

**PRINSIP ITIKAD BAIK
DALAM PERJANJIAN ASURANSI YANG
BERKEADILAN**

OLEH:

Dr. Zahry Vandawati, S.H., M.H.

2014

PRINSIP ITIKAD BAIK DALAM PERJANJIAN ASURANSI YANG BERKEADILAN

Penulis :

Dr. Zahry Vandawati Chumaida, S.H, M.H



Diterbitkan dan dicetak Oleh :
PT REVKA PETRA MEDIA
Jl. Pucang Anom Timur no.5 Surabaya
Telp. 031-5051711 ; Fax. 031-5016848

e-mail: revkapetra.media@yahoo.com

14.12.101

ISBN : 978-602-1162-60-6

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002
Tentang Hak Cipta :

Hak cipta dilindungi undang-undang. Dilarang memperbanyak atau memindahkan sebagian atau seluruh isi buku ini ke dalam bentuk apapun, secara elektronik maupun mekanis, termasuk fotokopi, merekam, atau dengan teknik perekaman lainnya, tanpa izin tertulis dari penerbit, Undang-undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta, Bab XII Ketentuan Pidana, Pasal 72, AYAT (1), (2) DAN (6)

KATA PENGANTAR

Puji syukur kehadiran Allah SWT, pada akhirnya tulisan berjudul **PRINSIP ITIKAD BAIKDALAM PERJANJIAN ASURANSI YANG BERKEADILAN** selesai juga penulis susun. Buku ini berisikan pandangan penulis tentang bagaimana semestinya konsep itikad baik yang diatur dalam pasal 251 WvK, sehingga dapat memberikan keseimbangan dan keadilan bagi para pihak dalam perjanjian asuransi. Ketidakseimbangan kewajiban yang ada dalam pasal 251 WvK membuat pihak tertanggung menjadi tidak terlindungi dan pihak penanggung menjadi lepas dari tanggung jawab terhadap kewajiban yang sebenarnya harus dilaksanakan. Oleh karenanya berkaitan dengan hal tersebut penulis mengetengahkan akan pentingnya hak dan kewajiban prinsip itikad baik dalam setiap perjanjian khususnya perjanjian asuransi jiwa, karena pihak tertanggung telah mengalihkan risiko yang akan diderita kepada penanggung dengan membayar premi.

Akhir kata penulis berharap agar buku ini bermanfaat bagi pembacanya, pemerhati perkembangan hukum, serta tidak lupa penulis mengucapkan terimakasih kepada semua pihak

yang telah dengan tulus membantu penulis dalam menyelesaikan disertasi ini.

Penulis

DAFTAR ISI

BAB I Filosofi Asuransi.▶ 1

BAB II Konsep Keadilan Secara Umum▶ 17

BAB III Keadilan Menurut Pandangan Teori-teori▶ 33

3.1. Konsep Keadilan dalam Teori Hukum Klasik▶ 33

3.2. Konsep Keadilan Dalam Teori Hukum Modern▶ 45

BAB IV Prinsip Kepastian Hukum Dalam Perjanjian Asuransi▶ 61

BAB V Prinsip Kemanfaatan Dalam Perjanjian Asuransi▶ 81

BAB VI Itikad Baik Dalam Perjanjian Asuransi Jiwa▶ 85

6.1. Arti Penting Asas Itikad Baik▶ 85

6.2. Asas Itikad Baik Dalam Sistem Civil law dan Common Law▶ 99

6.2.1. Sistem Civil Law▶ 99

6.2.2. Sistem Common Law▶ 104

6.2.3. United Nations Convention on Contracts for International Sale Goods 1980, the Unidroit Principles of International Contracts 2004 dan Principles of European Contract Law▶ 108

BAB VII Penerapan Prinsip Itikad baik Dalam Perjanjian Asuransi▶ 117

BAB VIII Perjanjian Asuransi Yang Berkeadilan▶ 167

8.1. Asas Perjanjian▶ 167

8.2. Konstruksi Hukum Perjanjian Asuransi Yang Mengandung Nilai Tujuan Hukum ► 186

8.2.1. Bernilai Keadilan ► 188

8.2.2. Bernilai Kepastian Hukum ► 189

8.2.3. Bernilai Kemanfaatan ► 191

BAB I

FILOSOFI ASURANSI

Sebenarnya asuransi merupakan salah satu cara mengatasi sebuah risiko¹, yaitu dengan cara mengalihkan sebuah risiko (ketidakpastian). Sebelum membahas tentang risiko, maka terlebih dahulu akan dibahas tentang asuransi, dan mengapa muncul asuransi, dasar dari asuransi itu apa. Untuk itulah kita bicarakan terlebih dahulu filosofi dari asuransi.

Dalam sejarah perkembangan peradaban manusia, konsep yang mirip dengan filosofi asuransi sebenarnya telah dimulai sejak jaman kejayaan Yunani pada masa pemerintahan Alexander Agung. Selanjutnya pada masa Romawi juga terdapat berbagai perkumpulan yang mirip dengan konsep asuransi : seperti *Collegium Lambaesis* dan *Collegium*

¹Cara lain dalam mengatasi sebuah risiko adalah menghindari risiko, mencegah timbulnya risiko, dan menerima risiko tmembagi risiko, tersebut apa adanya. Periksa Agus Prawoto, *Hukum Asuransi dan Kesehatan Perusahaan Asuransi Berdasarkan Risk Base Capital (RBC) Guide Line Untuk Membeli Polis Asuransi Yang Tepat dari Perusahaan Asuransi Yang Benar*, BPFY-Yogyakarta, Yogyakarta, 2003, h. 16.

Tenuiorum.² Singkatnya para anggota memberikan sejumlah iuran yang dikumpulkan dan jika ada salah satu anggota yang memerlukan, seperti meninggal dunia, dan sebagainya akan diberikan semacam santunan.³

Konsep yang mirip asuransi sebenarnya juga sudah terbentuk dalam semangat gotong royong bangsa Indonesia sejak dulu. Asuransi modern masuk ke Indonesia sejak jaman penjajahan Belanda. Terkait dengan keberhasilan perusahaan dari negeri tersebut di sektor perkebunan dan perdagangan di Indonesia. Untuk memenuhi kebutuhan jaminan terhadap keberlangsungan usahanya, tentu diperlukan adanya asuransi. Perkembangan industri asuransi di Indonesia sempat vakum selama masa penjajahan Jepang. Sebagian besar perusahaan-perusahaan asuransi dewasa ini cikal bakalnya adalah sejak jaman penjajahan Belanda dan era awal kemerdekaan. Sebut saja misalnya Asuransi Jiwasraya, Asuransi Bumi Putera, Asuransi Jasa Raharja, Asuransi Jasa Indonesia dan lain sebagainya. Dari tahun ke tahun asuransi akan terus berkembang, dan lembaga asuransi akan semakin banyak, ini terjadi karena populasi manusia yang semakin banyak sehingga

²Radiks Purba, *Op. Cit.*, h. 11.

³*Ibid.*, h. 12.

kebutuhan akan perlindungan baik dari segi jiwa atau harta juga akan terus meningkat.

Asuransi itu dasarnya karena cinta kasih. Cinta kasih kepada orang-orang yang kita sayangi. Cinta kasih menurut kamus umum Poerwodarminto⁴, cinta adalah rasa sangat suka atau rasa sayang, sedangkan kata kasih merupakan perasaan sayang atau cinta yang menaruh belas kasihan. Demikian arti keduanya hampir bersamaan, sehingga kata kasih memperkuat rasa cinta. Karena itu, cinta kasih dapat diartikan sebagai perasaan suka atau sayang kepada seseorang yang disertai dengan menaruh belas kasihan. Cinta kasih walaupun mengandung arti hampir bersamaan, namun terdapat perbedaan juga antara keduanya. Cinta lebih mengandung pengertian mendalam rasa, sedangkan kasih diartikan lebih secara nyata atau perwujudan dari cinta itu sendiri, dengan kata lain cinta yang mendalam itulah kasih yang dapat diwujudkan secara nyata. Cinta memegang peranan yang sangat penting dalam kehidupan manusia, sebab cinta merupakan landasan dalam kehidupan perkawinan, pembentukan keluarga dan pemeliharaan anak, hubungan yang erat dimasyarakat dan hubungan manusiawi yang akrab. Ungkapan cinta mungkin

⁴Dimiyati.Staff.gunadarma.ac.id/./bab4-*manusia_dan_cinta_kasih*.pdf, h.55., diakses pada tanggal 12 Januari 2013.

digunakan untuk meluapkan perasaan berikut : perasaan terhadap keluarga, terhadap teman, sesama (biasa disebut kasih sayang atau *agape*), terhadap negara(patriotisme), terhadap bangsa (nasionalisme)

Menurut Erich Fromm menyebutkan, bahwa cinta itu memberi, bukan menerima.⁵Memberi merupakan ungkapan yang paling tinggi dan kemampuan. Salah satu unsur cinta⁶ adalah tanggung jawab dalam arti benar adalah sesuatu tindakan yang sama sekali suka rela dalam hubungan dengan keluarga. Hal ini juga ada dalam asuransi, bahwa asuransi dasarnya karena cinta, cinta kepada keluarga.

Pengertian kasih sayang menurut kamus umum bahasa Indonesia W.J.S Poerwodarminta yaitu perasaan sayang, perasaan cinta, atau perasaan suka kepada seseorang.⁷Kasih

⁵*Ibid*, h. 56.

⁶Unsur dari cinta adalah pengasuhan, tanggung jawab, perhatian dan pengenalan. Contoh pada pengasuhan adalah cinta seorang ibu pada anaknya. Tanggung jawabnya dalam arti benar adalah sesuatu tindakan yang sama sekali sukarela yang dalam kasus hubungan ibu dan anak bayinya menunjukkan penyelenggaraan atas hubungan fisik. Perhatian yang berarti memperhatikan bahwa pribadi lain itu hendaknya berkembang dan membuka diri sebagaimana adanya. Pengenalan yang merupakan keinginan untuk mengetahui rahasia manusia. Periksa Dimiyati. Staff. Gunadarma.ac.id/./bab4_manusia_dan_cinta_kasih.pdf. h 57, diakses 12 Januari 2013.

⁷*Ibid*, h. 62.

sayang merupakan pertumbuhan dari rasa cinta. Dalam kasih sayang masing-masing pihak dituntut tanggung jawab.

Keinginan kita untuk memberikan yang terbaik untuk pasangan hidup dan anak-anak tercinta merupakan suatu hal pengungkapan rasa sayang dan cinta kasih kepada orang yang kita sayangi. Hakikatnya kita bekerja untuk orang yang kita sayangi, namun bagaimana apabila kita meninggal dunia besok ?” seperti kisah Ustad Jefri al Bukhory yang meninggal akibat kecelakaan tunggal yang dialami pada dini hari Jum’at tanggal 27 April 2013 akibat kecelakaan tunggal yang dialaminya. Apakah keluarga yang ditinggalkan masih bisa menikmati kehidupan yang sama sejahteranya ketika masih ada beliau ditengah mereka, bagaimana dengan masa depan ke empat anak ?. Itulah peran asuransi jiwa yang bisa menjaga perjalanan masa depan keluarga seperti yang sudah direncanakan.

Asuransi jiwa dapat melindungi dari kesulitan keuangan saat peristiwa tidak pasti itu terjadi. Untuk itu dasar dari asuransi adalah cinta kasih sayang kepada orang-orang yang kita cintai. Mempunyai sebuah asuransi jiwa berarti memikirkan hidup orang yang kita cintai apabila risiko meninggal dunia pada diri kita, karena semua orang pasti akan mengalami meninggal dunia, kita hanya tidak pernah

mengetahui kapan itu akan terjadi. Asuransi jiwa adalah sebuah prioritas dan bukti cinta kasih kepada keluarga, manfaat asuransi jiwa dapat menjaga perjalanan masa depan seperti yang sudah direncanakan, walaupun sebagai pencari nafkah kita sudah tiada. Keluarga yang amat kita cintai dapat melangsungkan hidup lewat manfaat dari asuransi. Dapat terlihat dengan jelas bahwa segala sesuatu di dunia ini tidak pasti dan kita sebagai manusia hanya dapat meminimalisir ketidakpastian itu, “itulah asuransi”. Sebagai wujud cinta kasih kita kepada orang-orang yang menyayangi kita. Asuransi jiwa adalah wujud cinta kasih terhadap keluarga, yang lebih membutuhkan asuransi bukan diri kita tetapi keluarga kita. Jangan pernah mengatakan mencintai keluarga seumur hidupnya apabila kita memberikan proteksi terhadap nilai ekonomis jiwa kita dengan ikut asuransi. Sederhananya asuransi adalah cara mengalihkan sebuah risiko (ketidakpastian).

Dalam pandangan ekonomi, asuransi merupakan suatu metode untuk mengurangi risiko dengan cara mengalihkan dan mengkombinasikan ketidakpastian akan adanya kerugian

keuangan (financial).⁸ Asuransi dapat dikatakan merupakan lembaga yang digunakan sebagai salah satu cara dalam meminimalkan risiko yang dimiliki peserta, dengan cara pihak penanggung mengikatkan diri pada tertanggung dengan menerima premi asuransi, untuk memberikan penggantian kepada tertanggung karena kerugian, kerusakan atau kehilangan keuntungan yang mungkin terjadi dimasa yang akan datang.

Masyarakat Indonesia masih kerap kali salah dalam mengerti esensi dari berasuransi. Masyarakat Indonesia mengasuransikan dirinya saat mereka sakit, atau saat mereka dalam posisi yang tidak mengenakkan. Padahal apada dasarnya asuransi adalah suatu itikad baik, dimana ketika seseorang berasuransi mereka tidak mengharapkan keuntungan atau mendapatkan sesuatu dari hasil asuransi mereka. Seharusnya seseorang berasuransi pada waktu sehat bukan dalam keadaan sakit. Seseorang berasuransi karena ingin

⁸ Herman Darmawi, *Manajemen Risiko*, Bumi Aksara, Jakarta, 2002, h. 2.

memproteksi *value* yang tinggi yang di miliki seseorang tersebut.

Risiko adalah sesuatu yang tidak pasti dan tak ada satu orangpun yang tahu apakah kita akan menerima sebuah risiko. Dalam kasus inilah asuransi berperan untuk menjaga apa yang kita memiliki.

Ada yang mengatakan bahwa apabila ikut asuransi maka akan bisa untung, bisa rugi atau istilah dalam masyarakat buntung. Padahal tidak demikian dengan asuransi, apalagi asuransi jiwa. Hal ini dikarenakan perjanjian asuransi di dalam BW diklasifikasikan sebagai salah satu dari perjanjian untung-untungan sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 1774 BW yang berbunyi :

“Suatu persetujuan untung-untungan adalah suatu perbuatan yang hasilnya, mengenai untung-ruginya, baik bagi semua pihak, maupun bagi sementara pihak, bergantung kepada suatu kejadian yang belum tentu”

Perjanjian asuransi secara umum oleh BW disebutkan sebagai salah satu bentuk perjanjian untung-untungan, sebenarnya merupakan penerapan yang sama sekali tidak tepat. Dalam perjanjian untung-untungan tidak terdapat kemungkinan terjadinya pemenuhan prestasi secara seimbang, sehingga prestasi secara timbal balik tidak terpenuhi. Peristiwa yang

belum pasti terjadi itu merupakan syarat baik dalam perjanjian untung-untungan maupun dalam perjanjian asuransi. Perjanjian itu diadakan dengan maksud untuk memperoleh suatu kepastian atas kembalinya keadaan atau ekonomi seperti keadaan sebelum terjadi peristiwa. Batasan perjanjian asuransi secara formal terdapat dalam Pasal 246 KUHD. Perjanjian asuransi bukanlah perjanjian yang termasuk kedalam untung-untungan, alasannya adalah :

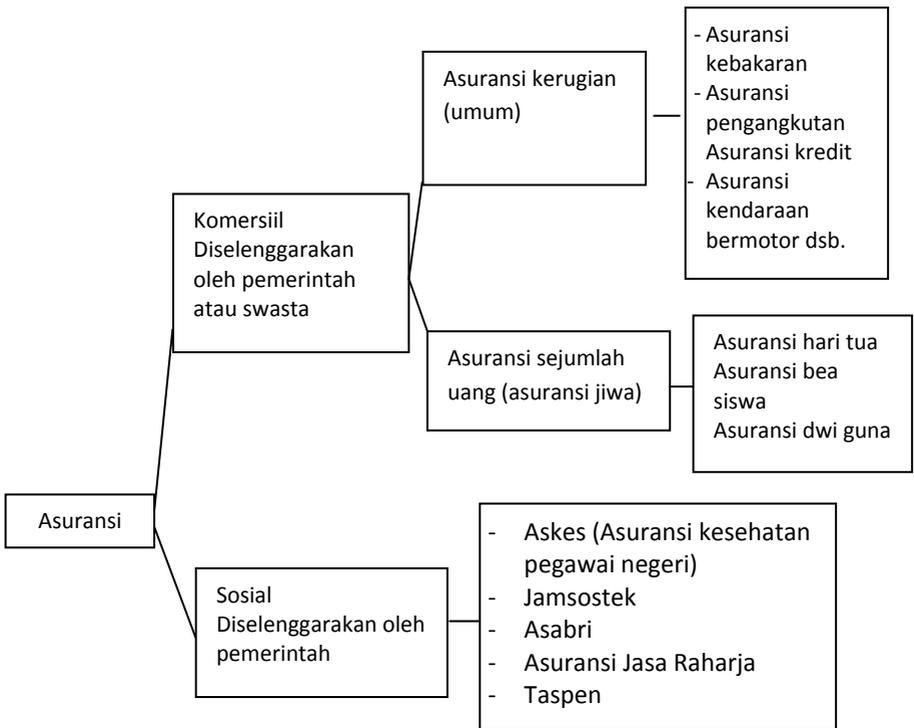
- a. Adanya pengalihan risiko diimbangi dengan premi yang di bayarkan, sehingga premi ini sebagai pengganti dari kerugian yang timbul.
- b. Kepentingan dalam perjanjian asuransi merupakan syarat mutlak pada saat terjadinya peristiwa tidak pasti.
- c. Kalaupun ada gugatan yang diajukan baik dari pihak penanggung maupun tertanggung, diselesaikan melalui pengadilan.
- d. Adanya suatu akibat hukum dari perjanjian tersebut, yaitu timbulnya hubungan timbal balik dalam perjanjian asuransi, yaitu timbulnya hak dan kewajiban dari masing-masing pihak.

Asuransi yang ada sekarang terbagi menjadi tiga macam asuransi yaitu asuransi sejumlah uang (asuransi jiwa),

asuransi kerugian, dan asuransi sosial. Asuransi jiwa dan asuransi kerugian diatur dalam KUHD, namun asuransi sosial pengaturannya diluar KUHD.

Sri Rejeki Hartono membagi jenis-jenis asuransi di Indonesia seperti bagan di bawah ini :⁹

Tabel.1 Penggolongan Asuransi



Dilihat dari berbagai jenis asuransi yang ada, penulis lebih memfokuskan pada asuransi jiwa. Hal ini dikarenakan

⁹Sri Rejeki Hartono I., *Op. Cit.*, h. 25.

pertumbuhan asuransi jiwa di Indonesia berkembang cukup pesat dan memainkan peranan yang cukup besar dalam perekonomian di Indonesia dewasa ini. Tidak dapat dipungkiri bahwa jiwa adalah sesuatu yang sangat penting untuk dilindungi dari malapetaka yang akan mungkin terjadi. Ketika pencari nafkah meninggal tanpa meninggalkan persiapan yang cukup bagi keluarganya, dapat dipastikan bahwa keluarga yang ditinggalkan tidak mampu menyesuaikan dan mempersiapkan diri dengan perubahan dalam kehidupannya yang diakibatkan oleh hilangnya penghasilan keluarga secara drastis dan tiba-tiba. Hal ini bisa disebut dengan kerugian ekonomi akibat meninggalnya pencari nafkah. Lain halnya apabila telah dipersiapkan dengan cara memiliki jaminan finansial dengan memiliki asuransi jiwa.

Ketika seorang menderita cacat akibat suatu kecelakaan sehingga tidak dapat bekerja lagi dan tidak mendapat penghasilan. Apabila orang tersebut memiliki asuransi dia akan terus dapat menjalankan kehidupannya dengan manfaat yang didapatkan dari asuransi jiwa yang dimilikinya. Hal tersebut diatas merupakan beberapa fakta kehidupan dan risiko yang terjadi di dunia ini. Asuransi jiwa dapat memberikan

perlindungan bagi tertanggung dan ahli warisnya apabila mengalami hal tersebut.

Asuransi jiwa adalah pengalihan risiko kematian (risiko yang tidak ada satu orangpun yang mengetahui kapan akan meninggal) dan jiwa seseorang ini dinilai berdasarkan nilai atau *value* yang dapat dihasilkan ketika mereka hidup. Asuransi kesehatan biasanya jadi pelengkap dalam asuransi jiwa, asuransi kesehatan cenderung bersifat *customize*, dalam arti segala penyakit yang ingin di *cover* tergantung dari keinginan pemegang polis namun tidak semua penyakit dapat di *cover* dikarenakan risikonya yang terlalu tinggi. Asuransi kesehatan saat ini biasanya menjadi manfaat tambahan (*rider*) dalam asuransi jiwa, dan yang terakhir adalah asuransi kerugian.

Kemudian dikenal pula asuransi kerugian, disini objek yang diasuransikan adalah benda, seperti mobil, rumah dan barang-barang berharga lainnya. Macam asuransi ini dilihat dari objek yang diasuransikan, semua objek yang diasuransikan akan disetarakan dengan nilai UP (Uang Pertanggungan). UP adalah sejumlah uang yang disetarakan dengan besarnya risiko yang memiliki nilai nominal yang telah disesuaikan dengan keadaan pemegang polis.

Di Indonesia sampai dengan tahun 2009, masyarakat yang mengasuransikan dirinya baru sekitar 11%, presentase ini paling kecil jika dibandingkan dengan Malaysia (60% penduduk memiliki asuransi), Singapura (80% penduduk memiliki asuransi).¹⁰Keadaan tersebut mencerminkan bahwa tingkat asuransi di Indonesia masih sangat kecil. Banyak orang berpendapat bahwa masyarakat masih takut mengikuti asuransi dengan berbagai alasan, misalnya takut rugi, karena asuransi mahal, padahal tarif premi asuransi bervariasi harganya dan lain sebagainya. Presentase yang sangat kecil ini merupakan peluang emas bagi para perusahaan asuransi (penanggung) untuk bersaing dan mendapatkan pasar yang seluas-luasnya.

Tahun 2012 terus berkembang dan meningkat menjadi 30%, kesadaran masyarakat akan pentingnya asuransi masih lemah, tapi melihat kenaikan yang sadar untuk ikut asuransi dari kelas menengah di Indonesia akan membesar.¹¹Pertumbuhan ini merupakan pasar yang potensial asuransi jiwa. Terdapat studi yang menyimpulkan bahwa tingkat kemakmuran suatu negara dapat dilihat dari

¹⁰ <http://bataviase.co.id/detailberita.html>, diakses pada tanggal 12 Januari 2013.

¹¹ <http://keuangan.kontan.co.id/news/prospek-asuransi-tahun-depan-cerah>, diakses tanggal 13 Januari 2013.

presentase masyarakatnya yang mengikuti asuransi, keduanya berbanding lurus.

Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya asuransi memberikan banyak manfaat, antara lain :

1. Pertama manfaat asuransi adalah jaminan

Yang dimaksudnya jaminan adalah dengan membayar premi maka penanggung akan mendapatkan sebuah jaminan. Misalkan pada hari tua, tertanggung akan diberikan jaminan sejumlah uang sebagai santunan biaya hidupnya.

2. Manfaat sosial, seperti yang dikemukakan oleh DS.

Hansel memberikan definisi atas asuransi yaitu *“Insurance may be defined as a social device providing financial compensation for the effect of misfortunes, the payments being made from the accumulated contributions of all parties participating in the scheme”*.¹² Dapat di artikan bahwa asuransi sebagai suatu rencana sosial yang bertujuan memberikan santunan kepada orang yang terkena dan tertimpa musibah dengan mengumpulkan kontribusi

¹²<http://elib.unikom.ac.id/files/disk1/518/jbptunikompp-gdl-dwipraseti-25889-4-babiii-x.,h.21.>, diakses pada tanggal 10 Januari 2013.

dari seluruh pihak yang berpartisipasi dalam asuransi tersebut (gotong royong).

3. Manfaat ekonomi

Yang dimaksud ekonomi adalah suatu disiplin ilmu tentang usaha manusia mencari kepuasan guna memenuhi kebutuhan dengan berusaha mendapatkan hasil yang semaksimal mungkin dengan pengorbanan yang seminimal mungkin. Namun upaya tersebut selalu mengandung risiko dalam mencapainya, manusia selalu dihadapkan dengan sebuah ketidakpastian, untuk meminimalisir risiko itu manusia akhirnya mengikuti asuransi.

4. Manfaat finansial, disini dikaitkan dengan segala premi yang dibayarkan itu diinvestasikan dalam bentuk deposito, surat berharga, aktifa tetap, dan lain-lain sehingga hasil investasi tersebut dapat menghasilkan penghasilan.

BAB II

KONSEP KEADILAN SECARA UMUM

Dalam perjanjian asuransi sangat diperlukan suatu keadilan yang seimbang dan tidak berat sebelah, sehingga teori keadilan dibutuhkan untuk menganalisis dan membahas permasalahan pertama, yaitu itikad baik dalam perjanjian asuransi yang berkeadilan. Keadilan merupakan suatu hal yang abstrak, bagaimana mewujudkan suatu keadilan jika tidak mengetahui apa arti keadilan. Untuk itu perlu dirumuskan definisi yang paling tidak mendekati dan dapat memberi gambaran apa arti keadilan. Studi keadilan merupakan hal yang utama, sebab keadilan adalah salah satu tujuan hukum, bahkan ada yang menyatakan sebagai tujuan utamanya.¹³ Mempelajari hukum tanpa mempelajari keadilan sama dengan mempelajari tubuh tanpa nyawa. Hal ini berarti menerima perkembangan hukum sebagai fenomena fisik tanpa melihat desain

¹³Mahmud MD, *Penegakan Hukum dan Tata Kelola Pemerintahan Yang Baik*, Makalah Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, h. 4.

rohnya.¹⁴ Akibatnya bisa dilihat bahwa studi hukum kemudian tidak berbeda dengan studi ilmu pasti rancang bangun yang kering dengan sentuhan keadilan. Selain itu, teori-teori keadilan dipergunakan untuk mengevaluasi substansi hukum yang mengatur tentang Perjanjian asuransi jiwa. Banyak orang mempertentangkan konsep keadilan dengan kepastian hukum, namun dalam teori keadilan harus dapat menjamin kepastian hukum didalamnya serta kemanfaatan.

Teori tentang keadilan sangat terkait dengan filsafat hukum sebagaimana disampaikan oleh E. Utrecht bahwa filsafat hukum memberikan jawaban atas pertanyaan-pertanyaan seperti: apakah hukum itu sebenarnya? (persoalan adanya tujuan hukum), apakah sebabnya kita mentaati hukum? (persoalan berlakunya hukum) dan apakah keadilan yang menjadi ukuran untuk baik buruknya hukum itu? (persoalan keadilan hukum). Pertanyaan-pertanyaan yang menjadi alat penyelidikan dalam filsafat hukum juga disampaikan oleh Kusumadi Pudjosewojo yaitu apakah tujuan dari hukum itu?

¹⁴Mohammad Nashihan dan Ronny F. Sompie, *Konsep Hukum*, terjemahan dari *Concept Law*, H.L.A. Hart, Cintya Press, Jakarta, 2011, 179.

Apakah semua syarat keadilan? Apakah keadilan itu? Bagaimana hubungan antara hukum dan keadilan?¹⁵

Kata filsafat sering dipersepsi sebagai sebuah teori tentang sesuatu, khususnya tentang bagaimana memperoleh pengertian yang luas tentang sesuatu tersebut. Padahal filsafat berasal dari kata “*philo*” yang berarti cinta dan “*Shopia*” yang berarti kebijaksanaan sehingga filsafat dapat diartikan secara etimologis mencinta kebijaksanaan atau cinta akan kebijaksanaan. Namun demikian, Theo Huijbers mendefinisikan filsafat sebagai suatu pengetahuan metodelis dan sistematis yang melalui jalan refleksi hendak menerangkan makna yang hakiki dari hidup dan dari gejala-gejala hidup sebagai bagian daripadanya. Oleh karena itu, filsafat hukum adalah filsafat yang menyelidiki gejala-gejala hukum yang timbul dimasyarakat dalam bentuk peraturan-peraturan yang menentukan hak dan kewajiban orang.¹⁶

Konsep keadilan sebenarnya sudah ada sejak dahulu. Teori hukum alam sejak Socrates hingga Francois Geny, tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori hukum alam mengutamakan “*the search for*

¹⁵ Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum* Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, h. 4-5.

¹⁶ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, 1995, h. 12

justice".¹⁷ Keadilan sebagai nilai moral universal telah lama menjadi salah satu kajian moral, baik dalam bidang hukum, sosial, politik, ekonomi, pendidikan dan lain-lain. Dalam teori keadilan John Rawls terdapat pokok-pokok pikiran tentang keadilan yang merupakan salah satu nilai moral yang menjadi pandangan hidup atau filsafat negara yang baik¹⁸, yang akan dijelaskan lebih lanjut di paragraf selanjutnya. Namun persoalannya adalah begitu banyaknya konsep tentang keadilan dan penafsiran terhadap makna adil, serta macam-macam dan bentuk keadilan, sehingga dalam penerapannya pun sering kali pula menimbulkan polemik. Menurut John Rawls, dalam mensikapi hal tersebut diperlukan adanya kesamaan pandangan dan kesepakatan dari berbagai unsur masyarakat yang terlibat, demi terwujudnya kehidupan sosial yang adil dan makmur. Di sisi lain kesamaan pandangan tentang keadilan saja juga tidak dapat menjamin terwujudnya keadilan sosial, tanpa dilandasi oleh itikad baik untuk melaksanakan prinsip keadilan sosial tersebut.¹⁹

¹⁷*Ibid.*, h. 196.

¹⁸Fadhilah, *Refkesi Terhadap Makna Keadilan Sebagai Fairness Menurut John Rawls dalam Perspektif KeIndonesiaan*, www.ejournal-unisma, h. 1, diakses pada tanggal 10 Februari 2013.

¹⁹*Ibid.*

Bicara keadilan maka pasti ada ketidakadilan, yang biasanya keduanya selalu disandingkan dan dalam konteks kajian hukum ada banyak contoh ketidakadilan yang merupakan antithese dari keadilan dalam bidang hukum misalnya di Indonesia, contohnya seperti kasus Prita ketidakadilan dalam pemberitaan, kasus seorang nenek yang mengambil 3 (tiga) buah kakao sehingga dikenakan hukuman pidana, ketidakadilan dalam pemecahan masalah hukum dan sebagainya. Terdapat banyak pendapat tentang keadilan. Definisi mengenai keadilan sangat beragam, dapat ditunjukkan dari berbagai pendapat yang dikemukakan oleh para pakar di bidang hukum yang memberikan definisi berbeda-beda mengenai keadilan. Ada beberapa definisi keadilan dari beberapa pendapat yang akan dijelaskan lebih lanjut. Definisi keadilan bisa dibagi menjadi 2 (dua) yaitu secara umum dan secara khusus.²⁰

Arti keadilan secara umum keadilan sering diartikan sebagai suatu sikap dan karakter. Sikap dan karakter yang membuat orang melakukan perbuatan dan berharap atas keadilan adalah keadilan, sedangkan sikap dan karakter yang membuat orang bertindak dan berharap ketidakadilan adalah

²⁰Inge Dwisvimiari, *Keadilan Dalam Perspektif Filsafat Ilmu*, Jurnal Dinamika Hukum, Vol.11 No.3 September 2011, h 4.

ketidakadilan. Pembentukan sikap dan karakter berasal dari pengamatan terhadap obyek tertentu yang bersisi ganda. Hal ini bisa berlaku dua dalil, yaitu;²¹

1. jika kondisi “baik” diketahui, maka kondisi buruk juga diketahui;
2. kondisi “baik” diketahui dari sesuatu yang berada dalam kondisi “baik”

Untuk mengetahui apa itu keadilan dan ketidakadilan dengan jernih, diperlukan pengetahuan yang jernih tentang salah satu sisinya untuk menentukan secara jernih pula sisi yang lain.

Secara umum dikatakan bahwa orang yang tidak adil adalah orang yang tidak patuh terhadap hukum (*unlawful, lawless*) dan orang yang tidak fair (*unfair*), maka orang yang adil adalah orang yang patuh terhadap hukum (*law-abiding*) dan fair.²² Karena tindakan memenuhi atau mematuhi hukum adalah adil, maka semua tindakan pembuatan hukum oleh legislatif sesuai dengan aturan yang ada adalah adil. Tujuan pembuatan hukum adalah untuk mencapai kemajuan kebahagiaan masyarakat. Maka, semua tindakan yang cenderung untuk memproduksi dan mempertahankan kebahagiaan masyarakat adalah adil.

²¹*Ibid.*, h.5.

²²Mohammad Nashihan, *Op. Cit.*, h. 180.

Dengan demikian keadilan bisa disamakan dengan nilai-nilai dasar sosial. Keadilan yang lengkap bukan hanya mencapai kebahagiaan untuk diri sendiri, tetapi juga kebahagiaan orang lain. Keadilan yang dimaknai sebagai tindakan pemenuhan kebahagiaan diri sendiri dan orang lain, adalah keadilan sebagai sebuah nilai-nilai. Keadilan dan tata nilai dalam hal ini adalah sama tetapi memiliki esensi yang berbeda. Sebagai hubungan seseorang dengan orang lain adalah keadilan, namun sebagai suatu sikap khusus tanpa kualifikasi adalah nilai. Ketidakadilan dalam hubungan sosial terkait erat dengan keserakahan sebagai ciri utama tindakan yang tidak fair. Keadilan sebagai bagian dari nilai sosial memiliki makna yang amat luas, bahkan pada suatu titik bisa bertentangan dengan hukum sebagai salah satu tata nilai sosial.

Keadilan dalam arti khusus terkait dengan beberapa pengertian berikut ini, yaitu²³:

- a. Sesuatu yang terwujud dalam pembagian penghargaan atau uang atau hal lainnya kepada mereka yang memiliki bagian haknya.

²³ Muchamad Ali Safa'at, *Pemikiran Keadilan Plato, Aristoteles, dan John Rawls*, diakses dari safaat.lecture.ub.ac.id, tanggal 29 Januari 2013.

Keadilan ini adalah persamaan diantara anggota masyarakat dalam suatu tindakan bersama-sama. Persamaan adalah suatu titik yang terletak diantara “yang lebih” dan “yang kurang” (*intermediate*). Jadi keadilan adalah titik tengah atau suatu persamaan relative (*arithmetical justice*). Dasar persamaan antara anggota masyarakat sangat tergantung pada sistem yang hidup dalam masyarakat tersebut. Dalam sistem demokrasi, landasan persamaan untuk memperoleh titik tengah adalah kebebasan manusia yang sederajat sejak kelahirannya. Dalam sistem oligarki dasar persamaannya adalah tingkat kesejahteraan atau kehormatan saat kelahiran. Sedangkan dalam sistem aristokrasi dasar persamaannya adalah keistimewaan (*excellent*). Dasar yang berbeda tersebut menjadikan keadilan lebih pada makna persamaan sebagai proporsi. Ini adalah satu spesies khusus dari keadilan, yaitu titik tengah (*intermediate*) dan proporsi.

b. Perbaikan suatu bagian dalam transaksi

Arti khusus lain dari keadilan adalah sebagai perbaikan (*rectification*). Perbaikan muncul karena adanya hubungan antara orang dengan orang yang dilakukan secara sukarela. Hubungan tersebut adalah sebuah keadilan apabila masing-masing memperoleh bagian sampai titik tengah (*intermediate*), atau suatu persamaan berdasarkan prinsip timbal balik (*reciprocity*). Jadi keadilan adalah persamaan, dan ketidakadilan adalah ketidaksetaraan. Ketidakadilan terjadi jika satu orang memperoleh lebih dari yang lainnya dalam hubungan yang dibuat secara sederajat. Untuk menyamakan hal tersebut hakim atau mediator melakukan tugasnya menyamakan dengan mengambil sebagian dari yang lebih dan memberikan kepada yang kurang sehingga mencapai titik tengah. Tindakan hakim ini dilakukan sebagai sebuah hukuman. Hal ini berbeda apabila hubungan terjalin bukan atas dasar kesukarelaan masing-masing pihak. Dalam hubungan yang tidak didasari ketidaksukarelaan

berlaku keadilan korektif yang memutuskan titik tengah sebagai sebuah proporsi dari yang memperoleh keuntungan dan yang kehilangan. Tindakan koreksi tidak dilakukan dengan semata-mata mengambil keuntungan yang diperoleh satu pihak diberikan kepada pihak lain dalam arti pembalasan. Seseorang yang melukai tidak diselesaikan dengan mengijinkan orang yang dilukai untuk melukai balik. Timbal balik dalam konteks ini dilakukan dengan pertukaran atas nilai tertentu sehingga mencapai taraf proporsi. Untuk kepentingan pertukaran inilah digunakan uang. Keadilan dalam hal ini adalah titik tengah antara tindakan tidak adil dan diperlakukan tidak adil.²⁴

Keadilan dan ketidakadilan selalui dilakukan atas kesukarelaan. Kesukarelaan tersebut meliputi sikap dan perbuatan. Pada saat orang melakukan tindakan secara tidak sukarela, maka tindakan tersebut tidak dapat dikategorikan

²⁴Kedua macam keadilan dalam arti khusus ini kemudian banyak disebut sebagai keadilan distributive dan keadilan konstitutif. Lihat Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum; Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, 1995, h. 137 – 149.

sebagai tidak adil ataupun adil, kecuali dalam beberapa cara khusus. Melakukan tindakan yang dapat dikategorikan adil harus ada ruang untuk memilih sebagai tempat pertimbangan. Sehingga dalam hubungan antara manusia ada beberapa aspek untuk menilai tindakan tersebut yaitu, niat, tindakan, alat, dan hasil akhirnya. Ketika (1) kecederaan berlawanan dengan harapan rasional, adalah sebuah kesalahan sasaran (*misadventure*), (2) ketika hal itu tidak bertentangan dengan harapan rasional, tetapi tidak menyebabkan tindak kejahatan, itu adalah sebuah kesalahan. (3) Ketika tindakan dengan pengetahuan tetapi tanpa pertimbangan, adalah tindakan ketidakadilan, dan (4) seseorang yang bertindak atas dasar pilihan, dia adalah orang yang tidak adil dan orang yang jahat.²⁵

Melakukan tindakan yang tidak adil adalah tidak sama dengan melakukan sesuatu dengan cara yang tidak adil. Tidak mungkin diperlakukan secara tidak adil apabila orang lain tidak melakukan sesuatu secara tidak adil. Mungkin seseorang rela menderita karena ketidakadilan, tetapi tidak ada seorangpun yang berharap diperlakukan secara tidak adil.

²⁵Abdurrahman Wahid, *Konsep-Konsep Keadilan*, <http://www.isnet.org/djoko/Islam/Paramadina/index>, diakses pada tanggal 6 Juli 2012.

Dengan demikian memiliki makna yang cukup luas, sebagian merupakan keadilan yang telah ditentukan oleh alam, sebagian merupakan hasil ketetapan manusia (keadilan hukum). Keadilan alam berlaku universal, sedangkan keadilan yang ditetapkan manusia tidak sama di setiap tempat. Keadilan yang ditetapkan oleh manusia inilah yang disebut dengan nilai. Bisa jadi semua hukum adalah universal, tetapi dalam waktu tertentu tidak mungkin untuk membuat suatu pernyataan universal yang harus benar. Sangat penting untuk berbicara secara universal, tetapi tidak mungkin melakukan sesuatu selalu benar karena hukum dalam kasus-kasus tertentu tidak terhindarkan dari kekeliruan. Saat suatu hukum memuat hal yang universal, namun kemudian suatu kasus muncul dan tidak tercantum dalam hukum tersebut, karena itulah persamaan dan keadilan alam memperbaiki kesalahan tersebut.

Keadilan memang menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari tujuan hukum itu sendiri, disamping kepastian hukum dan kemanfaatan. Bicara tentang keadilan merupakan kajian filsafat yang dapat dijadikan sebagai bagian utama dalam pencapaian tujuan hukum, mengingat konsep keadilan yang bersifat abstrak. Stamler maupun Kelsen menitikberatkan

keadilan sebagai tujuan hukum.²⁶Demikian pula Gustav Radburch yang mengatakan bahwa keadilan sebagai tujuan umum dapat diberikan arah yang berbeda-beda untuk mencapai keadilan sebagai tujuan dari hukum.²⁷Oleh karena itu fungsi hukum adalah memelihara kepentingan umum dalam masyarakat, menjaga hak-hak manusia, dan mewujudkan keadilan dalam hidup bersama.Ketiga tujuan tersebut tidak saling bertentangan, tetapi merupakan pengisian suatu konsep dasar, yaitu manusia harus hidup dalam suatu masyarakat dan masyarakat itu harus diatur oleh pemerintah dengan baik berdasarkan hukum.

Berbicara mengenai perjanjian yang berkeadilan selalu banyak pendapat diantara ahli hukum, terutama berkenaan dengan keadilan dalam perjanjian, khususnya dalam perjanjian asuransi yang dirasakan sangat penting bagi para pihak yang melakukan perjanjian.Itikad baik para pihak dalam melaksanakan perjanjian asuransi juga sangat diperlukan seperti aturan secara umum yang terdapat dalam BW dan KUHD dirasakan kurang memenuhi rasa keadilan.

²⁶ Inge Dwisvimiar, *Op. Cit.*, h. 5.

²⁷ Esmi Warasih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Suryandaru Utama, Semarang, 2005, h. 43.

Menurut teori klasik hukum perjanjian, asas itikad baik hanya dapat diterapkan dalam situasi dimana para pihak dalam perjanjian telah sepakat mengenai hal tertentu. Namun ajaran ini tidak melindungi pihak yang menderita kerugian dalam tahap pra-kontrak atau tahap perundingan, karena dalam tahap ini para pihak dalam perjanjian belum mencapai kesepakatan.²⁸

Dalam teori perjanjian yang modern cenderung menghapuskan syarat formal bagi kepastian hukum dan lebih menekankan kepada terpenuhinya rasa keadilan. Jack Beatson dan Daniel Friedmann, dalam bukunya *Good Faith and Fault in Contract Law*, menyebutkan bahwa “Another tendency of modern contract law is to dilute formal requirements and to attach greater weight to substantive fairness....”²⁹. Keadilan (*fairness*) disini menjadi patokan dan tujuan utama.

Prinsip keadilan yang harus dihormati oleh para pihak dalam mengadakan perjanjian, sebenarnya diwujudkan dalam keharusan beritikad baik oleh masing masing pihak.

²⁸ Ridwan Khairandy, *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta 2003, h. 129-130.

²⁹ Jack Beatson dan Daniel Friedmann ed., *Good Faith and Fault in Contract law*, Oxford University Press Inc., New York, 2001, h.15.

Pelaksanaan itikad baik pada hakikatnya merupakan bentuk kehormatan dalam menjunjung keadilan.

Salah satu tujuan hukum adalah keadilan. Teori etis, menyatakan bahwa hukum semata-mata bertujuan untuk mencapai keadilan.³⁰ Subekti mengatakan bahwa hukum itu mengabdikan kepada tujuan negara, yaitu mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan para rakyatnya. Tujuan negara tersebut dilaksanakan dengan menyelenggarakan keadilan, disamping itu juga ketertiban juga sebagai syarat pokok untuk mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan.³¹

Soerjono Soekanto menyatakan bahwa tujuan dari kaedah hukum adalah kedamaian hidup antar pribadi, yang meliputi ketertiban ekstern antar pribadi dan ketengangan intern pribadi. Tujuan ini berkaitan erat dengan dwi-tunggal tugas hukum yaitu memberikan kepastian dan kesebandingan dalam hukum.³² Kesebandingan (*equity*) merupakan ungkapan lain dari keadilan (*fairness*), bahwa masing-masing pihak harus menjalankan hak dan kewajibannya secara

³⁰ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum : Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2002, h.71. (Selanjutnya disebut dengan Sudikno Mertokusumo I).

³¹ *Ibid*, h. 74-75.

³² Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka, *Perihal Kaedah Hukum*, cet. 6, Bandung, Citra Aditya Bakti, 1993, h.50-51.

proporsional (*evenredigheid*) dan adil (*bilijkheid*) di hadapan hukum.³³

Keadilan merupakan unsur yang sangat penting dalam penegakan hukum. Masyarakat sangat berkepentingan bahwa dalam penegakan hukum atau pelaksanaan hukum, keadilan harus senantiasa diperhatikan. Intinya dalam melaksanakan penegakan hukum harus dilakukan dengan adil³⁴.

³³ *Ibid.*

³⁴ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab Bab Tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, h.1-2. (Selanjutnya disebut dengan Sudikno Mertokusumo II). Selain Keadilan (*gerechtigheid*), unsur lain yang penting dalam penegakan hukum adalah kepastian hukum (*rechtssicherheit*) dan kemanfaatan (*zweckmassigkeit*). Kepastian hukum menggambarkan apa yang seharusnya berlaku, tanpa diperbolehkan adanya penyimpangan. Kepastian hukum merupakan perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum karena adanya kepastian hukum akan tercipta ketertiban, sesuai dengan tujuan hukum itu sendiri. Sebaliknya, masyarakat mengharapkan manfaat penegakan hukum karena pada dasarnya hukum diciptakan untuk kepentingan manusia guna memberikan manfaat bagi masyarakat. Jangan sampai penegakan hukum justru menimbulkan keresahan di dalam masyarakat.

BAB III

KONSEP DAN TEORI KEADILAN

3.1. Konsep Keadilan dalam Teori Hukum Klasik

Dibawah ini akan diuraikan beberapa pendapat dan pemikiran tentang keadilan dalam hukum seperti Plato, Aristoteles³⁵, Thomas Aquinas³⁶ dan John Rawls. Plato³⁷ dan

³⁵Aristoteles adalah murid Plato, pada dasarnya mengikuti pemikiran Plato, ketika Aristoteles mulai mempersoalkan tentang keadilan dan kaitannya dengan hukum positif. Namun yang membedakan diantara mereka, bahwa Plato dalam mendekati problem keadilan dengan sudut pandang yang bersumber dari inspirasi, sementara Aristoteles mendekati dari sudut pandang yang rasional. Yang menghubungkan keduanya adalah, bahwa keduanya sama-sama berupaya membangun konsep tentang nilai keutamaan (*concept of virtue*), yang bertujuan untuk mengarahkan manusia kepada suatu kecondongan, yang pada dasarnya telah menjadi problem utama dalam pemikiran hukum kodrat, tentang arah yang baik atau arah yang buruk, berdasarkan nilai keadilan atau tiadanya keadilan.

³⁶Thomas Aquinas (1225-1275) adalah seorang rohaniwan Gereja Katolik yang lahir di Italia, seorang doktor filsafat dan Theologi. Dalam membahas arti hukum Thomas mulai membedakan anatara hukum-hukum yang berasal dari wahyu dan hukum-hukum yang dijangkau oleh akal budi itu sendiri. Hukum yang didapati dari wahyu disebut “hukum ilahi positif (*ius dinivinum positivum*). Hukum yang diketahui berdasarkan kegiatan akal budi ada beberapa macam. Pertama-tama terdapat “hukum alam” (*ius natural*), kemudian juga “hukum bangsa-bangsa” (*ius genetium*), akhirnya “hukum positif manusiawi” (*ius positivum humanum*)

Aristoteles mewakili pemikiran dari masa klasik yang meletakkan dasar bagi keadilan. Thomas Aquinas menjelaskan yang bertitik tolak dari ide-ide dasar filsafat Aristoteles, sedangkan John Rawls merupakan wakil pemikiran dari masa modern yang menegaskan dengan cara memetakan dua arus utama pemikiran keadilan di atas.

Plato merupakan seorang filsuf Yunani kuno yang menjadi orang pertama kali yang mendalami keadilan. Plato mengatakan bahwa filsuf yang pantas menjadi raja atau seorang raja yang memiliki jiwa filsafat adalah seorang penguasa yang karena sifat dasarnya paling cocok melihat apa keadilan itu dan bagaimana keadilan harus dicapai dalam negara. Plato mendefinisikan keadilan sebagai “*The suprema virtue of the good state*” (kebijakan tertinggi dari negara yang baik), artinya orang yang adil adalah orang yang mampu mengendalikan diri yang perasaan hatinya dikendalikan oleh akal, oleh sebab itu pendapat Plato tersebut disebut keadilan

³⁷Plato adalah seorang pemikir idealis abstrak yang mengakui kekuatan-kekuatan diluar kemampuan manusia sehingga pemikiran irasional masuk dalam filsafatnya, demikian pula halnya dengan masalah keadilan. Konsepsi keadilan Plato dapat dilihat dalam bukunya *The Republik* terjemahan Benjamin Jowett. Dalam bagian awal buku ini Plato mengetengahkan dialog antara Socrates dengan Glaucon tentang makna keadilan.

moral (*moral justice*). Selain itu Plato juga berbicara keadilan prosedural merupakan implementasi keadilan moral. Pendekatan moral sangat tampak, dan hal ini dapat dilihat dari pemikiran Plato yang mendefinisikan bahwa keadilan terwujud pada kenyataan dimana setiap orang menjalankan tugasnya masing-masing dan tidak suka bikin keributan. Satu negeri dikatakan adil jika para pedagang, pembantu dan pemimpin melaksanakan tugasnya masing-masing tanpa mencampuri urusan kelompok lain.³⁸

Berdasarkan definisi Plato ini ada 2 hal yang dapat disimak yaitu :

1. Definisi itu memungkinkan ketidaksetaraan kekuasaan dan hak istimewa, tanpa harus berarti tidak adil. Golongan pemimpin mendapatkan semua kekuasaan, sebab merekalah yang dianggap paling bijaksana.
2. Definisi Plato tersebut mengandalkan bahwa negara harus diselenggarakan menurut cara-cara tradisional, atau menurut cara-cara yang ia anjurkan untuk dapat merealisasikan sejumlah cita-cita etis seutuhnya.³⁹

³⁸ Bertand Rusell, *Sejarah Filsafat Barat, Kaitannya dengan Kondisi Sosio Politik Zaman Kuno hingga Sekarang*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2002, h. 153.

³⁹ *Ibid*, h. 154-156.

Pada kenyataannya dapat muncul persoalan apa sebenarnya yang menjadi tugas masing-masing, siapa yang menentukan pembagian tugas untuk masing-masing, pembagian tugas itu berlaku abadi atau dapat berubah. Sumber ketidakadilan adalah adanya perubahan dalam masyarakat.⁴⁰ Masyarakat memiliki elemen-elemen prinsipal yang harus dipertahankan, yaitu:

1. Pemilahan kelas-kelas yang tegas; misalnya kelas penguasa yang diisi oleh para penggembala dan anjing penjaga harus dipisahkan secara tegas dengan domba manusia.
2. Identifikasi takdir negara dengan takdir kelas penguasanya; perhatian khusus terhadap kelas ini dan persatuannya; dan kepatuhan pada persatuannya, aturan-aturan yang rigid bagi pemeliharaan dan pendidikan kelas ini (maksudnya golongan pemimpin), dan pengawasan yang ketat serta kolektivisasi kepentingan-kepentingan anggotanya.⁴¹

Berdasarkan elemen-elemen prinsipal ini, elemen-elemen lainnya dapat diturunkan, misalnya berikut ini:

1. Kelas penguasa punya monopoli terhadap semua hal seperti keuntungan dan latihan militer, dan hak memiliki senjata dan menerima semua bentuk pendidikan, tetapi kelas penguasa ini tidak

⁴⁰<http://alisafaat.wordpress.com/2008/04/10/pemikiran-keadilan-plato-aristoteles-dan-john-rawls>, diakses pada tanggal 6 April 2012

⁴¹ Karl R. Popper, *Masyarakat Terbuka dan Musuh-Musuhnya*, (The Open Society and Its Enemy), diterjemahkan oleh: Uzair Fauzan, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2002, h. 110.

- diperkenankan berpartisipasi dalam aktivitas perekonomian, terutama dalam usaha mencari penghasilan,
2. Harus ada pengawasan terhadap semua aktivitas intelektual kelas penguasa, dan propaganda terus-menerus yang bertujuan untuk menyeragamkan pikiran-pikiran mereka. Semua inovasi dalam pendidikan, peraturan, dan agama harus dicegah atau ditekan.
 3. Negara harus bersifat mandiri (*self-sufficient*). Negara harus bertujuan pada otonomi ekonomi (kemandirian ekonomi), jika tidak demikian, para penguasa akan bergantung pada para pedagang, atau justru para penguasa itu sendiri menjadi pedagang. Alternatif pertama akan melemahkan kekuasaan mereka, sedangkan alternatif kedua akan melemahkan persatuan kelas penguasa dan stabilitas negaranya.⁴²

Untuk mewujudkan keadilan masyarakat harus dikembalikan pada struktur aslinya. Tugas ini adalah tugas negara untuk menghentikan perubahan. Keadilan bukan mengenai hubungan antara individu melainkan hubungan individu dan negara, bagaimana individu melayani negara.

Keadilan juga dipahami secara metafisis keberadaannya sebagai kualitas atau fungsi makhluk super manusia, yang sifatnya tidak dapat diamati oleh manusia. Konsekuensinya ialah, bahwa realisasi keadilan digeser ke dunia lain, di luar

⁴²*Ibid.*

pengalaman manusia; dan akal manusia yang esensial bagi keadilan tunduk pada cara-cara Tuhan yang tidak dapat diubah atau keputusan-keputusan Tuhan yang tidak dapat diduga.⁴³ Oleh karena inilah, Plato mengungkapkan bahwa yang memimpin negara seharusnya manusia super, yaitu *the king of philosopher*.⁴⁴

Ajaran keadilan menurut Plato, merupakan bagian dari *cardinal virtue* atau kebajikan pokok yang terdiri dari 4 (empat) jenis, yaitu keadilan (*justice*), kebijaksanaan (*wisdom*), keberanian (*courage*), dan penguasaan diri (*self control*). Namun Aristoteles menganggap bahwa keadilan itu bukan bagian dari *virtue*, tetapi meliputi keseluruhan. Berbuat *virtue* berarti berbuat keadilan.⁴⁵

Generasi berikutnya yang secara rinci membahas keadilan adalah Aristoteles. Aristoteles merupakan murid dari Plato, Aristoteles adalah peletak dasar rasionalitas dan empirisme. Adanya dunia sollen yang selaras dan tercipta secara final itu hanya dalam pikiran manusia, karena akal atau

⁴³W. Friedmann, *Teori dan Filsafat Hukum, (Legal Theori)*, Susunan I, diterjemahkan oleh Mohamad Arifin, Cetakan kedua, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993, h. 117.

⁴⁴Deliar Noer, *Pemikiran Politik Di Negeri Barat*, Cetakan II, Edisi Revisi, Pustaka Mizan, Bandung, 1997, h. 1-15.

⁴⁵Burhanudin Salam, *Etika Sosial, Asas Moral Dalam Kehidupan Manusia*, Rineka Cipta, Jakarta, 1997, h. 118.

pikiran itu pada dasarnya merupakan organ pengenalan metafisika,⁴⁶ sehingga apapun ilmu yang dikembangkan harus tumbuh dengan nilai-nilai, keduanya harus menyatu satu dengan yang lain. Menurut Aristoteles menyatakan bahwa hukum harus diluruskan penegakannya sehingga memberikan keseimbangan yang adil terhadap orang-orang yang mencari keadilan. Dalam keseimbangan yang berkeadilan ini semua orang mempunyai kedudukan yang sama dan diperlakukan sama pula (seimbang) dihadapan hukum.⁴⁷

Aristoteles menerangkan keadilan dengan ungkapan “*justice consist in treating equals aqually and unequalls unequally, in proportion to their inequality*”. Untuk hal-hal yang sama diperlakukan secara sama, dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama secara proporsional.⁴⁸ Berangkat dari pendapat Aristoteles tersebut, dalam teori modern dikenal pandangan bahwa hasrat akan persamaan dalam bentuk perlakuan harus membuka mata bagi ketidaksamaan dari kenyataan-kenyataan.

⁴⁶ Joko Siswanto, *Sistem Metafisika Barat :dari Aristoteles sampai Derida*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1998, h. 1-18.

⁴⁷ Satjipto Raharjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1994, h. 87.

⁴⁸ O. Notohamidjojo, *Masalah Keadilan*, Tirta Amerta, Semarang, 1981, h. 7.

Pendapat Aristoteles tentang keadilan bisa kita dapatkan dalam karyanya *nichomachean ethics, politics*, dan *rethoric*. Lebih khususnya, dalam buku *nicomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan, yang berdasarkan filsafat umum Aristoteles, mesti dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan.⁴⁹ Yang sangat penting dalam pandangan Aristoteles, keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan. Namun Aristoteles membuat perbedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang sekarang biasa kita pahami tentang kesamaan dan yang kita maksudkan ketika kita mengatakan bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya, dan sebagainya.

Aristoteles juga membagi jenis keadilan menjadi keadilan distributif dan keadilan korektif, yang pertama berlaku dalam hukum publik, sedangkan yang kedua dalam

⁴⁹ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Nuanda Nusamedia, Bandung, 2004, h. 24

hukum perdata dan pidana.⁵⁰ Keadilan distributif dan korektif sama-sama rentan terhadap kesamaan dan kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya. Dalam wilayah keadilan distributif, yang paling penting adalah imbalan yang sama rata atas pencapaian yang sama rata.

Keadilan menurut Aristoteles *adalah justice is political virtue, by the rules of it the state is regulated and these the criterion of what is right.*⁵¹ Keadilan adalah kebijakan atau kebijaksanaan politik, yang diatur dengan peraturan yang dibuat oleh negara dan aturan tersebut berupa criteria tentang apa yang benar. Berdasarkan sifatnya Aristoteles membedakan keadilan menjadi dua macam yaitu keadilan umum dan utama⁵². Pembentukannya diidentifikasi dengan keseluruhan kebenaran, kebaikan lengkap, dan pandangan hukumnya meliputi seluruh jangkauan aktivitas manusia. Hal ini terlalu luas untuk dapat dijangkau sehingga keadilan umum dapat diterima dengan kesesuaian hukum. Menyetujui tuntutan keadilan perlu meyakinkan bahwa semua yang dilibatkan telah

⁵⁰ E Sumaryono, *Etika dan Hukum : Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Kanisius, Yogyakarta, 2002, h. 92.

⁵¹ *Jurisprudence*, L.B. Curzon, M& E Hand Boek, United Kingdom, 1978, h. 37

⁵² Theo Huijebbers, *Op.Cit*, h. 29.

dipertimbangkan dan tidak seorangpun diberi preferensi pada dasar yang tidak relevan.⁵³

Keadilan utama atau keadilan khusus Aristoteles membagi menjadi 2 (dua), yaitu keadilan distributif dan keadilan korektif atau komutatif. Keadilan distributif atau *justitia distributiva*; adalah suatu keadilan yang memberikan kepada setiap orang didasarkan atas jasa-jasanya atau pembagian menurut haknya masing-masing. Keadilan distributif berperan dalam hubungan antara masyarakat dengan perorangan. Keadilan distributif, adalah keadilan yang ditentukan oleh pembuat undang-undang, distribusinya memuat jasa, hak, dan kebaikan bagi anggota-anggota masyarakat menurut prinsip kesamaan proporsional.⁵⁴ Keadilan distributif menuntut bahwa setiap orang mendapat apa yang menjadi hak atau jatahnya : *suum cuique tribuere* atau *to each his own*. Keadilan distributif harus mempertimbangkan perbedaan individu. Pada dasarnya keadilan distributif selanjutnya menjadi ukuran kebaikan. Menurut Aristoteles kebaikan diinterpretasikan secara berbeda dalam masyarakat yang berbeda, standar, disesuaikan dalam perbedaan masyarakatnya.

⁵³ *Ibid*, h. 30.

⁵⁴ Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum, Sejarah, Aliran dan Pemaknaan*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2006, h. 45.

Keadilan kumulatif atau *justitia cummulativa* adalah suatu keadilan yang diterima oleh masing-masing anggota tanpa mempedulikan jasa masing-masing. Tujuan keadilan komutatif, yaitu memperbaiki keseimbangan yang terganggu dalam bentuk kompensasi sebagai akibat yang ditimbulkan dan pelanggaran kepercayaan atau sebaliknya. Prinsip keadilan komutatif adalah kesamaan aritmatika, dimana kelompok-kelompok diperlukan secara samad an tujuan penilaian ada di antara keuntungan dan kerugian. Keadilan ini didasarkan pada transaksi (*sunallagamata*) baik yang sukarela atau tidak. Sudikno mertokusumo berpendapat bahwa keadilan komutatif itu sebagai suatu usaha memberi kepada setiap orang sama banyaknya⁵⁵. Keadilan ini terjadi pada lapangan hukum perdata, misalnya dalam perjanjian tukar-menukar.

Itikad baik merupakan ketentuan yang mendasarkan dirinya kepada keadilan, yakni keadilan sebagai kepatutan. Konsep ini sendiri secara langsung mengacu kepada kepatutan yang dikemukakan Aristoteles.⁵⁶

Selanjutnya Thomas Aquinas menjelaskan tentang pemahaman mengenai keadilan proporsional. Thomas Aquinas menyatakan bahwa keadilan diperlukan untuk mengatur

⁵⁵ Sudikno Mertokusumo I, *Op Cit*, h. 59-60.

⁵⁶ Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit*, h.158.

hubungan antar manusia dalam hal *iustum*, yaitu mengenai apa yang sepatutnya bagi orang lain menurut sesuatu kesamaan proporsional (*aliquod opus adaequantum alteri secundum aliquem aequalitatis modum*)⁵⁷. Keadilan menurut Thomas Aquinas (filsuf hukum alam), membedakan keadilan dalam dua kelompok :

- Keadilan umum (*justitia generalis*); Keadilan umum adalah keadilan menurut kehendak undang-undang, yang harus ditunaikan demi kepentingan umum.
- Keadilan khusus; Keadilan khusus adalah keadilan atas dasar kesamaan atau proporsionalitas. Keadilan ini dibedakan menjadi yaitu⁵⁸:
 1. Keadilan distributif (*justitia distributiva*) adalah keadilan yang secara proporsional yang diterapkan dalam lapangan hukum publik secara umum.
 2. Keadilan komutatif (*justitia cummulativa*) adalah keadilan dengan mempersamakan antara prestasi dengan kontraprestasi. Keadilan ini juga sering disebut sebagai keadilan tukar menukar.
 3. Keadilan vindikatif (*justitia vindicativa*) adalah keadilan dalam hal menjatuhkan hukuman atau ganti

⁵⁷ Theo Huijebbers, *Op. Cit*, h. 42.

⁵⁸ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Op.Cit*, h 156-157.

kerugian dalam tindak pidana. Seseorang dianggap adil apabila ia dipidana badan atau denda sesuai dengan besarnya hukuman yang telah ditentukan atas tindak pidana yang dilakukannya.

4. Keadilan legal (*justitia legalis*) adalah keadilan legal yang menyangkut keseluruhan hukum, sehingga dapat dikatakan bahwa keadilan tadi terkandung dalam keadilan legal ini. Keadilan legal menuntut orang tunduk pada semua undang-undang, oleh karena undang-undang itu menyatakan kepentingan umum. Dengan mentaati hukum adalah sama dengan bersikap baik dalam segala hal, maka keadilan legal disebut keadilan umum (*justitis generalis*)

3.2. Konsep Keadilan Dalam Teori Hukum Modern

Konsep keadilan menurut John Rawls bahwa keadilan harus dapat ditegakkan apabila negara melaksanakan asas keadilan, berupa setiap orang hendaknya memiliki hak yang sama untuk mendapatkan kebebasan dasar (*basic liberties*); dan perbedaan sosial ekonominya hendaknya memberikan manfaat yang besar bagi mereka yang berkedudukan paling tidak beruntung, dan bertalian dengan jabatan serta kedudukan

yang terbuka bagi semua orang berdasarkan persamaan kesempatan yang layak. Jadi keadilan menurut John Rawls adalah ukuran yang harus diberikan untuk mencapai keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan bersama. John Rawls merupakan pendukung keadilan formal, yang secara konsisten menempatkan konstitusi dan hukum sebagai basis pelaksanaan hak dan kewajiban individu dalam interaksi sosial. Keadilan yang berbasis peraturan bahkan bersifat administratif formal penting karena pada dasarnya memberikan suatu jaminan minimum bahwa setiap orang dalam kasus sama harus diperlakukan sama⁵⁹. Eksistensi masyarakat sangat tergantung pada pengaturan formal melalui hukum serta lembaga-lembaga pendukungnya. Jika peraturan hukum sangat penting, konsistensi dari para penegak hukum dan pelaksanaan hukum tuntutan mutlak. Konsistensi penerapan peraturan hukum, meski tidak adil masih dapat membantu masyarakat melindungi dirinya sendiri dari berbagai konsekuensi buruk.⁶⁰ Keadilan formal tidak dapat sepenuhnya mendukung dan mendorong terciptanya masyarakat yang tertata baik atau *well-ordered society*. Konsep keadilan hanya

⁵⁹John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge Massacusetts, Harvard University Press, 1971, h. 27 .

⁶⁰*Ibid.*, h 59.

dapat secara efektif mengatur masyarakat jika konsep tersebut dapat diterima masyarakat secara umum, sedangkan keadilan formal cenderung dipaksakan secara sepihak oleh penguasa. Oleh karena itu, teori keadilan yang baik adalah teori keadilan yang bersifat kontrak yang menjamin kepentingan semua pihak secara fair.⁶¹

Pemikiran John Rawls banyak dipengaruhi oleh pandangan Immanuel Kant yang menarik hubungan paralel antara keadilan sebagai *fairness* dengan *imperative katagoris*.⁶² John Rawls mengungkapkan bahwa person moral secara mendasar ditandai oleh dua kemampuan moral, yaitu :⁶³

1. Kemampuan untuk mengerti dan bertindak berdasarkan rasa keadilan dan dengan itu di dorong untuk mengusahakan kerja social;
2. Kemampuan untuk membentuk, merevisi, dan secara rasional mengusahakan terwujudnya konsep yang baik, yang mendorong semua orang untuk

⁶¹*Ibid.*, Pendekatan kontrak terhadap konsep keadilan yang dikembangkan oleh Rawls bukanlah yang pertama, karena sudah lama dikembangkan oleh pendahulunya seperti John Locke, Rousseau maupun Immanuel Kant.

⁶²John Rawls, Kantiar, *Cunstructivism in Moral Theory*, Journal Philosophy LXXXVII September, 1980, dikutip dari Endang Prasetyawati, “Konstruksi Hukum Pembiayaan Konsumen Yang Berkeadilan”, *Disertasi*, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2010, h. 387.

⁶³ Endang Prasetyawati, *Konstruksi hukum pembiayaan Konsumen Yang Berkeadilan*, *Disertasi*, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2010, h. 52-53.

mengusahakan terpenuhinya nilai-nilai manfaat dalam dirinya.

Teori keadilan yang berdasarkan pada konsep person moral mempunyai makna yang penting. Konsep person moral pada akhirnya menentukan isi dari prinsip-prinsip pertama keadilan⁶⁴. Konsep yang tepat mengenai person moral harus menjadi patokan bagi sebuah teori keadilan. John Rawls mengatakan bahwa teori keadilan menetapkan dengan tegas suatu konsep keadilan yang dapat dipertanggung jawabkan dan hasil dari prosedur seperti inilah yang menentukan isi dari prinsip-prinsip person, keadilan. Person sebagai pelaku rasional, menetapkan prinsip pertama keadilan melalui kesepakatan.⁶⁵

Teori keadilan yang memadai, yaitu teori yang mampu mengakomodasikan sebuah kerjasama sosial yang pada saatnya akan mendukung terbentuknya suatu masyarakat yang tertib dan teratur. John Rawls mengembangkan konsep keadilan dengan pendekatan perjanjian. Melalui pendekatan perjanjian, maka unsur kesamaan kedudukan, kebebasan dan rasional akan terpenuhi.

⁶⁴ John Rawls, *Op. Cit.*, h 516.

⁶⁵ John Rawls, *Ibid.*

Teori Keadilan John Rawls merupakan kritik mengenai utility yang dikemukakan Jeremy Bentham. John Rawls tidak sependapat dengan konsep *utility* teori,⁶⁶ karena dalam teori *utility* mengajarkan benar salahnya peraturan atau tindakan manusia tergantung pada tindakan tertentu yang dilakukan. Baik buruknya tindakan manusia secara moral tergantung pada baik buruknya konsekuensi tindakan tersebut. Tegasnya, apabila akibatnya baik, maka sebuah peraturan atau tindakan dengan sendirinya akan menjadi baik, demikian pula sebaliknya apabila akibat yang ditimbulkan buruk, maka sebuah peraturan atau tindakan akan menjadi buruk pula.⁶⁷ Selain itu John Rawls juga mengkritik intuisiisme, karena tidak memberikan tempat yang memadai pada rasio akal, tetapi lebih mengandalkan kemampuan intuisi sehingga tidak memadai apabila dijadikan pegangan dalam mengambil keputusan terutama pada waktu terjadi konflik di antara norma-norma moral.⁶⁸

⁶⁶ Leonardo N. Mercado, *Legal Philosophy*, Devine Word University, Tacloban City, 1984, h.57.

⁶⁷ Andre Ata Ujan, *Keadilan dan Demokrasi, Telaah Filsafat Politik John Rawls*, Kanisius, Yogyakarta, 2001, h.206.

⁶⁸ Andre Ata Ujan, *Ibid.*

John Rawls merumuskan 2 prinsip keadilan sebagai berikut yaitu⁶⁹ :

1. *The greatest equal principle* (bahwa setiap orang memiliki hak yang sama bagi semua orang. Ini merupakan hal yang mendasar (hak azasi) yang harus dimiliki semua orang. Dengan kata lain, hanya dengan adanya jaminan kebebasan yang sama bagi semua orang maka keadilan akan terwujud (prinsip kesamaan hak). Prinsip *the greatest equal principle*, tidak lain adalah prinsip kesamaan hak, merupakan prinsip yang memberikan kesetaraan hak dan tentunya berbanding terbalik dengan beban kewajiban yang dimiliki setiap orang. Prinsip ini merupakan roh dari asas kebebasan berkontrak.
2. Ketidak samaan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga perlu diperhatikan prinsip berikut, yaitu *thedifferent principle* dan *the principle of fair equality of opportunity*. Prinsip *thedifferent principle* dan *the principle of fair equality of opportunity* merupakan prinsip perbedaan objektif,

⁶⁹Muhammad Taufik, *Filsafat John Rawls tentang Teori Keadilan*, Mukaddimah.kopertais3.net/index.php/muk/article/.h.1, diakses pada tanggal 4 Juli 2013.

artinya prinsip ini menjamin terwujudnya proporsionalitas pertukaran hak dan kewajiban para pihak, sehingga secara objektif diterima adanya perbedaan pertukaran asalkan memenuhi syarat *good faith and fairness*.

Dengan demikian prinsip pertama dan prinsip kedua tidak dapat dipisahkan satu dengan lainnya. Sesuai dengan asas proporsionalitas, keadilan menurut John Rawls akan terwujud apabila kedua syarat tersebut diterapkan secara komprehensif. Apabila dalam situasi ada konflik, maka *the principle of fair equality of opportunity* harus lebih di prioritaskan daripada *different principle*.⁷⁰Teori keadilan dianggap memadai apabila dibentuk dengan pendekatan kontrak, dimana prinsip-prinsip keadilan yang dipilih sebagai pegangan bersama merupakan hasil kesepakatan bersama dari semua pihak yang melakukan perjanjian. Oleh karenanya agar terjamin suatu aturan main yang objektif maka keadilan yang dapat diterima sebagai *fairness* adalah *pure procedural justice*, artinya keadilan sebagai *fairness* harus terefleksi melalui suatu prosedur yang adil untuk menjamin hasil yang adil pula.

⁷⁰*Ibid.*

Terkait dengan kompleksitas hubungan kontraktual dalam dunia bisnis, khususnya terkait dengan keadilan dalam perjanjian, maka berdasarkan pikiran-pikiran tersebut di atas kita tidak boleh terpaku pada pembedaan keadilan klasik. Artinya analisis keadilan dalam suatu perjanjian harus memadukan konsep kesamaan hak dalam pertukaran (prestasi kontra prestasi) sebagaimana dipahami dalam konteks keadilan komutatif maupun konsep keadilan distributif sebagai landasan hubungan kontraktual. Memahami keadilan dalam suatu perjanjian tidak boleh membawa kepada sikap *monistik* (paham tunggal), namun lebih dari itu harus bersikap *komprehensif*.⁷¹ Dalam keadilan komutatif yang menjadi landasan hubungan antara person, termasuk kontrak, hendaknya tidak dipahami sebagai kesamaan semata karena pandangan ini akan membawa ketidakadilan ketika dihadapkan dengan ketidakseimbangan para pihak. Dalam keadilan komutatif didalamnya terkandung pula makna distribusi-proporsional. Demikian pula dalam keadilan distributif yang dipolakan dalam hubungan negara dengan warga negara, konsep distribusi-proporsional yang terkandung didalamnya dapat ditarik ke perspektif hubungan kontraktual para pihak.

⁷¹*Ibid.*, h.3.

Menurut John Rawls untuk mempertemukan hak individu dan kewajiban sosial secara seimbang dan selaras sehingga tidak ada yang terugikan dan terabaikan harus ada sebuah hubungan sosial yang berkeadilan. Di sinilah yang mau dijawab oleh John Rawls. Menurut John Rawls, keadilan adalah kejujuran (*fairness*)⁷². Agar hubungan sosial seperti di atas bisa berjalan secara berkeadilan, ia harus diatur atau berjalan sesuai dengan prinsip yang dirumuskan.

Untuk mewujudkan gagasannya John Rawls menganjurkan agar kita dapat memikirkan posisi asal (*original position*), sebagai kontrak dalam sebuah masyarakat khusus atau membangun sebuah bentuk pemerintahan tertentu. Ide utamanya adalah bahwa prinsip-prinsip keadilan bagi struktur dasar masyarakat adalah objek dari kesepakatan pertama (*original agreement*). Prinsip-prinsip itulah yang diperhatikan oleh orang-orang yang bebas dan rasional untuk kepentingan mereka, selanjutnya yang akan diterima dalam posisi awal seperti menentukan term-term dasar bagi asumsi mereka. Prinsip-prinsip ini untuk mengatur kesepakatan selanjutnya, prinsip-prinsip tersebut menentukan jenis-jenis kerjasama sosial apa yang bisa dimasuki dan bentuk-bentuk pemerintahan

⁷²Andre Ata Ujan, *Op. Cit.*, h. 22.

yang bisa dibangun. Cara yang berkaitan dengan ini oleh John Rawls disebut dengan *justice as fairness*.⁷³

Keadilan sebagai *fairness*, pokok-pokok pikirannya lebih dekat dengan konsep tentang keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia, sebagaimana tercermin dalam sila ke-lima dari Pancasila. Refleksi tentang makna keadilan sosial dalam kerangka teori “keadilan sebagai *fairness*” menurut John Rawls dalam konteks ke-Indonesiaan tersebut kiranya cukup penting, tidak hanya bagi wacana ilmiah, namun dapat juga dijadikan sebagai salah satu bahan acuan dan perbandingan dalam menyoroiti berbagai persoalan keadilan dan ketidakadilan yang menyangkut kehidupan masyarakat Indonesia.

Berdasarkan teori keadilan yang dikemukakan oleh John Rawls, maka dapat dijelaskan bahwa meskipun dalam perjanjian asuransi berbentuk standar kontrak (Perjanjian baku) seharusnya tetap memperhatikan keadilan bagi para pihak (keadilan sebagai *fairness*). Keadilan *fairness* menghendaki

⁷³ Frank N Mc Gill (ed.), *Masterpiece of World Philosophy*, Harper CP, New York, 1990, hlm. 679 dalam Muhammad Taufik, *Filsafat John Rawls tentang Teori Keadilan*, Mukaddimah.kopertais3.net/index.php/muk/article/, diakses pada tanggal 4 Juli 2013.

transparansi anatar kedua belah pihak dalam perjanjian asuransi. Kewajiban dari tertanggung dan penanggung juga harus seimbang tidak berat sebelah atau mementingkan kepentingan salah satu pihak dalam perjanjian, sehingga dapat tercipta keadilan yang diinginkan oleh para pihak dalam perjanjian asuransi. Para pihak dalam melakukan perjanjian asuransi harus dilaksanakan dengan itikad baik. Hal tersebut untuk menunjukkan bahwa para pihak membuat perjanjian menurut hukum secara terbuka, transparan serta objektif. Berdasarkan keadilan *fairness* yang menempatkan hukum dan peraturan pada landasan utamanya maka peraturan tentang hukum asuransi khususnya tentang perjanjian asuransi yang mengatur tentang itikad baik para pihak dalam memberikan keterangan yang sebenar-benarnya dan sejujur-jujurnya supaya terjadi keseimbangan, harus direkonstruksi kembali atau lebih dipertegas lagi sebelum melakukan perjanjian asuransi.

Suatu keadilan selain dapat dilihat dari sisi analisa hukum, juga dapat dilihat dari analisis ekonomi terhadap hukum melalui teori *economics analysis of law* menurut Richard Posner. Richard Posner menggambarkan analisis ekonomi dari hukum sebagai teori hukum, akan tetapi analisis ekonomi dari hukum sebagai teori hukum. Analisis ekonomi

berdasarkan efisiensi sebagai kode etik juga dapat dipandang sebagai teori keadilan ketika *the most common meaning of justice is efficiency*.⁷⁴ Menurut Posner sebagian muncul sebagai *behavioral law* sehingga memunculkan evolusi yang menghasilkan kebiasaan khusus dalam proses legal dengan mengabaikan nilai instrinsik dari nilai ekonomi menjadi *behavioralism of law of economic*.⁷⁵ Richard Posner menganut *normative directive*, bahwa hukum seharusnya dipromosikan efisiensi. Analisis normatifnya adalah *social wealth maximization* merupakan sasaran yang berguna dan peran pemerintah untuk menciptakan suatu system untuk melindungi hak-hak tersebut.⁷⁶

Richard Posner yang terkenal dengan teori Richard Posner, yaitu Teori *Wealth Maximization* (Teori Memaksimalkan Kekayaan) yang memberikan pelayanan yang sama baiknya sebagai penjelasan sebagai kegiatan pengadilan pada umumnya dan sebagai teori keadilan.⁷⁷ Richard Posner menempatkan hukum dalam suatu posisi yang mengatur

⁷⁴ Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, London England, 2001, h. 46.

⁷⁵ *Ibid.* 24.

⁷⁶ *Ibid.*, h 25.

⁷⁷ Lutfi Widagdo Eddyono, *Teori-Teori Hukum Hukum Kontemporer*, Trans Publising, Malang, 2008, h. 115.

hubungan bersifat transaksional daripada relasional, dan hukum hanya ditujukan untuk mendapatkan efisiensi dalam suatu transaksi. Akibatnya, pandangan itu meremehkan aspek eksistensial manusia dalam hidup bermasyarakat. Salah satu aspek eksistensial manusia adalah terwujudnya rasa keadilan dalam hidup bermasyarakat.

Richard Posner mengatakan bahwa dalam pemaksimalan kekayaan juga terdapat prinsip moral sebagai fondasi perusahaan terkait dengan teori keadilan distributif dan teori keadilan komutatif.⁷⁸ Berkaitan dengan keadilan distributif, hak merupakan sesuatu yang seharusnya diberikan kepada yang berhak. Pengertian berhak bukan hanya kepada perusahaan asuransi selaku penanggung, tetapi juga kepada pihak konsumen asuransi selaku tertanggung. Keadilan distributif sifatnya masih umum dan ideal, belum menunjukkan dasar dan prosedur penerapan dan pemberian haknya. Penerapan keadilan distributif dalam pelaksanaannya tidak bisa lepas dari konsep atau teori keadilan yang lain, misalnya teori keadilan yang dikembangkan oleh John Rawls menjelaskan bahwa :

⁷⁸ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, A Wolters Kluwer Company, New York, 1998, h.66-69

*“Principles of justice provide a way of assigning rights and duties in the basic institutions of society. Those principles define the appropriate distribution of the benefits and burdens of social cooperation. The first principle is that each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for others. The second principle is that social and economic inequalities are to be arranged so they are both (a) to the greatest benefit of the advantaged, and (b) attached to positions and offices open to all (equal opportunity)”.*⁷⁹

John Rawls memahami bahwa hukum harus memberikan keuntungan kepada kelompok masyarakat yang paling kurang beruntung, sesuai dengan prinsip keadilan, yaitu setiap individu (pribadi) mempunyai hak atas kebebasan dasar yang sama besarnya dengan kebebasan orang lain, sehingga keuntungan masyarakat dibagi rata diantara anggota masyarakat yang sama. Kemudian jika terdapat situasi ketidaksamaan, maka hukum harus memberikan keuntungan kepada golongan masyarakat yang paling kurang beruntung, sehingga terwujud keseimbangan social ekonomi dalam masyarakat.

Berdasarkan pada teori pemaksimalan kekayaan yang berkeadilan yang dikemukakan oleh Richard Posner

⁷⁹ John Rawls, *Op. Cit.*, h. 35.

dihubungkan dengan teori keadilan yang dikemukakan oleh John Rawls sebagaimana dijelaskan diatas, dapat dipahami bahwa hukum memberikan keleluasaan atau kebebasan kepada perusahaan asuransi untuk memaksimalkan keuntungan (berdasarkan nilai materialisme dan individualisme) dan menjadi pihak yang menang atau diuntungkan. Dalam usaha memaksimalkan keuntungan tersebut perusahaan asuransi tetap harus memperhatikan keadilan bagi nasabah perusahaan asuransi dalam hal ini bertanggung (berdasarkan nilai spiritualisme dan kolektivisme).

Berdasarkan substansi teori Richard Posner dihubungkan dengan teori keadilan yang dikemukakan oleh John Rawls, maka dapat dijelaskan bahwa meskipun kontrak dalam perjanjian asuransi berbentuk standart kontrak (perjanjian baku) seharusnya tetap memperhatikan keadilan bagi para pihak yang disebutkan dalam perjanjian tersebut. Kewajiban dari bertanggung dan penanggung juga harus seimbang tidak berat sebelah sehingga dapat tercipta keadilan yang diinginkan oleh para pihak dalam perjanjian asuransi. Berdasarkan keadilan *fairness* yang menempatkan hukum dan peraturan pada landasan utamanya maka peraturan tentang hukum asuransi khususnya tentang perjanjian asuransi

seharusnya segera dibentuk. Hal ini ditegaskan dalam naskah akademik Rancangan Undang Undang Perjanjian Asuransi yang mengatakan bahwa peraturan perundang-undangan yang mengacu pada produk kolonial, yaitu *Wetboek van Koophandel* atau Kitab Undang Undang Hukum Dagang, Buku 1 titel 9 dan titel 10 serta Buku 2 titel 9 dan titel 10 dari hukum kolonial tersebut perlu ditinjau kembali ⁸⁰. Untuk itu pembentukan peraturan setingkat undang-undang harus memperhatikan jiwa bangsa Indonesia yang memiliki nilai filosofis, nilai sosiologis, nilai yuridis serta globalisasi, yang dijiwai dan bersumber pada Pancasila dan Undang Undang dasar 1945.⁸¹

⁸⁰ Gunanto, *Op. Cit.* h.2

⁸¹ *Ibid.*

BAB IV

PRINSIP KEPASTIAN HUKUM DALAM PERJANJIAN ASURANSI

Dalam penegakan hukum, kepastian hukum merupakan syarat yang harus dipenuhi. Hal ini juga ditegaskan oleh Sudikno Mertokusumo bahwa kepastian hukum merupakan yustisiabel terhadap tindakan kesewenang-wenangan, yang berarti bahwa seorang akan memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu⁸². Persoalan kepastian hukum tidak selalu selalu mempersoalkan hubungan hukum antara warga negara dan negara, karena esensi dari kepastian hukum adalah masalah perlindungan dari tindakan kesewenang-wenangan. Kepastian hukum harus menjadi nilai bagi setiap pihak dalam setiap sendi kehidupan, diluar peranan negara itu sendiri dalam penerapan hukum legislasi maupun yudisikasi. Setiap orang atau pihak tidak boleh berlaku semena-mena.

⁸² Sudikno Mertokusumo II, *Op. Cit.*, h. 145.

Kepastian tidaklah berarti mempertautkannya dengan kondisi “pasti” seperti yang kita alami dalam kehidupan fisik sehari-hari. Dalam teori fisika yang terbilang sebagai Ilmu-ilmu pasti, “kepastian” ternyata diukur dari faktor luar, yaitu “kepastian” tadi hendak di konstruksi, intinya “kepastian tidak muncul *inherent* didalam dirinya”.Konteks kepastian hukum, dengan penegakan hukum dikaitkan dengan “keharusan berpegang teguh terhadap peraturan tertulis” adalah tidak beralasan, kepastian terkadang tidak ditemukan didalam “peraturan tertulis/UU/Law on the book”,

Kepastian hukum merupakan salah satu hal yang sering disandingkan dengan keadilan dan bahkan dalam beberapa hal dipertentangkan dengan keadilan sehingga seolah-olah jika ada keadilan maka sulit untuk mendapatkan kepastian hukum dan begitu juga sebaliknya. Padahal, Thomas Aquinas pernah mengatakan, walaupun tidak secara lugas bahwa hukum yang tidak adil bukanlah *hukum (lex injusta non est lex)*,⁸³ sehingga

⁸³J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, dalam *Filsafat Hukum* Jilid I, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2008: “...when he says that an unjust law is not law in the focal sense of the term law [i.e.,simpliciter] notwithstanding that it is law in a secondary sense of that term [i.e., secundum quid]”, dikutip dari Yeri Anullah, Tesis, FH UI, 2010.*Menemukan Asas Keadilan dan Kepastian Hukum Dalam Energi Sales Contract Perjanjian Jual beli Energi antara PT .PLN Persero dan Penjual pada proyek Pusat Listrik Panas Bumi*, h. 74.

keadilan adalah suatu prasyarat suatu aturan hukum dapat dikategorikan sebagai hukum.

Sudikno Mertokusumo menyatakan bahwa melalui penegakan hukum, hukum menjadi kenyataan. Dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang selalu harus diperhatikan dan menjadi syarat, yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkeid*).⁸⁴ Dari pernyataan tersebut di atas, kepastian hukum merupakan salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum, yaitu merupakan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu.⁸⁵

Meskipun bernama pasti, kepastian hukum sendiri mengandung pengertian yang tidak pasti.⁸⁶ Kepastian hukum mencakup sejumlah aspek yang saling mengkait. Salah satu aspek dari kepastian hukum ialah perlindungan yang diberikan pada individu terhadap kesewenang-wenangan individu

⁸⁴ Sudikno Mertokusumo I, *Op. Cit.*, h.54.

⁸⁵ A. Madjedi Hasan, *Perjanjian Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2009, h. 86.

⁸⁶ I.H. Hijmans, *Het recht der werkelijkheid*, dalam Herlien Budiono, *Op. Cit.*, h 189.

lainnya, hakim, dan administrasi (pemerintah)⁸⁷. Adalah kepercayaan akan kepastian hukum yang seharusnya dapat dikaitkan individu berkenaan dengan apa yang dapat diharapkan individu akan dilakukan penguasa, termasuk juga kepercayaan akan konsistensi putusan-putusan hakim atau administrasi (pemerintah). Sedangkan aspek lainnya dari konsep kepastian hukum ialah fakta bahwa seorang individu harus dapat menilai akibat-akibat dari perbuatannya, baik akibat dari tindakan maupun kelalaian. Aspek ini dari kepastian hukum memberikan jaminan bagi dapat diduganya serta terpenuhinya perjanjian dan dapat dituntutnya pertanggungjawaban atas pemenuhan perjanjian.⁸⁸

Penerapan asas keadilan dan kepastian hukum merupakan penerapan asas hukum sebagai jantungnya peraturan hukum dan landasan yang paling luas serta alasan bagi terlaksananya peraturan hukum.⁸⁹ Aturan hukum memiliki aspek kepastian hukum dan juga harus memnuhi kebutuhan akan keadilan. Ihwalnya ialah bukan hanya perlakuan yang sama terhadap kasus serupa yang patut

⁸⁷*Ibid*, h. 208.

⁸⁸*Ibid*.

⁸⁹A. Madjedi Hasan, *Op. Cit*, h. 121.

dianggap adil; penyamaan secara mutlak justru dapat memunculkan ketidakadilan.

Keadilan tidak boleh diartikan formal belaka, karena jika demikian, perlakuan serupa (terhadap kasus serupa) niscaya dianggap perlakuan yang adil.⁹⁰ Hal ini digambarkan dengan baik oleh M.J.A. van Mourik dalam *Huwelijksvermogensrecht*, bahwa seorang laki-laki dan perempuan sepakat untuk menikah dan sebelumnya melakukan perjanjian pemisahan (seluruh) harta kekayaan mereka masing-masing. Sang istri kemudian membantu sang suami yang usahanya semakin pesat. Namun pernikahan mereka memburuk dan berakhir dengan perceraian. Perjanjian perkawinan di atas telah memberikan bukti sempurna tentang pemisahan harta. Harta suami dan istri akan kembali kepada pemiliknya masing-masing, dan karena perusahaan suami adalah milik suami sejak awal, maka seluruh harta perusahaan akan kembali kepada suami. Di lain pihak, si istri yang selama pernikahan telah membantu sang suami tentu tidak diuntungkan dengan ketentuan ini. Masalahnya di sini adalah

⁹⁰ Herlin Budiono, *Op. Cit.*, h. 123.

pertimbangan antara kepastian hukum bagi suami berhadapan dengan keadilan bagi istri.⁹¹

Sebagaimana diketahui, ada tiga cita hukum (*rechts idee*) yang selalu didambakan oleh setiap individu. Ketiga cita hukum tersebut adalah keadilan (*justice*), kepastian hukum (*legal certainty*) dan manfaat (*expediency*).⁹² Cita hukum pertama yang didambakan, yakni keadilan, tidak dapat lepas dari filsafat tentang manusia dan lebih jauh lagi berhubungan dengan falsafah hidup yang mutlak, yaitu gagasan mengenai apa yang menjadi dasar bagi keadilan itu bertolak dari nilai-nilai tertentu yang layak untuk dijadikan dasar.⁹³

Sebagai suatu pemikiran dasar, cita hukum adalah suatu hal yang bersifat abstrak yang berasal dari paham masyarakat akan hukum beserta konsep keadilan yang terkandung di dalamnya. Cita hukum adalah suatu a priori yang sifatnya normatif dan konstitutif yang menjadi dasar dalam pembentukan hukum yang mendahului asas hukum. Cita hukum memiliki nilai intrinsik sedangkan nilai dalam asas hukum adalah nilai instrumental, yaitu nilai untuk mewujudkan nilai instrinsik dan dengan hubungan yang

⁹¹ *Ibid*, h. 210-211.

⁹² A. Madjedi Hasan, *Op. Cit.* h. 129.

⁹³ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1986, h 25.

heuristik, maka fungsi cita hukum menuju keadilan mendapatkan kesamaan dengan asas hukum yang hendak mewujudkan keadilan. Tanpa cita hukum, segenap norma hukum kehilangan makna sebagai hukum dan karenanya cita hukum juga merupakan tolok ukur regulatif dalam menilai adil atau tidak suatu hukum positif (Radburgh).⁹⁴

Definisi atas kepastian hukum tidak secara tegas dicantumkan dalam hukum pokok maupun dalam peraturan perundang-undangan, namun diandalkan telah diterima oleh hukum yang bersangkutan.⁹⁵ Salah satu upaya memberikan definisi kepastian hukum telah dilakukan dalam Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal dimana di dalam penjelasan Pasal 3 disebutkan bahwa yang dimaksud dengan asas kepastian hukum adalah asas dalam negara hukum yang meletakkan hukum dan ketentuan peraturan perundang-undangan sebagai dasar dalam setiap kebijakan dan tindakan dalam bidang penanaman modal.⁹⁶

Selain sulit dirumuskan, ketidakpastian hukum itu juga sulit untuk diprediksi, yaitu bagaimana hukum dapat diaplikasikan apabila dilihat dengan perspektif ke depan (*ex*

⁹⁴*Ibid.*

⁹⁵Satjipto Rahardjo, *Op.Cit.* h.26.

⁹⁶Herlien Budiono, *Op. Cit.* h.125..

ante) dan bagaimana pengadilan memutuskan apabila dilihat dengan perspektif ke belakang (*ex post*).⁹⁷ Herlien Budiono mengatakan bahwa kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis.⁹⁸ Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat dijadikan sebagai pedoman perilaku bagi semua orang. Apeldoorn mengatakan bahwa kepastian hukum memiliki dua segi yaitu dapat ditentukannya hukum dalam hal yang konkret dan keamanan hukum. Hal ini berarti pihak yang mencari keadilan ingin mengetahui apa yang menjadi hukum dalam suatu hal tertentu sebelum ia memulai perkara dan perlindungan bagi para pihak dalam kesewenangan hakim.⁹⁹ Karena aturan-aturan hukum di dalam bidang hukum privat terutama ditujukan untuk mengatur hubungan antar warga satu sama lain, maka menjadi sangat penting bagi jaminan kepastian hukum, bagaimana aturan-aturan tersebut selanjutnya diuraikan dan dikembangkan. Ketentuan bahwa hakim berhadapan dengan kasus serupa harus menghasilkan pertimbangan dan putusan serupa adalah sesuai dengan maksud dan tujuan

⁹⁷ A. Madjedi Hasan, *Op. Cit.*h.122.

⁹⁸ Herlien Budiono, *Op. Cit.*, h.128.

⁹⁹ A. Madjedi Hasan, *Op. Cit.*h.130

keterdugaan dari perbuatan hukum dalam konteks pemikiran kepastian hukum.¹⁰⁰

Apakah kepastian hukum betul pasti dan memadai bagi para pihak dalam suatu perjanjian? Hal ini dipertanyakan mengingat bahwa satu ancaman terhadap kepastian ialah ”perilaku tak terduga dari sesama manusia (*het toekomstig gedrag van zijn medemens*)”, demikian dikatakan Nieuwenhuis.¹⁰¹ Kepastian hukum tidak selalu menghasilkan keadilan. Sebab itu pula tidak berguna untuk mendiskusikan kepastian hukum dalam bentuk ”pro-kontra”. Kepastian hukum mungkin saja berguna untuk memastikan seberapa jauh bobot yang dapat diberikan terhadap kepastian hukum dalam kasus tertentu, sebagaimana diperlawankan terhadap pertimbangan-pertimbangan lain yang melemahkan bobot atau nilai kepastian hukum. Dari ragam kasus hanya dipastikan bahwa seberapa bobot yang akan diberikan terhadap kepastian hukum hanya ditetapkan kasus per kasus. Bobot argumentasi untuk kepastian hukum dalam kasus yang berbeda satu sama lain akan beragam sesuai dengan ukuran yang pada gilirannya akan berubah-ubah sesuai waktu dan tempat terjadinya kasus tersebut sebagaimana akan muncul dan dipertimbangkan di

¹⁰⁰*Ibid.*

¹⁰¹*Ibid.*

dalam putusan pengadilan yang terkait. Argumen-argumen yuridis yang berbeda-beda akan dipergunakan atau ragam metode penemuan hukum akan diterapkan, agar disamping kepastian hukum, putusan akhir pengadilan juga akan dilandaskan pada pertimbangan akan keadilan.¹⁰²

Penafsiran mengenai kepastian hukum atau aturan hukum sangat beragam dan tergantung dari budaya hukum dan ajaran hukum yang dianut. Definisi dan lingkup penerapan kepastian hukum adalah kontroversial. Juha Ratio mengatakan bahwa aspek formal dari kepastian hukum mengacu pada persyaratan yang menghilangkan pemilihan dengan sembarangan dari kegiatan pembuatan keputusan hukum yang terjalin dengan konsep dapat diramalkan (*predictability*). Mengandalkan pada kepastian hukum formal, prinsip hukum dan aturan hukum sering kali berkaitan dengan upaya melindungi kepentingan masyarakat.¹⁰³

Aspek substantif dari kepastian hukum pada gilirannya memerlukan satu hal, yaitu penyelesaian dalam membuat putusan hukum harus benar substansinya dan harus dapat diterima. Namun prinsip kepastian hukum ini sering kali

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ A. Madjedi Hasan, *Op. Cit.*, h 156.

diartikan sebagai berkaitan dengan konsep bahwa putusan hukum itu dapat diramalkan.

Dalam kondisi saat ini persoalan kepastian hukum sudah harus menjadi nilai bagi setiap pihak dalam setiap sendi kehidupan dan bukan lagi semata-mata menjadi tanggung jawab negara. Setiap orang atau pihak tidak diperkenankan bertindak semena-mena. Guna menjamin kepastian hukum diperlukan adanya peraturan perundang-undangan yang sesuai dengan jiwa bangsa Indonesia.

Bagi bangsa Indonesia Pancasila merupakan sebagai norma dasar (*grundnorm*) yang sesuai dengan jiwa bangsa.¹⁰⁴ Pancasila diakui sebagai representasi nilai-nilai bangsa dan ditempatkan secara resmi dalam Pembukaan Undang Undang Dasar 1945, untuk itu Pancasila tetap harus dilihat sebagai *grundnorm* konstitusi dan undang-undang yang berlaku di Indonesia.

Menurut pasal 2 UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum Negara. Hal ini identik dengan norma fundamental Negara

¹⁰⁴ Dani Pinasang, *Falsafah Pancasila Sebagai Norma Dasar Dalam Rangka Pengembangan Sistem Hukum Nasional*, Jurnal Unsrat, Vol.XX/No.3/April-Juni/2012.h 1.

(*staatsfundamentalnorn*) atau norma-norma dasar (*grundnorm*, *basic norm*). Yang menempati urutan paling atas dalam piramida norma hukum, yang kemudian diikuti oleh UUD 1945, serta hukum dasar tidak tertulis atau konvensi ketatanegaraan sebagai aturan dasar Negara (*staatsgrundgesetz*), dilanjutkan dengan Undang-undang atau Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (*formel gesezt*) serta peraturan pelaksanaan dan peraturan otonom (*verordnung und autonome satzung*) yang dimulai dari Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, dan Peraturan Daerah.

Keadilan menurut Bagir Manan dapat diwujudkan dan dapat dicapai dengan cara-cara yang adil, cara tersebut dapat dijadikan sebagai parameter yang meliputi unsur-unsur kepastian aturan, kepastian kelembagaan, kepastian mekanisme, serta kepastian waktu dan prediktif.¹⁰⁵ Dikaitkan dengan perjanjian asuransi maka dari empat unsur yang dikemukakan Bagir Manan, yang dapat dijadikan parameter keadilan dalam perjanjian asuransi adalah :

1. Kepastian Aturan

Kepastian terkadang tidak selalu identik dengan keadilan, malahan terkadang kepastian bertolak

¹⁰⁵ Bagir Manan, *System Peradilan Berwibawa Suatu Pencarian*, Yogyakarta, FH UII, Cet I. 2005, h. 12.

belakang dengan keadilan, namun tanpa adanya kepastian maka tidak akan ada keadilan. Keadilan dalam ketidakpastian akan menjadi sangat subyektif karena sepenuhnya tergantung pada yang menentukan atau mengendalikan kepastian. Keadilan yang semacam ini memiliki potensi melahirkan ketidakadilan.¹⁰⁶

Kepastian aturan yang merupakan dasar keabsahan hukum dikaitkan dengan perjanjian asuransi, maka keadilan tidak diperoleh dalam kepastian hukum, disebabkan oleh rasionalitas yang menjadi karakter utama dari hukum modern yang berparadigma positivisme¹⁰⁷. Positivisme hukum mencoba menyingkirkan spekulasi tentang aspek metafisik dari hakikat hukum.¹⁰⁸ Kondisi seperti ini dalam praktek perjanjian asuransi banyak menimbulkan ketidakadilan. Hal ini disebabkan karena pengaturan yang mengatur tentang perjanjian asuransi belum diatur secara khusus, dan hanya

¹⁰⁶*Ibid.*

¹⁰⁷ E. Sumaryono, *Etika Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 2006, h.

183.

¹⁰⁸*Ibid.*

mengacu serta tunduk pada Buku III BW tentang perjanjian. Hal ini menyebabkan para pihak yang melakukan perjanjian asuransi tunduk pada isi perjanjian yang disepakati, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1338 (1) BW “Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku bagi undang-undang bagi para pembuatnya” Isi perjanjian rentan terhadap ketidakadilan karena dibuat sepihak oleh pihak penanggung, yaitu tertanggung tidak dilibatkan dalam pembuatan perjanjian namun diminta langsung menandatangani saja isi perjanjian tersebut dan dianggap langsung menyetujui isi perjanjian tersebut walaupun tertanggung belum jelas isi dan konsekuensi dari tindakannya melakukan penandatanganan.

2. Kepastian Kelembagaan

Kepastian kelembagaan berkaitan dengan pengawasan pemerintah dibidang perasuransian adalah pengawasan yang dilakukan oleh pemerintah terhadap perusahaan perasuransian, apakah dalam menjalankan usahanya telah sesuai dengan peraturan perundang-

undangan yang berlaku. Pengawasan yang dilakukan oleh pemerintah ini tidak hanya untuk mencari kesalahan dan memberikan sanksi kepada yang telah melanggarnya, akan tetapi lebih kepada alat untuk mencapai suatu tujuan. Oleh sebab itu pengawasan ini meliputi pengawasan terhadap peraturan, pelanggaran, penjagaan, pembatasan, pemeriksaan, tindakan dan pembinaan.

Pengawasan terhadap perusahaan asuransi memang sangat diperlukan agar persaingan yang terjadi antara perusahaan asuransi dapat dipantau oleh pemerintah. Selain itu juga perkembangan atau pertumbuhan dari perusahaan asuransi dapat diketahui dengan baik oleh pemerintah.

Pasal 10 Undang-Undang No. 2 Tahun 1992 tentang Usaha Perasuransian menyebutkan “pembinaan dan pengawasan terhadap usaha perasuransian dilakukan oleh Menteri”. Dalam hal ini menteri Keuangan. Adapun pelaksanaan dibawah menteri adalah Ketua badan Pengawas Pasar Modal Dan lembaga keuangan (Bapepam dan LK) yang membawahi Kepala Biro Perasuransian. Dengan demikian Usaha

Perasuransian yang dimasukkan dalam kelompok Lembaga Keuangan Non Bank yang sehari-hari pengawasan dilakukan oleh kepala Biro Perasuransian.

Sebagai implementasi bentuk pengawasan yang diatur dalam Pasal 11 Undang-undang No. 2 tahun 1992, Pemerintah mengeluarkan Peraturan Presiden No. 73 Tahun 1992, dan diperbarui dengan Peraturan Pemerintah No. 63 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Usaha Perasuransian yang pengaturannya meliputi:

- a. Penutupan obyek asuransi
- b. Perizinan usaha perasuransian
- c. Kesehatan keuangan
- d. Tata cara penyelenggaraan usaha dll

Hal-hal yang diatur dalam Peraturan Pemerintah tersebut diatas dijabarkan lagi sebagai peraturan pelaksanaan yang dikeluarkan dalam bentuk Surat Keputusan Menteri Keuangan dan atau Peraturan Bapepam dan LK misalnya :

- a. KEPMENKEU No. 422/KMK/06/2003 tentang penyelenggaraan usaha asuransi dan reasuransi.

- b. KEPMENKEU No. 423/KMK/06/2003 tentang Pemeriksaan Perusahaan Usaha Perasuransian
- c. Peraturan Bapepam dan LK No. PER.03/BL/2009 tentang Pedoman Penilaian Kemampuan dan Kepatutan bagi Direksi dan Komisaris bagi Perusahaan Perasuransian.

Lembaga Pengawas industri asuransi ini cukup berperan nyata didalam melakukan tugasnya untuk mengembangkan dunia usaha asuransi melalui kebijakan regulasi yang selalu dilakukan didalam pembaharuan mengikuti perkembangan industri perasuransian dan harus ditaati dan dilaksanakan oleh perusahaan perasuransian agar sehat dan bertanggung jawab.

3. Konsep Kepastian Mekanisme

Bagir Manan menegaskan keadilan dapat dicapai salah satunya melalui unsur yaitu kepastian mekanisme.¹⁰⁹ Tata cara atau mekanisme melaksanakan peradilan merupakan salah satu subsistem penting.¹¹⁰

Penyelesaian sengketa perjanjian asuransi tidak selalu diselesaikan melalui peradilan. Penyelesaian

¹⁰⁹ Bagir Manan, *Op. Cit*, h. 15.

¹¹⁰ *Ibid*, h. 19.

sengketa perjanjian asuransi dapat diselesaikan baik melalui peradilan ataupun diluar peradilan. Penyelesaian sengketa asuransi khususnya untuk sengketa antara perusahaan asuransi (penanggung) dengan nasabah selaku tertanggung, biasanya lebih banyak menggunakan cara musyawarah. Apabila tertanggung tidak menyetujui hasil dari negoisasi tersebut maka dapat diselesaikan melalui pengadilan.

Penyelesaian diluar pengadilan dapat melalui BMAI (Badan Media Asuransi Indonesia), yang dibentuk tanggal 12 Mei 2006. BMAI merupakan lembaga independen, yang memiliki mediator yang berkompeten dan berintegritas dalam menyelesaikan sengketa klaim atas manfaat polis asuransi. Menurut peraturan BMAI, sengketa yang diajukan akan ditangani oleh mediator yang ditunjuk oleh BMAI. Mediator akan menyelenggarakan mediasi bersama perusahaan (anggota) dan tertanggung (pemohon) atas sengketa yang telah memenuhi persyaratan. Hasil mediasi adalah kesepakatan, maka kedua belah pihak yang bersengketa harus melaksanakannya. Apabila penyelesaian melalui mediasi tidak diketemukan

kesepakatan, maka mediator atas persetujuan pemohon dapat mengusulkan kepada Ketua BMAI agar sengketa diselesaikan melalui proses adjudikasi BMAI. Selanjutnya Ketua BMAI akan membentuk panel adjudicator untuk satu sengketa yang diajukan ke tingkat adjudikasi. Adjudikasi akan menghasilkan putusan yang mengikat bagi anggota, sedangkan pemohon apabila tidak setuju boleh melanjutkan ke pengadilan.

Pada hakekatnya BMAI adalah suatu lembaga penyelesaian sengketa alternatif yang melaksanakan proses mediasi. Mediasi adalah suatu proses negoisasi yang mengikutsertakan pihak ketiga sebagai penengah (mediator) untuk melakukan upaya penyelesaian secara musyawarah antara pihak yang bersengketa. Seorang mediator berperan sebagai fasilitator dalam mediasi, tidak memiliki wewenang untuk mengeluarkan putusan, tidak berpihak pada salah satu pihak yang bersengketa, dan memberikan jaminan berupa kepercayaan kepada para pihak untuk membantu menciptakan strategi baru guna mencapai *win-win solution*.

BAB V

PRINSIP KEMANFAATAN DALAM PERJANJIAN ASURANSI

Tujuan adalah dari hukum adalah kemanfaatan. Kemanfaatan disini adalah kebahagiaan (*happiness*). Baik buruknya atau adil tidaknya suatu hukum, bergantung pada apakah hukum itu memberikan kebahagiaan kepada manusia atau tidak.¹¹¹

Kebahagiaan selayaknya dapat dirasakan setiap individu. Namun apabila tidak mungkin tercapai (dan pasti tidak mungkin), diupayakan agar kebahagiaan itu dinikmati oleh sebanyak mungkin individu dalam masyarakat bangsa tersebut (*the greatest happiness for the greatest number people*).¹¹²

Aliran ini merupakan aliran utilitarianisme yang dipelopori oleh Jeremy Bentham. Bagi utilitarisme, yang baik

¹¹¹ Darji Darmodiharjo dan Sidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2004, h.117.

¹¹² *Ibid.*

adalah yang *utilis* berguna.¹¹³ Jeremy Bentham memulai pendapatnya dengan menekankan bahwa manusia sesuai hakikatnya ditempatkan di bawah dua titik yang berkuasa penuh ketidaksenangan dan kesenangan. Menurut hakikatnya itu, manusia mencari kesenangan dan menghindari ketidaksenangan. Kebahagiaan tercapai jika ia memiliki kesenangan, bebas dari kesusahan. Maka, suatu perbuatan akan dinilai baik atau buruk sejauh dapat meningkatkan dan memenuhi kebahagiaan sebanyak mungkin orang. Pada titik ini, Jeremy Bentham meninggalkan tataran individu, masuk ke tataran masyarakat. Bagi Jeremy Bentham, moralitas suatu tindakan harus ditentukan dengan menimbang kegunaannya untuk mencapai kebahagiaan umat manusia, yakni masyarakat keseluruhan.¹¹⁴

Esensi dari ajaran yang dikemukakan oleh Jeremy Bentham antara lain¹¹⁵ :

1. Tujuan hukum dan wujud keadilan menurut Jeremy Bentham adalah untuk mewujudkan kebahagiaan

¹¹³Dany Vardiasyah, *Filsafat Ilmu Komunikasi*, <http://filsafatilmukomunikasi.blog.esaunggul.ac.id/2012/10/15/4-14-utilitarisme>, di akses tanggal 16 Februari 2013.

¹¹⁴Darji Darmodiharjo, *Op. Cit.*, h. 118.

¹¹⁵Muh.Erwin, *Refleksi Kritis Terhadap Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2011, h. 180-181.

dinikmati oleh sebanyak mungkin individu di dalam masyarakat atau bangsa (*the greatest happiness of the greatest number*)

2. Tujuan perundang-undangan menurut Jeremy Bentham adalah untuk menghasilkan kebahagiaan bagi masyarakat, untuk itu perundang-undangan harus berusaha untuk mencapai empat tujuan, yaitu :
 - 1) Untuk memberikan nafkah hidup (*to provide subsistence*)
 - 2) Untuk memberikan makanan yang berlimpah (*to provide abundance*)
 - 3) Untuk memberikan perlindungan (*to provide security*)
 - 4) Untuk mencapai persamaan (*to attain equality*)

Sebagaimana diutarakan di atas bahwa maksud dan tujuan hukum yaitu kepastian hukum, manfaat hukum, dan keadilan yang dalam implementasinya bahwa hukum itu menegakkan mana yang dapat diperbuat dan dilarang. Para pihak dalam perjanjian asuransi harus selalu mengedepankan itikad baik saat melaksanakan perjanjian asuransi, sejak dari pra perjanjian, perjanjian maupun pasca perjanjian asuransi. Itikad baik para pihak dalam melakukan perjanjian harus

memperhatikan kepatutan. Setiap perjanjian harus didasarkan pada *pretium iustum* yang mengacu kepada *reason* dan *equity* yang mensyaratkan adanya keseimbangan antara kerugian dan keuntungan bagi kedua belah pihak dalam perjanjian. Hal ini sejalan dengan tujuan hukum yang notabene berupaya merealisasikan keadilan. Itikad baik tak lain menjadi pedoman bahwa isi perjanjian harus memuat nilai-nilai keadilan.¹¹⁶

¹¹⁶ Ridwan Khairandy, *Op. Cit.*, h.3

BAB VI

ITIKAD BAIK DALAM PERJANJIAN ASURANSI JIWA

6.1. Arti Penting Prinsip Itikad Baik

Dalam suatu perjanjian dapat dikatakan, bahwa pihak yang jujur atau beritikad baik haruslah dilindungi dan sebaliknya pihak yang tidak jujur atau tidak beritikad baik patut merasakan akibat dari ketidakjujurannya itu. Itikad baik adalah faktor yang paling penting dalam hukum karena tingkah dari anggota masyarakat itu tidak selamanya diatur dalam peraturan perundang-undangan, tetapi ada juga dalam peraturan yang berdasarkan persetujuan masing-masing pihak dan oleh karena peraturan-peraturan tersebut hanya dibuat oleh manusia biasa maka peraturan-peraturan itu tidak ada yang sempurna.

Kejujuran atau itikad baik, dapat dilihat dalam dua macam, yaitu pada waktu mulai berlakunya suatu perhubungan hukum atau pada waktu pelaksanaan hak-hak dan kewajiban-

kewajiban yang termaktub dalam perhubungan hukum itu.Kejujuran pada waktu mulainya dalam hati sanubari yang bersangkutan, bahwa syarat-syarat yang diperlukan bagi mulai berlakunya perhubungan hukum itu sudah dipenuhi semua, sedang kemudian ternyata bahwa ada syarat yang tidak terpenuhi. Dalam hal yang demikian itu, bagi pihak yang jujur dianggap seolah olah syarat-syarat tersebut dipenuhi semua, atau dengan kata lain yang jujur tidak boleh dirugikan sebagai akibat tidak terpenuhinya syarat termaksud di dalam perjanjian itu. Sebaliknya satu pihak dikatakan tidak jujur pada waktu mulai berlakunya perhubungan hukum, apabila ia pada waktu itu tahu betul tentang adanya keadaan yang menghalang-halangi pemenuhan suatu syarat untuk berlakunya perhubungan itu. Sedangkan pihak lain mungkin jujur tentang hal itu, artinya tidak mengetahui adanya hal tersebut. Dalam hal ini pihak yang tidak jujur pada umumnya harus bertanggung jawab atas ketidakjujuran itu dan harus memikul risiko. Dalam BW, ketentuan mengenai itikad baik, khususnya yang berhubungan dengan pelaksanaan perjanjian terdapat dalam Pasal 1338 ayat 3 BW yang menetapkan bahwa semua perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Ini berarti, bahwa setiap pihak yang membuat perjanjian tersebut dibuat dengan disertai oleh

itikad baik. Hal ini oleh Arthur S Hartkamp dan Marianne M.M. Tillem mengatakan bahwa terdapat tiga fungsi utama dari itikad baik yaitu :¹¹⁷

1. Fungsi yang mengajarkan bahwa perjanjian harus ditafsirkan menurut itikad baik (itikad baik sebagai asas hukum umum). Artinya perjanjian harus ditafsirkan secara patut dan wajar (*fair*).
2. Fungsi menambah atau melengkapi (*aanvullende werking van de geode trouw*). Berdasarkan fungsi ini itikad baik dapat menambah isi atau kata-kata perjanjian apabila terdapat hak dan kewajiban yang timbul diantara para pihak yang tidak secara tegas dinyatakan dalam perjanjian.
3. Fungsi membatasi dan meniadakan (*beperkende en derogerende werking van de geode trouw*). Fungsi ini hanya dapat diterapkan apabila terdapat alasan-alasan yang amat penting (*allen in spreekende gevallen*). Hoge Raad dan juga *Nieuwe Burgelijk Wetboek* di Belanda menerapkan fungsi ini hanya terhadap kasus-kasus dimana pelaksanaan perjanjian dilakukan berdasarkan ketentuan dalam

¹¹⁷ Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, h. 122-123.

perjanjian yang sungguh-sungguh tidak dapat diterima karena tidak adil. Penerapan fungsi ini dapat dipahami sebagai bentuk penyimpangan (pengecualian) terhadap *asas pacta sunt servanda*

Itikad baik dalam perjanjian merupakan lembaga hukum (*rechtsfiguur*) yang berasal dari hukum Romawi yang kemudian diserap oleh civil law.¹¹⁸ Dalam perkembangannya diterima pula dalam hukum perjanjian di beberapa negara seperti Amerika Serikat, Australian, Selandia baru, dan Kanada. Itikad baik walaupun menjadi prinsip penting dalam hukum perjanjian di berbagai sistem hukum, tetapi prinsip itikad baik tersebut masih menimbulkan sejumlah permasalahan.

Dalam perjanjian dikenal prinsip itikad baik, yang artinya setiap orang yang membuat perjanjian harus dilakukan dengan itikad baik. Itikad baik adalah suatu pengertian yang abstrak dan sulit untuk dirumuskan. Asas itikad baik merupakan salah satu asas yang dikenal dalam hukum perjanjian. Itikad baik dalam pelaksanaan perjanjian berkaitan dengan masalah kepatutan dan kepatantasan. Untuk itu dalam mengadakan dan melaksanakan perjanjian, setiap orang

¹¹⁸Ridwan Khairandy, *Op. Cit.*, h. 161.

dituntut untuk tidak meninggalkan norma-norma keadilan dan kepatutan.¹¹⁹ Pada prinsipnya itikad baik harus tercermin dalam setiap tahapan perjanjian, mulai dari pembentukan, pelaksanaan, hingga pengakhiran perjanjian.

Didalam melaksanakan perjanjian kedua belah pihak yang membuat perjanjian harus memiliki itikad baik dan melaksanakannya. Sebelum melaksanakan perjanjian, setiap pihak yang hendak membuat perjanjian berkewajiban untuk melaksanakan penyelidikan, yang tentu saja dalam batas-batas yang wajar terhadap pihak lawannya sebelum mereka menandatangani perjanjian.¹²⁰

Prinsip itikad baik menolak konsep “perjanjian sebagai janji” oleh karena prinsip ini menyangkal bahwa sebuah perjanjian cukup menjelaskan hubungan antara para pihak yang membuatnya. Kewajiban dalam membuat sebuah perjanjian tidak sepatutnya tidak dapat dilaksanakan apabila perjanjian tersebut dinyatakan tidak berbudi (*unconscionable*) atau dibuat dengan paksaan.¹²¹

¹¹⁹ Ahmad Miru, *Perjanjian dan Perancangan Perjanjian*, ed. 1, Radja Grafindo Persada, Jakarta, 2008, h. 5.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Charles Fried, *Contract as Promise*, Canbrige, Harverd University Press, 1981, h. 74.

Itikad baik dalam hukum perjanjian merupakan doktrin atau asas yang berasal dari ajaran *bona fides* dalam Hukum Romawi.¹²² Asas itikad baik memang lebih memiliki kedekatan dengan system Civil Law apabila di dibandingkan dengan Common Law. *Fides* berarti sumber yang bersifat religius, yang bermakna kepercayaan yang diberikan seseorang kepada orang lainnya, atau suatu kepercayaan atas kehormatan dan kejujuran seseorang kepada orang lainnya. *Bona fides* mensyaratkan adanya itikad baik dalam perjanjian yang dibuat oleh orang-orang Romawi.¹²³

Hukum perjanjian Romawi awalnya mengenal *iudicia stricti iuris*, yaitu perjanjian yang lahir dari perbuatan hukum (*negotium*) yang secara ketat dan formal mengacu pada *ius civile* (seperangkat hukum yang mengatur hak dan kewajiban warga Romawi). Dalam hal hakim menghadapi suatu kasus, hakim harus memutuskan sesuai dengan hukum dan apa yang dinyatakan dalam perjanjian. Baru kemudian berkembang apa yang disebut *iudicia bonae fidei* suatu konsep yang bersumber dari *ius gentium* (hukum alam) yang mengajarkan bahwa seseorang dalam membuat dan melaksanakan perjanjian harus

¹²² Reindard Ziemmermann dan Simon Whittaker ed), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1966, h. 16.

¹²³ Ridwan Khairandy, *Op. Cit.*, h. 130-133.

seuai dengan itikad baik.¹²⁴ Selanjutnya ajaran ini berkembang seiring diakuinya perjanjian informal sebagai perjanjian yang bersifat konsensual.

Menurut Wirjono Prodjodikoro mengatakan bahwa itikad baik diperlukan karena hukum tidak dapat menjangkau keadaan-keadaan di masa mendatang. Wirjono juga menjelaskan bahwa:

Tidak ada perbuatan orang-orang manusia yang sempurna. Oleh karena peraturan-peraturan tersebut diatas hanya dibuat oleh orang manusia saja, maka peraturan tersebut hanya dapat meliputi keadaan-keadaan yang ada pada waktu terbentuknya peraturan-peraturan itu telah diketahui akan kemungkinannya. Baru kemudian ternyata ada keadaan-keadaan yang seandainya dulu juga sudah diketahui kemungkinannya, tentu atau sekiranya dimasukkan dalam lingkungan peraturan. Dalam hal keadaan-keadaan semacam inilah Nampak penting faktor kejujuran dari pihak yang berkepentingan.¹²⁵

Prinsip itikad baik merupakan gagasan yang dipergunakan untuk menghindari tindakan beritikad buruk dan

¹²⁴. P. Van Warmelo, *An introduction to The Principle of Roman Law*, Juta and Co Ltd, Cape Town, 1976, h. 151, yang dikutip dari ¹²⁴ Ridwan Khairandy, *Itikad Baik Dalam Pelaksanaan Kontrak : Super Eminent Principle yang Memerlukan Pengertian dan Tolak Ukur Obyektif*, Jurnal Hukum. No.3. Vol 14 Juli 2008, h 344.

¹²⁵ Wirjono Prodjodikoro, *Azas-azaz Hukum Perdata*, Cet.II.,Sumur, Bandung, 1992, h. 56.

ketidakjujuran yang mungkin dilakukan oleh salah satu pihak baik dalam pembuatan maupun pelaksanaan perjanjian.¹²⁶

Prinsip itikad baik kita pahami sebagai salah satu prinsip yang penting dan berpengaruh dalam hukum perjanjian, namun tidak ada defenisi yang komprehensif yang dapat menjelaskan pengertian itikad baik itu sendiri. Definisi itikad baik menurut M.L Wry adalah: “Perbuatan tanpa tipu daya, tanpa tipu muslihat, tanpa mengganggu pihak lain, tidak dengan melihat kepentingan sendiri saja, tetapi juga dengan melihat kepentingan orang lain”.¹²⁷ Dalam Black’s Law Dictionary Itikad baik (*good faith*) didefinisikan sebagai¹²⁸:

“A state of mind consisting in (1) honesty in belief or purpose, (2) faithfulness to one’s duty or obligation, (3) observance of reasonable commercial standards of fair dealing in a given trade or business, or (4) absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage”.

Sutan Remy Sjahdeini secara umum menggambarkan itikad baik sebagai berikut : "Itikad baik adalah niat dari pihak yang satu dalam suatu perjanjian untuk tidak merugikan mitra

¹²⁶ Charles Fried, *Op. Cit*, h. 74.

¹²⁷ Ridwan Khairandy, *Op. Cit.*, h.65.

¹²⁸ Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, 8TM edition, St. Paul Thomson West, 2005, h. 924.

janjinya maupun tidak merugikan kepentingan umum".¹²⁹ Charles Fried mengatakan bahwa itikad baik sebagai sebuah cara bertransaksi dengan pihak lain dalam perjanjian dengan jalan jujur (*honestly*) dan baik (*decently*). Wirjono Prodjodikoro menyamakan istilah itikad baik dengan kejujuran (*geode trouw*). Robert S. Summers berbeda pendapat dengan Charles Fried yang malahan membedakan itikad baik dengan kejujuran, yaitu :

*What about "honesty" ? Is not acting in good faith equivalent to acting honestly ? Numerous judges appear to have thought so, but this is wrong unless, of course, the definition of honesty is stretched beyond recognition. Honesty only rules out dishonesty in its various forms. But good faith as used by many judges, excludes numerous forms of contractual bad faith besides dishonesty. For one thing, dishonesty is necessarily immoral at all. A party may, for example, abuse his bargaining power, undercut the other party's efforts to perform, or act capriciously without having the "guilty mind" that would make his actions immoral.*¹³⁰

¹²⁹Sutan RemySjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 1993. h.112

¹³⁰Robert S. Summers, *Good Faith in General Contract law and Sales provisions of The Uniform Commercial Code*, Virginia Law Review, Vol. 54, No 2, Maret 1968, h.204.

Summers mengeluarkan asas itikad baik dari persoalan moral. Ketidakjujuran adalah perbuatan yang tidak bermoral, namun ketiadaan itikad baik seperti menyalahgunakan posisi tawar, serta melemahkan pihak lain untuk melaksanakan perjanjian dan bertindak plin-plan merupakan persoalan yang tidak bermoral. Pengertian itikad baik menurut Summers dengan cara membuat antonim dari itikad buruk sebagai berikut :¹³¹

Tabel 2. Perbedaan Pengertian Itikad baik dan Itikad Buruk

Itikad Buruk	Itikad Baik
<i>Seller concealing a defect in what he is selling</i> (Penjual menyembunyikan cacat barang yang ia jual)	<i>Fully disclosing material facts</i> (Sepenuhnya mengungkapkan fakta secara material)
<i>Builder willfully failing to perform in full trough otherwise substantially performing</i> (Pembangun sengaja tidak melakukan pekerjaan secara maksimal)	<i>Substantially performing without knowingly deviating form specifications</i> (Secara substansial melakukan pekerjaan tanpa mengetahui menyimpang dari spesifikasi)
<i>Contractor openly abusing bargaining power to coecer an increase in the contract price</i> (Kontraktor menyalahgunakan posisi tawar untuk memaksa kenaikan harga kontrak)	<i>Refraining from abuse of bargaining power</i> (Menahan diri untuk menyalahgunakan posisi tawar)
<i>Hiring a broker and then</i>	<i>Acting cooperatively</i>

¹³¹*Ibid.*, h. 203.

<p><i>deliberately preventing him from consummating the deal</i> (Mempekerjakan broker dan kemudian sengaja mencegahnya mencapai kesepakatan)</p>	<p>(Bertindak kooperatif)</p>
<p><i>Conscious lack of diligence in mitigating the other party's damages</i> (Kurangnya kesadaran untuk tekun mencegah kerugian pihak lain)</p>	<p><i>Acting diligently</i> (Bertindak tekun)</p>
<p><i>Arbitrarily and capriciously exercising a power to terminate a contract</i> (Mengadopsi penafsiran yang melampaui batas dari bahasa perjanjian)</p>	<p><i>Interpreting contract language fairly</i> (Menafsirkan bahasa perjanjian secara wajar)</p>
<p><i>Adopting an overreaching interpretation of contract language</i> (Mengadopsi penafsiran yang melampaui batas dari bahasa perjanjian)</p>	<p><i>Interpreting contract language fairly</i> (Menafsirkan bahasa perjanjian secara wajar)</p>
<p><i>Harassing the other party for repeated assurances of performance</i> (Melecehkan pihak lain untuk kepastian pelaksanaan perjanjian berulang-ulang)</p>	<p><i>Accepting adequate assurances</i> (Menerima kepastian pelaksanaan perjanjian secara wajar)</p>

Asas itikad baik merupakan hal untuk menghindari seseorang beritikad buruk dan ketidakjujuran yang mungkin dilakukan oleh salah satu pihak, baik dalam pembuatan maupun

pelaksanaan perjanjian.¹³²

Pernyataan Summer tersebut di atas bertolak belakang dengan pendapat Martijn Hasselin menyebutkan semua itikad baik yang bersifat objektif mengacu kepada konsep normatif. Sesungguhnya itikad baik seringkali dilihat sebagai suatu norma tertinggi dari hukum perjanjian, hukum perikatan, bahkan hukum perdata. Itikad baik seringpula dikatakan sebagai berhubungan dengan standar moral. Di satu sisi, dikatakan menjadi suatu standar moral itu sendiri, yakni suatu prinsip *legal ethical*, sehingga itikad baik bermakna *honesty*. Dengan demikian, pada dasarnya itikad baik bermakna bahwa satu pihak harus memperhatikan kepentingan pihak lainnya di dalam perjanjian. Di sisi lain, itikad baik dapat dikatakan sebagai pintu masuk hukum melalui nilai moral (*moral values*). Dengan keadaan yang demikian itu menjadikan itikad baik sebagai norma terbuka (*open norm*), yakni suatu norma yang isinya tidak dapat ditetapkan secara abstrak, tetapi ditetapkan melalui kongkretisasi kasus demi kasus dengan memperhatikan kondisi yang ada.¹³³

Dalam common law Inggris dikenal dua makna itikad baik yang berbeda, yakni *good faith performance* dan *good*

¹³² Charles Fried, *Op. Cit.*, h. 74.

¹³³ Ridwan Khairandy, *Op. Cit.*, h.34-35.

faith purchase. Good faith performance berkaitan dengan kepatutan (yang objektif), atau *reasonableness* pelaksanaan perjanjian. Di dalam makna yang demikian itu, itikad baik digunakan sebagai *implied term*, yang digunakan dalam hukum Romawi, mensyaratkan adanya kerjasama diantara para pihak untuk tidak menimbulkan kerugian dari *reasonableness expectation. Good faith purchase*, di lain pihak, berkaitan dengan *a contracting party's subjective state of mind*; apakah seseorang melakukan perjanjian dengan itikad baik sepenuhnya digantungkan pada ketidaktauannya, kecurigaan, dan pemberitahuan yang berkaitan dengan perjanjian.¹³⁴

Kejujuran dalam pelaksanaan persetujuan harus diperbedakan daripada kejujuran pada waktu mulai berlakunya perhubungan hukum dan kejujuran dalam pelaksanaan persetujuan harus diperbedakan daripada kejujuran pada waktu mulai berlakunya perhubungan hukum dan kejujuran dalam pelaksanaan perjanjian. Dalam kejujuran pada waktu mulai berlakunya suatu perhubungan hukum berupa pengiraan dalam hati sanubari terhadap syarat untuk memperoleh hak milik barang telah dipenuhi. Sedangkan

¹³⁴*Ibid.*, h. 161.

kejujuran dalam pelaksanaan perjanjian terletak pada keadaan jiwa manusia, akan tetapi titik berat dari kejujuran ini terletak pada tindakan yang dilakukan kedua belah pihak dalam hal melaksanakan janji. Dalam melaksanakan tindakan inilah kejujuran harus berjalan dalam hati sanubari seorang manusia berupa selalu mengingat, bahwa manusia itu sebagai anggota masyarakat harus jauh dari sifat menipukan pihak lain dengan menggunakan secara membabi buta kata-kata yang dipakai pada waktu kedua belah pihak membentuk suatu persetujuan. Kedua belah pihak harus selalu memperhatikan hal ini dan tidak boleh mempergunakan kelalaian pihak lain untuk menguntungkan diri pribadi.¹³⁵

Perbedaan antara kejujuran subjektif dan kejujuran objektif itu oleh para ahli hukum Belanda tadi terutama dibicarakan dalam hubungan dengan suatu persetujuan, bahwa para pihak bersepakat untuk menyerahkan penyelesaian suatu sengketa yang mungkin akan timbul dalam melaksanakan perjanjian, kepada pihak ketiga atau suatu badan hukum atau kepada salah seorang daripada para pihak, yaitu selaku pemberi nasehat yang mengikat (*bindend advise*). Hakim tidak boleh meninjau lagi isi dari nasehat yang dikatakan mengikat

¹³⁵R. Wirjono Prodjodikoro, *Op.Cit.*, h.104-105.

itu. Sedangkan apabila dilihat dari kejujuran subjektif ketentuan Pasal 1338 ayat (3) BW dapat dianggap bersifat subjektif, sedang untuk mencapai agar isi dari nasehat yang dikatakan mengikat itu, dapat ditinjau, dapatlah dipergunakan Pasal 1339 BW yang memperbolehkan hakim memperhatikan hal kepatuhan (*billikheid*) di samping kejujuran (*goede trouw*).¹³⁶

6.2. Prinsip Itikad Baik Dalam Sistem Civil Law dan Common Law

6.2.1. Sistem Civil Law

Sistem hukum Indonesia berasal dari negara Belanda, secara otomatis karena negara Indonesia dulu merupakan negara jajahan Belanda maka menggunakan asas konkordansi untuk memberlakukan aturan yang berlaku di negara Belanda dipakai di Indonesia. Untuk pengaturan itikad baik yang diatur di dalam *Burgelijk Wetboek* (yang selanjutnya disebut dengan BW) lama seperti yang dipergunakan di Indonesia saat ini BW, didalam *Nieu Burgelijk Wetboek* yang selanjutnya disebut dengan (N.BW) membedakan itikad baik subyektif dan obyektif berdasarkan terminologi.

¹³⁶*Ibid.* h.106.

Untuk itikad baik subyektif yang diatur dalam Pasal 3.1.1 N.BW tentang pengalihan barang bergerak dalam hal penjualnya ternyata bukan pemilik barang tersebut. Namun dalam pelaksanaan perjanjian terminology yang dipergunakan adalah *redelijkheid / reasonableness* (kewajaran) dan *bilijkheid / equity* (keadilan) ; bukan *geoude trouw* atau *good faith* itikad baik).¹³⁷

Pasal 6.2 N.BW mengatur bahwa :

1. *A creditor and debtor must, as between themselves, act in accordance with the requirements of reasonableness and equity.*
2. *A rule binding upon them by virtue of law, usage or a juridical act does not apply to the extent that, in the given circumstances, this would be unacceptable according to criteria of reasonableness and equity.*

Pasal 6.248 N.BW mengatur bahwa :

- (1) *A contract has not only the juridical effect agreed to by the parties, but also those which, according to the nature of the contract, result from the law, usage or the requirements of reasonableness and equity.*
- (2) *A rule binding upon the parties as a result of the contract does not apply to the extent that, in the given circumstances, this would be unacceptable according to the criteria of the reasonableness and equity.*

¹³⁷Danny Busch et.al. (ed), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law : Comentary*, Ars Aequi Libri, Neijmegen, 2002, h.8

Di dalam N.BW mengharuskan para pihak yang melaksanakan perjanjian untuk bertindak sesuai dengan *reasonableness dan equity*. Jadi itikad baik juga mengatur seluruh kewajiban hukum, bukan hanya mengatur hukum perjanjian saja.

Dalam hukum di Belanda, itikad baik memiliki fungsi :¹³⁸

1. Penafsiran

Semua perjanjian harus ditafsirkan sesuai dengan asas *reasonable dan equity* (baca : itikad baik)

2. Pelengkap

Mengidentifikasi hak-hak dan kewajiban-kewajiban pelengkap yang tidak secara tegas disepakati oleh para pihak. Perjanjian tidak hanya memiliki akibat hukum yang sebelumnya telah disepakati oleh para pihak, melainkan yang bersumber dari hukum, kebiasaan, dan itikad baik.

3. Pembatasan

Ketentuan dalam perjanjian yang mengikat berdasarkan kesepakatan para pihak tidak berlaku

¹³⁸ Danny Busch et.al., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law : A Comentary*, Vol. 2., 2002, h 48.

apabila tidak dapat diterima berdasarkan kriteria itikad baik.

Pengaturan didalam NBW sebenarnya telah tepat apabila diterapkan dalam perjanjian asuransi di Indonesia. Di dalam itikad baik juga harus di atur seluruh kewajiban hukum, bukan hanya mengatur hukum perjanjiannya saja, sehingga bisa tercapai keseimbangan dan keadilan yang di inginkan oleh kedua belah pihak yang melakukan perjanjian asuransi.

Prinsip itikad baik di Jerman yang dikenal dengan (*true und glauben*) juga berkembang pesat. Teori kewajiban kontraktual muncul dan berlandaskan prinsip itikad baik yang diatur dalam Pasal 242 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).¹³⁹ Dalam Pasal 242 BGB diatur bahwa : “*The debtor is bound to perform according to the requirement of good faith, ordinary usage being taken into consideration*”.¹⁴⁰ (Debitur terikat untuk melakukan sesuai dengan kebutuhan itikad baik, penggunaan biasa yang dipertimbangkan). Disamping itu, Pasal 157 BG turut memberikan petunjuk bahwa ; “*Contracts shall be*

¹³⁹*Good faith*, chapter 5, http://www.legiscompare.fr/site-web/IMG/pdf/13.CH_5_Good_faith, diakses pada tanggal 18 Februari 2013.

¹⁴⁰Pasal 242 BGB.

*interpreted according to the requirements of good faith, ordinary usage being taken into consideration*¹⁴¹

Hukum perjanjian di Jerman, prinsip itikad baik memiliki tiga fungsi dasar yaitu :¹⁴²

1. *Legal basis on interstitial law-making by judiciary*

Sebagai landasan bagi pengadilan untuk mengisi kekosongan hukum.

Terkait dengan fungsi yang pertama, maka asas itikad baik dipergunakan oleh hakim untuk menciptakan *cause of action*¹⁴³ yang baru ketika peraturan perundang-undangan tidak mengaturnya.

2. *Legal basis on defences in private law suites*

Membentuk dasar pembelaan hukum dalam perkara gugatan perdata. Prinsip itikad baik oleh pengadilan juga dianggap dapat menjadi dasar pembelaan dalam

¹⁴¹ Pasal 157 BGB

¹⁴² Werner F. Ebke dan Bettina M. Steinheuer, *The Doctrine Good Faith in German Contract Law*, dalam Jack Beatson dan Daniel Friedmann (ed), *Good faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, New York, 2001, h.171-172.

¹⁴³ *Black's Law Dictionary* mengartikan *cause of action* sebagai kelompok fakta yang melahirkan hak bagi seseorang untuk mengajukan gugatan atau sebuah keadaan factual yang memberikan hak bagi seseorang untuk memperoleh ganti rugi dari orang lain di pengadilan. Lihat Bryan A. Garner. *Black's Law Dictionary :Pocket Edition*, 2nd ed., West Group, Minnesota, 2001, h.89.

kasus-kasus yang tidak diperkirakan oleh para pihak sebelumnya, yaitu ketika asumsi dasar yang menjadi landasan hubungan kontraktual para pihak telah berubah secara fundamental antara pada saat disetujuinya perjanjian dengan pada saat pelaksanaan perjanjian.

3. *It provides a statutory basis for relocating risk in privat contract*

Memberikan dasar statutory untuk membagi risiko dalam perjanjian, Dalam fungsi yang terakhir ini, prinsip itikad baik digunakan oleh hakim untuk membagi risiko antara para pihak manakala kebiasaan yang dipegang teguh dan aturan hukum menyebabkan hal yang tidak dikehendaki.

6.2.2 Sistem Common Law

Di dalam system Common Law Erick Gentner dan Martin Boodman mengatakan : “*The common law system is a latecomer to the recognition of an implied duty of good faith*”¹⁴⁴ Ketentuan itikad baik yang diatur di Amerika

¹⁴⁴ Gentner dan Boodman, “*Comparative Issues in Civil and Common law Contracts*”, CIM Bulletin, Maret 2004.

Serikat dalam UCC (*the Uniform Commercial Code*) terinspirasi dari doktrin *true und glauben* dalam BGB Jerman. Pengadilan di Amerika Serikat khususnya New York dan California, sebenarnya telah mengakui asas itikad baik itu jauh sebelum adanya UCC.¹⁴⁵

Dalam kurun waktu sepuluh hingga lima belas tahun terakhir, pengakuan itikad baik oleh pengadilan bersifat terbatas, misalnya meskipun pengadilan telah mengakui adanya kewajiban beritikad baik dalam pelaksanaan perjanjian, namun mereka masih menolak untuk menganut ajaran itikad baik dalam tahap negoisasi.¹⁴⁶ Dalam kasus *Market Street Associates Ltd. Partnership v. Frey*, misalnya Pengadilan Tinggi Federal memutus :

*The contractual duty of good faith is...not some newfangled bit of welfare-state paternalism...the sedimen of an altruistic strain in contract law, and we are there of not surprised to find the essentials of the modern doctrine well established in nineteenth-century cases.*¹⁴⁷

Pengadilan juga tidak secara jelas mengakui apakah asas itikad baik dapat mengesampingkan ketentuan-ketentuan

¹⁴⁵ E. Allan Fransworth, *Good Faith in Contract Performance*, dalam Jack Beatson dan Daniel Friedman (ed), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press Inc, New York, 2001, h. 155.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

dalam perjanjian, serta apakah dapat dikategorikan sebagai pelanggaran atas itikad baik. Meskipun demikian, pengakuan atas itikad baik di Amerika Serikat tercantum dalam ketentuan UCC.

UCC merupakan salah satu sumber pengaturan itikad baik di Amerika Serikat, selain ketentuan yang diatur dalam *The American Law Institute's Restatement (2nd) of Contracts* dan CISG 1980. Pada section 1-203 UCC mengatur bahwa: *“Every contract or duty within this Act Imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement”*.¹⁴⁸

Definisi itikad baik dalam UCC dalam section 1-201.(19) *“...”honesty in fact in the conduct or transaction concerned*”. Definisi lainnya diatur dalam Section 2-103.(1).(b) tentang jual beli barang, bahwa itikad baik diartikan tidak hanya sebagai *honesty in fact*, melainkan juga *“the observance of reasonable standards of fair dealing in the trade”*. Ketentuan yang lainnya diatur dalam Section 3-103.(a).(4) tentang *Negotiable Instruments* yang menjelaskan itikad baik sebagai *“...honesty in fact and the observance of reasonable commercial standard of fair dealing”*. Sebagai perbandingan, *Section 205 Restatement(2nd) of Contracts*

¹⁴⁸ 1-203 UCC

mengatur bahwa “*Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement*”.¹⁴⁹

Untuk negara Australia, prinsip itikad baik tidak secara jelas terbentuk dalam hukum perjanjian negara tersebut. Oleh karenanya, tidak terdapat kriteria atau pun persyaratan yang jelas untuk merumuskan itikad baik dalam sebuah hubungan kontraktual. Di Australia mengidentifikasi itikad buruk lebih mudah dalam hukum perjanjian dibandingkan membuktikan keberadaan itikad baik.¹⁵⁰ Konsep perwujudan itikad baik di Australia adalah *cooperation, reasonableness, proper purpose and legitimate interest* dianggap penting karena tanpa konsep ini maka perjanjian tidak akan mengikat.¹⁵¹ Selanjutnya para pihak dalam perjanjian harus beritikad baik dalam menjalankan

¹⁴⁹Fransworth, *Op.Cit.*, h.155-156.

¹⁵⁰Matthew Harper, “*The Implied of Good faith in Australian Contract*,” Murdoch University Electronic Journal of Law, vo.11, No.3 (September 2004). Kritik terbesar terhadap itikad baik di Australia juga tidak berbeda dengan di Canada. Ahli hukum berpendapat bahwa asas itikad baik tidak perlu diatur secara khusus karena sudah ada dalam hukum perjanjian. Sistem hukum perjanjian tetap dapat bekerja efektif tanpa harus mengimplementasikan asas itikad baik. Penerapannya justru menimbulkan implikasi baru seperti kebingungan dalam penafsiran hukum. Asas itikad baik dipandang sebagai penghalang bagi hak individu untuk membuat perjanjian sebagai perwujudan dari “*self interest*” yang merupakan asas klasik dalam hukum perjanjian.

¹⁵¹*Ibid.*

kewajibannya. Pengakuan prinsip itikad baik di Australia sebagai payung konsep yang terkandung dalam hukum perjanjian Australia.¹⁵²

6.2.3. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, the Unidroit Principles of International Contracts 2004 dan Principles of European Contract Law.

Perkembangan perdagangan internasional telah melakukan unifikasi hukum perdagangan International dengan ditandatanganinya CISG 1980.¹⁵³ CISG 1980 merefleksikan kepentingan dalam hubungan dagang international dan

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Tanggal 17 Desember 1966, Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) membuat keputusan tentang pembentukan *The United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL). Lembaga ini bertugas mendorong tercapainya harmonisasi dan unifikasi hukum perdagangan internasional yang progresif. Konsep yang dipakai harmonisasi dan unifikasi hukum perjanjian jual beli barang internasional ini adalah *Convention Relating to A Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS)* dan *Convention Relating to Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULFC)* yang lebih dikenal dengan *The Hague Convention 1964*. Rencana harmonisasi dan unifikasi dilanjutkan oleh kelompok kerja UNCITRAL dengan revisi ULIS yang disetujui tahun 1976. Kemudian disetujui perubahan draft ULFC. Draft ULIS dan ULFC digabung dan ditambah dengan hasil kerja UNCITRAL. UNCITRAL menghasilkan *Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, yang akhirnya berkembang menjadi CISG pada tahun 1980.

mendobrak rintangan hukum serta ideologi, serta menyatukan *system Civil Law* dan *Common Law*, negara kapitalis, sosialis serta negara maju dan berkembang.¹⁵⁴

Dalam CISG 1980 ketentuan tentang itikad baik ditemukan dalam Pasal 7 ayat (1) : “*In the interpretation of this Convention, regards is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade*”. CISG 1980 memberikan petunjuk bahwa dalam melakukan interpretasi hasil konvensi harus ada pertimbangan itikad baik terutama dalam perdagangan internasional. Pasal ini juga menunjukkan bahwa itikad baik dalam perdagangan internasional menjadi salah satu tujuan utama (*major goals*) dari CISG 1980, selain penghormatan atas karakteristik internasional dari konvensi ini serta mendukung keseragaman (*uniformity*).¹⁵⁵ Victor Purba menyatakan bahwa rumusan ini digunakan sebagai jalan tengah

¹⁵⁴ *Unification and Certainty : The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, “ Harvard law Review, Vol. 97, No. 8 Juni, 1984, h.1984-1985.

¹⁵⁵ Shani Salma, “*Pragmatic Responses to Interpretive Impediments : Article 7 of the CISG, an Inter-American Application*”, “The University of Miami Inter-American Law Review, Vol.38, No.1, Fall 2006, h.225.

antara dua pandangan yang berlawanan, ada 2 pendirian, yaitu¹⁵⁶.

1. Sebagian delegasi mendukung adanya satu peraturan umum, walaupun hanya dalam informasi perjanjian, dan masing-masing pihak harus memperhatikan prinsip *fair dealing* dan juga harus bertindak dengan *good faith*.
2. Yang lainnya, menentang langkah tersebut, atas dasar bahwa *fair dealing* dan *good faith* tidak memiliki makna yang baku dan hanya akan mengakibatkan kekeliruan bahkan ketidakpastian.

Contoh penerapan asas itikad baik berdasarkan CISG 1980, yaitu perkara di Jerman yang diputus berdasarkan *Judicial Decision Germany: Oberlandesgericht Koln* ;22 U 4/96,¹⁵⁷ yaitu : jual beli mobil bekas yang dilakukan antara dua dealer mobil. Penggugat membeli mobil bekas dari tergugat. Dokumen memperlihatkan bahwa mobil yang dijual tersebut berlisensi tahun 1992, dan kilomaternya masih sangat rendah. Dalam perjanjian jual beli tidak diatur

¹⁵⁶ Victor Purba, *Perjanjian Jual beli barang Internasional (Konvensi Vienna 1980)*, Cet.1, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia ,Jakarta, 2002, h. 58.

¹⁵⁷ Adhari Surya Putra, *Asas Itikad Baik Dalam Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Penerapannya Pada Tahap Pra-Kontrak*, Tesis, Fakultas Hukum , Universitas Indonesia, Jakarta, 201.,h.57.

adanya suatu garansi dari mobil tersebut, kemudian penggugat menjual lagi mobil tersebut kepada langganannya, dan menemukan bahwa mobil tersebut berlisensi pertamanya tahun 1990 dan kilometer aslinya sudah sangat tinggi. Penggugat harus membayar ganti rugi kepada pembeli ini sejumlah uang yang besarnya sama dengan uang yang telah dibayarkan kepada tergugat. Pengadilan Banding memutuskan bahwa penggugat dapat mengklaim ganti rugi sesuai dengan Pasal 35 ayat (1), 45, dan 74 CISG 1980. Kerugian yang dialami penggugat diakibatkan tanggung jawabnya kepada pembeli kedua dapat diklaim berdasarkan Pasal 74 CISG 1980, oleh karena kerugian ini dapat diduga jika mobil tersebut dijual kepada dealer yang bermaksud menjualnya kembali dapat melakukan deteksi “*the car’s lack of conformity with the contract*” berdasarkan prinsip umum yang terkandung dalam Pasal 40 dan 7 ayat (1) CISG 1980. Menurut Pengadilan Banding, “*even a very negligent buyer deserves more protection than a fraud seller*”. Pengadilan Banding juga menyatakan bahwa pengecualian atas garansi menjadi tidak sah apabila penjual bertindak curang.

Kasus tersebut di atas merupakan salah satu

kasus bahwa hakim menggunakan Pasal 7 ayat (1) CISG 1980 untuk mengukur tindakan para pihak dalam perjanjian. Hakim mengatakan bahwa apa yang dilakukan tergugat telah melanggar prinsip itikad baik yang sebenarnya harus dijunjung dalam transaksi perdagangan internasional. Alur pikiran hakim dalam menjatuhkan putusan adalah¹⁵⁸ :

1. Penjual telah tidak beritikad baik dengan menyembunyikan kondisi mobil tersebut.
2. Karena penjual sudah beritikad tidak baik, maka diharuskan mengganti kerugian yang diderita pembeli.
3. Ketiadaan itikad baik menghapus segala hak dan pengalihan dan atau pengecualian kewajiban penjual.

Dalam *the Unidroit Principles of International Contracts 2004* (UPICC) juga mengatur tentang itikad baik yang mengatakan “*Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade* “(Art. 1.7).¹⁵⁹ Ketentuan UPICC serupa dengan *Principles of Europe Contract Law* (PECL), yang mengatakan : “*Each contracting party must act in accordance with good faith and fair dealing*

¹⁵⁸*Ibid.*, h 58

¹⁵⁹ Pasal 1.7 (1) UPICC

(Art.1.201).¹⁶⁰ Di dalam UPICC juga jelas diatur bahwa para pihak dalam perjanjian tidak boleh membatasi kewajiban untuk beritikad baik tersebut.¹⁶¹ Ketentuan itikad baik dalam UPICC lebih dikenal dengan sebutan prinsip-prinsip UNIDROIT yang merupakan ketentuan yang bersifat memaksa. Dalam *restatement* dari Pasal 1.7 UPICC terdapat 3 unsur prinsip itikad baik dan *fair dealing* (transaksi jujur), yaitu :¹⁶²

1. Itikad baik dan *fair dealing* sebagai prinsip dasar yang melandasi perjanjian.
2. Prinsip itikad baik dan *fair dealing* dalam UPICC ditekankan pada praktek perdagangan internasional;
3. Prinsip itikad baik dan *fair dealing* bersifat memaksa (*mandatory*).

Seluruh bab pada UPICC mengandung prinsip itikad baik dan *fair dealing*, dan asas ini merupakan landasan utama dari hukum perjanjian berdasarkan UPICC. Setiap pihak wajib menjunjung tinggi prinsip itikad baik dalam keseluruhan

¹⁶⁰ Pasal 1.201 PECL

¹⁶¹ 1.7.(2) UPICC mengatur bahwa “*The parties may not exclude or limit this duty (of acting in good faith)*.”

¹⁶² Taryana Soenandar, *Prinsip-Prinsip UNIDROIT Sebagai Sumber Hukum Perjanjian dan Penyelesaian Sengketa Bisnis Internasional*, Cet.2, Sinar Grafika, Jakarta, 2006, h. 42.

perjanjian, mulai dari negoisasi, pembuatan, pelaksanaan sampai berakhirnya perjanjian.¹⁶³ yang hal ini belum diatur dalam BW secara implisit. BW hanya mengatur prinsip itikad baik (*good faith*) pada saat pelaksanaan kontrak, padahal sebenarnya dalam tahap negosiasi itupun sudah timbul hak dan kewajiban yang harus dipatuhi oleh para pihak demi menegakkan prinsip itikad baik dan transaksi wajar/jujur (*good faith dan fair dealing*).

Hal ini merupakan masalah krusial dalam mekanisme terjadinya kontrak dalam dunia bisnis/komersial yang umumnya didahului oleh tahap negosiasi dimana masing-masing pihak mengajukan *letter of intent* yang memuat keinginan masing-masing pihak untuk membuat suatu kontrak. Selanjutnya setelah ada kesepakatan atas kehendak untuk mengadakan kontrak tersebut, maka para pihak akan membuat *Memorandum of Understanding* (MOU) yang memuat keinginan masing-masing pihak sekaligus adanya tenggang waktu pencapaian kesepakatan untuk terjadinya kontrak. Proses inilah yang disebut sebagai proses prakontrak atau praperjanjian

Dalam tahap prakontrak ini masing-masing pihak harus menegakkan prinsip itikad baik, yang oleh karena itu jika salah

¹⁶³*Ibid.*, h 43.

satu pihak beritikad buruk, maka haruslah disediakan sarana hukum berupa hak gugat dan hak untuk menuntut ganti rugi dalam tahap prakontrak.

Dalam UPICCs, dikenal adanya larangan negoisasi dengan itikad buruk diatur dalam Pasal 2.15 UPICC yaitu :

1. *A party is free to negotiatie and is not liable for failure to reach an agreement.*
2. *However, a party who negoitiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses to the other party.*
3. *It is bad faith, in particular, for party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.*

Dalam ketentuan tersebut dimuat prinsip larangan bernegosiasi dengan itikad buruk, yang mencakup:

1. kebebasan negoisasi;
2. tanggung jawab atas negoisasi dengan itikad buruk;
3. tanggung jawab atas pembatalan negoisasi dengan itikad buruk.

Dengan demikian tanggung jawab hukum sebenarnya sudah timbul sejak proses negoisasi atau pra kontraktual yang dalam kontrak internasional biasanya berada dalam tahapan MOU. Proses negoisasi antara para pihak walaupun belum

menimbulkan hubungan hukum antara mereka, namun telah menimbulkan tanggung jawab hukum, yaitu apabila seseorang membatalkan negosiasi tanpa alasan yang sah atau dengan kata lain seseorang telah melakukan *bad faith* dan/atau *unfair dealing* dalam proses negosiasi, maka ia dapat dituntut.

Jadi secara tidak langsung prinsip UNDROIT mengatur bahwa tanggung jawab hukum telah lahir sejak proses negosiasi. Kebebasan para pihak dalam melakukan negosiasi dijamin berdasarkan ketentuan ini, namun tanggung jawab hukum harus dipikul oleh pihak yang melakukan atau membatalkan negosiasi dengan itikad buruk. Prinsip itikad baik ini merupakan bahan yang sangat penting bagi suatu hukum umum perjanjian modern.¹⁶⁴

¹⁶⁴*Ibid.* h.50.

BAB VII

PENERAPAN PRINSIP ITIKAD BAIK DALAM PERJANJIAN ASURANSI

Prinsip Itikad baik atau *utmostgood faith* dalam perjanjian asuransi sangat penting karena menyangkut hak dan kewajiban tertanggung serta penanggung. Itikad baik menjadi asas yang paling penting dalam hukum perjanjian.¹⁶⁵ Untuk itu dalam perjanjian asuransi juga disebut sebagai *contract of utmost good faith*. Itikad baik ini biasanya dipasangkan dengan *fair dealing*.¹⁶⁶ Seperti yang telah disebutkan di atas bahwa definisi itikad baik dalam kenyataannya sangat sulit menemukan pengertian dan definisi yang jelas tentang itikad baik. Hal ini dapat dipahami karena pengaturan hukum perjanjian sangat minim, bahkan di negara-negara *civil law* yang memasukkan ketentuan itikad baik ke

¹⁶⁵ Ridwan Khairandy, *Op.Cit.* , h.128.

¹⁶⁶ *Ibid*, h. 130.

BW hanya mengatur sedikit saja.¹⁶⁷ Ada yang mendefinisikan *utmost good faith* sebagai :¹⁶⁸

Utmost good faith means a positive duty to voluntarily disclose, accurately and fully, all facts material to the risk being proposed, whether asked for them or not.

Itikad baik tidak hanya mengacu pada itikad baik para pihak saja, melainkan harus mengacu pula pada nilai-nilai yang berkembang dalam masyarakat. Baldus membedakan beberapa jenis itikad baik, yaitu : itikad baik dapat digunakan untuk 2(dua) tujuan, yaitu pertama untuk mengetahui apakah perjanjian itu mengikat ataukah tidak.dan yang kedua untuk mengetahui apa yang menjadi kewajiban para pihak, dan apakah para pihak telah memenuhi kewajiban tersebut¹⁶⁹.

Didalam Pasal 1338 BW dikatakan bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik (*(zij moten te goeder trouw worden ten vitvoer verklaart)*.. Dalam hukum perjanjian, itikad baik melarang setiap pihak menyembunyikan apa yang ia ketahui. Itikad baik merupakan ketentuan yang mendasarkan dirinya kepada keadilan,yakni keadilan sebagai kepatutan.

¹⁶⁷*Ibid*, h. 7

¹⁶⁸*Basic Insurance Concept and Principles*,Singapore College of Insurance Limited, 1 st Edition, 2002., h. 41.

¹⁶⁹Ridwan Khairandy*Op.Cit*, h. 146.

Konsep ini sendiri secara langsung mengacu kepada kepatutan yang dikemukakan Aristoteles.¹⁷⁰ Konsep itikad baik dalam system *common law* Inggris yang dikemukakan oleh Sir Anthony Mason yang menyatakan bahwa konsep itikad baik mencakup 3 (tiga) doktrin yang berkaitan dengan¹⁷¹:

1. suatu kewajiban bagi para pihak yang bekerjasama dalam mencapai tujuan perjanjian (kejujuran) terhadap janji itu sendiri);
2. pemenuhan standar perilaku terhormat;
3. pemenuhan *standard of contract* yang masuk akal yang berkaitan dengan kepentingan para pihak.

Kepatutan yang dimaksud oleh Aristoteles, juga diatur dalam Pasal 1339 BW yang menyatakan bahwa perjanjian tidak hanya mengikat terhadap yang apa secara tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga kepada segala sesuatu yang bersifat persetujuan, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, yang undang-undang (*overeenkomsten verbinden niet allen tot datgene hetwelk uitdrukkelijk bij dezelve bepaald is, maar ook tot al hetgeen dat, naar den aard van dezelve overeenkomsten, door de billijkheid, het gebruik, of de wet, word gevorded*). Berkaitan dengan kebiasaan di dalam Pasal 1347 BW menyatakan bahwa hal-hal yang menurut kebiasaan

¹⁷⁰*Ibid*, 158.

¹⁷¹*Ibid*, hal 162.

selamanya diperjanjikan dianggap secara diam-diam dimasukkan ke dalam perjanjian meskipun tidak secara tegas diperjanjikan¹⁷².

Itikad baik yang diatur dalam Pasal 1338 (3) BW dapat dibedakan atas itikad baik yang subyektif dan itikad baik yang obyektif. Itikad baik dalam pengertian yang subyektif dapat diartikan sebagai kejujuran seseorang atas dalam melakukan suatu perbuatan hukum, yaitu apa yang terletak pada sikap batin seseorang pada saat diadakan suatu perbuatan hukum. Sedang itikad baik dalam pengertian yang obyektif dimaksudkan adalah pelaksanaan suatu perjanjian yang harus didasarkan pada norma kepatutan atau apa yang dirasakan patut dalam suatu masyarakat.

Itikad baik secara subyektif menunjuk pada sikap batin atau unsur yang ada dalam diri pembuat, yaitu apakah yang bersangkutan sendiri menyadari bahwa tindakannya bertentangan dengan itikad baik. Itikad baik dalam arti objektif lebih pada hal-hal diluar diri pelaku, yaitu apabila pendapat umum menganggap tindakan yang demikian adalah bertentangan dengan itikad baik.

¹⁷²*Ibid*, h. 192.

Itikad baik dalam sebuah perjanjian harus ada sejak perjanjian baru akan disepakati, artinya itikad baik ada pada saat negosiasi prakesepakatan perjanjian, dinyatakan oleh Ridwan Khairandy bahwa "Itikad baik sudah harus ada sejak fase prakontrak dimana para pihak mulai melakukan negosiasi hingga mencapai kesepakatan dan fase pelaksanaan kontrak".¹⁷³ Itikad baik seharusnya dimiliki oleh setiap individu sebagai bagian dari makhluk sosial yang tidak dapat saling melepaskan diri dari ketergantungan sosial terhadap individu lain untuk saling bekerjasama, saling menghormati dan menciptakan suasana tenteram bersama-sama. Melepaskan diri dari keharusan adanya itikad baik dalam setiap hubungan dengan masyarakat adalah pengingkaran dari kebutuhannya sendiri, kebutuhan akan hidup bersama, saling menghormati dan saling memenuhi kebutuhan pribadi dan sosial.

Keberadaan itikad baik dalam setiap hubungan dengan masyarakat memberi arti penting bagi ketertiban masyarakat, itikad baik sebagai sikap batin untuk tidak melukai hak orang lain menjadi jaminan bagi hubungan masyarakat yang lebih tertib. Ketiadaan itikad baik dalam hubungan masyarakat mengarah pada perbuatan yang secara umum dicela oleh

¹⁷³*Ibid.* h. 158.

masyarakat, celaan datang dari sikap batin pembuat yang tidak memiliki itikad baik, sikap batin di sini mengarah pada ‘kesengajaan sebagai bentuk kesalahan’ pembuat yang secara psikologis menyadari perbuatannya serta akibat yang melekat atau mungkin timbul dari pada perbuatan tersebut.

Itikad baik atau *utmost good faith* merupakan suatu dasar pokok dan kepercayaan yang menjadi landasan setiap perjanjian termasuk perjanjian asuransi, dan pada dasarnya hukum tidak melindungi pihak yang beritikad buruk. Sebagai refleksi dari asas itikad baik yang diatur dalam Pasal 1338 ayat (3) BW, untuk semua perjanjian asuransi secara khusus diatur pada Pasal 251 KUHD. Asas yang terkandung dalam Pasal 251 KUHD pada dasarnya merupakan *asas uberrima fides* atau *uberrimae fidei* yang dalam bahasa Inggris dipergunakan istilah *the principle of utmost good faith*. Asas itikad baik yang sempurna ini adalah merupakan *lex specialis* dari itikad baik berdasarkan ketentuan hukum perdata.¹⁷⁴.

Pasal 251 KUHD bahwa:

“Setiap keterangan yang keliru atau tidak benar, ataupun setiap tidak memberitahukan hal hal yang diketahui oleh sitertanggung betapapun itikad baik ada padanya, yang demikian sifatnya sehingga, seandainya sipenanggung telah mengetahui keadaan

¹⁷⁴ Sri Rejeki Hartono, *Op.Cit*, h. 103.

yang sebenarnya, perjanjian itu tidak akan ditutup dengan syarat-syarat yang sama mengakibatkan batalnya pertanggunggan”

Dari Pasal 251 KUHD di atas dapat diketahui bahwa dibedakan dua hal yaitu:¹⁷⁵

- a. Memberikan keterangan/informasi yang keliru atau tidak benar, dan
- b. Tidak memberikan keterangan/informasi mengenai keadaan-keadaan yang diketahui

Secara umum, itikad baik dapat diartikan bahwa masing-masing pihak dalam suatu perjanjian yang akan disepakati, menurut hukum mempunyai kewajiban untuk memberikan keterangan atau informasi yang selengkap-lengkapnyanya, yang dapat mempengaruhi keputusan pihak yang lain untuk memasuki perjanjian atau tidak, baik keterangan yang demikian itu diminta atau tidak.¹⁷⁶ Kewajiban untuk memberikan fakta-fakta penting tersebut berlaku¹⁷⁷ :

- Sejak perjanjian asuransi dibicarakan sampai perjanjian asuransi selesai dibuat, yaitu pada saat kedua belah pihak

¹⁷⁵*Ibid*, h. 104.

¹⁷⁶*Ibid*.

¹⁷⁷ [http://ryaniskandar.wordpress.com/Prinsip-prinsip Dasar Asuransi.](http://ryaniskandar.wordpress.com/Prinsip-prinsip-Dasar-Asuransi.), diakses pada tanggal 3 Juli 2013.

menyetujui kontrak tersebut.

- Pada saat perpanjangan kontrak asuransi.
- Pada saat terjadinya perubahan pada kontrak asuransi dan mengenai hal-hal yang ada kaitannya dengan perubahan-perubahan itu.

Salah satu senjata yang sering digunakan oleh penanggung untuk melindungi dirinya untuk tidak membayar klaim asuransi adalah ketentuan Pasal 251 KUHD. Tujuan dari Pasal 251 KUHD adalah melindungi penanggung atau membebaskannya dari risiko yang tidak secara adil diperalihkan kepadanya, sehingga dalam pasal ini tidak menjadi pertimbangan apakah pada penanggung terdapat itikad jahat atau itikad baik.¹⁷⁸

Apabila dicermati secara gramatikal Pasal 251 KUHD hanya menitik beratkan pada tertanggung yang harus beritikad baik, sedangkan penanggung dalam hal ini perusahaan asuransi tidak disebutkan didalamnya. Sehingga jelas pasal ini sangat timpang dan terdapat kelemahan serta tidak ada posisi yang seimbang antara tertanggung dan penanggung. Dalam membaca sebuah pasal sebenarnya Pasal 251 KUHD ini tidak boleh hanya ditekankan tertanggung saja

¹⁷⁸ Emmy Pangaribuan Simanjuntak, *Op. Cit* h. 47.

yang diwajibkan untuk beritikad baik, namun penanggung juga wajib memiliki itikad baik. Untuk menetapkan isi perjanjian perlu diadakan penafsiran apabila timbul perbedaan pengertian, sehingga jelas diketahui maksud para pihak ketika mengadakan perjanjian. A. Pitlo mengatakan ada berbagai cara menafsirkan, yaitu gramatikal¹⁷⁹, sistematis¹⁸⁰, historis¹⁸¹, namun tidak berarti hanya satu atau lebih yang dipergunakan atau mendahulukan yang satu dari yang lain dalam menafsirkan undang-undang tetapi semua secara bersama-sama.¹⁸²

Kewajiban untuk memberikan fakta-fakta penting tersebut berlaku:

1. Sejak perjanjian asuransi mulai dibicarakan sampai perjanjian asuransi selesai dibuat, yaitu pada saat penanggung menyetujui perjanjian tersebut.
2. Pada saat perpanjangan perjanjian asuransi.

¹⁷⁹Penafsiran gramatikal adalah menangkap arti suatu naskah menurut bunyi kata-katanya.

¹⁸⁰Penafsiran sistematis adalah undang-undang harus dibaca secara keseluruhannya tidak boleh mengeluarkan suatu ketentuan lepas dari keseluruhannya tetapi harus meninjau dalam hubungannya dengan ketentuan sejenis.

¹⁸¹Penafsiran historis dilakukan sejarah pembuatannya sehingga memperoleh makna yang tersembunyi di belakang kata-kata.

¹⁸²A. Pitlo, *Het System van Het Nederlands Privaatrecht, Gouda Quint BV*, Cetakan ke-9, 1988, h.18-31., diterjemahkan oleh Sudikno Mertokusumodalam, Sudikno Mertokusumo II., h. 56.

3. Pada saat terjadinya perubahan pada perjanjian asuransi dan mengenai hal-hal yang ada kaitannya dengan perubahan-perubahan itu.
4. Tidak menyembunyikan keterangan yang jelas dan benar yang dibutuhkan masing-masing pihak.

Apabila perjanjian asuransi di ibaratkan suatu bangunan, prinsip itikad baik adalah fondasinya, artinya apabila fondasi tersebut tidak dikonstruksi dengan baik, dikhawatirkan bangunan perjanjian asuransi akan ambruk atau gagal mencapai tujuannya, karena beberapa kasus asuransi masalah itikad baik sering menjadi pokok permasalahan. Prinsip itikad baik ini mengandung pengertian kedua belah pihak, yaitu tertanggung dan penanggung secara timbal balik harus mendasari kesepakatan atau perjanjian asuransi dengan itikad sangat baik, artinya tidak menyembunyikan keterangan yang jelas dan benar yang dibutuhkan masing-masing pihak. Kata “sangat” yang tercantum dalam prinsip itikad baik terkadang cenderung ditujukan kepada tertanggung, dengan pertimbangan tertanggung yang akan mengalihkan risiko kepada penanggung atau perusahaan asuransi mengetahui segala sesuatunya tentang objek yang akan diasuransi sedangkan penanggung tidak mengetahuinya, apabila

tertanggung tidak memberitahukan keterangan tentang objek asuransi kepada penanggung. Penanggung dapat melakukan survey atas risiko terhadap ojek asuransi (untuk asuransi kerugian), sedangkan untuk asuransi jiwa penanggung berhak mendapatkan data kesehatan dan latar belakang pekerjaan dari tertanggung apakah memiliki penyakit yang dapat menyebabkan terjadinya kematian ataukah tingkat pekerjaan yang memiliki risiko tinggi untuk dapat terjadinya kematian.

Semua yang diinginkan untuk diketahui penanggung, di dalam praktek sudah disebutkan dalam formulir polis untuk diisi oleh tertanggung, namun tidak berarti bahwa hanya pertanyaan-pertanyaan yang ditempatkan dalam formulir itu yang harus dijawab tertanggung. Tertanggung harus memberitahukan keterangan-keterangan yang benar dan jelas terutama terkait dengan bahaya-bahaya yang mengancam jiwa yang diasuransikan agar diketahui besar kecilnya risiko yang ditanggung oleh penanggung yang berhubungan dengan besar kecilnya premi yang akan ditentukan. Namun di pihak lain ketentuan Pasal 251 KUHD tersebut dirasakan terlalu memberatkan tertanggung disebabkan karena :¹⁸³

- a. Ancaman yang sama berupa batalnya asuransi

¹⁸³ M. Suparman Sastrawidjaja, *Op. Cit.*, h.13.

terhadap tertanggung yang beritikad baik.

- b. Tidak diberikan kesempatan memperbaiki kekeliruannya bagi tertanggung yang keliru dalam memberikan keterangan.

Pada prinsip itikad baik tertanggung pada saat melakukan mengajukan form aplikasi penutupan asuransi berkewajiban memberitahukan secara jelas dan teliti mengenai segala fakta penting yang berkaitan dengan dirinya atau obyek yang diasuransikan serta tidak berusaha dengan sengaja untuk mengambil untung dari penanggung. Dengan kata lain tertanggung tidak menyembunyikan sesuatu fakta yang dapat dikategorikan sebagai menutup-nutupi kelemahan dan kekurangan atas diri atau obyek yang dipertanggungkan, mengingat hal ini berkaitan erat dengan resiko, penetapan pembayaran premi serta kewajiban penanggung jika terjadi kerugian yang diderita oleh tertanggung. Prinsip ini jika dicermati juga sesuai dengan implementasi Pasal 1320 dan Pasal 1338 BW, bahwa perjanjian yang dibuat harus berdasarkan atas dasar sebab yang dibolehkan serta perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik.

Dalam perjanjian asuransi ketentuan tentang kewajiban tertanggung untuk menyampaikan mengenai obyek

yang diasuransikan dengan sesungguhnya dan sejujurnya, seperti yang dimaksudkan dalam pasal 251 KUHD. Kewajiban pemberitahuan tersebut penting bagi penanggung, agar penanggung dapat memberikan penilaian mengenai besar kecilnya resiko yang dihadapi dan menjadi faktor dalam penentuan premi serta menjadi bahan pertimbangan dalam menerima atau menolak perjanjian asuransi. Ketentuan tersebut tidak membedakan antara tertanggung yang beritikad buruk dengan tertanggung yang beritikad baik. Menurut ketentuan Pasal 251 KUHD, apabila tertanggung memberitahukan hal yang tidak yang sebenarnya, memberitahukan hal yang keliru dan tidak sejelas-jelasnya maka, apabila hal ini terjadi, sanksi yang diberikan adalah mengakibatkan batalnya perjanjian asuransi, jelas hal ini sangat memberatkan tertanggung yang beritikad baik.

Di negara yang menganut system hukum Anglo Saxon pemberlakuan *utmost good faith* tidak sekaku yang berlaku seperti di Indonesia saat ini. Tuntutan untuk bersifat terbuka atau beritikad baik tidak semata-mata tanggung jawab dari pihak tertanggung, melainkan juga menjadi tanggung jawab pihak penanggung. Artinya, di negara Anglo saxon seperti di Inggris, pemberlakuan prinsip ini secara kaku dan

mutlak sudah lama ditinggalkan. Hal ini dibuktikan dengan diaturnya prinsip ini dalam kodifikasi Hukum Asuransi laut Inggris, Marine Insurance Act (MIA) 1906, dalam *section 17*, dikatakan bahwa “*A contract of marina insurance is a contract based upon the utmost good faith and, if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party*”.¹⁸⁴ Di Australia, ketentuan yang serupa dijumpai dalam *Section 13 Insurance Contract Act 1984 (ICA)*.¹⁸⁵

Menurut *Section 13 MIA 1906* di atas, sebuah perjanjian asuransi (laut) adalah perjanjian yang didasarkan pada itikad baik yang sempurna, apabila itikad baik ini tidak diperhatikan oleh salah satu pihak, maka pihak lainnya boleh melepaskan dirinya untuk tidak terikat dengan perjanjian tersebut. Prinsip ini kemudian diberlakukan dalam segala jenis asuransi dan diadopsi oleh hampir semua negara di dunia.

Pemberlakuan prinsip itikad baik dari tertanggung boleh dikatakan sudah kembali bergeser kearah apa yang

¹⁸⁴<http://www.comitemaritime.org/future/pdf/utm-g-faith.pdf>, Andre Tulloch, *Utmost Good Faith*, Part II CMI Yearbook 2003, diakses pada tanggal 3 Juli 2013.

¹⁸⁵<http://www.aar.com.au/pubs/insurance/htm>., *Histories of The Duty and Remedies*, diakses pada tanggal 3 Juli 2013.

sudah dikenal umum dalam Pasal 1338 (3) BW, yakni prinsip itikad baik kedua belah pihak dalam perjanjian. Itikad baik yang diatur secara khusus dalam Pasal 251 KUHD dipandang sudah tidak pantas diberlakukan lagi. Untuk itulah penulis mengusulkan pada disertasi ini untuk merekonstruksi kembali Pasal 251 KUHD sehingga terjadi keseimbangan terhadap para pihak dalam melakukan perjanjian asuransi. Hal ini sebenarnya juga ditegaskan dalam usulan Rancangan Undang-Undang Perjanjian Asuransi yang sebenarnya sudah jauh-jauh hari dibuat, namun pada saat ini RUU tersebut belum juga disetujui oleh anggota Dewan Perwakilan Rakyat. Penulis mengusulkan untuk merekonstruksi ulang Pasal 251 KUHD tersebut dengan pertimbangan:

- a. bahwa selama ini hukum perjanjian asuransi belum pernah disesuaikan dengan perkembangan dunia dari lembaga yang berhakikat internasional;
- b. bahwa sementara ini selama ini hukum tentang perjanjian asuransi yang ada tidak dapat dipertahankan lebih lama lagi dan harus segera direvisi total untuk penyesuaian dengan Pancasila dan Undang-Undang dasar 1945 serta perkembangan hukum baru di mancanegara;

- c. Bahwa sehubungan dengan hal-hal tersebut di atas, dipandang perlu untuk menetapkan undang-undang tentang Perjanjian Asuransi yang baru untuk menggantikan *Wetboek van Koopenhandel Boek 1*, titel 9 dan 10, *Boek 2* Titel 9 dan 10.¹⁸⁶

Dalam definisi perjanjian asuransi di N.BW pasal 7.17.1.1.1 yaitu:

Para pihak dinamakan penanggung (*verzekeraar*) dan penerima asuransi (*verzekeringnemer, applicant, proposer*). Penerima asuransi adalah mitra penanggung dalam penutupan perjanjian asuransi. Dalam pada itu yang dapat mengambil asuransi dapat bertanggung sendiri, maupun pihak lain yang mengambil asuransi yang bersangkutan untuk kepentingan pihak ketiga. Yang dikenakan kewajiban pemberian keterangan selengkapny tentang risiko yang ditawarkan untuk ditutup (dijamin) oleh penanggung (*medelingsplicht* Pasal 251 KUHD) yang diketahui oleh si penerima asuransi, atau yang patut diketahuinya, bahwa keputusan penanggung apakah ia akan memberi asuransi yang diminta atau tidak, dan jika memberi dengan persyaratan apa, digantungkan pada fakta yang bersangkutan.¹⁸⁷

¹⁸⁶H.Gunanto, *Naskah Akademik Peraturan Perundang-undangan tentang Perjanjian Asuransi*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman, 1993/1994, h.77-78.

¹⁸⁷*Ibid.*, h.27.

Rumusan ini ternyata sesuai dengan rekomendasi *The Law Commission* Inggris di bawah pimpinan Lord Kerr, 1980,¹⁸⁸ yang pada akhirnya telah memperoleh tempat dalam legislasi hukum perjanjian asuransi baru Australia (1984), tetapi tidak untuk di Inggris. Salah satu isinya juga mengkaji apakah tertanggung juga perlu dibebani kewajiban pemberitahuan tersebut? Tidak dapatkah dalam asuransi dianut bahwa para pihak, penanggung harus waspada sendiri. Hal ini berlaku untuk tertanggung individual yang dapat dibebaskan dari kewajiban tersebut. Jadi penanggung apabila menganggap risiko tersebut penting baginya, maka penanggung harus mengajukan pertanyaan khusus mengenai obyek asuransi, tanpa pertanyaan demikian, maka si tertanggung bebas dari kewajiban memberi keterangan. Hukum baru di Netherland telah mengatur kewajiban pemberian keterangan lengkap tentang risiko yang hendak diasuransikan sesuai dengan rekomendasi Lord Kerr.¹⁸⁹

Dalam Pasal 7.17.1.4.1 N.BW dinyatakan sebagai berikut :

Pada waktu perjanjian asuransi dinegosiasikan, si pengambil asuransi wajib untuk memberi segala keterangan

¹⁸⁸*Ibid.*, h. 28, Disampaikan pada parlemen Inggris oleh Menteri Kehakiman (*Lord High Hancellor*) atas instruksi Ratu, Oktober 1980, diterbitkan oleh Her Majesty's Stationery Office, London.

¹⁸⁹*Ibid.*

kepada penanggung mengenai keadaan, risiko yang hendak diasuransikan, yang ia ketahui dan nilai, atau patut nilai, bahwa penanggung akan menggantungkan keputusannya mengenai apakah ia akan mengakseptasi risiko tersebut, atau tidak, dan jika ya dengan kondisi dan persyaratan apa, dari fakta yang bersangkutan.

Dengan demikian, tidak semua hal yang dianggap penting oleh penanggung dan tidak diberitahukan, membuat asuransi yang bersangkutan batal.

Pada dasarnya Pasal 7.17.1.5 N.BW yang menyatakan bahwa:

bahwa penanggung yang mengetahui tentang adanya hal penting yang tidak diberitahukan kepadanya oleh pengambil asuransi, tidak boleh menunggu sehingga terjadi klaim, untuk kemudian ditolaknya. Penanggung wajib untuk jangka waktu dua bulan sejak ia mengetahui bahwa ada hal-hal penting yang tidak diberitahukan kepadanya menjelang ditutupnya perjanjian asuransi yang bersangkutan, memberitahu tertanggung bahwa ada hal-hal yang dapat meniadakan haknya atas ganti kerugian tersebut. Tanpa pemberitahuan tersebut, penanggung tidak berhak untuk menggunakan *non-disclosure* yang bersangkutan sebagai alasan untuk menolak klaim. Tentang penentuan saat penanggung mengetahui halnya diserahkan kepada yurisprudensi.

Selanjutnya N.BW Pasal 7.17.1.6 menyatakan bahwa:

Akibat *misrepresentatiton* / *non-disclosure* yang memenuhi syarat sekalipun, tidak selalu berupa kebatalan

mutlak dari perjanjian asuransi yang bersangkutan. Jika kerugian tidak disebabkan (secara *adequat*) oleh kejadian mengenai mana pengambil asuransi telah melalihkan kewajibannya, tanggungan penanggung tetap ada sepenuhnya. Jika kerugian yang terjadi secara kausal, disebabkan oleh kejadian mengenai mana telah terjadi *misrepresentation / non-disclosure*, tertanggung dikenakan sanksi. Akan tetapi sanksi tersebut yaitu seandainya penanggung mengetahui keadaan sebenarnya, ia hanya akan mempersyaratkan retensi sendiri ataupun premi yang lebih tinggi, cukuplah jika klaim dipotong secara proporsional dengan kekurangan yang bersangkutan.

Dalam N.BW penanggung dapat bebas sama sekali dari tanggung jawabnya apabila *misrepresentation / non-disclosure* dilakukan dengan sengaja untuk menyesatkan penanggung.

Kewajiban pemberitahuan yang utama adalah menyangkut fakta-fakta yang sudah diketahui ataupun fakta-fakta yang seharusnya diketahui oleh calon tertanggung. Kewajiban untuk memberikan fakta-fakta ini harus dilakukan selama tenggang asuransi, artinya tertanggung wajib memberitahukan apabila terjadi perubahan tentang keadaan objek asuransi yang diasuransikan selama tenggang asuransi. Sebagai contoh tertanggung ikut asuransi jiwa dengan memproteksi penyakit asma, asam urat, dan

kencing manis. Ketika asuransi berjalan, tertanggung mengidap penyakit lever namun ia tidak melaporkan kepada penanggung tentang penyakitnya tersebut. Maka, apabila penanggung mengetahui adanya penyakit tersebut pada diri tertanggung dikemudian hari, apakah dapat dipakai sebagai alasan untuk membatalkan perjanjian asuransi jiwa yang telah dibuat, dalam arti penanggung tidak wajib membayar ganti rugi? Apabila hal ini terjadi biasanya penanggung akan menyelidiki terlebih dahulu, apakah benar tertanggung mengidap penyakit tersebut pada saat asuransi tengah berjalan. Hal ini bisa diketahui dengan cara meminta keterangan dari dokter yang merawat tertanggung ataupun tim dokter dari penanggung. Apabila penyakit itu sudah ada sebelum perjanjian asuransi dibuat, maka pembayaran ganti rugi tidak akan dibayarkan oleh penanggung. Namun apabila penyakit tersebut baru muncul pada saat asuransi berjalan, maka ganti rugi tetap dibayarkan.

Menurut penulis sebenarnya apabila dicermati Pasal 251 KUHD tersebut diatas hanya menitik beratkan pada tertanggung yang harus beritikad baik sedangkan penanggung dalam hal ini perusahaan asuransi tidak disebutkan didalamnya. Jelas sangat timpang sekali pasal

tersebut sehingga terdapat kelemahan yang tidak seimbang antara posisi tertanggung dan penanggung. Padahal dalam sebuah perjanjian harus terjadi keseimbangan dalam isi perjanjian tersebut tidak berat sebelah. Dengan kata lain harus terdapat asas proporsionalitas dalam suatu perjanjian. Asas proporsionalitas diartikan sebagai asas yang mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai porsi atau bagiannya¹⁹⁰. Walaupun dalam pasal 251 KUHD tidak disebutkan penanggung juga harus menjelaskan dan memiliki itikad baik, seyogyanya penanggung tidak bersembunyi dibalik pasal 251 KUHD untuk tidak membayar klaim ganti rugi kepada tertanggung apabila ada suatu informasi yang belum didapatkan tertanggung dari penanggung yang dapat merugikan pihak tertanggung.

Didalam praktek ketentuan Pasal 251 KUHD tidak boleh bersifat kaku lagi dan diartikan oleh pihak penanggung untuk tidak membayar klaim dari tertanggung apabila tertanggung menuntut penanggung untuk juga beritikad baik dalam memberikan penjelasan tentang asuransi yang ditawarkan. Hal ini dapat dilihat dari keputusan Hoge

¹⁹⁰ Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, Surabaya, 2010, h. 31.

Raad, 8 Juni 1962 NJ1962, 366¹⁹¹ yang menyatakan bahwa apabila penanggung tidak bertanya, dan tertanggung tidak mengetahui dan tidak sewajarnya mengetahui bahwa jika penanggung tahu, pihak ini tidak akan mau menutupnya dengan syarat-syarat lain, penanggung tidak dibenarkan menolak klaim dengan berdasarkan ketentuan Pasal 251 KUHD, kecuali ada unsure kesalahan dari tertanggung.

¹⁹¹ Kasus Tikema's duim : Tikema telah mengambil asuransi kecelakaan diri pada *De bataalse Verzekeringmaatschappij N.V.* Ketika minta penutupan asuransinya, Tikema tidak memberitahukan, bahwa di masa yang lampau ia telah berkali-kali dipidana untuk berbagai kejahatan dalam bidang hukum kebendaan. HR menganggap bahwa hal tersebut merupakan keterangan yang cukup penting untuk penanggung. Tetapi karena penanggung tidak pernah menanyakan soal riwayat pidana tertanggung. HR memutuskan bahwa penanggung tidak dilindungi pasal 251 KUHD. Dalam catatan di bawah arrest tersebut, Hijmans van den Bergh berkata, bahwa fakta-fakta yang merupakan faktor yang mempengaruhi kadar "risiko moral" tertanggung seperti riwayat pidana Tikema tersebut bersifat penting bagi penanggung sebagai di maksud pasal 251 KUHD. Yang dimaksud risiko moral di Netherland adalah riwayat pidana tertanggung. Risiko moral di Indonesia mempunyai jangkauan yang lebih luas, yaitu mencakup segala risiko yang berkaitan dengan sikap, perangai dan jiwa tertanggung.. Bandingkan dengan *kasus Lambert v. Cooperative Insurance Society Ltd* (1975), hakim memutuskan bahwa penanggung bebas dari kewajiban pembayaran klaim untuk pencurian perhiasan yang diasuransikan karena si tertanggung (Mrs. Lambert) tidak memberitahukan bahwa suaminya pernah dipidana untuk suatu kejahatan. Namun hakim menambahkan kendati pengadilan telah memutus demikian, sebaiknya penanggung membayar juga klaim yang bersangkutan, karena tertanggung adalah awam mengenai underwriting asuransi dan tidak dapat diharapkan bahwa ia tahu mengenai apa yang penting dan tidak bagi penanggung.

Keputusan lain yang terkait dengan Pasal 251 KUHD adalah Arrest Hoge Raad tanggal 19 Mei 1978 NJ, 607 yang menyatakan bahwa apabila penanggung mengetahui bahwa terdapat suatu keadaan yang dapat dipergunakan untuk menolak klaim berdasarkan Pasal 251 KUHD, hal tersebut harus diberitahukan kepada tertanggung. Apabila tidak disampaikan oleh penanggung, dapat mengakibatkan pihak ini tidak diperbolehkan untuk menolak klaim dari tertanggung dengan menggunakan Pasal 251 KUHD.

Apakah prinsip itikad baik hanya menjadi kewajiban dari tertanggung (konsumen) atau juga mengikat terhadap pelaku usaha (penanggung/lembaga asuransi)¹⁹². Dalam Pasal 4 butir c Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen ditegaskan bahwa hak konsumen itu meliputi hak atas informasi yang benar, jelas, dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan atau jasa. Jelaslah kiranya bahwa lembaga asuransi sebagai penanggung juga terikat dengan prinsip ini, yaitu kewajiban menjelaskan risiko yang dijamin maupun yang dikecualikan secara jelas

¹⁹² Swady Halim, *Permasalahan Umum Nasabah Asuransi*, Seminar dan Lokakarya perkembangan Jurnalisme Ekonomi II, Lembaga Studi Pers dan Informasi, Semarang, tanggal 9 Oktober 2000.

dan teliti.

Dari penjelasan tersebut diatas, maka dapat diketahui bahwa tertanggung sebelum menutup perjanjian asuransi diwajibkan memberikan segala keterangan mengenai keadaan obyek yang diasuransikan kepada penanggung. Dalam konteks asuransi jiwa, maka obyek yang dimaksud adalah keadaan pribadi calon tertanggung. Calon tertanggung dianggap mengetahui bahwa keputusan penanggung tentang diterima atau tidaknya penutupan perjanjian asuransi tersebut bergantung pada keterangan yang diberikannya. Apabila hal tersebut tidak dilakukan oleh tertanggung akan menimbulkan persoalan terkait prinsip itikad baik, demikian pula sebaliknya.

Pelanggaran terhadap prinsip itikad baik terjadi apabila memenuhi beberapa criteria yaitu:

1. Pernyataan atau keterangan yang salah dari tertanggung tetapi bukan karena kesengajaan;
2. Pernyataan atau keterangan yang salah yang dilakukan oleh tertanggung dengan sengaja untuk mendapatkan keuntungan;
3. Tidak mengungkapkan fakta atau tidak menyampaikan hal-hal yang diperlukan oleh

penanggung, bukan karena kesengajaan, namun mungkin saja karena ketidaktahuan atau kelupaan;

4. Menyembunyikan keterangan atau fakta secara sengaja untuk mendapatkan keuntungan dari perusahaan asuransi.

Adanya kemungkinan bahwa pihak bertanggung melakukan pelanggaran atas prinsip itikad baik dengan sengaja antara lain :¹⁹³

- a. Dengan sengaja menyembunyikan (*concealment*) fakta yang sebenarnya yang dia ketahui atas *interest* yang akan diasuransikannya untuk tujuan tertentu, misalnya agar preminya kecil.
- b. Dengan sengaja memberikan pernyataan yang salah dengan maksud menipu (*fraudulent misrepresentation*), dengan memberikan pernyataan-pernyataan palsu atau dibuat secara serampangan untuk menyesatkan pihak penanggung.

Adapula kemungkinan pihak bertanggung melakukan pelanggaran atas prinsip itikad baik ini dengan tidak sengaja, antara lain :¹⁹⁴

- a. Tanpa adanya itikad jahat, tidak mengungkapkan

¹⁹³ Radiks Purba, *Op.Cit.*, h. 49.

¹⁹⁴ *Ibid*, h. 50.

(*non disclosure*) suatu atau beberapa fakta mengenai interest yang akan diasuransikannya disebabkan kekurangan pengetahuannya atau menganggap fakta tersebut bukan fakta material. (fakta material : semua fakta yang dapat mempengaruhi pertimbangan penanggung apakah ia bersedia menutup asuransi itu atau tidak, atau dia bersedia menutup asuransi atas harta benda itu, tetapi dengan persyaratan dan/atau premi yang lain dari biasanya).

- b. Tidak sengaja memberikan pernyataan yang salah (*innocent misrepresentation*) karena kekurangan pengetahuan bagaimana caranya membuat pernyataan. Tidak ada niat untuk menyesatkan penanggung.

Adapun kemungkinan pelanggaran dari pihak penanggung atas itikad baik antara lain :¹⁹⁵

- a. Tidak menjelaskan luas jaminan dan hak-hak tertanggung atau hanya menjelaskan sebagian karena mengangkap tertanggung telah mengetahuinya.
- b. Tidak menjelaskan luas jaminan atau hak-hak tertanggung atau hanya menjelaskan sebagian dengan tujuan menyesatkan tertanggung dengan tujuan memperoleh premi yang besar, tetapi risiko yang dijamin kecil.

¹⁹⁵*Ibid.*

Menurut P.L.Wery makna pelaksanaan dengan itikad baik dalam pasal 1374 ayat 3 BW disebutkan bahwa kedua belah pihak harus berlaku satu dengan yang lainnya, tanpa tipu daya, tanpa tipu muslihat, tanpa mengganggu pihak lain tidak hanya melihat kepentingannya diri sendiri saja, tetapi juga kepentingan pihak lain.¹⁹⁶ Dengan demikian, sebenarnya itikad baik harus ada dari awal sampai akhir perjanjian asuransi jiwa, apabila tidak dipenuhi akibat hukumnya adalah perjanjian tersebut batal. Secara adil kewajiban memberikan keterangan dan informasi sebagai pencerminan itikad baik yang sempurna harus dipenuhi kedua belah pihak, baik pihak tertanggung maupun pihak penanggung mempunyai kewajiban sama dan seimbang.

Dalam kaitan dengan cacat (kesehatan), maka terdapat beberapa criteria untuk dikatakan sebagai pelanggaran prinsip itikad baik, yaitu¹⁹⁷:

1. Apabila cacat (kesehatan), misalnya menderita penyakit jantung, paru-paru, kanker, diketahui sejak awal oleh tertanggung atau pemegang polis namun tidak disampaikan secara jujur kepada penanggung, maka hal tersebut merupakan pelanggaran prinsip itikad baik.

¹⁹⁶Ridwan Khairandy, *Op.Cit.*,h. 154.

¹⁹⁷*Pru Fast*,Prudential, Juli 2011, h. 165.

2. Apabila cacat (kesehatan) diketahui sejak awal oleh tertanggung atau pemegang polis dan kemudian disampaikan secara jujur kepada penanggung mengenai fakta tersebut namun penanggung tetap menerima pengalihan resiko (dengan syarat tertentu), maka hal tersebut bukanlah termasuk pelanggaran prinsip itikad baik.
3. Apabila tertanggung atau pemegang polis maupun penanggung tidak mengetahui bahwa tertanggung mempunyai cacat (kesehatan), dan kemudian penanggung menerima pengalihan resiko, maka hal tersebut bukan merupakan pelanggaran prinsip itikad baik.

Berdasarkan uraian diatas dan melihat kembali Pasal 1338 (3) BW, Pasal 251 KUHD serta isi Polis Asuransi Jiwa, sebagaimana telah dikemukakan dimuka, maka menyembunyikan keterangan tentang kesehatan dirinya, melalui penyampaian keterangan yang tidak benar, sehingga mengakibatkan penanggung menyetujui penutupan asuransi merupakan itikad buruk tertanggung atau pemegang polis. Tindakan tersebut merupakan pelanggaran prinsip itikad baik yang dapat mengakibatkan persoalan hukum terhadap perjanjian asuransi yang telah dibuat dengan penanggung. Sebaliknya jika fakta mengenai cacat (kesehatan) tersebut tidak diketahui oleh tertanggung atau pemegang polis atau

diketahui oleh tertanggung / pemegang polis dan kemudian disampaikan dengan sejujurnya kepada penanggung, maka hal tersebut tidaklah termasuk pelanggaran prinsip itikad baik.

Dapat dikatakan bahwa menyembunyikan cacat (kesehatan) dirinya kepada tertanggung merupakan bentuk penipuan (*bedrog*) bilamana hal tersebut dilakukan dengan sengaja untuk mencari keuntungan. Dalam teori, kesengajaan dapat dilakukan dengan tipu muslihat (*kunstgrepen*), yang kemudian menimbulkan kesesatan (*dwaling*) pada pihak yang lain. Pihak lain (penanggung) yang seharusnya tidak akan mengambil alih risiko dari tertanggung jika mengetahui bahwa tertanggung mempunyai cacat (kesehatan)

Jika tertanggung memang telah mengetahui mempunyai cacat (kesehatan), ia dapat mengemukakan hal tersebut kepada penanggung melalui agen secara jujur. Perusahaan asuransi, masih dapat dimungkinkan menutup pengalihan risiko tertanggung dengan syarat-syarat untuk meminimalisasi risiko.

Di antara prinsip yang terpenting dalam asuransi jiwa adalah prinsip itikad baik yang tidak saja hanya sekedar itikad baik tetapi lebih dari itu merupakan kejujuran yang sempurna dari tertanggung kepada penanggung. Penerapan

prinsip ini dalam praktik asuransi antara lain terjadi pada saat tertanggung melengkapi formulir permintaan asuransi dengan cara mengungkapkan semua fakta mengenai diri, kesehatan maupun kekayaan/ harta bendanya kepada pihak tertanggung.

Lebih lanjut dalam praktiknya prinsip itikad baik mulai dilakukan pada saat tertanggung menyampaikan keterangan, pernyataan atau fakta secara benar tentang keadaan dirinya yang sejujur-jujurnya (terutama kesehatan calon tertanggung) melalui pengisian formulir SPAJ (surat Permintaan Asuransi Jiwa), SKK (Surat Keterangan Kesehatan) yang diberikan oleh penanggung. Berdasarkan keterangan, pernyataan fakta oleh penanggung dianggap sebagai yang sejujurnya maka penanggung dapat mengambil keputusan untuk menyetujui, menolak permintaan asuransi calon tertanggung / pemegang polis. Informasi dalam pengisian formulir aplikasi setiap permintaan asuransi merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari polis yang diterbitkan oleh perusahaan asuransi sebagai penanggung.

Dalam asuransi jiwa, dikenal adanya SPAJ yang merupakan formulir aplikasi. Dalam SPPAJ juga dilampirkan SKK. Informasi yang dicantumkan oleh calon tertanggung

dalam formulir – formulir tersebut harus dijawab sejujurnya dan selanjutnya akan menjadi dasar bagi perusahaan asuransi untuk melakukan seleksi, apakah permintaan pertanggungan tersebut ditolak atau diterima dengan persyaratan tertentu.

Tidak setiap calon tertanggung yang mengajukan permintaan asuransi jiwa dapat diterima oleh penanggung, karena tidak setiap calon tertanggung memenuhi syarat untuk diterima sebagai tertanggung dalam perjanjian asuransi. Penanggung sebelum menerima pengalihan resiko dari tertanggung akan melakukan proses seleksi terhadap permintaan asuransi yang diajukan oleh calon tertanggung.

Dalam asuransi, proses ini disebut dengan “*underwriting*” atau seleksi resiko, yaitu proses penaksiran dan pengklasifikasian calon tertanggung untuk menentukan apakah selanjutnya calon tertanggung dapat diterima atau ditolak permintaannya. Dalam proses ini, agen asuransi berperan sebagai *fieldunderwriter*¹⁹⁸ atau

¹⁹⁸ *Field underwriter* adalah petugas lapangan yang melakukan proses awal dari aktifitas *underwriting* yaitu dengan mengadakan pengamatan dan menyeleksi semua informasi yang ada kaitannya dengan seorang prospek dari berbagai sumber yang ada relevansinya dengan seorang calon tertanggung atau seorang calon pemegang polis, yang terbatas pada aspek non medis saja untuk memastikan apakah seseorang tersebut layak (*insurable*) untuk ditutup asuransinya atau tidak, untuk itu perlu

underwriter pertama, yang berkewajiban untuk memberikan penjelasan dengan baik dan benar tanpa disertai penjelasan yang bersifat tipu daya, atau menyesatkan sehingga tertanggung menjadi salah pengertian. Seleksi oleh *fieldunderwriter* ini dimaksudkan untuk:

- a. Menetapkan premi yang wajar sesuai dengan tingkat risiko seorang calon tertanggung;
- b. Mengamankan perusahaan dari kerugian keuangan karena tingginya tingkat klaim;
- c. Memenuhi kewajiban penanggung sebagai lembaga yang mengambil alih risiko tertanggung apabila terjadi klaim.

Underwriter dapat menerima calon tertanggung sepanjang memenuhi persyaratan underwriting yang ditetapkan perusahaan. Apabila suatu risiko ditolak, hal ini disebabkan *underwriter* merasa bahwa *hazard* yang berhubungan dengan risiko terlalu tinggi, sehingga menyebabkan tarif premi menjadi tinggi¹⁹⁹.

Adapun sumber informasi penting yang digunakan

dievaluasi apakah dalam pengajuan asuransi tersebut didasari oleh insurable interest yang benar dan itikad baik yang jelas (*utmost good faith*) dan tidak ada moral hazard

¹⁹⁹Herman Darmawi, *Op.Cit.*, h. 34.

oleh *underwriter* asuransi jiwa sebagai penanggung untuk melakukan seleksi risiko antara lain adalah sebagai berikut :²⁰⁰

1. Surat Permintaan Asuransi Jiwa (SPAJ)

Surat permintaan merupakan data awal untuk menyeleksi calon tertanggung. Sebagian besar dari keterangan yang diperoleh mengenai calon tertanggung berasal dari surat permintaan yang meliputi jati diri calon tertanggung, jenis pekerjaan, jenis asuransi yang ditutup, jumlah uang asuransi, nama-nama penerima faedah dalam kaitannya dengan calon tertanggung. Dari jati diri penanggung dapat mengetahui umur calon tertanggung untuk menentukan besarnya premi. Dengan bertambahnya umur calon tertanggung mengakibatkan mortalitas seseorang meningkat yang berpengaruh kepada besarnya premi yang harus dibayar tertanggung.

2. Surat Keterangan Kesehatan

Surat keterangan kesehatan diperuntukkan bagi penutupan *non medical* untuk mengetahui tentang keadaan kesehatan calon tertanggung pada saat melakukan penutupan asuransi dan sebelumnya,

²⁰⁰Divisi Pembinaan Agen, *Menggapai Impian*, Jiwasraya, Jakarta, 2003, h.79-81.

susunan keluarga dengan riwayat kesehatannya dan pernyataan bahwa kesehatannya diisi dengan sebenarnya.

3. Laporan Agen / Penutup

Underwriter yang pertama kali menyeleksi calon tertanggung adalah agen. penutup, karena agen adalah orang pertama yang berhadapan langsung dengan calon tertanggung. Dari keterangan agen, penanggung mengetahui keadaan jasmani dan rohani, tanda-tanda luar dari calon tertanggung, tentang penyakit yang mungkin diderita, risiko asuransi polis yang lain, keadaan ekonomi dan pendapat secara jujur apakah asuransi itu memang dibutuhkan.

4. Laporan Pemeriksaan Kesehatan (LPK)

Laporan Pemeriksaan Kesehatan diperuntukkan kepada calon tertanggung yang menutup asuransi melalui pemeriksaan kesehatan (*Medical*). Sedangkan aspek-aspek yang diteliti oleh *underwriter* dari penanggung untuk setiap calon tertanggung antara lain adalah:

a) Pekerjaan

Dalam meneliti pekerjaan seorang tertanggung, seorang *fieldunderwriter* harus mengetahui jenis pekerjaan calon tertanggung yang dilakukan setiap harinya. Tujuannya agar dapat mengetahui pengaruh dari pekerjaan tersebut, apakah pekerjaan itu cukup aman atau dapat membahayakan terhadap keselamatan jiwa atau kesehatan calon tertanggung.

Adapun contoh pekerjaan yang dapat mengancam keselamatan jiwa calon tertanggung, yang dijadikan sebagai aspek penelitian:

- a. Bidang industry yang menggunakan alat-alat berat, bahan peledak seperti industry baja, pabrik baja, pabrik semen, dll.
- b. Bidang pertambangan
- c. Bidang transportasi.

Contoh pekerjaan yang berpengaruh terhadap kesehatan calon tertanggung:

- a. Pekerjaan dilaboratorium kimia atau industry yang menggunakan bahan

kimia;

- b. Pekerjaan industry yang dapat menimbulkan radioaktif.

Terhadap permintaan asuransi jiwa calon tertanggung yang mempunyai pekerjaan seperti tersebut diatas, dapat diterima dengan dikenakan ekstra premi (*premi sub standard*) atau disarankan *medical*.

b) Pekerjaan sebelumnya

Penelitian diarahkan untuk mengetahui apakah kepindahan pekerjaan calon tertanggung tersebut ada hubungannya dengan suatu penyakit atau tidak.

c) Tempat Tinggal

Tempat tinggal calon tertanggung harus pula menjadi focus penelitian underwriter, karena tempat tinggal ada pula yang mengandung resiko tinggi yang dapat membahayakan keselamatan jiwa atau kesehatan calon. Tempat tinggal yang berdekatan dengan daerah bencana alam, berdekatan dengan suatu pabrik yang mengeluarkan polusi,

radioaktif atau gas beracun, atau wabah penyakit akan menjadi focus penelitian ini.

d) Riwayat Kesehatan

Penelitian dan pengamatan diarahkan kepada penyakit yang pernah atau sedang diderita calon tertanggung Pada jenis ini diharuskan asuransi ditutup secara medical apabila pernah / sedang menderita penyakit:

- a. Penyakit jantung dan nyeri
- b. Penyakit kulit / hati(Hepatitis)
- c. Tuberculose (TBC), Asma
- d. d.Diabetes Melitus (kencing manis)
- e. Penyakit ginjal

Sedangkan calon tertanggung yang menderita sakit atau pernah sakit atau sedang mengalami sakit seperti ; ayan / epilepsy , AIDS , gagal jantung, gagal ginjal, gagal nafas akan ditolak permintaan asuransinya.

e) Kebiasaan

Yang perlumen dapat perhatian dalam mengamati kebiasaan calon tertanggung adalah kebiasaan yang dapat menimbulkan

risiko yang tinggi diantaranya:

1. Kebiasaan minum-minuman yang mengandung alkohol.

Jika kadar alkoholnya cukup tinggi sehingga dapat memabukkan yang berakibat terhadap keselamatan jiwa dan kesehatan calon tertanggung, permintaan asuransinya ditolak.

2. Kebiasaan merokok

Yang perlu diamati adalah banyaknya merokok setiap harinya, karena kebiasaan merokok dapat mempengaruhi jantung dan paru-paru. Kebiasaan merokok yang dapat membahayakan kesehatan seseorang adalah mulai dari jumlah 10 batang keatas perhari. Untuk hal ini dapat diterima dengan medical.

3. Ketergantungan terhadap obat tertentu (obat terlarang) Harus ditutup dengan melalui pemeriksaan kesehatan (*Medical*).

f) Riwayat Perawatan

Yang perlu diamati, apakah calon tertanggung pernah diperiksa kesehatan atau dirawat dirumah sakit, sanatorium atau tempat peristirahatan lain dalam waktu 5 tahun terakhir untuk keperluan pemulihan kesehatan. Jika tindakan itu dilakukan dalam rangka pemulihan kesehatan maka asuransi harus ditutup medical.

g) Riwayat Luka Berat / Operasi

Yang perlu diamati adalah penyakit yang diderita sehingga operasi itu perlu dilakukan, yaitu:

- Operasi besar, permintaan asuransinya harus medical
 1. Operasi otak
 2. Operasi jantung
 3. Operasi paru-paru
 4. Operasi ginjal
 5. Operasi prostat
 6. Operasi tumor / kanker

- Operasi kecil, permintaan asuransinya harus *nonmedical*
 1. Operasi usus buntu
 2. Operasi hernia tanpa ada gejala sampingan.

h) Hobi

Hobi calon tertanggung yang perlu mendapat perhatian adalah hobi yang mengandung risiko tinggi terhadap keselamatan jiwanya. Permintaan asuransi calon tertanggung yang mempunyai hobi semacam ini dapat diterima dengan ekstra premi tertentu sesuai dengan tingkat risikonya atau ditolak.

Hobi yang mempunyai risiko tinggi diantaranya : olah raga bela diri, olah raga kedirgantaraan, olah raga bermotor atau berkuda, olah raga air, panjat tebing, mendaki gunung, menyelam.

i) Riwayat Kesehatan Keluarga

Yang perlu diamati dalam riwayat kesehatan keluarga adalah suatu penyakit yang pernah dialami keluarga termasuk penyakit yang

menyebabkan kematian keluarga calon tertanggung yang merupakan penyakit keturunan atau dapat ditularkan. Penyakit keturunan sebagai mana dimaksud adalah:

1. Kencing manis
2. Hipertensi
3. Asma
4. Ayan/epilepsi

Jika diantara keluarga calon tertanggung ada yang menderita penyakit tersebut diatas, maka permintaan asuransinya harus ditutup secara *medical* atau ditolak.

j) Sikap Moral atau Moral

Faktor lain untuk menggambarkan secara keseluruhan calon tertanggung adalah mengidentifikasi moral *hazard*. Seseorang yang akan membeli polis asuransi mengetahui keadaan kesehatan dan keuangan dirinya, sehingga ada kecenderungan akan melakukan anti seleksi dengan tidak bermoral menutup asuransi untuk mendapat keuntungan dari asuransi.

k) Khusus Calon Tertanggung Wanita

Keteraturan haid perlu diketahui, karena ketidakteraturan haid merupakan indikasi penyakit kandungan dengan indung telur, sehingga permintaan asuransinya harus melalui *medical* terlebih dahulu.

Dalam keadaan hamil permintaan asuransinya harus ditunda sampai 40 hari setelah melahirkan, karena risiko melahirkan cukup tinggi. Wanita yang sering melahirkan akan mengakibatkan semakin tinggi risikonya, oleh karena itu bila calon tertanggung wanita yang sering melahirkan dan tidak menggunakan kontrasepsi, maka permintaan asuransinya dapat ditolak. Penelitian terhadap keguguran perlu dilakukan karena keguguran tersebut dapat disebabkan penyakit tertentu, misalnya kelainan darah atau infeksi, permintaan asuransinya dapat diterima *medical*. Penyakit kandungan dapat berupa kanker kandungan. Atas permintaan asuransi bagi calon tertanggung yang mempunyai penyakit

kandungan harus medical.

l) Aspek Keuangan Calon Pemegang Polis

Perlu diteliti apakah jumlah uang asuransinya yang diambilnya seimbang atau tidak dengan pendapatan calon pemegang polis yang mempunyai kewajiban membayar premi secara teratur.

m) Aspek Administrasi

1. Meneliti kebenaran pengisian SPAJ / SKK
2. Meneliti bukti identitas calon tertanggung
3. Meneliti identitas orang-orang yang ada hubungannya dengan kontrak asuransi

n) Aspek Hukum

Meneliti ada atau tidaknya hubungan kepentingan (*insurable einterest*) antara pemegang polis dengan tertanggung dan penerima faedah asuransi. Calon pemegang polis apakah dapat melakukan tindakan secara hukum atau tidak.

Disamping fakta yang harus diungkap oleh calon tertanggung, maka berlaku pula fakta yang harus disampaikan

penanggung kepada calon tertanggung. Adapun fakta yang harus diungkapkan oleh penanggung sebagai penerima pelimpahan risiko kepada tertanggung ada 4. Fakta tersebut dapat disampaikan penanggung melalui agen sebelum penutupan asuransi dilakukan. Fakta tersebut adalah:

1. Menjelaskan risiko yang dijamin penanggung dan pengecualiannya;
2. Memberitahukan besarnya premi sesuai dengan peraturan;
3. Memberikan penjelasan tentang prosedur klaim;
4. Informasi lain yang diperlukan oleh calon tertanggung²⁰¹

Dari fakta yang disampaikan baik dari tertanggung maupun penanggung maka akan tercipta keseimbangan dalam pelaksanaan perjanjian asuransi.

Berkaitan dengan kewajiban fakta yang harus diberikan penanggung kepada tertanggung serta janji-janji penanggung kepada tertanggung yang terkadang seringkali “tidak seindah warna aslinya”. Penulis menyebutnya demikian karena masih banyak klaim asuransi jiwa yang diajukan oleh ahli waris tertanggung ternyata tidak dibayarkan oleh

²⁰¹Jiwasraya.com *Prinsip Asuransi (Itikad Baik)*, diakses pada tanggal 25 Okt 2010.

penanggung, misalnya contoh-contoh kasus sebagai berikut :

1. Perusahaan Asuransi Prudential, yang secara umum layak diakui prestasinya. Terutama dalam menjaring nasabah. Digugat oleh Victor Joe Sinaga, suami dari almarhumah Eva Pasaribu yang merupakan nasabah perusahaan asuransi jiwa tersebut. Pengadilan Negeri (PN) Jakarta, setelah sebelumnya proses mediasi menemui jalan buntu. Pada sidang hari itu acara yang dilaksanakan adalah Jawaban dari Prudential atas Gugatan Victor. Inti jawaban Prudential adalah membantah seluruh tuduhan Victor yang menyatakan Prudential telah melanggar perjanjian Polis Asuransi dengan Eva. Justru sebaliknya Prudential menuduh Eva telah berbohong karena ketika mengajukan asuransi pokok dan tambahan, ia tidak mengaku kalau mengidap penyakit jantung. Itu lah yang menjadi dasar bagi penolakan klaim Victor ketika istrinya meninggal dunia. Itu lah intinya.²⁰²
2. Sengketa pemegang polis Asuransi Jiwa Central Asia Raya (AJ CAR) dengan Polis No. 92136-Nm, jenis pertanggung Central Eksekutif atas nama tertanggung Nicky Pratama Putra, kami kecewa atas pelayanan buruk AJ CAR. Kami menutup polis asuransi sejak oktober 2001 hingga kini, dan pembayaran premi plus HCP (hospital Cash Plan / santunan rawat inap) tepat waktu dengan harapan akan mendapat layanan sepadan sesuai janji AJ CAR. Puncak kekecewaan terjadi pada saat anak kami mengalami demam dan kejang (sebanyak 2 kali), dan harus dirawat di rumah sakit (8/5/2004) yang langsung dikonfirmasi saat itu juga (untuk menjaga transparansi) kepada pihak AJ CAR melalui supervisor

²⁰²<http://hukum.kompasiana.com/2011/10/19/prudential-digugat-lagi-preseden-buruk-berasuransi>, diakses pada tanggal 20 Februari 2013.

agen “AN” yang kami kenal dan berjanji akan member formulir klaim HCP pada Mei 2004. Namun hal itu tidak terwujud hingga anak kami keluar dari rumah sakit (13/5/2004), dan baru bisa mengontak bagian klaim (Sdr her) untuk mengecek keadaan anak kami di rumah sakit dan mendapat surat dokter (demam, kejang, dan gejala tifus). Sekitar 12 hari kemudian (25/5/2004), kami menerima pemberitahuan, klaim kami tidak bisa dibayarkan dengan mencari-cari alasan, anak kami pernah dirawat karena kejang tahun 2000 (sebelum polis) yang merupakan informasi istri kami.²⁰³

3. Saya adalah nasabah Asuransi AIA selama hampir 2 tahun. Sabtu (30/06/12) saya dirawat di RS Estomihi Medan sampai 03/07/12 (4 hari), karena kurang darah/Haemoglobin. Berhubung karena saya merasa kurang nyaman dirawat di kelas,-dengan jaminan Jamsostek-, lalu saya memilih dirawat di VIP dengan penambahan bayaran. Setelah keluar dari Rumah Sakit saya mengajukan Claim ke Asuransi AIA (Nomor Polis 05440513), sesuai dengan syarat yang tercantum di polis, tertulis "hanya" menyertakan fotocopy KTP Pemegang Polis, Surat Keterangan dari Dokter (formatnya ada di Polis), kwitansi asli, biaya Perawatan, dan obat, semua sudah saya penuhi. Sesuai dengan janji AIA yang katanya akan segera membayarkan sebanyak 500 ribu rupiah/hari selambat-lambatnya dua Minggu, ternyata sampai sekarang tidak ada realisasinya. Yang lebih mengejutkan lagi setelah saya telepon Call Centre AIA di 500980, AIA malah menambahi syarat yang "mengada-ada" dengan meminta Surat Pernyataan dari Jamsostek yang jelas-jelas tidak tercantum di Polis AIA (CLMASRI-02). Yang lebih

²⁰³www.google.com, kliping surat pembaca dari konsumen, diakses pada tanggal 20 Februari 2013.

‘mengherankan’ saya lagi setelah saya pergi ke Jamsostek, Jamsosteknya yang malah minta dibuatkan Surat Koordinasi dari Asuransi AIA agar mereka bisa memberikan surat keterangan . Yang membuat saya lebih jengkel lagi setelah saya ulang hubungi Call Centernya, setelah "tak mempan" meminta Surat Keterangan dari Jamsostek, operator buat alasan baru/tambahan yang jelas-jelas "mengada-ada", yaitu minta perincian hari per hari obat-obatan lengkap dengan menu makanan yang dimakan tiap hari..... Sedangkan claim yang hanya 2 juta saja AIA sudah buat prosedur bertele-tele". Bagaimana lagi bila ada klaim masyarakat sampai puluhan atau ratusan juta...? Padahal ini baru pertama sekali saya meng-claim Asuransi di AIA sudah "dipermainkan" bagaimana lagi klaim berikutnya...? Bila ada perusahaan asuransi seperti AIA ini yang suka ‘mempersulit’ pembayaran Polis, apakah ada semacam Dewan Kehormatan Asuransi untuk memberikan sanksi yang tegas agar pemilik polis tidak merasa dipermainkan...??? Saya minta agar Asuransi AIA supaya tidak mempersulit klaim yang diajukan Pemegang Polis karena ini bisa merusak "Nama Besar" AIA.²⁰⁴

Berdasarkan contoh-contoh kasus asuransi jiwa di atas, menunjukkan bahwa tertanggung dalam posisi yang tidak dapat memilih sehingga tertanggung diharuskan mengikuti ketentuan yang sudah dibuat oleh perusahaan asuransi secara sepihak. Sepengetahuan penulis, selama ini memang calon tertanggung

²⁰⁴http://www.analisadaily.com/surat_pembaca/read/masalah_klaim_asuransi_aia, diakses pada tanggal 20 Februari 2013.

yang hendak mengikuti program asuransi dilarang menyembunyikan riwayat penyakitnya. Yang menjadi masalah di sini adalah sangat jarang, bahkan mungkin belum pernah ditemui adanya syarat formal sebuah *medical check up* kesehatan calon nasabah. Hal ini akan menjadi masalah besar jika ternyata “tertanggung sendiri tidak mengetahui bahwa ia mengidap suatu penyakit”. Ada sebuah lubang besar persengketaan disini, yang bisa menjadi penghambat kepastian berasuransi itu. Di sadari atau tidak ini akan sangat “menakutkan” tertanggung. Bisa terjadi kekhawatiran yang beralasan bagi nasabah lain. Tentu saja mengenai kepastian pembayaran klaim itu. Suatu jumlah yang “kecil” untuk perusahaan asuransi untuk membayar klaim asuransi dari nasabahnya. Belum lagi jika perusahaan asuransi mau mempertimbangkan efek positif terhadap pembayaran klaim itu, yaitu kepercayaan masyarakat yang semakin meningkat dalam hal sadar berasuransi. Dengan memandang kepastian dalam asuransi itu.

Dapat diketahui bahwa perusahaan asuransi memang banyak yang melakukan wanprestasi terkait dengan pembayaran uang klaim asuransi yang diajukan oleh tertanggung atau ahli waris tertanggung. Meskipun klaim yang

diajukan nasabah telah sesuai dengan perjanjian yang disepakati dalam polis, terkadang perusahaan asuransi masih sering mencari-cari alasan dalam membayar uang pertanggung yang sudah menjadi kewajibannya. Padahal esensi dari perjanjian asuransi itu sendiri sesungguhnya adalah perjanjian pengalihan risiko.

BAB VIII

PERJANJIAN ASURANSI YANG BERKEADILAN

8.1 Asas-asas Perjanjian

Asas hukum merupakan landasan yang paling luas bagi peraturan hukum. Menurut Bruggink asas hukum berperan dalam interpretasi aturan hukum dan menentukan wilayah penerapan kaidah hukum yang berfungsi ganda sebagai fondasi system hukum positif. Asas hukum sebagai metanomen (norma-norma berada diluar, namun melandasi dan menjiwai) dari norma hukum yang muncul sebagai kaidah-kaidah perilaku.²⁰⁵

Keberadaan asas hukum merupakan *condition sine quanon* bagi norma hukum, karena mengandung nilai-nilai moral dan etis, yang mengarahkan pembentukan hukum yang memenuhi nilai-nilai filosofis, berintikan rasa keadilan dan

²⁰⁵ Bernad Arief Sidartha, *Refleksi tentang Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, h. 120. Dikutip dari J.H.H. Bruggink, *Rectsreflecties, Grondbegrippen uit de rechtstheory*.

kebenaran, nilai-nilai sosiologis yang sesuai dengan tata nilai budaya yang berlaku di masyarakat, serta nilai-nilai yuridis yang sesuai hukum yang berlaku.²⁰⁶ Asas hukum merupakan gagasan dasar yang terikat pada ruang dan waktu tertentu, maka pemikiran hukum di Indonesia diharapkan dapat dikembangkan asas hukum yang memberikan keadilan, yang berkepastian hukum dan bermanfaat bagi para pihak dalam perjanjian asuransi khususnya perjanjian asuransi jiwa karena menyangkut hilangnya nyawa seseorang yang tidak bisa dihargai dengan nilai uang berapapun jumlahnya namun dengan adanya asuransi jiwa diharapkan dapat mengurangi beban dan kesedihan bagi keluarga yang ditinggalkan.

Asas hukum kontrak yang berlaku bagi perjanjian asuransi diatur dalam Buku III BW yaitu²⁰⁷:

a) Asas Konsensualisme

Asas ini dapat ditemukan dalam Pasal 1320 dan 1338 BW. Pada Pasal 1338 BW disebutkan kata “semua” yang menunjukkan bahwa setiap orang diberikan kesempatan untuk menyatakan keinginannya yang dirasakannya baik untuk menciptakan perjanjian. Asas

²⁰⁶ Soeyadi, *Pancasila Sebagai Sumber Tertib Hukum Indonesia*, Lukman Offset, Jakarta, 1999, h.68.

²⁰⁷ Mariam Darus Badruzaman et all, *Op. Cit.*, h.82-89.

ini sangat erat hubungannya dengan asas kebebasan mengadakan perjanjian. Asas konsensualitas juga merupakan asas yang harus dipenuhi dalam perjanjian. Perjanjian asuransi yang biasanya disebut polis asuransi adalah sebuah dokumen perjanjian yang cukup rumit, terutama bagi orang awam, dan dicetak dengan huruf kecil-kecil sehingga diperlukan ketelitian yang mendasar bagi produsen sebelum menandatangani. Dalam kenyataannya sebenarnya bertanggung pada saat mengisi Surat Pengajuan Asuransi Jiwa (SPAJ) biasanya bertanggung tidak mengisi sendiri, namun diisikan oleh agen perusahaan asuransi yang membantu mengisikan banyaknya pertanyaan yang harus dijawab oleh tertanggung. Kemudian tertanggung diminta langsung menandatangani isi SPAJ tanpa mengerti apa isi dari surat pengajuan tersebut. Pada saat proses perjanjian dibuat, nasabah atau tertanggung tidak diberikan kesempatan untuk membacanya, dan perjanjian dibuat dalam huruf yang kecil-kecil yang sulit untuk dibaca, dalam faktanya tidak semua petugas asuransi mengerti dan faham isi kontrak. Apabila petugas asuransi tidak

paham benar isi dari perjanjian asuransi yang diberikan kepada tertanggung, bagaimana petugas tersebut dapat menerangkan pada tertanggung. Padahal dalam SPAJ tersebut tertulis “Pernyataan calon pemegang polis (harap dibaca dengan teliti sebelum menandatangani SPAJ ini”. Pihak agen asuransi biasanya langsung menyodorkan lembaran SPAJ dan menunjukkan dan meminta calon tertanggung untuk menandatangani berkas tersebut. Padahal dalam Pasal 1321 BW keabsahan suatu perjanjian adalah adanya kata sepakat, yang harus diberikan tanpa kekhilafan, dan diperoleh tanpa paksaan atau penipuan. Ketentuan ini menunjukkan bahwa para pihak bebas membuat surat perjanjian dengan pembatasan bahwa sejauh perjanjian yang dibuatnya itu tidak mengandung kekhilafan, paksaan dan penipuan.

b) Asas Kebebasan Berkontrak

Kebebasan berkontrak merupakan salah satu asas yang sangat penting dalam hukum perjanjian. Kebebasan ini merupakan perwujudan dari kehendak bebas, pancaran hak asasi manusia. Menurut Sutan Remy Sjahdeni

kebebasan berkontrak menurut hukum perjanjian meliputi²⁰⁸ :

- Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian
- Kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ingin membuat perjanjian
- Kebebasan untuk menentukan atau memilih causa dari perjanjian yang akan dibuatnya
- Kebebasan untuk menentukan obyek perjanjian
- Kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian

Dalam kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian, para pihak dapat membuat perjanjian apa saja, asal tidak melanggar ketertiban umum atau kesusilaan, seperti yang diatur dalam Pasal 1337 BW. Menurut pengertian ini tidak saja para pihak leluasa untuk membuat perjanjian apa saja, asal tidak melanggar ketertiban umum yang diatur dalam Buku III, tetapi pada umumnya juga diperbolehkan mengesampingkan

²⁰⁸Sutan Remy Syahdeni, *Op.Cit* h. 156.

peraturan yang termuat dalam Buku III tersebut. Dengan kata lain peraturan-peraturan yang ditetapkan dalam Buku II BW hanya disediakan dalam hal para pihak yang melakukan perjanjian tidak membuat peraturan sendiri, sehingga peraturan dalam Buku III, pada umumnya hanya merupakan “hukum pelengkap (*aanvullend recht*)”, bukan hukum yang keras atau hukum yang memaksa.²⁰⁹

Apabila kita lihat dalam praktik sehari-hari dalam pembuatan perjanjian asuransi, ketentuan tersebut diatas berlaku untuk pihak perusahaan asuransi, namun bagi tertanggung tidak seluruhnya bisa berlaku karena biasanya perjanjian asuransi berbentuk perjanjian baku, tertanggung tinggal menandatangani saja apabila telah setuju menutup perjanjian asuransi.

c) Asas Itikad baik (*good faith*)

Perjanjian asuransi ditentukan sebagai perjanjian yang didasarkan pada “*utmost good faith*” atau kejujuran yang sempurna, maksudnya tertanggung dalam bernegosiasi dengan perusahaan asuransi (penanggung), sebelum menandatangani perjanjian ,

²⁰⁹ Subekti, *Op. Cit.*, h. 127.

memiliki kewajiban untuk membuka seluruh fakta material.²¹⁰F²¹¹akta material ini adalah setiap keadaan atau fakta yang mempengaruhi pertimbangan dari penanggung yang berhati-hati dalam menetapkan premi.

Perjanjian asuransi seperti dalam SPAJ berbentuk perjanjian baku yang ditulis dengan huruf yang kecil-kecil sehingga sulit untuk dibaca dan orangpun apabila ingin membaca menjadi malas karena kecil dan rapat menunjukkan adanya indikasi itikad tidak baik. Begitu juga informasi yang tidak sesuai dengan isi perjanjian, atau ada beberapa penjelasan yang tidak diinformasikan oleh agen kepada calon tertanggung, namun calon tertanggung apabila telah membubuhkan tandatangan, dianggap telah mendapatkan penjelasan sepenuhnya dari agen asuransi dan sepakat. Hal ini dapat diketahui dari isi surat SPAJ yang menyatakan “saya mengerti dan telah mendapat

²¹⁰ Sri Rejeki Hartono I, *Op. Cit*, h. 94.

²¹¹*The Law Commision and The Scottish Law Commision, Consumer Insurance law : Pre-Contracy Disclosure and Misrepresentatif*, presented to the Parliament of the United Kingdom by the Lord Chancellor and Secretary of State for Justice by Command of Her Majesty Laid before the Scottish Parliament by the Scottish Minister, December 2009. h 11.<http://www.berr.gov.uk/files/iled47158.pdf>. diakses 4 Juli 2013.

penjelasan sepenuhnya dari tenaga pemasaran dan selanjutnya menyatakan setuju mengenai hal-hal tersebut dibawah ini”.

Para pihak seharusnya tidak hanya terikat oleh ketentuan yang ada dalam perjanjian dan ketentuan undang-undang, tetapi juga terikat juga oleh itikad baik. Artinya kedua belah pihak harus berlaku terhadap yang lain berdasarkan kepatutan di antara orang-orang yang sopan, tanpa tipu daya supaya orang ikut asuransi, tidak hanya melihat kepentingan diri sendiri tetapi juga memperhatikan kepentingan orang lain, karena perjanjian asuransi merupakan perjanjian pengalihan risiko.

Suatu perjanjian asuransi harus dilaksanakan dengan itikad baik sesuai dengan Pasal 1338 (3) BW, menurut *redelijkheid en bilijkheid* adalah²¹² :

(1) Tingkah laku para pihak dalam pelaksanaan perjanjian harus dapat diuji atas dasar norma objektif yang tidak serius. Dikatakan demikian karena tingkah laku para pihak tersebut tidak hanya sesuai dengan itikad baik menurut anggapan para

²¹²HR. Daeng Naja, *Contract Drafting*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, h. 13.

pihak sendiri, tetapi tingkah lakunyapun harus sesuai dengan anggapan umum (itikad baik dalam pelaksanaan perjanjian)

- (2) Itikad baik adalah sikap batin seseorang atau kejujuran di dalam melakukan sesuatu (bukan asas itikad baik menyangkut pelaksanaannya, melainkan asas itikad baik yang berhubungan dengan sikap batin atau kejujuran). Misalnya seseorang yang menguasai benda bergerak dengan jujur, maka dianggap sebagai pemilik (*bezitter*), dan apabila ada yang menyangkal, orang yang menyangkal tersebut harus membuktikannya.

Artinya sejak semula para pihak harus mempunyai sikap yang jujur (beritikad baik sudah ada pada mulanya, sehingga orang yang menganggap beritikad buruk maka yang menuduh tersebut harus membuktikannya.

Itikad baik ini juga dicantumkan dalam Pasal 251 KUHd yang sudah dijelaskan sebelumnya, yang terkait dengan kewajiban untuk memberikan keterangan yang sebenarnya.

d) Asas *Pacta Sunt Servanda*

Asas ini berhubungan dengan akibat diberlakukannya perjanjian pasal 1338 ayat (1) dan ayat (2) BW. Intinya bahwa perjanjian asuransi yang dibuat mengikat dan berlaku bagi undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Oleh karena itu, tidak boleh ditarik kembali, kecuali dengan persetujuan pihak yang membuatnya. Konsekuensinya, pihak ke tiga tidak boleh mencampuri isi dari perjanjian, juga dalam hal ini hakim karena jabatannya tidak boleh ikut campur. Para pihak dalam perjanjian asuransi harus menghormati isi dari perjanjian yang telah disepakati.

e) Asas Kepercayaan (*Vertrouwensbeginsel*)

Seseorang yang mengadakan perjanjian dengan pihak lain, menumbuhkan kepercayaan diantara kedua belah pihak bahwa satu sama lain akan memegang janjinya, dengan kata lain akan memenuhi prestasinya di kemudian hari. Tanpa adanya kepercayaan, perjanjian asuransi tidak akan terjadi karena perjanjian asuransi merupakan perjanjian pengalihan risiko.

Pada proses penutupan perjanjian asuransi, apabila calon tertanggung yang telah membayar premi

asuransi kepada penanggung selaku perusahaan asuransi yang menerima pengalihan risiko, maka sejak saat itu pula pengalihan risiko telah terjadi. Proses untuk pembuatan polis walaupun masih membutuhkan waktu beberapa minggu namun perusahaan asuransi tetap harus menanggung risiko terhadap tertanggung yang telah beritikad baik membayar premi pertama kepada perusahaan asuransi selaku penanggung, karena polis hanyalah merupakan bukti tertulis bahwa telah terjadi perjanjian asuransi. Saat ini dengan banyaknya klaim asuransi sebelum polis diterbitkan, pihak perusahaan asuransi memberlakukan ketentuan didalam surat perjanjian asuransi (SPAJ) “Pertanggungungan tidak akan dimulai sebelum polis diterbitkan yang menandakan perlindungan telah berlaku”. Jelas pernyataan dari perusahaan asuransi ini sangat tidak melindungi pihak tertanggung yang sudah beritikad baik membayar premi, sehingga dengan dibayarnya premi maka diharapkan perusahaan asuransi segera menyerahkan polis asuransi kepada tertanggung sebagai perlindungan kepada tertanggung.

f) Asas kepatutan

Asas ini terdapat dalam Pasal 1339 BW, yang berkaitan dengan isi perjanjian. Asas kepatutan ini harus dipertahankan, karena melalui asas ini ukuran tentang hubungan ditentukan juga oleh rasa keadilan dalam masyarakat.²¹³ Pada syarat perjanjian asuransi biasanya terdapat pasal yang menyatakan :

“Apabila tertanggung tidak membayar premi yang telah ditentukan waktunya, maka premi yang telah dibayarkan dianggap hangus atau tidak diperhitungkan lagi dan tidak dapat diambil kembali”.

Pernyataan tersebut diatas menunjukkan kesewenang-wenangan dan sikap yang tidak patut dari pihak perusahaan asuransi. Seharusnya pihak perusahaan asuransi tidak dapat melakukan tindakan seperti itu, bisa dibicarakan terlebih dahulu, tidak begitu tiba-tiba premi yang telah dibayarkan tersebut hilang atau hangus, atau dalam bahasa perasuransian biasa disebut *laps*.

²¹³ Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, h. 89.

g) Asas kepribadian

Asas kepribadian disebut juga asas personalitas. Asas ini terdapat dalam Pasal 1315 BW yang menyebutkan bahwa :

“Pada umumnya tak seorang dapat mengikat diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji daripada dirinya sendiri”

Pasal ini dipertegas lagi dalam Pasal 1340 BW, yang menyebutkan bahwa persetujuan-persetujuan hanya berlaku antara pihak-pihak yang membuatnya. Persetujuan ini tidak dapat membawa kerugian bagi pihak ketiga, tidak dapat pihak ketiga mendapat manfaat karenanya, selain dalam hal yang diatur dalam Pasal 1317 BW.

Pasal 1317 BW memang merupakan pengecualian asas kepribadian. Namun Daeng Naja²¹⁴, Pasal 1317 BW merupakan kelanjutan Pasal 1316 yang dimulai dari Pasal 1315 BW. Pasal tersebut adalah sebagai berikut :

- Pasal 1315 BW

²¹⁴ Daeng Naja, *Ibid.*, h. 14.

“Pada umumnya tak seorang dapat mengikat diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji daripada untuk dirinya sendiri”.

- Pasal 1316 BW
“Meskipun demikian adalah diperbolehkan untuk menanggung atau menjamin seorang pihak ketiga, dengan menjajikan bahwa orang ini akan berbuat sesuatu, dengan tidak mengurangi tuntutan pembayaran ganti rugi terhadap siapa yang telah menanggung pihak ketiga itu atau yang telah berjanji, untuk menyuruh pihak ketiga tersebut menguatkan sesuatu jika pihak ini menolak memenuhi perikatannya”

- Pasal 1317 BW
“lagi pun diperbolehkan juga untuk meminta ditetapkannya suatu janji guna kepentingan seorang pihak ketiga apabila suatu penetapan janji yang dibuat oleh seorang untuk dirinya sendiri atau suatu pemberian yang dilakukannya kepada seorang lain, memuat suatu janji yang seperti itu Siapa yang telah diperjanjikan sesuatu seperti itu, tidak boleh menariknya kembali apabila pihak ketiga tersebut telah menyatakan hendak mempergunakannya”.

h) Asas kepercayaan (*vertrouwensbeginsel*)

Seseorang yang mengadakan perjanjian dengan pihak lain, menumbuhkan kepercayaan di antara kedua pihak itu bahwa satu sama lain akan memegang janjinya, dengan kata lain akan memenuhi prestasinya di kemudian hari. Tanpa adanya kepercayaan itu, maka perjanjian itu tidak mungkin akan diadakan oleh para pihak. Berdasarkan kepercayaan ini, kedua belah pihak mengikatkan dirinya dan untuk keduanya perjanjian itu mempunyai kekuatan mengikat sebagai undang-undang.

Pada proses perjanjian asuransi, apabila tertanggung sudah membayar uang premi asuransi, maka seyogyanya penanggung segera memberikan polis asuransi kepada tertanggung sesuai yang diatur dalam KUHD.

i) Asas kekuatan mengikat

Perjanjian mengandung suatu asas kekuatan mengikat. Terikatnya para pihak pada perjanjian tidak semata-mata terbatas pada apa yang diperjanjikan, akan tetapi juga terhadap beberapa unsur lain sepanjang dikehendaki oleh kebiasaan dan kepatutan serta moral.

Ass-asas moral, kepatutan dan kebiasaan yang mengikat para pihak. Kebiasaan yang terjadi dalam perjanjian asuransi adalah pemutusan hubungan oleh pihak perusahaan asuransi apabila tertanggung secara berturut turut selama 3 kali tidak membayar premi.

j) Asas persamaan hak

Asas ini menempatkan para pihak di dalam persamaan derajat, tidak ada perbedaan, walaupun ada perbedaan kulit, bangsa, kekayaan, kekuasaan, jabatan dan lain-lain. Masing-masing pihak wajib melihat adanya persamaan ini dan mengharuskan kedua pihak untuk menghormati satu sama lain sebagai ciptaan Tuhan.

k) Asas keseimbangan

Asas ini menghendaki kedua belah pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian tersebut. Asas keseimbangan ini merupakan kelanjutan dari asas persamaan. Penanggung mempunyai kekuatan untuk menuntut prestasi kepada tertanggung untuk membayar premi tepat waktu. Namun penanggung juga harus melakukan perjanjian timbal balik dari sifat perjanjian asuransi, yaitu apabila tertanggung telah membayar

premi asuransi (telah melaksanakan kewajibannya) maka penanggung juga harus melaksanakan kewajibannya dengan membayar klaim asuransi apabila terjadi peristiwa tidak pasti yang menimpa tertanggung.

Para sarjana dalam memberikan perhatian terhadap asas-asas hukum perjanjian terdapat perbedaan, namun ada pula persamaannya. Terdapat 4 (empat) asas yang dianggap sebagai soko guru hukum kontrak, yaitu :²¹⁵

1. Asas konsensualisme
2. Asas kebebasan berkontrak
3. Asas pacta sunt servanda
4. Asas itikad baik

Apabila ditinjau dari asas-asas yang terdapat di dalam perjanjian yang masih umum diatas, seharusnya perjanjian asuransi yang dibuat para pihak juga mengatur :

a. Asas perlindungan

Asas perlindungan mengandung pengertian kesadaran akan fungsi masing-masing pihak dalam perjanjian asuransi, yaitu tertanggung maupun penanggung serta tanggung jawab masing-masing

²¹⁵ Nindyo Pramono, *Kontrak Komersial : Pembuatan dan Penyelesaian Sengketa*, Makalah dalam acara Pelatihan Hukum Perikatan Bagi Dosen dan Praktisi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya, 6-7 September 2006, h. 1-3.

pihak untuk memenuhi berbagai kewajiban guna memperoleh haknya.

b. Asas keterbukaan

Asas keterbukaan mengandung pengertian adanya informasi yang benar yang dapat diakses sehingga memberikan kejelasan bagi para pihak untuk terwujudnya transparansi dalam perjanjian asuransi. Hal ini memungkinkan para pihak dapat melaksanakan kewajiban secara optimal untuk memperoleh haknya sehingga dapat dihindari adanya beberapa kekurangan dan penyimpangan.

Kedua asas tersebut diatas perlu dimasukkan didalam peraturan perjanjian asuransi dengan pertimbangan bahwa :

1. Asas perlindungan hukum terhadap para pihak dalam perjanjian asuransi belum terpenuhi. Fernando Manulang²¹⁶ mengartikan pengertian kepastian hukum yang dikemukakan oleh Sudikno, yaitu perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu²¹⁷,

²¹⁶ Fernando Manullang, *Menggapai Hukum Berkeadilan*, Kompas, Jakarta, 2006, h.92.

²¹⁷ Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit.*, h. 145.

sebagai perlindungan hukum. Makna dari pernyataan Fernando manullang tersebut dapat dimaknai bahwa siapapun dalam hal ini penanggung dan tertanggung dapat memperoleh perlindungan hukum apabila mengalami perlakuan kesewenang-wenangan yang menimbulkan kerugian baginya. Perlindungan hukum tidak hanya diberikan kepada tertanggung, yang selama ini dianggap sebagai pihak yang lemah, mengingat keberadaan tertanggung senantiasa terabaikan pada saat pembuatan perjanjian asuransi. Pihak penanggung selama ini dianggap sebagai pihak yang kuat karena mengendalikan proses terjadinya perjanjian. Apabila haknya dilanggar maka para pihak boleh menuntut haknya.

2. Asas keterbukaan dalam pembuatan perjanjian asuransi perlu dicantumkan, mengingat bahwa dalam praktek perjanjian asuransi seringkali terjadi adanya ketidakjelasan informasi atau informasi yang sengaja disembunyikan. Informasi diawal sebelum terjadinya penutupan perjanjian asuransi seringkali diingkari oleh pihak tertanggung, begitu juga informasi yang dituangkan dalam perjanjian asuransi seringkali terjadi

ketidakjelasan sehingga dapat merugikan pihak tertanggung.

Kedua asas tersebut di atas (asas perlindungan dan keterbukaan) dikemukakan sebagai asas yang seharusnya ada dalam perjanjian asuransi selanjutnya dengan pertimbangan-pertimbangan bahwa secara teoritis kedua asas tersebut merupakan penjabaran dari teori keadilan dan asas itikad baik, kepatutan, dan keseimbangan dalam perjanjian asuransi. Apabila kedua asas tersebut dicantumkan dalam perjanjian asuransi, maka akan terbentuk perjanjian asuransi jiwa yang berkeadilan yang diinginkan oleh para pihak, yaitu terjadi keseimbangan hak dan kewajiban.

8.2. Perjanjian Asuransi Yang Mengandung Nilai Tujuan Hukum

Tujuan hukum mengarah kepada sesuatu yang hendak dicapai. Oleh karena itu tidak dapat disangkal apabila tujuan hukum merujuk kepada sesuatu yang ideal yang di rasakan abstrak. Nilai dasar dari tujuan hukum adalah keadilan, kepastian, dan kemanfaatan. Tujuan hukum menurut Van Apeldorn adalah untuk mengatur tata tertib masyarakat secara

damai dan adil “*het doel van het recht is dus: een vreedzame en rechvaardige ordening der somenieving*”²¹⁸. Aristoteles dalam “*Ethica Nicomachea*” dan *Retrorica* menyebutkan bahwa tujuan hukum adalah memberi kepada setiap orang apa yang ia berhak menerimanya.²¹⁹ Jheremy Bentham dalam bukunya “*Introduction to the morals and legislation*”, menyatakan bahwa tujuan hukum adalah menjamin adanya bahagia sebanyak-banyaknya.²²⁰

Pengertian tujuan hukum menurut Gustav Radbruch bahwa hukum harus memenuhi nilai-nilai dasar yaitu keadilan, kegunaan (*zweckmatigkeit*) dan kepastian hukum.²²¹ Menurut Gustav Radbruch, dalam pengertian hukum dapat dibedakan tiga aspek yang ketiga-tiganya diperlukan untuk sampai ada pengertian hukum dapat dibedakan tiga aspek yang ketiga-tiganya diperlukan untuk sampai pada pengertian hukum yang memadai. Aspek pertama adalah keadilan dalam arti sempit. Keadilan ini berarti kesamaan hak untuk semua orang di depan pengadilan. Aspek yang kedua adalah tujuan keadilan, aspek

²¹⁸ E. Utrecht, *Pengantar Hukum Indonesia*, Balai Buku Ichtisar, Jakarta, h. 20.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart, K.f.Koehler, dalam Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 1991, h.19-21.

ini menentukan isi hukum sebab isi hukum memang sesuai dengan tujuan yang hendak dicapai. Aspek ketiga adalah kepastian hukum atau legalitas. Aspek ini menjamin bahwa hukum dapat berfungsi sebagai peraturan yang harus ditaati.²²² Satjipto Rahadjo menyatakan bahwa ketiga nilai dasar tersebut mempunyai tuntutan yang masing-masing berbeda pula keabsahan berlakunya.²²³ Ketiga tersebut harus saling melengkapi dan tidak saling mengecualikan, untuk mewujudkan hukum yang benar.

8.2. 1. Bernilai Keadilan

Setiap norma diharapkan dapat memenuhi keadilan hukum (*legal justice*), keadilan moral (*moral justice*), keadilan sosial (*sosial justice*). Keadilan sosial tidak saja diharapkan terakomodir dalam suatu norma, tetapi manifestasi kesadaran masyarakat tentang keadilan. Sehingga dalam pembuatan perjanjian asuransi selain harus memperhatikan kepentingan penanggung tetapi juga harus memperhatikan kepentingan tertanggung.

Keadilan sosial (*sosial justice*) yang dimaksudkan dalam norma hukum perjanjian asuransi jiwa adalah keadilan

²²² Theo Hubbers, *Op. Cit.*, h. 162.

²²³ Satjipto Rahardjo, *Op. Cit.*, h. 21.

yang memperhatikan kepentingan tertanggung. Berbagai masalah dan problema yang muncul dalam perjanjian asuransi merupakan refleksi dari ketidakadilan bagi para pihak, karena memang dalam peraturan perundang-undangan belum ada yang mengatur secara khusus perjanjian asuransi.

Teori keadilan John Rawls yang dipandang sebagai pendukung keadilan formal, karena konsistensinya dalam menempatkan konstitusi dan hukum sebagai basis pelaksanaan hak dan kewajiban individu dalam interaksi sosial. Keadilan dalam perjanjian asuransi seharusnya diwujudkan dalam peraturan perundang-undangan yang berdampak pada adanya perjanjian asuransi yang berkeadilan.

8.2.2. Bernilai Kepastian Hukum

Menurut Satjipto Rahardjo, ikon untuk hukum modern adalah kepastian hukum, setiap orang akan melihat fungsi hukum modern menghasilkan kepastian hukum²²⁴ Kepastian hukum atau *Rechtssicherheit, security, rechtszekerheid* adalah sesuatu yang baru, yaitu sejak hukum itu dituliskan, dipositifkan dan menjadi publik. Kepastian hukum menyangkut masalah “*law being written down*” bukan tentang keadilan dan

²²⁴ Satipto Rahadjo, *Hukum Dalam Jagat Ketertiban*, Nuansa Cipta warna, Jakarta, 2006, h. 133.

kemanfaatan. Ada empat hal yang berhubungan dengan makna kepastian hukum, yaitu²²⁵ :

1. Hukum adalah perundang-undangan (*gesetzches recht*)
2. Hukum itu berdasarkan pada fakta (*Tatsachen*) , bukan suatu rumusan tentang penilaian yang nanti akan dilakukan oleh hakim
3. Fakta itu harus dirumuskan dengan jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, disamping juga mudah dijalankan.
4. Hukum positif itu tidak boleh sering diubah-ubah

Kesatuan hukum dan kodifikasi hukum dibutuhkan untuk menjamin adanya kepastian hukum. Perjanjian asuransi mempunyai banyak problematika yang cukup banyak, dan sampai dengan saat ini pengaturan tentang asuransi yang mengatur masalah privatnya belum ada. Saat ini yang ada hanya ada undang-undang usaha perasuransian saja, yang mengatur masalah publiknya, sehingga sudah saatnya ada pengaturan khusus tentang asuransi yang mengatur masalah privatnya dengan mempunyai peraturan substantif setingkat undang-undang demi menjamin kepastian hukum.

²²⁵*Ibid.*

8.2.3. Bernilai Kemanfaatan

Salah satu konsep tujuan hukum adalah mewujudkan kemanfaatan atau yang dikenal dengan *utilitarian* yang dikemukakan oleh Bentham, yaitu :*“everything should be viewed with a view of utility which a thing offers. It means that rightness or wrongness of an action depends only on the total goodness or badness of the consequences of an act on the welfare of all human beings or all sentient beings”*.²²⁶

Konsep tujuan hukum mewujudkan kemanfaatan tersebut diatas apabila dikaitkan dengan perjanjian asuransi maka norma perjanjian asuransi seharusnya memperhatikan manfaat bagi semua pihak khususnya tertanggung dan penanggung. Hal yang perlu dihindari agar kemanfaatan yang terwujud adalah kemanfaatan yang menguntungkan semua pihak tertentu sebagaimana yang terjadi dalam praktik, bahwa banyak kemungkinan adanya kebijakan yang menggunakan kedok efisiensi, akan tetapi yang terjadi justru untuk kepentingan lain yang jauh dari pengertian efisiensi, dan keuntungan sepihak saja.

²²⁶ Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, International Law Book Service, Malaysia Selangor, 2005, h. 68..

DAFTAR BACAAN

BUKU :

Allen, Sharon, Dennis W. Goodwin, Jennifer W. Herrod, *“Life and Health Insurance”*, LOMA, 1997.

Anshori, Abdul Ghofur, *Filsafat Hukum, Sejarah, Aliran dan Pemaknaan*, Gadjah Mada University Press, 2006.

Athearn, James L, *“Risk and Insurance”*, West Publishing, Co., 1977

Bickelhaupt, David L., *“General Insurance, Home”*, Wood Illinois Richard D Irwin Inc, 1979

Bruggink, J.J.H., *“Refleksi Tentang Hukum”*, alih bahasa Arif Sidharta, Citra Aditya Bakti, Bandung 1999.

Chai, Poh Chu, *“Law of Life, Motor and Women’s Compensation Insurance”*, Sdn Bhd, Singapore, 1999.

Campbell Cs, Enid, *”Legal Research, Materials and Methods”*, LBC, Information Service, Sidney, 1996.

Crawford, Murriel. L, William T.Beadles, ***“Life and Health Insurance Law”***, FLMI Insurance Education Program, 1996.

Collins, Hugh, ***“Regulating Contract”***, Oxford University Press, New York, 2002.

Dobbyn, John, ***“Insurance Law in A Nutshell”***, St. Paul Minn West Publishing, US, 1989.

Darmawi, Herman, ***”Manajemen Asuransi”***, Bumi Aksara, Jakarta, 2001.

-----, ***”Manajemen Risiko”***, Bumi Aksara, Jakarta, 2002.

Emanuel, Steven, Steven Knowles, ***“Contract”***, Emanuel Law Outlines Inc., New York, 1990.

Garner, Bryan A., ***Blaks Law Dictionary***, Sevent Edition, West Group, St. Paul, Minn, 1999.

Gunanto, ***”Asuransi Kebakaran di Indonesia”***, Tirta Pustaka, Jakarta, 1994.

Hadjon, Philipus M., ***”Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatif (Normatif)”***, Paper Surabaya, 1994.

- , dan Tatiek Sri Djatmiati, ”**Argumentasi Hukum**”, Cet. I, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2005.
- Hanafi, Mamduh, “**Manajemen Risiko**”, UPP STIM YKPN, Yogyakarta, 2006.
- Hanggraeni, Dewi, “**Pengelolaan Risiko Usaha**”, Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi UI, Jakarta, 2010.
- Hartono, Sri Rejeki, “**Hukum Asuransi dan Perusahaan Asuransi**”, Sinar Grafika, Jakarta, 2004.
- , **Kapita Selektta Hukum Perusahaan**, Mandar Maju, Bandung, 2000.
- Hernoko, Agus Yudha, ”**Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial**”, Kencana, Jakarta, 2011.
- Hodgin, Ray, ”**Insurance Law**”, Cavendish Publishing Limited, London Britain, 1998.
- Ganie, A. Junaedy, ”**Hukum Asuransi Indonesia**”, Sinar Grafika, Jakarta, 2010
- Idjard, Nico Ngani, ”**Profil Hukum Perasuransian di Indonesia**”, Liberty, Yogyakarta, 1985.

Jess, Digby C., “*The Insurance of Commercial Risk : Law and Practice*”, Sweet and Maxwell, UK, London, 2001.

Keaton, Robert. F, Alan I Widiss, “*Insurance Law A Guide To Fundamental Principles*”, Legal Doctrines, and Commercial Practices, Student Edition West Group, Reprint, USA, 2001.

Khairandy,Ridwan, “*Itikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*”, Universitas Indonesia Fakultas Hukum Pascasarjana, 2003

Mann, Peter, “*Annotated Insurance Contract Act*”, Lawbook Co, Sidney, 2003.

Marzuki, Peter Mahmud, ”*Penelitian Hukum*”, Cet. I Prenada Media, Jakarta, 2005.

-----, “ *Pengantar Ilmu Hukum*”,
Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008.

Mehr, Robert. I, “*Life Insurance Theory and Practice*”,
Busines Publication.Inc, Austin Texas, 1980.

- Mehr, Robert.I and Emerson Cammack, *Principles of Insurance*, Home Wood Illinois, Richard D Irwin Inc, 1980.
- Mehr, Cammack, Hasyimi, *“Principle of Insurance,(Bidang Usaha Asuransi)”*, alih Bahasa oleh Hasyimi, Balai Aksara, Jakarta, 1981
- Merkin, Robert, Angus Rodger, *“ EC Insurance Law”*, Longman, London, 1997.
- Mertokusumo, Sudikno, *“Mengenal Hukum Suatu Pengantar”*, Liberty, Yogyakarta, 2007.
- Muhammad, Abdulkadir, *”Hukum Asuransi Indonesia”*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006.
- Nolledo, Jose. N, *“The Insurance Code of The Philippines”*, Quad Alpha centrum Bldg, Mandaluyong City, 2001.
- Prakoso, Djoko, I Ketut Muria *”Hukum Asuransi Indonesia”*, Rinneka Cipta Jakarta, 2000.
- Purba, Radiks, *”Memahami Asuransi di Indonesia”*, Pustaka Binaman Pressindo, Cet II, Jakarta, 1995.

- Prawoto, Agus, **”*Hukum Asuransi dan Kesehatan Perusahaan Asuransi Berdasarkan Risk Base Capital*”**, BPF, Yogyakarta, 2003.
- Prihantoro, Wahyu, **”*Aneka Produk Asuransi dan Karakteristiknya*”**, Kanisius, 2004.
- Projodikoro, Wirjono, **”*Hukum Asuransi di Indonesia*”**, Intermasa, Jakarta, 1996.
- Ramli, Soehatman, **”*Pedoman Praktis manajemen Risiko*”**, Dian Rakyat, Jakarta, 2010.
- Rastuti, Tuti, **”*Aspek Hukum Perjanjian Asuransi*”**, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2011.
- Salim, Abbas, **”*Dasar-Dasar Asuransi (Principles of Insurance)*”**, Radja Grafindo Perkasa, Jakarta, 2001.
- , **”*Asuransi dan Manajemen Risiko*”**, Radja Grafindo Perkasa, Jakarta, 2007
- Sasono, Heri & Sulasno Hadisaputro, **”*Dasar-dasar Asuransi Jiwa*”**, Yayasan Mandiri, Tangerang Banten, 2007.

Sastrawidjaja, Man Suparman, Endang, ”**Hukum Asuransi Perlindungan Tertanggung Asuransi Deposito Usaha Perasuransian**”, Alumni, Bandung, 2004.

Sendra, Ketut, ”**Konsep dan Penerapan Asuransi Jiwa**”, PPM, 2004.

-----, ”**Bancassurance = Bank + Asuransi Kemitraan Strategis Perbankan dan Perusahaan Asurans**”i, PPM, 2007.

Siahaan, Hinsa, ”**Manajemen Risiko Pada Perusahaan dan Birokrasi**”, Elex Media Komputindo, Jakarta, 2009.

Sidabalok, Janus, ”**Hukum Perlindungan Konsumen di Indonesia**”, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006

Simamora, Yohanes Sogar, ”**Hukum Perjanjian Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa**”, Laksbang, Yogyakarta, 2010.

Simanjuntak, Emmy Pangaribuan, ”**Hukum Pertanggungan (Pokok-pokok Pertanggungan, Kerugian, Kebakaran dan Jiwa)**”, Seri Hukum Dagang, Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, 1987.

-----, **“Peranan Pertanggung
Dalam Usaha Memberikan Jaminan Sosial** Liberty,
Yogyakarta, 1979.

Sinaga, Horbonar, **“Membangun Asuransi Membangun
Indonesia”**, Institute for Transformation Studies,
jakarta, 2004.

Singapore College of Insurance, **“Basic Insurance Concept &
Principles”**, Singapore College of Insurance Limited,
2002.

-----, **”Commercial General
Insurance”**, Singapore College of Insurance Limited,
2002.

-----, **“Personal General
Insurance”**, Singapore College of Insurance Limited,
2002.

Susanto, Heru, **”Cerdas Memilih Asuransi Jiwa”**, Bhuana
Ilmu Populer, Jakarta, 2010.

Sofie, Yusuf, **“Perlindungan Konsumen dan Instrumen
Hukumnya”**, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.

Wardana, Kun Wahyu, "*Hukum Asuransi Proteksi Kecelakaan Asuransi*", Mandar Maju, Bandung, 2009.

Wijaya, Gunawan, dan A Yani, 2001, *Hukum Tentang Perlindungan Konsumen*, Gramedia, 2006.

-----, "*Learning Module Insurance Law and Regulation*", Australian and New Zealand Institute of Insurance and Finance.

NN, Handbook Insurance,

Disertasi :

Fence M. Wantu, *Peranan Hakim dalam Mewujudkan Kepastian Hukum, Keadilan dan Kemanfaatan di Peradilan Perdata*, Ringkasan Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2011

Kagramanto, L. Budi, "*Persekongkolan Tender Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha*", Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2007.

Prasetyawati, Endang, ” *Kontruksi Hukum Pembiayaan Konsumen yang Berkeadilan*”, Program Pascasarjana Universitas Brawijaya, Malang, 2010.

Jurnal :

Monti, Alberto, 2001, “*Good Faith and Insurance*” : A Comparative Study of Judicial Activism, Global jurist Advances, Academic research Library, 2001.

Cousy, Herman, “*The Principles of Insurance Contract Law : The Duty of Disclosure and The Aggravation of Risk*”, Era, 2008 .

Basedow, Jiirgen, “*Insurance Contract Law*”, Journal of Business Law, 2003.

Harjono, *Perlindungan Hukum Terhadap Konsumen yang Menderita Kerugian dalam Transaksi Properti menurut Undang-Undang Perlindungan Konsumen, Yustisia Edisi Nomor 68 Mei - Agustus 2006.*

The Financial Action Task Force (FATF), “*Risk- Based approach, Guidance Life insurance Sector*”, Oktober 2009.

Marzuki, Peter Machmud, “*Penelitian Hukum*”, Yuridika, Vol. 16, No. 1 Maret-April 2001.

Notohamidjojo, *Masalah Keadilan*, Semarang : Tirta Amerta, 1971.

