

## Asas Kebebasan Berkontrak dalam Perspektif Pendekatan Filosofis

Oleh:

Septarina Budiwati

Dosen Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Surakarta  
dan Mahasiswa Program Doktor (S3) Ilmu Hukum (PDIH)  
Sekolah Pascasarjana Universitas Muhammadiyah Surakarta

### Abstrak

Hakekat kebebasan berkontrak didasarkan atas teori hukum alam yang memandang bahwa manusia adalah bagian dari alam dan makhluk yang rasional dan cerdas ia bertindak sesuai dengan keinginan-keinginannya (*desires*) dan gerak-gerik hatinya (*impulses*). Manusia adalah agen yang merdeka (*free agent*) oleh karena itu wajar untuk tidak terikat yang sama wajarnya dengan terikat (*that is just as natural to be unbound as it is to be bound*). Tingkah laku yang didasarkan atas pemikiran ini menciptakan aturan dan ketentuan yang diperlukan bagi suatu masyarakat yang baik. Asas moral dan asas keadilan berada di atas semua aturan hukum yang dikeluarkan oleh pemerintah. Bahwa unsur-unsur dan syarat-syarat kebebasan berkontrak, terkonfigurasi seperti itu, titik berat KUH Perdata tersebut teletak pada suatu gambaran pokok dari kosmologi zaman modern yang memandang masyarakat sebagai institusi yang terdiri individu yang merdeka, yang dikuasai/dipandu oleh akal, yang secara sukarela (telah) memilih untuk menjaga hubungan baik lewat hukum serta siap menepati janji (*pacta sunt servanda*). Sekalipun asas kebebasan berkontrak yang diakui secara universal dan juga oleh KUH Perdata, namun pada hakekatnya tidak ada kebebasan berkontrak yang bersifat tanpa batas (*absolut*), melainkan justru didalam kebebasan tersebut mengandung batas-batas (limit) yang tidak boleh dilampaui dalam pembuatan kontrak. Meskipun demikian, seperti pembatasan yang terdapat dalam KUH Perdata itu sendiri, tetapi daya kerjanya masih sangatlah longgar. Ada beberapa alasan mengapa terhadap kebebasan berkontrak tersebut perlu diwaspadai daya berlakunya, yaitu tumbuh dan kembangnya penggunaan kontrak standar. Menurunnya peranan dari pilihan bebas, bila para pihak yang membuat perjanjian tidak sama kuat atau mempunyai *bargaining position* yang sama. Tumbuhnya upaya terhadap perlindungan konsumen.

**Kata kunci:** Kebebasan berkontrak, Pendekatan filosofis.

### Pendahuluan

Hukum itu kesadaran sosialitas, setiap orang mempunyai kecenderungan hidup bersama. Tidak hanya itu, karena memiliki rasio, manusia itu juga ingin hidup secara damai. Begitulah, Grotius menjadikan sosiabilitas manusia sebagai landasan ontologi dan pondasi segala hukum. Hukum itu asalnya dari kesadaran 'manusia sosial' itu agar sosialitas tetap terjaga. Bahwa kemungkinan hidup penuh kekacauan seperti yang di gambarkan Hobbes, tidak disangkal oleh Grotius. Tapi kekacauan itu, bukanlah bawaan

manusia. Kekacauan terjadi, semata-mata karena gesekan-gesekan sosial dalam hidup bersama, utamanya karena tidak ada ‘aturan main’ bersama. Di situ terbuka muncul berbagai pencideraan, entah dalam bentuk pengambilan tanpa hak milik orang lain, ataupun dalam wujud ingkar janji dan sebagainya (Bernard L. Tanya, 2010: 68).

Maka hukum sangat dibutuhkan agar tiap orang kembali pada kodratnya sebagai ‘manusia sosial’ yang berbudi. Hukum, dengan demikian merupakan ‘pengawal’ dalam sosiabilitas manusia untuk menjamin agar prinsip-prinsip ‘Individu Sosial’ yang berbudi itu tetap tegak. Prinsip-prinsip dimaksud adalah: (1). Milik orang lain harus dihormati. ‘Punyamu’, bukan selalu ‘punyaku’. Jika kita pinjam dan membawa keuntungan, maka harus diberi imbalan. (2). Kesetiaan dalam janji. Kontrak harus dihormati (*pacta sunt servanda*), (3). Harus ada ganti rugi untuk tiap kerugian yang di derita. (4). Harus ada hukuman untuk setiap pelanggaran. Empat prinsip diatas merupakan hukum alam versi Grotius. Menurutnya hukum alam adalah segala ketentuan yang benar dan baik menurut rasio, tidak mungkin salah, lagi pula adil. Bahkan bagi Grotius, kebenaran hukum alam tersebut tidak dapat diganggu gugat (Theo Huijbers, 1996: 69).

Grotius merupakan penganut humanisme awal jaman modern. Karenanya, ia memandang manusia sebagai oknum pribadi yang bebas serta memiliki hak-hak tertentu. Hal ini berlaku bagi setiap manusia. Karena perhatian Grotius pada sisi manusia pribadi yang otonom dan bebas itu maka hukum alam dimata Grotius melulu berkaitan dengan hukum privat. Ini mengingatkan kita tradisi hukum Romawi yang hanya mengakui hukum privat. Hukum positif menurut Grotius tidak boleh melawan hukum alam itu. Ia tidak boleh menyuruh sesuatu yang tidak dibolehkan oleh hukum alam (Bernard L. Tanya, 2010: 70). Satu-satunya pengecualian adalah demi kepentingan umum karena memang soal kepentingan umum tidak tergolong hukum alam.

Konflik Ontologi antara Hobbes dan Grotius tentang manusia itu, ‘didamaikan’ oleh Samuel Pufendorf (1632-1684) yang hidup di era *Aufklärung*. Pufendorf menggabungkan dua teori itu dalam sebuah konsepsi. Ia menjadikan sosiabilitas Grotius maupun ‘inkapasitas awal’ dari Hobbes sebagai landasan ontologi dan epistemologi hukum (Bernard L. Tanya, 2010: 70). Manusia tidak hanya makhluk fisik *an sich*. Juga tidak melulu makhluk moral *per se*. Manusia adalah kedua-duanya, makhluk fisik serentak makhluk moral. Dengan inkapasitas awal, manusia berada dalam dunia alami

dimana ia memiliki kebutuhan dan menghadapi bahaya. Namun dengan sosiabilitasnya, yang terkait dengan pemahaman nilai ia berpartisipasi dalam dunia moral yang memperdulikan hal-hal yang luhur dan damai (Bernard L. Tanya, 2010: 70). Hukum harus dipahami dalam konteks itu, ia tidak hanya alat keamanan, dan juga tidak sekedar 'pengawal' dalam hidup. Karena yang fisik dan moral itu setiap kali konflik secara permanen dalam diri manusia, maka persoalan tentang hukum bukanlah terletak pada alat ini atau itu. Persoalan hukum justru terletak pada pemahaman bahwa kejahatan dan hukuman merupakan konsekuensi tak terhindarkan dalam ontologi manusia. Dengan kata lain hukum bagi manusia adalah ibarat hidup itu sendiri yang harus berisi arahan dan didikan. Aturan-aturan memberi arahan, sedangkan hukuman memberi didikan. Atas dasar ini, Pufendorf menyerukan sebuah perintah yang imperatif: "Jangan mengganggu orang yang menyebabkan ia mengeluh bahwa haknya telah dirampas" (Bernard L. Tanya, 2010: 71).

Kebebasan berkontrak adalah refleksi dari perkembangan faham pasar bebas yang dipelopori Adam Smith. Adam Smith dengan teori ekonomi klasiknya mendasarkan pemikirannya pada ajaran hukum alam, hal yang sama menjadi dasar pemikiran Jeremy Betham yang dikenal dengan Utilitarianism. Utilitarianism dan teori ekonomi klasik *laissez faire* dianggap saling melengkapi dan sama-sama menghidupkan pemikiran liberal individualistis (Sjahdeini Remy Sutan, 1993: 17).

Asas kebebasan berkontrak didalam pustaka-pustaka yang berbahasa Inggris dituangkan dengan istilah "*Freedom of Contract*" atau "*Liberty of Contract*" atau "*Party Autonomy*" Istilah yang pertama lebih umum dipakai daripada yang kedua dan ketiga. Asas Kebebasan berkontrak merupakan asas yang universal sifatnya, artinya dianut oleh hukum di semua negara pada umumnya (Sjahdeini Remy Sutan, 1993: 17).

Menurut Hukum Perdata yang berlaku di Indonesia, kebebasan berkontrak dapat disimpulkan dari ketentuan dalam pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang menyatakan bahwa "semua kontrak (perjanjian) yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang Undang bagi mereka yang membuatnya". Subekti, "Dengan menekankan pada kata 'semua' maka dari pasal tersebut seolah bisa kita baca suatu pernyataan pada masyarakat bahwa kita diperbolehkan membuat perjanjian yang berupa dan berisi apa saja (atau

tentang apa saja) dan perjanjian itu akan mengikat, mereka yang membuatnya seperti Undang-Undang (Subekti, 1976: 47).

Menurut Mariam Darus Badrul Zaman, “Kebebasan berkontrak adalah salah satu asas yang sangat penting didalam hukum perjanjian. Kebebasan ini adalah perwujudan dari kehendak bebas, pancaran dari hak asasi manusia”. Sejalan dengan itu Abdul Kadir Muhammad juga menyatakan bahwa “Asas ini mempunyai arti bahwa orang boleh mengadakan perjanjian tentang apa saja, walaupun belum atau tidak diatur dalam Undang-Undang. Asas ini sering disebut “Asas Kebebasan Berkontrak” (*Freedom of making contract*)” (Abdul Kadir Muhammad, 2010).

Sumber dari kebebasan berkontrak adalah kebebasan individu sehingga yang merupakan titik tolaknya adalah kepentingan individu pula. Dengan demikian dapat dipahami bahwa kebebasan individu memberikan kepadanya kebebasan untuk berkontrak. Asas kebebasan berkontrak menurut hukum perjanjian Indonesia meliputi ruang lingkup: (1) kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian; (2) kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ia ingin membuat perjanjian; (3) kebebasan untuk menentukan atau memilih causa dari perjanjian (kontrak) yang akan dibuatnya; (4) kebebasan untuk menentukan obyek perjanjian; (5) kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian; dan (6) kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*aanvullen, optional*) (Subekti, 1976: 47).

Dari mempelajari hukum perjanjian negara-negara lain maka asas kebebasan berkontrak sifatnya universal, artinya berlaku juga pada hukum perjanjian negara-negara lain, mempunyai ruang lingkup yang sama seperti juga ruang lingkup asas kebebasan berkontrak dalam hukum perjanjian Indonesia sebagaimana dikemukakan di atas.

Tatkala dihadapkan pada pasal-pasal yang memuat aturan tentang “kebebasan berkontrak” dalam KUH Perdata tersebut, penulis mencoba untuk tidak hanya berhenti pada pengenalan apa itu “kontrak”, berikut syarat –syarat dan doktrin/asasnya. Lebih dari itu, perlu digali dan dijelaskan ”mengapa begitu”. Artinya, mengapa unsur-unsur dan syarat –syarat kebebasan berkontrak terkonfigurasi seperti itu. Maka penulis akan mencoba menguraikan tentang asas kebebasan berkontrak ini dalam pendekatan filosofi.

Karakteristik berfikir secara filosofi intinya adalah upaya secara sungguh sungguh dengan menggunakan akal fikiran sebagai alat utamanya untuk menemukan hakikat segala

sesuatu yang berhubungan dengan ilmu (Bahtiar Amsal, 2014: 10). Berfikir Filsafati adalah berfikir logis, kritis, metodis, konstruktif, dan teoritis.

Permasalahan dalam tulisan ini adalah: Bagaimana hakekat kebebasan berkontrak berdasarkan pendekatan filsafat ? dan Mengapa unsur-unsur dan syarat-syarat kebebasan berkontrak terkonfigurasi demikian?

## **Pembahasan**

### **Hakekat Kebebasan Berkontrak Berdasarkan Pendekatan Filsafat**

Pengertian Filsafat adalah jenis pengetahuan yang berusaha mencari sebab sedalam-dalamnya bagi segala sesuatu berdasarkan akal pikiran belaka (Poedjawijatna). Atau Filsafat adalah berfikir mencari jawaban, dimana jawaban yang ditemukan tidak pernah bersifat mutlak. Filsafat adalah seni mengkritik yang bukan semata-mata membatasi diri, yakni tidak pernah puas diri (Absori, 2014).

Menurut Hasbullah Bakry, Filsafat pengetahuan yang menyelidiki segala sesuatu secara mendalam mengenai ketuhanan, alam semesta, dan manusia sehingga dapat menghasilkan pengetahuan tentang bagaimana hakikat dapat dicapai akal manusia dan bagaimana sikap manusia seharusnya setelah mengetahui pengetahuan itu. Dengan akalny manusia selalu berfikir, berfikir adalah bertanya, bertanya adalah mencari jawaban, mencari jawaban adalah mencari kebenaran. Manusia senantiasa mencari kebenaran tentang Tuhan, alam dan manusia (Absori, 2014).

Filsafat sebagai proses berfikir yang sistematis dan radikal memiliki obyek material dan obyek formal. Obyek material filsafat adalah segala yang ada. Segala yang ada mencakup ada yang tampak dan ada yang tidak tampak. Ada yang tampak adalah dunia empiris, sedangkan ada yang tidak tampak adalah alam metafisika. Sebagian filosof membagi obyek material filsafat atas tiga bagian, yaitu yang ada dalam alam empiris, yang ada dalam fikiran, dan yang ada dalam kemungkinan. Adapun obyek formal filsafat adalah sudut pandang yang menyeluruh, radikal, dan rasional tentang segala yang ada.

Sedangkan Harun Nasution mengatakan bahwa Filsafat adalah berfikir menurut tata tertib (logika) dengan bebas (tidak terikat pada tradisi, dogma dan agama) dan dengan sedalam-dalamnya, sehingga sampai ke dasar-dasar persoalan. Dalam pandangan Siti Gazalba filsafat adalah berfikir secara mendalam, sistematis, radikal, dan universal dalam

rangka mencari kebenaran, inti atau hakekat mengenai segala sesuatu yang ada. Uraian dimaksud menunjukkan dengan jelas ciri dan karakteristik berfikir secara filosofis. Intinya adalah upaya secara sungguh-sungguh dengan menggunakan akal fikiran sebagai alat utamanya untuk menemukan hakekat sesuatu yang berhubungan dengan ilmu (Bakhtiar Amsal, 2014: 9).

Adapun Ilmu dalam bahasa Inggris disebut science, merupakan bagian dari pengetahuan (knowledge) yang mempunyai karakteristik tertentu yaitu empiris, metodologis, rasional/logis, obyektif. Dengan demikian dengan adanya karakteristik keilmuan maka pengetahuan menjadi bersifat ilmiah (scientific knowledge) (Absori, 2014).

Bakhtiar Amsal menyimpulkan Ilmu adalah sebagian pengetahuan yang mempunyai ciri, tanda, syarat tertentu yaitu sistematis, rasional, empiris, universal, obyektif, dapat diukur, terbuka, kumulatif (besusun timbun).

Adapun Filsafat Ilmu adalah cabang Filsafat yang membicarakan atau merefleksikan secara mendasar dan integral mengenai hakikat ilmu tertentu. Filsafat ilmu adalah analisis logis atas ilmu yang secara etis bersifat netral, yakni tidak ada sangkut pautnya dengan apa yang dianggap benar, baik/buruk. Ilmu bersifat bebas nilai. (Brodbeck). Filsafat ilmu adalah sintesis normatif hasil telaah disiplin ilmu yang memperbincangkan antara fakta dengan nilai-nilai (Verhoog) (Absori, 2014).

Pendekatan filsafat terdiri atas Ontologi, berupa obyek, eksistensi segala sesuatu atau sumber ilmu yang digali. Epistemologi, berupa cara atau metode yang digunakan untuk menggali atau memperoleh ilmu yang logis/rasional. Aksiologi, berupa kegunaan ilmu. Berfikir Filsafati adalah berfikir logis, kritis, metodis, konstruktif, dan teoritis.

Dengan pertanyaan mengapa unsur-unsur dan syarat-syarat kebebasan berkontrak, terkonfigurasi seperti itu, titik berat KUH Perdata tersebut terletak pada suatu gambaran pokok dari kosmologi zaman modern (abad 17 dan 18) yang memandang masyarakat sebagai institusi yang terdiri individu yang merdeka, yang dikuasai/dipandu oleh akal, yang secara sukarela (telah) memilih untuk menjaga hubungan baik lewat hukum serta siap menepati janji (*pacta sunt servanda*) (Tanya, Benard L, 2010: 9). Kebebasan berkontrak adalah refleksi dari perkembangan paham pasar bebas yang dipelopori oleh Adam Smith dengan teori ekonomi klasiknya mendasarkan pemikiran pada ajaran hukum

alam, hal yang sama menjadi dasar pemikiran Jeremy Bentham yang dikenal dengan utilitarianism. Utilitarianism dan teori ekonomi klasik *laissez faire* dianggap saling melengkapi dan sama-sama menghidupkan pemikiran liberal individualistis. Keduanya percaya individualisme sebagai nilai dan mekanisme sosial; dan kebebasan berkontrak dianggap sebagai suatu prinsip yang umum. Kebebasan berkontrak dapat mencapai tujuannya yaitu mendatangkan kesejahteraan seoptimal mungkin, bilapara pihak memiliki bargaining power yang seimbang.

Para penganjur hukum alam, yang bermula pada abad ke 17 dan ke 18 itu, menyatakan bahwa manusia dituntun oleh suatu asas bahwa ia adalah bagian dari alam dan makhluk yang rasional dan cerdas ia bertindak sesuai dengan keinginan-keinginannya (desires) dan gerak-gerak hatinya (*impulses*). Manusia adalah agen yang merdeka (*free agent*) oleh karena itu wajar untuk tidak terikat yang sama wajarnya dengan terikat (*that is just as natural to be unbound as it is to be bound*). Tingkah laku yang didasarkan atas pemikiran ini menciptakan aturan dan ketentuan yang diperlukan bagi suatu masyarakat yang baik. Asas moral dan asas keadilan berada di atas semua aturan hukum yang dikeluarkan oleh pemerintah. Oleh karena itu perundang-undangan dan dekrit raja yang tidak sejalan dengan hukum alam tidaklah sah. Ideologi ini merupakan pertentangan terhadap mercantile system yang paternalistik yang mengawasi dan mengatur semua bisnis demi keuntungan raja. Salah satu pengajur terkemuka dari aliran hukum alam ini adalah Hugo Grotius, yang berpendapat bahwa, setiap orang mempunyai kecenderungan hidup bersama. Tidak hanya itu karena memiliki rasio, maka manusia itu juga ingin hidup secara damai. Begitulah, Grotius menjadikan sosiabilitas manusia sebagai *landasan ontologi* dan fondasi segala hukum (Tanya Benard L., 2010: 68). Grotius juga menyatakan bahwa hak untuk mengadakan perjanjian adalah salah satu dari hak-hak asasi manusia. Grotiuslah yang mengemukakan bahwa ada suatu *supreme body of law* yang dilandasi oleh akal manusia (*human reason*) yang disebutnya sebagai hukum alam (*natural law*). Ia beranggapan bahwa suatu kontrak adalah suatu tindakan sukarela dari seseorang dimana ia berjanji sesuatu kepada orang lain dengan maksud bahwa orang lain itu akan menerimanya. Kontrak tersebut adalah lebih dari sekedar suatu janji, karena suatu janji tidak memberikan hak kepada pihak yang lain atas pelaksanaan janji itu (Sjahdeini Remy Sutan, 1993: 20).

Pendekatan berdasarkan hukum alam terhadap kebebasan berkontrak sebagai suatu kebebasan manusia yang fundamental, juga dikemukakan oleh Thomas Hobbes. Kontrak, kata Hobbes, adalah metode dimana hak-hak fundamental dari manusia bisa dialihkan. Sebagaimana halnya dengan hukum alam yang menekankan tentang perlunya ada kebebasan bagi manusia, maka hal itu berlaku juga berkaitan dengan kontrak-kontrak.

Kebebasan berkontrak adalah salah satu asas utama dalam hukum perdata, khususnya dalam hukum perjanjian yang dikenal baik dalam *civil law system* maupun dalam *common law system*. Bahkan secara Internasional, usaha-usaha untuk melakukan harmonisasi dan unifikasi hukum yang mengatur tentang kontrak memuat pula asas kebebasan berkontrak. Betapa pentingnya kedudukan asas tersebut dalam hukum perjanjian ternyata dari sejarah panjang perkembangannya asas tersebut yang tidak pernah surut atau hilang, serta upaya dari berbagai entitas internasional untuk memuat dan menempatkannya di dalam pasal-pasal awal berbagai dokumen yang bertujuan menciptakan unifikasi hukum perjanjian secara internasional (Johanes Gunawan, 2011: 258).

Pengertian kebebasan berkontrak dalam *civil law system* berasal dan dikembangkan dari konsep dan perkembangan perikatan atau *obligatio* (kata dasar obligare), yang untuk pertama kali dipergunakan didalam *civil law tradition* pada jaman Romawi oleh Kaisar Yustinianus didalam *Corpus Iuris Civilis* pada tahun 533, bagian *institutionis* (Johanes Gunawan, 2011: 259).

Pada jaman Romawi Kuno, hukum tumbuh dan berkembang dari hukum yang berlaku di kalangan keluarga-keluarga yang ada pada masa itu, yang dapat disebut sebagai hukum keluarga (*family law*). Dua bidang utama yang diatur dalam hukum keluarga ini adalah mengenai pewarisan kekuasaan (*succession*), dan mengenai kepemilikan (property). Didalam hukum yang berlaku pada masa itu, berlaku prinsip bahwa barang siapa yang telah melakukan tindakan yang salah terhadap badan atau hak milik orang lain, tidak terlindung dari balas dendam (*vengeance*) oleh si korban atas tindakan salah tersebut. Dengan kata lain bahwa si korban diperbolehkan untuk membalas dendam secara fisik kepada sipelaku. Didalam penerapannya, prinsip ini dilakukan dengan cara yang amat kejam, sehingga tidak jarang menimbulkan kematian. Alhasil, prinsip ini pada dasarnya menghasilkan suatu rezim hukum yang buruk. Tidak heran apabila menurut

sejarahnya, dikatakan bahwa asal muasal dari tanggung jawab perdata (*liability in private law*) terletak didalam rezim hukum yang sekarang dikenal sebagai delik (*delict*) (Johanes Gunawan, 2011: 260).

Oleh sebab itu, dalam perkembangannya nampak terdapat upaya dari negara untuk meminimalkan bahkan menghilangkan rezim hukum yang buruk itu, antara lain dengan jalan campur tangan negara apabila terjadi suatu perkara yang mengakibatkan balas dendam secara fisik, antara lain dengan jalan menahan pelaku tindakan salah untuk ditempatkan dibawah pengawasan negara atas dasar hukum acara tertentu, dan sebaliknya hak untuk balas dendam korban dikurangi. Lambat laun hak korban untuk balas dendam dimungkinkan (semula diperbolehkan), kemudian diharapkan dan akhirnya dipaksakan untuk ditebus atau diganti dengan sejumlah uang atau barang. Sehingga balas dendam secara fisik oleh korban dapat dihindarkan (Johanes Gunawan, 2011: 260).

Modus penebusan atau penggantian ini dapat dilihat sebagai suatu perkembangan, dimana negara memberikan dukungan dengan jalan membuat dan menetapkan standarisasi jumlah kompensasi untuk macam-macam delik (*delictual liability*) lebih dapat dilihat secara berangsur berubah kedalam bentuk ganti rugi berupa uang atau barang, daripada ganti rugi berupa balas dendam secara fisik. Inilah sebabnya *the law of obligation* dalam hukum Romawi disebut sebagai prestasi unik dalam sejarah peradaban manusia (*'a unique achievement in the history of human civilisation'*).

Orang Romawi serta merta melihat dan menyadari bahwa modus penebusan atau penggantian dengan sejumlah uang, merupakan modus yang cocok dan baik untuk memaksa suatu pihak memenuhi suatu sanksi. Mereka berpandangan bahwa modus ini tidak saja dapat digunakan untuk memaksa orang untuk membayar sejumlah uang, karena melakukan suatu delik, melainkan modus ini dapat juga digunakan untuk memaksa seseorang melakukan prestasi tertentu. Oleh karena itu apabila suatu pihak menginginkan agar pihak lain terikat untuk melakukan suatu prestasi tertentu, ia akan meminta kepada pihak yang terakhir untuk menundukkan dirinya sendiri secara sukarela (*voluntarily*) pada kewajiban untuk membayar sejumlah uang dan/atau melakukan suatu prestasi tertentu lainnya, jika pihak yang terakhir ini gagal memenuhi prestasi yang diinginkan oleh pihak pertama (Johanes Gunawan, 2011: 261).

Pada tahap perkembangan yang terakhir, *obligatio* di dalam hukum Romawi dikatakan mengandung baik ‘kewajiban’ (*duty*) maupun ‘tanggung jawab’ (*liability*). Hubungan yang terjadi bahwa debitur harus (terikat untuk) melakukan apapun yang telah dijanjikan untuk dilakukannya; jika ia gagal untuk memenuhi kewajibannya, maka sungguh ia harus bertanggung jawab dalam arti bahwa ini, sekarang dikenal dengan perjanjian atau kontrak (*contract*), dan *obligation* yang timbul disebut sebagai *contractual obligation*, adapun tanggung jawab yang ditimbulkan oleh *contractual obligation* disebut dengan *contractual liability*.

Kesukarelaan yang menjadi dasar dalam *contractual liability* (tanggung jawab atas dasar *contract*), Hanya mungkin diwujudkan apabila para pihak memiliki kebebasan untuk memilih apakah akan mengikatkan diri dalam suatu kontrak atau tidak. Dengan perkataan lain dalam hal salah satu pihak berada dalam keadaan ketidakbebasan untuk memilih akan terikat atau tidak dalam suatu kontrak, maka yang bersangkutan pasti tidak secara sukarela menjadi terikat dalam kontrak apabila kemudian ternyata bahwa kontrak tersebut benar-benar terjadi. Kebebasan dalam konteks ini kemudian dikenal dengan kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) (Johanes Gunawan, 2011: 261).

### **Unsur-Unsur dan Syarat-Syarat Kebebasan Berkontrak**

Kebebasan berkontrak di dalam *civil law tradition* terdapat lima macam kebebasan, yaitu; Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian; Kebebasan untuk memilih dengan pihak mana akan membuat perjanjian; Kebebasan untuk menentukan isi perjanjian; Kebebasan untuk menentukan isi perjanjian; Kebebasan untuk menentukan cara pembuatan perjanjian.

Meskipun demikian berlakunya kebebasan berkontrak apakah dapat berlaku bebas mutlak, ternyata tidak. Di dalam *Black's Law Dictionary Freedom of contract atau Liberty of Contract* diartikan sebagai:

*“The ability at will, to make or abstain from making, a binding obligation enforced by the sanctions at the law. The right to contract about one's affairs, including the right to make contract of employment, and to abstain the best terms one can as the result of private bargaining”. It includes the corresponding right to accept a contract proposed. There is, however, no absolute freedom of contract. The government may regulate or forbid any contract reasonably calculated to affect injuriously public interest. Its means freedom from arbitrary or unreasonable restraint, not immunity from reasonable to safeguard public*

*interest; or the right to make contract with competent person on a plane of relative parity or freedom of choice and within the limit allowed or not forbidden by law”*

Berdasarkan definisi tersebut menunjukkan bahwa kebebasan yang tak terbatas (absolut), sebenarnya tidak dikenal dalam pembuatan suatu perjanjian atau kontrak, melainkan justru dalam kebebasan tersebut mengandung batas-batas (limit), yang tidak boleh dilampaui dalam pembuatan kontrak (Johanes Gunawan, 2011: 257). Maka meskipun berasaskan Kebebasan berkontrak didalam KUH Perdata pun ada beberapa pembatasan yang diberikan oleh pasal-pasal terhadap asas ini yang membuat asas ini merupakan asas yang tidak tak terbatas. Seperti Kebebasan Berkontrak yang dapat diberikan dari pasal 1338 (1) KUH Perdata dibatasi oleh ketentuan yang ada dalam Pasal 1320 (1), yang menentukan bahwa perjanjian atau kontrak tidak sah apabila dibuat tanpa adanya konsensus atau kesepakatan diantara para pihak yang membuatnya. Ketentuan tersebut memberikan petunjuk bahwa hukum perjanjian/kontrak dikuasai oleh “Asas Konsensualisme”. Ketentuan Pasal 1320 ayat 1 tersebut mengandung pengertian bahwa kebebasan suatu pihak untuk menentukan isi perjanjian dibatasi oleh sepakat pihak lainnya. Dengan kata lain asas kebebasan berkontrak dibatasi oleh asas konsensualisme (Johanes Gunawan, 2011: 48). Dari Pasal 1320 ayat (2) dapat pula disimpulkan bahwa kebebasan orang untuk membuat perjanjian dibatasi oleh kecakapan untuk membuat perjanjian. Bagi seseorang yang menurut Undang-Undang tidak cakap untuk membuat perjanjian, sama sekali tidak mempunyai kebebasan untuk membuat perjanjian. Menurut pasal 1330, orang yang belum dewasa dan mereka yang diletakkan dibawah pengampuan tidak mempunyai kecakapan untuk membuat perjanjian. Kemudian Pasal 1320 ayat (4) jo Pasal 1337 menentukan bahwa para pihak tidak bebas membuat perjanjian yang menyangkut causa yang dilarang oleh Undang-Undang atau bertentangan dengan kesusilaan atau bertentangan dengan ketertiban umum. Bahwa perjanjian yang dibuat harus memenuhi causa yang halal. Perjanjian yang dibuat dengan causa yang tak halal atau terlarang menurut ketentuan pasal 1335 atau yang dibuat berdasarkan causa-causa yang dilarang oleh Undang-Undang bertentangan dengan nilai-nilai kesusilaan maupun ketertiban umum adalah tidak sah (Johanes Gunawan, 2011: 48).

Pasal 1332, Pasal 1333, Pasal 1334 KUH Perdata memberikan arah mengenai kebebasan pihak untuk membuat perjanjian sepanjang yang menyangkut obyek perjanjian.

Menurut pasal-pasal tersebut adalah tidak bebas untuk memperjanjian setiap barang apapun, hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan atau mempunyai nilai ekonomis, barang-barang tertentu/dapat ditentukan dan barang –barang yang masih akan ada kecuali barang-barang dari warisan yang belum jatuh meluang yang dapat dijadikan obyek perjanjian.

Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara menentukan berlakunya “asas iktikad baik” dalam melaksanakan perjanjian. Berlakunya asas iktikad baik ini bukan saja mempunyai daya kerja pada waktu perjanjian dilaksanakan, tetapi juga sudah mulai bekerja pada waktu perjanjian itu dibuat. Artinya bahwa perjanjian bahwa perjanjian yang dibuat dengan berlandaskan iktikad buruk misalnya atas dasar penipuan, maka perjanjian itu tidak sah. Dengan demikian asas iktikad baik mengandung pengertian bahwa kebebasan suatu pihak dalam membuat perjanjian tidak dapat diwujudkan sekehendaknya tetapi dibatasi oleh iktikad baiknya.

Sekalipun asas kebebasan berkontrak yang diakui oleh KUH Perdata pada hekekatnya banyak dibatasi oleh KUH Perdata itu sendiri, tetapi daya kerjanya masih sangatlah longgar. Kelonggaran ini telah menimbulkan ketimpangan-ketimpangan dan ketidakadilan bila para pihak yang membuat perjanjian tidak sama kuat kedudukannya atau mempunyai *bargaining position* yang sama (Johanes Gunawan, 2011: 49).

## **Simpulan**

Hakekat kebebasan berkontrak didasarkan atas teori hukum alam yang memandang bahwa manusia adalah bagian dari alam dan mahluk yang rasional dan cerdas ia bertindak sesuai dengan keinginan-keinginannya (*desires*) dan gerak-gerik hatinya (*impulses*). Manusia adalah agen yang merdeka (*free agent*) oleh karena itu wajar untuk tidak terikat yang sama wajarnya dengan terikat (*that is just as natural to be unbound as it is to be bound*). Tingkah laku yang didasarkan atas pemikiran ini menciptakan aturan dan ketentuan yang diperlukan bagi suatu masyarakat yang baik. Asas moral dan asas keadilan berada diatas semua aturan hukum yang dikeluarkan oleh pemerintah.

Bahwa unsur-unsur dan syarat-syarat kebebasan berkontrak, terkonfigurasi seperti itu, titik berat KUH Perdata tersebut teletak pada suatu gambaran pokok dari kosmologi zaman modern yang memandang masyarakat sebagai institusi yang terdiri individu yang merdeka, yang dikuasai/dipandu oleh akal, yang secara sukarela (telah) memilih untuk

menjaga hubungan baik lewat hukum serta siap menepati janji (*pacta sunt servanda*). Sekalipun asas kebebasan berkontrak yang diakui secara universal dan juga oleh KUH Perdata, namun pada hakekatnya tidak ada kebebasan berkontrak yang bersifat tanpa batas (absolut), melainkan justru didalam kebebasan tersebut mengandung batas-batas (limit) yang tidak boleh dilampaui dalam pembuatan kontrak. Meskipun demikian, seperti pembatasan yang terdapat dalam KUH Perdata itu sendiri, tetapi daya kerjanya masih sangatlah longgar. Paling tidak terdapat 3 (tiga) alasan mengapa terhadap kebebasan berkontrak tersebut perlu diwaspadai daya berlakunya, yaitu tumbuh dan kembangnya penggunaan kontrak standar. Menurunnya peranan dari pilihan bebas, bila para pihak yang membuat perjanjian tidak sama kuat kedudukannya atau mempunyai *bargaining position* yang sama. Tumbuhnya upaya terhadap perlindungan konsumen.[]

#### Daftar Pustaka

- Abdulkadir, Muhammad, 2010, *Hukum Perdata Indonesia*, Bandung, Citra Aditya Bakti.
- Abdulkadir, Muhammad, 2010, *Perjanjian Baku Dalam Praktek Perusahaan Perdagangan*, Bandung, Citra Aditya Bakti.
- Absori, 2014, *Filsafat Ilmu, Materi Kuliah Program Doctoral Ilmu Hukum*, Surakarta: UMS
- Baktiar Amsal, 2004, *Filsafat Ilmu*, Jakarta, Raja Grafindo.
- Dimiyati, Khudzaifah, 2004, *Teorisasi Hukum, Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia Tahun 1945-1990*, Surakarta, Muhammadiyah University Press, UMS.
- Dimiyati, Khudzaifah, 2014, *Pemikiran Hukum Konstruksi Epistemologis Berbasis Budaya Hukum Indonesia*, Yogyakarta, Genta Publishing.
- Husaini, Adian, 2013, *Filsafat Ilmu Perspektif Barat dan Islam*, Jakarta, Gema Insani.
- Johanes, Gunawan, 2011, *Kajian Ilmu Hukum Tentang Kebebasan Berkontrak, Dalam Butir-Butir Pemikiran dalam Hukum, Memperingati 70 Tahun Prof. Dr. B. Arief Sidharta, S,H*, Bandung, Refika Aditama.
- Kusumohamijoyo, Budiono, 2011, *Filsafat Hukum Problematik Ketertiban Yang Adil*, Bandung: Mandar Maju.
- L. Tanya, Bernard, Yoan N. Simanjuntak, Markus Y. Hage, 2010, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Yogyakarta, Genta Publishing,

Martini, Djamaris, 2008, *Filsafat Ilmu Lanjutan*, Jakarta, Kencana.

Putra, Nusa, 2014, *Filsafat Ilmu Lanjutan*, Jakarta, Kencana.

Remy Sjahdaeni, Sutan, 1993, *Kebebasan Berkontrak Dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank*, Jakarta, Institut Bankir Indonesia.

Subekti, 1974, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Bandung, Alumni.

Subekti, 1976, *Hukum Perjanjian*, Bandung, Alumni.