian Indonesia dan Common Law*, Cet. II, (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan , 1996), hlm. 86.

⁷¹ Rahman I., Op. Cit., hlm. 11.

2.4 Asas-asas dalam Hukum Kontrak

Dalam seminar tentang “Reformasi Kitab Undang-Undang Hukum Perdata” yang diselenggarakan oleh Badan Pengembangan Hukum Nasional (BPHN) pada tahun 1981 dinyatakan bahwa undang-undang kontrak yang baru akan dibuat berlandaskan pada asas-asas berikut:⁷²

- a. Asas kebebasan untuk mengadakan kontrak;
- b. Asas menjamin perlindungan bagi kelompok-kelompok ekonomi lemah;
- c. Asas itikad baik;
- d. Asas keselarasan;
- e. Asas kesusilaan;
- f. Asas kepentingan umum;
- g. Asas kepastian hukum;
- h. Asas *pacta sunt servanda*.

Asas-asas sebagaimana yang direkomendasikan oleh BPHN tersebut di atas pada prinsipnya sebagian besar sama dengan asas-asas dalam UNIDROIT. Dari berbagai asas hukum yang terdapat dalam hukum kontrak terdapat 4 (empat) asas yang dianggap sebagai soko guru hukum kontrak, yaitu asas kebebasan berkontrak, asas konsensualisme, asas *pacta sunt servanda* dan asas itikad baik.

2.4.1 Asas Kebebasan Berkontrak

Asas kebebasan berkontrak merupakan asas yang menduduki posisi sentral didalam hukum kontrak, meskipun asas ini tidak dituangkan menjadi aturan hukum namun mempunyai pengaruh yang sangat kuat dalam hubungan kontraktual para pihak. Asas ini dilatarbelakangi oleh faham individualisme yang secara embrional lahir dari zaman Yunani, dilanjutkan oleh kaum *Epicuristen* dan berkembang pesat pada zaman *renaissance* (dan semakin ditumbuhkembangkan pada zaman *Aufklarung*) melalui antara lain ajaran-ajaran Huho de Groot, Thomas Hobbes, John Locke dan Rousseau. Perkembangan ini mencapai puncaknya

⁷² Tim Pengembangan Hukum Ekonomi (ELIPS), *Model Pengembangan Hukum Ekonomi*, (Jakarta: Proyek ELIPS, 1998), hlm. 91.

setelah periode Revolusi Perancis.⁷³ Sebagai asas yang bersifat universal yang bersumber dari paham hukum, asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) muncul bersamaan dengan lahirnya paham ekonomi klasik yang mengagungkan *laissez faire* atau persaingan bebas.⁷⁴ Kebebasan berkontrak pada dasarnya merupakan perwujudan dari kehendak bebas, pancaran hak asasi manusia yang perkembangannya dilandasi semangat liberalisme yang mengagungkan kebebasan individu. Perkembangan ini seiring dengan penyusunan BW di negeri Belanda, dan semangat liberalisme ini juga dipengaruhi semboyan revolusi Perancis “*liberte, egalite et fraternite*” (kebebasan, persamaan dan persaudaraan).

Dalam buku III BW menganut sistem terbuka, artinya hukum memberi keleluasaan kepada para pihak untuk mengatur sendiri pola hubungan hukumnya. Apa yang diatur dalam Buku III BW hanya sekedar mengatur dan melengkapi (*regelend recht – aanvullendrecht*). Berbeda dengan pengaturan Buku II BW yang menganut sistem tertutup atau bersifat memaksa (*dwingend recht*), dimana para pihak dilarang menyimpangi aturan-aturan yang ada didalam Buku II BW tersebut. Sistem terbuka Buku III BW ini tercermin dari Pasal 1338 (1) BW yang menyatakan bahwa, “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.” Menurut Subekti,⁷⁵ cara menyimpulkan asas kebebasan berkontrak ini adalah dengan jalan menekankan pada perkataan “semua” yang ada dimuka perkataan “perjanjian”. Dikatakan bahwa Pasal 1338 ayat (1) itu seolah-olah membuat suatu pernyataan (proklamasi) bahwa kita diperbolehkan membuat perjanjian apa saja dan itu akan mengikat kita sebagaimana mengikatnya undang-undang. Pembatasan terhadap kebebasan itu hanya berupa apa yang dinamakan “ketertiban umum dan kesusilaan”. Istilah “semua” didalamnya terkandung – asas *partij autonomie; freedom of contract; beginsel van de contract vrijhed* – memang sepenuhnya menyerahkan kepada para

73 Badruzaman I., Loc. Cit., hlm. 110.

74 Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, (Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1993), hlm. 75.

75 Subekti, *Aneka Perjanjian*, Cet. VI., (Bandung: Alumni, 1995), hlm. 4-5 (selanjutnya disingkat subekti II).

pihak mengenai isi maupun bentuk perjanjian yang akan mereka buat, termasuk penguasaan dalam bentuk kontrak standar. Kebebasan berkontrak disini memberikan kebebasan kepada para pihak untuk membuat perjanjian dengan bentuk atau format apapun (tertulis, lisan, *scriptless*, *paperless*, otentik, non otentik, sepihak/*eenzijdig*, adhesi, standar/baku dan lain-lain), serta dengan isi atau substansi sesuai yang diinginkan para pihak. Dengan demikian menurut asas kebebasan berkontrak, seseorang pada umumnya mempunyai pilihan bebas untuk mengadakan perjanjian.⁷⁶ Di dalam asas ini terkandung suatu pandangan bahwa orang bebas untuk melakukan atau tidak melakukan perjanjian, bebas dengan siapa ia mengadakan perjanjian, bebas tentang apa yang diperjanjian dan bebas untuk menetapkan syarat-syarat perjanjian. Menurut Sutan Remi, asas kebebasan berkontrak menurut hukum perjanjian Indonesia meliputi ruang lingkup sebagai berikut:⁷⁷

- a. Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian;
- b. Kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ia ingin membuat perjanjian;
- c. Kebebasan untuk menentukan atau memilih causa dari perjanjian yang akan dibuatnya;
- d. Kebebasan untuk menentukan objek perjanjian;
- e. Kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian;
- f. Kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*aanvullend, optional*).

Namun yang penting untuk diperhatikan bahwa kebebasan berkontrak sebagaimana tersimpul dalam Pasal 1338 (1) BW tidaklah berdiri dalam kesendiriannya. Asas tersebut berada dalam satu sistem yang utuh dan padu dengan ketentuan lain terkait. Dalam praktik dewasa ini, acapkali asas kebebasan berkontrak kurang dipahami secara utuh, sehingga banyak memunculkan (kesan) pola hubungan kontraktual yang tidak seimbang dan berat sebelah. Kebebasan

⁷⁶ Peter Mahmud Marzuki, "Batas-Batas Kebebasan Berkontra," *Yuridika*, Vol. 18 No. 3, (Mei 2003), hlm. 31.

⁷⁷ Sjahdeni, Op. Cit., hlm 47.

berkontrak didasarkan pada asumsi bahwa para pihak dalam kontrak memiliki posisi tawar (*bargaining position*) yang seimbang,⁷⁸ tetapi dalam kenyataannya para pihak tidak selalu memiliki posisi tawar yang seimbang. Menurut Soepomo⁷⁹ BW mempunyai landasan liberalisme, suatu sistem berdasarkan atas kepentingan individu. Mereka yang memiliki modal yang kuat menguasai mereka yang lemah ekonominya. Di dalam sistem liberal terdapat kebebasan yang luas untuk berkompetisi sehingga golongan yang lemah tidak mendapat perlindungan.

Pengaruh faham individualisme mulai memudar pada akhir abad XIX seiring dengan berkembangnya faham *etid* dan sosialis. Faham individualisme dinilai tidak mencerminkan keadilan. Masyarakat ingin pihak yang lemah lebih banyak mendapat perlindungan. Oleh karena itu kehendak bebas tidak lagi diberi arti mutlak, akan tetapi diberi arti relatif, selalu dikaitkan dengan kepentingan umum.⁸⁰

Sebagai suatu kesatuan yang bulat dan utuh dalam satu sistem, maka penerapan asas kebebasan berkontrak sebagaimana tersimpul dari substansi Pasal 1338 (1) BW harus juga dikaitkan dengan kerangka pemahaman pasal-pasal atau ketentuan-ketentuan yang lain, yaitu:

- a. Pasal 1320 BW, mengenai syarat sahnya perjanjian (kontrak);
- b. Pasal 1335 BW, yang melarang dibuatnya kontrak tanpa causa, atau dibuat berdasarkan suatu causa yang palsu atau yang terlarang, dengan konsekuensi tidaklah mempunyai kekuatan;
- c. Pasal 1337 BW, yang menyatakan bahwa suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang atau apabila berlawanan dengan kesusialaan baik atau ketertiban umum;
- d. Pasal 1338 (3) BW, yang menetapkan bahwa kontrak harus dilaksanakan dengan itikad baik;

⁷⁸ A.G. Guest, *Konrad Zwieght & Hein Kotz*, dalam Ridwan Khairandy, *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, (Jakarta: FH UI Pasacasarjana, 2003), hlm. 1-2.

⁷⁹ Mariam Darus Badruzaman, *Perjanjian Kredit Bank*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1991), hlm. 43-44. (selanjutnya disingkat Badruzaman II).

⁸⁰ *Ibid.*, hlm. 110-111.

- e. Pasal 1339 BW, menunjuk terikatnya perjanjian kepada sifat, kepatutan, kebiasaan dan undang-undang. Kebiasaan yang dimaksud dalam Pasal 1339 BW bukanlah kebiasaan setempat, akan tetapi ketentuan-ketentuan yang dalam kalangan tertentu selalu diperhatikan;
- f. Pasal 1347 BW mengatur mengenai hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya disetujui untuk secara diam-diam dimasukkan dalam kontrak (*bestandig gebruiklijk beding*).

Apabila mengacu rumusan Pasal 1338 (1) BW yang dibingkai oleh pasal-pasal lain dalam satu kerangka sistem hukum kontrak (vide Pasal 1320, 1335, 1337, 1338 (3) serta 1339 BW), maka penerapan asas kebebasan berkontrak ternyata perlu dibingkai oleh rambu-rambu hukum lainnya. Hal ini berarti kebebasan para pihak dalam membuat kontrak perlu memperhatikan hal-hal berikut:

- a. Memenuhi syarat-syarat sahnya kontrak;
- b. Untuk mencapai tujuan para piha, kontrak harus mempunyai causa;
- c. Tidak mengandung causa palsu atau dilarang undang-undang;
- d. Tidak bertentangan dengan kepatutan, kebiasaan, kesusilaan dan ketertiban umum;
- e. Harus dilaksanakan dengan itikad baik.

Dengan demikian yang harus dipahami dan perlu menjadi perhatian, bahwa asas kebebasan berkontrak sebagaimana yang tertuang dalam Pasal 1338 (1) BW tersebut hendaknya dibaca/diinterpretasikan dalam kerangka pikir yang menempatkan posisi para pihak dalam keadaan seimbang – proporsional. Asas ini secara filosofis menabukan apabila dalam suatu perjanjian terdapat ketidakseimbangan, ketidakadilan, ketimpangan, posisi berat sebelah dan lain-lain, yang pada intinya menempatkan salah satu pihak di atas pihak yang lain, suatu “*exploatation de l’homme par l’homme*.” Apabila hal itu terjadi, maka justru merupakan pengingkaran terhadap asas kebebasan berkontrak itu sendiri. Oleh

karen itu dengan terwujudnya proporsionalitas dalam hubungan para pihak, menurut Patterson⁸¹ hal itu akan membuat kontrak menjadi bernilai.

2.4.2 Asas Konsensualisme

Apabila menyimak rumusan Pasal 1338 (1) BW yang menyatakan bahwa, “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.“ Istilah ”secara sah” bermakna bahwa dalam pembuatan perjanjian yang sah (menurut hukum) adalah mengikat (vide Pasal 1320 BW), karena di dalam asas ini terkandung “kehendak para pihak”⁸² untuk saling mengikatkan diri dan menimbulkan kepercayaan (*vertrouwen*) diantara para pihak terhadap pemenuhan perjanjian. Di dalam Pasal 1320 BW terkandung asas yang esensial dari hukum perjanjian yaitu asas “konsensualisme” yang menentukan “ada” nya perjanjian (*raison d’etre, het bestaanwaarde*).⁸³ Di dalam asas ini terkandung kehendak para pihak untuk saling mengikatkan diri dan menimbulkan kepercayaan (*vertrouwen*) diantara para pihak terhadap pemenuhan perjanjian. Asas kepercayaan (*vertrouwenleer*) merupakan nilai etis yang bersumber pada moral.

Asas konsensualisme mempunyai hubungan yang erat dengan asas kebebasan berkontrak dan asas kekuatan mengikat yang terdapat di dalam Pasal 1338 (1) BW. Hal ini sedasar dengan pendapat Subekti yang menyatakan bahwa asas konsensualisme terdapat pada pasal 1320 jo. 1338 BW. Pelanggaran terhadap ketentuan ini akan mengakibatkan perjanjian itu tidak sah dan juga tidak mengikat sebagai undang-undang. Sementara Rutten⁸⁴ menggarisbawahi bahwa perjanjian

81 Periksa E. Allan Fransworth, *Cases and Materials on Contracts*, (New York: The Foundation Press, 1995), hlm. vii.

82 Artinya Kehendak Para pihak itu harus tercermin dalam wujud kontrak yang seimbang. Periksa John D. Calamari & Joseph M. Perillo, *The Law of Contracts*, (St. Paul, Minn: West Publishing Co, 1987), hlm 1-3.

83 Mariam Darus Badruzaman et.al., *Kompilasi Hukum Perikatan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 82.

84 Patrik., Loc. Cit., hlm. 66.

yang dibuat itu pada umumnya bukan secara formil tetapi konsensual, artinya perjanjian itu selesai karena persesuaian kehendak atau konsensus semata-mata.

2.4.3 Asas Daya Mengikat Kontrak (*Pacta Sunt Servanda*)

Dalam Perspektif BW daya mengikat kontrak dapat dicermati dalam rumusan Pasal 1338 (1) BW menyatakan bahwa, “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Pengertian berlaku bagi undang-undang bagi mereka yang membuatnya menunjukkan bahwa undang-undang sendiri mengakui dan menempatkan posisi para pihak dalam kontrak sejajar dengan pembuat undang-undang. Menurut L.J. Van Apeldoorn,⁸⁵ ada analogi tertentu antara perjanjian atau kontrak dengan undang-undang. Hingga batas tertentu para pihak yang berkontrak bertindak sebagai pembentukan undang-undang (legislator swasta). Tentunya selain persamaan tersebut diatas, terdapat perbedaan di antara keduanya, yaitu terkait dengan daya berlakunya. Undang-undang dengan segala proses prosedurnya berlaku dan mengikat untuk semua orang dan sifat abstrak. Sementara itu kontrak mempunyai daya berlaku terbatas pada para kontraktan, selain itu dengan kontrak para pihak bermaksud untuk melakukan perbuatan konkrit.⁸⁶ Para pihak yang berkontrak dapat secara mandiri mengatur pola hubungan-hubungan hukum di antara mereka. Kekuatan perjanjian yang dibuat secara sah (vide Pasal 1320 BW) mempunyai daya berlaku seperti halnya undang-undang yang dibuat oleh legislator dan karenanya harus ditaati oleh para pihak, bahkan jika dipandang perlu dapat dipaksakan dengan bantuan sarana penegakkan hukum (hakim, jurusita).

Niewenhuis⁸⁷ menyatakan bahwa kekuatan mengikat dari perjanjian yang muncul seiring dengan asas kebebasan berkontrak yang memberikan kebebasan dan

⁸⁵ L.J. Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cet. XXX, (Jakarta: Pradnya [aramita, 2004], hlm. 155.

⁸⁶ Ibid., hlm. 156.

⁸⁷ Niewenhuis III., Loc. Cit., hlm 86-107.

kemandirian kepada para pihak, pada situasi tertentu daya berlakunya dibatasi. Pertama, daya mengikat perjanjian itu dibatasi oleh itikad baik sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1338 (3) BW, bahwa perjanjian itu harus dilaksanakan dengan itikad baik. Kedua, adanya *overmacht* atau *force majeure* (daya paksa) juga membatasi daya mengikatnya perjanjian terhadap para pihak yang membuat perjanjian tersebut. Memang pada prinsipnya perjanjian itu harus dipenuhi para pihak, apabila tidak dipenuhi maka disini telah timbul wanprestasi dan bagi kreditor melekat hak untuk mengajukan gugatan, baik pemenuhan, ganti rugi maupun pembubaran perjanjian. Namun dengan adanya *overmacht* atau *force majeure* maka gugatan kreditor akan dikesampingkan, mengingat ketiadaan prestasi tersebut terjadi diluar kesalahan debitur (vide Pasal 1444 BW).

Perkembangan *asas pacta sunt servanda* dapat ditelusuri dari sumber Hukum Kanonik. Dalam Hukum Kanonik dikenal *asas nudus consensus obligat, pacta nuda servanda sunt. Pacta nuda sunt servanda* mempunyai pengertian bahwa suatu *pactum* (persesuaian kehendak) tidak perlu dilakukan di bawah sumpah, atau dibuat dengan tindakan atau formalitas tertentu. Artinya, menurut hukum persesuaian kehendak itu mengikat. Demikian halnya *nudum pactum*, yaitu suatu persesuaian kehendak saja, sudah memenuhi syarat (Asas ini yang kemudian disebut *consensualisme*). Dengan mengikuti alur tersebut maka mengikatnya suatu perjanjian itu karena adanya persesuaian kehendak. Mengingat *consensus* itu telah diwujudkan di dalam suatu *pactum*, sehingga kemudian dipandang sebagai mempunyai kekuatan mengikat. Oleh karena itulah dapat difahami kalau pada saat ini yang lebih menonjol adalah *asas pacta (nuda) sunt servanda* yang kemudian berkembang menjadi *pacta sunt servanda* yang berkaitan dengan kekuatan mengikatnya suatu perjanjian.⁸⁸

Penerapan asas ini oleh Mahkamah Agung RI (MARI) dapat dicermati dalam putusan tanggal 22 Juli 1972 No. 289K/Sip/1972, dengan pertimbangan “besarnya suku bunga pinjaman adalah sebagaimana yang diperjanjikan.” Selanjutnya dalam putusan tanggal 7 Oktober 1972 No. 401K/Sip/1972, dengan pertimbangan “....sesuai dengan yurisprudensi MARI perihal bunga hutang, maka berapapun

88 Marzuki, Loc. Cit, hlm. 198-199.

besarnya bunga, asal sudah diperjanjikan harus dipenuhi.” Demikian pula dalam putusan tanggal 26 Pebruari 1973 No. 791K/Sip/1972, dengan pertimbangan “Pasal 1338 BW masih tetap berlaku dalam hukum perjanjian, oleh sebab itu sesuai dengan Putusan Pengadilan Tinggi pihak-pihak harus menaati apa yang telah mereka setujui, dan yang telah dikukuhkan dalam akte otentik.”

Beranjak dari tiga putusan tersebut tampaknya sikap MARI lebih ditekankan pada aspek daya mengikatnya kontrak (*pacta sunt servanda*), dalam arti MARI terikat untuk mengakui apa yang tegas diperjanjikan oleh para pihak dalam kontrak mereka. Namun demikian, sikap MARI ini dianggap telah mengesampingkan itikad baik dan kepatutan.

Terhadap kritik bahwa MARI terlalu ketat mengikatkan diri terhadap bunyi kata-kata dalam kontrak sehingga mengalami perubahan pada putusannya tanggal 14 Oktober 1976 No. 1253K/Sip/1973. Dalam putusan ini MARI mempertimbangkan bahwa, “bunga yang diperjanjikan sebesar 20% sebulan atas pertimbangan kemanusiaan dan keadilan bunga yang dikabulkan adalah sebesar 3% sebulan, sesuai dengan pinjaman pada bank-bank negara pada saat perjanjian dilangsungkan.” Memahami putusan tersebut dapat diartikan bahwa pertimbangan kemanusiaan dan keadilan tidak lain adalah memutuskan berdasarkan itikad baik dan kepatutan.

2.4.4 Asas Itikad Baik

Pada Pasal 1338 (3) BW menyatakan bahwa, “Perjanjian-perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik.” Apa yang dimaksud harus dilaksanakan dengan itikad baik (*te goeder trouw; good faith*) perundang-undangan tidak memberikan tidak memberikan definisi yang tegas dan jelas. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, yang dimaksud dengan itikad adalah kepercayaan, keyakinan yang teguh, maksud, kemauan (yang baik). Sementara itu Black’s Law Dictionary memberi rumusan:⁸⁹

89 Garner, Loc. Cit., 693.

“Good faith is an intangible and abstract quality with no technical meaning or statutory definition, and it compasses, among other things, an honest belief, the absence of malice and the absence of design to defraud or to seek an unconscionable advantage, and individual’s personal good faith is concept of his own mind and inner spirit and, therefore, may not conclusively be determined by his protestations alone, In common usage this term is ordinarily used to describe that state of mind denoting honesty of purpose, freedom from intention to defraud, and, generally speaking, means being faithful to one’s duty or obligation.

Pengaturan Pasal 1338 (3) BW, yang menetapkan bahwa persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik (*contractus bonafidei* – kontrak berdasarkan itikad baik). Maksudnya perjanjian itu dilaksanakan menurut kepatutan dan keadilan. Pengertian itikad baik dalam dunia hukum mempunyai arti yang lebih luas daripada pengertian sehari-hari. Menurut *Hoge Raad*, dalam putusannya tanggal 9 Pebruari 1923 (*Nederlandse Jurisprudentie*, h. 676) memberikan rumusan bahwa: perjanjian harus dilaksanakan “*volegens de eisen van redelijkheid en billijkheid*”, artinya itikad baik harus dilaksanakan menurut kepatutan dan kepatutan. P.L. Werry menerjemahkan “*redelijkheid en billijkheid*”⁹⁰ dengan istilah “budi dan kepatutan” beberapa terjemahan lain menggunakan istilah “kewajaran dan keadilan” atau kepatutan dan keadilan”.⁹¹ *Redelijkheid* artinya rasional, dapat diterima oleh nalar dan akal sehat (*reasonable; raisonnable*), sedang *billijkheid* artinya patut dan adil. Dengan demikian “*redelijkheid en billijkheid*” meliputi semua yang dapat dirasakan dan dapat diterima nalar dengan baik, wajar dan adil, yang diukur dengan norma-norma obyektif yang bersifat tidak tertulis dan bukan berasal dari subyektifitas para pihak.⁹² Menurut P.L. Werry⁹³ norma ini pada hakikatnya sama dengan norma “kecermatan yang patut dalam masyarakat” pada norma tidak tertulis yang tercantum dalam Pasal 1365 BW (perbuatan melanggar hukum).

90 P.L. Werry, *Perkembangan Hukum Tentang Itikad Baik di Netherland*, (Jakarta: Percetakan Negara RI, 1990), hlm. 9.

91 Ibid. Periksa Juga Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, (Jakarta: Intermasa, 1982), hlm. 139. (selanjutnya disebut Subekti III).

92 Ibid.

93 Ibid.

Menurut J.M van Dunne⁹⁴ daya berlaku itikad baik (*goede trouw; good faith*) meliputi seluruh proses kontrak atau diibaratkan dengan “*the rise and fall of contract*”. Dengan demikian itikad baik meliputi tiga fase perjalanan kontrak, yaitu: (i) *pre contractuele fase*, (ii) *contractuele fase*, dan (iii) *postcontractuele fase*.⁹⁵ Pasal 1338 ayat (3) BW tersebut diatas, pada umumnya selalu dihubungkan dengan Pasal 1339 BW, bahwa “Persetujuan tidak hanya mengikat apa yang dengan tegas ditentukan di dalamnya, melainkan juga segala sesuatu yang menurut sifatnya persetujuan dituntut berdasarkan keadilan, kebiasaan atau undang-undang.”

Dalam Simposium Hukum Perdata Nasional yang diselenggarakan Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), itikad baik hendaknya diartikan sebagai:⁹⁶

- a. Kejujuran pada waktu membuat kontrak;
- b. Pada tahap pembuatan ditekankan, apabila kontrak dibuat dihadapan pejabat, para pihak dianggap beritikad baik (meskipun ada juga pendapat yang menyatakan keberatannya);
- c. Sebagai kepatutan dalam tahap pelaksanaan, yaitu terkait suatu penilaian baik terhadap perilaku para pihak dalam melaksanakan apa yang telah disepakati dalam kontrak, semata-mata bertujuan untuk mencegah perilaku yang tidak patut dalam pelaksanaan kontrak tersebut.

Menurut Arthur S. Hartkamp,⁹⁷ terdapat dua model pengujian tentang ada atau tidaknya itikad baik dalam kontrak, yaitu pengujian obyektif (*objective test*) dan

94 Substansi Pasal 1339 BW pada prinsipnya mempunyai kandungan yang sama dengan Pasal 6.248 paragraf 1 NBW yang menyatakan bahwa, “Kontrak tidak hanya mengikat apa yang secara tegas disepakati, tetapi juga kepada apa yang menurut sifat kontrak yang berasal dari hukum, kebiasaan, atau persyaratan kerasionalan dan kepatutan.”

95 J.M. van Dunne, *Verbintenissenrecht, Dell 1, Contractenrecht, le gedeelte*, (Denver: Kluwer, 1993), hlm. 170. Periksa Juga Steven R. Schuit, et. Al., *Dutch Business Law*, (Antwerp: Kluwer Kaw & Taxation Publisher, 1983), hlm. 60., dalam Hernoko., Loc. Cit., hlm. 118.

96 Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), *Simposium Hukum Perdata Nasional, Kerjasama Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN)*, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 21-23 Desember 1981.

pengujian subyektif (*subjective test*). Pengujian obyektif pada umumnya dikaitkan dengan kepatutan, artinya salah satu pihak tidak dapat membela diri dengan mengatakan bahwa ia telah bertindak jujur manakala ternyata ia tidak bertindak secara patut. Sementara itu pengujian subyektif terhadap kewajiban itikad baik dikaitkan dengan keadaan karena ketidaktahuan (*lack of notice*).

Memang diakui bahwa untuk memahami itikad baik bukan hal yang mudah. Pada kenyataannya itikad baik acapkali tumpang tindih dengan kewajaran dan kepatutan (*redelijkheid en billijkheid; reasonableness and equity*). Dalam itikad baik terkandung kepatutan, demikian pula dalam pengertian kepatutan terkandung itikad baik. Oleh karena itu dalam praktik pengadilan, itikad baik dan kepatutan dipahami sebagai asas atau prinsip yang saling melengkapi (*complementary*).⁹⁸

2.5 Hukum Kontrak Innominaat dalam Ruang Lingkup Kajian, Sifat dan Tempat Pengaturannya.

Hukum kontrak dapat dibagi menjadi 2 (dua) macam, yaitu hukum kontrak nominaat dan hukum kontrak innominaat. Hukum kontrak nominaat merupakan ketentuan hukum yang mengkaji berbagai kontrak atau perjanjian yang dikenal di dalam KUHPerduta. Sedangkan hukum kontrak innominaat merupakan keseluruhan kaidah hukum yang mengkaji berbagai kontrak yang timbul, tumbuh, dan hidup dalam masyarakat dan kontrak ini belum dikenal pada saat KUHPerduta diundangkan.

Unsur-unsur yang tercantum dalam hukum kontrak innominaat adalah sebagai berikut:⁹⁹

1. Adanya Kaidah Hukum

⁹⁷ Periksa Y. Sogar Simamora, *Prinsip Hukum Kontrak dalam Pengadaan Barang dan Jasa Oleh Pemerintah*, (Ringkasan Disertasi), (Surabaya: Program Pascasarjana Universitas Airlangga, 2005), hlm. 39.

⁹⁸ Ibid., hlm 40.

⁹⁹ Salim, . Loc. Cit., hlm. 4-5.

Kaidah hukum dapat dibedakan menjadi 2(dua) macam, yaitu kaidah hukum kontrak innominaat tertulis dan tidak tertulis;

2. Adanya Subjek Hukum

Subjek hukum, yaitu pendukung hak dan kewajiban. Subjek hukum dalam kontrak innominaat adalah debitur dan kreditur, badan pelaksana dengan badan usaha atau usaha tetap, pengguna jasa dan penyedia jasa, dan lain-lain;

3. Adanya Objek Hukum

Objek hukum erat kaitannya dengan pokok prestasi. Pokok prestasi dalam kontrak innominaat tergantung pada jenis kontrak yang dibuat oleh para pihak. Dalam kontrak karya, misalnya yang menjadi pokok prestasinya adalah melakukan eksplorasi dan eksploitasi dalam bidang pertambangan, khususnya emas dan tembaga;

4. Adanya Kata Sepakat

Kata sepakat lazim disebut dengan konsensus. Kata sepakat ini merupakan persesuaian pernyataan kehendak para pihak tentang substansi dan objek kontrak;

5. Akibat Hukum

Akibat hukum berkaitan dengan timbulnya hak dan kewajiban dari para pihak.

Ruang lingkup kajian hukum kontrak innominaat adalah berbagai kontrak yang muncul dan berkembang dalam masyarakat, seperti *kontrak production sharing*, *joint venture*, kontrak karya, *leasing*, *nominee*, *trust*, dan lain-lain, Hukum kontrak innominaat bersifat khusus, sedangkan hukum kontrak atau hukum perdata merupakan hukum yang bersifat umum. Artinya, bahwa kontrak-kontrak innominaat berlaku terhadap peraturan yang bersifat khusus, sebagaimana yang tercantum dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang mengaturnya. Apabila dalam undang-undang khusus tidak diatur maka kita mengacu pada peraturan yang bersifat umum, sebagaimana yang tercantum dalam Buku III KUHPerdata.¹⁰⁰

100 Ibid., hlm. 6.

Hukum kontrak innominaat diatur di dalam Buku III KUHPerdato. Di dalam Buku III KUHPerdato, hanya ada satu pasal yang mengatur tentang kontrak innominaat, yaitu Pasal 1319 KUHPerdato. Didalam Pasal 1319 KUHPerdato disebutkan bahwa “Semua perjanjian, baik yang mempunyai nama khusus maupun yang tidak dikenal dengan suatu nama tertentu tunduk pada peraturan umum yang termuat dalam bab ini dan bab yang lalu.” Ketentuan ini mengisyaratkan bahwa perjanjian, baik yang mempunyai nama dalam KUHPerdato maupun yang tidak dikenal dengan suatu nama tertentu (tidak bernama) tunduk pada Buku III KUHPerdato. Dengan demikian, para pihak yang mengadakan kontrak innominaat tidak hanya tunduk pada berbagai peraturan yang mengaturnya, tetapi para pihak juga tunduk pada ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam KUHPerdato. Dengan demikian berlaku asas “*Lex Specialis derogat lex generali*” artinya, undang-undang yang khusus mengesampingkan undang-undang yang bersifat umum. Pada saat undang-undang yang bersifat khusus tidak mengatur secara rinci maka dapat digunakan undang-undang yang bersifat umum.¹⁰¹

2.6 Sistem Pengaturan Hukum Kontrak Innominaat dan Hubungannya dengan Hukum Perdata.

Pada prinsipnya, sistem pengaturan hukum dapat dibedakan menjadi 2 (dua) macam, yaitu *closed system* dan *open system*. Sistem tertutup (*closed system*) merupakan sistem, bahwa setiap orang tidak diperkenankan untuk mengadakan hak-hak kebendaan baru, selain yang ditetapkan dalam undang-undang. Sistem ini dianut oleh hukum benda. Hukum Kontrak Innominaat merupakan bagian dari hukum kontrak pada umumnya. Hukum kontrak innominaat merupakan hukum yang khusus, sedangkan hukum kontrak merupakan ketentuan hukum yang bersifat umum. Dikatakan bersifat umum, karena hukum kontrak mengkaji dua hal, yaitu mengkaji kontrak-kontrak innominaat dalam KUHPerdato dan di luar KUHPerdato. Sedangkan hukum

101 Ibid.

kontrak innominaat hanya mengkaji kontrak-kontrak yang timbul, tumbuh, dan berkembang dalam masyarakat.¹⁰²

Sistem pengaturan hukum kontrak innominaat juga sama dengan pengaturan hukum kontrak, yaitu sistem terbuka (*open system*). Artinya, bahwa setiap orang bebas untuk mengadakan perjanjian, baik yang sudah diatur maupun yang belum diatur dalam undang-undang. Hal ini dapat disimpulkan dari ketentuan yang tercantum dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara, yang berbunyi; “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.” Namun kebebasan berkontrak tersebut mendapatkan pembatasan-pembatasan seperti yang telah dijelaskan diatas serta pembatasan melalui berbagai peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan substansi perjanjian tersebut.

102 Ibid., hlm. 7.

BAB 3

PERMODALAN DALAM PERSEROAN TERBATAS DAN PEMEGANG SAHAM *NOMINEE* DALAM PERSPEKTIF HUKUM DI INDONESIA

3.1 Makna dan Konsep Yuridis Saham Perusahaan

Perseroan terbatas adalah suatu badan hukum. Sebagai suatu badan hukum, perseroan terbatas pada hakekatnya merupakan kumpulan atau asosiasi modal (yang ditujukan untuk menggerakkan kegiatan perekonomian dan atau tujuan khusus lainnya)¹⁰³ dan hal ini juga terefleksi dalam ketentuan definisi mengenai perseroan terbatas dalam UUPT yang berbunyi:

“Perseroan Terbatas yang selanjutnya disebut Perseroan, adalah badan hukum yang merupakan persekutuan modal, didirikan berdasarkan perjanjian, melakukan kegiatan usaha dengan modal dasar yang seluruhnya terbagi dalam saham dan memenuhi persyaratan yang ditetapkan dalam Undang-undang ini serta peraturan pelaksanaannya.”

Karenanya semua perbuatan hukum yang dilakukan oleh perseroan terbatas akan selalu dipertanggungjawabkan dengan harta perkumpulan modal yang kemudian akan tampak dalam keadaan harta kekayaan perseroan tersebut baik pengurangan atau pertambahannya. Modal dalam perseroan selanjutnya dibagi-bagi kedalam saham-saham yang menunjukkan besarnya bagian penyertaan dari setiap penyotor modal kedalam perseroan. Secara umum struktur permodalan dalam perseroan terbatas terdiri dari modal dasar,¹⁰⁴ modal dikeluarkan/ditempatkan¹⁰⁵ dan modal disetor.¹⁰⁶

¹⁰³ Gunawan Widjaja, *Hak Individu & Kolektif Para Pemegang Saham*, (Jakarta: Forum Sahabat, 2008), hlm. 1. (selanjutnya disingkat Widjaja I).

¹⁰⁴ Modal dasar adalah modal minimum suatu perseroan terbatas. Menurut Pasal 32 ayat (1) Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, modal dasar adalah Rp.50.000.000,- (Lima puluh juta rupiah).

¹⁰⁵ Modal dikeluarkan/ditempatkan/yang diambil bagian adalah modal perseroan yang telah disepakati untuk dimasukkan kedalam perseroan oleh para pendiri (sebelum perseroan terbatas berdiri) atau oleh para pemegang saham (setelah perseroan terbatas berbadan hukum). Menurut Pasal 33 ayat (1) Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, modal ditempatkan adalah 25% (dua puluh lima persen) dari modal dasar, yakni: 25% x Rp.50.000.000,- atau sama dengan Rp.12.500.000,- (dua belas juta lima ratus ribu rupiah), yang harus ditempatkan dan disetor penuh.

Berbicara tentang saham, UUPT hanya menyebutkan bahwa modal dasar perseroan terdiri atas seluruh nilai nominal saham,¹⁰⁷ dan saham merupakan benda bergerak yang memberikan hak kepemilikan kepada pemiliknya.¹⁰⁸ Namun jika dicermati secara seksama, maka penjabaran mengenai pengertian saham tidak ditemukan didalam UUPT. Dengan demikian perlu kiranya ditelusuri beberapa literatur tambahan untuk memperoleh pengertian saham tersebut.

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI),¹⁰⁹ dilihat dari sudut pandang ekonomis saham berarti surat bukti bagian modal perseroan terbatas yang memberi hak atas deviden dan lain-lain menurut besar kecilnya modal yang disetor; saham adalah hak yang dimiliki orang (pemegang saham) terhadap perusahaan berkat penyerahan bagian modal sehingga dianggap berbagi di dalam pemilikan dan pengawasan. Dalam Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae¹¹⁰ dikemukakan, *aandeel* (Belanda), saham (Indonesia) adalah hak pada sebagian modal suatu perseroan; andil dalam perseroan atau perusahaan, bagian-bagian modal pada perusahaan yang telah dibagi-bagi pada akte pendirian.

Sementara itu dalam Kamus Khusus Pasar Uang dan Modal¹¹¹ dijelaskan, saham adalah surat bukti pemilikan bagian modal perseroan terbatas yang memberi hak

106 Modal disetor adalah bagian dari modal yang dikeluarkan/ditempatkan/yang diambil bagian diatas yang disetorkan oleh pendiri atau pemegang saham kepada perseroan terbatas. UUPT mengharuskan setiap lembar saham dari modal yang diambil bagian diatas oleh pendiri atau pemegang saham harus disetor penuh. Ini berarti tidak ada lagi utang pendiri atau pemegang saham kepada perseroan terbatas. Sehingga secara umum dapat dikatakan bahwa modal perseroan adalah modal disetor perseroan.

107 Pasal 31 ayat (1) Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

108 Pasal 60 ayat (1) jo. Pasal 52 ayat (1) Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

109 Departemen Pendidikan Nasional,. Loc. Cit., hlm.977.

110 Terjemahan H.Boerhanoedin St.Batuah, dkk., *Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae Belanda-Indonesia*, (Bandung: Binacipta, 1983), hlm.2.

111 Departemen Keuangan RI-Badan Pelaksana Pasar Modal, *Kamus Khusus Pasar Modal dan Uang*, (Jakarta: Tanpa Penerbit, 1974), hlm.49.

atas deviden dan lain-lain menurut besar kecilnya modal yang disetor. Oleh John Downs dan Jordan Elliot Goodman menyebutkan :¹¹²

“Saham (*share*) adalah unit kepemilikan ekuitas dalam suatu perseroan. Kepemilikan ini diwakili oleh suatu sertifikat saham yang menyebutkan nama perusahaan dan nama pemilik saham. Banyaknya saham yang dikuasakan kepada perseroan untuk diterbitkan dirinci dalam anggaran dasar perseroan. Biasanya perseroan tidak menerbitkan semua saham yang diterbitkan.”

Rumusan tentang saham dijabarkan dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia No.24/32/Kep/Dir, tanggal 12 Agustus 1991 tentang Kredit Kepada Perusahaan Sekuritas Dan Kredit Dengan Agunan Saham. Dalam Pasal 1 butir c disebutkan, saham adalah surat bukti pemilikan suatu perseroan terbatas, baik yang diperjualbelikan di Pasar Modal maupun yang tidak.¹¹³ Dari berbagai pengertian saham diatas, secara sederhana saham berarti bagian dari modal suatu perusahaan dalam hal ini perseroan terbatas.

Dengan demikian saham sebagai bagian dari modal menunjukkan bukti kepemilikan yang disertai hak-hak sebagaimana melekat pada saham yang dimilikinya. Sehubungan dengan UUPT yang menekankan pentingnya penyetoran modal perseroan, Gunawan Widjaja kemudian menyebutkan:

”saham adalah bukti telah dilakukannya penyetoran penuh modal yang diambil bagian oleh para pemegang saham perseroan terbatas. Yang juga berarti saham menunjukkan bagian kepemilikan bersama dari seluruh pemegang saham dalam suatu perseroan terbatas”.

Dari pengertian saham secara sederhana diatas jika digabungkan dengan pengertian saham menurut Gunawan Widjaja maka saham adalah :

1. Bukti penyertaan pemegang saham dalam perseroan terbatas yang disertai hak-hak yang melekat pada saham;

¹¹² John Downs dan Jordan Elliot Goodman, *Kamus Istilah Keuangan dan Investasi*, (Jakarta: Elex Media Komputindo, 1994), hlm.525.

¹¹³ Sentosa Sembiring, *Hukum Perusahaan Tentang Perseroan Terbatas*, (Bandung: CV.Nuansa Aulia, 2006), hlm.49.

2. Bukti pemilikan harta bersama yang terikat dalam perseroan terbatas, yang keberadaanya telah melalui mekanisme pendaftaran di Menteri Hukum dan HAM.

Sebelum pengesahan diajukan kepada Menteri Hukum dan HAM, para pendiri perseroan diwajibkan untuk melaksanakan penyeteroran penuh setiap lembar saham yang diambil bagian kedalam perseroan.

3.1.1 Pengaturan Mengenai Saham

UUPT memperkenalkan beberapa asas-asas terhadap saham yang sekaligus menjadi dasar bagi pengaturan terhadap saham itu sendiri. Asas-asas tersebut diuraikan sebagai berikut :¹¹⁴

a. Asas hak kebendaan

Pengaturan tentang saham didalam UUPT sejalan dengan ketentuan Pasal 511 angka 4 KUH Perdata menyebutkan : Sero-sero atau andil-andil dalam persekutuan perdagangan uang, persekutuan dagang atau persekutuan perusahaan, sekalipun benda-benda persekutuan yang bersangkutan dan perusahaan itu adalah benda tidak bergerak. Sero-sero atau andil-andil itu dianggap merupakan kebendaan bergerak, akan tetapi hanya terhadap para pesertanya selama persekutuan berjalan. Ini berarti saham-saham atau sero-sero atau andil-andil adalah merupakan benda bergerak, dan karenanya secara umum tunduk pada hal-hal yang mengatur mengenai benda bergerak. Saham juga merupakan milik bersama yang memiliki sifat yang bebas, dalam arti undang-undang memperlakukan saham sebagai suatu benda tersendiri terlepas dari pemilikan harta perseroan yang terikat, terikat dalam arti para pemegang saham tidak dapat berbuat bebas dengan harta kekayaan yang merupakan milik perseroan, termasuk untuk mengalihkan dan membebaninya dengan hak-hak perseorangan ataupun hak kebendaan.¹¹⁵ Mengenai masalah pemindahan hak atas saham, maka

¹¹⁴ Eddi Sopandi, *Beberapa Hal dan Catatan Berupa Tanya Jawab Hukum Bisnis*, (Bandung: Refika Aditama, 2003), hlm.49.

¹¹⁵ Widjaja I, *Loc.Cit.*, hlm.33.

harus disesuaikan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan harus menggunakan akta pemindahan hak, baik itu akta otentik maupun akta dibawah tangan.

b. Asas keharusan nilai nominal

Setiap lembar saham memberikan kepada pemegangnya satuan hak terkecil dalam perseroan terbatas. Didalam UUPT disebutkan bahwa saham yang ada didalam perseroan terbatas adalah saham dengan nilai nominal dan nilai nominal tersebut harus dalam mata uang rupiah, walaupun dengan demikian terdapat pula saham tanpa nilai nominal yang diatur oleh peraturan perundang-undangan pasar modal, ini berarti hanya diperuntukkan bagi perseroan terbuka. Nilai nominal saham dapat bervariasi, ini tergantung kehendak para pendiri atau pemegang saham perseroan terbatas. Untuk melihat nilai nominal saham, dapat melihat anggaran dasar perseroan. Sehubungan nilai nominal saham, jika ia dikalikan dengan jumlah lembar saham yang beredar (baik dalam satu atau beberapa klasifikasi saham), jumlahnya adalah sama besar atau sama dengan modal dasar perseroan terbatas. Oleh karenanya dari nilai nominal dan jumlah saham yang beredar dapat dilihat berapa besar suatu perseroan terbatas.

c. Asas tidak dapat dibagi

UUPT dalam hal ini menentukan bahwa saham memberikan hak yang tidak dapat dibagi-bagi, karenanya jika 1 (satu) saham dimiliki oleh 2 (dua) orang atau lebih, maka terhadap hak yang timbul dari saham tersebut dapat dilakukan dengan menunjuk 1 (satu) orang sebagai wakil bersama.¹¹⁶

d. Asas pembatasan peralihan saham.

Saham sebagai suatu benda yang dapat dimiliki, karenanya dapat pula dijadikan sebagai jaminan atau agunan bagi pemenuhan kewajiban atau perikatan atau utang pemilik saham. Dengan memperhatikan bahwa saham

¹¹⁶ Pasal 52 ayat (4) dan (5) Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

diperlakukan sebagai benda bergerak,¹¹⁷ maka sesuai dengan sistem dalam hukum jaminan atau agunan yang berlaku di Indonesia saat ini, maka atas setiap lembar saham dapat digadaikan.¹¹⁸ Namun demikian, dengan berlakunya Undang-undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia, dan dimungkinkannya penjaminan benda bergerak termasuk piutang-piutang (atas nama) dalam bentuk jaminan fidusia, maka saham perseroan terbatas dimungkinkan untuk selain diagunkan dalam bentuk gadai juga dalam bentuk jaminan fidusia.¹¹⁹ Selanjutnya jaminan fidusia atas saham yang telah didaftarkan sesuai dengan ketentuan Undang-undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia, wajib dicatat dalam Daftar Pemegang Saham dan Daftar Khusus yang diselenggarakan oleh direksi perseroan sesuai dengan amanat yang diwajibkan menurut ketentuan Pasal 50 UUPA.

Kemudian tentang peralihan hak milik atas saham, yang mungkin dapat terjadi sebagaimana peralihan hak milik pada umumnya, karena :

- a. Perjanjian, misalnya dalam bentuk jual beli, tukar menukar atau hibah;
- b. Undang-undang, misalnya dalam hal terjadinya pewarisan;
- c. Karena putusan hakim yang berkekuatan hukum tetap atau yang dipersamakan dengan itu, seperti halnya melalui pelelangan.

Selanjutnya oleh karena saham adalah:

- a. Bukti penyertaan pemegang saham dalam perseroan terbatas yang disertai hak-hak yang melekat pada saham (hak tagih atas sisa hasil pembubaran perseroan terbatas, yang merupakan piutang atas nama);

¹¹⁷ Lihat Pasal 1131 Kitab Undang-undang Hukum Perdata.

¹¹⁸ Gadai adalah suatu hak yang diperoleh seseorang berpiutang atas sesuatu barang bergerak, yang diserahkan kepadanya oleh berutang atau oleh seorang lain atas namanya, dan yang memberikan kekuasaan kepada si berpiutang itu untuk mengambil pelunasan dari barang tersebut secara didahulukan daripada orang-orang berpiutang lainnya; dengan kekecualian biaya untuk melelang barang tersebut dan biaya yang telah dikeluarkan untuk menyelamatkannya setelah barang itu digadaikan, biaya-biaya mana harus didahulukan. (Pasal 1150 Kitab Undang-undang Hukum Perdata).

¹¹⁹ Pasal 60 ayat (2) Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

- b. Bukti pemilikan harta bersama yang terikat dalam perseroan terbatas, yang keberadaanya telah melalui mekanisme pendaftaran di Menteri Hukum dan HAM.

Maka peralihan hak milik atas saham wajib memenuhi persyaratan :

- a. Dibuat dalam bentuk akta yang bertujuan untuk mengalihkan hak atas saham, misalnya akta jual beli, akta tukar menukar, akta hibah, akta pembagian dan pemisahan harta warisan atau akta berita acara lelang;
- b. Wajib dicatatkan akta pemindahan hak atas saham tersebut, tanggal, dan hari pemindahan hak tersebut kedalam daftar pemegang saham atau daftar khusus; dan
- c. Memberitahukan perubahan susunan pemegang saham kepada Menteri untuk dicatat dalam daftar perseroan paling lambat 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal pencatatan pemindahan hak dilaporkan ke Menteri Hukum dan HAM dan selanjutnya didaftarkan dalam daftar perseroan.

3.1.2 Arti Kepemilikan Saham oleh Pemegang Saham

Sebagaimana diketahui bahwa modal merupakan bagian yang cukup penting dalam perseroan terbatas, maka penyertaan modal dalam suatu perseroan terbatas yang kemudian ditunjukkan dengan saham-saham yang diambil bagian oleh para pemegang saham memberikan arti kepemilikan yang didalamnya terkandung hak-hak oleh para pemegangnya. Pasal 52 ayat (1) UUPT menyatakan bahwa saham memberikan hak kepada pemiliknya untuk :

1. Menghadiri dan mengeluarkan suara dalam RUPS;
2. Menerima pembayaran dividen dan sisa kekayaan hasil likuidasi;
3. Menjalankan hak lainnya berdasarkan Undang-Undang Perseroan terbatas ini.

Pelaksanaan hak-hak tersebut hanya dapat dilakukan setelah nama pemegang saham dicatat dalam daftar pemegang saham. Karenanya hanya pemegang saham yang namanya terdaftar dalam Daftar Pemegang Saham Perseroan yang berhak

melaksanakan haknya menurut UUPT, sebagai tambahan jika perseroan mengeluarkan lebih dari satu jenis klasifikasi saham, maka hak-hak pemegang saham yang ada untuk tiap-tiap klasifikasi dapat diketahui dengan membaca anggaran dasar perseroan.

Hak-hak yang melekat pada tiap lembar saham adalah hak yang tidak dapat dibagi-bagi lagi. Dengan demikian jika terdapat 1 (satu) lembar saham yang dimiliki oleh beberapa orang, maka hak yang ada pada dan lahir dari kepemilikan saham tersebut hanya dapat dipergunakan untuk satu kali oleh satu subyek hukum.

Karenanya sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, maka terhadap 1 (satu) lembar saham yang dimiliki oleh beberapa orang/beberapa badan hukum tersebut dapat dipilih satu orang/satu badan hukum sebagai wakil bersama. Dan terhadap tindakan yang dilakukan oleh 1 (satu) wakil bersama tersebut akan mengikat kepada semua pihak yang diwakilinya. Demikian juga halnya dengan pencatatan saham tersebut dalam Daftar Pemegang Saham Perseroan, pada umumnya dicatatkan atas nama wakil bersama yang ditunjuk tersebut, dengan catatan sebagai kepemilikan bersama. Secara umum hak pemegang saham dapat dibedakan kedalam :¹²⁰

1. Hak individu yang melekat pada diri pemegang saham pribadi yang dapat dibagi lagi kedalam hak yang melekat pada penyelenggaraan atau pelaksanaan RUPS dan hak yang sama sekali tidak berkaitan atau berhubungan dengan pelaksanaan RUPS;
2. Hak yang diturunkan dari perseroan, yang dinamakan dengan hak derivatif (*derivative suit* atau *derivative action*).

Hak individu pemegang saham dalam perseroan terbatas adalah hak yang melekat pada diri pemegang saham, yang dimilikinya, yang terkait dengan :¹²¹

- a. Hak untuk memperoleh saham dari penerbitan saham selanjutnya (*first right of refusal*);

¹²⁰ Widjaja, I, Op.Cit., hlm. 70.

¹²¹ Gunawan Widjaja, 150 *Tanya Jawab Tentang Perseroan Terbatas*, (Jakarta: Forum Sahabat, 2008), hlm.38-41. (Selanjutnya disingkat Widjaja II)

- b. Hak mendahulu untuk ditawarkan dan membeli saham dari pemegang saham lainnya yang hendak menjual sahamnya;
- c. Hak untuk memanggil RUPS;
- d. Hak untuk hadir dan bersuara dalam RUPS;
- e. Hak untuk memperoleh dividen;
- f. Hak untuk memperoleh pembayaran sisa hasil likuidasi;
- g. Hak untuk menjaminkan saham-saham tersebut sebagai jaminan utang;
- h. Hak untuk mengajukan gugatan terhadap perseroan ke pengadilan negeri apabila dirugikan karena tindakan perseroan yang dianggap tidak adil dan tanpa alasan wajar sebagai akibat keputusan RUPS, Direksi dan/atau Dewan Komisaris;
- i. Berhak meminta kepada perseroan agar sahamnya dibeli dengan harga yang wajar apabila yang bersangkutan tidak menyetujui tindakan perseroan yang merugikan pemegang saham atau perseroan, berupa:
 1. Perubahan anggaran dasar;
 2. Pengalihan atau penjaminan kekayaan perseroan yang mempunyai nilai lebih dari 50% (lima puluh persen) kekayaan bersih perseroan; atau
 3. Penggabungan, peleburan, pengambilalihan atau pemisahan;
- j. Hak untuk *exit* atau keluar (menjual atau mengalihkan sahamnya kepada pihak lain) dari perseroan terbatas.

Diantara hak-hak yang disebutkan diatas, kesemuanya adalah hak-hak pemegang saham yang tidak terkait atau berhubungan dengan penyelenggaraan RUPS kecuali huruf c dan d yang merupakan hak pemegang saham sehubungan dengan pelaksanaan RUPS. Selain hak-hak sebagaimana tersebut diatas, hak pemegang saham juga dapat dikategorikan juga kedalam ¹²²:

- a. Hak untuk melakukan pengendalian terhadap perseroan terbatas;
Hak yang dimiliki oleh pemegang saham mayoritas (dan atau pemegang saham pengendali).

122 Widjaja, I, Op.Cit., hlm.77.

- b. Hak untuk melakukan pengawasan terhadap perseroan terbatas. Hak pemegang saham minoritas/non-pengendali.

Selanjutnya dikenal dua hak derivatif pemegang saham dalam UUPT, kedua hak derivatif tersebut adalah :¹²³

- a. Hak untuk atas nama perseroan, yang dimiliki oleh pemegang saham yang mewakili 1/10 (satu persepuluh) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara dapat mengajukan gugatan melalui pengadilan negeri terhadap anggota direksi yang karena kesalahan atau kelalaiannya menimbulkan kerugian pada perseroan, hal ini diatur dalam Pasal 97 ayat (6) UUPT;
- b. Hak untuk atas nama perseroan, yang dimiliki oleh pemegang saham yang mewakili 1/10 (satu persepuluh) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara dapat menggugat anggota dewan komisaris yang karena kesalahan atau kelalaiannya menimbulkan kerugian pada perseroan ke pengadilan negeri, yang diatur dalam Pasal 114 ayat (6) UUPT.

3.2 Gadai Saham

Karena saham dalam perseroan terbatas merupakan benda bergerak, saham dapat digadaikan. Saham atas tunjuk bebas untuk digadaikan oleh pemegangnya. Akan tetapi, saham atas nama hanya dapat digadaikan jika dalam anggaran dasar perseroan tidak ditentukan lain. Agar tidak terjadi hal-hal yang tidak merugikan para pihak, maka gadai saham wajib dicatat dalam daftar pemegang saham dan dalam daftar khusus.

Untuk menentukan pemilik dari hak suara, deviden, dan pembagian sisa likuidasi serta hak-hak lainnya diantara pemegang saham dan penerima gadai dapat disimak dari dua doktrin yang saling berlawanan, yaitu sebagai berikut:¹²⁴

1. Doktrin Pengalihan Manfaat dalam Gadai

Doktrin ini merupakan inti dari hukum gadai. Dalam hal ini, menurut hukum tentang gadai, pemegang gadai di samping menerima pengalihan

¹²³ Ibid., hlm.78.

¹²⁴ Dr. Munir Fuady, S.H., M.H., LL.M., *Hukum Perusahaan "dalam Paradigma Hukum Bisnis"*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2008), hlm. 40-42

fisik dari benda yang digadaikan, juga berhak untuk memungut hasil atau mengambil manfaat dari benda objek gadai tersebut. Hal ini berbeda dengan hipotik atau fidusia. Menurut hemat penulis, doktrin pengalihan manfaat ini sampai batas-batas tertentu berlaku terhadap gadai saham. Karena itu UUPT tidak dengan tegas-tegas mengaturnya, maka berdasarkan prinsip tersebut, pihak pemegang gadailah (bukan pihak pemilik saham) yang berhak menerima manfaat dari gadai saham, termasuk hak untuk menerima deviden dan menerima sisa hasil pembagian dalam likuidasi perseroan. Karena jika hak-hak seperti ini tidak diberikan kepada pemegang gadai, akan sangat tidak adil bagi pemegang gadai dan akan menghambat pelaksanaan gadai saham itu sendiri.

2. Doktrin Saham sebagai Suatu Unitas

Bertentangan dengan prinsip pengalihan manfaat seperti tersebut di atas, maka doktrin saham sebagai suatu unitas mengajarkan bahwa saham dari suatu perseroan terbatas merupakan satu kesatuan yang utuh. Doktrin ini dengan tegas dianut oleh UUPT. Pasal 52 ayat (4) dengan tegas menyebutkan bahwa setiap saham memberikan hak kepada pemilik hak yang tidak dapat dibagi-bagi. Itulah sebabnya maka dalam gadai saham, dengan ditentukan hak suara tetap berada pada pemegang saham (pemiliknya), bukan pada pihak penerima gadai (lihat Pasal 60 ayat (4) UUPT).

3.3 Pemegang Saham *Nominee* dalam Perspektif Hukum Indonesia

Makna dari Pemegang Saham *nominee*, yang senantiasa dikaitkan dengan keberadaan seseorang atau suatu pihak tertentu yang dijadikan sebagai pemegang saham atau lebih tepatnya pemilik terdaftar dari sejumlah lembar saham tertentu, dan karenanya bertindak dalam hukum sebagai pemilik saham dan melaksanakan segala hak-hak yang dimiliki oleh pemegang saham, manakala pemegang saham “yang sebenarnya” (yang menunjuk *nominee* ini) sendiri tidak disebutkan atau

dicantumkan namanya sebagai pemilik saham.¹²⁵ Dalam hal ini kepemilikan saham pada suatu perseroan oleh pemilik yang terdaftar, mengikutsertakan pihak ketiga yaitu pemegang saham yang sebenarnya untuk berjanji memperjuangkan kepentingan-kepentingan pihak ketiga sebagai pemegang saham yang sebenarnya. Dasar pijakan untuk kepentingan pihak ketiga sebenarnya telah diatur dalam Pasal 1317 KUH Perdata dimana:¹²⁶

1. Seseorang berjanji untuk dirinya sendiri bahwa ia menyerahkan hak milik atas suatu benda kepada orang lain, dengan ia sendiri tetap sebagai orang yang tetap memperoleh kenikmatan, baik dalam bentuk hak perseorangan maupun hak kebendaan yang bersifat terbatas – *jura in re-aliena* (misalnya dalam bentuk hak pakai hasil);
2. Seseorang berjanji untuk dirinya sendiri bahwa ia menyerahkan hak perseorangan maupun hak kebendaan yang bersifat terbatas – *jura in re-aliena* yang memberikan kenikmatan atas benda tersebut (misalnya hak pakai hasil dalam hak kebendaan) secara Cuma-Cuma, dengan ia sendiri tetap sebagai pemegang hak milik atas benda tersebut;
3. Seseorang menyerahkan hak milik atas suatu benda kepada orang lain, dengan janji kepada orang ini bahwa hak perseorangan tertentu maupun hak kebendaan yang bersifat terbatas – *jura in re-aliena* yang memberikan kenikmatan atas benda tersebut (misalnya hak pakai hasil dalam hak kebendaan) – atas benda tersebut diserahkan kepada pihak lainnya secara cuma-cuma.

Terkait dengan ketentuan Pasal 1317 KUHPer, perlu dipahami kembali, bahwa meskipun janji untuk kepentingan pihak ketiga ini seringkali dikatakan merupakan pengecualian terhadap berlakunya asas personalia dalam suatu perjanjian, namun keabsahan dari perjanjian untuk kepentingan pihak ketiga ini tidak dapat dipisahkan dari syarat-syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPer yang diantaranya adalah *causa* yang halal. Dimana *causa* yang halal

¹²⁵ Lihat, Gunawan Widjaja, "Nominee Shareholder(s) dalam Perspektif UUPT Baru dan UU Penanaman Modal Baru Serta Permasalahannya dalam Praktik," Jurnal Hukum & Pasar Modal, Vol III. Ed. 4 (Agustus-Desember 2008): 44-45. (selanjutnya disingkat Widjaja III).

¹²⁶ Ibid., hlm 75.

diatur lebih lanjut dalam 1337 KUHPer bahwa pada dasarnya semua objek perjanjian adalah halal atau diperbolehkan untuk dituntut pemenuhan atau pelaksanaannya di hadapan hukum, kecuali apabila perjanjian itu mengandung hal-hal yang dilarang oleh undang-undang. Namun demikian, perjanjian itu tidaklah menjadi batal demi hukum, akan tetapi perjanjian tersebut hanyalah melahirkan suatu perikatan alamiah, yaitu perjanjian tersebut tidak dapat dipaksakan pelaksanaan atau keberlakuannya di hadapan hukum. Jika dikemudian hari terdapat perubahan mengenai apa yang dilarang oleh undang-undang menjadi tidak dilarang maka perjanjian tersebut menjadi perikatan yang sempurna, yang dapat dituntut pemenuhan atau pelaksanaannya dalam dan melalui hukum, sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

Konsep kepemilikan saham secara *nominee* dalam UUPT tidak dikenal, hal ini disebabkan karena UUPT hanya mengenal satu pemegang saham sebagai pemegang saham dalam *dominium*. Konsep kepemilikan saham dalam UUPT telah mendapatkan terobosannya dalam Pasal 43 ayat 1 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1995 Tentang Pasar Modal (UUPM), melalui pranata penitipan kolektif pada lembaga kustodian, dimana lembaga tersebut selanjutnya menjadi pemegang saham terdaftar (*registered shareholders*) dalam perseoan.¹²⁷ Perjanjian penitipan kolektif yang dibuatkan oleh dan antara emiten dengan lembaga kustodian, yang salah satunya adalah lembaga penyimpanan dan penyelesaian akan mengatur dengan tegas dan jelas hak-hak dan kewajiban yang terkait di antara kedua belah pihak, termasuk hak-hak yang diturunkan dari perjanjian penitipan kolektif tersebut, khususnya yang terkait dengan hak pemilik rekening dalam penitipan kolektif pada emiten dan lain seterusnya. Berdasarkan pada perjanjian penitipan kolektif itulah, dapat dijelaskan, dipahami dan dimengerti mengapa yang tercatat dalam Daftar Pemegang Saham Emiten adalah Lembaga Penyimpanan dan Penyelesaian, sedangkan pihak yang berhak hadir dalam Rapat Umum Pemegang Saham emiten adalah pemegang sub rekening dalam Lembaga Penyimpanan dan Penyelesaian.

127 Ibid., hlm 77.

Konsep kepemilikan saham *dominium plenum* pada Pasal 52 ayat (4) pada UUPT yang hanya mengenal satu orang pemegang saham dengan segala hak, kewajiban, tugas dan tanggung jawab yang melekat padanya sebagai pemegang saham mutlak menutup kemungkinan kepemilikan saham secara *nominee* seperti yang terdapat dalam UUPM.

