

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Hukum Perjanjian

Perjanjian atau persetujuan merupakan terjemahan dari *overeenkomst*, Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) menyatakan “suatu persetujuan adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih”.

Menurut Subekti, “perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada seseorang lain atau dimana itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal”.²³

Munir Fuady mengatakan Istilah perjanjian dalam hukum perjanjian merupakan kesepadanan dari istilah *overeenkomst* dalam Bahasa Belanda atau *agreement* dalam bahasa Inggris. Karena itu, istilah hukum perjanjian. Jika dengan istilah hukum perikatan dimaksudkan untuk mencakup semua bentuk perikatan dalam buku ketiga KUH Perdata, jadi termasuk ikatan hukum yang berasal dari perjanjian dan ikatan hukum yang terbit dari undang-undang, maka dengan istilah hukum perjanjian hanya dimaksudkan sebagai pengaturan tentang ikatan hukum yang terbit dari perjanjian saja.²⁴

Para sarjana hukum perdata pada umumnya berpendapat bahwa “definisi perjanjian yang terdapat di dalam ketentuan di atas adalah tidak

²³ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, (Jakarta: Intermasa, 1979), hal. 1

²⁴ Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 2.

lengkap dan pula terlalu luas”.²⁵

Tidak lengkap karena yang dirumuskan itu hanya mengenai perjanjian sepihak saja. Definisi itu dikatakan terlalu luas karena dapat mencakup perbuatan di lapangan hukum keluarga, seperti janji kawin, yang merupakan perjanjian juga, tetapi sifatnya berbeda dengan perjanjian yang diatur di dalam KUH Perdata Buku III. Perjanjian yang diatur dalam KUH Perdata Buku III kriterianya dapat dinilai secara materil, dengan kata lain dinilai dengan uang.

Menurut Abdulkadir Muhammad perjanjian adalah suatu persetujuan dengan mana dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal mengenai harta kekayaan.²⁶

Berdasarkan pengertian singkat di atas dijumpai di dalamnya beberapa unsur yang memberi wujud pengertian perjanjian, antara lain “hubungan hukum (*rechtbetrekking*) yang menyangkut Hukum Kekayaan antara dua orang (*persoon*) atau lebih, yang memberi hak pada satu pihak dan kewajiban pada pihak lain tentang suatu prestasi”.

Kalau demikian, perjanjian/*verbintennis* adalah hubungan hukum/*rechtbetrekking* yang oleh hukum itu sendiri diatur dan disahkan cara perhubungannya. Oleh karena itu perjanjian yang mengandung hubungan hukum antara perseorangan/*person* adalah hal-hal yang terletak dan berada dalam lingkungan hukum.

²⁵ Mariam Darus Badruzaman, *KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasannya*, (Bandung: Alumni, 1993), hal. 89.

²⁶ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), hal. 225.

Itulah sebabnya hubungan hukum dalam perjanjian, bukan suatu hubungan yang bisa timbul dengan sendirinya seperti yang dijumpai dalam harta benda kekeluargaan. Dalam hubungan hukum kekayaan keluarga, dengan sendirinya timbul hubungan hukum antara anak dengan kekayaan orang tuanya seperti yang diatur dalam hukum waris. Lain halnya dalam perjanjian. Suatu perjanjian yang mengikat (perikatan) minimal harus ada salah satu pihak yang mempunyai kewajiban karena bila tidak ada pihak yang mempunyai kewajiban, maka dikatakan tidak ada perjanjian yang mengikat. Hubungan hukum adalah hubungan yang menimbulkan akibat hukum, yaitu hak (*right*) dan kewajiban (*obligation*). Hubungan hukum yang berdasarkan perjanjian/kontrak adalah hubungan hukum yang terjadi karena persetujuan atau kesepakatan para pihaknya.²⁷ Tindakan/perbuatan hukum yang dilakukan oleh pihak-pihaklah yang menimbulkan hubungan hukum perjanjian, sehingga terhadap satu pihak diberi hak oleh pihak yang lain untuk memperoleh prestasi. Sedangkan pihak yang lain itupun menyediakan diri dibebani dengan kewajiban untuk menunaikan prestasi.

Berdasarkan hal tersebut maka satu pihak memperoleh hak/*recht* dan pihak sebelah lagi memikul kewajiban/*plicht* menyerahkan/menunaikan prestasi. Prestasi ini adalah objek atau *voorwerp* dari verbintenis. Tanpa prestasi, hubungan hukum yang dilakukan berdasar tindakan hukum, sama sekali tidak mempunyai arti apa-apa bagi hukum perjanjian. Pihak yang berhak atas prestasi mempunyai kedudukan sebagai *schuldeiser* atau

²⁷ Hasanuddin Rahman, *Contract Drafting*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003), hal. 7.

kreditur. Pihak yang wajib menunaikan prestasi berkedudukan sebagai *schuldenaar* atau debitur.

Hukum kebendaan dikatakan bersifat tertutup, dan karenanya tidak boleh ditambah, diubah, dikurangi atau dimodifikasi oleh orang perorangan atas kehendak mereka sendiri, hukum kebendaan, seringkali juga disebut sebagai hukum yang memaksa.²⁸

Akan tetapi seperti yang telah pernah disinggung di atas, karakter hukum kekayaan dalam harta benda keluarga adalah lahir dengan sendirinya, semata-mata karena ketentuan undang-undang. *Vermogenrecht*/hukum kekayaan yang bersifat pribadi dalam perjanjian/verbinten^{is} baru bisa tercipta apabila ada tindakan hukum/*rechthandeling*.

Sekalipun yang menjadi objek atau *vorwerp* itu merupakan benda, namun hukum perjanjian hanya mengatur dan mempermasalahkan hubungan benda/kekayaan yang menjadi objek perjanjian antara pribadi tertentu (*bepaalde persoon*).

Selanjutnya dapat dilihat perbedaan antara hukum benda/*zakenrecht* dengan hukum perjanjian.

- a. Hak kebendaan melekat pada benda dimana saja benda itu berada, jadi mempunyai *droit de suite*.
- b. Semua orang secara umum terikat oleh suatu kewajiban untuk menghormati hak seseorang atas benda tadi, *in violable et sacre*.

²⁸ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Kebendaan Pada Umumnya*, (Jakarta: Kencana, 2003), hal. 21.

- c. Si empunya hak atas benda, dapat melakukan segala tindakan sesukanya atas benda tersebut.²⁹

Kalau hukum kebendaan bersifat hak yang absolut, hukum kebendaan dalam perjanjian adalah bersifat “ hak relatif “/*relatief recht*. Dia hanya mengatur hubungan antara pribadi tertentu. *Bepaalde persoon*, bukan terhadap semua orang pemenuhan prestasi dapat dimintanya. Hanya kepada orang yang telah melibatkan diri padanya berdasar suatu tindakan hukum. Jadi hubungan hukum / *recht berrekking* dalam perjanjian hanya berkekuatan hukum antara orang-orang tertentu saja.³⁰

Hanya saja dalam hal ini perlu diingatkan, bahwa gambaran tentang pengertian hukum benda yang diatur dalam BW dalam Buku II, yang menganggap hak kebendaan itu “*inviolable et sacre*” dan memiliki *droit de suite*, tidak mempunyai daya hukum lagi. Sebab dengan berlakunya Undang-Undang Pokok Agraria No. 5 Tahun 1960 sesuai dengan asas unifikasi hukum pertanahan, Buku II *Burgelijk Wetboek* (BW) tidak dinyatakan berlaku lagi.

Terutama mengenai hubungan tanah dengan seseorang, tidak lagi ditekankan pada faktor hak. Tetapi dititik beratkan pada segi penggunaan dan fungsi sosial tanah, agar selaras dengan maksud dan jiwa pada Pasal 33 ayat 3 Undang-Undang Dasar 1945.

²⁹ Arham Ifandi, “Tinjauan Umum Tentang Kompensasi”, <http://repository.usu.ac.id/bitstream/123456789/25397/3/Chapter%20II.pdf>. Diakses tanggal 2 Januari 2015.

³⁰*Ibid.*

Seperti telah dikemukakan di atas, pada umumnya hak yang lahir dari perjanjian itu bersifat hak relatif, artinya hak atas prestasi baru ada pada *persoon* tertentu, jika hal itu didasarkan pada hubungan hukum yang lahir atas perbuatan hukum.

Akan tetapi ada beberapa pengecualian:

- a. Sekalipun tidak ada hubungan hukum yang mengikat antara dua orang tertentu (*bepaalde persoon*), *verbinten* bisa terjadi oleh suatu keadaan/kenyataan tertentu. Misalnya karena pelanggaran kendaraan.
- b. Atau oleh karena suatu kewajiban hukum dalam situasi yang nyata, dapat dikonkritisasi sebagai *verbinten*. Sekalipun sebelumnya tidak ada hubungan hukum antara dua orang tertentu, seperti yang dapat dilihat pada *Waterkraan Arrest* (H.R. 10 Juni 1910).³¹

Verbinten/perjanjian mempunyai sifat yang dapat dipaksakan. Dalam perjanjian, kreditur berhak atas prestasi yang telah diperjanjikan. Hak mendapatkan prestasi tadi dilindungi oleh hukum berupa sanksi. Ini berarti kreditur diberi kemampuan oleh hukum untuk memaksa kreditur menyelesaikan pelaksanaan kewajiban/prestasi yang mereka perjanjikan. Apabila debitur enggan secara sukarela memenuhi prestasi, kreditur dapat meminta kepada Pengadilan untuk melaksanakan sanksi, baik berupa eksekusi, ganti rugi atau uang paksa. Akan tetapi tidak seluruhnya *verbinten* mempunyai sifat yang dapat dipaksakan.

³¹ *Ibid.*

Pengecualian terdapat misalnya pada *natuurlijke verbinten*. Dalam hal ini perjanjian tersebut bersifat tanpa hak memaksa. Jadi *natuurlijk verbinten* adalah perjanjian tanpa mempunyai kekuatan memaksa. Dengan demikian, perjanjian dapat dibedakan antara:

- a. Perjanjian tanpa kekuatan hukum (*zonder rechtwerking*).

Perjanjian tanpa kekuatan hukum ialah perjanjian yang ditinjau dari segi hukum perdata tidak mempunyai akibat hukum yang mengikat. Misalnya perjanjian keagamaan, moral, sopan santun dan sebagainya.

- b. Perjanjian yang mempunyai kekuatan hukum tak sempurna seperti *natuurlijke verbinten*.

Ketidak sempurnaan daya hukumnya terletak pada sanksi memaksanya, yaitu atas keengganan debitur memenuhi kewajiban prestasi, kreditur tidak diberi kemampuan oleh hukum untuk melaksanakan pemenuhan prestasi. Jadi tidak dapat dipaksakan.

- c. *Verbinten* yang sempurna daya kekuatannya, Disini pemenuhan dapat dipaksakan kepada debitur jika ia ingkar secara sukarela melaksanakan kewajiban prestasi. Untuk itu kreditur diberi hak oleh hukum menjatuhkan sanksi melalui tuntutan eksekusi pelaksanaan dan eksekusi riil, ganti rugi serta uang paksa.³²

Hukum adalah rangkaian peraturan-peraturan mengenai tingkah laku orang-orang sebagai anggota suatu masyarakat dan bertujuan mengadakan tata

³² *Ibid.*

tertib diantara anggota-anggota masyarakat itu. Ini berarti bahwa unsur hukum baru dapat dianggap ada, apabila suatu tingkah laku seseorang sedikit banyak menyinggung atau mempengaruhi tingkah laku dengan kepentingan orang lain.

Wirjono Prodjodikoro, berpendapat: “Bahwa dalam hal gangguan oleh pihak ketiga, pemilik hak benda dapat melaksanakan haknya terhadap siapapun juga, adalah sifat lain dari hak benda yaitu sifat absolut. Sedangkan dalam hukum perjanjian seseorang yang berhak, dapat dibilang mempunyai hak tak mutlak yaitu hanya dapat melaksanakan haknya terhadap seorang tertentu yakni orang pihak lain yang turut membikin perjanjian itu”.³³

Suatu perhubungan hukum mengenai suatu benda, hukum perdata membedakan hak terhadap benda dan hak terhadap orang. Meskipun suatu perjanjian adalah mengenai suatu benda, perjanjian itu tetap merupakan perhubungan hukum antara orang dengan orang, lebih tegasnya antara orang tertentu dengan orang lain tertentu. Artinya, hukum perdata tetap memandang suatu perjanjian sebagai hubungan hukum, di mana seorang tertentu, berdasarkan atas suatu janji berkewajiban untuk melakukan suatu hal, dan orang lain tertentu berhak menuntut pelaksanaan kewajiban itu. Misalnya, A dan B membuat perjanjian jual beli, yaitu A adalah penjual dan B adalah pembeli, dan barang yang dibeli adalah sebuah lemari tertentu yang berada di dalam rumah A. Harga pembelian sudah dibayar, tetapi sebelum lemari diserahkan kepada B, ada pencuri yang mengambil lemari tersebut, sehingga

³³ Wirjono Prodjodikoro. *Azas-Azas Hukum Perjanjian*. (Bandung: Mandar Maju, 2011). hal. 9.

lemari tersebut jatuh ke tangan seorang ketiga (C). Dalam hal ini B hanya berhak menegur A supaya lemari diserahkan kepadanya, dan B tidak dapat langsung menegur C supaya lemari tersebut diserahkan kepadanya.

Sifat hukum perjanjian ini berbeda dengan sifat hukum kebendaan. Pada hukum benda, hubungan hukum itu terjadi antara orang dengan benda. Sedangkan pada hukum perjanjian, hubungan hukum itu terjadi antara orang dengan orang berdasarkan perjanjian yang dibuat orang-orang tersebut.

Dengan sifat hukum perjanjian, yakni sifat perorangan, maka para pihak dapat dengan bebas menentukan isi dari perjanjian yang mereka buat, asal saja tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan, yang artinya hukum perjanjian itu menganut sistem terbuka.

Pasal-pasal dari hukum perjanjian ini merupakan hukum pelengkap, yaitu pasal-pasal itu dapat dikesampingkan apabila dikehendaki, oleh para pihak yang membuat perjanjian, mereka diperbolehkan mengatur sendiri sesuatu soal, namun tidak boleh melanggar ketertiban umum dan kesusilaan.

KUH Perdata, hal ini dapat dilihat dalam Pasal 1338 ayat (1) yang mengatakan bahwa : “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”.

Uraian di atas juga dikenal asas kebebasan berkontrak, yaitu setiap orang bebas mengadakan perjanjian apa saja, baik yang sudah diatur atau belum diatur dalam undang-undang. Tetapi kebebasan tersebut dibatasi oleh tiga hal yaitu tidak dilarang oleh undang-undang, tidak bertentangan dengan

ketertiban umum, tidak bertentangan dengan kesusilaan.³⁴

Dikarenakan hukum perjanjian itu adalah merupakan peristiwa hukum yang selalu terjadi dalam kehidupan bermasyarakat, sehingga apabila ditinjau dari segi yuridisnya, hukum perjanjian itu tentunya mempunyai perbedaan satu sama lain dalam arti kata bahwa perjanjian yang berlaku dalam masyarakat itu mempunyai coraknya yang tersendiri pula. Corak yang berbeda dalam bentuk perjanjian itu, merupakan bentuk atau jenis dari perjanjian.

Bentuk atau jenis perjanjian tersebut, tidak ada diatur secara terperinci dalam undang-undang, akan tetapi dalam pemakaian hukum perjanjian oleh masyarakat dengan penafsiran pasal dari KUH Perdata terdapat bentuk atau jenis yang berbeda tentunya.

Perbedaan tersebut dapat penulis kelompokkan sebagai berikut:

a. Perjanjian Timbal Balik

Perjanjian timbal balik adalah perjanjian yang memberikan hak dan kewajiban kepada kedua belah pihak. Misalnya : jual beli, sewa-menyewa. Dari contoh ini, penulis menguraikan tentang apa itu jual beli.

Jual-beli itu adalah suatu perjanjian bertimbal-balik dimana pihak yang satu (si penjual) berjanji untuk menyerahkan hak milik atas suatu barang, sedang pihak lainnya (pembeli) berjanji untuk membayar harga, yang terdiri atas sejumlah uang sebagai imbalan dari perolehan hak milik tersebut .

Dari sebutan jual-beli ini tercermin kepada kita memperlihatkan dari satu pihak perbuatan dinamakan menjual, sedangkan di pihak lain

³⁴ Abdulkadir Muhammad. *Op.Cit*, hal. 225.

dinamakan pembeli. Dua perkataan bertimbal balik itu, adalah sesuai dengan istilah Belanda *Koop en verkoop* yang mengandung pengertian bahwa, pihak yang satu *Verkoop* (menjual), sedangkan *koop* adalah membeli.³⁵

b. Perjanjian Sepihak

Perjanjian sepihak merupakan kebalikan dari pada perjanjian timbal balik. Perjanjian sepihak adalah perjanjian yang memberikan kewajiban kepada satu pihak dan hak kepada pihak lainnya. Contohnya: Perjanjian hibah.

Pasal 1666 KUH Perdata memberikan suatu pengertian bahwa penghibahan adalah suatu perjanjian dengan mana si penghibah, di waktu hidupnya dengan cuma-cuma, dan dengan tidak dapat ditarik kembali menyerahkan suatu barang, guna keperluan si penerima hibah yang menerima penyerahan itu. Perjanjian ini juga selalu disebut dengan perjanjian cuma-cuma.

Menjadi kriteria perjanjian ini adalah kewajiban berprestasi kedua belah pihak atau salah satu pihak. Prestasi biasanya berupa benda berwujud berupa hak, misalnya hak untuk menghuni rumah .

c. Perjanjian cuma-cuma dan perjanjian dengan alasan hak yang membebani

Perjanjian cuma-cuma atau percuma adalah perjanjian yang hanya memberi keuntungan pada satu pihak, misalnya: Perjanjian pinjam pakai. Pasal 1740 KUH Perdata menyebutkan bahwa : Pinjam pakai adalah suatu perjanjian

³⁵ R. Subekti, *Aneka Perjanjian*, (Bandung: Alumni, 1992), hal. 2.

dengan mana pihak yang satu memberikan suatu barang kepada pihak yang lainnya, untuk dipakai dengan cuma-cuma dengan syarat bahwa yang menerima barang ini setelah memakainya atau setelah lewatnya waktu tertentu, akan mengembalikannya kembali.

Sedangkan perjanjian atas beban atau alas hak yang membebani, adalah suatu perjanjian dalam mana terhadap prestasi ini dari pihak yang satu selalu terdapat kontra prestasi dari pihak lainnya, dan antara kedua prestasi ini ada hubungannya menurut hukum. Kontra prestasinya dapat berupa kewajiban pihak lain, tetapi juga pemenuhan suatu syarat potestatif (imbalan). Misalnya A menyanggupi memberikan kepada B sejumlah uang, jika B menyerah lepaskan suatu barang tertentu kepada A .

d. Perjanjian bernama dan perjanjian tidak bernama

Perjanjian bernama adalah perjanjian yang mempunyai nama sendiri, maksudnya bahwa perjanjian itu memang ada diatur dan diberi nama oleh undang-undang. Misalnya jual-beli ; sewa-menyewa; perjanjian pertanggunganan; pinjam pakai dan lain-lain. Sedangkan perjanjian tidak bernama adalah merupakan suatu perjanjian yang munculnya berdasarkan praktek sehari-hari. Contohnya: Perjanjian sewa-beli. Jumlah dari perjanjian ini tidak terbatas banyaknya.

Lahirnya perjanjian ini dalam praktek adalah berdasarkan adanya suatu azas kebebasan berkontrak, untuk mengadakan suatu perjanjian atau yang lebih dikenal *Party Otonomie*, yang berlaku di dalam hukum perikatan.

Contohnya: A ingin membeli barang B, tetapi A tidak mempunyai uang sekaligus, dalam hal ini B si empunya barang mengizinkan A untuk mempergunakan barang tersebut sebagai penyewa, dan apabila dikemudian hari A mempunyai uang, A diberi kesempatan oleh B (si empunya barang) untuk membeli lebih dahulu barang tersebut. Perjanjian sewa beli itu adalah merupakan ciptaan yang terjadi dalam praktek .

Hal di atas tersebut, memang diizinkan oleh undang-undang sesuai dengan azas kebebasan berkontrak yang tercantum di dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata. Bentuk perjanjian sewa beli ini adalah suatu bentuk perjanjian jual-beli akan tetapi di lain pihak ia juga hampir berbentuk suatu perjanjian sewa-menyewa.

Meskipun ia merupakan campuran atau gabungan daripada perjanjian jual beli dengan suatu perjanjian sewa menyewa, tetapi ia lebih condong dikemukakan semacam sewa menyewa.

e. Perjanjian Kebendaan dan Perjanjian *Obligatoir*

Perjanjian kebendaan adalah perjanjian untuk memindahkan hak milik dalam perjanjian jual beli. Perjanjian kebendaan ini sebagai pelaksanaan perjanjian *obligatoir*.

Perjanjian *obligator* adalah perjanjian yang menimbulkan perikatan, artinya sejak terjadinya perjanjian timbullah hak dan kewajiban pihak-pihak.

Berpindahnya hak milik atas sesuatu yang diperjual belikan masih dibutuhkan suatu lembaga, yaitu lembaga penyerahan. Pentingnya perbedaan

antara perjanjian kebendaan dengan perjanjian *obligatoir* adalah untuk mengetahui sejauh mana dalam suatu perjanjian itu telah adanya suatu penyerahan sebagai realisasi perjanjian, dan apakah perjanjian itu sah menurut hukum atau tidak.

Objek dari perjanjian *obligatoir* adalah : Dapat benda bergerak dan dapat pula benda tidak bergerak, karena perjanjian *obligatoir* merupakan perjanjian yang akan menimbulkan hak dan kewajiban antara pihak-pihak yang membuat perjanjian tersebut. Maksudnya bahwa sejak adanya perjanjian, timbullah hak dan kewajiban mengadakan sesuatu.

f. Perjanjian Konsensual dan Perjanjian Real

Perjanjian konsensual adalah perjanjian yang timbul karena adanya perjanjian kehendak antara pihak-pihak. Perjanjian real adalah perjanjian disamping adanya perjanjian kehendak juga sekaligus harus ada penyerahan nyata atas barangnya, misalnya jual beli barang bergerak perjanjian penitipan, pinjam pakai. Salah satu contoh uraian diatas yaitu: “Perjanjian penitipan barang, yang tercantum dalam Pasal 1694 KUH Perdata, yang memberikan seseorang menerima suatu barang dari orang lain, dengan syarat bahwa ia akan menyimpannya dan mengembalikannya dalam wujud asalnya”.³⁶

Uraian di atas tergambar bahwa perjanjian penitipan merupakan suatu perjanjian real, jadi bukan suatu perjanjian yang baru tercipta dengan adanya suatu penyerahan yang nyata yaitu memberikan barang yang dititipkan.

³⁶ *Ibid.*, hal. 107.

B. Syarat Sah Perjanjian

Suatu perjanjian dapat dikatakan suatu perjanjian yang sah apabila memenuhi syarat-syarat tertentu, sehingga perjanjian itu dapat dilakukan dan diberi akibat hukum (*legally concluded contract*). Berdasarkan pada ketentuan Pasal 1320 KUHPerdara, syarat-syarat sah suatu perjanjian adalah:³⁷

- a. Kesepakatan kehendak antara pihak-pihak yang membuat perjanjian (*consensus*).
- b. Kecakapan untuk membuat perjanjian (*capacity*). Pada dasarnya setiap orang yang sudah dewasa atau akhil balik dan sehat pikirannya (sehat menurut hukum atau telah berumur 21).
- c. Suatu hal tertentu (*a certain subject matter*), artinya apa yang diperjanjikan hak-hak dan kewajiban-kewajiban kedua belah pihak jika timbul suatu perselisihan.
- d. Suatu sebab yang halal (*legal cause*), artinya menyangkut isi perjanjian itu sendiri.

Sedangkan syarat sah umum di luar Pasal 1338 dan 1339 KUH Perdata yang terdiri dari:

- a. Syarat itikad baik,
- b. Syarat sesuai dengan kebiasaan,
- c. Syarat sesuai dengan kepatuhan,
- d. Syarat sesuai dengan kepentingan umum.

³⁷ R. Subekti, *Hukum Perjanjian, Op.Cit*, hal 17.

Untuk syarat sah yang khusus yang dikemukakan oleh Munir Fuady terdiri dari:³⁸

- a. Syarat tertulis untuk kontrak-kontrak tertentu,
- b. Syarat akta notaris untuk kontrak-kontrak tertentu,
- c. Syarat akta pejabat tertentu (yang bukan notaris) untuk kontrak-kontrak tertentu,
- d. Syarat izin dari yang berwenang.

Menurut Mariam Darus Badruzaman:

Syarat sahnya perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata dapat dibedakan syarat subjektif, dan syarat objektif. dalam hal ini kita harus dapat membedakan antara syarat subjektif dengan syarat objektif. Syarat subjektif adalah kedua syarat yang pertama, sedangkan syarat objektif kedua syarat yang terakhir.³⁹

Sedangkan Saliman menjelaskan tafsiran atas Pasal 1320 KUH Perdata yaitu:⁴⁰

1. Syarat subjektif, syarat ini apabila dilanggar maka kontrak dapat dibatalkan, meliputi :
 - a. Kecakapan untuk membuat kontrak (dewasa dan tidak sakit ingatan)
 - b. Kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya.
2. Syarat objektif, syarat ini apabila dilanggar maka kontraknya batal demi hukum meliputi :
 - a. Suatu hal (objek) tertentu
 - b. Sesuatu sebab yang halal (kausa).

³⁸ Munir Fuady, *Op.Cit*, hal. 34.

³⁹ Mariam Darus Badruzaman, *KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasannya*, (Bandung: Alumni, 1993), hal. 98.

⁴⁰ Abdul R. Saliman, et. al. *Esensi Hukum Bisnis Indonesia, Teori dan Contoh Kasus*, (Jakarta: Prenada, 2004), hal. 12-13.

Perjanjian atau kesepakatan dari masing-masing pihak itu harus dinyatakan dengan tegas, bukan diam-diam. Perjanjian itu juga harus diberikan bebas dari pengaruh atau tekanan yaitu paksaan. Suatu kesepakatan dikatakan mengandung cacat, apabila kehendak-kehendak itu mendapat pengaruh dari luar sedemikian rupa, sehingga dapat mempengaruhi pihak-pihak bersangkutan dalam memberikan kata sepakatnya.

Misalnya karena ditodong, dipaksa atau karena kekeliruan mengenai suatu sifat dari pada benda yang diperjanjikan dan dapat pula karena penipuan. Pendek kata ada hal-hal yang luar biasa yang mengakibatkan salah satu pihak dalam perjanjian tersebut telah memberikan perizinannya atau kata sepakatnya secara tidak bebas dengan akibat perizinan mana menjadi pincang tidak sempurna.⁴¹

Perjanjian yang diadakan dengan kata sepakat yang cacat itu dianggap tidak mempunyai nilai. Lain halnya dalam suatu paksaan yang bersifat relatif, dimana orang yang dipaksa itu masih ada kesempatan apakah ia akan mengikuti kemauan orang yang memaksa atau menolaknya, sehingga kalau tidak ada perjanjian dari orang yang dipaksa itu maka jelas bahwa perjanjian yang telah diberikan itu adalah perjanjian yang tidak sempurna, yaitu tidak memenuhi syarat-syarat yang ditentukan dalam Pasal 1320 KUH Perdata.

Paksaan seperti inilah yang dimaksudkan undang-undang dapat dipergunakan sebagai alasan untuk menuntut batalnya perjanjian, yaitu suatu paksaan yang membuat perjanjian atau perizinan diberikan, tetapi secara tidak benar.

⁴¹ Mariam Darus Badruzaman, *KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasannya, Op.Cit*, hal. 23.

Tentang halnya kekeliruan atau kesilapan undang-undang tidak memberikan penjelasan ataupun pengertian lebih lanjut tentang apa yang dimaksud dengan kekeliruan tersebut. Untuk itu penulis harus melihat pendapat doktrin yang mana telah memberikan pengertian terhadap kekeliruan itu, terhadap sifat-sifat pokok yang terpenting dari obyek perjanjian itu. Dengan perkataan lain bahwa kekeliruan itu terhadap unsur pokok dari barang-barang yang diperjanjikan yang apabila diketahui atau seandainya orang itu tidak silap mengenai hal-hal tersebut perjanjian itu tidak akan diadakan. Jadi sifat pokok dari barang yang diperjanjikan itu adalah merupakan motif yang mendorong pihak-pihak yang bersangkutan untuk mengadakan perjanjian.

Sesuatu kekeliruan atau kesilapan untuk dapat dijadikan alasan guna menuntut pembatalan perjanjian maka haruslah dipenuhi persyaratan bahwa barang-barang yang menjadi pokok perjanjian itu dibuat, sedangkan sebagai pembatasan yang kedua dikemukakan oleh doktrin adalah adanya alasan yang cukup menduga adanya kekeliruan atau dengan kata lain bahwa kesilapan itu harus diketahui oleh lawan, atau paling sedikit pihak lawan itu sepatutnya harus mengetahui bahwa ia sedang berhadapan dengan seseorang yang silap.

Misalnya si penjual lukisan harus mengetahui bahwa si pembelinya mengira bahwa lukisan itu adalah buah tangan asli dari Basuki Abdullah dan ia memberikan pembeli itu dalam kesilapannya. Atau dalam hal penyanyi yang mengetahui bahwa sang Direktur Operasi itu secara silap telah mengadakan kontrak dengan penyanyi kesohor yang sama namanya.⁴²

⁴² *Ibid*, hal. 24.

Kekeliruan atau kesilapan sebagaimana yang dikemukakan diatas adalah kekeliruan terhadap orang yang dimaksudkan dalam perjanjian. Jadi orang itu mengadakan perjanjian justru karena ia mengira bahwa penyanyi tersebut adalah orang yang dimaksudkannya. Dalam halnya ada unsur penipuan pada perjanjian yang dibuat, maka pada salah satu pihak terdapat gambaran yang sebenarnya mengenai sifat-sifat pokok barang-barang yang diperjanjikan, gambaran dengan sengaja diberikan oleh pihak lawannya. Dalam hal penipuan inipun dapat pula diajukan sanksi atas dasar perbuatan melawan hukum atau sebagaimana diatur Pasal 1365 KUH Perdata.

Perihal adanya penipuan itu harus dibuktikan, demikian hal tersebut ditegaskan dalam Pasal 1328 ayat 1 KUH Perdata. Yuriprudensi dalam hal penipuan ini menerangkan bahwa untuk dapat dikatakan adanya suatu penipuan atau tipu muslihat tidak cukup kalau seseorang itu hanya melakukan kebohongan mengenai suatu hal saja, paling sedikit harus ada sesuatu rangkaian kebohongan. Karena muslihat itu, pihak yang tertipu terjerumus pada gambaran yang keliru dan membawa kerugian kepadanya. Syarat kedua untuk sahnya suatu perjanjian adalah, kecakapan para pihak. Untuk hal ini penulis kemukakan Pasal 1329 KUH Perdata, dimana kecakapan itu dapat kita bedakan:

1. Secara umum dinyatakan tidak cakap untuk mengadakan perjanjian secara sah.
2. Secara khusus dinyatakan bahwa seseorang dinyatakan tidak cakap untuk

mengadakan perjanjian tertentu, misalnya Pasal 1601 KUH Perdata yang menyatakan batalnya suatu perjanjian perburuhan apabila diadakan antara suami isteri.

Sedangkan perihal ketidak cakapan pada umumnya itu disebutkan bahwa orang-orang yang tidak cakap sebagaimana yang diuraikan oleh Pasal 1330 KUH Perdata ada tiga, yaitu :

1. Anak-anak atau orang yang belum dewasa
2. Orang-orang yang ditaruh di bawah pengampunan
3. Wanita yang bersuami.

Ketidak cakapan ini juga ditentukan oleh undang-undang demi kepentingan *curatele* atau orang yang ditaruh di bawah pengampunan itu sendiri. Menurut pasal 1330 KUH Perdata diatas wanita bersuami pada umumnya adalah tidak cakap untuk bertindak dalam hukum, kecuali kalau ditentukan lain oleh undang-undang. Ia bertindak dalam lalu lintas hukum harus dibantu atau mendapat izin dari suaminya.

Hal ini mengingat bahwa kekuasaan sebagai kepala rumah tangga adalah besar sekali, seperti yang kita kenal dengan istilah *maritale macht*. Walau, demikian, melihat kemajuan zaman, dimana kaum wanita telah berjuang membela haknya yang kita kenal dengan emansipasi, kiranya sudah tepatlah kebijaksanaan Mahkamah Agung yang dengan Surat Edarannya No. 3 Tahun 1963 tanggal 4 Agustus 1963 telah menganggap Pasal 108 dan Pasal 110 KUH Perdata tentang wewenang seorang isteri untuk melakukan

perbuatan hukum dan untuk menghadap di depan pengadilan tanpa izin atau bantuan dari suaminya sudah tidak berlaku lagi.

Dalam halnya perjanjian-perjanjian yang dibuat mereka yang tergolong tidak cakap ini, pembatalan perjanjian hanya dapat dilakukan oleh mereka yang dianggap tidak cakap itu sendiri, sebab undang-undang beranggapan bahwa perjanjian ini dibatalkan secara sepihak, yaitu oleh pihak yang tidak cakap itu sendiri, akan tetapi apabila pihak yang tidak cakap itu mengadakan bahwa perjanjian itu berlaku penuh baginya, akan konsekwensinya adalah segala akibat dari perjanjian yang dilakukan oleh mereka yang tidak cakap dalam arti tidak berhak atau tidak berkuasa adalah bahwa pembatalannya hanya dapat dimintakan oleh pihak-pihak yang merasa dirugikan.

Pembatalan terhadap orang-orang tertentu dalam hal kecakapan membuat suatu perjanjian sebagaimana dikemukakan Pasal 1330 KUH Perdata tersebut, kiranya dapat kita mengingat bahwa sifat dari peraturan hukum sendiri pada hakekatnya selalu mengejar dua tujuan yaitu rasa keadilan di satu pihak dan ketertiban hukum dalam masyarakat di pihak lain. Maka demikianlah bilamana dari sudut tujuan hukum yang pertama ialah mengejar rasa keadilan memang wajarlah apabila orang yang membuat suatu perjanjian dan nantinya terikat oleh perjanjian itu harus pula mempunyai cukup kemampuan untuk menginsyapi akan tanggung-jawab yang harus dipikulkan dan tujuan yang satu inilah akan sulit diharapkan apabila orang-orang yang merupakan pihak dalam suatu perjanjian itu adalah orang-orang di bawah

umur atau orang sakit ingatan atau pikiran yang pada umumnya dapat dikatakan sebagai belum atau tidak dapat menginsyapi apa sesungguhnya tanggung-jawab itu.

Pembatasan termaksud di atas itu kiranya sesuai apabila dipandang dari sudut tujuan hukum dalam masyarakat, yaitu mengejar ketertiban hukum dalam masyarakat, dimana seseorang yang membuat perjanjian itu pada dasarnya berarti juga mempertaruhkan harta kekayaannya. Maka adalah logis apabila orang-orang yang dapat berbuat itu adalah harus orang-orang yang sungguh-sungguh berhak berbuat bebas terhadap harta kekayaannya itu. Dimana kenyataan yang demikian itu tidaklah terdapat dalam arti orang-orang yang sungguh tidak ditaruh di bawah pengampuan atau orang-orang yang tidak sehat pikirannya, karena sebab-sebab lainnya ataupun pada diri orang-orang yang masih di bawah umur.

Selanjutnya syarat yang ketiga untuk sahnya satu perikatan adalah adanya hal tertentu yang diperjanjikan maka ini berarti bahwa apa yang diperjanjikan harus cukup jelas dalam arti barang atau benda yang dimaksudkan dalam perjanjian paling sedikit harus ditentukan jenisnya (Pasal 1333 ayat (1) KUH Perdata) dengan pengertian bahwa jumlahnya barang tidak menjadi syarat, asal saja kemudian dapat dihitung atau ditetapkan.

Syarat yang ketiga ini menjadi penting, terutama dalam hal terjadi perselisihan di antara kedua belah pihak, guna dapat menetapkan apa-apa saja yang menjadi hak dan kewajiban dari pada pihak-pihak dalam perjanjian yang

mereka buat itu. “Jika prestasi itu kabur, sehingga perjanjian itu tidak dapat dilaksanakan , maka dianggap tidak ada obyek perjanjian. Akibat tidak dipenuhi syarat ini, perjanjian itu batal demi hukum (*voidneiting*)”.⁴³

Akhirnya selalu syarat untuk sahnya suatu perjanjian itu, Pasal 1320 KUH Perdata menyebutkan sebagai syarat ke-empat ialah adanya suatu sebab yang halal. Dengan sebab ini dimaksudkan tiada lain dari pada isi perjanjian itu sendiri. Atau seperti dikemukakan R. Wirjono Prodjodikoro, yaitu: “Azas-azas hukum perjanjian, bahwa dengan pengertian causa adalah bukan hal yang mengakibatkan hal sesuatu keadaan belaka. Selanjutnya beliau mengatakan dalam pandangan saya, causa dalam hukum perjanjian adalah isi dan tujuan suatu persetujuan, yang menyebabkan adanya perjanjian itu”.⁴⁴

Selaku suatu causa dalam perjanjian, haruslah berupa causa yang halal, dalam arti bahwa isi perjanjian itu harus bukan sesuatu hal yang terlarang. Sebagai contoh dari suatu perjanjian yang mengandung causa yang terlarang, adalah si penjual hanya bersedia menjual pisaunya kalau si pembeli membunuh orang.⁴⁵

Sehubungan dengan perbedaan syarat-syarat untuk sahnya suatu perjanjian telah penulis kemukakan terlebih dahulu, yaitu syarat obyektif dan syarat subyektif, maka apabila syarat obyektif tersebut tidak dipenuhi, perjanjian itu dapat dikatakan batal demi hukum. Sedangkan dalam hal syarat

⁴³ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, (Bandung: Alumni, 2000), hal. 94.

⁴⁴ Wirjono Prodjodikoro, *Op.Cit*, hal. 36.

⁴⁵ R. Subekti, *Op.Cit*, hal. 20.

subyektif yang tidak dipenuhi, maka terhadap perjanjian yang demikian itu salah satu pihak mempunyai hak untuk menuntut perjanjian yang telah dibuat menjadi batal. Dengan perkataan lain, bahwa bila syarat subyektif tidak dipenuhi maka dapat dituntut pembatalannya, sedangkan bila syarat subyektif yang tidak dipenuhi, maka perjanjian itu batal demi hukum.

C. Perjanjian Pemborongan Kerja

Sebagai bentuk perjanjian tertentu, maka perjanjian pemborongan tidak terlepas dari ketentuan-ketentuan umum perjanjian yang diatur dalam title I sampai dengan IV Buku III KUH Perdata. Dalam Buku III KUH Perdata, diatur mengenai ketentuan-ketentuan umum yang berlaku terhadap semua perjanjian yaitu perjanjian-perjanjian yang diatur dalam KUH Perdata maupun jenis perjanjian baru yang belum ada aturannya dalam Undang-undang.

Sebagai dasar perjanjian pemborongan bangunan KUHPerdata mengatur dalam Pasal 1601 butir (b) yang berbunyi: “Pemborongan pekerjaan adalah perjanjian, dengan mana pihak yang satu, sipemborong, mengikatkan diri untuk menyelenggarakan suatu pekerjaan bagi pihak yang lain, pihak yang memborongkan, dengan menerima suatu harga yang ditentukan”.

Menurut Subekti, pemborongan pekerjaan (*aanneming van werk*) ialah suatu perjanjian, dimana satu pihak menyanggupi untuk keperluan pihak lainnya, melakukan suatu pekerjaan tertentu dengan pembayaran upah yang

ditentukan pula.⁴⁶

Pemborongan pekerjaan merupakan persetujuan antara kedua belah pihak yang menghendaki hasil dari suatu pekerjaan yang disanggupi oleh pihak lainnya, atas pembayaran sejumlah uang sebagai harga hasil pekerjaan. Disini tidaklah penting bagi pihak yang memborongkan pekerjaan bagaimana pihak yang memborong pekerjaan mengerjakannya, karena yang dikehendaki adalah hasil dari pekerjaan tersebut, yang akan diserahkan kepadanya dalam keadaan baik (mutu dan kualitas/kwantitas) dalam jangka waktu yang telah ditentukan dalam perjanjian.

Perjanjian pemborongan bangunan dapat dilaksanakan secara tertutup, yaitu antar pemberi tugas dan kontraktor atau terbuka yaitu melalui pelelangan umum atau tender. Lain halnya dengan pemborongan bangunan milik pemerintah dimana harus diadakan pelelangan. Kontrak kerja bangunan dapat dibedakan dalam 2 jenis yaitu:

1. Kontraktor hanya melakukan pekerjaan saja, sedangkan bahan-bahannya disediakan oleh pemberi tugas.
2. Kontraktor melakukan pekerjaan dan juga menyediakan bahan-bahan bangunan.

Dalam hal kontraktor hanya melakukan pekerjaan saja, jika barangnya musnah sebelum pekerjaan diserahkan, maka ia bertanggung jawab dan tidak dapat menuntut harga yang diperjanjikan kecuali musnahnya barang itu karena suatu cacat yang terdapat di dalam bahan yang disediakan oleh pemberi tugas

⁴⁶ R. Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, (Bandung: PT. Intermasa, 1987), hal 174.

sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1606 dan 1607 KUH Perdata. Menurut Subekti, Undang– Undang Membagi perjanjian untuk melakukan pekerjaan dalam tiga macam yaitu:

1. Perjanjian untuk melakukan jasa-jasa tertentu:
Adalah perjanjian dimana satu pihak menghendaki dari pihak lainnya dilakukan suatu pekerjaan untuk mencapai tujuan, untuk mana ia bersedia membayar upah, sedangkan apa yang akan dilakukan untuk mencapai tujuan tersebut sama sekali tergantung pada pihak lainnya.
2. Perjanjian kerja/perburuhan
Adalah perjanjian dimana pihak yang satu, si buruh mengikatkan dirinya untuk dibawah perintah pihak yang lainnya yaitu si majikan, untuk suatu waktu tertentu, melakukan pekerjaan dengan menerima upah.
3. Perjanjian pemborongan pekerjaan
Adalah perjanjian dimana pihak yang satu, si pemborong mengikatkan diri untuk menyelenggarakan suatu pekerjaan bagi pihak yang memborongkan dengan menerima suatu harga yang ditentukan.⁴⁷

Dilihat dari obyeknya, perjanjian pemborongan bangunan mirip dengan perjanjian lain yaitu perjanjian kerja dan perjanjian melakukan jasa, yaitu sama-sama menyebutkan bahwa pihak yang satu menyetujui untuk melaksanakan pekerjaan pihak lain dengan pembayaran tertentu. Perbedaannya satu dengan yang lainnya ialah bahwa pada perjanjian kerja terdapat hubungan kedinasan atau kekuasaan antara buruh dengan majikan. Pada pemborongan bangunan dan perjanjian melakukan jasa tidak ada hubungan semacam itu, melainkan melaksanakan pekerjaan yang tugasnya secara mandiri.⁴⁸

⁴⁷ R. Subekti, *Aneka Perjanjian, Op.Cit*, hal 57

⁴⁸ Sri Soedewi Masjchun Sofwan. *Hukum Bangunan, Perjanjian Pemborongan Bangunan*, (Yogyakarta: Liberty, 1982), hal 52

Ketentuan pemborongan pada umumnya diatur dalam Pasal 1601 sampai dengan Pasal 1617 KUH Perdata. Perjanjian pemborongan bangunan juga memperhatikan berlakunya ketentuan-ketentuan perjanjian untuk melakukan pekerjaan, khususnya bagi bangunan yang diatur dalam KUH Perdata yang berlaku sebagai hukum pelengkap peraturan tersebut pada umumnya mengatur tentang hak-hak dan kewajiban pemborong yang harus diperhatikan baik pada pelaksanaan perjanjian, dan berakhirnya perjanjian.

Pemborong bertanggungjawab dalam jangka waktu tertentu, pada masa ini pemborong wajib melakukan perbaikan jika terbukti adanya cacat ataupun kegagalan bangunan. Dalam prakteknya pemborong bertanggungjawab sampai masa pemeliharaan sesuai dengan yang tertulis dikontrak.

Menurut Pasal 25 ayat (2) Undang-Undang Nomor 18 tahun 1999 Tentang Jasa Konstruksi: kegagalan bangunan yang menjadi tanggung jawab penyedia jasa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditentukan terhitung sejak penyerahan akhir pekerjaan konstruksi dan paling lama 10 (sepuluh) tahun.

D. Pengertian Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah

Pengertian barang dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah adalah benda dalam berbagai bentuk dan uraian yang meliputi bahan baku, bahan setengah jadi, barang jadi/peralatan, yang spesifikasinya ditetapkan oleh pengguna barang. Sedangkan jasa adalah layanan pekerjaan pelaksanaan kegiatan sesuai keahlian profesional dalam berbagai bidang untuk mencapai

sasaran tertentu yang keluarannya telah disusun secara sistematis berdasarkan kerangka acuan kerja yang telah ditetapkan, misalnya konstruksi, konsultasi, pengawasan dan lain-lain.

Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah adalah kegiatan pengadaan barang dan jasa yang dibiayai dengan dana yang bersumber dari Anggaran Pendapatan dan Belanja negara (APBN) dan atau Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD), baik yang dilaksanakan secara swakelola maupun oleh penyedia barang dan jasa. Menurut pengertian tersebut ada 2 (dua) unsur penting yang terlibat dalam kegiatan pengadaan barang dan jasa pemerintah, baik perorangan maupun lembaga, yaitu: pengguna anggaran; dan penyedia barang/jasa.

Pasal 1 angka 1 Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 70 Tahun 2012 Tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, menyebutkan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah yang selanjutnya disebut dengan Pengadaan Barang/Jasa adalah kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa oleh Kementerian/Lembaga/Satuan Kerja Perangkat Daerah/Institusi yang prosesnya dimulai dari perencanaan kebutuhan sampai diselesaikannya seluruh kegiatan untuk memperoleh Barang/Jasa.

Undang-undang Nomor 1 tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara Pasal 1 angka 12 menyebutkan; Pengguna anggaran adalah pejabat pemegang kewenangan penggunaan anggaran kementerian negara/lembaga/satuan kerja

perangkat daerah. Kemudian dalam pasal 4 undang-undang tersebut di jelaskan bahwa Menteri/pimpinan lembaga adalah Pengguna anggaran bagi kementerian negara/lembaga yang dipimpinnya dan dapat menunjuk Kuasa Pengguna Anggaran di kementerian/lembaga yang dipimpinnya.

Penyedia barang dan jasa merupakan badan usaha atau orang perseorangan yang kegiatan usahanya menyediakan barang dan atau layanan jasa. Dalam pengadaan barang dan jasa pemerintah, Pengguna Anggaran atau Kuasa Pengguna Anggaran sebagaimana disebutkan di atas, mengangkat Pejabat Pembuat Komitmen (PPK) yang bertanggung jawab dalam melaksanakan proses pengadaan barang dan jasa.

Prinsip-prinsip pokok pengadaan barang dan jasa pemerintah adalah pengadaan dilakukan dengan transparan, persaingan yang sehat dan terbuka, serta penggunaan prinsip efektivitas dan efisiensi. Semua pihak yang terkait dalam penyelenggaraan pengadaan barang dan jasa harus mematuhi etika (*code of conduct*) pengadaan nasional.

Selanjutnya untuk menjamin keterpaduan dalam hirarki peraturan perundangundangan, maka pengadaan barang/jasa pemerintah yang dibiayai dari dana APBN, apabila ditindak lanjuti dengan Keputusan Menteri, Pemimpin Lembaga, Panglima TNI, Kepala Polri, Direksi BI, Pemimpin BHMN, Direksi BUMN dan Peraturan Daerah, Keputusan Kepala Daerah yang mengatur pengadaan barang pemerintah yang dibiayai dari dana APBD, harus tetap berpedoman serta tidak boleh bertentangan dengan ketentuan

Peraturan Presiden Nomor 70 Tahun 2012 Tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Penerapan prinsip tata pemerintahan yang baik dalam pedoman pengadaan barang dan jasa pemerintah merupakan prioritas yang harus dilakukan mengingat proses pengadaan pemerintah berpeluang mengakibatkan kerugian pada keuangan negara. Selain itu dampak negatif lainnya dari sistem pengadaan yang buruk adalah kualitas barang dan jasa yang rendah, Proses ini juga menghambat munculnya minat usaha dan merusak sistem insentif untuk mendorong efisiensi nasional.

Komitmen Pemerintah untuk membenahi sistem pengadaan barang dan jasa ini dimulai tahun 2001, dan selanjutnya pada tahun 2003 Pemerintah mengeluarkan kebijakan pengadaan yang mengaktualisasikan prinsip-prinsip *good governance*. Selain itu beberapa kebijakan pemerintah yang terkait dengan perbaikan sistem pengadaan adalah:⁴⁹

- a. Tatacara pengumuman lelang terbuka dilakukan melalui Surat Kabar Nasional untuk mendorong kompetisi;
- b. Sertifikasi ahli pengadaan barang dan jasa pemerintah;
- c. Penerapan sistem *E-Government Procurement*;
- d. Penyusunan dokumen standar pelelangan dan kontrak;
- e. Pembentukan Lembaga Pengembangan Kebijakan Pengadaan Pemerintah,

⁴⁹ Bappenas. Makalah “Perbaikan Sistem Pengadaan Barang dan Jasa di Indonesia”, disampaikan pada Seminar Pengadaan barang dan jasa nasional. (Jakarta: Bappenas, 2006), hal. 4.

dengan tugas dan fungsi untuk pengembangan kebijakan pengadaan barang dan jasa pemerintah termasuk mengkaji ulang semua prosedur dan standar pengadaan nasional;

- f. Peningkatan kapasitas pengadaan di tingkat lokal dengan standarisasi pengadaan nasional dan menghilangkan regulasi yang tidak konsisten;
- g. Peningkatan Sertifikasi Ahli Pengadaan;
- h. Pembentukan Sistem insentif dan sistem karier bagi petugas pengadaan.
- i. Pembangunan Sistem pengawasan internal dan eksternal;
- j. Penetapan *Code Of Conduct* dan kode etik bagi semua pegawai negeri khususnya Pejabat Negara.

Selain itu untuk memahami masalah yang berkaitan dengan hukum, maka hukum dapat jelaskan hukum sebagai suatu sistem. Hukum sebagai sistem memiliki pengertian dasar yang terkandung dalam sistem tersebut, dan merupakan karakteristik dari sistem sebagai suatu bangunan yaitu:⁵⁰

- a. Merupakan sesuatu yang bertujuan, suatu sistem berorientasi pada tujuan tertentu.
- b. Merupakan keseluruhan, keseluruhan merupakan suatu kategori pengertian tersendiri yang lebih besar dari sekedar jumlah bagian-bagiannya;
- c. Keterbukaan, suatu sistem selalu berinteraksi dengan suatu sistem yang lebih besar yaitu lingkungannya;

⁵⁰ Satjipto Rahardjo, 1986, *Hukum dan Masyarakat*, Bandung: Angkasa, hal. 89

- d. Ada transformasi, bekerjanya bagian-bagian dari sistem tersebut secara bersama-sama menghasilkan sesuatu yang berharga;
- e. Saling keterhubungan satu sama lain, masing-masing bagian harus sesuai satu sama lain dan;
- f. Mekanisme control, terdapat suatu kekuatan yang menyatukan yaitu mempertahankan berdirinya bangunan atau sistem tersebut.

Pada dasarnya suatu sistem hukum adalah suatu struktur formal, yaitu struktur formal dari kaidah-kaidah hukum yang berlaku dan asas-asas yang mendasarinya, sehingga meliputi struktur formal maupun substansinya. Dalam menjalankan fungsinya untuk mencapai tujuan yang dikehendaki secara efektif hukum harus dilihat sebagai sub sistem dari sistem yang besar yaitu masyarakat dan lingkungannya. Pengertian hukum sebagai suatu sistem hukum antara lain dikemukakan oleh Lawrence M Friedman, menurutnya hukum merupakan gabungan antara komponen struktur, substansi dan kultur.⁵¹

- a. Struktur hukum (*legal culture*), yaitu bagian-bagian yang bergerak di dalam suatu mekanisme, yang merupakan kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum dan mempunyai fungsi untuk mendukung bekerjanya sistem hukum. Dengan struktur hukum ini dapat dimungkinkannya memberikan pelayanan dan penggarapan secara teratur.
- b. Substansi hukum (*legal substance*), yaitu hasil aktual yang diterbitkan oleh sistem hukum yang berupa norma-norma hukum, baik peraturan-

⁵¹ Esmi Warassih, *Pranata Hukum* (Sebuah Telaah Sosiologis), (Semarang: PT Suryandaru Utama, 2005), hal. 30.

peraturan, keputusan-keputusan yang digunakan oleh para penegak hukum maupun oleh mereka yang diatur.

- c. Budaya hukum (*legal culture*), yaitu berupa ide-ide, sikap, harapan dan pendapat tentang hukum sebagai keseluruhan faktor yang menentukan bagaimana sistem hukum memperoleh tempatnya yang logis dalam kerangka budaya milik masyarakat umum.

Hukum dapat dipandang sebagai suatu sistem hukum yang terdiri dari peraturan-peraturan hukum yang saling terikat, di mana keterikatan tersebut menggambarkan adanya tuntutan etis. Dalam hal ini asas hukum dengan tuntutan etisnya terdapat di luar hukum positif dengan menunjuk pada penilaian etis.⁵²

Selanjutnya, konsep rasionalitas dalam hukum positif menghendaki bahwa semua bahan tersebut dapat disusun dalam suatu pola tertentu, sehingga memungkinkan pelaksanaannya dengan seksama. Pola yang banyak diterapkan adalah secara bertingkat (*hierarkis*) seperti dalam *Stufenbau theory* dari Hans Kelsen yang terdiri dari tingkat aturan yang paling tinggi sampai pada tingkat aturan yang paling rendah. Dengan melalui susunan yang logis seperti itu, maka sistem hukum bisa diterima dan dilaksanakan dengan seksama, karena akan bersesuaian atau sejalan dengan prinsip pikiran kerja manusia.⁵³

⁵² Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Penerbit Angkasa, 1986), hal. 89.

⁵³ Satjipto Rahardjo, "Sumbangan Pemikiran ke Arah Pengusahaan Ilmu Hukum Yang Bersifat Indonesia, (Makalah pada Seminar Pengembangan Ilmu Hukum yang Berkualitas Indonesia) Semarang, 11 Januari 1988.

Pengadaan barang dan jasa pemerintah yang baik adalah suatu sistem pengadaan yang meliputi prosedural yang mampu mengaktualisasikan prinsip-prinsip tata pemerintahan yang baik dan mengikat setiap lembaga yang melakukan pengadaan barang dan jasa pemerintah. Sistem pengadaan yang baik akan mendorong efisiensi dan efektivitas belanja publik sekaligus tata perilaku tiga pilar (pemerintah, swasta dan masyarakat) penyelenggaraan tata pemerintahan yang baik, menjamin terciptanya persaingan sehat, akan menuntut pelaku usaha untuk meningkatkan kompetensinya dalam memproduksi barang dan jasa yang berdaya saing. Interaksi positif kedua pelaku utama (pemerintah dan pihak swasta) pengadaan barang dan jasa akan menghasilkan manfaat yang lebih besar kepada masyarakat luas.

Desentralisasi seharusnya dapat mewujudkan tata kelola pemerintahan yang dalam penyelenggaraan barang dan jasa pada Pemerintah Daerah. Dengan mengurangi dampak negatif dari pengadaan yang sentralistis karena salah satu tujuan dari desentralisasi adalah memastikan agar pengadaan barang dan jasa sesuai dengan kebutuhan lokal. Namun dalam tahapan implementasi, hubungan pengadaan dengan desentralisasi dapat bergerak ke arah yang sebaliknya apabila mekanisme pengawasan tidak berjalan dengan baik dan apabila kapasitas institusi pengadaan pada tingkat lokal masih terbatas.

D. *E-Purchasing*

Proses pengadaan barang dan jasa di pemerintahan saat ini memasuki sebuah babak baru, yaitu dengan mulai diterapkannya pengadaan barang/jasa berbasis elektronik atau *e-procurement*. *E-Procurement* atau lelang secara elektronik adalah proses pengadaan barang/jasa dalam lingkup pemerintah yang menggunakan perangkat teknologi informasi dan komunikasi dalam setiap proses dan langkahnya.⁵⁴

Secara umum, *e-procurement* dapat dilakukan melalui 2 cara, yaitu *e-tendering* dan *e-purchasing*. *E-Tendering* adalah proses pengadaan barang/jasa yang diikuti oleh penyedia barang/jasa secara elektronik melalui cara satu kali penawaran, sedangkan *E-Purchasing* adalah proses pengadaan barang/jasa yang dilakukan melalui katalog elektronik.⁵⁵

E-Tendering sama persis dengan pola pengadaan yang selama ini dilaksanakan secara manual, perbedaannya hanya seluruh tahapan dilaksanakan secara elektronik, sedangkan *E-Purchasing* menggunakan cara yang sama sekali berbeda. Pengguna barang/jasa tinggal memilih barang/jasa yang diinginkan melalui katalog elektronik yang terbuka serta transparan. Katalog ini disusun oleh LKPP melalui sebuah kontrak payung kepada Produsen atau penyedia utama, sehingga harga yang ditawarkan dipastikan jauh lebih rendah dibandingkan harga pasaran

⁵⁴ Khalid Mustafa's, " Pengadaan barang dan jasa di Pemerintahan", Melalui <http://www.khalidmustafa.info/2010/03/08/pengadaan-barang-dan-jasa-di-pemerintahan-bagian-iv-e-procurement-apa-dan-bagaimana.php>, Diakses tanggal 5 Januari 2014.

⁵⁵ *Ibid.*

E-purchasing menurut Pasal 1 angka 5 Peraturan Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah No. 17 Tahun 2012 tentang *E-Purchasing* adalah tata cara pembelian barang/jasa melalui sistem katalog elektronik.

Sistem katalog elektronik memuat informasi teknis dan harga Barang/Jasa yang diselenggarakan dan ditetapkan oleh LKPP dengan cara Kontrak Payung dengan Penyedia Barang/Jasa untuk Barang/Jasa tertentu.

Penerapan *E-Purchasing* dalam hukum perjanjian di Indonesia adalah merupakan perwujudan dari sistem terbukanya hukum perjanjian di Indonesia sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 KUH Perdata yang menyebutkan bahwa segala sesuatu perjanjian yang dibuat adalah sah bagi para pihak yang membuatnya dan berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

Sistem terbuka adalah setiap orang dapat mengadakan perikatan yang bersumber pada perjanjian, perjanjian apapun dan bagaimanapun, baik itu yang diatur dengan undang-undang atau tidak. inilah yang disebut dengan kebebasan berkontrak, dengan syarat kebebasan berkontrak harus halal, dan tidak melanggar hukum, sebagaimana yang telah diatur dalam Undang-undang.⁵⁶

Perjanjian pada dasarnya dibuat dengan kesepakatan-kesepakatan para pihak terhadap maksud dan tujuan yang diinginkan oleh para pihak yang membuat perjanjian tersebut. Dengan dasar bersifat terbukanya hukum

⁵⁶ Munir Fuady, *Op.Cit*, hal. 3.

perjanjian itu maka para pihak bebas untuk mengadakan klausula-klausula yang selama ini tidak ada diatur di dalam KUH Perdata bagi pengikatan perjanjian antara mereka termasuk halnya penerapan *e-purchasing* dalam suatu perjanjian.

E-purchasing diselenggarakan dengan tujuan agar tercipta proses Pemilihan Barang/Jasa secara langsung melalui sistem katalog elektronik (*e-catalogue*) sehingga memungkinkan semua Unit Layanan Pengadaan (ULP)/Pejabat Pengadaan dapat memilih Barang/Jasa pada pilihan terbaik; dan efisiensi biaya dan waktu proses Pemilihan Barang/Jasa dari sisi Penyedia Barang/Jasa dan Pengguna Barang/Jasa. *e-katalogue* adalah sistem informasi elektronik yang memuat daftar, jenis, spesifikasi teknis dan harga barang/jasa tertentu. Pencantuman harga dan spesifikasi teknis suatu barang/jasa berdasarkan kontrak payung antara Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (LKPP) dan Penyedia Barang/Jasa.⁵⁷

⁵⁷ Khalid Mustafa's, *Op.Cit.*