

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Asas-Asas Hukum Perjanjian Secara Umum

Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal: dimana sebagai akibatnya menimbulkan perikatan bagi keduanya untuk pemenuhan suatu prestasi sebagai obyek dari perjanjiannya itu.¹ Perjanjian atau kontrak dibuat karena adanya perbedaan kepentingan diantara para pihak yang berusaha untuk disatukan dengan cara negosiasi untuk mencapai sebuah kesepakatan untuk kepentingan bersama. Urgensi pengaturan kontrak dalam praktik bisnis adalah untuk menjamin pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban) berlangsung secara proporsional bagi para pihak, sehingga dengan demikian terjalin hubungan kontraktual yang adil dan saling menguntungkan.²

Mariam Darus mengemukakan bawah sistem hukum merupakan kumpulan asas-asas hukum yang terpadu.³ Pandangan ini menunjukkan bahwa secara substansif asas hukum perjanjian adalah suatu pikiran mendasar tentang kebenaran

¹ Djohari Santoso, dan Achmad Ali, *Hukum Perjanjian Indonesia*, Perpustakaan Fak. Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 1989, hlm. 45.

² Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 6.

³ Ratna Artha Windari, *Hukum Perjanjian*, Cet. Pertama, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2014, hlm. 8.

(*waarheid, truth*) untuk menopang norma hukum dan menjadi elemen yuridis dari suatu sistem hukum perjanjian.⁴

Didalam perjanjian memiliki 4 asas secara umum yang harus dimengerti dalam membuat suatu perjanjian :

1. Asas Konsensualisme

Asas konsensualisme terkandung di dalam ketentuan Pasal 1320 ayat (1) KUHPerdara, yang menyatakan bahwa suatu perjanjian sah jika terdapat kesepakatan diantara para pihak yang nantinya akan mengikat para pihak. Berdasarkan asas konsensualisme itu, dianut paham bahwa sumber kewajiban kontraktual adalah bertemunya kehendak (*convergence of wills*) atau konsensus para pihak yang membuat kontrak.⁵

Namun dalam keadaan tertentu dimana didalam perjanjian ada suatu hal yang mencerminkan tidak terwujudnya kesepakatan. Hal ini disebabkan adanya cacat kehendak (*wilsgebreke*) yang mempengaruhi timbulnya perjanjian.⁶ Dalam BW cacat kehendak meliputi 3 (tiga) hal, yaitu :

- a. Kesesatan atau *dwaling* (Pasal 1322 KUHPerdara),
- b. Penipuan atau *bedrog* (Pasal 1323 KUHPerdara),
- c. Paksaan atau *dwang* (Pasal 1328 KUHPerdara).

Asas konsensualisme dipercaya dengan menghormati kesepakatan bersama secara tidak langsung juga menghormati martabat manusia. Subekti

⁴ *Ibid.*

⁵ Ridwan Khirandy, *Op.Cit.*, hlm. 27.

⁶ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 107.

menyatakan bahwa hal ini merupakan puncak peningkatan martabat manusia yang tersimpul dari pepatah Belanda “*een man een man, een word een word*”, yang maksudnya dengan ditetapkannya perkataan seseorang, maka orang itu ditingkatkan martabatnya sebagai manusia.⁷

2. Asas Kekuatan Mengikatnya Kontrak (*Pacta Sunt Servanda*)

Asas kekuatan mengikatnya perjanjian disebut juga dengan asas *pacta sunt servanda* merupakan asas yang berhubungan dengan akibat dari suatu perjanjian. Asas *pacta sunt servanda* termuat dalam ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUPerdata yang menyatakan bahwa “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Artinya bahwa undang-undang mengakui dan menempatkan posisi perjanjian yang dibuat oleh para pihak sejajar dengan pembuatan undang-undang.

Kekuatan perjanjian yang dibuat secara sah (vide Pasal 1320 BW) mempunyai daya berlaku seperti halnya undang-undang yang dibuat oleh legislator dan karenanya harus ditaati oleh para pihak, bahkan jika dipandang perlu dapat dipaksakan dengan bantuan sarana penegakan hukum (hakim, jurusita).⁸ Ketentuan tersebut pada dasarnya memberikan pengakuan terhadap kebebasan dan kemandirian para pihak dalam membuat perjanjian untuk bebas menentukan : (i) isi, (ii) berlakunya dan syarat-syarat perjanjian, (iii) dengan

⁷ Ridwan Khirandy, *Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan*, Bagian Pertama, FH UII Press, Yogyakarta, 2013, hlm. 90. (selanjutnya disebut Ridwan Khairandy II)

⁸ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 111.

bentuk tertentu atau tidak, dan (iv) bebas memilih undang-undang mana yang akan dipakai untuk perjanjian itu.⁹

Sebagai konsekwensi dari asas *pacta sunt servanda* ini adalah bahwa Hakim maupun pihak ketiga “dilarang mencampuri isi” dari perjanjian yang telah dibuat oleh para pihak dalam perjanjian yang bersangkutan.¹⁰ Konsekwensi lain, tidak ada pihak ketiga yang boleh mengurangi hak orang lain untuk menentukan isi dari perjanjian yang dibuatnya.

Menurut David Allan,¹¹ sejak 450 tahun sebelum masehi sampai sekarang terjadi empat tahap perkembangan pemikiran mengenai kekuatan mengikatnya kontrak, yaitu :

- a. Tahap pertama, disebut dengan *contracts re*;
- b. Tahap kedua, disebut dengan *contracts verbis*;
- c. Tahap ketiga, disebut dengan *contracts litteris*;
- d. Tahap keempat, disebut dengan *contracts consensus*.

Tahap pertama (*contracts re*), atau menurut L.B. Curzon disebut sebagai *obligationes re* (*real contracts – the word “real” is derived from res*), didasarkan pada pendapat bahwa kekuatan mengikat kontrak ditekankan pada penyerahan barang (*res*) bukan pada janji. *Contracts re* atau *obligationes re* ini meliputi :¹²

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Djohari Santoso, dan Achmad Ali, *Op.Cit.*, hlm. 49.

¹¹ L.B. Curzon, *Roman Law*, MacDonald & Evans Ltd., London, 1966, h. 139. Periksa juga Taryana Soenandar, *Prinsip-Prinsip UNIDROIT Sebagai Sumber Hukum Kontrak dan Penyelesaian Bisnis Internasional*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, hlm. 102, dikutip dari Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit*, hlm. 108.

¹² *Ibid.*, Periksa juga L.B. Curzon, *Op.Cit.*, h. 139-142, dikutip dari Agus Yudha Hernoko, *Ibid.*

- a. *Mutuum*, meminjamkan barang untuk dikonsumsi (termasuk didalamnya meminjam uang);
- b. *Commodatum*, meminjamkan barang untuk dipakai;
- c. *Depositum*, menyerahkan barang untuk dijaga tanpa imbalan dan dikembalikan sesuai permintaan pihak yang menyerahkan barang;
- d. *Pinus*, menyerahkan barang sebagai jaminan pelaksanaan kewajiban.

Tahap kedua (*contracts verbis* atau *obligationes verbis*), didasarkan pada pendapat bahwa kekuatan mengikat kontrak digantungkan pada kata-kata (*verbis*) yang diucapkan. *Contracts verbis* atau *obligationes verbis* ini meliputi :¹³

- a. *Stipulatio*, yaitu interaksi kata-kata dari dua orang atau lebih yang berupa pertanyaan dan jawaban (pertanyaan: *spondesne – do you promise?*; jawaban: *Spondeo – I promise*);
- b. *Dictio Dotis (dotis dictio)* yaitu pertanyaan sungguh-sungguh (*solemn declaration*) yang melahirkan semacam tanda mengikat atau mahar (*dowry*);
- c. *Ius Iurandum Liberti (jurata promissio liberti)*, yaitu semacam kesaksian tersumpah oleh pihak ketiga untuk kepentingan dirinya;
- d. *Votum*, yaitu janji di bawah sumpah kepada Tuhan.

Tahap ketiga (*contracts litteris* atau *obligationes litteris*), didasarkan pada pendapat bahwa kekuatan mengikat kontrak itu terletak pada bentuknya yang tertulis. *Contracts litteris* atau *obligationes litteris* ini meliputi¹⁴ :

¹³ *Ibid.*, h. 102-103. Periksa juga L.B. Curzon, *Op.Cit.*, h. 144-147, dikutip dari Agus Yudha Hernoko, *Ibid*, hlm. 109.

- a. *Expensilatio*, yaitu suatu bentuk pemberitahuan yang dicatat dalam buku kreditor, yang atas dasar catatan itu debitor terikat untuk membayar;
- b. *Synographae* atau *Chirographae*, yaitu kewajiban yang ditulis secara khusus yang dipinjam dari kebiasaan bangsa Yunani dan tidak terdapat dalam kebiasaan masyarakat Roma.

Tahap keempat (*contracts consensu* atau *obligationes consensu*), didasarkan pada pendapat bahwa kekuatan mengikat kontrak karena adanya kesepakatan atau *consensus* para pihak. Ada empat bentuk kontrak jenis ini, yaitu:¹⁵

- a. *Emptio Venditio*, yaitu kontrak jual beli;
- b. *Locatio Conductio*, yaitu kontrak yang membolehkan penggunaan atau penyewaan barang atau jasa;
- c. *Societas*, yaitu kontrak kerja sama (*partnership*);
- d. *Mandatum*, yaitu suatu mandat pelayanan yang dilakukan untuk orang lain (misalnya: keagenan).

3. Asas Kebebasan Berkontrak

Asas kebebasan berkontrak merupakan suatu asas yang mempunyai posisi yang sentral dalam hukum kontrak, meskipun tidak di tuangkan menjadi aturan hukum tetapi asas kebebasan berkontrak ini memiliki pengaruh yang sangat kuat didalam hubungan kontraktual diantara para pihak. Asas kebebasan berkontrak merupakan tiang sistem hukum perdata, khususnya hukum perikatan yang diatur

¹⁴ *Loc. Cit.*

¹⁵ *Ibid.*, h. 103. Periksa juga L.B. Curzon, *Op.Cit.*, h. 149-156, dikutip dari Agus Yudha Hernoko, *Ibid.*, hlm. 110.

Buku III KUPerdata.¹⁶ Bahkan menurut Rutten, hukum kontrak, seluruhnya didasarkan pada asas kebebasan berkontrak.¹⁷

Buku III BW menganut sistem terbuka, artinya hukum (i.c. Buku III BW) memberikan keleluasan kepada para pihak untuk mengatur sendiri pola hubungan hukumnya.¹⁸ Sistem terbuka Buku III BW ini tercermin dari Pasal 1338 ayat (1) BW yang menyatakan bahwa, “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.”

Menurut Subekti¹⁹, cara menyimpulkan kebebasan berkontrak ini adalah dengan jalan menekankan pada perkataan “semua” yang ada dimuka perkataan “perjanjian”. Bahwa didalam ketentuan Pasal 1338 memuat pengertian bahwa kita diperbolehkan membuat suatu perjanjian apapun dan perjanjian yang dibuat akan mengikat para pihak seperti undang-undang.

Didalam asas ini terkandung suatu pandangan bahwa orang bebas untuk melakukan atau tidak melakukan perjanjian, bebas dengan siapa ia mengadakan perjanjian, bebas tentang apa yang diperjanjikan dan bebas untuk menetapkan syarat-syarat perjanjian.²⁰ Sutan Remy Sjahdeini menyimpulkan ruang lingkup asas kebebasan berkontrak sebagai berikut :²¹

¹⁶ Ridwan Khairandy II, *Op.Cit.*, hlm. 86.

¹⁷ Purwahid Patrik, *Asas Itikad Baik dan Kepatutan dalam Perjanjian*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1986, hlm., 3, dikutip dari Ridwan Khairandy-I, *Ibid.*

¹⁸ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 94.

¹⁹ Subekti, *Aneka Perjanjian*, Cet. Keenam, Alumni, Bandung, 1995, hlm. 4-5, dikutip dari Agus Yudha Hernoko, *Ibid.*

²⁰ Peter Mahmud Marzuki, *Batas-Batas Kebebasan Berkontrak*, Yuridika, Volume 18 No.3, 2003, hlm. 31, dikutip dari Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 95.

²¹ Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 1993, hlm. 47, dikutip dari Ridwan Khairandy-I, *Op.Cit.*, hlm. 87.

1. Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian;
2. Kebebasan untuk memilih dengan pihak siapa ia ingin membuat perjanjian;
3. Kebebasan untuk memilih *causa* perjanjian yang akan dibuatnya;
4. Kebebasan untuk menentukan obyek suatu perjanjian;
5. Kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian;
6. Kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional.

Perkembangan kebebasan berkontrak saat ini menimbulkan ketidakadilan, karena untuk mencapai suatu asas kebebasan berkontrak harus melalui posisi tawar yang seimbang. Tetapi dalam praktiknya para pihak yang memiliki posisi tawar yang lebih tinggi akan memaksakan semua kehendaknya, mereka akan memaksakan pihak yang memiliki posisi tawar yang lebih rendah untuk mengikuti kehendaknya dalam membuat isi perjanjian.

Pemerintah sudah mengambil tindakan dengan membatasi ketentuan asas kebebasan berkontrak untuk melindungi pihak yang lemah melalui peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan. Pasal 1320 KUHPdata membatasi asas kebebasan berkontrak melalui pengaturan persyaratan sahny suatu perjanjian yang harus di penuhi:²²

1. Adanya kata sepakat para pihak;
2. Kecakapan para pihak untuk membuat kontrak
3. Adanya obyek tertentu; dan

²² Ridwan Khairandy II, *Op.Cit.*, hlm. 89.

4. Adanya kausa yang tidak bertentangan dengan hukum.

Setiawan²³ menyatakan bahwa pembatasan kebebasan berkontrak di pengaruhi oleh :

- a. Berkembangnya doktrin itikad baik;
- b. Berkembangnya doktrin penyalahgunaan keadaan;
- c. Makin banyaknya kontrak baku;
- d. Berkembangnya hukum ekonomi.

Selain pembatasan tersebut diatas, Ridwan Khairandy mencatat beberapa hal yang menyebabkan makin berkurangnya asas kebebasan berkontrak :²⁴

1. Makin berpengaruhnya ajakan itikad baik, di mana itikad baik tidak hanya ada pada saat perjanjian dilaksanakan juga telah harus ada pada saat perjanjian dibuat; dan
2. Makin berkembangnya ajaran penyalahgunaan keadaan dalam kontrak.

Sedangkan Purwahid Patrik²⁵ menyatakan bahwa terjadinya berbagai pembatasan kebebasan berkontrak disebabkan:

- a. Berkembangnya ekonomi yang membentuk persekutuan-persekutuan dagang, badan-badan hukum atau perseroan-perseroan dan golongan-golongan masyarakat lain (misal: golongan buruh dan tani);

²³ Setiawan, *Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata*, Cet. I, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 179-180, dikutip dari Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm 99.

²⁴ Ridwan Khairandy II, *Op.Cit.*, hlm. 3.

²⁵ *Ibid.*

- b. Terjadinya pemasyarakatan (*vermaatschappelijking*) keinginan adanya keseimbangan antara individu dan masyarakat yang tertuju kepada keadilan sosial;
- c. Timbulnya formalisme perjanjian;
- d. Makin banyak peraturan dibidang hukum tata usaha negara.

Menurut Sri Soedewi Maschoen Sofwan²⁶, pembatasan kebebasan berkontrak akibat adanya :

- a. Perkembangan masyarakat dibidang sosial ekonomi (misal: karena adanya penggabungan atau sentralisasi perusahaan);
- b. Adanya campur tangan pemerintah untuk melindungi kepentingan umum atau pihak yang lemah;
- c. Adanya aliran dalam masyarakat yang menginginkan adanya kesejahteraan sosial.

Pada perkembangannya asas kebebasan berkontrak lebih mengarah kepada ketidakseimbangan diantara para pihak yang membuat perjanjian, kemudian dibuat berbagai ketentuan yang bersifat memaksa agar terciptanya hak dan kewajiban di antara para pihak dapat terlaksana secara proporsional. Sebagai suatu kesatuan yang bulat dan utuh dalam satu sistem, maka penerapan asas kebebasan berkontrak sebagaimana tersimpul dari substansi Pasal 1338 ayat (1) BW harus juga dikaitkan dengan kerangka pemahaman pasal-pasal atau ketentuan-ketentuan yang lain, yaitu:²⁷

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 102-103.

- a. Pasal 1320 BW, mengenai syarat sahnya perjanjian (kontrak);
- b. Pasal 1335 BW, yang melarang dibuatnya kontrak tanpa *causa*, atau dibuat berdasarkan suatu *causa* yang palsu atau yang terlarang, dengan konsekuensi tidaklah mempunyai kekuatan;
- c. Pasal 1337 BW, yang menyatakan bahwa suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan atau ketertiban umum;
- d. Pasal 1338 (3) BW, yang menetapkan bahwa kontrak harus dilaksanakan dengan itikad baik;
- e. Pasal 1339 BW, menunjuk terikatnya perjanjian kepada sifat, kebiasaan, dan undang-undang. Kebiasaan yang dimaksud dalam Pasal 1339 BW bukanlah kebiasaan setempat, akan tetapi ketentuan-ketentuan yang dalam kalangan tertentu selalu diperhatikan;
- f. Pasal 1347 BW, yang mengatur mengenai hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya disetujui untuk secara diam-diam dimasukkan dalam kontrak (*bestandig gebruiklijk beding*).

Hal ini berarti kebebasan para pihak dalam membuat perjanjian (kontrak) perlu memperhatikan hal-hal sebagai berikut :²⁸

- a. Memenuhi syarat-syarat sahnya kontrak;
- b. Untuk mencapai tujuan para pihak, kontrak harus mempunyai *causa*;
- c. Tidak mengandung *causa* palsu atau dilarang undang-undang;

²⁸ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 103.

- d. Ketidak bertentangan dengan kepatutan, kebiasaan, kesusilaan dan ketertiban umum;
- e. Harus dilaksanakan dengan itikad baik.

Sebagai asas yang universal, asas kebebasan berkontrak juga diakui dalam UPICC dan RUU Kontrak (ELIPS) mengakui kebebasan berkontrak sebagai asas fundamental dalam hubungan kontraktual para pihak.²⁹ Kebebasan tersebut mencakup isi maupun formalitasnya sebagaimana tersimpul dari ketentuan Pasal 1.1 UPICC dan RUU Kontrak (ELIPS) yang menyatakan bahwa “*Para pihak bebas untuk mengadakan suatu kontrak dan untuk menentukan isinya*”.³⁰ Demikian pula dalam Pasal 1.2 dinyatakan bahwa, “*Tidak satupun dalam asas-asas ini yang mensyaratkan suatu kontrak harus diadakan atau dinyatakan atau dibuktikan dengan cara apapun, termasuk dengan saksi*”.³¹

Harus dipahami secara baik bahwa asas kebebasan berkontrak yang tertuang dalam Pasal 1338 ayat (1) sebaiknya ditafsirkan dengan menempatkan posisi para pihak dalam kontrak atau perjanjian dalam keadaan yang proporsional.

4. Asas Itikad Baik

Pasal 1338 ayat (3) menyatakan bahwa “*Perjanjian-perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik*”. Didalam perundang-undangan tidak memberikan definisi secara jelas apa yang dimaksud itikad baik. Dalam Kamus

²⁹ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 104.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

Besar Bahasa Indonesia (KBBI), yang dimaksud dengan “ itikad ” adalah kepercayaan, keyakinan yang teguh, maksud, kemampuan (yang baik).³²

Didalam pengaturan Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara perjanjian itu harus dilaksanakan menurut kepatutan dan keadilan. Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara ini pada umumnya selalu dihubungkan dengan Pasal 1339 KUHPerdara, bahwa *“Persetujuan tidak hanya mengikat apa yang dengan tegas ditentukan di dalamnya, melainkan juga segala sesuatu yang menurut sifatnya persetujuan dituntut berdasarkan keadilan, kebiasaan, atau undang-undang”*.³³ Itikad baik yang bersifat nisbi memperhatikan tingkah laku dan sikap yang nyata dari subjek.

Wirjono Prodjodikoro membagi itikad baik menjadi dua macam, yaitu :

- a. Itikad baik pada waktu mulai berlakunya suatu hubungan hukum. Itikad baik disini biasanya berupa perkiraan atau anggapan seseorang bahwa syarat-syarat yang diperlukan bagi dimulainya hubungan hukum telah terpenuhi. Dalam konteks ini hukum memberikan perlindungan kepada pihak yang beritikad baik, sedang bagi pihak yang beritikad tidak baik (*te kwader trouw*) harus bertanggungjawab dan menanggung risiko. Itikad baik semacam ini dapat disimak dari ketentuan Pasal 1977 ayat (1) KUHPerdara dan Pasal 1963 KUHPerdara, di mana terkait dengan salah satu syarat untuk memperoleh hak milik atas barang melalui daluwarsa.

Itikad baik ini bersifat subyektif dan statis;

³² Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi II, Balai Pustaka, Jakarta, 1995, hlm. 369. (selanjutnya disebut KBBI).

³³ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 188-119.

- b. Itikad baik pada waktu pelaksanaan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang termaktub dalam hubungan hukum itu. Pengertian itikad baik semacam ini sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara adalah bersifat obyektif dan dinamis mengikuti situasi sekitar perbuatan hukumnya. Titik berat itikad baik disini terletak pada tindakan yang akan dilakukan oleh kedua belah pihak, yaitu tindakan sebagai pelaksanaan sesuatu hal.³⁴

Berdasarkan penjelasan di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa ada perbedaan pengertian itikad baik dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara dengan Pasal 1963 KUHPerdara dan 1977 ayat (1) KUHPerdara. Pengertian itikad baik dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara dalam arti obyektif dan dinamis, sedangkan menurut Pasal 1963 KUHPerdara dan Pasal 1977 ayat (1) KUHPerdara itikad baik dalam arti subyektif dan statis.

Sehubungan dengan fungsi itikad baik dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara, menurut beberapa sarjana antara lain P. L. Werry, Arthur S. Hartkamp, dan Marianne M. M. Tillem, terdapat tiga fungsi utama itikad baik, yaitu :³⁵

- a. Fungsi yang mengajarkan bahwa kontrak harus ditafsirkan menurut itikad baik (itikad baik sebagai asas hukum umum), artinya kontrak harus ditafsirkan secara patut dan wajar (*fair*);
- b. Fungsi menambah atau melengkapi (*aanvullende werking van de geode trouw*), artinya itikad baik dapat menambah isi atau kata-kata perjanjian

³⁴ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Perdata*, Sumur, Bandung , 1992, hlm., 56-62.

³⁵ Ridwan Khairandy I , *Op.Cit.*, hlm. 216-250.

apabila terdapat hak dan kewajiban yang timbul diantara para pihak tidak secara tegas dinyatakan didalam kontrak;

- c. Fungsi membatasi atau meniadakan (*beperkende en gerigerende werking van de geode trouw*), artinya fungsi ini hanya dapat diterapkan apabila terdapat alasan-alasan yang amat penting (*alleen in spreekende gevallen*).

Dalam Simposium Hukum Perdata Nasional yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), itikad baik hendaknya diartikan sebagai :³⁶

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

Selanjutnya setelah pembahasan mengenai masing-masing asas, maka asas konsensualisme, asas *pacta sunt servanda*, asas kebebasan berkontrak, dan asas itikad baik mempunyai pelaksanaan saling berkaitan dalam kontrak yang memiliki fungsi sebagai “*check and balance*”.

³⁶ Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), *Simposium Hukum Perdata Nasional*, Kerjasama Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) – Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 1981, dikutip dari Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 123.

B. Asas *Rebus Sic Stantibus*

Asas *rebus sic stantibus* adalah salah satu asas dalam hukum yang berkembang dan tumbuh di dalam masyarakat internasional. Suatu perjanjian yang telah berlaku akan terganggu berlakunya apabila terjadi perubahan keadaan yang fundamental (*rebus sic stantibus*), keadaan yang menjadi dasar dibuatnya perjanjian telah berubah dan perubahan tersebut mempengaruhi kemampuan pihak-pihak yang berjanji.³⁷ Dengan demikian jika terjadi perubahan keadaan yang fundamental didalam suatu perjanjian, maka berlakunya perjanjian tersebut dapat di tangguhkan bahkan perjanjian tersebut dapat dibatalkan. Sehingga dengan perubahan keadaan tersebut mempengaruhi kemampuan para pihaknya, maka para pihak yang sudah tidak mampu lagi dapat menyatakan dirinya tidak terikat dalam perjanjian lagi.

Asas *rebus sic stantibus* untuk pertama kalinya diterapkan dalam peradilan keagamaan, karena pada saat itu situasi yang terjadi karena adanya pemisahan antara urusan gereja dengan urusan negara. Selanjutnya asas *rebus sic stantibus* ini diadopsi oleh pengadilan lain dan para ahli hukum, dan asas *rebus sic stantibus* ini juga telah diterima secara luas pada abad XIII, terutama para ahli hukum kanotik.³⁸

Sejak abad XII dan XIII ahli hukum kanomik telah mengenal asas *rebus sic stantibus* yang dalam bahasa latinnya *contractus qui habent tractum succesivu et depentiam de future rebus sic stantibus intelliguntur*, yang artinya bahwa

³⁷ Harry Purwanto, *Op.Cit.*, hlm 106.

³⁸ Harry Purwanto, *Op.Cit.*, hlm 109

“perjanjian menentukan perbuatan selanjutnya untuk melaksanakannya pada masa yang akan datang harus diartikan tunduk kepada persyaratan bahwa lingkungan dan keadaan di masa yang akan datang tetap sama”.³⁹ Dari pengertian yang telah diungkapkan oleh para ahli hukum kanotik dapat dimengerti bahwa sesungguhnya perjanjian yang dilaksanakan oleh para pihak sesuai dengan janjinya yang telah ada didalam perjanjian, selama lingkungan dan keadaan pada saat dibuatnya perjanjian tidak berubah untuk masa yang akan datang.

Diterimanya asas *rebus sic stantibus* pada awalnya untuk melunakkan sifat ketat hukum privat Roma.⁴⁰ Dalam perkembangannya keberadaan asas *rebus sic stantibus* mendapat dukungan dari beberapa ahli dan pendapat para ahli telah membantu eksistensi asas *rebus sic stantibus* dalam masyarakat.⁴¹ Sebagaimana dikemukakan oleh Machiavelli bahwa, “segala sesuatu tergantung pada keadaan-keadaan yang kebetulan berlaku pada suatu waktu yang dihadapi oleh penguasa negara”.⁴² Pendapat dari Machiavelli ini sama dengan maksud dari asas *rebus sic stantibus*.

Demikian juga Alberico Gentili menyatakan bahwa, “yang paling penting atas hukum traktat ialah dalil bahwa perjanjian (perdamaian) selalu mengandung syarat tersimpul, yaitu bahwa traktat hanya mengikat selama kondisi-kondisi tidak berubah.”⁴³ Yang dimaksud Alberico di atas jelas itu adalah asas *rebus sic*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Arthur Nussbaum dan Sam Suhaedi Admawiria, *Sejarah Hukum Internasional II*, Binacipta, Bandung, 1970, hlm 90, dikutip dari Harry Purwanto, *Op. Cit.*, hlm. 110.

⁴¹ Harry Purwanto, *Op. Cit.*, hlm. 111.

⁴² Arthur Nussbaum dan Sam Suhaedi Admawiria, *Op. Cit.*, hlm. 102, dikutip dari Harry Purwanto, *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, hlm. 102, dikutip dari *Ibid.*

stantibus, sedangkan menurut Bierly menyatakan bahwa dalam setiap perjanjian internasional ada tersirat suatu syarat tambahan yang menentukan bahwa perjanjian itu hanya mengikat selama keadaan-keadaan masih seperti semula. Kata-kata yang tercantum dalam perjanjian merupakan hasil kesepakatan diantara para pihaknya namun mengandung suatu syarat, yaitu apabila tidak terjadi suatu perubahan keadaan yang penting terjadi. Bila terjadi suatu perubahan keadaan yang penting maka hilangnya syarat berlakunya perjanjian dan tidak mempunyai kekuatan mengikat lagi.⁴⁴

Aspek penting dari asas *rebus sic stantibus* menurut Liu Chengwei adalah memberikan perhatian pada perubahan yang bertentangan dengan harapan atau ekspektasi para pihak, sehingga mengalahkan maksud dari perjanjian.⁴⁵ Perjanjian yang dibuat oleh para pihak secara sah akan mengikat para pihaknya berdasarkan asas *pacta sunt servanda*, tetapi dalam prakteknya pelaksanaannya sering terjadi bahwa penerapan asas *pacta sunt servanda* memberikan hasil yang berlawanan dari sasaran atau tujuannya. Oleh karena itu timbullah suatu pengecualian dalam lingkup pemenuhan kewajiban oleh para pihak untuk memenuhi janji yang sudah ada didalam perjanjian apabila terjadi keadaan luar biasa yang menyebabkan kewajiban tersebut tidak dapat terlaksana. Pengecualian itu melahirkan asas *rebus sic stantibus*.⁴⁶

⁴⁴ Harry Purwanto, *Op.Cit.*, hlm. 110.

⁴⁵ Liu Chengwei, *Remedies for Non-Performance : Perspective from CSIG*, UNIDROIT Principle and PECL, Chapter 19 Change of Circumstance, 2003, dikutip dari Suherman, *Perkembangan Asas Rebus Sic Stantibus (Perubahan Keadaan yang Fundamental) Dalam Hukum Positif di Indonesia*, Jurnal Hukum, Fakultas Hukum Universitas Pembangunan Nasional "Veteran", Jakarta, hlm. 5.

⁴⁶ Suherman, *Ibid.*,

Dalam hukum internasional positif asas *rebus sic stantibus* ada diatur didalam Konvensi Wina 1969, khususnya pada Pasal 62 tentang Fundamental Perubahan Keadaan, yang berbunyi :

Pasal 62

Fundamental Perubahan Keadaan

1. Sebuah perubahan keadaan mendasar yang telah terjadi terhadap keadaan yang ada pada saat penutupan traktat, dan tidak dapat diduga oleh para pihak, tidak dapat dikemukakan sebagai dasar untuk mengakhiri atau penarikan diri dari perjanjian kecuali :
 - a. Keberadaan keadaan-keadaan itu merupakan suatu dasar penting bagi para pihak untuk mengikatkan diri pada perjanjian; dan
 - b. Akibat dari perubahan itu secara radikal memperluas kewajiban yang harus dilaksanakan di bawah perjanjian.
2. Suatu perubahan keadaan tidak boleh dikemukakan sebagai dasar untuk mengakhiri atau menarik diri dari perjanjian, jika :
 - a. Perjanjian tersebut merupakan batas wilayah; atau
 - b. Perubahan itu merupakan hasil dari pelanggaran oleh pihak yang mengemukakannya baik atas suatu kewajiban dalam perjanjian atau setiap kewajiban internasional lainnya terhadap pihak lain dari perjanjian tersebut.
3. Jika sesuai dengan ayat-ayat diatas, suatu pihak boleh menuntut suatu perubahan keadaan sebagai dasar untuk mengakhiri atau menarik diri dari perjanjian, maka pihak tersebut juga dapat menuntut perubahan sebagai dasar untuk menunda berlakunya perjanjian tersebut.⁴⁷

Asas *rebus sic stantibus* didalam Pasal 62 Konvensi Wina 1969 tidak terlihat penggunaannya. Pada akhirnya makna yang terkandung dalam asas *rebus sic stantibus* oleh Konvensi Wina dirumuskan dengan menggunakan istilah “*fundamental change of circumstances*” (perubahan fundamental atas suatu keadaan).⁴⁸ Maksud dari perubahan keadaan yang fundamental (*fundamental change of circumstances*), sama sekali tidak ada penjelasan penegasan didalam konvensi. Tidak adanya penegasan ini dapat diartikan, bahwa penentuannya

⁴⁷ Pasal 62 tentang Fundamental Perubahan Keadaan Konvensi Wina 1969.

⁴⁸ Harry Purwanto, *Op.Cit.*, hlm. 113.

diserahkan pada praktek negara-negara ataupun pada putusan badan penyelesaian sengketa jika menghadapi kasus yang berkaitan dengan ada atau tidak adanya perubahan keadaan yang fundamental.⁴⁹ Dengan demikian, penentuannya harus ditentukan secara kasus perkasus.

Pasal 62 ayat (1) Konvensi membatasi perubahan keadaan yang fundamental ini dengan dua batasan yang harus dipenuhi :⁵⁰

1. Pembatasan berdasarkan waktu terjadinya, yakni, terjadinya haruslah pada waktu proses pembuatan perjanjian, tegasnya pada waktu dilakukan perundingan untuk merumuskan naskah perjanjian. Jadi bukan perubahan keadaan yang terjadi sesudah berlaku atau sesudah dilaksanakannya perjanjian tersebut. Jika terjadinya pada waktu sesudah dimulai berlakunya atau ketika perjanjian sedang dalam pelaksanaannya, sehingga berpengaruh besar terhadap perjanjian tersebut, hal ini termasuk dalam kategori ketidakmungkinan untuk melaksanakannya;
2. Pembatasan yang sifatnya subyektif, yakni perubahan keadaan itu tidak dapat diduga atau diprediksi sebelumnya oleh para pihak.

Meskipun syarat batasan tersebut telah terpenuhi, tetapi masih belum bisa dijadikan alasan untuk mengakhiri eksistensi suatu perjanjian internasional. Untuk dapat dijadikan alasan untuk mengakhiri eksistensi suatu perjanjian internasional,

⁴⁹ I Wayan Parthiana, *Perjanjian Internasional*, Bagian 2, Mandar Maju, Bandung, 2005, hlm. 468-469.

⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 469.

perubahan keadaan seperti dikemukakan di atas ini sebagaimana ditentukan dalam Pasal 62 ayat (1), haruslah memenuhi kualifikasi yang lebih spesifik lagi, yakni :⁵¹

1. Adanya keadaan tersebut merupakan dasar yang esensial bagi para pihak untuk terikat pada perjanjian;
2. Akibat atau efek dari perubahan keadaan itu menimbulkan perubahan yang secara radikal terhadap luasnya kewajiban yang harus dilakukan berdasarkan perjanjian tersebut.

Yang dimaksud dengan “keadaan tersebut” (*the existence of circumstances*) adalah keadaan sebelum terjadinya perubahan keadaan yang fundamental itu sendiri.⁵² Jadi kedua syarat tersebut haruslah terpenuhi sebagai alasan untuk mengakhiri eksistensi sebuah perjanjian internasional.

Contohnya, wakil-wakil atau utusan dari negara A dan negara B melakukan perundingan untuk merumuskan naskah perjanjian tentang bantuan keuangan sebesar US \$ 100.000.000,00 yang akan diberikan oleh negara A kepada negara B untuk pembangunan sepuluh buah bendungan, ketika dalam proses perundingan terjadilah gejala-gejala awal merosotnya nilai mata uang negara A terhadap dollar AS yang semakin lama kemerosotan itu semakin tajam sampai akhirnya nilainya jatuh pada titik paling rendah, perubahan keadaan ini (yang terjadi sebelum perjanjian mulai berlaku atau selama dalam proses perundingan dan sama sekali tidak terprediksi sebelumnya oleh para pihak) sama sekali tidak diketahui oleh wakil-wakil kedua pihak yang melakukan perundingan,

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 470.

⁵² *Ibid.*

sampai pada akhirnya mereka menandatangani perjanjian itu sebagai tanda persetujuan untuk terikat.⁵³

Jadi mulai saat itu perjanjian tersebut sudah mempunyai kekuatan mengikat dan langsung dapat dilaksanakan, ketika dalam pelaksanaannya itulah ternyata negara tersebut tidak mampu melaksanakan perjanjian itu sebab perekonomiannya sudah ambruk, keadaan normal dari nilai mata uangnya terhadap dollar AS itulah yang merupakan dasar yang esensial baginya untuk menandatangani atau untuk terikat pada perjanjian tersebut yang ternyata telah berubah secara fundamental dengan merosotnya nilai mata uangnya itu hingga pada titik jauh di bawah normal atau titik terendah, dan juga akibat atau pengaruh dari perubahan keadaan ini telah mengubah secara total atas kewajiban yang harus dilakukannya.⁵⁴ Dengan demikian negara A dapat mengajukan klaim supaya perjanjian ini dapat diakhiri dengan alasan bahwa sudah terjadi perubahan keadaan yang fundamental dalam perjanjian ini.

Dalam Pasal 62 ayat (2), ada dua larangan untuk menggunakan perubahan keadaan yang fundamental ini sebagai alasan untuk mengakhiri eksistensi suatu perjanjian internasional :⁵⁵

1. Negara peserta tidak boleh menggunakan klausul ini sebagai alasan untuk mengakhiri suatu perjanjian tentang garis batas wilayah negara, karena masalah wilayah negara termasuk garis batasnya adalah merupakan salah satu unsur negara dan pada wilayahnya itulah negara memiliki kedaulatan

⁵³ I Wayan Parthiana, *Op.Cit.*, hlm. 470-471.

⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 471.

⁵⁵ *Ibid.*, hlm. 471-473.

teritorial. Misalnya, terjadi banjir besar yang mengubah aliran yang semula adalah merupakan garis batas wilayah kedua negara sebagaimana disepakati dalam perjanjian tersebut, maka dalam hal ini banjir besar yang mengubah arah aliran sungai tersebut tidak bisa dijadikan alasan untuk mengakhiri perjanjian itu. Dengan kata lain, perjanjian itu masih tetap berlaku dan garis batas wilayah kedua belah pihak adalah tetap seperti semula (sebelum terjadinya perubahan keadaan yang fundamental yang berupa banjir besar yang mengubah arah aliran sungai).

2. Klausul ini juga tidak dapat dijadikan sebagai alasan untuk mengakhiri suatu perjanjian internasional, jika perubahan keadaan yang fundamental ini terjadi akibat dari pelanggaran yang dilakukan oleh pihak yang bersangkutan atas ketentuan perjanjian internasional. Hal ini disebabkan karena pihak yang menjadi penyebab itu haruslah bertanggungjawab atas tindakannya yang telah melanggar ketentuan perjanjian atau melanggar kewajiban yang berdasarkan atas kaidah hukum internasional lain yang ternyata berpengaruh terhadap perjanjian. Wujud dari tanggungjawab tersebut, misalnya, dia harus melakukan rehabilitasi atau pembayaran ganti rugi terhadap negara mitranya yang telah dirugikan.

Menurut Mieke Komar Kantaatmadja jika terjadi perubahan keadaan yang fundamental sebagaimana diisyaratkan oleh Pasal 62 ayat (1) Konvensi Wina 1969 dan para pihak akan menghentikan perjanjian atau menarik diri dari suatu perjanjian apabila dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

1. Perubahan suatu keadaan tidak terdapat pada waktu pembentukan perjanjian;
2. Perubahan tersebut adalah perihal suatu keadaan yang fundamental bagi perjanjian tersebut;
3. Perubahan tersebut tidak dapat diramalkan sebelumnya oleh para pihak;
4. Akibat perubahan tersebut haruslah radikal, sehingga mengubah luas lingkungan kewajiban yang harus dilaksanakan menurut perjanjian itu;
5. Penggunaan asas tersebut tidak dapat diterapkan pada perjanjian perbatasan dan juga terjadinya perubahan keadaan akibat pelanggaran yang dilakukan oleh pihak yang mengajukan tuntutan.

Di lingkungan hukum internasional prinsip hukum asas *rebus sic stantibus* menjadi bahan pertimbangan dan sering digunakan oleh negara-negara di dunia untuk melakukan penundaan terhadap sebuah perjanjian internasional. Salah satu bentuk asas *rebus sic stantibus* adalah perang.

Keberadaan asas *rebus sic stantibus* dalam peraturan perundang-undangan Indonesia ada didalam Pasal 18 huruf c Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, yang berbunyi “terdapat perubahan mendasar yang mempengaruhi pelaksanaan perjanjian”. Tetapi didalam undang-undang tersebut tidak memberikan penjelasan mengenai batasan tentang asas *rebus sic stantibus*. Dengan asas *rebus sic stantibus* ini pemerintah Indonesia dapat menyatakan bahwa suatu perjanjian internasional yang dibuat dengan negara lain telah berakhir, meskipun pengaturan tentang asas ini masih memerlukan penjelasan lebih lanjut yang lebih jelas dan spesifik. Sedangkan dalam

KUHPerdata Indonesia tidak menatur tentang asas *rebus sic stantibus*. Dalam hukum perdata yang ada di Indonesia dikenal beberapa alasan yang dapat digunakan untuk mengakhiri perjanjian, diatur dalam Pasal 1381 KUHPerdata.

C. Kontrak Investasi (Penanaman Modal)

1. Pengertian Kontrak

Hukum kontrak sangat berkaitan dengan pembentukan dan pelaksanaan suatu janji. Dalam makna yang lain, dapat dikatakan bahwa janji merupakan pernyataan yang dibuat oleh seseorang kepada orang lain yang menyatakan suatu keadaan tertentu atau yang terjadi, atau akan melakukan suatu perbuatan tertentu.⁵⁶

Subekti,⁵⁷ mendefinisikan kontrak sebagai peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain dimana dua orang saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu. Bab II Buku III KUHPerdata Indonesia menyamakan kontrak dengan perjanjian. Hal ini secara jelas ada dalam judul Bab II Buku III KUHPerdata, yakni "*van verbintenissen die uit contract of overeenkomst*" (perikatan yang lahir dari kontrak atau perjanjian).

Arthur S. Hartkamp and Marianne M. M. Tillema mengemukakan suatu definisi umum mengenai kontrak. Kontrak didefinisikan sebagai suatu perbuatan hukum yang diciptakan – dengan memenuhi persyaratan yang ditentukan hukum – oleh persesuaian kehendak yang menyatakan maksud bersama yang interdependen

⁵⁶ Ridwan Khairandy II, *Op.Cit.*, hlm. 57.

⁵⁷ Subekti, *Hukum Perjanjian*, PT Intermedia, Jakarta, 1984, hlm., 36.

dari dua atau lebih pihak untuk menciptakan akibat hukum untuk kepentingan satu pihak, dua pihak, dan juga untuk pihak lain.⁵⁸

Syarat sahnya perjanjian atau kontrak ada 4 yang terdiri dari syarat subyektif dan syarat obyektif, diatur dalam Pasal 1320 KUHPdata. Syarat subyektif (menyangkut para pembuatnya), jika syarat subyektif ini tidak terpenuhi, maka mengakibatkan perjanjian dapat dibatalkan (*voidable*), yaitu :

1. Sepakat (Pasal 1321-1328 KUHPdata),

Agar suatu perjanjian menjadi sah maka para pihaknya harus sepakat terhadap hal-hal yang terdapat didalam perjanjian dan memberikan persetujuan jika memang para pihak menghendaki apa yang disepakati. Dalam pendahuluan perjanjian sebelum masuk ke pasal-pasal, biasanya dituliskan “atas apa yang disebutkan diatas, para pihak setuju dan sepakat hal-hal sebagai berikut :”. Pencantuman kata-kata setuju dan sepakat sangat penting dalam suatu perjanjian. Tanpa ada kata-kata ini atau kata-kata yang memberikan maksud setuju atau sepakat, maka perjanjian tidak memiliki ikatan bagi para pembuatnya.

Suatu perjanjian dianggap cacat atau dianggap tidak ada apabila :

- a. Mengandung paksaan (*dwang*), termasuk tindakan atau ancaman atau intimidasi mental;

⁵⁸ Arthur S. Hartkamp and Marianne M.M. Tillema, *Contract Law in the Netherlands (The Hague: Kluwer Internasional, 1995, hlm. 33, dikutip dari Ridwan Khirandy II, Op.Cit., hlm. 60.*

- b. Mengandung penipuan (*bedrog*), adalah tindakan jahat yang dilakukan oleh salah satu pihak, misalnya tidak memberikan informasi adanya cacat tersembunyi kepada pihak lain;
- c. Mengandung kesesatan atau kekeliruan bahwa salah satu pihak memiliki persepsi yang salah terhadap subyek dan obyek perjanjian. Terhadap subyek disebut dengan *error in persona* atau kekeliruan pada orang, misalnya membuat perjanjian dengan artis, tetapi kenyataannya perjanjian dibuat bukan dengan artis hanya saja dengan orang lain yang memiliki nama sama dengan artis. Terhadap obyek disebut dengan *error in substantia* atau kekeliruan terhadap benda, misal jual-beli berlian, ketika sudah terjadi deal dan barang sudah dibeli ternyata berlian tersebut palsu.

2. Cakap (Pasal 1329-1331 KUHPerdara)

Pihak yang membuat perjanjian haruslah cakap dalam melakukan suatu hubungan hukum, pihak disini bisa saja suatu badan hukum ataupun orang yang harus memenuhi syarat-syarat tertentu. Apabila pihak yang membuat perjanjian adalah suatu badan hukum, maka badan hukum tersebut harus memenuhi syarat sebagai badan hukum yang sah. Suatu badan, perkumpulan, atau badan usaha dapat berstatus sebagai badan hukum apabila telah memenuhi beberapa syarat, sebagai berikut : ⁵⁹

⁵⁹ Handri Raharjo, *Hukum Perusahaan*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2009, hlm. 25.

a. Syarat materiil

- 1) Harta kekayaan yang terpisah, dipisahkan dari kekayaan anggotanya;
- 2) Tujuan tertentu (bisa idiil/komersial);
- 3) Punya hak/kewajiban sendiri, dapat menuntut/dituntut;
- 4) Punya organisasi yang teratur, tercermin dari Anggaran Dasar/ Anggaran Rumah Tangga.

b. Syarat formal

Syarat-syarat formal yang harus dipenuhi sehubungan dengan permohonan untuk mendapatkan status sebagai badan hukum biasanya diatur dalam peraturan yang mengatur tentang badan hukum yang bersangkutan. Misalnya pengesahan perseroan terbatas (PT) sebagai badan hukum diatur dalam Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas dan pengesahan yayasan sebagai badan hukum diatur dalam Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 Jo Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2004 tentang Yayasan, dimana agar perseroan terbatas dan yayasan dapat berstatus sebagai badan hukum yang sah, akta pendirian perseroan terbatas dan yayasan yang telah dibuat oleh notaris harus mendapatkan pengesahan dari menteri.

Badan hukum yang sudah memenuhi syarat-syarat yang sudah dijelaskan di atas, maka badan hukum itu dapat dikatakan cakap melakukan perbuatan hukum sebagai pendukung hak dan kewajiban sebagai subyek hukum. Apabila pihak yang membuat perjanjian adalah orang, maka orang tersebut haruslah cakap

menurut hukum. Didalam Pasal 1329 KUHPdata menyatakan bahwa setiap orang adalah cakap untuk membuat perjanjian, kecuali apabila menurut undang-undang dinyatakan tidak cakap. Kemudian di Pasal 1330 menyatakan bahwa ada beberapa orang yang dinyatakan tidak cakap untuk membuat perjanjian, yaitu :

a. Orang yang belum dewasa

Ketentuan Pasal 1330 KUHPdata memberikan arti yang luas mengenai kecakapan bertindak dalam hukum, yaitu bahwa:⁶⁰

1) Seseorang baru dikatakan dewasa jika :

- a) Telah berumur 21 tahun; atau
- b) Telah menikah, tetapi konsekuensi hukum bahwa anak yang sudah menikah tetapi kemudian perkawinannya dibubarkan sebelum ia genap berusia 21 tahun maka tetap dianggap telah dewasa.

2) Anak yang belum dewasa, dalam setiap tindakannya dalam hukum diwakili oleh :

- a) Orang tuanya, dalam hal anak tersebut masih berada di bawah kekuasaan orangtuanya (ayah dan ibu secara bersama-sama);
- b) Walinya, jika anak tersebut sudah tidak lagi berada di bawah kekuasaan orang tuanya (artinya hanya salah satu dari orangtuanya saja).

⁶⁰ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 130.

b. Mereka yang ditaruh dibawah pengampuan.

Setiap orang yang berada di bawah pengampuan adalah orang dewasa yang berada dalam keadaan kurang akal, boros, atau hilang ingatam. Orang-orang tersebut menurut undang-undang dipandang tidak mampu menyadari perbuatannya dan tidak dapat mempertanggungjawabkannya, karena itulah mereka dikategorikan tidak cakap untuk mengadakan suatu perjanjian. Setiap orang yang berada di bawah pengampuan yang akan mengadakan perjanjian, maka yang mewakilinya adalah orang tuanya atau pengampunya sesuai dengan ketentuan Pasal 1433 KUHPerdara).

c. Perempuan yang sudah menikah.

Ketentuan Pasal 32 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang berkaitan dengan perempuan yang sudah menikah menentukan bahwa masing-masing pihak suami ataupun isteri memiliki hak untuk melakukan perbuatan hukumnya.

Syarat Obyektif adalah yang menyangkut para pembuat perjanjian, jika tidak terpenuhi syarat obyektifnya mengakibatkan perjanjian batal demi hukum (*null and void*).

3. Hal tertentu (Pasal 1332 – 1334 KUHPerdara)

Berdasarkan Pasal 1333 KUHPerdara yang menentukan bahwa suatu perjanjian harus mempunyai pokok suatu benda yang paling sedikit dapat ditentukan jenisnya. Suatu perjanjian harus memiliki obyek tertentu dan suatu

perjanjian harus mengenai suatu hal tertentu, yakni yang diperjanjikan adalah hak dan kewajiban para pihaknya.

4. Sebab yang halal (Pasal 1335 – 1337 KUHPerdara)

Syarat sahnya perjanjian yang terakhir adalah adanya kausa hukum yang halal. Menurut Pasal 1335 jo 1337 KUHPerdara yang menyatakan bahwa suatu kausa dinyatakan terlarang jika bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum. Sehingga jika obyek dalam perjanjian itu ilegal dan bertentangan dengan isi Pasal 1335 jo 1337 KUHPerdara maka perjanjian menjadi batal.

Ada pun beberapa unsur dalam kontrak, yaitu :⁶¹

1. Ada para pihak;
2. Ada kesepakatan yang membentuk kontrak;
3. Kesepakatan itu ditunjukkan untuk menimbulkan akibat hukum;
4. Ada objek tertentu.

Dikaitkan dengan sistem hukum kontrak yang berlaku diIndonesia unsur-unsur perjanjian tersebut dapat diklarifikasikan dalam tiga klasifikasi, yaitu :⁶²

1. Unsur *essensialia* adalah unsur yang harus ada di dalam suatu perjanjian. Unsur ini merupakan sifat yang harus ada dalam perjanjian. Tanpa adanya unsur ini, maka tidak ada perjanjian. Misalnya di dalam perjanjian jual beli, unsur adanya barang dan harga barang adalah yang mutlak ada di dalam perjanjian jual-beli, adalah unsur yang harus ada di dalam suatu

⁶¹ Ridwan Khairandy II, *OP.,Cit.*, hlm. 66.

⁶² Ridwan Khairandy II, *Op.Cit.*, hlm. 66-69.

perjanjian. Unsur ini merupakan sifat yang harus ada dalam perjanjian. Tanpa adanya unsur ini, maka tidak ada perjanjian. Misalnya di dalam perjanjian jual-beli, unsur adanya barang dan harga barang adalah yang mutlak ada di dalam perjanjian jual-beli. Unsur mutlak yang harus ada di dalam perjanjian sewa-menyewa adalah kenikmatan atas suatu barang dan harga sewa.

2. Unsur *naturalia* adalah unsur perjanjian yang oleh hukum diatur tetapi dapat dikesampingkan oleh para pihak. Contohnya, berdasarkan ketentuan Pasal 1476 KUHPerdara, penjual wajib menanggung biaya penyerahan. Ketentuan ini berdasarkan kesepakatan dapat dikesampingkan para pihak.
3. Unsur *accidentalialia* adalah unsur yang merupakan sifat pada perjanjian yang secara tegas diperjanjikan oleh para pihak. Misalnya di dalam perjanjian jual-beli tanah, ditentukan bahwa jual-beli ini tidak meliputi pohon atau tanaman yang berada di atasnya.

2. Kontrak dalam Hukum Islam

Di dalam hukum Islam kontrak terkandung dalam surat Al-Maa-idah ayat

1 (Q.S. 5:1), yang bunyinya :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُجْلِي الصَّيِّدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ (١)

Artinya : hai orang-orang yang beriman, penuhilah aqad-aqad itu.

Dihalalkan bagimu hewan ternak, kecuali yang akan dibacakan kepadamu. (Yang demikian itu) dengan tidak menghalalkan berburu ketika sedang mengerjakan

haji. Sesungguhnya Allah swt. menetapkan hukum-hukum menurut yang dikehendaki_Nya.

Ayat ini sebagai perintah Allah kepada orang yang beriman untuk memenuhi janji-janjinya yang telah dibuat dengan Allah maupun dengan sesama manusia lainnya. Di dalam hukum Islam, unsur-unsur kontrak disebut *arkan* atau *rukun*. Rukun akad (perjanjian atau kontrak) adalah sebagai berikut :⁶³

- a. *'Aqid* ialah orang yang berakad, terkadang masing-masing pihak terdiri dari satu orang, kadang terdiri dari beberapa orang, misalnya penjual dan pembeli beras di pasar biasanya masing-masing pihak satu orang, ahli waris sepakat untuk memberikan sesuatu kepada pihak yang lain terdiri dari beberapa orang. Seseorang yang berakad terkadang orang yang memiliki haq (*aqid ashli*) dan terkadang merupakan wakil dari yang memiliki haq;
- b. *Ma'qud 'alaih* adalah benda-benda yang diakadkan, seperti benda-benda yang dijual dalam akad jual beli, dalam akad hibbah (pemberian), dalam akad gadai, utang yang dijamin seseorang dalam akad kafalah;
- c. *Maudhu' al 'aqd* adalah tujuan atau maksud pokok mengadakan akad. Berbeda akad, maka berbedalah tujuan pokok akad. Dalam akad jual-beli tujuan pokoknya ialah memindahkan barang dari penjual kepada pembeli dengan diberi ganti. Tujuan akad hubbah ialah memindahkan barang dari pemberi kepada yang diberi untuk dimiliki tanpa ada ganti (*'iwadh*). Tujuan pokok akad ijarah adalah memberi manfaat dengan adanya

⁶³ Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, RajaGrafindo Persada, Jakarta 2002, hlm 46-47.

pengganti. Tujuan pokok i'arah adalah memberikan manfaat dari seseorang kepada yang lain tanpa ada pengganti;

- d. *Shighat al'aqd* adalah ijab dan qabul, ijab adalah permulaan penjelasan yang keluar dari salah seorang yang berakad sebagai gambaran kehendaknya dalam mengadakan akad, sedangkan qabul adalah perkataan yang keluar dari pihak berakad pula, yang diucapkan setelah ijab. Pengertian ijab qabul dalam pengamalan dewasa ini adalah bertukarnya sesuatu dengan yang lain sehingga penjual dan pembeli dalam membeli sesuatu terkadang tidak berhadapan, seseorang yang berlangganan majalah Panjimas, pembeli mengirimkan uang melalui pos wesel dan pembeli menerima majalah tersebut dari petugas pos. Dalam ijab dan qabul harus memperhatikan : jelas pengertiannya, harus bersesuaian antara ijab dan qabul, dan menggambarkan kesungguhan kemauan pihak-pihak yang bersangkutan.

Akad menurut hukum islam ada beberapa syarat yang harus di perhatikan, ada beberapa macam syarat akad, yaitu :⁶⁴

1. Syarat terjadinya akad, adalah segala sesuatu yang disyaratkan untuk terjadinya akad secara syara'. Jika tidak memenuhi syarat tersebut maka perjanjian menjadi batal. Syarat ini terbagi menjadi dua bagian :
 - a. Umum, yakni syarat-syarat yang harus ada pada setiap akad. Syarat-syarat umum yang harus dipenuhi dalam berbagai akad :⁶⁵

⁶⁴ Rachmat Syafei, *Fiqih Muamalah*, Pustaka Setia, Bandung, 2001, hlm. 64-66.

⁶⁵ Hendi Suhendi, *Op.Cit.*, hlm.50.

- 1) Kedua orang yang melakukan akad cakap bertindak (ahli). Tidak sah akad orang yang tidak cakap bertindak, seperti orang gila, orang yang berada di bawah pengampuan (*mahjur*) karena boros atau yang lainnya;
 - 2) Yang dijadikan objek akad dapat menerima hukumnya;
 - 3) Akad itu diizinkan oleh syara', dilakukan oleh orang yang mempunyai hak melakukan walaupun dia bukan *aqid* yang memiliki barang;
 - 4) Janganlah akad itu akad yang dilarang oleh syara', seperti beli *mulasamah*;
 - 5) Akad dapat memberikan faidah sehingga tidaklah sah bila *rahn* dianggap sebagai imbalan *amanah*;
 - 6) Ijab itu berjalan terus, tidak dicabut sebelum terjadi kabul. Maka bila orang yang berijab menarik kembali ijabnya sebelum kabul, maka batallah ijabnya;
 - 7) Ijab dan qabul mestinya bersambungan sehingga bila seseorang berijab sudah berpisah sebelum adanya kabul, maka ijab tersebut menjadi batal.
- b. Khusus, yakni syarat-syarat yang harus ada pada sebagian akad, dan tidak disyaratkan pada bagian lainnya.
2. Syarat sah akad, adalah segala sesuatu yang diisyaratkan syara' untuk menjadi dampak keabsahan akad. Jika tidak terpenuhi, akad tersebut rusak. Ada kekhususan syarat sah akad pada setiap akad. Ulama Hanafiyah

mensyaratkan terhindarnya seseorang dari enam kecacatan dalam jual beli, yaitu kebodohan, paksaan, pembatasan waktu, perkiraan, ada unsur kemadaratan, dan syarat-syarat jual beli rusak (*fasid*);

3. Syarat pelaksanaan akad, ada dua syarat yaitu kepemilikan dan kekuasaan. Kepemilikan adalah sesuatu yang dimiliki oleh seseorang sehingga ia bebas beraktivitas dengan apa-apa yang dimilikinya sesuai dengan aturan syara'. Adapun kekuasaan adalah kemampuan seseorang dalam ber-*tasharuf* sesuai dengan ketentuan syara', baik secara asli, yakni dilakukan oleh dirinya, maupun sebagai pengganti (menjadi wakil seseorang). Dalam hal ini, disyaratkan antara lain :
 - a. Barang yang dijadikan akad harus kepunyaan orang yang akad, jika dijadikan, maka sangat bergantung kepada izin pemiliknya yang asli;
 - b. Barang yang dijadikan tidak berkaitan dengan kepemilikan orang lain.
4. Syarat kepastian hukum (*luzum*), diantara syarat *luzum* dalam jual beli adalah terhindarnya dari beberapa khiyar jual beli, seperti khiyar syarat, khiyar aib dan lain-lain. Jika *luzum* tampak, maka akad batal atau dikembalikan.

Dalam hukum perjanjian islam terdapat beberapa asas-asas perjanjian yang menjadi landasan penegakan dan pelaksanaan dalam perjanjiannya, yaitu :⁶⁶

1. Asas Ibadah (*Mabda' al-Ibahah*)

Asas ibadah adalah asas umum hukum islam dalam bidang muamalat, asas ini dirumuskan dalam adagium "*pada dasarnya segala sesuatu itu boleh dilakukan sampai ada dalil yang melarangnya*". Asas ini merupakan kebalikan dari asas yang berlaku dalam masalah ibadah. Dalam hukum islam, untuk tindakan-tindakan ibadah berlaku asas bahwa bentuk-bentuk ibadah yang sah adalah bentuk-bentuk ibadah yang disebutkan dalam dalil-dalil syari'ah. Orang tidak dapat membuat-buat bentuk ibadah baru yang tidak pernah ditentukan oleh Nabi Muhammad saw., bentuk-bentuk baru ibadah yang dibuat tanpa pernah diajarkan oleh Nabi Muhammad saw. itu disebut bid'ah dan tidak sah hukumnya.

Sebaliknya, dalam tindakan-tindakan muamalat berlaku asas ibadah, yaitu bahwa segala sesuatu itu sah dilakukan sepanjang tidak ada larangan tegas atas tindakan tersebut. Kaidah fiqh tersebut bersumber pada dua hadist berikut, yaitu :

a. Hadist riwayat al-Bazar dan at-Thabrani yang artinya :

"apa-apa yang dihalalkan Allah swt. adalah halal, dan apa-apa yang diharamkan Allah swt. adalah haram, dan apa-apa yang didiamkan adalah dimaafkan. Maka terimalah dari Allah swt. pemaaf_Nya. Sungguh Allah swt itu tidak melupakan sesuatupun".

⁶⁶ Syamsul Anwar, *Kontrak Dalam Islam* (makalah disampaikan pada Pelatihan Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syari'ah di Pengadilan Agama), Yogyakarta: Kerjasama Mahkamah Agung RI. Dan Program Pascasarjana Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2006, hlm. 83-92, dikutip dari Rahmani Timorita Yulianti, *Asas-Asas Perjanjian (Akad) dalam Hukum Kontrak Syari'ah*, Vol. II, No. 1, 2008, hlm.97.

b. Hadist riwayat Daruquthni, dihasankan oleh an-Nawawi yang artinya :

“sesungguhnya Allah swt. telah mewajibkan beberapa kewajiban, maka jangan kamu sia-siakan dia dan Allah swt. telah memerikan beberapa batas, maka janganlah kamu langgar dia, dan Allah swt. telah mengharamkan sesuatu maka janganlah kamu pertengkarkan dia, dan Allah swt. telah mendiamkan beberapa hal, maka janganlah kamu perbincangkan dia”.

Kedua hadist tersebut diatas menunjukkan bahwa segala sesuatunya adalah boleh atau *mubah* dilakukan. Kebolehan ini dibatasi sampai ada dasar hukum yang melarangnya. hal ini berarti bahwa islam memberikan kesempatan luas kepada yang berkepentingan untuk mengembangkan bentuk dan macam-macam transaksi baru sesuai dengan perkembangan zaman dan kebutuhan masyarakat selama tidak ada dalil-dalil yang melarangnya.

2. Asas kebebasan berakad (*mabda' hurriyah at-Ta'aqud*)

Hukum islam mengikuti kebebasan berakad, yaitu suatu prinsip hukum yang menyatakan bahwa setiap orang dapat membuat akad jenis apapun tanpa terikat dengan nama-nama yang telah ditentukan dalam undang-undang syari'ah dan memasukkan klausul apa saja kedalam akad yang dibuat sesuai dengan kepentingan sejauh tidak berakibat makan harta sesama jalan batil, dan tidak bertentangan dengan syari'ah islam. Kemudian timbulkan perikatan yang mengikat para pihak yang menyepakatinya dan harus dilaksanakan segala hak dan kewajibannya.

3. Asas konsensualisme (*mabda' ar-rada'iyah*)

Asas konsensualisme ini terkandung dalam QS. an-Nisa (4) ayat 29 :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (٢٩)

Artinya : “Wahai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama suka diantara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu, sesungguhnya Allah swt. adalah Maha Penyayang kepadamu”.

Dari ayat di atas dapat dipahami bahwa segala transaksi yang dilakukan haruslah atas dasar suka sama suka atau kesepakatan diantara para pihaknya, tidak diperbolehkan ada tekanan, paksaan, penipuan, dan kesesatan.

4. Asas keseimbangan

Dalam hukum perjanjian islam menekankan perlunya keseimbangan dalam perjanjian, baik keseimbangan antara apa yang diberikan dan keseimbangan dengan apa yang diterima maupun keseimbangan dalam memikul resiko. Asas keseimbangan antara apa yang diterima dan apa yang diberikan dalam transaksi tercermin pada dibatalkannya suatu akad yang mengalami ketidakseimbangan prestasi yang mencolok. Asas keseimbangan dalam memikul resiko tercermin dalam larangan terhadap transaksi riba, dimana dalam konsep riba hanya debitur yang memikul segala resiko atas kerugian usaha, sementara kreditur bebas sama sekali dan harus mendapat prosentase tertentu sekalipun pada saat dananya mengalami kembalian negatif.

5. Asas kemaslahatan (tidak memberatkan)

Dalam akad yang dibuat dengan asas kemaslahatan bertujuan untuk mewujudkan kemaslahatan bagi mereka dan tidak boleh menimbulkan kerugian (*mudharat*) atau keadaan memberatkan (*masyaqqah*). Apabila dalam pelaksanaan akad terjadi perubahan keadaan yang tidak dapat diketahui sebelumnya serta membawa kerugian yang fatal bagi pihak yang bersangkutan sehingga memberatkannya, maka kewajibannya dapat diubah dan disesuaikan kepada batas yang masuk akal.

6. Asas keadilan

Asas keadilan ini termuat dalam QS. Al-Hadid (57) ayat 25, disebutkan bahwa Allah swt. berfirman :

لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ (٢٥)

Artinya : “Sesungguhnya Kami telah mengutus rasul-rasul Kami dengan membawa bukti-bukti yang nyata dan telah Kami turunkan bersama mereka al-kitab dan neraca (keadilan) supaya manusia dapat melaksanakan keadilan”.

Dalam asas ini para pihak yang melakukan kontrak dituntut untuk berlaku benar dalam mengungkapkan kehendak dan keadaan, memenuhi perjanjian yang telah mereka buat, dan memenuhi semua kewajibannya.

3. Investasi (Penanaman Modal)

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), investasi adalah penanaman uang atau modal dalam suatu perusahaan untuk tujuan memperoleh

keuntungan.⁶⁷ Pengertian investasi lainnya dapat ditemukan antara lain dalam *Article 1139 North American Free Trade Agreement (NAFTA)*, yaitu :⁶⁸

1. Suatu perusahaan;
2. Efek yang bersifat penyertaan (*ekuitas*) dari suatu perusahaan;
3. Surat berharga yang dimiliki oleh suatu perusahaan:
 - a. Perusahaan tersebut mempunyai hubungan afiliasi dengan investor;
atau
 - b. Jatuh tempo surat berharga yang bersifat hutang setidaknya tiga tahun, tetapi tidak termasuk surat berharga yang bersifat hutang meskipun telah jatuh tempo, dari suatu perusahaan negara;
4. Suatu pinjaman kepada suatu perusahaan :
 - a. Perusahaan yang merupakan afiliasi dari investor, atau
 - b. Jatuh tempo pinjaman yang setidaknya tiga tahun, tetapi tidak termasuk pinjaman, terlepas dari jatuh tempo, untuk suatu perusahaan negara;
5. Suatu kepentingan didalam suatu perusahaan yang memberikan hak kepada pemiliknya untuk berbagi pendapatan atau laba perusahaan;
6. Suatu kepentingan di dalam suatu perusahaan yang memberikan hak kepada pemiliknya untuk memperoleh pembagian atas aset perusahaan pada saat pembubaran, selain surat berharga yang bersifat hutang atau pinjaman yang dikecualikan sebagaimana dimaksud dalam no. 3 atau no.4;

⁶⁷ <https://kbbi.web.id/investasi>, diakses pada hari kamis tanggal 3 Mei 2018 pukul 14.16.

⁶⁸ Siti Anisah dan Lucky Suryo Wicaksono, *Hukum Investasi*, Cetakan Pertama, FH UII Press, Yogyakarta, 2017, hlm. 4-5.

7. *Real estate* atau properti lainnya, baik yang berwujud atau tidak berwujud, yang diperoleh dengan harapan atau digunakan untuk keuntungan ekonomi atau keperluan bisnis lainnya; dan
8. Kepentingan yang timbul dari komitmen modal atau sumber daya lainnya di wilayah pihak yang kegiatan ekonominya di wilayah itu, seperti:
 - a. Kontrak yang melibatkan kehadiran properti investor dalam wilayah Pihak, termasuk *turnkey project*, atau kontrak konstruksi atau konsensi atau;
 - b. Kontrak yang remunerasinya tergantung secara substansial pada produksi, pendapatan atau laba suatu perusahaan; tetapi investasi tidak berarti:
 - 1) Tagihan atau piutang yang timbul semata-mata berasal dari kontrak komersial untuk penjualan barang atau jasa oleh perusahaan dalam negeri atau di wilayah pihak perusahaan di wilayah pihak lain; atau
 - 2) Pemberian kredit sehubungan dengan transaksi komersial, seperti pembiayaan perdagangan, selain pinjaman ditutupi pada no.4; atau
9. Tagihan atau piutang lain untuk uang, yang tidak termasuk dalam jenis kepentingan sebagaimana yang telah ditetapkan pada no.1 sampe no.8 di atas.

Istilah penanaman modal dapat disamakan dengan investasi. Istilah investasi lebih populer digunakan dalam dunia bisnis, sedangkan penanaman modal lebih banyak digunakan dalam bahasa perundang-undangan.⁶⁹ Penanaman

⁶⁹ *Ibid.*, hlm. 7.

modal di atur dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, yang menyebutkan bahwa penanaman modal adalah segala bentuk kegiatan penanaman modal, baik oleh penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia.⁷⁰

Berdasarkan pengertian itu, dapat ditemukan unsur penanaman modal, yaitu :⁷¹

1. Segala bentuk kegiatan menanam modal, maknanya adalah menjalankan perusahaan. Menjalankan perusahaan artinya melakukan suatu kegiatan usaha yang bersifat terus menerus, terang-terangan, dalam suatu kedudukan tertentu, dengan tujuan untuk memperoleh keuntungan.
2. Penanaman modal dibagi menjadi dua yaitu penanaman modal dalam negeri dan penanaman modal asing:
 - a. Penanaman modal dalam negeri adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal dalam negeri dengan menggunakan modal dalam negeri;
 - b. Penanaman modal asing adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal

⁷⁰ Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (selanjutnya disebut Undang-undang No. 25 Tahun 2007).

⁷¹ Siti Anisah dan Lucky Suryo Wicaksono, *Op.Cit.*, hlm. 8-9.

asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri.

Penanam modal dalam negeri disini adalah warga negara Indonesia, badan usaha Indonesia, pemerintahan Indonesia atau daerah yang melakukan penanaman modal di wilayah negara Republik Indonesia. Perseorangan warga negara Indonesia adalah orang atau penduduk Indonesia yang menanamkan modalnya dalam bidang usaha yang terbuka untuk penanaman modal dalam negeri.⁷² Badan usaha Indonesia adalah badan usaha yang berbentuk badan hukum, tidak berbadan hukum atau usaha perorangan, sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.⁷³ Badan usaha tidak berbadan hukum meliputi persekutuan perdata, persekutuan firma, dan persekutuan komanditer, selanjutnya badan usaha berbadan hukum meliputi Perseroan Terbatas (PT) dan Badan Usaha Milik Negara (BUMN).⁷⁴

Di dalam hukum positif Indonesia, ada dua jenis badan usaha yang telah diberikan status yuridis sebagai badan hukum, yaitu perseroan terbatas dan koperasi.⁷⁵ Sementara itu, yayasan yang merupakan badan sosial, keagamaan, dan kemanusiaan telah mendapat status yuridis sebagai badan hukum, sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.⁷⁶

⁷² Siti Anisa, dan Lucky Suryo Wicaksono, *Op.Cit.*, hlm. 41.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Salim dan Budi Sutrisno, *Hukum Investasi Indonesia*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2008, hlm.112.

⁷⁶ *Ibid.*

Asas-asas yang mendasari penanaman modal di Indonesia, adalah:⁷⁷

1. Asas kepastian hukum, artinya asas dalam negara hukum yang meletakkan hukum dan ketentuan peraturan perundang-undangan sebagai dasar dalam setiap kebijakan dan tindakan dalam bidang penanaman modal;
2. Asas keterbukaan, artinya asas yang terbuka terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang kegiatan penanaman modal;
3. Asas akuntabilitas, artinya asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari penyelenggaraan penanaman modal harus dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
4. Asas perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara, artinya asas perlakuan pelayanan nondiskriminasi berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan baik antara investor dalam negeri dan investor asing maupun antara penanaman modal dari satu negara asing dan penanaman modal dari negara asing;
5. Asas kebersamaan, artinya asas yang mendorong peran seluruh penanam modal secara bersama-sama dalam kegiatan usahanya untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat;
6. Asas efisiensi berkeadilan, artinya asas yang mendasari pelaksanaan penanaman modal dengan mengedepankan efisiensi berkeadilan dalam

⁷⁷ Pasal 3 Undang-Undang No.25 Tahun 2007, dikutip dari Siti Anisah dan Lucky Suryo Wicaksono, *Op.Cit.*, hlm. 15-17.

usaha untuk mewujudkan iklim usaha yang adil, kondusif, dan berdaya saing;

7. Asas berkelanjutan, artinya asas penanaman modal yang dilakukan dengan tetap memerhatikan dan mengutamakan perlindungan dan pemeliharaan lingkungan hidup;
8. Asas berwawasan lingkungan, artinya asas penanaman modal yang dilakukan dengan tetap memerhatikan dan mengutamakan perlindungan dan pemeliharaan lingkungan hidup;
9. Asas kemandirian, artinya asas penanaman modal yang dilakukan dengan tetap mengedepankan potensi bangsa dan negara dengan tidak menutup diri pada masuknya modal asing, demi terwujudnya pertumbuhan ekonomi;
10. Asas keseimbangan, kemajuan, dan kesatuan ekonomi nasional, artinya asas yang berupaya menjaga keseimbangan, kemajuan ekonomi wilayah dalam kesatuan ekonomi nasional.

Penanaman modal juga memiliki tujuan dalam penyelenggaraannya, antara lain untuk:⁷⁸

1. Meningkatkan pertumbuhan ekonomi nasional;
2. Menciptakan lapangan kerja;
3. Meningkatkan pembangunan ekonomi berkelanjutan;
4. Meningkatkan kemampuan daya saing dunia usaha nasional;
5. Meningkatkan kapasitas dan kemampuan teknologi nasional;

⁷⁸ Pasal 3 ayat (2) Undang-Undang Penanaman Modal, dikutip dari Siti Anisah dan Lucky Suryo Wicaksono, *Ibid.*, hlm. 17.

6. Mendorong pengembangan ekonomi kerakyatan;
7. Mengolah ekonomi potensial menjadi kekuatan ekonomi riil dengan menggunakan dana yang berasal, baik dari dalam negeri maupun dari luar negeri; dan
8. Meningkatkan kesejahteraan masyarakat.

Dalam pelaksanaan penanaman modal dengan kebutuhan yang berbeda-beda diantara para pihak penanam modal, tidak dipungkiri bahwa sengketa dalam penanam modal pasti terjadi. Berdasarkan Pasal 32 Undang-Undang Penanaman Modal, cara penyelesaian sengketa penanaman modal dapat ditempuh melalui beberapa cara sebagai berikut :⁷⁹

1. Musyawarah, berdasarkan Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), musyawarah adalah pembahasan bersama dengan maksud mencapai keputusan atas penyelesaian masalah.⁸⁰ Penyelesaian sengketa melalui musyawarah merupakan pilihan utama (*primum remidium*) bagi penyelesaian sengketa penanaman modal sebelum para pihak yang bersengketa baik sengketa antara negara penerima modal (*host country*) dengan investor maupun sengketa sesama investor;
2. Alternatif penyelesaian sengketa (*Alternatif Dispute Resolution*), dikenal juga dengan istilah penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Mekanisme alternatif penyelesaian sengketa dapat digunakan untuk menyelesaikan sengketa antara negara penerima modal (*host country*) dengan investor

⁷⁹ Siri Anisah, dan Lucky Suryo Wicaksono, *Op.Cit.*, hlm. 310-314.

⁸⁰ <https://kbbi.web.id/musyawah>, diakses pada hari Rabu tanggal 09 Mei 2018 pukul

maupun sengketa antara sesama investor sepanjang disepakati oleh para pihak yang bersengketa (*disputing parties*);

3. Arbitrase, adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar pengadilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Putusan arbitrase bersifat *final and binding*, sehingga dianggap memberikan kepastian hukum bagi para pihak yang bersengketa.