

## **BAB 2**

### **TINJAUAN UMUM ANALISIS EKONOMI DALAM HUKUM ATAS ASAS KEPASTIAN HUKUM DALAM O&M ANTARA PLN DENGAN OPERATOR SWASTA**

#### **2.1 Analisis Ekonomi Dalam hukum Sebagai Ukuran Efisiensi Pelaksanaan O&M**

Pada bagian ini penulis menjelaskan mengenai teori analisis ekonomi dalam hukum (khususnya terhadap kontrak hukum) yang dijadikan landasan dalam untuk menjelaskan keterkaitan antara pelaksanaan ketentuan O&M secara hukum dengan kemanfaatan ekonomi yang diharapkan oleh para pihak dalam perjanjian tersebut.

Analisis ekonomi terhadap kontrak hukum merupakan pendekatan ekonomi yang lebih khusus terhadap suatu pelaksanaan perjanjian yang merupakan produk hukum dalam memberikan kepastian hukum kepada para pihak di dalamnya. Pendekatan ini juga lebih menitik beratkan kepada penggunaan ukuran kerugian dalam menjaga suatu pelaksanaan kinerja atas apa yang telah ditentukan dan disepakati oleh para pihak di dalamnya, sehingga dengan ukuran kerugian tersebut dapat menghindari terjadinya perselisihan dan kerugian yang disebabkan oleh satu pihak terhadap pihak lainnya. Hal ini dilakukan dengan tujuan untuk meningkatkan suatu nilai kontrak tersebut karena dapat dilaksanakan secara efisien.

Berikut ini adalah teori yang dipilih dan digunakan oleh penulis untuk menjadi dasar dalam memberikan analisis ekonomi dalam kontrak hukum di dalam O&M untuk mengukur efisiensi pelaksanaan perjanjian tersebut:

##### *2.1.1 Definisi dan Kerangka Analisis (Definitions and Framework of Analysis)*

Pada bagian ini selanjutnya akan memberikan suatu tinjauan umum dan penjelasan mengenai ketentuan umum suatu kontrak berdasarkan pendekatan ekonomi dalam hukum.

Suatu perjanjian merupakan spesifikasi atas pekerjaan/tindakan tertentu yang ditentukan oleh para pihak untuk dikerjakan/dilaksanakan pada

waktu tertentu, dan pada umumnya berfungsi sebagai acuan ketentuan.<sup>46</sup> Suatu kontrak dapat dinyatakan terinci sepenuhnya apabila daftar mengenai syarat-syarat atas pekerjaan/tindakan, dimana dasar atas pekerjaan/tindakan tersebut telah dilakukan pengkajian mendalam secara eksplisit, maksudnya adalah kontrak tersebut secara harfiah memberikan penjelasan untuk setiap hal dan kemungkinan atas pekerjaan/tindakan untuk seluruh keadaan yang dianggap relevan.<sup>47</sup>

Suatu kontrak dinyatakan tidak lengkap apabila kontrak tersebut tidak ditentukan secara lengkap, maksudnya kontrak tersebut tidak memiliki daftar eksplisit atas segala kemungkinan keadaan dalam pertimbangan.<sup>48</sup> Berdasarkan definisi pekerja, kontrak yang tidak lengkap dapat memberikan suatu instruksi lengkap berdasarkan implikasi dari pekerjaan/tindakan.<sup>49</sup> Suatu kontrak yang

---

<sup>46</sup> Steven Shavell, *Economic Analysis of Contract Law*, Working Paper Series, Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2003, Bag. 13, hal. 1. Note: "...By a *contract* I mean a specification of the *actions* that named parties are supposed to take at various times, generally as a function of the *conditions* that hold. The actions typically pertain to delivery of goods, performance of services, and payments of money, and the conditions include uncertain contingencies, past actions of parties, and messages sent by them. For example, a contract might state that a photographer should take pictures at a wedding on February 1st, that the buyer should pay the photographer \$1,000 within a week of the wedding, that the buyer may cancel if he notifies the photographer by January 1st, and that the photographer may cancel if he becomes ill. It is apparent that because the notions of actions and of conditions are broad, the conception of a contract is very broad."

<sup>47</sup> *Ibid.* Note: A contract will be said to be *completely specified* (or simply *complete*) if the list of conditions on which the actions are based is *explicitly exhaustive*, that is, if the contract provides literally for each and every possible condition in some relevant universe of conditions. In a contract for a photographer to take wedding photographs, suppose that the universe of conditions is everything that could happen to the photographer (becoming ill, receiving an offer to take photographs at another wedding the same day) and everything that could happen to the wedding couple (becoming ill themselves, breaking off their engagement). A completely specified contract would then have to include an explicit provision for each of these possible conditions pertaining to the photographer and to the wedding couple. Although, as we will discuss, contracts are far from completely specified in reality, the concept of a complete contract will be helpful for clarifying our thinking about contracts. Moreover, we will sometimes want to simplify by assuming that the universe of relevant conditions is small (we might suppose that it is only: the wedding photographer either becomes ill, or he does not), in which case we can well imagine a completely specified contract.

<sup>48</sup> *Ibid.*, hal. 2. Note: A contract will be said to be *incomplete* if it is not completely specified, which is to say, if the contract does not list explicitly all the possible conditions in the universe under consideration. For example, a contract that reads "Photographer shall take wedding pictures on March 14," would obviously be incomplete because it does not list any conditions; so would a contract that says "Photographer shall take wedding pictures on March 14, unless the photographer develops appendicitis," as this contract mentions only the single condition of appendicitis in the universe of possible conditions. Note that although these two contracts are incomplete, they do *implicitly* provide complete instructions for what the parties are to do under all conditions. The contract that says simply that the photographer shall take wedding pictures on March 14 implies that he should take the pictures under all conditions, even though it does not state that explicitly.

<sup>49</sup> Lanjutan Penjelasan: The use of the term "incomplete contract" in the economics literature is consistent with the definition I have given in this paragraph. In the economics literature, a contract is called incomplete if some variable on which the contract could depend (and typically would be

tidak lengkap, apabila tidak diberikan instruksi secara eksplisit yang lengkap didalamnya atau berdasarkan implikasi pekerjaan/tindakan, maka dapat menyebabkan terjadinya kesenjangan (*gaps*).<sup>50</sup>

#### 2.1.1.1 Kontrak yang Saling Menguntungkan (*Mutually Beneficial Contracts*)

Suatu kontrak dikatakan dapat saling menguntungkan atau dalam istilah ekonomi merupakan suatu *Pareto Efficient*, apabila suatu kontrak tidak dapat diubah kecuali untuk meningkatkan kesejahteraan (kegunaan yang diharapkan) oleh para pihak didalamnya.<sup>51</sup>

#### 2.1.1.2 Pemenuhan paksa atas Kontrak (*Enforcement of Contracts*)

Kontrak dalam hal ini diasumsikan sebagai kontrak yang pemenuhan paksanya berdasarkan peradilan (umumnya diinterpretasikan berupa badan peradilan yang berwenang), maksudnya ketika suatu kontrak pemenuhan paksanya memiliki unsur paksaan dari peradilan. Selain peradilan berwenang yang telah ditetapkan oleh negara, pemenuhan paksa atas kontrak ini dapat juga dilakukan oleh badan pembuat keputusan seperti asosiasi perdagangan, kelompok keagamaan, atau dapat juga melalui organisasi arbitrase. Selanjutnya,

---

valuable to include in the contract) is not included. For example, in the contract with the photographer, the contract could be imagined to depend on the photographer's effort (how well he circulated among guests), but if it did not depend on the photographer's effort, the contract would be considered incomplete. This contract would also be an incomplete contract according to my definition, for the photographer's effort level is a condition (a past action) on which the contract could in principle depend. Note too that in this example, as in many examples of incomplete contracts studied in the economics literature, an incomplete contract does provide, by implication, a complete set of instructions for the parties to the contract.

<sup>50</sup> *Ibid.* Note: An incomplete contract that does not provide a complete set of instructions explicitly or by implication is said to have *gaps*. For example, suppose that the wedding photography contract states that if the weather is sunny, the ceremony will be held in the backyard and a video camera should be used, and that if there is rain and the ceremony is held inside the house, only still photographs need to be taken. This contract does not state explicitly or imply what is to be done if the weather is cloudy; thus, it has a gap.

<sup>51</sup> *Ibid.* Note: A contract is said to be *mutually beneficial* or, in the language of economics, *Pareto efficient*, if the contract cannot be modified so as to raise the well-being -- the expected utility -- of each of the parties to it. We would suppose that contracts would tend to be mutually beneficial: If a contract can be altered in a way that would raise the expected utility of each party, we would think that this would be done. For example, suppose that the wedding contract states that the photographer should appear at 10 AM in the morning, but that an alternative contract under which he would arrive at 9 AM and would be paid an additional \$100, is preferred both by the wedding couple and by the photographer. Then the first contract would not be mutually beneficial, and we would expect the modification of the contract for earlier arrival of the photographer and higher payment to be made.

reputasi dan faktor-faktor terkait juga dapat mempengaruhi pemenuhan paksa kontrak.<sup>52</sup>

Pemenuhan paksa kontrak melibatkan fungsi dan tindakan dari pengadilan. Tindakan peradilan umumnya terjadi saat para pihak didalam kontrak memutuskan untuk melakukannya diawal kontrak tersebut dibuat. Dalam hal ini beberapa fungsi umum dari peradilan harus dibuat. Fungsi dasar dari peradilan adalah untuk menentukan mengenai pembentukan kontrak, yaitu ketika kontrak yang berlaku telah dibuat. Mengingat bahwa suatu kontrak telah dibuat dengan benar dan dianggap sah, maka peradilan dlaam hal ini seringkali harus terlibat dalam melakukan penafsiran terhadap suatu kontrak, khususnya untuk memenuhi potensi yang dapat menyebabkan kesenjangan dalam kontrak dan memutuskan ambiguitas yang terdapat dalam isi kontrak tersebut.<sup>53</sup>

Fungsi lain dari peradilan lebih mengkhususkan kepada terjadinya cedera janji dalam kontrak. Peradilan dalam hal ini harus dapat memutuskan kapan suatu kelalalian bertindak terjadi dan memaksakan pelaksanaan sanksi atau ganti rugi untuk cedera janji. Peradilan dapat memaksakan 2 (dua) jenis sanksi yang berbeda terhadap cedera janji dalam kontrak terhadap pihak yang dikenakan. Peradilan dapat memaksakan kepada pihak yang lalai dalam bertindak untuk membayar uang ganti kerugian kepada pihak lainnya, atau peradilan dapat juga mendesak untuk melaksanakan sesuai dengan kontrak atau dapat dikatakan mendesak sesuai dengan tindakan tertentu dari kontrak.<sup>54</sup>

Peradilan juga dapat mengenyampingkan suatu kontrak. Walaupun suatu kontrak telah terbentuk secara tepat dan tidak terdapat kecacatan, bahkan

---

<sup>52</sup> *Ibid.* Note: Contracts are assumed to be enforced by a court, which generally will be interpreted to be a state-authorized court. However, in many respects, an entity other than a state-authorized court -- a decisionmaking body within a firm, a trade association or a religious group, or an arbitration organization -- could serve as a tribunal and enforce contracts. Moreover, reputation and related factors may also serve to some degree to enforce contracts.

<sup>53</sup> *Ibid.*, hal. 3. Note: Contract enforcement involves the functions and actions of courts. Typically, courts act only when parties to contracts decide to come before them. Several general functions of courts should be mentioned. A basic function of courts is to decide about *contract formation*, that is, when a valid contract has been made. Given that a contract has been properly made and is deemed valid, courts must often engage in contract *interpretation*, notably, fill gaps in contracts and resolve ambiguities.

<sup>54</sup> *Ibid.*

belum pernah terdapat cedera janji, pengadilan dapat menolak untuk melakukan pemenuhan paksa terhadap kontrak tersebut.

Peradilan juga dapat menentukan suatu kontrak untuk dikesampingkan.<sup>55</sup> Sekalipun suatu kontrak telah dibuat/dibentuk secara tepat dan tidak terdapat cacat didalamnya, dan belum pernah terjadi kelalaian dalam bertindak, peradilan tetap dapat menolak untuk pemenuhan paksa kontrak tersebut.<sup>56</sup>

### 2.1.1.3 Kesejahteraan Sosial dan Kesejahteraan Pihak-Pihak Dalam Kontrak (*Social Welfare and the Welfare of Contracting Parties*)

Secara umum dapat diasumsikan bahwa tujuan dari peradilan adalah memaksimalkan kesejahteraan sosial. Hal ini berarti bahwa peradilan bertindak untuk memajukan kesejahteraan para pihak di dalam kontrak karena mereka (para pihak di dalam kontrak) akan menjadi pihak yang hanya dipengaruhi oleh kontrak. Namun, jika ada pihak lain yang dipengaruhi oleh kontrak, maka kesejahteraan dari pihak di luar kontrak ini juga akan diasumsikan untuk diperhitungkan oleh peradilan.

### 2.1.2 Pembentukan Kontrak (*Contract Formation*)

Seperti yang telah disebutkan, salah satu fungsi dasar dari peradilan dalam kaitannya dengan kontrak adalah untuk memutuskan kapan suatu kontrak diakui telah dibentuk, yaitu ketika kontrak tersebut dianggap sah dan akan

---

<sup>55</sup> From a formal point of view, all of these judicial tasks may be regarded as involving application of legal rules in a broad sense: Suppose that a legal rule is any function whose domain is the pair constituted of the contract of the parties (or, more exactly, various initial, observable statements they have made to each other) and certain subsequent events (observable actions of parties, messages, contingencies), and whose range is a set of actions of the court (such as declaring a contract to be formed, naming payments the parties must make, other actions of the parties, revision of contract terms).

<sup>56</sup> Steven Shavell, *Op. Cit.*, bag. 13, hal. 3. Note: Finally, courts may also decide to *override* a contract. That is, even though a contract was properly formed and is not invalid on that count, and has not been breached, the court may refuse to enforce it.

dipenuhi. Beberapa aspek hukum dari pembentukan kontrak akan menggambarkan maknanya.<sup>57</sup>

Salah satu dimensi hukum dari suatu pembentukan lebih memperhatikan kepada kemudahan para pihak untuk menentukan suatu kontrak dapat diakui secara hukum. Apabila pengakuan hukum pembentukan kontrak didasarkan pada tanda kesepakatan atas perjanjian dari masing-masing pihak, seperti yang masing-masing pihak ketahui dengan apabila terdapat persetujuan bersama dan suatu kontrak telah dibentuk, maka dua manfaat penting akan mengikuti<sup>58</sup>, yaitu:

- a) Pertama, karena para pihak memiliki kemampuan untuk membuat kontrak dan untuk segera mengetahui bahwa kontrak mereka akan dipenuhi, para pihak akan dapat keuntungan tanpa penundaan dari kegiatan “melakukan peningkatan nilai” (seperti mempekerjakan pekerja dan pembelian bahan-bahan untuk konstruksi).<sup>59</sup>
- b) Kedua, karena para pihak dapat menghindari membuat kontrak dengan tidak membuat tanda persetujuan perjanjian yang akan mengakibatkan pengakuan kontrak, dalam hal ini para pihak tidak perlu khawatir untuk terlibat dalam mencari rekanan, untuk mencari informasi tentang kontrak yang memungkinkan, dan untuk bernegosiasi diantara para pihak untuk tidak merasa takut atas kontrak yang tidak mereka inginkan.<sup>60</sup>

Aspek lain dari aturan-aturan mengenai kepentingan bagi pembentukan kontrak adalah mengenai salah satu pihak untuk sebuah kontrak yang kemungkinannya berada di bawah paksaan atau dalam situasi darurat. Sekalipun terdapat tanda persetujuan yang tepat dari suatu kontrak, kontrak tidak diakui

---

<sup>57</sup> *Ibid.* Note: As mentioned, one of the basic functions of courts in relation to contracts is to decide when contracts are recognized as having been formed -- that is, when they are deemed valid and will be enforced. Several aspects of the law of contract formation will illustrate its significance.

<sup>58</sup> *Ibid.* Note: One dimension of the law of formation concerns the ease with which parties can determine whether contracts will be legally recognized. If legal recognition of contract formation is based on a clear sign of agreement from each party -- such that each is easily able to know when there has been mutual assent and a contract has been formed -- then two essential benefits will follow.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*

karena paksaan atau darurat, dua keuntungan sosial dan termasuk juga salah satunya konsekuensi merugikan. Pertama, usaha sosial yang tidak diinginkan tidak akan digunakan dalam rangka untuk menempatkan pihak tertentu dalam situasi problematis, dimana karena paksaan atau keadaan darurat, mereka akan diarahkan untuk membuat kontrak dengan persyaratan yang sangat menguntungkan bagi mereka yang menempatkan mereka di sana. Kedua, para pihak akan memperoleh semacam asuransi secara implisit terhadap keharusan membayar dengan harga yang tinggi apabila mereka berada dalam situasi darurat. Tetapi hal ketiga, insentif para pihak yang berpotensi dalam kontrak tidak dapat dilaksanakan untuk membantu para pihak tersebut.<sup>61</sup>

Aspek tambahan dalam hukum mengenai pembentukan kontrak melibatkan informasi yang diungkapkan oleh para pihak yang berpotensi untuk kontrak. Semakin banyak informasi yang diperlukan oleh para pihak diungkapkan, semakin baik pencocokan rekanan satu sama lain dan semakin efisien tindakan oleh para pihak setelah mereka membuat kontrak. Namun, kewajiban hukum untuk mengungkapkan dan mendapatkan informasi secara umum termasuk di dalamnya mengenai insentif, secara sosial/umum tidak diinginkan.<sup>62</sup>

### 2.1.3 Justifikasi Umum Terhadap Kontrak dan Penerapannya (*General Justifications for Contracts and for Their Enforcement*)

#### 2.1.3.1 Mengapa Kontrak Dibuat (*Why contracts are made*)

Pertanyaan mendasar mengenai kontrak adalah mengapa para pihak menginginkan adanya kontrak tersebut, mengapa para pihak menginginkan membuat berbagai rencana dengan pihak lainnya. Dari berbagai alasan penting yang dikemukakan, berikut ini terdapat 4 hal yang menjadi perhatian mengapa suatu kontrak dibuat:

---

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*, hal. 4.

- 1) Suatu kontrak yang secara nyata merupakan suatu tindakan/pekerjaan untuk melakukan penyediaan barang dan jasa atas waktu yang akan datang. Hal ini sering terjadi bahwa satu pihak akan menginginkan barang atau jasa untuk waktu mendatang, dan pihak lainnya dapat memasok barang atau jasa tersebut, sehingga menimbulkan kebutuhan untuk saling mengikatkan diri dalam suatu kontrak. Suatu kontrak tidak akan diperlukan untuk penyediaan barang atau jasa untuk waktu mendatang, jika terdapat pengelolaan yang baik dan sesuai atas suatu pasar, sehingga kebutuhan atas barang dan jasa tersebut dapat dipenuhi pada saat itu juga (tidak perlu ada pemesanan dan perjanjian penyediaan untuk waktu mendatang). Berdasarkan hal tersebut, kontrak-kontrak produksi akan bermanfaat terutama untuk barang dan jasa yang tidak tersedia dipasar karena dibuat berdasarkan pesanan atau khusus.<sup>63</sup>
- 2) Realokasi resiko yang saling menguntungkan atau Pembagian resiko-resiko. Kontrak asuransi, dimana tertanggung mau menanggung risiko membayar premi dan dilindungi terhadap risiko oleh perusahaan asuransi yang netral. Hal tersebut adalah contoh utama dari alasan mengapa suatu perjanjian dibuat, dan contoh-contoh lainnya di mana terdapat alokasi risiko merupakan suatu “fitur utama” dalam perjanjian, seperti perjanjian kemitraan untuk membagi seluruh keuntungan.<sup>64</sup>
- 3) Perbedaan pendapat atas berbagai peristiwa. Ketika transaksi efek atau aktiva tahan lama terjadi, terkadang muncul penjelasan bahwa pembeli dan penjual memiliki keyakinan berbeda diantara mereka mengenai harga atas suatu barang atau jasa pada waktu mendatang, ketika penawaran terjadi, penjelasan biasanya mengenai keyakinan yang

---

<sup>63</sup> *Ibid.* Note: A basic question about contracts is why parties should want to make them, that is, why they should want to make plans with each other. Several important reasons may be offered. An obvious warrant for contracts involves the future *provision of goods and services*. It is often the case that one party will want a good or service in the future, and that another party can supply the good or service, giving rise to the mutual desirability of a contract. It should be noted, however, that contracts will not be necessary for the future supply of goods or services if a well-organized market in them exists, for then a future need can be met on the spot. (If I will want food for dinner a month from now, I do not need to make a contract to get it, for I will be able to purchase the food at that time.) Thus, it is mainly for custom or specialized goods and services, not readily available on markets, that production contracts may be beneficial.

<sup>64</sup> *Ibid.*



berbeda diantara kedua belah pihak tentang kemungkinan dari peristiwa penawaran<sup>65</sup>.

- 4) Keterlibatan dalam mengubah waktu konsumsi. Ketika individu meminjam atau meminjamkan, mereka akan membuat pengaturan yang saling menguntungkan di mana pola temporal mereka mengenai konsumsi dapat berubah-ubah.<sup>66</sup> Hal ini dapat saja menjadi suatu alasan dari berbagai keadaan, misalnya adalah kontrak penambahan biaya untuk proses penyediaan suatu barang tidak hanya sekedar penyediaan barang tersebut, tetapi juga mengenai pembagian risiko yang saling menguntungkan (seperti penolakan produsen terhadap risiko).<sup>67</sup>

### 2.1.3.2 Mengapa Pemenuhan paksa Diinginkan (*Why Enforcement is Desired*).

Mengingat bahwa ada alasan bagi para pihak untuk membuat kontrak sebagai rencana tindakan masa mendatang diantara mereka, mengapa para pihak tersebut menginginkan kontrak ditegakkan oleh peradilan? Hal tersebut yang dapat menyebabkan kontrak terjadi pelanggaran jika tidak ada pemenuhan paksa hukum oleh pihak luar, dan mengapa hal tersebut merupakan pelanggaran kontrak yang tidak diinginkan terjadi oleh para pihak? Ada tiga jawaban umum untuk pertanyaan ini, yaitu:

- 1) Pertama adalah bahwa tanpa ada pemenuhan paksa, suatu pihak akan dapat menyediakan dana yang telah dibayar sebelum pelaksanaan kontrak, umumnya penafsiran atas kontrak tidak bisa dijalankan.<sup>68</sup> Sebagai contoh, karena peminjam mampu menjaga apa yang telah mereka pinjam dan tidak dipaksa untuk membayar pinjaman, maka pinjaman akan menjadi mustahil tanpa penegakan

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.* Note: A fourth general reason for contracting involves altering the *timing of consumption*. When individuals borrow or lend, they are making mutually beneficial arrangements in which their temporal patterns of consumption are altered. Of course, more than one of these reasons may apply in a given case. For instance, a cost-plus contract for the provision of a good may achieve not only provision of the good, but also beneficial risk-sharing (suppose the producer is averse to risk).

<sup>67</sup> Although the reasons for contracts discussed in this section are, I believe, the primary ones, others exist. For example, parties may want to warrant the quality of goods sold on spot markets and thus want contracts for that purpose, or parties may want to induce certain behavior on the part of the recipients of gifts and thus want to make donative contracts.

<sup>68</sup> Steven Shavell, *Op. Cit.*, bag. 13, hal. 5.

kontrak, dan karena asuransi akan mampu menjaga premi dan tidak dibuat untuk menutupi kerugian, asuransi akan menjadi mustahil tanpa pemenuhan paksa hukum. Dengan demikian, sebagian besar kontrak keuangan, pertaruhan, dan pengaturan pembagian resiko akan menjadi tidak bisa dijalankan. Setiap kontrak yang lebih dari satu di mana terdapat suatu pertukaran uang yang simultan untuk barang atau jasa juga akan menjadi tidak bisa dijalankan apabila tidak ada pemenuhan paksa kontrak.<sup>69</sup>

- 2) Kedua adalah bahwa pihak lainnya dapat saja tidak memenuhi janji untuk memberikan suatu barang atau pelaksanaan atas suatu jasa yang dijanjikan.<sup>70</sup> Pihak yang telah berjanji untuk penyediaan barang atau jasa mungkin akan berpikir lain, kesempatan yang lebih baik telah muncul, bahwa biaya pelaksanaan kinerja telah meningkat lebih dari yang diharapkan, dan sejenisnya. Jika demikian, dan jika negosiasi dengan pihak lainnya dalam kontrak dirasa tidak nyaman (mengenai isi kontrak) atau tidak berjalan dengan lancar, pihak yang berjanji memungkinkan untuk memutuskan tidak melakukan suatu pelaksanaan pekerjaan. Jika terjadi kegagalan untuk suatu pelaksanaan kinerja, sekalipun kinerja tersebut dilaksanakan lebih baik, tetapi karena biayanya melebihi nilai sebenarnya, maka nilai dari perjanjian kontraktual berkurang bagi para pihak, sehingga pengurangan nilai kontrak tersebut dapat dihindari jika kontrak dipenuhi.<sup>71</sup>
- 3) Ketiga adalah tidak terdapatnya suatu pemenuhan paksa hukum, harga tidak dapat ditetapkan sebelumnya, yang berarti peningkatan harga dapat terjadi (suatu pihak dapat melakukan tawaran yang oportunistik mengenai harga transaksi), mengurangi nilai kontrak atau mengubah kontrak tersebut.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> *Ibid.* Note: The enforcement of a contractual obligation to pay money, such as to repay a loan, might come, at least in part, under the head of tort law (to prevent “conversion” of assets) or criminal law, rather than contract law; but this is not of significance for our purposes, for what matters is that some form of legal enforcement of contractual obligations is needed.

<sup>70</sup> Such failure might occur even though simultaneous exchange of money for the good or service is possible

<sup>71</sup> Steven Shavell, *Op. Cit.*, bag. 13, hal. 5.

<sup>72</sup> To illustrate, consider a buyer who wants a custom desk that would be worth \$1,000 to him and would cost \$700 for a seller to produce. In the absence of contract enforcement, the buyer and the seller cannot fix in advance the price that the buyer will pay for the desk at the time of delivery. (Note,

### 2.1.4 Ketidaklengkapan Kontrak (*Incompleteness of Contracts*)<sup>73</sup>

Sebuah aspek dari praktek kontrak yang akan menjadi yang sangat penting untuk dipertimbangkan adalah ketidaklengkapan suatu kontrak secara signifikan. Kontrak biasanya menghilangkan segala macam variabel dan kemungkinan yang memiliki potensi yang terkait kepada para pihak dalam kontrak. Ada beberapa jenis alasan untuk ketidaklengkapan kontrak, yaitu mengapa para pihak membiarkan terjadinya ketidaklengkapan kontrak sebagai kepentingan bersama para pihak tersebut. Berikut ini faktor yang membuat pentingnya suatu pertimbangan dalam ketidaklengkapan suatu kontrak:

- a) Salah satu alasan tersebut lebih memperhatikan kepada upaya dan biaya untuk mengantisipasi kemungkinan-kemungkinan, tawar-menawar mengenai resolusi para pihak tersebut (mengingat terjadi saling antisipasi diantara para pihak), dan kemudian memberikan gambaran yang memadai kepada para pihak mengenai keberadaan mereka (para pihak) dalam kontrak. Secara khusus, para pihak cenderung akan melakukan tindakan untuk tidak menentukan persyaratan secara rinci untuk keadaan-keadaan yang probabilitasnya rendah (sulit untuk dapat ditaksir kemungkinan yang terjadi secara tepat) karena kemungkinan kerugian dari pengecualian mengenai hal

---

the buyer will not pay the seller in advance, for the seller could then walk away with what he receives.) The buyer and the seller will agree on a price only *after* the seller makes the desk, and the buyer will at that time pay the seller in a simultaneous exchange of money for the desk. But at that point, the seller's production cost will be sunk and he will be vulnerable to holdup; the situation will be that he has a desk that, being custom-made, will have little or no alternative value (Similar forms of holdup would arise in the absence of contract enforcement where parties want to convey property that already exists, such as land; for instance, a seller might worry about being held up by the buyer if the seller waits and forgoes a present opportunity to sell his land to a new party who makes a bid for it). The outcome of bargaining between him and the buyer might thus be a price lower than the seller's cost of \$700; say the price is \$500. If so, and the seller anticipates receiving only the \$500 price, he will not produce the desk. This is true even though production and sale at a price between \$700 and \$1,000, such as \$800, would be mutually beneficial for the seller and the buyer. More broadly, the problem of holdup at the stage of negotiation for performance and for payment will result in all manner of underinvestment in the contractual enterprise (The idea of contract enforcement as a cure for holdup-related inadequacy of investment and effort in the contractual enterprise was initially stressed in the economics literature by Grout 1984, Klein, Crawford, and Alchian 1978, and Williamson 1975. However, the general idea that contract enforcement is privately and socially desirable because it fosters production and trade is made (usually, with little articulation) by most writers on contract law and one supposes that it has always been appreciated. See for example E. Allen Farnsworth 1999, 6-7, and Pound 1959, 133-34).

<sup>73</sup> Steven Shavell, *Op. Cit.*, bag. 13, hal. 6.

ini akan sedikit (minimal), sedangkan biaya dalam memasukkan termasuk syarat tersebut akan ditanggung dengan suatu yang pasti.<sup>74</sup>

- b) Alasan umum kedua untuk ketidaklengkapan kontrak adalah tidak memiliki hubungan dengan biaya dalam memasukkan suatu ketentuan dalam kontrak, melainkan dengan memasukkan biaya yang akan muncul dalam pemenuhan paksa suatu kontrak. Terutama, jika biaya untuk pembuktian kepada peradilan terkait suatu kemungkinan atau kondisi telah terjadi cukup besar, maka ketentuan tersebut tidak perlu dimasukkan.<sup>75</sup>
- c) Alasan penting ketiga adalah beberapa alasan kemungkinan atau beberapa yang tidak dapat diverifikasi peradilan. Jika suatu kemungkinan atau nilai dari suatu variabel tidak dapat diverifikasi oleh pengadilan (jika terdapat asimetri informasi antara para pihak dan peradilan), maka para pihak harus memasukkan kemungkinan atau variable tersebut dalam kontrak, salah satu pihak umumnya memiliki kepentingan untuk mengajukan klaim tentang kemungkinan atau variable yang menyebabkan masalah tersebut.<sup>76</sup>
- d) Faktor keempat adalah konsekuensi yang diharapkan dari ketidaklengkapan dimungkinkan tidak membahayakan bagi para pihak.<sup>77</sup> Untuk memperkuat, suatu peradilan mungkin

---

<sup>74</sup> For example, it might take 15 minutes to discuss and include a term about what to do if the photographer is involved in a car accident on the way to the wedding, but if the likelihood of such an event is quite low, it will not be worth the parties' while to include a provision for such an outcome in the contract (More precisely, suppose that the cost of including a term for an (anticipated) contingency is  $c$ , that the likelihood of the contingency is  $p$ , and that the loss the parties would jointly suffer from failing to include a term for the contingency is  $l$ . Then the parties will tend to exclude the contingency if the associated expected loss of  $pl$  is less than the cost  $c$  of inclusion, that is, if  $p$  is less than  $c/l$ ).

<sup>75</sup> Steven Shavell, *Op. Cit.*, bag. 13, hal. 6.

<sup>76</sup> For example, if the contract specifies that the seller need not perform if he has a stomach ache, he would claim he had a stomach ache if he later did not want to perform; or if the contract specifies that the buyer does not have to pay for a service if it is performed poorly and the quality of performance cannot be verified by the court, the buyer would always find it in his interest to claim that performance was subpar in order to escape having to pay. It should be noted that even if the parties can themselves verify contingencies and named variables, contracts that include them will still be unworkable if the courts cannot verify them (even if the buyer knows the seller's effort level, a contract depending on effort level will be unworkable if the court cannot verify it, for both the buyer and the seller can make false claims about it). Of course, many variables that seem unverifiable can be made verifiable (perhaps the quality of service performance can be made verifiable through videotaping), but that would involve expense.

<sup>77</sup> In strict logic, this is not an independent reason for incompleteness but rather one that complements the previous reasons: The lower are the losses from incompleteness, the more likely it is that parties will find the costs of writing or enforcing terms not worthwhile bearing, and the more likely they will not find it worthwhile incurring the costs of rendering a variable verifiable to the court.

menginterpretasikan suatu kontrak yang tidak lengkap dengan cara yang diinginkan. Selain itu, prospek mengenai keharusan membayar ganti rugi atas cedera janji dalam kontrak dapat berfungsi sebagai pengganti secara implisit untuk persyaratan yang lebih rinci karena hal tersebut dapat menyebabkan para pihak untuk bertindak dengan memiliki syarat yang lebih terinci. Selain itu, kesempatan untuk melakukan negosiasi kembali atas suatu kontrak membuat para pihak lebih baik dalam melakukan perubahan mengenai syarat dalam suatu keadaan yang jelas dimana ketentuan suatu kontrak belum dibuat, dan para pihak akan diarahkan untuk melakukan apa yang telah dipersiapkan untuk hal yang paling diutamakan, yaitu menulis suatu kontrak yang lebih rinci. Akhirnya, “ketidaklengkapan” dimungkinkan tidak bermasalah sama sekali karena hal tersebut memperhatikan kepada peristiwa yang tidak memiliki kaitan secara kontraktual.<sup>78</sup>

#### 2.1.5 Interpretasi Kontrak (*Interpretation of Contracts*)<sup>79</sup>

Mengingat bahwa para pihak melakukan kesengajaan dalam membuat kontrak secara tidak lengkap yang selanjutnya memunculkan pertanyaan tentang penafsiran kontrak oleh peradilan dalam melakukan interpretasi kontrak oleh peradilan. Pada umumnya, para pihak menginginkan ketidaklengkapan kontrak tersebut diinterpretasikan sesuai tujuan penulisan kontrak mereka yang telah menghabiskan waktu dan upaya untuk membuat kontrak lebih terinci dalam hal persyaratannya.<sup>80</sup>

<sup>78</sup> Steven Shavell, *Op. Cit.*, bag. 13, hal. 7.

<sup>79</sup> It should be noted that such interpretation can be carried out by courts only when the reason for incompleteness was the effort to anticipate or expense for parties of specifying more terms. When the reason for incompleteness is that the court cannot verify a term, then the courts by assumption cannot attempt to complete the contract.

<sup>80</sup> For example, suppose that a builder and a buyer do not include a term in their contract stating whether the builder is to perform if material prices rise steeply, but had they included the term, it would have relieved the builder of having to perform in that circumstance. The parties would want the courts to interpret the incomplete contract in that way should prices rise steeply (To amplify why the parties would be made better off, suppose that the seller would insist on raising the contract price by \$100 if he were obligated to perform when prices turned out to be very high -- in order to cover his increase in expected costs -- but that the buyer would only place an expected value of \$50 on receiving performance in that circumstance. Then were the two parties to include an explicit term regarding high prices, the term would state that the seller not perform, for the buyer would not want to pay the extra \$100 in the price for a \$50 benefit. If the court interprets the contract in this way, the parties tend to be made better off. If the court, however, misinterprets the parties' intentions and they know this, then the

Keuntungan bagi para pihak atas interpretasi yang benar terhadap maksud mereka oleh peradilan tidak hanya terjadi secara langsung saja (bahwa syarat yang telah dibuat secara tidak lengkap akan diinterpretasikan sesuai keinginan para pihak. Keuntungan dari interpretasi yang benar juga terjadi secara tidak langsung, yaitu para pihak kemudian dapat menghilangkan lebih banyak persyaratan yang eksplisit dan dengan demikian menghemat biaya penyusunan dan negosiasi kontrak.<sup>81</sup>

Perlu dibuat beberapa komentar tentang tugas pengadilan untuk melakukan penafsiran dengan pertimbangan terjadinya situasi yang terdapat “kesenjangan” dalam pengertian didalam kontrak.<sup>82</sup> Kontrak yang tidak lengkap

---

cost of the contract to the buyer would rise by \$100 for only a \$50 benefit, making the contract less valuable for him. As a consequence of this and similar misinterpretation, the buyer's willingness to pay for the contract would fall, harming the seller as well. Conversely, correct interpretation tends to benefit both parties).

<sup>81</sup> A sketch of how this could be done is as follows. Suppose that the parties contemplate including a term *t* in their contract. Each party can calculate his expected utility if *t* is not included, given that method *M* will be used to interpret the contract if a contingency relevant to *t* arises. (To calculate expected utility, some assumption about the determination of contract price must be made, such as that the price is such that one party obtains a fixed percentage of the surplus.) Each party can also calculate his expected utility if *t* is included; this calculation will take into account the cost of including *t*. It would be natural to assume that the contract excludes *t* if both parties are better off by so doing, and that it includes *t* if either party wants that.; and second, calculate social welfare having ascertained what terms the parties will include and how the courts will interpret incompleteness (The social welfare maximizing method of interpretation can be described loosely as that which minimizes the sum of writing costs (the cost of including terms) plus error costs of interpretation (the social welfare goal would be precisely this if social welfare equals the sum of parties' utilities and they are risk neutral). Therefore, a method *M* that tends to be an accurate reflection of parties' desires lowers error costs, and it also leads (as explained in the last footnote) to exclusion of terms and thus lower writing costs; thus, both the direct and indirect advantages of *M* enter into the formal calculus, as stated in the text. It should be observed that the optimal method of interpretation may involve some subtleties. For example, according to the optimal method, a term might not be interpreted in the way that is best in the majority of transactions. Suppose that term *t1* is best in the majority of transactions and that the parties to these transactions can include *t1* explicitly, at little cost on a per-contract basis, because they are repeat players. Suppose that term *t2* is best only in the minority of transactions, but that for the parties to these transactions to include *t2* explicitly will not be cheap on a per-contract basis because they are not repeat players. Then the optimal method of interpretation would make *t2* the default term in an incomplete contract even though it is best only in a minority of transactions).

<sup>82</sup> Steven Shavell, *Op. Cit.*, bag. 13, hal. 9. Note: Consider first the situation in which there is a literal gap in a contract, like the wedding photography contract that mentions sunny days, when videos should be taken of the ceremony, and rainy days, when only still pictures are to be taken of the ceremony, but fails to say what should be done on cloudy days. In such a case, courts know that they must fill the gap -- if a cloudy day arose, the courts must say what should have been done, and the job of the courts is to determine from evidence what the parties would have wanted. Consider next an incomplete contract that does not have gaps, such as a contract that says the wedding photographer shall take videos of the ceremony unless there is rain, in which case stills are to be taken. By implication, this contract covers cloudy days -- video pictures are to be taken of the ceremony on such days -- but there are still possible ambiguities about the contract: Did the parties really mean for videos

yang tidak terdapat “kesenjangan” pengertian dalam kontrak selalu membawa ambiguitas tentang keinginan nyata para pihak, sehingga kebutuhan untuk interpretasi hukum tidak jelas, dan kemungkinan bahwa peradilan akan melakukan kesalahan dalam menentukan apa yang menjadi keinginan para pihak dapat berubah menjadi suatu konsekuensi atas hal tersebut.<sup>83</sup>

## 2.1.6 Ukuran Kerugian Untuk Cidera Janji Dalam Kontrak (*Damage Measures for Breach of Contract*)<sup>84</sup>

### 2.1.6.1 Definisi Ukuran Kerugian

Ketika para pihak melakukan cidera janji terhadap suatu kontrak, biasanya mereka diharuskan untuk membayar ganti rugi. Ukuran kerugian, yaitu aturan atau formula yang mengatur mengenai ganti rugi (melakukan pembayaran) yang dilakukan suatu pihak atas apa yang terjadi dalam cidera janji tersebut, hal tersebut dapat diterapkan oleh peradilan atau dapat ditetapkan terlebih dahulu oleh para pihak dalam kontrak (di mana kasus kerugian terkadang disebut sebagai kerugian dilikuidasi karena para pihak menginginkan untuk melikuidasi, untuk menghentikan kewajiban hukum para pihak dalam terjadi cidera janji).<sup>85</sup>

---

of the ceremony to be taken on cloudy days, or did they not mean that and leave out explicit mention of cloudy days because of the cost of so doing and, perhaps, knowledge of how the courts would interpret their contract if the weather were cloudy? (The ambiguity that I am referring to here arises, in strict logic, when parties do not have a clear understanding of how the courts will interpret incompleteness; thus the situation is more complicated than that described in the previous two notes, in which I assumed the parties know for sure the method *M* of interpretation).

<sup>83</sup> On various aspects of contract interpretation, see, for example, Ayres and Gertner 1989, Cohen 2000, Hadfield 1994, Katz 1990c, 1998, Alan Schwartz 1992, and Triantis 2000.

<sup>84</sup> The point that a moderate damage measure, and in particular the expectation measure, is socially desirable because it induces performance if and only if the cost of performance is relatively low was originally stated, informally, in Posner (1972a, two other writers, Birmingham 1970 and Barton 1972, adumbrate this point, although the meaning of their articles is at times obscure.), but he did not observe that the expectation measure is mutually desirable for the parties. In Shavell (1980b) stressing the mutual desirability of moderate damage measures for the contracting parties themselves and the role of damage measures as implicit substitutes for more complete contracts, and in Shavell (1980b) also first analyze damage measures and incentives to rely (On remedies for breach, see the surveys Edlin 1998, Shavell 1998, and the references cited in section 2 of chapter 15).

<sup>85</sup> There is a possible ambiguity in the meaning of the word “breach.” What is meant by breach in ordinary language is that a party does not do what it is said that he will do in the contract. For example, if the contract states that the seller shall deliver goods and the seller does not do that, he would usually be said to be in breach. Suppose, however, that the contract contains a liquidated damages provision stating that if the seller does not deliver goods, he should pay \$100 in damages. Then if he does not deliver the goods and pays the \$100, it might be said that he did not breach the

Ada harapan agar para pihak menentukan sendiri ukuran kerusakannya, yaitu apabila hal tersebut lebih memenuhi tujuan-tujuan para pihak daripada ukuran tersebut dibuat oleh peradilan, dan dapat juga berlaku sebaliknya untuk memungkinkan peradilan dalam memilih ukuran kerugian.

#### 2.1.6.2 Ukuran Kerugian dan Insentif Untuk Pelaksanaan (*Damage measures and incentives to perform*)

Jelas bahwa ukuran kerugian memberikan para pihak insentif untuk pelaksanaan dengan mengancam mereka melalui kewajiban membayar kerugian apabila tidak melaksanakannya.<sup>86</sup>

Ukuran terbaik dari kerugian saat kontrak telah benar-benar dilakukan dengan terspesifikasi (terinci). Pertanyaan yang muncul, apakah ukuran atas kerugian memberikan insentif terbaik bagi para pihak untuk melaksanakan kontrak? Artinya, apakah ukuran kerugian akan meningkatkan manfaat dari harapan para pihak dalam berkontrak? Dapat terlihat bahwa semakin tinggi ukuran kerugian, bahkan suatu ukuran hukuman, akan semakin baik karena hal tersebut akan memberikan motivasi yang kuat untuk menaati kontrak. Gagasan ini benar apabila kontrak tersebut telah benar-benar dilakukan (dibuat) secara terspesifikasi (terinci). Dalam hal ini, semakin tinggi ukuran kerugian (cukup tinggi sehingga tidak ada pihak yang melakukan cedera janji terhadap kontrak) akan menjadi kepentingan bersama para pihak karena mereka kemudian akan yakin bahwa kontrak yang mereka inginkan akan dipatuhi.<sup>87</sup> Ilustrasi mengenai

---

contract because he did what was required in the contract, namely, pay the \$100. However, in such cases where the contract names damage measures, we will still refer to an event in which a person does not do something specified in the contract and instead pays damages as being a breach. In any event, the issue under discussion is really semantic, because however we choose to describe parties' behavior, our analysis of behavior under different contracts, and under different legal rules, will be the same.

<sup>86</sup> Suppose that the buyer wants a custom desk built, and that the measure of damages for seller breach is \$800. Then the seller would be induced to build the desk if he would profit from so doing or if his losses would be less than \$800, but the seller would commit breach if his losses from performing would be higher than \$800. Thus, a particular damage measure provides a particular degree of incentive to perform, and in general, it is evident that the higher is the damage measure, the greater the incentive to perform.

<sup>87</sup> A slightly different way to express the point that the parties do not want breach is this: The hypothesis that the parties would want breach in some circumstance contradicts the assumption that the completely specified contract is mutually desirable in that circumstance (and could have been altered to allow for nonperformance in that circumstance, but was not).



hal ini dapat dicontohkan dengan kewajiban suatu pihak untuk memenuhi kontrak yang dibuat secara terinci dengan ukuran kerugian yang dibuat tinggi.<sup>88</sup>

Ukuran terbaik dari kerusakan saat kontrak tidak lengkap. Ketika kontrak tersebut tidak sepenuhnya ditentukan rinciannya (tidak terspesifikasi), maka ukuran kerugian yang cukup tinggi selalu mengarahkan terhadap kinerja dari kontrak yang tidak lengkap, atau mengarahkan pada frekuensi kinerja terhadap kontrak tersebut, sering tidak diinginkan oleh para pihak. Sebaliknya, hanya kerugian moderat yang diinginkan, karena para pihak berharap hasil dari cedera janji saat kinerja dari ketidaklengkapan kontrak sulit untuk terjadi.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Let us illustrate with a contract for the building of the desk, and let us assume that the buyer places a value of \$1,000 on having the desk. If such a contract were mutually beneficial and completely specified, then it can be shown to have the following simple character: The seller is to make the desk if the production cost would be less than \$1,000; and the seller is excused from performance if the production cost would exceed \$1,000. (In essence, the explanation is that the buyer would be willing to pay enough to the seller to induce him to accept terms specifying that the desk should be built if production cost is less than \$1,000, but the buyer would not be willing to pay enough to the seller to induce him to include terms calling for performance when the production cost would be higher than \$1,000.) Now note two points about the outcome if the damage measure for breach were high enough to guarantee performance of the terms in this contract: First, the seller would be led to construct the desk when the production cost would be less than \$1,000, but second, the seller would *not* be led to construct the desk when the production cost would exceed \$1,000, for the completely specified contract does not call for that, and thus no damages would be paid by the seller when he fails to construct the desk in such circumstances. Observe, moreover, that this statement is true no matter how high the damages for breach are. By contrast, under a damage measure that is not high enough always to induce performance of the contract, there will be, by hypothesis, some situations in which the construction cost is lower than \$1,000 and the seller will decide to commit breach and pay damages. Thus, the actual outcomes under this contract will be different from what is intended by the parties, and it can be shown that the parties will generally be worse off under this lower measure than under a higher damage measure that always induces performance.

The general points illustrated by this example are that, under a damage measure that is sufficiently high so as necessarily to induce performance of a mutually beneficial completely specified contract, (a) performance is always guaranteed, yet (b) there is no risk of a party's having to perform when that would be onerous, and there is no risk of having to bear high damages for breach. The latter points are true because, whenever performance would be onerous, the contract, being completely specified and mutually beneficial, will not call for performance.

<sup>89</sup> Before amplifying on this point, let us reconsider the example from above. Suppose that the contract states simply that the seller shall make a desk for the buyer and the buyer shall pay for it at the outset. The contract does not have specific terms because, say, of the cost of taking the time to include them. Given this incomplete contract calling for performance under all circumstances, a high measure of damages would be needed to guarantee performance, to make it certain. For instance, suppose that production costs could range up to \$5,000. Then the damage measure for breach would have to exceed \$5,000 in order to guarantee performance; a lower measure, such as \$3,000, would result in breach whenever production cost would exceed \$3,000. Now a damage measure that is so high as to result in performance of the incomplete contract all the time would result in outcomes very different from that under the mutually beneficial completely specified contract: Under the complete contract, the desk would be constructed *only* when its production cost is less than the buyer's valuation of \$1,000, whereas under the incomplete contract with a high damage measure, the desk would be built even when the production cost exceeds \$1,000. This suggests what will later be shown to be true, that the parties will be worse off with the high damage measure, due to the excessive performance it brings about. (The kernel of the explanation is that the seller will charge the buyer a higher price because of the costly

Ukuran kerugian moderat berfungsi sebagai pengganti secara implisit untuk kontrak yang lebih lengkap. Salah satu implikasi dari preferensi kedua pihak terhadap suatu kontrak untuk ukuran kerugian moderat adalah ukuran kerugian tersebut berfungsi sebagai pengganti untuk kontrak yang terinci. Tampak dalam hal ini apabila kontrak keluar dari persyaratan yang dinyatakan kapan kontrak harus dilaksanakan dan kapan tidak, penggunaan ukuran kerugian moderat yang dipilih secara benar akan mengakibatkan kinerja dalam perkiraan keadaan bahwa para pihak akan disebut lebih lengkap dan dinyatakan secara lengkap dalam kontrak. Hal tersebut karena kinerja akan diinduksi ketika hal tersebut tidak terlalu memberatkan untuk dilaksanakan, namun kinerja tidak akan diinduksi ketika hal tersebut terlalu sulit untuk dilaksanakan. Oleh karena itu, kesempatan para pihak untuk menerapkan ukuran kerugian moderat memungkinkan mereka untuk membuat kontrak yang tidak rinci namun tetap diketahui bahwa kinerja akan terjadi ketika mereka inginkan.

Nilai dari ukuran kerugian untuk para pihak sebagai pengganti dari kontrak yang lebih lengkap berdasarkan pada biaya transaksi penggunaan ukuran kerugian dibandingkan dengan biaya untuk melakukan spesifikasi atas kontrak agar lebih lengkap dalam penerapan selanjutnya. Hal ini juga harus diamati bahwa ukuran kerugian dapat berfungsi secara implisit untuk menyelesaikan kontrak ketika kontrak tersebut tidak mungkin bagi para pihak untuk dituliskan karena ketidakmampuan peradilan untuk melakukan verifikasi terjadinya suatu kemungkinan.<sup>90</sup>

---

performance he might be led to undertake, and the buyer by assumption would prefer not to have performance in these costly circumstances, in order to benefit from a lower contract price.)

A moderate damage measure, however, will not lead to the problem of excessive performance, for if damages are less than the high production cost levels, the seller will commit breach when production cost is high. Indeed, if the damage measure equals \$1,000, the value of the desk to the buyer, the seller will be led to perform precisely when he would have performed in the mutually beneficial completely specified contract: For the seller will perform when production cost is less than \$1,000, and he will breach the contract and pay damages when production cost would exceed \$1,000. This damage measure, equal to the value of performance, is the *expectation measure*, the most commonly employed measure of damages, and as will be seen subsequently in chapter 15, it leads under fairly general circumstances to performance when parties would wish that. Because moderate damage measures allow breach of incomplete contracts when performance would be expensive and induce performance when it would not be expensive, moderate damage measures lead to performance in circumstances resembling those (and in the example, identical to those) under mutually beneficial completely specified contracts.

<sup>90</sup> Suppose that the production cost of making the desk in our example is something that is inherently unobservable by courts, because the production cost depends on idiosyncratic factors having

Ketika kewajiban suatu kontrak adalah keuangan, ukuran kerugian tidak dapat dipakai sebagai pengganti untuk yang ditentukan secara lengkap dalam kontrak. Jika suatu kontrak tidak lengkap dan tugas dari suatu pihak dalam kontrak adalah membayar sejumlah uang, maka ukuran kerugian tidak dapat berfungsi untuk mendorong kinerja ketika telah dijelaskan secara lengkap didalam kontrak.<sup>91</sup>

Secara umum, ketika kewajiban dalam kontrak adalah keuangan, ukuran kerugian tidak dapat mengakomodir untuk mengisi ketidak lengkapan kontrak, hal tersebut hanya bisa mendorong kinerja dari ketidaklengkapan kontrak yang tertulis. Oleh karena itu, untuk para pihak dalam menghindari masalah karena ketidaklengkapan, mereka harus bergantung pada interpretasi peradilan atas isi kontrak mereka (mungkin peradilan akan menurunkan kewajiban pembeli untuk membayar apabila terjadi kebalikan/*reverse*) atau mereka harus mengambil kesulitan untuk menulis lebih lengkap terhadap isi kontrak sebagai hal yang diutamakan. Hal ini kemudian berlaku untuk kewajiban para pihak untuk membayar sesuai kontrak untuk menyediakan barang dan jasa, dan umumnya hanya untuk kontrak keuangan (kredit, asuransi, dan sejenisnya).

### 2.1.6.3 Apakah Cidera janji dan Pembayaran Kerugian merupakan Immoral? (*Is breach and payment of damages immoral?*)

---

to do with specialized carpentry, making it impractical for the builder to convince the court that the production cost would be high. Then a contract specifying that there should be no production when production cost is high would not be workable. But a contract with a moderate damage measure of \$1,000 for breach would be workable and would lead, as has been emphasized, to the result that the parties want, of no performance when production cost is high, and this would be so *without* the court's having to verify that the level of production cost would be high.

<sup>91</sup> Consider a building construction contract and the obligation of the buyer to pay the seller \$1,000,000 for the building when it is finished. Suppose that a complete contract would say that the buyer would only have to pay \$700,000 if he suffers a significant financial reverse. If the contract is incomplete and does not have a provision for the financial reverse, the use of a damage measure cannot relieve the buyer's obligation in that circumstance. In particular, the damage measure must be \$1,000,000 to induce the buyer to do what he promises (namely, pay \$1,000,000) in ordinary circumstances; yet if that is so, the buyer has to do the same when he suffers a financial reverse (20Note the difference when a party's obligation is to take an action other than pay money. If the action, such as building something, becomes difficult or expensive for the person, he can relieve his burden -- benefit himself -- by paying damages of a set amount. When his obligation is *itself* monetary, then paying damages equal to that amount cannot possibly help him).

Pembahasan ini mengenai cedera janji terhadap kontrak merupakan tindakan immoral merupakan hal yang dapat dipersamakan dengan pelanggaran atas suatu janji.<sup>92</sup> Untuk memahami dan mengevaluasi pernyataan tersebut, dalam hal ini dapat menggunakan asumsi bahwa jenis dari janji yang harus dijaga adalah janji yang secara lengkap ditentukan dan dapat dibayangkan oleh para pihak untuk dijalankan. Asumsi ini wajar karena menurut definisi hal tersebut hanya merupakan janji yang ditentukan secara lengkap, dan secara eksplisit diinginkan oleh para pihak dalam setiap kemungkinan atas keadaan yang memiliki kaitan terhadap para pihak tersebut. Hal ini menjadi tidak wajar dalam menafsirkan suatu janji yang tidak dinyatakan secara lengkap sebagai perwujudan keinginan para pihak dalam suatu keadaan tertentu, apabila para pihak mengatur sesuatu yang berbeda dari yang dinyatakan dalam janji yang tidak secara lengkap untuk keadaan tersebut, dan apabila alasannya adalah para pihak tidak dapat memberikan sesuatu atas suatu keadaan, yaitu hal tersebut tidak nyaman bagi para pihak untuk melakukannya saat itu.

Atas asumsi tersebut, maka asumsi bahwa kontrak yang telah ditentukan sepenuhnya merupakan janji dari para pihak yang harus dijaga/ditepati, dan ketidaklengkapan kontrak adalah sesuatu yang tidak untuk ditepati, dan dapat dilihat bahwa pandangan bahwa cedera janji terhadap kontrak dan pembayaran kerugian adalah hal immoral merupakan sesuatu yang membingungkan dan dapat menjadi kebalikan dari suatu kebenaran.<sup>93</sup>

#### 2.1.6.4 Insentif Untuk Kinerja Yang Dapat Diandalkan (*Incentives to rely*)

---

<sup>92</sup> In the philosophical literature, see, for example, Kant [1785] 1997, 15,32,38, Ross 1930, chapter 2, and Searle 1964; and in the legal literature, see, for example, Fried 1981, chapters 1-2. These views are reviewed in Kaplow and Shavell 2002c, 157-65.

<sup>93</sup> Consider the incomplete contract for the making of the desk that is worth \$1,000 to the buyer, that names no contingencies concerning production cost, and for which the expectation measure would determine damages for breach. Under this measure, breach will occur whenever production cost exceeds \$1,000. In such instances, nonperformance is exactly what would have been allowed in the completely specified contract that represents the real wishes of the parties and the promise that they would want met. Thus, the breach induced by the damage measure is seen to satisfy the true promise agreement of the parties, not to abrogate it; in this sense, the truth about breach and damage measures is the opposite of what the view that breach is immoral suggests (This point is initially made in Shavell 1980b). That view reflects a failure to recognize the possibility -- and the practical reality and reasons for -- incomplete contracts.

Fungsi lain dari ukuran kerugian untuk cedera janji adalah insentif untuk kinerja yang dapat diandalkan karena hal tersebut mendorong kinerja kontrak, hal tersebut dapat memberikan para pihak dalam kontrak dengan insentif untuk mengambil tindakan berdasarkan suatu kinerja. Tindakan ini dapat meningkatkan nilai kontrak bagi para pihak, pembiasaan atas keuntungan mereka.<sup>94</sup> Tindakan ketergantungan tersebut adalah suatu produk sampingan dari kepercayaan dalam kinerja yang dihasilkan dalam penggunaan ukuran kerugian. Meskipun akan ada kecenderungan berpikir bahwa dorongan kepercayaan adalah hal yang baik (hanya terdapat pengendalian yang sedikit apabila tidak terdapat pemenuhan paksa kontrak), ternyata penggunaan ukuran kerugian juga dapat menyebabkan ketergantungan yang berlebihan dalam prasangka bahwa kinerja akan dilakukan secara tepat.

#### 2.1.6.5 *Penanggungan Resiko (Risk-bearing)*

Fungsi penting ketiga dari ukuran kerugian memperhatikan kepada alokasi dari resiko. Terutama karena kompensasi pembayaran ganti rugi untuk pihak-pihak yang dirugikan dari terjadinya cedera janji terhadap kontrak, ukuran mengenai hal tersebut tentunya diinginkan oleh para pihak sebagai bentuk implisit dari asuransi apabila korban melakukan penghindaran resiko. Untuk alasan ini, ukuran kerugian dapat memperoleh permohonan tambahan untuk para pihak atas dasar penanggungan resiko. Namun, prospek keharusan untuk membayar rugi juga merupakan resiko bagi pihak yang diarahkan untuk melakukan cedera janji (misalnya sebagai penjual yang tiba-tiba mengalami kenaikan biaya), dan pihak tersebut dapat menjadi penghindar resiko. Pertimbangan ini dapat mengakibatkan para pihak untuk mengurangi kerugian, atau untuk menghindari penggunaan kerugian sebagai perangkat mendapatkan insentif, dengan membuat kontrak secara lebih rinci/lengkap.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> For example, a restaurateur expecting construction of a restaurant by his builder, could hire and train staff and advertise the opening of the restaurant, and thereby enhance the profitability of the contract.

<sup>95</sup> For instance, the parties could go to the expense of specifying in the contract that a seller can be excused from performance when his costs are high.)

Pertimbangan penuh dari ukuran kerugian dan alokasi resiko yang efisien akan memperhitungkan apakah risiko yang ditanggung oleh suatu pihak merugikan atau menguntungkan.<sup>96</sup> Pertimbangan lain yang relevan adalah apakah suatu resiko tersebut moneter atau non moneter.<sup>97</sup> Pertimbangan tambahan yang merupakan ketersediaan dari asuransi komersial kepada para pihak untuk kerugian akibat terjadinya cidera janji; apabila asuransi tersebut tersedia, maka kebutuhan untuk memberikan kompensasi kerugian kepada korban ditiadakan, dan kerugian memiliki peran utama sebagai perangkat insentif.

### 2.1.7 Kinerja Tertentu Sebagai Pemulihan atas Cidera janji Dalam Kontrak (*Specific Performance as the Remedy for Breach of Contract*)

#### 2.1.7.1 Definisi Kinerja Tertentu (*Specific Performance Defined*)

Alternatif penggunaan ukuran kerugian untuk cidera janji dalam kontrak adalah kinerja tertentu yang membutuhkan suatu pihak untuk memenuhi kewajiban kontraknya. Penafsiran kinerja tertentu tergantung kepada sifat dari kewajiban kontrak. Biasanya kinerja tertentu merujuk kepada kewajiban untuk memberikan suatu barang atau pelaksanaan suatu layanan, dalam hal ini berarti kewajiban tersebut harus sudah dilaksanakan.<sup>98</sup> Apabila kewajiban kontrak adalah membayar suatu jumlah yang diminta, seperti perusahaan asuransi untuk membayar pertanggungan ke tertanggung, maka maksud dari kinerja tertentu adalah pembayaran uang. Kinerja tertentu dapat dicapai dengan melakukan ancaman yang tinggi, atau dengan menggunakan kekuasaan polisi negara. Perhatikan juga bahwa apabila suatu hukuman moneter dapat digunakan untuk

---

<sup>96</sup> For example, if a party wants to breach, not because he has run into costly production difficulties, but rather because another party has bid more for what he has made, then risk-bearing considerations would not lead to lower damages for the seller.

<sup>97</sup> If, for instance, the victim's loss is nonmonetary, such as the loss due to the failure of a photographer to appear at a wedding, financial compensation in the form of damages may not constitute an optimal form of insurance.

<sup>98</sup> However, some economists have employed "specific performance" in an unconventional sense: They would say that a contract to make something is specifically performed even if the seller breaches, provided that the contract names a liquidated damage amount that the seller pays (because then the seller is doing exactly what the contract requires).

mendorong kinerja, maka kinerja tertentu setara atas ukuran kerugian dengan tingkat kerugian yang tinggi.

#### 2.1.7.2 *Insentif untuk Pelaksanaan dan Kinerja Tertentu (Incentive to Perform and Specific Performance)*

Ukuran kerugian ditanggung pada keinginan dari kinerja tertentu. Kinerja tertentu diinginkan untuk menentukan kontrak secara lengkap.<sup>99</sup> Apabila kontrak benar-benar ditetapkan, maka para pihak menginginkan agar mereka diikuti, sehingga kinerja tertentu tersebut merupakan suatu pemulihan yang diinginkan untuk cedera janji, hal tersebut berarti bahwa tidak akan ada cedera janji.<sup>100</sup>

Kinerja tertentu tidak akan pernah menjadi beban bagi pihak pelaksana karena setiap kemungkinan yang sulit akan dimasukkan dalam kontrak dan ketentuan untuk itu akan diizinkan kepada suatu pihak untuk tidak dilaksanakan. Kinerja tertentu biasanya tidak diinginkan untuk kontrak yang tidak lengkap. Jika kontrak tidak lengkap, maka alasan yang diberikan mendukung suatu ukuran kerusakan moderat, sehingga kinerja tertentu tidak akan diinginkan oleh para pihak.<sup>101</sup>

#### 2.1.7.3 *Insentif Untuk Kinerja Yang Dapat Diandalkan; Penanggung Resiko (Incentives to rely; risk-bearing)*

---

<sup>99</sup> One important situation concerns cases where courts would have difficulty in estimating the value of performance, meaning, among other things, that if a damage measure were employed, there would be a danger that breach would occur when performance would be in the mutual interests of the parties; use of specific performance would avoid this danger. Yet specific performance might result in the problem of excessive performance stressed above. That problem, though, will be mitigated in some circumstances, especially because of the possibility of renegotiation of contracts (see below). Thus, and as will be seen later, the details of the argument suggesting that specific performance may be desirable as a means of inducing mutually desirable performance are somewhat subtle.

<sup>100</sup> In the example concerning the desk, the seller would be required, under specific performance, to make the desk whenever the production cost would be less than \$1,000 -- but only then, as I emphasized.

<sup>101</sup> In the example of the desk, specific performance would lead the maker of the desk to construct it when production cost would be high, exceeding \$1,000, regardless of the magnitude of production cost. This would lower the value of the contract to the two parties. Thus, like very high damage measures, specific performance would not be what the parties would want as a remedy for breach.

Sudah sangat jelas bahwa kinerja tertentu memberikan para pihak insentif secara menguatkan untuk kinerja yang dapat diandalkan, sehingga umumnya hal ini merupakan aspek positif dari kinerja tertentu. Berkenaan dengan penanggungan resiko, kinerja tertentu membebankan resiko besar pada penjual apabila (seperti yang sering terjadi), mereka dapat menghadapi biaya yang sangat besar atas suatu kinerja. Saat itu, kinerja tertentu secara berkala akan saling diinginkan atas dasar penanggungan resiko; para pihak tidak akan memilih hal tersebut itu pemulihan atas cedera janji hanya atas dasar tersebut, penjual akan dikenakan biaya lebih banyak untuk menanggung resiko tersebut daripada kesediaan pembeli untuk membayar. Namun, ada keadaan dimana implikasi penanggungan resiko dari kinerja tertentu tidak memberatkan bagi penjual.<sup>102</sup>

Kemampuan peradilan untuk pemenuhan paksa atas kinerja tertentu bergantung pada jenis dari kewajiban kontraktual. Apabila kewajiban adalah untuk melakukan suatu layanan atau membuat sesuatu, maka pemenuhan paksa berarti membutuhkan seseorang untuk melakukan tindakan tertentu, dan dengan demikian memerlukan kesulitan khusus, terutama jika orang tersebut “bandel”. Apabila kewajiban adalah untuk menyampaikan suatu hal materi, seperti sebuah lukisan atau tanah, maka kinerja tertentu tidak melibatkan kesulitan tersebut, tetapi mengharuskan bahwa hal materi tersebut dipastikan keberadaannya (kecuali tanah) dan hal tersebut akan diambil dari pemegangnya dan diberikan kepada pembeli. Hal lain yang harus dicatat adalah pemenuhan paksa terhadap kinerja tertentu tidak memerlukan (seperti yang diperlukan ukuran kerugian) aset dari pihak yang terbukti melakukan cedera janji dan pihak tersebut dipaksa untuk membayar, dimana kekuatan polisi dari negara digunakan secara langsung untuk memaksa pelaksanaan.<sup>103</sup>

## 2.2 Fungsi Asas Kepastian Hukum Dalam Pembentukan O&M

---

<sup>102</sup> Notably, and as mentioned in section 6.5, suppose that the seller might want to commit breach not because he faces high costs of performance, but rather because he encounters another party who would pay much more for his product or possession or for his service; then specific performance would not impose a cost on him, merely deny him a positive opportunity.

<sup>103</sup> For economic analysis of specific performance and its comparison to damage remedies, see Bishop 1985, Kronman 1978b, A. Schwartz 1979, Shavell 1984a, and Ulen 1984. (Specific performance is also examined in many of the articles cited in chapter 15).



Selanjutnya dalam bagian ini penulis akan memberikan tinjauan umum mengenai peranan dan fungsi asas kepastian hukum dalam pembentukan suatu perjanjian, secara khusus dimaksudkan terhadap pembentukan O&M, serta mengenai “kekuatan mengikat” dalam suatu perjanjian dalam memberikan kepastian hukum kepada para pihak didalamnya.

### 2.2.1 Peranan Asas Hukum

Di dalam teori hukum yang berlaku sekarang ini secara umum diakui bahwa asas-asas hukum, di samping perundang-undangan, kebiasaan, dan putusan pengadilan, juga dianggap sebagai “sumber hukum”.<sup>104</sup> Suatu asas memiliki ciri, yaitu memberikan arahan atau pedoman bagi sikap-tindak manusia dan dapat dipergunakan sebagai patokan atas ukuran untuk menilai perbuatan manusia. Asas yang dimaktubkan ke dalam perundang-undangan bertujuan agar aturan tersebut tidak sekedar termanifestasi sebagai rangkaian huruf mati, maka untuk “menghidupkannya” perlu dilakukan suatu penafsiran atas aturan yang terdapat di dalamnya.<sup>105</sup>

### 2.2.2 Fungsi Asas-Asas Hukum

Apakah aturan-aturan hukum tidak cukup? jawaban atas pertanyaan ini harus kita temukan dalam karakter interpretatif dari hukum. Dengan mengikuti pendekatan positivisme hukum, suatu norma hukum terbentuk berdasarkan suatu prosedur yang telah ditetapkan terlebih dahulu (misalnya melalui proses pembentukan undang-undang).<sup>106</sup> Pendekatan hukum kodrat (*natuurrechtelijke benadering*) mengenal kriterium berbeda, yaitu keniscayaan bahwa norma-

<sup>104</sup> “Koen Raes, *Rechtsbeginselen en de morele eenheid van het recht*, AA 40 (1991) 10 (773). Hal. 57.

<sup>105</sup> Herlien Budiono, *Op. Cit.*, hal, 75

<sup>106</sup> Austin, Bentham, Radburch, Kelsen, dan Hart termasuk kedalam positivis hukum terkemuka. Titik tolak dari pandangan ini secara umum ialah : “Het belangrijkste van die uigangspunten is zonder twijfel, dat de gelding van een rechte norm berust op een andere rechte norm, die de bevoegdheid tot normstelling verleent of de verplichting oplegt op bepaalde (bevoeglijk gegeven) normen als verbindend te erkennen (in het laatste geval spreekt men doorgaans van ‘rules recognition’),” P.W. Brouwer, *Rechtsbeginselen en rechtspositivisme*, AA 40 (1991) 10 (767), hal. 51.

norma yang bersangkutan harus selaras dengan nilai-nilai yang secara kodrati berlaku dan mengikat.<sup>107</sup>

Pendekatan positivistik berarti bahwa hukum akan mencakup kumpulan aturan-aturan yang relatif terbatas. Ini membawa konsekuensi bahwa bisa terjadi muncul persoalan untuk mana hukum yang ada tidak dapat memberikan jawaban terhadapnya. Menghadapi kekosongan hukum demikian, **Dworkin** di dalam bukunya *Taking Rights Seriously*<sup>108</sup> dan *Law's Empire*<sup>109</sup> menguraikan bahwa dalam hal aturan-aturan hukum yang ada, tidak dapat menetapkan apa hukumnya atau memecahkan persoalan, akan dibutuhkan bantuan asas-asas hukum untuk memberikan maksa terhadap aturan-aturan hukum yang telah ada. Setiap kasus (hukum) harus dipecahkan dan ini berarti pula setiap kita akan memerlukan penafsiran sebagai macam pelengkap. Apa yang dimaksud oleh **Dworkin** dengan menafsirkan aturan bukanlah dalam arti *conventional interpretation*,<sup>110</sup> melainkan suatu *constructive interpretation*, yakni :

*“Roughly, constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong.”*<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> Pandangan hukum alam klasik dapat kita temukan di dalam ajaran Aristoteles Thomas van Aquino. Pengertian natuur (alam) dipahami sebagai sifat alamiah manusia dan masyarakat, sedemikian hingga penafsirannya bersifat final.

<sup>108</sup> Jika seorang hakim dalam suatu kasus wajib mengajukan solusi yang paling tepat dalam konteks hukum positif, menurut hemat Dworkin, hakim harus memberikan apa yang menjadi haknya kepada para pihak, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1997, hal. 32-33.

Ajaran hukum alam rasional, antara lain diajukan oleh Hobbes dan Locke. Disini konstruksi rasional diberikan dari tiga sudut pandang: adanya keadaan alamiah, pembuatan kontrak (sosial), dan tahapan terakhir adalah pengembangan substansi konkret dari tatanan hukum dan negara yang baru. Filsuf yang beranjak dari paham kebebasan, antara lain Rousseau, Kant dan Hegel. Kebebasan manusia dipostulasikan oleh Kant, sedangkan oleh Hegel dimengerti sebagai suatu keniscayaan. Beranjak dari itu Hegel menunjukkan bagaimana hukum dapat dipahami sebagai upaya mewujudkan kebebasan sehingga sebaliknya kebebasan berfungsi sebagai dasar legitimasi dari hukum. Menurut tradisi filosofi nilai (Hartman, Scheler) sejumlah nilai (*waarden*) berlaku sebagai kriteria untuk menguji keberlakuan dan muatan isi dari hukum, D.H.M. Meuwissen, *Rechtsbeginselen en natuurrecht*, AA 40 (1991) 10 (730), hal. 14.

<sup>109</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, Fontana Press, Harper Collins Publishers, London, 1991, hal. 50.

<sup>110</sup> “it assigns meaning in the light of the motives and purposes and concerns it supposes speaker to have, and it reports its conclusions as statements about his “intention” in saying what he did , “ R. Dworkin, *Law's Empire*, Fontana Press, Harper Collins Publishers, London, 1991, hal. 50.

<sup>111</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, Fontana Press, Harper Collins Publishers, London, 1991, hal. 52.

Asas-asas hukum haruslah “diperjuangkan bukan pada tataran penilaian rasio manusia, melainkan pada tataran kesusilaan. Asas-asas hukum tidak sekedar bersifat umum, melainkan juga bersifat terberi dan niscaya. Bila tidak demikian halnya, maka hilanglah karakternya sebagai asas,” demikian dinyatakan **Leitjen**.<sup>112</sup> Sebuah pohon tidak dapat kita interpretasikan, pohon tersebut meng “ada” dengan sendirinya. Suatu janji untuk menjual, sebaliknya tidak berdiri sendiri, janji tersebut memiliki tujuan tertentu, yakni pemindahan suatu hak milik atas suatu barang. Bilamana A berjanji untuk menjual pada B sebuah buku, pada dasarnya hal ini berarti di dalam janji A terkandung maksud dan kehendak untuk menyerahkan buku tersebut kepada B. Persoalannya disini ialah sejak kapan B menjadi pemilik; perjanjian dinyatakan ada jika timbul kesepakatan antara A dan B untuk menjualbelikan buku dimaksud. Selanjutnya apabila A dan B terikat pada janji-janji mereka masing-masing, tetap tersisa pertanyaan : kapan dan mengapa mereka berdua terikat pada perjanjian?

Asas-asas hukum ialah pokok-pokok pikiran yang berpengaruh terhadap norma-norma perilaku<sup>113</sup> dan yang juga menentukan lingkung keberlakuan norma-norma hukum. Sebagaimana **Bruggink** menegaskan:

*“Asas-asas hukum adalah norma-norma yang mencakup ukuran-ukuran untuk mengukur\menilai (waardemaatstaven).”*<sup>114</sup>

Asas-asas hukum berfungsi untuk menafsirkan aturan-aturan hukum dan juga memberikan pedoman bagi suatu perilaku, sekalipun tidak dengan cara langsung sebagaimana terjadi dengan norma-norma perilaku.

*“Asas-asas hukum menjelaskan dan menjustifikasi norma-norma hukum; didalamnya terkandung (bertumpu) nilai-nilai ideologis tertib hukum,”*. Demikian dikatakan **Jue**.<sup>115</sup> Menurut pandangan **Smits** asas-asas hukum memenuhi tiga fungsi. *Pertama* asas-asas hukumlah yang memberikan

<sup>112</sup> Herlien Budiono, *Op.Cit.*, hal. 88.

<sup>113</sup> “Gendragnormen zijn sociale normen die zich richten op het handelen van de leden van een bepaalde rechtsgemeenschap,” J.J.H. Bruggink, *Rechtsreflecties, Grondbegrippen uit de rechtstheorie*, Deventer, 1993, hal. 87.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> “Zij verklaren en rechtsvaardigen rechtsnormen; op hen rust de ideologische lading van de rechtsorde,” R.J. Jue, *Grondbeginselen van het recht*, Groningen, 1990, hal. 63.

keterjalinan dari aturan-aturan hukum yang tersebar. *Kedua* asas-asas hukum dapat difungsikan untuk mencari pemecahan atas masalah-masalah baru yang muncul dan membuka bidang-bidang liputan masalah baru. Asas-asas hukum juga menjustifikasikan prinsip-prinsip “etika”, yang merupakan substansi-substansi dari aturan-aturan hukum. Dari kedua fungsi tersebut diturunkan fungsi *ketiga* bahwa asas-asas dalam hal demikian dapat dipergunakan untuk “menulis ulang” bahan-bahan ajaran hukum yang ada sedemikian sehingga dapat dimunculkan solusi terhadap persoalan-persoalan baru yang berkembang”.<sup>116</sup>

Berdasarkan hal tersebut dapat disimpulkan bahwa asas-asas hukum bertujuan untuk memberikan arahan yang layak atau pantas (menurut hukum; *rechtmatig*) dalam hal menggunakan atau menerapkan aturan-aturan hukum. Asas-asas hukum tersebut dapat berfungsi sebagai pedoman atau arahan orientasi berdasarkan mana hukum dapat dan boleh dijalankan. Asas-asas hukum tidak saja akan berguna sebagai pedoman tatkala menghadapi kasus-kasus sulit, tetapi juga umumnya dalam menerapkan aturan. Asas-asas hukum membentuk konteks interpretasi yang niscaya dari Aturan-aturan hukum. Berkenaan dengan fungsi interpretatif tersebut, asas-asas hukum demi kepentingan aturan-aturan hukum mensyaratkan pelibatan moral dan susila. Sekalipun aturan-aturan (hukum) harus diterangkan beranjak dari latar belakang asas-asas hukum niscaya terkonkretisasi ke dalam aturan-aturan, satu persoalan yang ada tetap terpecahkan, yaitu bagaimana menerangkan keberadaan asas-asas hukum yang kaitannya dengan hukum positif.

### 2.2.3 Asas Kepastian Hukum

Satjipto Rahardjo dalam bukunya yang berjudul “*Ilmu Hukum*” menyatakan bahwa asas hukum merupakan jantungnya peraturan hukum dan landasan paling luas serta alasan bagi terlaksananya peraturan hukum.<sup>117</sup> Subekti di bukunya yang berjudul “*Hukum Perjanjian*” menyebutkan bahwa hukum itu

<sup>116</sup> “Dat het beginsel in voorkomende gevallen de bestaande leerstukken kan herschrijven,” J.M. Smits, *Het vertrouwenbeginsel en de contractuele gebondenheid*, diss. RUL 1995, Arnhem, 1995, hal. 68-69.

<sup>117</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, 1986.

selalu mengejar dua tujuan, yaitu menjamin kepastian (ketertiban) dan memenuhi tuntutan keadilan. Kalau Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dapat dipandang sebagai suatu syarat atau tuntutan kepastian hukum (janji itu mengikat), maka Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata harus dipandang sebagai suatu tuntutan keadilan.<sup>118</sup>

Mochtar Kusumaatmadja dalam bukunya yang berjudul "*Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*" menyatakan bahwa di samping ketertiban, tujuan lain dari hukum adalah tercapainya keadilan yang berbeda-beda isi dan ukurannya menurut masyarakat dan zamannya. Untuk mencapai ketertiban dalam masyarakat ini diperlukan adanya kepastian dalam pergaulan antar manusia dalam masyarakat.<sup>119</sup>

Pengertian tentang keadilan dan kepastian hukum yang diambil dari Undang-Undang ditemukan dalam buku karangan Salim HS yaitu "*Hukum Pertambangan Indonesia*", dimana Salim HS mencoba memberikan pengertian atas asas kepastian hukum sebagai berikut: "*asas kepastian hukum merupakan asas di dalam penyelenggaraan pertambangan minyak dan gas bumi, dimana di dalam penyelenggaraan usaha minyak dan gas bumi mampu menjamin kepastian hak-hak dan kewajiban para pihak yang mengadakan kontrak kerja sama atau yang menerima izin usaha hilir*".<sup>120</sup> Dalam buku ini Salim HS memahami keadilan sebagai pemberian peluang dan kesempatan yang sama bagi warga negara. Sementara itu kepastian hukum diartikan sebagai adanya kepastian hak-hak dan kewajiban para pihak.

Sudikno Mertokusumo menyatakan bahwa melalui penegakan hukum, hukum menjadi kenyataan. Dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang selalu harus diperhatikan dan menjadi syarat, yaitu kepastian hukum

<sup>118</sup> Subekti, *Hukum Perjanjian*, Penerbit Intermasa, Jakarta, 2001.

<sup>119</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, Pusat Studi Wawasan Nusantara, Hukum dan Pembangunan, Penerbit PT Alumni, Bandung, 2002.

<sup>120</sup> Salim HS, SH, MS dalam *Hukum Pertambangan Indonesia*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta 2008.

(*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkei*).<sup>121</sup>

Berdasarkan pernyataan tersebut di atas, kepastian hukum merupakan salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum, yaitu merupakan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu.<sup>122</sup>

Meskipun bernama pasti, kepastian hukum sendiri mengandung pengertian yang tidak pasti.<sup>123</sup> Konsep kepastian hukum mencakup sejumlah aspek yang saling mengkait. Salah satu aspek dari kepastian hukum ialah perlindungan yang diberikan pada individu terhadap kesewenang-wenangan individu lainnya, hakim, dan administrasi (pemerintah)<sup>124</sup>. Adalah kepercayaan akan kepastian hukum yang seharusnya dapat dikaitkan individu berkenaan dengan apa yang dapat diharapkan individu akan dilakukan penguasa, termasuk juga kepercayaan akan konsistensi putusan-putusan hakim atau administrasi (pemerintah). Sedangkan aspek lainnya dari konsep kepastian hukum ialah fakta bahwa seorang individu harus dapat menilai akibat-akibat dari perbuatannya, baik akibat dari tindakan maupun kelalaian. Aspek ini dari kepastian hukum memberikan jaminan bagi dapat diduganya serta terpenuhinya perjanjian dan dapat dituntutnya pertanggungjawaban atas pemenuhan paksa perjanjian.<sup>125</sup>

Sebagaimana diketahui, ada tiga cita hukum (*rechts idee*) yang selalu didambakan oleh setiap individu. Ketiga cita hukum tersebut adalah keadilan (*justice*), kepastian hukum (*legal certainty*) dan manfaat (*expediency*).<sup>126</sup> Cita hukum adalah suatu *a priori* yang sifatnya normatif dan konstitutif yang menjadi dasar dalam pembentukan hukum yang mendahului asas hukum. Cita hukum

<sup>121</sup> Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, PT Cira Aditya Bakti, Bandung 1993.

<sup>122</sup> A. Madjedi Hasan, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*, Jakarta: Fikahati Aneska 2009.

<sup>123</sup> I.H. Hijmans, dalam *Het recht der werkelijkheid*, dalam Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia-Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-Asas Wigati Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung 2006.

<sup>124</sup> *Ibid.*, hal 208.

<sup>125</sup> *Ibid.*, hal 208

<sup>126</sup> A. Madjedi Hasan, *Op. Cit.*

memiliki nilai intrinsik sedangkan nilai dalam asas hukum adalah nilai instrumental, yaitu nilai untuk mewujudkan nilai instrinsik dan dengan hubungan yang heuristik, maka fungsi cita hukum menuju keadilan mendapatkan kesamaan dengan asas hukum yang hendak mewujudkan keadilan. Tanpa cita hukum, segenap norma hukum kehilangan makna sebagai hukum dan karenanya cita hukum juga merupakan tolok ukur regulatif dalam menilai adil atau tidak suatu hukum positif (Radburgh).<sup>127</sup>

Definisi atas kepastian hukum tidak secara tegas dicantumkan dalam hukum pokok maupun dalam peraturan perundang-undangan, namun diandaikan telah diterima oleh hukum yang bersangkutan.<sup>128</sup> Upaya memberikan definisi kepastian hukum salah satunya telah dilakukan dalam Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal dimana di dalam penjelasan Pasal 2 disebutkan bahwa yang dimaksud dengan asas kepastian hukum adalah asas dalam negara hukum yang meletakkan hukum dan ketentuan peraturan perundang-undangan sebagai dasar dalam setiap kebijakan dan tindakan dalam bidang penanaman modal.<sup>129</sup>

Ketidakpastian hukum merupakan asas yang sulit dirumuskan, dan selain itu juga sulit untuk diprediksi, yaitu bagaimana hukum dapat diaplikasikan apabila dilihat dengan perspektif ke depan (*ex ante*) dan bagaimana pengadilan memutuskan apabila dilihat dengan perspektif ke belakang (*ex post*).<sup>130</sup>

Herlien Budiono mengatakan bahwa kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat dijadikan sebagai pedoman perilaku bagi semua orang. Apeldoorn mengatakan bahwa kepastian hukum memiliki dua segi, yaitu dapat ditentukannya hukum dalam hal yang konkret dan keamanan hukum. Hal ini berarti pihak yang

---

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.*

<sup>129</sup> Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2006 hal. 75.

<sup>130</sup> A. Madjedi Hasan, *Op. Cit.*

mencari keadilan ingin mengetahui apa yang menjadi hukum dalam suatu hal tertentu sebelum ia memulai perkara dan perlindungan bagi para pihak dalam kesewenangan hakim.<sup>131</sup>

Aturan-aturan hukum di dalam bidang hukum privat ditujukan terutama untuk mengatur hubungan antar warga satu dengan yang lainnya, sehingga menjadi sangat penting bagi jaminan kepastian hukum dan bagaimana aturan-aturan tersebut selanjutnya diuraikan dan dikembangkan. Ketentuan bahwa hakim berhadapan dengan kasus serupa harus menghasilkan pertimbangan dan putusan serupa adalah sesuai dengan maksud dan tujuan keterdugaan dari perbuatan hukum dalam konteks pemikiran kepastian hukum.<sup>132</sup>

Apakah kepastian hukum memberikan kepastian yang memadai bagi para pihak dalam suatu perjanjian? Hal ini dipertanyakan mengingat bahwa satu ancaman terhadap kepastian ialah "perilaku tak terduga dari sesama manusia (*het toekomstig gedrag van zijn medemens*)", demikian dikatakan Nieuwenhuis.<sup>133</sup> Kepastian hukum mungkin saja berguna untuk memastikan seberapa jauh bobot yang dapat diberikan terhadap kepastian hukum dalam kasus tertentu, sebagaimana diperlawankan terhadap pertimbangan-pertimbangan lain yang melemahkan bobot atau nilai kepastian hukum. Dari ragam kasus hanya dipastikan bahwa seberapa bobot yang akan diberikan terhadap kepastian hukum hanya ditetapkan kasus per kasus. Bobot argumentasi untuk kepastian hukum dalam kasus yang berbeda satu sama lain akan beragam sesuai dengan ukuran yang pada gilirannya akan berubah-ubah sesuai waktu dan tempat terjadinya kasus tersebut sebagaimana akan muncul dan dipertimbangkan di dalam putusan pengadilan yang terkait. Argumen-argumen yuridis yang berbeda-beda akan dipergunakan atau ragam metode penemuan hukum akan diterapkan, agar disamping kepastian hukum, putusan akhir pengadilan juga akan dilandaskan pada pertimbangan akan keadilan.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> *Ibid.*



Penafsiran mengenai kepastian hukum atau aturan hukum sangat beragam dan tergantung dari budaya hukum dan ajaran hukum yang dianut. Definisi dan lingkup penerapan kepastian hukum adalah kontroversial. Juha Ratio mengatakan bahwa aspek formal dari kepastian hukum mengacu pada persyaratan yang menghilangkan pemilihan dengan sembarangan dari kegiatan pembuatan keputusan hukum yang terjalin dengan konsep dapat diramalkan (*predictability*). Mengandalkan pada kepastian hukum formal, prinsip hukum dan aturan hukum sering kali berkaitan dengan upaya melindungi kepentingan masyarakat.<sup>135</sup>

Aspek substantif dari kepastian hukum pada hakekatnya memerlukan satu hal, yaitu penyelesaian dalam membuat putusan hukum harus benar substansinya dan harus dapat diterima. Namun prinsip kepastian hukum ini sering kali diartikan sebagai berkaitan dengan konsep bahwa putusan hukum itu dapat diramalkan.

Selain yang telah dikemukakan diatas, asas *pacta sunt servanda* dalam suatu kontrak sering disebut juga sebagai asas kepastian hukum. Asas ini berhubungan dengan akibat perjanjian. Asas *pacta sunt servanda* adalah asas bahwa hakin atau pihak ketiga harus menghormati substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak, sebagaimana layaknya sebuah undang – undang.<sup>136</sup> Mereka tidak boleh melakukan intervensi terhadap substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak. Asas *pacta sunt servanda* dapat disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara, yang berbunyi :

*”perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang – undang.”*

Perjanjian sebagai figur hukum mengandung kepastian hukum. Kepastian ini terungkap dari kekuatan mengikatnya perjanjian, yaitu sebagai undang-undang bagi yang membuatnya.

#### 2.2.4 Kekuatan Mengikat

<sup>135</sup> A. Madjedi Hasan, DR. Ir. MPE, MH, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*, Jakarta: Fikahati Aneska 2009.

<sup>136</sup> H.S.Salim, *Perkembangan Hukum Kontrak inominat di Indonesia*, *op.cit.*, hal. 10

Baik sistem terbuka hukum kontrak maupun asas kekuatan mengikat dapat menemukan landasan hukumnya dalam bunyi ketentuan pasal 1338 ayat (1) KUHPerd. Indon. Atau Pasal 1374 ayat (1) BW (lama):

*“Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”.*

Di dalam ketentuan pasal 6:248 (1) BW kita temukan pengungkapan dari ketentuan asas mengikat :

*“persetujuam-persetujuan tidak (hanya) mengikat untuk apa-apa yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, (tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat persetujuan, diharuskan oleh kepatuhan, kebiasaan atau undang-undang).”<sup>137</sup>*

Asas yang menyatakan bahwa perjanjian mengakibatkan suatu kewajiban hukum dan para pihak terikat untuk melaksanakan kesepakatan kontraktual, serta bahwa suatu kesepakatan harus dipenuhi, dianggap suatu terberi dan kita tidak pernah mempertanyakannya kembali. Kehidupan kemasyarakatan hanya mungkin berjalan dengan baik jika seseorang dapat mempercayai perkataan orang itu. Ilmu pengetahuan kiranya tidak mungkin dapat memberikan penjelasan lebih dari itu, terkecuali bahwa kontrak memang dapat mengikat karena merupakan suatu janji, serupa dengan undang-undang karena undang-undang tersebut dipandang sebagai perintah pembuat undang-undang. Jika kepastian terpenuhinya kesepakatan kontraktual ditiadakan, hal itu akan sekaligus menghancurkan seluruh sistem pertukaran (benda-jasa) yang ada di dalam masyarakat. Oleh sebab itu, “kesetiaan pada janji yang diberikan merupakan bagian dari persyaratan yang dituntut akal-budi alamiah”.<sup>138</sup>

Janji dari kata-kata yang diucapkan sifatnya mengikat. Perjanjian dibuat sendiri oleh para pihak dan mereka juga yang menentukan ruang lingkup serta cara pelaksanaan perjanjian tersebut. Perjanjian dimunculkan akibat hukum (Pasal 6:248 (1) BW) dan berlaku bagi para pihak seolah undang-undang (Pasal 1338 (1) KUHPerd. Indonesia atau Pasal 1374 (1) BW (lama). Keterikatan

<sup>137</sup> Herlien Budiono. *Op.Cit*, hal. 89.

<sup>138</sup> *Ibid.*

suatu perjanjian terkandung di dalam janji yang dilakukan oleh para pihak sendiri:<sup>139</sup>

*“Kata-kata itu sendiri tidak mengikat-namun yang mengikat ialah kata-kata yang ditujukan kepada pihak lainnya; saya harus membayar, bukan karena saya menghendaknya, tetapi karena saya telah berjanji untuk melakukan hal itu, yakni dalam artian saya telah menyatakan kehendak (untuk membayar) tersebut kepada pihak lain.”<sup>140</sup>*

Ketentuan pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara Indonesia atau Pasal 1374 (1) BW (lama) yang telah disebutkan diatas selanjutnya dimengerti dalam artian bahwa sebenarnya setiap orang dan sesama orang lainnya bertindak seolah pembuat undang-undang dengan menggunakan perjanjian. Oleh sebab itu, perjanjian dianggap sebagai sumber hukum disamping undang-undang, karena setiap perikatan lahir dari perjanjian atau dari undang-undang. Hal ini berarti, tiada kurang maupun lebih, bahwa setiap orang dengan caranya sendiri, dapat membuat perjanjian, dapat bertindak selaku pembuat undang-undang di dalam lingkup hukum keperdataan (privat), yang mengatur perilaku antara sesama orang tersebut.

Bidang Analisis Ekonomi Atas Hukum, atau yang umumnya dikenal sebagai *“Economic Analysis of Law”* dianggap muncul pertama kali melalui pemikiran utilitarianisme Jeremy Bentham (1789), yang menguji secara sistemik bagaimana orang bertindak berhadapan dengan insentif-insentif hukum dan mengevaluasi hasil-hasilnya menurut ukuran-ukuran kesejahteraan sosial (*social welfare*). Pemikiran *utilitarianisme* hukum Bentham tersebut tersebar dalam tulisan-tulisannya berupa analisis atas hukum pidana dan penegakannya, analisis mengenai hak milik (hukum kepemilikan), dan *“substantial treatment”* atas proses-proses hukum. Namun pemikiran Bentham tersebut mandeg sampai tahun 1960-an, dan baru berkembang pada awal tahun 1970-an, dengan dipelopori oleh pemikiran-pemikiran dari Ronald Coase (1960), dengan artikelnya yang membahas permasalahan eksternalitas dan tanggung jawab

---

<sup>139</sup> Fried mendasarkan kekuatan mengikat pada moral : “Legal obligation can be imposed only by the community, and so imposing it the community must be pursuing its goals and imposing its standards, rather than neutrally endorsing those of the contracting parties,” Charles Fried, *Contract as Promise, A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1981, hal. 2-3.

<sup>140</sup> Herlien Budiono. *Op.Cit.*

hukum; Becker (1968), dengan artikelnya yang membahas kejahatan dan penegakan hukum; Calabresi (1970), dengan bukunya mengenai hukum kecelakaan; dan Posner (1972), dengan buku teksnya yang berjudul “*Economic Analysis of Law*” dan penerbitan “*Journal of Legal Studies*”.<sup>141</sup>

Secara garis besar Analisis Ekonomi dalam Hukum menerapkan pendekatannya untuk memberikan sumbangan pikiran atas dua permasalahan dasar mengenai aturan-aturan hukum. Yakni analisis yang bersifat ‘*positive*’ atau ‘*descriptive*’, berkenaan dengan pertanyaan apa pengaruh aturan-aturan hukum terhadap tingkah laku orang yang bersangkutan (*the identification of the effects of a legal rule*); dan analisis yang bersifat ‘*normative*’, berkenaan dengan pertanyaan apakah pengaruh dari aturan-aturan hukum sesuai dengan keinginan masyarakat (*the social desirability of a legal rule*). Pendekatan yang dipakai Analisis Ekonomi dalam Hukum terhadap dua permasalahan dasar tersebut adalah pendekatan yang biasa dipakai dalam analisis ekonomi secara umum, yakni menjelaskan tingkah laku, baik manusia secara perorangan maupun perusahaan-perusahaan, yang berwawasan ke depan (*forward looking*) dan rasional, serta mengadopsi kerangka kesejahteraan ekonomi untuk menguji keinginan masyarakat.<sup>142</sup>

Steven Shavell, professor di Harvard Law School, menjelaskan lebih lanjut mengenai analisis yang bersifat deskriptif dan normatif dari Analisis Ekonomi Atas Hukum dengan mengemukakan manfaat atau tujuan akhir dari analisis dimaksud. Dengan analisis deskriptif dapat dikatakan rasional, bilamana orang bertindak untuk memaksimalkan tujuan atau keuntungan yang diharapkannya. Sebagai contoh adalah pertanyaan mengapa orang sangat berhati-hati dalam mengendarai kendaraannya, walaupun misalnya orang tersebut mempunyai asuransi, dapat dijawab dengan kemungkinan bahwa ia tidak mau mengalami luka akibat kecelakaan, adanya ketentuan mengenai tanggung jawab atau adanya resiko diajukan ke pengadilan. Sedangkan dengan analisis normatif dapat diterangkan bahwa satu aturan hukum tertentu lebih baik

---

<sup>141</sup> Louis Kaplow dan Steven Shavell, *Economic Analysis of Law*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, 1999, hal. 1.

<sup>142</sup> Steven Shavell, *Economic Analysis of Law*, materi “Harvard University Online Course”, <http://www.hls.edu/>, Chapter 1, hal. 1.

dari aturan hukum lain bilamana memberikan level tertinggi bagi ukuran kesejahteraan sosial. Contoh yang dapat diberikan misalnya bilamana masyarakat menghendaki untuk meminimalisasi jumlah kecelakaan lalu lintas, maka aturan hukum yang terbaik adalah yang memberikan hukuman atau sanksi bagi penyebab-penyebab kecelakaan.<sup>143</sup>

Dalam ilmu hukum, norma hukum dapat muncul, paling tidak, dalam dua bentuk. Pertama norma hukum yang lahir dari peraturan perundang-undangan. Kedua adalah norma hukum yang lahir dari perjanjian atau kontrak, lebih khusus lagi kontrak bisnis.<sup>144</sup>

Norma hukum yang lahir dari perjanjian tidak dapat dibuat secara sepihak. Norma hukum ini harus disepakati oleh pihak-pihak yang akan mengikatkan diri dalam perjanjian. Dalam pengertian yang demikian lahirnya norma hukum ini didasarkan pada hubungan para pihak yang bersifat horizontal. Dalam konteks ini kesederajatan dan kesepakatan menjadi penting. Perbedaan lain adalah norma hukum yang lahir dari perjanjian hanya mengikat para pihak yang membuatnya. Pihak ketiga di luar perjanjian sama sekali tidak terikat. Di Indonesia hal ini ditegaskan dalam Pasal 1338 yang menyebutkan bahwa “Setiap persetujuan yang dibuat secara sah akan mengikat sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya.”<sup>145</sup>

Dalam suatu masyarakat industri, keberadaan perjanjian merupakan hal yang sangat esensial. Hubungan hukum antar pelaku usaha diatur dalam perjanjian dan kerap dibuat secara tertulis.<sup>146</sup> Perjanjian yang dibuat pada dasarnya mengatur tentang (1) hak dan kewajiban masing-masing pihak yang

---

<sup>143</sup> *Ibid.*

<sup>144</sup> Makalah berjudul Penghormatan Terhadap Kontrak Bisnis disampaikan oleh Guru Besar Ilmu Hukum Fakultas Hukum UI. Prof. Hikmahanto Juwana, SH (UD), LL.M (Keio University, Jepang), Ph.D (University of Nottingham, Inggris) pada Seminar “The Enforceability of Business Contracts” diselenggarakan oleh Partnership for Business Competition, 13 Juni 2002.

<sup>145</sup> Pasal 1338 Kitab Undang-undang Hukum Perdata.

<sup>146</sup> Perjanjian bisa dibuat secara tertulis maupun secara lisan. Perbedaan antar keduanya terletak pada masalah pembuktian. Perjanjian yang dibuat secara tertulis mempunyai kekuatan pembuktian yang lebih kuat daripada yang dibuat secara lisan. Lebih lanjut perjanjian yang dibuat secara tertulis dapat dibedakan antara yang dibuat secara dibawah tangan dan yang dibuat dihadapan notaris/pejabat pembuat akta tanah.

muncul dari transaksi; dan (2) ketentuan yang bersifat antisipatif dalam hubungan mereka satu sama lain.

Hak dan kewajiban antar para pihak perlu diatur untuk member kejelasan mengenai apa yang menjadi prestasi yang harus dilakukan oleh masing-masing pihak. Cidera janji terhadap hak dan kewajiban yang telah disepakati akan mempunyai konsekuensi. Konsekuensi inipun diatur dalam kontrak. Demikian pula hal-hal yang bersifat antisipatif perlu diatur sehingga apabila memang terjadi situasi yang diantisipasi para pihak sudah memiliki aturan dan jalan keluar yang jelas untuk menyelesaikannya.

Dipandang dari sudut ekonomi, ada 4 (empat) fungsi hukum kontrak yaitu:<sup>147</sup>

- 1) Hukum kontrak yang memuat masalah ganti rugi bila salah satu pihak melakukan wanprestasi atau melanggar kontrak akan memberikan "*an essential check on opportunism in nonsimultaneous exchanges*" dengan menjamin pihak yang satu. Dalam pelaksanaan kontrak, tidak berhadapan dengan risiko, daripada kerja sama dari pihak lainnya.
- 2) Fungsi ekonomi lainnya dari hukum kontrak adalah memakai para pihak *given categories of exchanges* dengan seperangkat ketentuan kontrak (di mana mereka bebas untuk menentukannya bila mereka mau) sehingga akan mengurangi biaya transaksi (*transaction costs*).
- 3) Hukum kontrak berfungsi untuk mengurangi ketidakhati-hatian para pihak dengan memberikan tanggung jawab kepada pihak yang mengakibatkan kerugian kepada pihak lainnya.
- 4) Fungsi hukum kontrak dari sudut pandangan ekonomi adalah memformulasikan seperangkat ketentuan yang merupakan alasan yang memanfaatkan dalam pelaksanaan kontrak sehingga dapat dilaksanakannya *efficient exchanges*, tetapi tidak mendorong pelaksanaan *inefficient exchanges* yang tidak memenuhi kriteria *efisiensi pareto*.

---

<sup>147</sup> Syahmin, *Hukum Kontrak Internasional*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006, hal. 107-108.

Hukum kontrak dalam berbagai sistem hukum yang modern dianggap sebagai institusi hukum yang sangat menguntungkan karena:

- 1) Mengizinkan para pihak menetapkan kepentingan yang sah (seperti menjamin diri mereka dari pelaksanaan kontrak yang tidak memuaskan);
- 2) Memungkinkan individu-individu lainnya menunjukkan kepercayaan mereka kepada pasar;
- 3) Bekerjanya asas *pacta sunt servanda* untuk pelaksanaan kontrak yang efektif;
- 4) Dapat memilih peranan institusi lain untuk menghindarkan penyelesaian sengketa di pengadilan yang berlarut-larut dan mahal.<sup>148</sup>

### 2.3 Ketentuan Umum dalam O&M Mengenai Hak dan Kewajiban Para Pihak

Pada bagian ini penulis membuat tinjauan umum mengenai ketentuan umum di dalam O&M yang menjadi dasar kepada para pihak dalam bertindak sebelum menyepakati perjanjian dalam bentuk yang terinci dan lebih lengkap untuk dilaksanakan. Hal ini perlu dilakukan karena O&M merupakan salah satu perjanjian dengan kompleksitas yang rumit dalam mengatur ketentuan dan syarat yang melahirkan hak-hak dan kewajiban-kewajiban bagi para pihak. Kelengkapan yang dilakukan dalam berkontrak tersebut bertujuan agar para pihak dapat menjalankan isi perjanjian dengan kepastian hukum yang memadai untuk melindungi para pihak dalam menjalankan perjanjian.

Sebelum membuat perjanjian secara lengkap untuk memberikan batasan-batasan mengenai hak dan kewajiban bagi para pihak, terlebih dahulu perlu ditentukan mengenai acuan dasar yang mendasari dibentuknya O&M ini, yaitu dapat berupa penunjukkan oleh PLN sebagai pemilik/penyewa dari pembangkit kepada pihak yang menjadi pemenang lelang proyek untuk menjadi operator pembangkit listrik tersebut.

Pada dasarnya PLN sebagai pemilik/penyewa secara langsung memiliki tanggung jawab atas pengoperasian dan pemeliharaan pembangkit listrik dan

---

<sup>148</sup> *Ibid.* Syahmin, *Hukum Kontrak Internasional*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006, hal. 107-108.

pemasokan bahan bakar untuk tujuan membangkitkan, menyalurkan, mendistribusikan dan menjual energi listrik kepada para pelanggan publik di Indonesia sesuai syarat dan ketentuan dari Perjanjian Jual Beli Listrik/*Power Purchase Agreement* (PPA)<sup>149</sup> atau dapat juga berupa Perjanjian Sewa Guna Usaha/*Finance Lease Agreement* (FLA). Selanjutnya, PLN sebagai pemilik/penyewa tersebut menunjuk operator pembangkit untuk melaksanakan pengoperasian dan pemeliharaan pembangkit, berdasarkan syarat dan ketentuan yang dimuat dalam O&M. Berikut ini merupakan ketentuan umum yang diletakkan sebagai dasar bagi para pihak di dalam O&M untuk selanjutnya menjadi dasar sebagai pemenuhan paksa kelengkapan kontrak dalam mengatur hak dan kewajiban para pihak:<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> Dari sudut pandang hukum perdata, Perjanjian Jual Beli Listrik merupakan perjanjian jual beli yang diatur dalam Buku III, Bagian Kesatu, Pasal 1457 tentang Jual Beli.

<sup>150</sup> O&M Overview Structure:

#### **Article 1**

##### **ORDER OF PRECEDENCE**

This Agreement including all appendixes hereto shall constitute a binding agreement between the parties under the following order of precedence:

1. the body of this agreement;
2. the document entitled as “Contract Discussion Document” as attached hereto as appendix 1 (the “Appendix 1”)
3. the Document entitled as “Terms and Conditions of the Operation and Maintenance Agreement” together with all of the schedules thereto as attached hereto as appendix 2 (the “Appendix 2”)
4. the clarification response to addendum No. 5 to the request for proposal II as attached hereto appendix 3 (the “Appendix 3”);
5. Addendum No. 1 up to No. 7 to the request for proposal I and request for proposal II as attached hereto as appendix 4 (the “Appendix 4”);
6. Request For Proposal I dated \_\_\_\_ and Request For Proposal II dated \_\_\_\_ as attached hereto as Appendix 5 (the “Appendix 5”);
7. Proposal I (Technical) dated \_\_\_\_ and Proposal II (Commercial) dated September 2004 as attached hereto as Appendix 6 (the “Appendix 6”);

Unless the context otherwise requires, any references to the “Agreement” shall mean the body of this Agreement together with its Appendices.

In the event that there is any inconsistency, conflict, or ambiguity on any of the terms in the documents mentioned here in above, then the above order of precedence shall apply.

In the event that there inconsistency, conflict, or ambiguity between : (i) the main text of Appendix 2 and the text in any of its schedules, the main text of appendix 2 shall prevail; and (ii) the provisions or the particular of one schedule and those of any other schedule in appendix 2, the parties shall consult each other Schedule in Appendix 2, the parties shall consult each other to resolve the inconsistency.

#### **Article 2**

##### **SERVICES**

Operator shall provide the services necessary for the safe and efficient mobilization, operation and maintenance of the plant for the best interest of lessee.

#### **Article 3**

##### **TERM**

This agreement shall be effective commencing from the Effective Date of this Agreement (as defined in the article 11 here of) and, subject to terms and conditions of the Appendix 2, shall remain effect during the term of the PPA/FLA (“Term”).

#### **Article 4**

##### **CONTRACT PRICE**



The parties agree that total value of the mobilization Fee and Operating Fee for the Services during the Term inclusive of 10 % Value Added Tax is Rp.\_\_\_\_.- (Indonesian Rupiah \_\_\_\_), which shall be adjusted and paid in a manner and subject to terms and conditions as set forth in the appendix 2 of this agreement.

**Article 5**

**PERFORMANCE SECURITY**

As security for the full performance of the services, the Operator shall deliver to the lessee on or prior to the execution of this agreement, a performance security in the form as agreed by the parties. The maximum amount of the performance Security is as set forth in clause 21 of the appendix 2.

**Article 6**

**GUARANTEE**

As required under Clause 21 of the Appendix 2, on or prior to the execution of this agreement, the operator shall deliver to lessee an executed and legally binding guarantee (as defined in Appendix 2) from Guarantors (as defined in appendix 2) in the form as agreed by the parties.

**Article 7**

**GOVERNING LAW**

This agreement shall be governed by, and construed in accordance with, the laws of Indonesia. The parties hereby waive the provisions of articles 1266 and 1267 of Indonesian civil code with respect to this agreement to the extent that such waiver is necessary to terminate this agreement without judicial decision.

**Article 8**

**ASSIGNMENT**

Each party may assign its respective rights, title, interest and benefits and novate its respective obligations under this agreement to a party in a manner and subject to terms and conditions as set forth in Appendix 2.

**Article 9**

**ENTIRE AGREEMENT**

This agreement constitutes the entire agreement of the parties concerning the subject matter hereof and neither party has relied on any warranty or representation of the other except as expressly stated or referred to in this agreement. This agreement may not be altered, modified, revoked or cancelled in any way unless such alteration, modification or cancellation is in writing signed by or on behalf of the parties. This agreement supersedes any and all other agreements between the parties, whether written or oral, with respect to the subject matter hereof.

**Article 10**

**DEFINED TERMS**

Unless otherwise expressly defined here in, any capitalized terms used here in are as set forth in the appendix 2.

**Article 11**

**EFFECTIVENESS**

Notwithstanding any provisions of clause 2.1 in the appendix 2, this agreement shall be effective when the shareholders' approvals of the lessee have been satisfied or waived (the "Effective Date").

Notwithstanding any provisions in the appendix 2, upon the effective Date of this Agreement, the lessee represents and warrants to the operator in respect of paragraphs (b) to (h) of clause 15.1 in the appendix 2.

The Lessee hereby undertakes that the Effective Date shall occur by not later than 2 (two) months after the signing date of this agreement or other period as mutually agreed in writing by the parties (the "period").

The lessee will notify the operator in writing by letter of the Effective Date when the above condition has been fulfilled.

In the event the effective Date fails to occur within the period, the parties hereby agree to settle the cost implication which may have been incurred prior to the end of the period resulting from failure of the lessee in obtaining the effective date and therefore clause 18.2 (e) and clause 18.3 of the appendix 2 shall apply. For avoidance of doubt, the parties shall have mutual agreement by not later than 1 month after the expiry of the period for the settlement of all implications caused by the failure of the lessee in obtaining the effective date. The provision of this article shall become effective upon the signing date of agreement.

The operator may commence certain part of the services as requested by the lessee from time to time before the effective date.

### 2.3.1 Struktur Perjanjian

Pada pasal mengenai struktur perjanjian akan menjelaskan mengenai bagian-bagian yang terdapat dalam O&M, yaitu badan perjanjian, dokumen pembahasan kontrak, dokumen-dokumen berjudul “syarat dan ketentuan”, tanggapan klarifikasi, adendum, permohonan usulan-usulan, termasuk semua lampiran yang merupakan perjanjian mengikat antara para pihak.

### 2.3.2 Jasa

Ketentuan pasal ini mengenai kewajiban operator secara umum, yaitu memberikan jasa yang diperlukan untuk mobilisasi yang aman dan efisien, pengoperasian dan pemeliharaan pembangkit listrik untuk kepentingan PLN.

### 2.3.3 Jangka Waktu

Ketentuan dalam pasal ini akan menjelaskan mengenai waktu mulai berlakunya O&M berikut jangka waktu berlakunya O&M. Hal ini mengacu kepada PPA atau FLA.<sup>151</sup>

### 2.3.4 Harga Kontrak

Ketentuan pasal ini menjelaskan jumlah keseluruhan dari Biaya Mobilisasi dan Biaya Operasi untuk jasa pengoperasian dan pemeliharaan pembangkit listrik dengan jangka waktu yang ditetapkan berdasarkan kesepakatan para pihak termasuk didalamnya mengenai Pajak Pertambahan Nilai (PPN) 10%, yang disesuaikan dan dibayar sesuai dengan syarat dan ketentuan yang berlaku.

### 2.3.5 Jaminan Pelaksanaan

Ketentuan dalam pasal ini mengatur bahwa jaminan untuk pelaksanaan penyediaan jasa pengoperasian dan pemeliharaan pembangkit listrik secara penuh. Dalam hal ini operator harus menyerahkan jaminan pelaksanaan kepada PLN pada atau sebelum tanggal penandatanganan O&M dalam bentuk yang disepakati bersama oleh para pihak. Mengenai jumlah maksimal

---

IN WITNESS WHEREOF, the parties hereto have executed this agreement on the date first written above.

<sup>151</sup> Biasanya masa berlaku dari O&M sama dengan masa berlaku PPA ataupun FLA.

dari jaminan pelaksanaan diatur lebih lanjut dalam kelengkapan perjanjian O&M (biasanya terdapat pada lampiran 2).<sup>152</sup>

### 2.3.6 Jaminan

Ketentuan dalam pasal ini mengenai kewajiban operator untuk memberikan jaminan yang mengikat secara sah dari para penjamin kepada PLN dalam bentuk yang disepakati oleh para pihak pada atau sebelum tanggal penandatanganan O&M sesuai syarat-syarat yang telah ditentukan (biasanya terdapat dalam Lampiran 2 O&M).

### 2.3.7 Hukum Yang Berlaku

Ketentuan pasal ini mengatur mengenai penegasan bahwa perjanjian O&M akan diatur oleh, dan ditafsirkan sesuai dengan hukum Negara Indonesia. Para pihak dapat mengabaikan ketentuan Pasal 1266 dan 1267 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia (KUHPer) sepanjang pengabaian tersebut diperlukan untuk mengakhiri O&M tanpa keputusan pengadilan.

### 2.3.8 Pengalihan

Ketentuan pasal ini mengatur bahwa setiap pihak dapat mengalihkan hak, kewenangan, kepentingannya dan menovasi kewajibannya masing-masing berdasarkan O&M kepada pihak lainnya dengan cara yang sesuai dengan syarat dan ketentuan (biasanya terdapat pada Lampiran 2).

### 2.3.9 Keseluruhan Perjanjian

Ketentuan pasal ini dimaksudkan sebagai penjelasan umum terhadap keseluruhan O&M. Pada ketentuan umum ini menjelaskan bahwa perjanjian ini merupakan keseluruhan perjanjian diantara para pihak berkenaan dengan isi pokok perjanjian, dan mengaskan bahwa salah satu pihak tidak bergantung pada setiap jaminan atau pernyataan dari pihak lain, kecuali jika secara tegas dinyatakan atau merujuk dalam perjanjian ini. Selanjutnya dalam ketentuan pasal ini menegaskan bahwa perjanjian ini tidak boleh diubah, dirombak,

---

<sup>152</sup> Lampiran 2 dalam hal ini merupakan lampiran berisi kelengkapan kontrak O&M secara terinci dan lengkap mengenai pembatasan dalam menentukan syarat dan ketentuan yang menjelaskan hak dan kewajiban para pihak dalam O&M.

dicabut atau dibatalkan dengan cara apapun, kecuali perubahan, perombakan atau pembatalan tersebut ditandatangani secara tertulis oleh atau atas nama para pihak, serta perjanjian ini menggantikan setiap dan semua perjanjian lain antara para pihak, baik tertulis atau lisan, berkenaan dengan isi pokok perjanjian.

#### 2.3.10 Definisi Istilah

Ketentuan dalam pasal ini menjelaskan mengenai penggunaan istilah. Setiap istilah yang dicetak dengan huruf besar yang digunakan dalam O&M sesuai dengan aturan (biasanya diatur selengkapnya dalam lampiran 2 suatu O&M).

#### 2.3.11 Masa Berlaku Efektif

Ketentuan pasal ini mengatur mengenai ketentuan “tanggal berlaku” dan “jangka waktu” efektif suatu O&M, dimana mengenai “tanggal berlaku” O&M tersebut PLN harus memberitahu kepada operator secara tertulis pada saat ketentuan mengenai berlakunya “tanggal berlaku” terpenuhi (biasanya tanggal berlaku akan terjadi paling lambat 2 (dua) bulan setelah tanggal penandatanganan). Selain itu dalam hal ini juga menegaskan bahwa operator dapat memulai pemberian bagian tertentu dari jasa sebagaimana diminta oleh PLN dari waktu ke waktu sebelum “tanggal berlaku” terjadi.