

HUKUM PERIKATAN INDONESIA

DALAM SUATU PENDEKATAN
PERBANDINGAN HUKUM

Hukum Perikatan merupakan bagian dari hukum perdata yang paling banyak bersentuhan dengan aktivitas kehidupan masyarakat. Upaya untuk melakukan pembaharuan hukum perikatan nasional menjadi perhatian para akademisi dan para pemangku kepentingan. Mengingat saat ini, hukum perikatan di Indonesia masih pluralistik. Perkembangan bisnis di era pasar bebas juga menuntut para pelaku bisnis untuk memahami hukum perikatan dari berbagai sistem hukum yang ada, agar dapat mempermudah transaksi bisnis yang sesuai dengan hukum. Dengan pemahaman terhadap hukum perikatan dari berbagai sistem hukum tersebut dapat meminimalisir potensi terjadinya sengketa bisnis di antara para pelaku bisnis.

Buku ini merupakan buku pertama yang menganalisis secara khusus tentang hukum perikatan Indonesia melalui suatu pendekatan perbandingan hukum, dengan melihat dari tiga perspektif hukum. Bagaimana perspektif hukum perdata Barat, Adat dan Hukum Islam mengatur tentang Perikatan. Buku ini mengupas persamaan dan perbedaan mengenai perikatan dari ketiga sistem hukum yang ada di Indonesia, dengan mengetahui persamaan dan perbedaan mengenai perikatan dari ketiga sistem hukum tersebut diharapkan akan tercipta suatu sistem hukum nasional yang mencerminkan nilai-nilai yang sesuai dengan karakteristik bangsa Indonesia.

Buku ini, terdiri atas tujuh bab. Bab 1 tentang sejarah hukum perikatan di Indonesia, bab 2 tentang hukum perikatan dalam KUH Perdata, bab 3 tentang hukum perikatan syariah, bab 4 tentang konsep perjanjian dalam kitab undang-undang hukum perdata, adat dan syariah, bab 5 tentang wanprestasi dan perbuatan melawan hukum, bab 6 tentang daya paksa (*overmacht*), bab 7 tentang perbandingan hukum perjanjian dan akad syariah.

Buku ini diperuntukkan bagi mahasiswa S1 pada fakultas hukum seluruh Indonesia, mahasiswa Magister Ilmu Hukum, Magister Kenotariatan dan mahasiswa program Doktor Ilmu Hukum, serta menjadi referensi utama bagi akademisi, praktisi, maupun pengusaha dalam pengembangan bisnisnya, terutama yang berkaitan dengan perjanjian.


Rajagrafindo Persada
PT RAJAGRAFINDO PERSADA
Jl. Raya Tomboang, No. 110
Gd. Lantai Atas, Kec. Tomboang, Kota Depok 16156
Telp. (021) 8511132 Fax (021) 8511135
Email: info@rajagrafindo.com
www.rajagrafindo.com

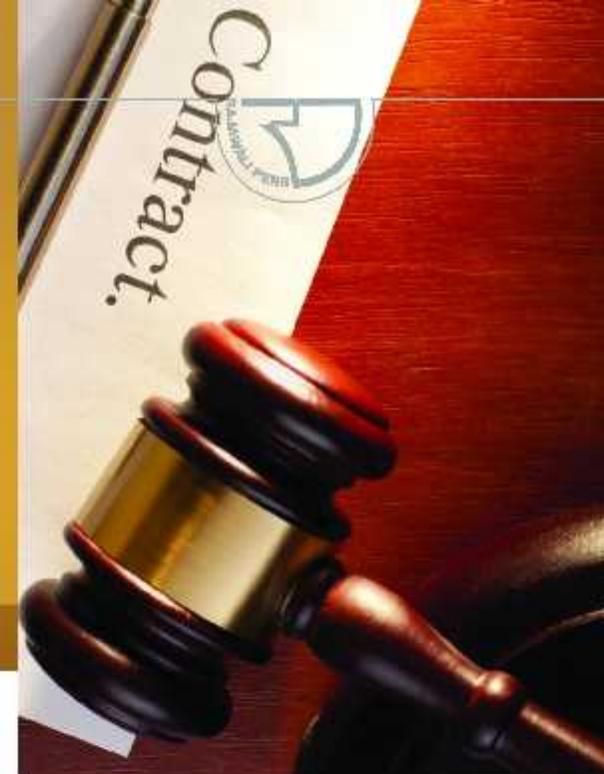
RAJAWALI PERS
DIVISI BUKU PERBURUAN TANGGI
HUKUM



HUKUM PERIKATAN INDONESIA

DALAM SUATU PENDEKATAN
PERBANDINGAN HUKUM

Dr. Abdul Atsar, S.H., M.H.



HUKUM PERIKATAN INDONESIA

DALAM SUATU PENDEKATAN
PERBANDINGAN HUKUM

Dr. Abdul Atsar, S.H., M.H.

HUKUM PERIKATAN INDONESIA

**DALAM SUATU PENDEKATAN
PERBANDINGAN HUKUM**

HUKUM PERIKATAN INDONESIA

DALAM SUATU PENDEKATAN
PERBANDINGAN HUKUM

Dr. Abdul Atsar, S.H., M.H.



RAJAWALI PERS
Divisi Buku Perguruan Tinggi
PT RajaGrafindo Persada
DEPOK

Abdul Atsar

Hukum Perikatan Indonesia (Dalam Suatu Pendekatan Perbandingan Hukum)/

Abdul Atsar

— Ed. 1—Cet. 1.—Depok: Rajawali Pers, 2018.

x, 216 hlm. 23 cm

Bibliografi: hlm. 201

ISBN 978-602-425-639-5

1. Hukum perikatan.

I. Judul.

346

Hak cipta 2018, pada Penulis

Dilarang mengutip sebagian atau seluruh isi buku ini dengan cara apa pun, termasuk dengan cara penggunaan mesin fotokopi, tanpa izin sah dari penerbit

2018.2061 RAJ

Dr. Abdul Atsar, S.H., M.H.

HUKUM PERIKATAN INDONESIA

(Dalam Suatu Pendekatan Perbandingan Hukum)

Cetakan ke-1, September 2018

Hak penerbitan pada PT RajaGrafindo Persada, Depok

Desain cover octiviena@gmail.com

Dicetak di Rajawali Printing

PT RAJAGRAFINDO PERSADA

Anggota IKAPI

Kantor Pusat:

Jl. Raya Leuwinanggung, No.112, Kel. Leuwinanggung, Kec. Tapos, Kota Depok 16956

Tel/Fax : (021) 84311162 – (021) 84311163

E-mail : rajapers@rajagrafindo.co.id [http:// www.rajagrafindo.co.id](http://www.rajagrafindo.co.id)

Perwakilan:

Jakarta-16956 Jl. Raya Leuwinanggung No. 112, Kel. Leuwinanggung, Kec. Tapos, Depok, Telp. (021) 84311162. **Bandung**-40243, Jl. H. Kurdi Timur No. 8 Komplek Kurdi, Telp. 022-5206202. **Yogyakarta**-

Perum. Pondok Soragan Indah Blok A1, Jl. Soragan, Ngestiharjo, Kasihan, Bantul, Telp. 0274-625093.

Surabaya-601 18, Jl. Rungkut Harapan Blok A No. 09, Telp. 031-8700819. **Palembang**-30137, Jl. Macan

Kumbang III No. 10/4459 RT 78 Kel. Demang Lebar Daun, Telp. 0711-445062. **Pekanbaru**-28294, Perum

De' Diandra Land Blok C 1 No. 1, Jl. Kartama Marpoyan Damai, Telp. 0761-65807. **Medan**-20144, Jl. Eka

Rasmi Gg. Eka Rossa No. 3A Blok A Komplek Johor Residence Kec. Medan Johor, Telp. 061-7871546.

Makassar-90221, Jl. Sultan Alauddin Komp. Bumi Permata Hijau Bumi 14 Blok A14 No. 3, Telp. 0411-

861618. **Banjarmasin**-701 14, Jl. Bali No. 31 Rt 05, Telp. 0511-3352060. **Bali**, Jl. Imam Bonjol Gg 100/V

No. 2, Denpasar Telp. (0361) 8607995. **Bandar Lampung**-35115, Jl. P. Kemerdekaan No. 94 LK I RT 005

Kel. Tanjung Raya Kec. Tanjung Karang Timur, Hp. 082181950029.



KATA PENGANTAR

Puji syukur saya panjatkan kehadirat Allah Yang Maha Esa karena dengan rahmat, karunia, serta taufik dan hidayah-Nya saya dapat menyelesaikan buku dengan judul Hukum Perikatan. Kehadiran buku ini merupakan upaya dalam rangka untuk memenuhi kebutuhan referensi bagi mahasiswa Fakultas Hukum. Keberadaan referensi tentang Hukum Perikatan sudah banyak ditemukan, namun buku hukum perikatan di Indonesia dengan pendekatan perbandingan hukum antara Hukum Perdata Barat, Adat dan Islam (Syariah), belum banyak ditemui. Melalui buku ini penulis membuat suatu kajian yang berbeda, diharapkan kehadiran buku ini bisa memberikan warna terhadap kajian hukum perikatan yang sudah ada.

Penulis menyadari bahwa sebagai penulis muda tentunya dalam penyusunan materi buku masih jauh dari kesempurnaan. Namun melalui buku ini penulis bisa berbagi ilmu dan pengetahuan penulis sebagai amal ibadah. Semoga niat baik dan keberanian penulis untuk menghadirkan karya ini dapat bermanfaat bagi masyarakat khususnya insan akademis.

Semoga buku ini bisa menjadi awal bagi penulis yang kompeten dan profesional di bidang Ilmu Hukum dan semoga buku ini dapat dipahami bagi siapapun yang membacanya. Sekiranya buku ini berguna bagi

penulis dan yang membacanya. Sebelumnya saya mohon maaf apabila terdapat kesalahan kata-kata yang kurang berkenan dan saya memohon kritik dan saran yang membangun demi perbaikan di masa depan.

Karawang, Agustus 2018

Penulis



DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR	v
DAFTAR ISI	vii
BAB 1 SEJARAH HUKUM PERIKATAN DI INDONESIA	1
A. Pengertian Hukum Perikatan	1
B. Sejarah Lahirnya Hukum Perikatan	2
BAB 2 HUKUM PERIKATAN DALAM KUH PERDATA	9
A. Pengertian Perikatan	9
B. Macam-macam Perikatan	13
C. Hapusnya Perikatan	16
BAB 3 HUKUM PERIKATAN SYARIAH	25
A. Istilah dan Konsep Perikatan dalam Hukum Islam	25
B. Ruang Lingkup Hukum Perikatan Syariah	27
C. Asas-asas Hukum Perikatan Syariah di Indonesia	28
D. Sumber Hukum Perikatan Syariah	30
D. Subjek dan Objek Perikatan Syariah	33
E. Macam-macam Hukum Perikatan Syariah	33

BAB 4 KONSEP PERJANJIAN DALAM KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA, ADAT DAN SYARIAH	35
A. Pengertian Perjanjian, Akad Syariah dan Adat	35
1. Pengertian Perjanjian Menurut KUH Perdata	35
2. Pengertian Akad Syariah	42
3. Pengertian Hukum Perjanjian Adat	50
B. Teori-teori Saat Lahirnya Perjanjian	51
C. Akibat Hukum dari Suatu Perjanjian	53
D. Asas-asas Perjanjian dan Akad	54
1. <i>Ilahiyyah</i> (Asas Ketuhanan)	60
2. <i>Mabda' Hurriyah</i> (Asas Kebebasan)	61
3. <i>Al-Musawah</i> (Persamaan atau Kesetaraan)	64
4. <i>Al-'Adalah</i> (Asas Keadilan)	66
5. <i>Al-Ridhaiyyah</i> (Kerelaan/Konsensualisme)	68
6. <i>Ash-Shidq</i> (Kejujuran/Kebenaran)	69
7. <i>Asas Al-Kitabah</i> (Tertulis)	70
8. <i>Asas Amanah</i> (Kepercayaan)	72
9. Asas-asas Perikatan Adat	89
E. Unsur-unsur Perjanjian dan Akad Syariah	90
F. Syarat Sahnya Perjanjian dan Akad	91
1. Kata Sepakat	92
2. Kecakapan untuk Mengadakan Perikatan	95
3. Suatu Hal Tertentu	96
4. Kausa Hukum yang Halal	97
G. Jenis-jenis Perjanjian Menurut KUH Perdata, Akad/Syariah dan Adat	102
1. Jenis-jenis Perjanjian Menurut KUH Perdata	102
2. Jenis-jenis Perjanjian/Akad Syariah	106
3. Jenis-jenis Perjanjian Adat	109
H. Berakhirnya Perjanjian dan Akad	115

BAB 5	TENTANG WANPRESTASI DAN PERBUATAN MELAWAN HUKUM	119
A.	Pengertian Wanprestasi	119
B.	Pengertian Perbuatan Melawan Hukum	124
C.	Syarat-syarat dan Unsur Perbuatan Melawan Hukum	130
D.	Pertanggungjawaban dalam Perbuatan Melawan Hukum	137
E.	Konsekuensi Yuridis dalam Hal Timbulnya Perbuatan Melawan Hukum	140
F.	Perkembangan Teori Perbuatan Melawan Hukum	144
G.	Alasan Pembenaar dan Alasan Pemaaf dalam Perbuatan Melawan Hukum	147
H.	Perbedaan Wanprestasi dan Perbuatan Melawan Hukum	152
BAB 6	TENTANG DAYA PAKSA (<i>OVERMACHT</i>)	155
A.	Pengertian <i>Overmacht</i>	155
B.	Unsur-unsur dan Bentuk-bentuk <i>Overmacht</i> (Keadaan Memaksa) dalam Suatu Perjanjian	161
C.	Akibat Hukum dan Tanggung Gugat dari Adanya <i>Overmacht</i> dalam Suatu Perjanjian	167
D.	Prinsip dan Dalil-dalil Pembuktian Adanya <i>Overmacht</i> dalam Suatu Perjanjian	173
BAB 7	PERBANDINGAN HUKUM PERJANJIAN DAN AKAD SYARIAH	175
A.	Persamaan dan Perbedaan Syarat Sahnya Perjanjian menurut Kitab Undang-undang Hukum Perdata dan Hukum Islam	175
B.	Persamaan dan Perbedaan Hukum Perjanjian Menurut Hukum Perdata Barat, Adat dan Akad Syariah	194

DAFTAR PUSTAKA	201
GLOSARIUM	207
INDEKS	213
BIODATA PENULIS	215

DUMMMY



BAB 1

SEJARAH HUKUM PERIKATAN DI INDONESIA

A. Pengertian Hukum Perikatan

Hukum perikatan adalah suatu hubungan hukum dalam lapangan harta kekayaan antara dua orang atau lebih di mana pihak yang satu berhak atas sesuatu dan pihak lain berkewajiban atas sesuatu. Hubungan hukum dalam harta kekayaan ini merupakan suatu akibat hukum, akibat hukum dari suatu perjanjian atau peristiwa hukum lain yang menimbulkan perikatan. Dari rumusan ini dapat diketahui bahwa perikatan itu terdapat dalam bidang hukum harta kekayaan (*law of property*), juga terdapat dalam bidang hukum keluarga (*family law*), dalam bidang hukum waris (*law of succession*) serta dalam bidang hukum pribadi (*personal law*).

Hukum Perikatan adalah suatu kaidah-kaidah hukum yang mengatur hubungan hukum antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum yang lain dalam bidang harta kekayaan, di mana subjek hukum yang satu berhak atas suatu prestasi, sedangkan subjek hukum yang lain berkewajiban untuk memenuhi prestasi.

Menurut ilmu pengetahuan Hukum Perdata, pengertian perikatan adalah suatu hubungan dalam lapangan harta kekayaan antara dua orang atau lebih di mana pihak yang satu berhak atas sesuatu dan pihak lain berkewajiban atas sesuatu. Di dalam perikatan ada perikatan untuk

berbuat sesuatu dan untuk tidak berbuat sesuatu. Yang dimaksud dengan perikatan untuk berbuat sesuatu adalah melakukan perbuatan yang sifatnya positif, halal, tidak melanggar undang-undang dan sesuai dengan perjanjian. Sedangkan perikatan untuk tidak berbuat sesuatu yaitu untuk tidak melakukan perbuatan tertentu yang telah disepakati dalam perjanjian. Contohnya: perjanjian untuk tidak mendirikan bangunan yang sangat tinggi sehingga menutupi sinar matahari atau sebuah perjanjian agar memotong rambut tidak sampai botak.

B. Sejarah Lahirnya Hukum Perikatan

Hukum perikatan telah mengalami perkembangan di Indonesia, hal ini di tandai pada awal mula sebelum datangnya Belanda, setelah datangnya Belanda dan masa setelah Indonesia merdeka. Berikut akan dijelaskan sejarah perkembangan hukum perikatan sebelum datangnya belanda yang di pelopori oleh para saudagar melalui perdagangan dan perkawinan, hingga masa terbentuknya undang-undang tentang perikatan setelah Indonesia merdeka. Yaitu sebagai berikut:

1. Sebelum Kedatangan Belanda

Awal proses islami kepulauan Indonesia dilakukan oleh para saudagar melalui perdagangan dan perkawinan. Setelah Agama Islam berakar dalam masyarakat, peranan saudagar digantikan oleh para ulama sebagai guru dan pengawal hukum islam. Hukum Islam sebagai hukum yang berdiri sendiri telah ada dalam masyarakat, tumbuh dan berkembang di samping kebiasaan atau adat penduduk yang mendiami kepulauan nusantara ini.¹

2. Setelah Kedatangan Belanda

- a. Masa VOC/*Verenigde Oost Indische Compagnie* (1602-1800), berfungsi sebagai pedagang dan badan pemerintah, karena dalam praktiknya susunan badan peradilan yang disandarkan pada hukum belanda tidak dapat berjalan. VOC membiarkan lembaga-lembaga yang asli yang ada dalam masyarakat berjalan terus seperti keadaan sebelumnya. D. W. Freijer menyusun kompendium yang memuat hukum perkawinan dan kewarisan

¹M. Daud Ali, *Asas-asas Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam Di Indonesia*, Rajawali Press, Jakarta, 2004, hlm. 230-266.

Islam yang digunakan oleh pengadilan dalam menyelesaikan sengketa di kalangan umat Islam (*kompandium Freijer*). Selain itu ada kitab hukum *Mogharaer* yang digunakan pada pengadilan Negeri Semarang, dan *Pepakem Cirebon*.

- b. Pada masa pemerintahan Kolonial Belanda, sikap terhadap Hukum Islam mulai berubah secara perlahan dan sistematis, yaitu sebagai berikut: 1) Pada masa Pemerintahan Belanda/deandels (1808-1811) terdapat pemahaman umum bahwa “Hukum Islam adalah hukum asli orang Pribumi”; 2) Pada masa Pemerintahan Inggris/Thomas S. Raffles (1811-1816) juga terdapat anggapan bahwa “hukum yang berlaku dikalangan rakyat adalah Hukum Islam”; 3) Setelah Indonesia kembali kepada Belanda, ada usaha Belanda untuk menghilangkan pengaruh Islam dari sebagian besar orang Indonesia; 4) Untuk mengekalkan kekuasaannya, Belanda melaksanakan politik hukum yang dengan sadar hendak menata dan mengubah kehidupan hukum di Indonesia dengan Hukum Belanda. M. R. Scholten Van Oud Haarlem menyesuaikan keadaan Undang-Undang Belanda dengan keadaan istimewa di Hindia Belanda. Ia berpendapat bahwa “untuk mencegah timbulnya keadaan yang tidak menyenangkan bahkan mungkin juga perlawanan, jika diadakan pelanggaran terhadap Orang Bumi Putra dan Agama Islam, maka harus diikhtiarkan agar mereka dapat tetap dalam lingkungan hukum agama serta adat istiadat mereka”. Pendapat ini menyebabkan: Pasal 75 RR/*Regering Reglement* menjadi dasar bagi pemerintahan Belanda menjalankan kekuasaannya di Indonesia, dengan mengintruksikan pengadilan untuk menggunakan undang-undang, lembaga-lembaga dan kebiasaan itu tidak bertentangan dengan asas kepatutan dan keadilan umum. Pasal 78 (2) RR mendorong pemerintah Hindia Belanda mendirikan pengadilan agama (*priesterrad*/pengadilan pendeta) di Jawa dan Madura yang direalisasikan pada tahun 1882 dengan di keluarkannya S. 18882 NO. 152; 5) Pada masa abad ke-19 berkembang pendapat, bahwa di Indonesia berlaku Hukum Islam, yaitu antara lain dikemukakan oleh Salomon Keyzer. Kemudian diperkuat oleh Lodewijk Willem Christian Van Den Berg berpendapat, bahwa hukum mengikuti

agama yang dianut seseorang. Jika orang itu memeluk agama islam, hukum islamlah yang berlaku baginya. Pendapatnya dikenal dengan teori *receptio in complexu*, yaitu orang Islam Indonesia yang telah melakukan resepsi Hukum Islam dalam keseluruhannya dan sebagai suatu kesatuan. Cristian Snouck Hourgronje menentang teori *receptio in complexu*, dan berpendapat, bahwa yang berlaku bagi orang islam bukanlah Hukum Islam tetapi Hukum Adat. Dalam hukum adat telah masuk pengaruh Hukum Islam tetapi pengaruh itu baru mempunyai kekuatan hukum bila benar-benar telah diterima oleh Hukum Adat (berdasarkan penelitiannya di Aceh dan Gayo). Pendapat ini dikenal dengan *theorie receptie* yang diikuti oleh Cornelis Van Vollenhoven dan Berthand Ter Haar. Melalui *theorie receptie* ini belanda mulai membiasakan penggunaan Hukum Belanda di Indonesia terutama di bidang hukum perikatan, dengan jalan mengeluarkan Hukum Islam bidang perikatan dari aktivitas perdagangan karena dianggap tidak lagi berlaku di Indonesia.

3. Setelah Indonesia Merdeka

Kedudukan Hukum Islam dalam ketatanegaraan Indonesia terbagi dalam dua periode:

- a. Periode penerimaan Hukum Islam sebagai sumber persuasif; Periode penerimaan Hukum Islam sebagai sumber persuasif. Dengan proklamasi kemerdekaan 17 agustus 1945 dan berlakunya UUD 1945-walaupun di dalamnya tidak memuat tujuh kata Piagam Jakarta-maka teori resepsi kehilangan dasar hukumnya. Sebab, dasar hukum teori resepsi adalah Pasal 134 (2) *Indische Staats Regeling* (IS), sedangkan dengan berlakunya UUD 1945, IS tidak berlaku lagi. Teori ini mendapatkan kritikan dari para ahli Hukum Islam di Indonesia, antara lain oleh Hazairin dan Sajuti Thalib yang berpendapat, bahwa hukum adat baru berlaku bila tidak bertentangan dengan Hukum Islam (*receptio a contratio*). Menurut Hazairin, teori resepsi bertujuan politik yaitu: untuk menghapus Hukum Islam di Indonesia dan mematahkan perlawanan bangsa Indonesia terhadap kekuasaan pemerintah kolonial yang di jiwai oleh Hukum Islam. UUD 1945, aturan peralihan Pasal

II memang menyatakan, “segala badan negara dan peraturan yang ada masih berlangsung berlaku, selama belum di adakan yang baru menurut undang-undang dasar ini”. Namun demikian, dasar hukum yang ditetapkan oleh suatu Undang-Undang asar yang sudah tidak berlaku, tidak dapat di jadikan dasar hukum suatu Undang-Undang Dasar baru. Setelah berlakunya UUD NRI 1945, Hukum Islam berlaku bagi bangsa indonesia yang beragama Islam karena kedudukan Hukum Islam itu sendiri, bukan karena ia telah diterima oleh hukum adat. Hal ini juga diperkuat dengan Pasal 29 UUD NRI 1945. Sejak ditandatangani kesepakatan antara para pemimpin nasionalis sekuler dan nasionalis islami pada tanggal 22 juni 1945 sampai dengan saat di undangkannya dekrit presiden RI pada tanggal 5 juli 1959, ketentuan “kewajiban menjalankan syariat islam bagi pemeluk-pemeluknya” adalah sumber persuasif. Sebagaimana halnya semua hasil sidang Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) adalah sumber persuasif bagi UUD NRI 1945, maka Piagam Jakarta sebagai salah satu hasil sidang BPUPKI juga merupakan sumber persuasif UUD NRI 1945.

- b. Periode penerimaan Hukum Islam sebagai sumber otoritatif
Periode penerimaan Hukum Islam sebagai sumber otoritatif. Barulah dengan dikembangkannya Piagam Jakarta dalam dekrit presiden RI tanggal 5 juli 1959, maka Piagam Jakarta yang mengandung penerimaan terhadap Hukum Islam menjadi sumber otoritatif dalam hukum tata negara Indonesia, bukan sekedar sumber persuasif. Untuk mengetahui dasar hukum Piagam Jakarta dalam konsiderans dekrit presiden tanggal 5 juli 1959, perlu dipelajari dasar hukum pendahuluan dalam suatu konstitusi dan konsiderans (pertimbangan) dalam suatu peraturan perundang-undangan. Sebagai mana kita ketahui, semula Piagam Jakarta adalah pembukaan rancangan UUD NRI 1945 yang dibuat oleh badan penyelidik usaha-usaha persiapan kemerdekaan Indonesia. Dala konsiderans dekrit presiden ditetapkan, “bahwa kami berkeyakinan Piagam Jakarta tertanggal 22 juni 1945 menjiawai undang-undang dasar 1945 dan adalah merupakan suatu rangkaian kesatuan dalam

konstitusi tersebut”. Politik hukum negara Republik Indonesia yang berdasarkan Pancasila mengkehendaki berkembangnya kehidupan beragama dan Hukum Agama dalam kehidupan Hukum Nasional. Dengan berpangkal pada teori Friederich Julius Stahl dan Hazairin, Tahir Azhary, mengemukakan teori “lingkaran konsentris” yang menunjukkan betapa eratnya hubungan antara Agama, Hukum, dan Negara.² Teori ini dapat dipakai sebagai teropong untuk melihat negara republik Indonesia sebagai negara berdasarkan atas hukum yang bercita hukum Pancasila pada masa mendatang. Negara berdasarkan atas hukum berfalsafah negara Pancasila, melindungi agama dan penganut agama, bahkan berusaha memasukkan ajaran dan hukum agama dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Mohammad Hatta, salah seorang *the founding father* RI, menyatakan bahwa dalam pengaturan negara hukum republik Indonesia, syariat Islam berdasarkan Al-Qur’an dan Hadist dapat dijadikan peraturan perundang-undangan Indonesia sehingga orang Islam mempunyai sistem syariat yang sesuai dengan kondisi Indonesia.³ Pancasila adalah sumber hukum dari Hukum Nasional Indonesia. Dalam Hukum Nasional Indonesia yang berdasarkan Pancasila, berlaku hukum agama dan toleransi antar-umat beragama dalam bermasyarakat, berbangsa dan bernegara menyangkut keyakinan agama, ibadah agama dan hukum agama. Sila pertama Pancasila, sebagaimana tercantum dalam alinea keempat pembukaan UUD NRI 1945 dan Pasal 29 ayat (1), menunjukkan bahwa undang-undang dasar negara Republik Indonesia meletakkan “ketuhanan yang maha esa” sebagai hukum dasar yang dijunjung tinggi dan dijadikan pedoman dalam bernegara. Pancasila sebagai falsafah negara, dasar negara, dan hukum dasar mendudukkan agama dan hukum agama pada kedudukan fundamental. Karenanya, unifikasi hukum dalam hukum nasional hanya dapat diwujudkan dalam bidang-bidang tertentu, dan agama

²Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum, Suatu Studi Tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992, hlm. 39-44.

³Muhammad Hatta, *Memoir*, Tintamas, Jakarta, 1982, hlm. 460.

tidak memberikan ajaran, atau kekuatan sendiri. Menurut Pasal II aturan peralihan UUD NRI 1945, sistem hukum nasional yang berlaku sekarang ini berasal dari beberapa sistem hukum, yaitu: 1) Hukum Islam; 2) Hukum produk kolonial; 3) Hukum adat; dan 4) Hukum produk legislasi nasional.⁴

Adanya keragaman hukum, keragaman keyakinan (penundukan hukum sesuai agama), dan keragaman golongan masyarakat Indonesia, maka diberlakukan norma hukum yang dapat berlaku bagi seluruh masyarakat karena adanya ketiga hal tersebut. Namun sistem diferensiasi masih digunakan untuk hukum nasional karena adanya pluralitas agama yang dianut. Ketentuan perundang-undangan yang membenarkan sistem diferensiasi adalah:

- a. Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974, menyatakan bahwa: perkawinan berlaku sah jika dilakukan menurut kepercayaan agama masing-masing.
- b. Pasal 49 ayat (3) Undang-Undang No. 5 tahun 1960, menyatakan bahwa: badan-badan agama diakui haknya, hal-hal mengenai wakaf dalam Hukum Islam diakui, dan diatur oleh peraturan pemerintah
- c. Peraturan Pemerintah No. 28 tahun 1977, merupakan Peraturan Pemerintah yang mengatur mengenai wakaf.
- d. Undang-Undang No. 7 tahun 1989 tentang peradilan agama dibuat untuk golongan masyarakat tertentu, yaitu Islam. Dilihat dari Undang-Undang ini, golongan warga negara Indonesia berdiri sendiri: 1) Golongan Islam; 2) Golongan Non-Islam; 3) Bab I ketentuan umum, Pasal 1 butir 13 Undang-Undang No. 10 tahun 1998, menjelaskan tentang pengertian prinsip syariah dalam dunia perbankan, yaitu perjanjian berdasarkan Hukum Islam antara bank dengan pihak lain dalam aktivitas perbankan.

Sistem hukum nasional tidak diatur mengenai hukum perikatan secara Nasional, hukum perikatan Islam dapat berlaku atas dasar pengakuan secara diferensiasi ataupun melalui pilihan hukum atas kehendak para pihak pada saat bertransaksi sebagaimana diatur dalam

⁴Ismail Suny, *"Kedudukan Hukum Islam Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia"* Dalam *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996), hlm. 133-134.

Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa.

Kedudukan Hukum Islam (termasuk di dalamnya hukum perikatan islam) setelah Indonesia merdeka sudah lebih kokoh, tanpa di kaitkan dengan hukum adat. Hal ini dapat kita lihat dari pembinaan hukum yang berprinsip sebagai berikut:

- a. Hukum Islam yang disebut dan ditentukan oleh peraturan perundang-undangan dapat berlaku langsung tanpa harus melalui hukum adat.
- b. Republik indonesia wajib mengatur suatu masalah sesuai dengan Hukum Islam sepanjang hukum itu hanya berlaku bagi pemeluk agama islam.
- c. Kedudukan Hukum Islam dalam sistem hukum indonesia sama dan sederajat dengan hukum adat dan hukum barat.
- d. Hukum Islam juga menjadi sumber pembentukan hukum Nasional di samping hukum adat, hukum barat, dan hukum lainnya yang hukum dan berkembang dalam negara Republik Indonesia.



BAB 2

HUKUM PERIKATAN DALAM KUH PERDATA

A. Pengertian Perikatan

Buku III KUH Perdata berjudul “Perihal Perikatan”, kata perikatan mempunyai arti yang lebih luas dari perkataan “Perjanjian”. Adapun yang dimaksud dengan perikatan ialah suatu hubungan hukum (mengenai kekayaan harta benda) antara dua orang, yang memberikan hak pada yang satu untuk menuntut barang sesuatu dari yang lainnya, sedangkan orang yang lainnya ini diwajibkan memenuhi tuntutan itu.¹

Pengertian perikatan adalah “suatu hubungan hukum antara sejumlah subjek-subjek hukum; sehubungan dengan itu, seorang atau beberapa orang daripadanya mengikatkan dirinya untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu terhadap pihak lain”.² Unsur-unsur perikatan berdasarkan defenisi di atas, yakni:

1. Adanya hubungan hukum. Hubungan hukum adalah suatu hubungan yang diatur dan diakui oleh hukum. Hubungan yang diatur oleh hukum biasa disebut dengan perikatan yang lahir karena undang-undang. Misalnya terikatnya orang tua untuk mendidik dan memelihara anak-anaknya. Sementara itu, hubungan yang diakui

¹Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, PT Intermasa, Jakarta, 2001, hlm. 123.

²Asyhadie Zaeni, *Hukum Bisnis*, Rajagrafindo, Jakarta, 2008, hlm. 22

oleh hukum biasa disebut dengan perikatan karena perjanjian. Dikatakan demikian karena hubungan hukum itu telah dibuat oleh para pihak (subjek hukum) sedemikian rupa sehingga mengikat kedua belah pihak dan berlaku sebagai undang-undang (hukum).

2. Antara seseorang dengan satu atau beberapa orang. Maksudnya adalah perikatan itu bisa berlaku terhadap seseorang atau dengan satu atau beberapa orang, yang dalam hal ini adalah para subjek hukum atau para penyandang hak dan kewajiban yang diberikan oleh hukum.
3. Melakukan atau tidak melakukan dan memberikan sesuatu. Melakukan atau tidak melakukan sesuatu dan memberikan sesuatu didalam perikatan disebut dengan prestasi, atau objek dari perikatan. Subjek hukum dalam melakukan perjanjian bebas menentukan isi dari perjanjian.

Pitlo mengatakan bahwa perikatan adalah suatu hubungan hukum yang bersifat harta kekayaan antara dua orang atau lebih, atas dasar mana pihak yang satu berhak (kreditor) dan pihak lain berkewajiban (debitur) atas sesuatu prestasi. “Perikatan adalah suatu hubungan hukum yang artinya hubungan yang diatur dan diakui oleh hukum”³. Menurut Subekti, perikatan adalah suatu hubungan hukum dalam lapangan hukum kekayaan antara dua orang/lebih atau dua pihak, yang mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu.⁴ Dari pengertian tersebut, dapat disimpulkan bahwa para pihak (subjek) dalam hukum perikatan ada 2 (dua), yaitu:

1. Pihak yang berhak atas sesuatu, disebut Kreditor.
2. Pihak yang berkewajiban melaksanakan sesuatu, disebut Debitur.

Hubungan Kreditor-Debitur ini pada umumnya pihak debitur tidak hanya berkewajiban memenuhi prestasi (*schuld*), tetapi juga harus mempunyai jaminan (*haftung*) berdasarkan Pasal 1131 dan 1132 KUHPerdata atas pelaksanaan kewajiban tersebut. Dengan demikian, *schuld* dan *haftung* selalu ada pada pihak Debitur. Sehingga konsekuensi

³R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Bandung, 1999, hlm. 2-3.

⁴Subekti, *Op.Cit*, hlm. 1.

dari hal ini maka *actio Pauliana* (Pasal 1341 KUHPerdata) ada pada pihak kreditor. Namun demikian ada pengecualian-pengecualian, misalnya:⁵

1. *Schuld* tanpa *haftung*

Dalam hal ini debitur mempunyai kewajiban untuk memenuhi prestasi, tetapi tidak bertanggung jawab atas pemenuhan tersebut. Misalnya dalam perikatan alam (*Natuurlijkke Verbintenis*-Pasal 1359 (2) KUHPerdata). Contohnya, utang judi atau taruhan. Pasal 1788 KUHPerdata atau sisa utang seseorang pailit setelah dilakukan pembayaran menurut perdamaian.

2. *Schuld* dengan *haftung* terbatas

Misalnya dalam pewarisan, ahli waris yang menerima warisan secara benefisier hanya berkewajiban membayar utang-utang yang ditinggalkan pewaris terbatas seharga harta kekayaan yang ditinggalkan.

3. *Haftung* dengan *schuld* pada orang lain

Misalnya dalam perjanjian penanggungan, penanggung memberikan jaminan barangnya untuk dipakai sebagai jaminan oleh debitur terhadap kreditor. Dalam hal ini penanggung tersebut tidak mempunyai kewajiban memenuhi prestasi (yang mempunyai kewajiban ialah debitur) namun bertanggung jawab atas pemenuhan prestasi.

Dalam Pasal 1233 KUH Perdata mengatakan bahwa tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan atau karena Undang-Undang. Di sini pembuat Undang-Undang membuat perbedaan perikatan berdasarkan asal atau sumbernya. Dari ketentuan tersebut kita ketahui, bahwa sumber perikatan adalah perjanjian dan Undang-Undang.⁶ Mengenai sumber-sumber perikatan, dalam Undang-Undang diterangkan bahwa suatu perikatan dapat lahir dari suatu persetujuan (perjanjian) atau dari Undang-Undang. Perikatan yang lahir dari Undang-Undang dapat dibagi lagi atas perikatan-perikatan yang lahir dari Undang-Undang saja dan yang lahir dari Undang-Undang karena suatu perbuatan orang. Perikatan yang lahir dari Undang-Undang karena

⁵R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Bandung, 1999, hlm. 7.

⁶J. Satrio, *Hukum Perikatan: Perikatan Pada Umumnya*, Alumni, Bandung, 1999, hlm. 38.

suatu perbuatan orang, dapat dibagi lagi atas perikatan-perikatan yang lahir dari suatu perbuatan yang diperbolehkan dan yang lahir dari perbuatan yang berlawanan dengan hukum.⁷

Perikatan adalah suatu hubungan antara dua orang atau lebih di mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu dari pihak-pihak yang lain dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan tersebut. Sumber perikatan ada dua yakni:

1. Yang lahir karena perjanjian adalah perikatan yang dikehendaki oleh kedua pihak (lahir karena adanya sepakat), misalnya sewa menyewa gedung.
2. Yang lahir karena Undang-Undang adalah perjanjian yang sudah ditentukan dalam Undang-Undang yang dapat dituntut bila dilanggar, misalnya hubungan antara orang tua dengan anak dan hubungan antara suami dan istri. Perikatan yang lahir karena Undang-Undang dapat dibedakan menurut Pasal 1352 KUH Perdata, yaitu:
 - a. Yang lahir karena Undang-Undang saja (semata-mata ditentukan dalam Undang-Undang).
 - b. Karena perbuatan orang, yang terdiri atas perbuatan menurut hukum dan perbuatan melawan hukum.⁸

Objek perikatan ialah prestasi. Prestasi ialah isi perjanjian, atau kewajiban yang harus dipenuhi oleh debitur dalam setiap perikatan/perjanjian. Jika pihak debitur tidak melaksanakan kewajibannya, maka ia dikatakan dalam keadaan wanprestasi. Menurut Pasal 1234 KUHPerdata, ada tiga macam prestasi itu, yaitu:

1. Memberikan sesuatu
Memberikan sesuatu (Pasal 1235 KUHPerdata), maksudnya adalah menyerahkan sesuatu barang, seperti dalam perjanjian jual beli, sewa menyewa, tukar menukar, dan lain-lain.
2. Berbuat sesuatu
Berbuat sesuatu (Pasal 1239 KUHPerdata), misalnya melaksanakan suatu perbuatan tertentu, membangun rumah atau membangun jalan, seperti dalam perjanjian pemborongan atau perjanjian kerja.

⁷R. Setiawan, *Op.Cit.*, hlm. 124.

⁸Mona Minarosa, *Diktat Kuliah Hukum Kontrak*, Unbor Pres, Jakarta, 2012, hlm. 7.

3. Tidak berbuat sesuatu

Tidak berbuat sesuatu (Pasal 1242 KUHPerdata), artinya tidak melakukan suatu pekerjaan tertentu, misalnya tidak membangun tembok yang tinggi, yang dapat mengganggu (menghalangi) pemandangan tetangga, dan lain-lain.

Menurut Pasal 1233 KUHPerdata: Perikatan lahir karena suatu perjanjian atau karena undang-undangan. Perikatan yang timbul karena undang-undang selanjutnya dibagi lagi atas perikatan yang timbul semata-mata karena undang-undang dan perikatan yang timbul dari undang-undang karena perbuatan manusia. Kemudian perikatan yang timbul dari undang-undang karena perbuatan manusia dibagi lagi atas perbuatan menurut hukum dan perbuatan melawan hukum.

Para ahli hukum umumnya sependapat bahwa sumber perikatan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1233 KUHPerdata kurang lengkap. Karena di luar Pasal 1233 KUHPerdata, masih ada sumber perikatan, yaitu doktrin, hukum yang tidak tertulis dan keputusan hakim.⁹

B. Macam-macam Perikatan

Berdasarkan Pasal 1233 KUH Perdata dapat diketahui bahwa perikatan di bagi menjadi dua golongan besar yaitu:

1. Perikatan perikatan yang bersumber pada persetujuan (perjanjian).
2. Perikatan prikatan yang bersumber pada undang-undang.

Menurut Pasal 1353 KUH Perdata perikatan tersebut diatas dapat dibagi lagi menjadi dua macam atau dua golongan yaitu sebagai berikut:

1. Perikatan perikatan yang bersumber pada undang-undng berdasarkan perbuatan seseorang yang tidak melanggar hukum. Misalnya sebagai mana yang di atur dalam Pasal 1359 KUH Perdata yaitu tentang mengurus kepentingan orang lain secara sukarela dan seperti yang di atur dalam Pasal 1359 KUH Perdata tentang pembayaran yang tidak diwajibkan.
2. Perikatan perikatan yang bersumber pada undang-undang berdasarkan perbuatan seseorang yang melanggar hukum. hal ini diatur didalam Pasal 1365 KUH Perdata.

⁹Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 9.

Pada umumnya tidak seorang pun dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkan suatu janji, selain untuk dirinya sendiri. Bentuk perikatan yang paling sederhana ialah suatu perikatan yang masing-masing pihak hanya ada satu orang dan satu prestasi yang seketika juga dapat ditagih pembayarannya. Di samping bentuk yang paling sederhana itu, terdapat berbagai macam perikatan, yaitu:

- a. Perikatan bersyarat
- b. Perikatan yang digantungkan pada suatu ketetapan waktu
- c. Perikatan yang membolehkan memilih
- d. Perikatan tanggung-menanggung
- e. Perikatan yang dapat dibagi dan yang tidak dapat dibagi
- f. Perikatan dengan penetapan hukuman.¹⁰

Jenis-jenis perikatan menurut Setiawan, dapat dibedakan menurut:

- a. Isi daripada prestasinya
 - 1) Perikatan positif dan negatif
Perikatan positif adalah perikatan yang prestasinya berupa perbuatan nyata, misalnya member atau berbuat sesuatu. Sedangkan pada perikatan negatif prestasinya berupa tidak berbuat sesuatu.
 - 2) Perikatan sepintas lalu dan berkelanjutan
Adakalanya untuk pemenuhan perikatan cukup hanya dilakukan dengan satu perbuatan saja dan dalam waktu yang singkat sehingga tujuan perikatan telah tercapai, misalnya perikatan untuk menyerahkan barang yang dijual dan membayar harganya. Perikatan-perikatan semacam ini disebut perikatan sepintas lalu. Sedangkan perikatan di mana prestasinya bersifat terus menerus dalam jangka waktu tertentu dinamakan perikatan berkelanjutan, misalnya perikatan-perikatan yang timbul dari persetujuan sewa menyewa atau persetujuan kerja.
 - 3) Perikatan alternatif
Perikatan alternatif adalah suatu perikatan di mana debitur berkewajiban melaksanakan satu dari dua atau lebih prestasi

¹⁰J. Satrio, *Op.Cit.*, hlm. 128-131.

yang dipilih baik menurut pilihan debitur, kreditor atau pihak ketiga dengan pengertian bahwa pelaksanaan daripada salah satu prestasi mengakhiri perikatan.

4) Perikatan fakultatif

Suatu perikatan fakultatif adalah suatu perikatan yang objeknya hanya berupa satu prestasi di mana debitur dapat menggantikan dengan prestasi yang lain. Jika pada perikatan fakultatif karena keadaan memaksa prestasi primairnya tidak lagi merupakan objek perikatan, maka perikatannya menjadi hapus.

5) Perikatan generik dan spesifik

Perikatan generik adalah perikatan di mana objeknya ditentukan menurut jenis dan jumlahnya, sedangkan perikatan spesifik adalah perikatan yang objeknya ditentukan secara terperinci.

6) Perikatan yang dapat dibagi dan yang tidak dapat dibagi

Pasal 1299 KUH Perdata menentukan bahwa jika hanya satu debitur atau satu kreditor prestasinya harus dilaksanakan sekaligus walaupun prestasinya dapat dibagi-bagi.

b. Subjek-subjeknya

1) Perikatan *solider* atau tanggung renteng

Suatu perikatan tanggung renteng jika berdasarkan kehendak para pihak atau ketentuan Undang-Undang bahwa setiap kreditor dari dua atau lebih kreditor-kreditor dapat menuntut keseluruhan prestasi dari debitur, dengan pengertian pemenuhan terhadap seorang kreditor membebaskan debitur dari kreditor-kreditor lainnya (tanggung renteng aktif) dan setiap debitur dari dua atau lebih debitur-debitur berkewajiban terhadap kreditor atas keseluruhan prestasi. Dengan dipenuhinya prestasi oleh salah seorang debitur akan membebaskan debitur-debitur lainnya (tanggung renteng pasif).

2) Perikatan *principle* atau *accesoire*

Apabila seorang debitur atau lebih terikat sedemikian rupa sehingga perikatan yang satu sampai batas tertentu tergantung

kepada perikatan yang lain, maka perikatan yang pertama disebut perikatan *principe* (pokok) sedangkan yang lainnya perikatan *accessoire*, misalnya perikatan utang dan *borg*.

c. Mulai berlaku dan berakhirnya perikatan

1) Perikatan bersyarat

Suatu perikatan adalah bersyarat jika berlakunya atau hapusnya perikatan tersebut berdasarkan persetujuan tergantung kepada terjadi atau tidaknya suatu peristiwa yang akan datang yang belum tentu terjadi. Dalam menentukan apakah syarat tersebut pasti terjadi atau tidak harus didasarkan kepada pengalaman manusia pada umumnya.

2) Perikatan dengan ketentuan waktu

Perikatan dengan ketentuan waktu adalah perikatan yang berlaku atau hapusnya digantungkan kepada waktu atau peristiwa tertentu yang akan terjadi dan pasti terjadi.¹¹

C. Hapusnya Perikatan

Tentang hapusnya perikatan yang mengakibatkan berakhirnya perjanjian diatur dalam Buku III KUH Perdata. Hapusnya persetujuan berarti menghapuskan semua pernyataan kehendak yang telah dituangkan dalam persetujuan dengan sendirinya menghapus seluruh perikatan tetapi belum tentu dengan hapusnya perjanjian akan menghapus persetujuan hanya saja persetujuan itu tidak mempunyai kekuatan pelaksanaan, sebab ini berarti bahwa pelaksanaan persetujuan telah dipenuhi debitur. Adapun cara-cara penghapusan perikatan diatur dalam Pasal 1381 KUH Perdata, yaitu:

a. Pembayaran (Pelaksanaan Prestasi dalam Perjanjian)

Pembayaran disini adalah pembayaran dalam arti luas, tidak saja pembayaran berupa uang, juga penyerahan barang yang dijual oleh penjual. Pembayaran itu sah apabila pemilik berkuasa memindahkannya. Pembayaran harus dilakukan kepada si berpiutang atau kepada seseorang yang dikuasakan untuk menerima. Tiap-tiap perikatan dapat dipenuhi oleh siapa saja yang berkepentingan seperti seorang yang turut berutang atau seorang

¹¹R. Setiawan, *Op.Cit.*, hlm. 34-57.

penanggung hutang. Suatu perikatan bahkan dapat dipenuhi juga oleh seorang pihak ketiga yang tidak mempunyai kepentingan, asal saja pihak ketiga itu bertindak atas nama dan untuk melunasi utangnya si berhutang atau bertindak atas namanya sendiri asal ia tidak menggantikan hak-hak si berpiutang. Mariam Darus Badruzaman mengatakan yang dimaksud dengan “pembayaran” oleh hukum perikatan bukanlah sebagaimana ditafsirkan dalam bahasa pergaulan sehari-hari, yaitu pembayaran sejumlah uang tetapi setiap tindakan pemenuhan prestasi walau bagaimanapun sifat dari prestasi itu. Penyerahan barang oleh penjual, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu adalah merupakan pemenuhan prestasi atau tegasnya adalah “pembayaran”.¹² Pembayaran kepada orang yang tidak berkuasa menerima adalah sah apabila kreditor telah menyetujuinya atau nyata-nyata telah memperoleh manfaat karenanya (Pasal 1384, Pasal 1385, Pasal 1386 KUH Perdata). Pembayaran harus dilakukan di tempat yang telah ditentukan dalam perjanjian, dan jika tidak ditetapkan dalam perjanjian maka pembayaran dilakukan di tempat barang itu berada atau di tempat tinggal kreditor atau juga di tempat tinggal debitur. Jika objek perjanjian adalah sejumlah uang maka perikatan berakhir dengan pembayaran uang jika objeknya benda maka perikatan berakhir setelah adanya penyerahan benda.

b. *Subrogasi* (Penggantian Kreditor atau Pihak Yang Mempunyai Hak Menerima Prestasi)

Dalam Pasal 1400 KUH Perdata, yang dimaksud dengan *subrogasi* yaitu kedudukan kreditor (atau pihak yang mempunyai hak menerima prestasi) oleh pihak ketiga karena pembayaran (pelaksanaan prestasi) yang dijanjikan dalam perjanjian atau ditetapkan oleh Undang-Undang.

c. *Konsinyasi* (Penawaran Pembayaran/Pelaksanaan Prestasi Tunai, diikuti dengan penyimpanan atau penitipan)

Konsinyasi adalah suatu penawaran pembayaran (pelaksanaan prestasi) tunai diikuti dengan penyimpanan atau penitipan yang dapat terjadi berdasarkan Pasal 1404 KUH Perdata, yaitu jika dalam perjanjian

¹²*Ibid.*, hlm. 157.

kreditor (pihak yang mempunyai hak menerima prestasi) tidak bersedia menerima prestasi yang wajib dilakukan oleh debitur (atau pihak yang mempunyai kewajiban melaksanakan prestasi dalam perjanjian).

Dalam pembayaran dapat terjadi konsinyasi apabila debitur telah melakukan penawaran pembayaran dengan perantaraan Notaris atau Jurusita, kemudian kreditor menolak penawaran tersebut. Atas penolakan kreditor kemudian debitur menitipkan pembayaran kepada Panitera Pengadilan Negeri untuk disimpan. Dengan adanya tindakan penawaran pembayaran tunai yang diikuti dengan penitipan debitur telah bebas dari pembayaran yang berakibat hukum hapusnya perikatan. Prosedur konsinyasi ini diatur dalam Pasal 1405 sampai dengan 1407 KUH Perdata.

Pasal 1404 KUH Perdata menegaskan adanya penitipan untuk membantu pihak-pihak yang berhutang, apabila si berpiutang menolak menerima pembayaran dengan melakukan penitipan uang atau barang si Panitera Pengadilan. Dalam Pasal 1381 KUH Perdata menyatakan bahwa salah satu cara menghapuskan perjanjian ialah dengan tindakan penawaran pembayaran tunai yang diikuti dengan konsinyasi. Penawaran pembayaran tunai yang diikuti dengan penitipan hanya mungkin terjadi dalam perjanjian yang berbentuk: 1) pembayaran sejumlah uang; dan 2) penyerahan sesuatu benda bergerak.

Marhainis Abdulhay, mengatakan dengan dilakukannya penitipan di Panitera Pengadilan itu maka akan membebaskan si berutang dari perikatan dan berlakulah baginya sebagai pembayaran, asal penawaran itu telah dilakukan dengan cara menurut Undang-Undang dan uang atau barang yang dititipkan di Panitera Pengadilan tetap akan menjadi tanggungan si berpiutang.¹³ Akibat hukum konsinyasi ialah debitur sudah dianggap melakukan kewajibannya untuk berprestasi. Sesudah tanggal itu ia bebas dan pembayaran bunga.

a. Novasi (Pembaruan Utang atau Pembaruan Prestasi dalam Perjanjian)

Novasi adalah suatu perikatan yang bersumber dari kontrak baru yang mengakhiri atau menghapuskan perikatan yang bersumber dari perjanjian lama dan pada saat yang bersamaan

¹³Marhainis Abdulhay, *Hukum Perdata Material: Jilid II*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1984, hlm. 76.

menimbulkan perikatan baru yang bersumber dari perjanjian baru yang menggantikan perikatan yang bersumber dari perjanjian lama tersebut (Pasal 1413 KUH Perdata). Pembaharuan hutang lahir atas dasar persetujuan di mana para pihak untuk membuat persetujuan dengan jalan menghapuskan perjanjian lama menjadi perjanjian baru. Dalam Pasal 1381 KUH Perdata yang menegaskan bahwa novasi merupakan salah satu cara penghapusan perjanjian. Menurut Pasal 1413 KUH Perdata ada 3 (tiga) macam jalan untuk melaksanakan suatu pembayaran utang atau novasi, yaitu:

1. Apabila seorang yang berutang membuat suatu perikatan-utang baru guna orang menghutangkan kepadanya, maka yang menggantikan utang yang lama dihapuskan karenanya disebut novasi objektif.
2. Apabila seorang berutang baru ditunjuk untuk menggantikan orang yang berutang lama, yang oleh si berpiutang dibebaskan dari perikatan dinamakan dengan novasi subjektif
3. Apabila sebagai akibat dari suatu perjanjian baru seorang kreditor baru ditunjuk untuk menggantikan kreditor yang lama, maka terhadap siapa si berutang dibebaskan dari perikatan ini disebut dengan novasi subjektif aktif.

Dalam Pasal 1414 KUH Perdata diterangkan bahwa pembaharuan hutang hanya dapat terlaksana antara orang yang cakap untuk mengadakan perikatan dan dalam Pasal 1415 KUH Perdata ditegaskan bahwa pembaharuan hutang yang dipersangkakan kehendak seseorang untuk mengadakannya harus dengan tegas ternyata dalam perbuatannya.

b. Kompensasi (Perjumpaan Hutang atau Perjumpaan Prestasi)

Perjumpaan hutang sering disebut dengan perhitungan hutang (*compensation*). Ini adalah suatu cara penghapusan utang dengan jalan memperhitungkan utang piutang secara timbal balik antara kreditor dan debitur (hal ini diatur dalam Pasal 1424 KUH Perdata). Salah satu fungsi lain dari kompensasi adalah untuk memberikan kepastian pembayaran dalam keadaan pailit. Untuk terjadinya kompensasi Undang-Undang menentukan oleh Pasal 1427 KUH Perdata, yaitu utang tersebut:

1. Kedua-duanya berpokok sejumlah uang;
2. Berpokok sejumlah barang yang dapat dihabiskan. Yang dimaksud dengan barang yang dapat dihabiskan ialah barang yang dapat diganti.
3. Kedua-duanya dapat ditetapkan dan dapat ditagih seketika.

Menurut ketentuan Pasal 1462 KUH Perdata perjumpaan hutang ini terjadi demi hukum, bahkan tanpa sepengetahuan orang yang berhutang, sehingga dalam hal ini tidak perlu menuntut dan tidak perlu bantuan pihak ketiga. Setiap hutang ataupun sebabnya dapat diperjumpakan kecuali dalam 3 (tiga) hal yang disebabkan dalam Pasal 1429 KUH Perdata, yaitu:

1. Apabila dituntut pengembalian suatu barang yang secara berlawanan dengan hukum dirampas dari pemiliknya;
2. Apabila dituntut pengembalian barang sesuatu yang ditiptkan atau dipinjamkan;
3. Terhadap suatu barang yang bersumber pada tunjangan nafkah yang telah dinyatakan tidak dapat disita.

Seseorang telah membayar suatu hutang yang telah dihapuskan demi hukum karena perjumpaan, pada waktu menagih suatu piutang yang tidak telah diperjumpakan tidak lagi dapat menggunakan hak-hak istimewa dan hipotik-hipotik yang melekat pada piutang ini untuk kerugian orang pihak ketiga, kecuali jika ada suatu alasan yang satu yang menyebabkan si berhutang tidak tahu tentang adanya piutang tersebut, yang seharusnya dijumpakan dengan utangnya (Pasal 1435 KUH Perdata). Selain ketentuan ini tersebut yurisprudensi juga menetapkan bahwa perjumpaan hutang berikut ini tidak dimungkinkan yakni hutang-hutang negara berupa pajak dan hutang-hutang yang timbul dari perikatan yang wajar.

- c. Percampuran Hutang (Peleburan Kedudukan Hukum Pihak yang Membuat Kontrak)

Menurut Pasal 1436 KUH Perdata, percampuran hutang itu terjadi apabila kedudukan kreditor dan debitur menjadi satu, yang berarti berada di tangan satu orang yang terjadi demi hukum atau secara otomatis, sehingga hutang-piutang akan lenyap. Pasal 1437 KUH Perdata menentukan bahwa percampuran hutang yang terjadi pada debitur utama berlaku juga untuk kepentingan penjamin hutang,

tetapi percampuran yang terjadi pada seseorang penjamin hutang tidak sekali-kali mengakibatkan hapusnya hutang pokok.

Mariam Darus Badruzaman menyatakan percampuran hutang adalah “Percampuran kedudukan (kualitas) dari partai-partai yang mengadakan perjanjian sehingga kualitas sebagai debitur menjadi satu dengan kualitas dari debitur. Dalam hal ini demi hukum hapuslah perikatan yang semula ada diantara kedua belah pihak.”¹⁴ Hal-hal yang menyebabkan terjadinya percampuran hutang adalah perkawinan dengan percampuran harta antara si berpiutang dengan si berhutang, dan pencampuran hutang terjadi apabila si berhutang menggantikan hak si berpiutang karena warisan.

d. Pembebasan Hutang (Penghapusan Hutang)

Pembebasan hutang (pelepasan hak menuntut prestasi dalam perjanjian) adalah perbuatan hukum yang dilakukan kreditor (atau pihak yang mempunyai hak menerima prestasi) dengan menyatakan secara tegas bahwa dia tidak lagi menuntut pembayaran hutang (melepas hak menuntut prestasi dalam perjanjian kepada pihak yang mempunyai kewajiban melaksanakan prestasi). Pembebasan hutang atau penghapusan hutang terjadi bila dengan tegas menyatakan tidak menghendaki lagi prestasi dan debitur serta melepaskan hak atas pembayaran. Hal yang dibutuhkan adalah adanya kehendak kreditor disertai “menggugurkan” perjanjian itu sendiri yang dapat dikategorikan sebagai penghapusan hutang bila pembebasan itu merupakan penghapusan atau pelepasan hak kreditor terhadap debitur.

Menurut ketentuan Pasal 1438 KUH Perdata pembebasan tidak boleh berdasarkan persangkaan melainkan harus dibuktikan, misalnya pengembalian surat piutang dari kreditor kepada debitur secara sukarela (Pasal 1439 KUH Perdata). Pasal 1441 KUH Perdata menjelaskan bahwa pengembalian barang yang dijamin dalam gadai tidak cukup dijadikan persangkaan tentang pembebasan hutang. Jadi keinginan atau kehendak kreditor itu terwujud dalam suatu tindakan. Akibat hukum penghapusan hutang ini tidak ada diatur Undang-Undang secara khusus, tetapi dengan pembebasan ini perikatan akan menjadi lenyap atau hapus.

¹⁴*Ibid*, hlm. 186.

e. Musnahnya Benda/Barang Yang Terhutang (Musnahnya Objek Perjanjian)

Pengertian musnahnya benda/barang yang terutang (musnahnya objek perjanjian) adalah benda atau barang yang menjadi objek hukum perjanjian musnah, hilang, atau tidak dapat lagi diperdagangkan, sehingga tidak diketahui keberadaannya (barang itu masih ada atau tidak). Berdasarkan Pasal 1444 KUH Perdata apabila barang tertentu yang menjadi objek perikatan itu musnah tidak dapat lagi diperdagangkan atau hilang diluar kesalahan debitur ini tersimpul usaha-usaha yang telah dilakukan debitur untuk mencegah hilang atau musnahnya barang objek perjanjian. Meskipun debitur lalai menyerahkan barang ia pun akan bebas dari perikatan itu, apabila ia dapat membuktikan bahwa hapusnya atau musnahnya barang disebabkan diluar kekuasaannya dan barang itu akan menemui nasib yang sama walaupun berada ditangan kreditor. Untuk mengatasi hal ini, masyarakat biasanya mengasuransikan perjanjian tersebut.

f. Kebatalan atau Pembatalan

Kebatalan atau pembatalan perjanjian pada dasarnya adalah suatu keadaan yang menimbulkan akibat suatu hubungan hukum perikatan yang bersumber dari perjanjian itu dianggap tidak pernah ada. Dengan pembatalan perjanjian, maka eksistensi kontrak atau perjanjian dengan sendirinya menjadi berakhir atau menghapus eksistensi kontrak atau perjanjian selalu dianggap berlaku surut sejak dibuatnya kontrak atau perjanjian oleh para pihak. Kebatalan dan pembatalan perjanjian atau kontrak yang menjadi sumber perikatan yang diatur dalam Pasal 1446 sampai 1456 KUH Perdata mempunyai keterkaitan sistematis dengan Pasal 1320 KUH Perdata yang memuat ketentuan *imperative* mengenai syarat-syarat sahnya suatu kontrak atau perjanjian.¹⁵

g. Berlakunya Syarat Batal dan Syarat Putus Terhadap Perikatan yang Bersumber dari Perjanjian

¹⁵Muhammad Syaifuddin, *Hukum Kontrak: Memahami Kontrak Dalam Perspektif Filsafat, Teori, Dogmatik, Dan Praktik Hukum (Seri Pengayaan Hukum Perikatan)*, Mandar Maju, Bandung, 2012, hlm. 434.

Berakhirnya atau hapusnya perikatan yang bersumber dari kontrak karena berlakunya suatu syarat batal atau syarat putus dapat dipahami dalam hubungannya dengan perikatan bersyarat sebagaimana diatur dalam Pasal 1235 KUH Perdata, yaitu suatu perikatan yang timbulnya atau berakhirnya digantungkan pada peristiwa yang akan datang dan peristiwa belum terjadi. Suatu perikatan yang timbulnya digantungkan pada terjadinya suatu peristiwa yang akan datang disebut "perikatan dengan syarat tangguh", sedangkan suatu perikatan yang sudah ada yang berakhirnya digantungkan pada terjadinya suatu peristiwa disebut "perikatan dengan syarat batal."¹⁶

h. Lampau Waktu (Daluwarsa)

Menurut Pasal 1946 KUH Perdata yang dinamakan daluarsa (lewat waktu) adalah suatu upaya untuk dibebaskan dari suatu perikatan dengan lewatnya suatu waktu tertentu dan atas syarat yang ditentukan oleh Undang-Undang. Daluarsa untuk memperoleh hak milik dinamakan daluarsa *acquisitif* dan daluarsa untuk membebaskan sesuatu tuntutan disebut daluarsa *ekstrinktif*. Dari sudut hukum lampau waktu diartikan sebagai sesuatu anggapan hukum, dengan lampaunya jangka waktu tertentu dianggap perjanjian telah hapus, sehingga debitur bebas dari kewajiban memenuhi perjanjian dan dianggap seseorang telah memperoleh hak milik atas sesuatu setelah jangka waktu tertentu lewat.

¹⁶*Ibid.*, hlm. 438.



BAB 3

HUKUM PERIKATAN SYARIAH

A. Istilah dan Konsep Perikatan dalam Hukum Islam

Hukum Perikatan Islam adalah bagian dari Hukum Islam bidang muamalah yang mengatur perilaku manusia di dalam menjalankan hubungan ekonominya. Tiap-tiap perikatan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu atau untuk tidak berbuat sesuatu.¹ Hukum perikatan Islam adalah seperangkat kaidah hukum yang bersumber dari Al-Qur'an, As-Sunnah (Al-Hadis) dan *Ar-Ra'yu* (Ijtihad) yang mengatur tentang hubungan antara dua orang atau lebih mengenai suatu benda yang dihentikan menjadi objek suatu transaksi.

Hukum Perikatan Islam lebih luas dari materi yang terdapat pada Hukum Perikatan Perdata Barat. Hal ini dapat dilihat dari keterkaitan antara hukum perikatan itu sendiri dengan Hukum Islam yang melingkupinya yang tidak semata-mata mengatur hubungan antara manusia dengan manusia saja, tapi juga hubungan antara manusia dengan sang pencipta (Allah Swt.) dan dengan alam lingkungannya.²

¹R. Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2003, hlm. 323.

²Gemala Dewi, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2006, hlm. 3.

Istilah perikatan juga memiliki kesamaan kata dalam bahasa arab, yaitu *iltizam* atau *'aqdun*. Perikatan itu berhubungan erat dengan perjanjian, tanggung jawab, kewajiban, dan amanah. Perikatan dalam hubungannya dengan kata-kata terkait di atas dapat didefinisikan bahwa perikatan adalah suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak di mana pihak yang satu berhak menuntut suatu hal dari pihak yang lain, sedang pihak yang lain tersebut berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu.³

Akad atau transaksi sendiri merupakan suatu perikatan antara ijab dan qabul dengan cara yang dibenarkan oleh syara' yang menetapkan adanya akibat-akibat hukum pada objeknya.⁴ Maksudnya adalah bahwa akad terjadi pada saat adanya pernyataan dari pihak pertama mengenai apa yang diinginkannya dan adanya pernyataan pihak kedua mengenai penerimaan terhadap apa yang diinginkan oleh pihak pertama. Kondisi inilah yang disebut dengan transaksi.

Istilah akad ini kemudian mengalami pembaruan dengan adanya istilah *iltizam* (perikatan) yang dalam Hukum Islam diartikan *terisinya dzimmah seseorang atau suatu pihak dengan suatu hak yang wajib ditunaikan kepada orang atau pihak lain*.⁵ Hukum perikatan semacam ini muncul untuk memberikan perlindungan terhadap manusia karena manusia adalah makhluk yang lemah yang mempunyai potensi untuk saling menguasai atau melampaui batas-batas hak orang lain.⁶

Dalam hukum Islam, perikatan disebut *iltizam*. Menurut istilah fiqh, perikatan (*iltizam*) ini didefinisikan sebagai: "Suatu tindakan yang meliputi: pemunculan, pemindahan, dan pelaksanaan hak." Definisi perikatan ini sejalan dengan pengertian akad (perjanjian) dalam arti umumnya selain juga tercakup kedalamnya pengerian *tasaruf* dan kehendak pribadi. Perikatan dapat muncul dari perseorangan (seperti

³Chairuman Pasaribu dan Suhrawardi K Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, hlm. 2.

⁴Ahmad Azhar Basjir, *Asas-Asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*, Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 1993, hlm. 42.

⁵Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah, Studi Tentang Teori Akad Dalam Fiqh Muamalah*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 49.

⁶Gemala Dewi, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2006, hlm. 4.

wakaf, wasiat, dan lain-lain.), maupun dari dua belah pihak (seperti jual-beli, ijarah, dan lain-lain).

Menurut Mustafa Ahmad al-Zarqa, perikatan dalam perspektif Undang-Undang Islam (*qanun*) didefinisikan sebagai: “Keadaan tertentu seseorang yang ditetapkan syari’ah untuk dilakukan atau tidak dilakukan demi mewujudkan kemaslahatan pihak lain.” Unsur-unsur pembentuk perikatan dalam perspektif fiqh adalah:

1. *Multazam Iah*, yaitu orang yang berhak atas suatu prestasi.
2. *Multazim*, yaitu orang yang berkewajiban memenuhi suatu prestasi.
3. *Mahal al-iltizam*, atau objek perikatan.
4. Perbuatan yang dituntut untuk mewujudkan perikatan.
5. *Iltizam* atau perikatan itu sendiri.

Sesuatu atau peristiwa yang menimbulkan terjadinya perikatan disebut sebagai sumber perikatan (*masdar al-iltizam*). Sumber-sumber perikatan tersebut dalam Hukum Islam adalah: akad, kehendak pribadi, perbuatan melawan hukum, perbuatan sesuai hukum, dan syari’ah. Macam-macam sumber perikatan tersebut pada hakikatnya dapat dikelompokkan menjadi tiga macam yaitu: akad, Undang-undang (*qanun*), dan kehendak perorangan.

B. Ruang Lingkup Hukum Perikatan Syariah

Ruang lingkup Hukum Perikatan Syariah, sama dengan ruang lingkup *fiqh muamalah* itu sendiri. Ruang lingkup *fiqh muamalah* terbagi dua, yaitu:

1. *Muamalah* yang bersifat adabiyah ialah ijab kabul, saling meridhai, tidak ada keterpaksaan dari salah satu pihak, hak dan kewajiban, kejujuran pedagang, penipuan, pemalsuan, penimbunan, dan segala sesuatu yang bersumber dari indra manusia yang ada kaitannya dengan peredaran harta dalam hidup bermasyarakat.
2. *Muamalah* yang bersifat madiyah yaitu mencakup segala aspek kegiatan ekonomi manusia, seperti *Ba’i*, *ar-Rhan*, *hiwalah*, *Ash-Shulhu* dan lain-lain.⁷

⁷Mardani, *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm. 49-50.

C. Asas-asas Hukum Perikatan Syariah di Indonesia

Asas-asas hukum perikatan syariah, adalah:

1. Asas Ilahiah

Setiap tingkah laku dan perbuatan manusia tidak akan luput dari ketentuan Allah Swt. Kegiatan muamalat, termasuk perbuatan perikatan, tidak akan pernah lepas dari nilai-nilai ketauhidan. Dengan demikian, manusia memiliki tanggung jawab akan hal ini. Tanggung jawab kepada masyarakat, tanggung jawab kepada pihak kedua, tanggungjawab kepada diri sendiri dan tanggungjawab kepada Allah Swt. Akibatnya manusia tidak akan berbuat sekendak hatinya, karena segala perbuatannya akan mendapatkan balasan dari Allah Swt.

2. Asas Kebebasan

Islam memberikan kebebasan kepada para pihak untuk melakukan suatu perikatan. Bentuk dan isi perikatan tersebut ditentukan oleh para pihak. Apabila telah disepakati bentuk dan isinya, maka perikatan itu mengikat para pihak yang menyepakatinya dan harus dilaksanakan segala hak dan kewajibannya. Namun kebebasan ini tidaklah absolut. Sepanjang tidak bertentangan dengan syariah islam, maka perikatan tersebut boleh dilaksanakan.

3. Asas Persamaan atau kesetaraan

Suatu perbuatan muamalah merupakan salah satu jalan untuk memenuhi kebutuhan manusia. Sering kali terjadi, bahwa seseorang memimiliki kelebihan dari yang lainnya. Seperti yang tercantum dalam QS. An-Nahl (16):71, bahwa “Dan Allah melebihkan sebagian kamu dari sebagian yang lain dalam hal rezeki.” Hal ini menunjukkan bahwa diantara sesama manusia masing-masing memiliki kelebihan dan kekurangan. Untuk itu, antara manusia satu dengan yang lain hendaknya saling melengkapi atas kekurangan yang lain dari kelebihan yang dimilikinya. Oleh karena itu, setiap manusia memiliki kesempatan yang sama untuk melakukan suatu perikatan. Dalam melakukan perikatan ini, para pihak menentukan hak dan kewajiban masing-masing didasarkan pada asas persamaan atau kesetaraan ini. Tidak boleh ada suatu kezaliman yang dilakukan dalam perikatan tersebut.

4. Asas Keadilan

Istilah keadilan tidaklah dapat disamakan dengan suatu persamaan. Menurut Yusuf Qardhawi, keadilan adalah seimbang antara berbagai potensi individu, baik moral ataupun materiil, antara individu dan masyarakat dan antara masyarakat satu dengan lainnya yang berlandaskan pada syariah islam. Dalam asas ini, para pihak yang melakukan perikatan dituntut untuk berlaku benar dalam pengungkapan kehendak dan keadaan, memenuhi perjanjian yang telah mereka buat dan memenuhi semua kewajibannya.

5. Asas Kerelaan

Dalam QS. An-Nisa (4): 29, dinyatakan bahwa segala transaksi yang dilakukan harus atas dasar suka sama suka atau kerelaan antara masing-masing pihak, tidak boleh ada tekanan, paksaan, penipuan.

6. Asas kejujuran dan kebenaran

Kejujuran merupakan hal yang harus dilakukan oleh manusia dalam segala bidang kehidupan, termasuk dalam pelaksanaan muamalat. Jika kejujuran ini tidak diterapkan dalam perikatan, maka akan merusak legalitas perikatan itu sendiri. Selain itu, jika terdapat ketidakjujuran dalam perikatan, akan menimbulkan perselisihan di antara para pihak. Perbuatan muamalat dapat dikatakan benar apabila memiliki manfaat bagi para pihak yang melakukan perikatan dan juga bagi masyarakat dan lingkungannya. Sedangkan perbuatan muamalat yang mendatangkan madharat adalah dilarang.

7. Asas Tertulis

Dalam QS. Al-Baqarah (2): 282-283, disebutkan bahwa Allah Swt. menganjurkan kepada manusia hendaknya suatu perikatan dilakukan secara tertulis, dihadiri oleh saksi-saksi, dan diberikan tanggung jawab individu yang melakukan perikatan dan yang menjadi saksi. Selain itu, dianjurkan pula bahwa apabila suatu perikatan dilaksanakan tidak secara tunai, maka dapat dipegang suatu benda sebagai jaminannya. Adanya tulisan, saksi, atau benda jaminan ini menjadi alat bukti atas terjadinya perikatan tersebut.⁸

⁸Ibid, hlm. 30-37.

D. Sumber Hukum Perikatan Syariah

Menurut Anwar, dalam Hukum Islam sumber-sumber perikatan dapat disebut sebab-sebab perikatan.⁹ Adapun sumber-sumber perikatan dalam Islam menurut Azaqa' sebagaimana dinukil oleh Anwar itu ada lima, yaitu: 1) akad (*al 'aqd*); 2) kehendak sepihak (*al iradah al munfaridah*); 3) perbuatan merugikan (*al fi'l adh dharr*); 4) perbuatan bermanfaat (*al fi'l an-nafi'*); dan 5) syara'¹⁰ Ketentuan syara' juga bisa menimbulkan perikatan seperti ikatan pernikahan, atau antara orang dan anak. Hal ini sudah ditegaskan baik oleh agama Islam dalam teks-teks Quran dan Hadist maupun dalam KHI sebagai landasan hukum perikatan. Sedangkan landasan hukum perikatan ada tiga, yaitu:

1. Al-Qur'an (QS. Al Baqarah (2): 188; QS. Al Baqarah (2): 275; QS. Al Baqarah (2): 282; QS. Al Baqarah (2): 283; QS. AnNisa (4): 29; QS. Al Maidah (5): 1; QS. Al Maidah (5): 2; QS. Al Jumu'ah (62): 9; QS. Al Muthaffifin (83): 1-6).
2. Hadits (yang sesuai dengan sumber pertama), yaitu:
 - a. HR Abu Daud dan Hakim: *Allah Swt. telah berfirman (dalam adith qudsinya), Aku adalah yang ketiga dari dua orang yang berserikat selama salah seorang diantaranya tidak berkhianat terhadap temannya. Apabila salah seorang di antara keduanya berkhianat, maka Aku keluar dari perserikatan keduanya.'*
 - b. Hadist Nabi Muhammad SAW dari Abu Huraira" *Janganlah di anatara kamu menjual sesuatu yang sudah dibeli oleh orang lain."*
 - c. HR Ahmad dan Baihaqi: *Orang yang mampu membayar hutang, haram atasnya melalaikan hutangnya. Maka apabila salah seorang di antara kamu memindahkan hutangnya kepada orang lain, pemindahan itu hendaklah diterima asal yang lain itu mampu membayar.*
 - d. HR Bukhari dan Muslim: *Siapa saja yang melakukan jual beli salam, maka lakukanlah dalam ukuran tertentu, timbangan dan waktu tertentu.*
 - e. HR Abu Ya'la, Ibnu Majah, Thabrani dan Tirmizi: *Berilah upah atau jasa kepada orang yang kamu pekerjaan sebelum kering keringatnya.*

⁹Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syari'ah: Studi Tentang Teori Akad Dalam Fikih Muamalat*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 60.

¹⁰*Ibid*, hlm. 60.

3. *Al-Ra'yu*

Al Ra'yu di sini dapat diartikan bahwa apabila ada ulama yang memfatwakan suatu hukum mengenai perikatan, maka pendapat ulama ini disebut dengan *ra'yu* yang bisa dijadikan sebagai landasan hukum bagi masyarakat. Fatwa ulama mengenai perikatan tersebut bisa berupa bersifat lokal maupun nasional. Sehingga fatwa tersebut bisa dijadikan rujukan bagi praktisi hukum maupun bisnis syari'ah.

Sumber Hukum Islam terdiri dari tiga sumber hukum, yaitu Al-Qur'an dan Hadis (sebagai dua sumber utama) serta *ar-ra'yu* atau akal pikiran manusia yang terhimpun dalam ijtihad.

1. Al-Qur'an

Sebagai salah satu sumber Hukum Islam utama yang pertama dalam hukum perikatan islam ini, sebagian besar Al-Qur'an hanya mengatur mengenai kaidah-kaidah umum. Hal tersebut antara lain dapat dilihat dari isi ayat-ayat Al-Qur'an sebagai berikut:

a. QS. Al-Baqarah (2):275

"... Padahal Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba..."

b. QS. An-Nisa (4):29

"Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama suka diantara kamu."

2. Al- Sunnah

Sunnah Rasulullah SAW merupakan sumber hukum kedua setelah Al-Qur'an. Sunnah Nabi dijadikan sebagai sumber hukum syariah karena apa yang dilakukan Rasulullah mengikuti tuntunan wahyu bukan hawa nafsu (QS. Al-Ahqaf 46:29) begitu pula dengan apa yang diucapkan beliau (QS. Al-Najm 53:3-4). Karena itu menurut Jumhur Ulama, kedudukan sunnah sama dengan hadits. Pengertian sunnah adalah segala sesuatu yang dinisbahkan kepada Nabi SAW baik berupa perkataan (*qaul*), perbuatan (*fi'il*) maupun pembiasaan (*taqrir*) yang berkaitan dengan penetapan hukum.

3. Ijma'

Ijma' merupakan kesepakatan Ulama mujtahid kaum Muslimin pada suatu masa setelah wafatnya Nabi Muhammad SAW atas hukum syara' mengenai suatu perkara amaliyah. Ketentuan ijma' memiliki dasar hukum didalam Al-Qur'an, misalnya terdapat pada (QS. An-Nisa' 4:59) (QS. Yunus 10:71) (QS. Ali-Imran 3:103). Begitu pula dalam hadits Nabi diantaranya ada yang menegaskan bahwa: "Umatku tidak akan sepakat untuk melakukan kesesatan, apabila kamu sekalian menemukan perbedaan pendapat, maka hendaklah kamu berada dalam kelompok mayoritas (Ulama)." (HR. Ibnu Majjah). Menurut Jumhur Ulama, kedudukan ijma' sahabat menempati dalil hukum setelah Al-Qur'an dan Sunnah. Melalui ijma', kalangan Ulama dapat menetapkan hukum yang bersifat mengikat dan harus dipatuhi. Ijma' dijadikan sebagai rujukan dalil selama dapat menunjukkan kearah sumber hukum syara'.

4. Qiyas Syar'i

Pengertian qiyas menurut bahasa berarti ukuran yang dijadikan sandaran. Sedangkan secara terminology, istilah qiyas dapat diartikan sebagai metode pengambilan hukum yang ditempu dengan cara menghubungkan ketetapan hukum syara' dengan peristiwa tertentu yang bersifat baru karena keduanya ada kesamaan illat hukum.¹¹ Batas kebolehan qiyas menurut para Ulama adalah selama tidak bertentangan dengan nash syariat. Keberadaan nash berfungsi sebagai dalil-dalil syara'. Karena qiyas menyandarkan suatu hukum asal pada dalil-dalil syara', maka disebut dengan qiyas syar'i. Dengan demikian, alasan para fuqaha menjadikan qiyas dan ijma' sebagai dalil-dalil syara' ialah karena keberadaannya selalu merujuk kepada Al-Qur'an dan Sunnah.¹²

¹¹Burhanudin S, *Hukum Kontrak Syariah*, BVFE, Yogyakarta, 2009, hlm.5-6.

¹²*Ibid.*, hlm. 38-44.

D. Subjek dan Objek Perikatan Syariah

1. Subjek Perikatan (*al-aqidain*)

a. Manusia

Manusia sebagai subjek hukum perikatan adalah pihak yang sudah dapat dibebani hukum yang disebut dengan mukallaf.

b. Badan Hukum

Badan hukum adalah badan yang dianggap dapat bertindak dalam hukum dan yang mempunyai hak-hak, kewajiban-kewajiban dan perhubungan hukum terhadap orang lain atau badan hukum.

2. Objek Perikatan (*mahallul akad*)

Mahallul akad adalah sesuatu yang dijadikan objek akad dan dikenakan padanya akibat hukum yang ditimbulkan. Bentuk objek akad dapat berupa benda berwujud, seperti mobil dan rumah, maupun benda tidak berwujud seperti manfaat. Syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam mahallul akad adalah sebagai berikut:

- a. Objek perikatan telah ada ketika akad dilangsungkan.
- b. Objek perikatan dibenarkan oleh syariah.
- c. Objek akad harus jelas dan dikenal.
- d. Objek dapat diserahkan terimakan.¹³

E. Macam-macam Hukum Perikatan Syariah

Perikatan syariah dapat diklasifikasikan menjadi empat macam:

1. **Perikatan Utang.** Objek dari perikatan ini adalah uang atau sejumlah benda yang *misli*. Sumber perikatan utang ada empat, yaitu: *pertama*, akad; *kedua*, kehendak sepihak yang objeknya sejumlah utang atau benda; *ketiga*, perbuatan melawan hukum; *keempat*, pembayaran tanpa sebab.
2. **Perikatan Benda.** Perikatan merupakan perikatan untuk menyerahkan sesuatu benda tertentu. Sumber perikatan ini adalah akad. Misalnya perjanjian jual beli.

¹³*Ibid*, hlm. 51-60.

3. **Perikatan Kerja/Melakukan Sesuatu.** Sumber perikatan ini adalah istishna dan ijarah. Akad istishna' adalah perjanjian untuk melakukan sesuatu melalui pemesanan. Sedang akad ijarah adalah perjanjian yang objeknya adalah manfaat atau jasa.
4. **Perikatan Menjamin.** Jenis perikatan ini objeknya adalah menanggung (menjamin) suatu perikatan. Misalnya si A menanggung si B untuk perikatan yang terjadi antara si A dan si B. perikatan ini bisa berupa perikatan utang, perikatan benda dan perikatan yang berupa penyerahan orang yang ditanggung dalam akad.¹⁴

¹⁴Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syari'ah: Studi Tentang Teori Akad Dalam Fikih Muamalat*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 50-59.



BAB 4

KONSEP PERJANJIAN DALAM KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA, ADAT DAN SYARIAH

A. Pengertian Perjanjian dan Akad Syariah

1. Pengertian Perjanjian Menurut KUH Perdata

Istilah perjanjian dalam hukum perjanjian merupakan kesepadanan dari istilah “*Overeenkomst*” dalam bahasa belanda atau “*Agreement*” dalam bahasa Inggris.¹ “Hukum perjanjian mempunyai cakupan yang lebih sempit dari istilah “Hukum Perikatan”. Jika dengan istilah “Hukum Perikatan” dimaksudkan untuk mencakup semua bentuk perikatan dalam buku ketiga KUH Perdata, jadi termasuk ikatan hukum yang berasal dari perjanjian dan ikatan hukum yang terbit dari Undang-Undang, maka dengan istilah hukum “Hukum Perjanjian” hanya dimaksudkan sebagai pengaturan tentang ikatan hukum yang terbit dari perjanjian saja”.² Definisi perjanjian telah diatur dalam KUH Perdata Pasal 1313, yaitu bahwa perjanjian atau persetujuan adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Kata persetujuan tersebut merupakan terjemahan dari perkataan *overeeekomst* dalam bahasa Belanda. Kata *overeeekomst* tersebut

¹Munir Fuady, *Hukum Kontrak: Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis, Buku Pertama*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 2.

²*Ibid*, hlm. 2.

lazim diterjemahkan juga dengan kata perjanjian, jadi persetujuan dalam Pasal 1313 KUH Perdata tersebut sama artinya dengan perjanjian.

Adapula yang berpendapat bahwa perjanjian tidak sama dengan persetujuan.³ Perjanjian merupakan terjemahan dari *oveereenkomst* sedangkan perjanjian merupakan terjemahan dari *toestemming* yang ditafsirkan sebagai *wilsovereenstemming* (persesuaian kehendak/kata sepakat). Perbedaan pandangan dari para sarjana tersebut di atas timbul karena adanya sudut pandang yang berbeda, yaitu pihak yang satu melihat objeknya dari perbuatan yang dilakukan subjek hukumnya, sedangkan pihak yang lain meninjau dari sudut hubungan hukum. Hal itu menyebabkan banyak sarjana yang memberikan batasan sendiri mengenai istilah perjanjian tersebut. Menurut pendapat yang banyak dianut (*communis opinio cloctortinz*) perjanjian adalah perbuatan hukum berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan suatu akibat hukum. Hal itu sependapat pula dengan Sudikno, “perjanjian merupakan hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasar kata sepakat untuk menimbulkan suatu akibat hukum”.⁴

Perjanjian adalah perbuatan hukum yang menimbulkan berubahnya, hapusnya hak atau menimbulkan suatu hubungan hukum. Dengan cara demikian perjanjian menimbulkan akibat hukum yang merupakan tujuan para pihak. Jika suatu perbuatan hukum adalah perjanjian, maka orang-orang yang melakukan tindakan hukum disebut pihak-pihak.⁵ Suatu perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seorang berjanji kepada seorang lain atau di mana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal. Dari peristiwa ini timbulah suatu hubungan antar dua orang tersebut yang dinamakan perikatan. Perjanjian itu menerbitkan suatu perikatan antara dua orang yang membuatnya. Dalam bentuknya perjanjian itu berupa suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji-janji atau kesanggupan yang diucap atau ditulis.⁶

Perjanjian adalah suatu peristiwa ketika seorang berjanji kepada orang lain atau ketika orang itu saling berjanji untuk melaksanakan

³Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1985, hlm. 97.

⁴*Ibid.*, hlm. 97-98.

⁵Herlien Budiono, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian Dan Penerapannya Di Bidang Kenotariatan*, PT Aditya Bakti, Bandung, 2011, hlm. 3.

⁶Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet. Ke-6. PT Intermasa, Jakarta, 1979, hlm. 1.

sesuatu hal. Dalam perjanjian ini timbul suatu hubungan hukum antara dua orang tersebut/perikatan. Perjanjian ini bersifat konkret.⁷ Menurut Subekti, suatu perjanjian merupakan suatu peristiwa di mana seseorang berjanji kepada orang lain atau di mana dua orang saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.⁸ R. Setiawan, menyebutkan bahwa perjanjian ialah suatu perbuatan hukum di mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.⁹ Menurutnya, perlu diadakan perbaikan terhadap pengertian persetujuan menurut Pasal 1313 KUH Perdata, yaitu:

- a. Perbuatan hukum diartikan sebagai perbuatan yang bertujuan untuk menimbulkan akibat hukum;
- b. Menambah “perkataan” atau saling mengikatkan dirinya.

Dari pendapat-pendapat di atas pada dasarnya perjanjian adalah proses interaksi atau hubungan hukum dan dua perbuatan hukum yaitu penawaran oleh pihak yang satu dan penerimaan oleh pihak yang lainnya sehingga tercapai kesepakatan untuk menentukan isi perjanjian yang akan mengikat kedua belah pihak. Selanjutnya pengertian perjanjian yang dibahas pada Pasal 1313 KUH Perdata ternyata mendapat kritik dan para sarjana hukum karena masih mengandung kelemahan-kelemahan, sehingga di dalam praktiknya menimbulkan berbagai keberatan sebab di satu pihak batasan tersebut sangat kurang lengkap namun di lain pihak terlalu luas.

Rumusan pengertian tentang perjanjian menurut KUH Perdata tersebut memberikan konsekuensi hukum bahwa dalam suatu perjanjian akan selalu ada dua pihak di mana satu pihak adalah pihak yang wajib berprestasi (debitur) dan pihak lainnya adalah pihak yang berhak atas prestasi tersebut (kreditor). Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih (Pasal 1313 KUH Perdata). Pengertian perjanjian ini mengandung unsur:

⁷Lukman Santoso, *Hukum Perjanjian Kontrak (Panduan Memahami Hukum Perikatan & Penerapan Surat Perjanjian Kontrak)*, Cakrawala, Yogyakarta, 2012, hlm. 8.

⁸Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, PT Intermasa, Jakarta, 2001, hlm. 36.

⁹R. Setiawan, *Hukum Perikatan-perikatan Pada Umumnya*, Bina Cipta, Bandung, 1987, hlm. 49.

a. Perbuatan

Penggunaan kata “perbuatan” pada perumusan tentang perjanjian ini lebih tepat jika diganti dengan kata *perbuatan hukum* atau *tindakan hukum* karena perbuatan tersebut membawa akibat hukum bagi para pihak yang memperjanjikan;

b. Satu orang atau lebih terhadap satu orang lain atau lebih

Untuk adanya suatu perjanjian paling sedikit harus ada dua pihak yang saling berhadap-hadapan dan saling memberikan pernyataan yang cocok/pas satu sama lain. Pihak tersebut adalah orang atau badan hukum.

c. Mengikatkan dirinya

Di dalam perjanjian terdapat unsur janji yang diberikan oleh pihak yang satu kepada pihak yang lain. Dalam perjanjian ini orang terikat kepada akibat hukum yang muncul karena kehendaknya sendiri.

Sebelum suatu perjanjian disusun perlu diperhatikan identifikasi para pihak, penelitian awal tentang masing-masing pihak sampai dengan konsekuensi yuridis yang dapat terjadi pada saat perjanjian tersebut dibuat.¹⁰ Masing-masing pihak yang dimaksud adalah pihak-pihak yang langsung terlibat dalam perjanjian tersebut biasanya terbagi atas perorangan dan badan usaha. Badan usaha sendiri juga dibagi yaitu badan usaha yang berbadan hukum dan badan usaha yang tidak berbadan hukum. Perorangan adalah setiap orang yang dalam melakukan perbuatan hukum bertindak untuk dan atas nama dirinya sendiri, sedangkan usaha perorangan dalam melakukan perbuatan hukum ia diwakili oleh pemilikinya yang hanya seorang bertindak baik untuk dan atas namanya sendiri juga untuk dan atas nama usahanya. Pada dasarnya antara perorangan dengan usaha perorangan tidak terdapat perbedaan karena keduanya tidak ada pemisahan harta kekayaan, artinya harta kekayaan pribadi juga merupakan harta kekayaan perusahaannya. Badan usaha adalah suatu badan yang menjalankan usaha/kegiatan perusahaan, sedangkan perusahaan pengertiannya lebih condong kepada jenis usaha/kegiatan dan suatu badan usaha. Suatu badan usaha dianggap sebagai suatu badan hukum diatur sesuai ketentuan Undang-Undang.

¹⁰Salim H.S, dkk., *Perancangan Kontrak dan Memorandum Of Understanding (MoU)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007, hlm. 124.

Hakikat dan suatu perjanjian pada saat perancangan suatu perjanjian adalah perumusan tentang adanya kesepakatan atau kesesuaian kehendak (*consensus ad idem*); Perumusan tentang adanya janji-janji yang dibuat oleh masing-masing pihak sebagai imbalan atas janji-janji atau untuk kepentingan pihak yang lain walaupun selalu ada kemungkinan dibuatnya kontrak yang berisi perjanjian sepihak, namun dianjurkan untuk selalu memahami perjanjian yang hal balik sehingga prestasi harus dilakukan oleh salah satu pihak selalu dipahami sebagai imbalan atas prestasi yang akan dilakukan oleh pihak lain; Perumusan tentang pihak-pihak pembuat perjanjian dan informasi tentang kemampuan hukum dan para pihak untuk melakukan tindakan hukum dan mengikatkan di dalam kontrak; dan Perumusan tentang objek dan nilai ekonomis perjanjian yang menjadi *causa* dan transaksi diantara para pihak, penggunaan bentuk, wujud dan format tertentu (sesuai keinginan para pihak).

Syarat dan ketentuan yang biasanya disepakati oleh para pihak dalam suatu perjanjian adalah besarnya harga jual beli atau harga sewa menyewa serta besarnya modal dasar yang disepakati; objek atau barang yang ditentukan; besarnya suku bunga kredit berupa pinjaman ataupun pembayarannya menggunakan tenggang waktu; jangka waktu sewa, kredit, *leasing* atau lain sebagainya bila merupakan perjanjian pemberian modal ventura. Setelah subjek hukum dalam perjanjian telah jelas termasuk mengenai kewenangan hukum masing-masing pihak, maka pembuat perjanjian harus menguasai materi atas perjanjian yang akan dibuat oleh para pihak. Dua hal paling penting dalam perjanjian adalah objek dan hakikat daripada perjanjian serta syarat-syarat atau ketentuan yang disepakati.¹¹ Cara pembayaran; biaya yang harus dibayar masing-masing pihak; kewajiban menutup asuransi jika diperlukan.

Menurut Prodjodikoro bahwa yang dimaksud dengan perjanjian adalah suatu perhubungan mengenai harta benda antara dua pihak di mana salah satu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melakukan sesuatu hal atau untuk tidak melakukan suatu hal sedangkan pihak lain berhak menuntut pelaksanaan janji tersebut.¹² Definisi serupa tentang perjanjian diungkapkan oleh J. Satrio, yaitu perjanjian adalah

¹¹*Ibid*, hlm. 120.

¹²Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Perdata*, PT Bale Bandung, Bandung, 1979, hlm. 9.

peristiwa yang menimbulkan akibat hukum dan berisi ketentuan hak dan kewajiban antara dua pihak dengan perkataan lain perjanjian berisi perikatan.¹³ Abdul Kadir Muhammad mengungkapkan bahwa ketentuan Pasal 1313 KUH Perdata sebenarnya kurang begitu memuaskan, sehingga dalam Pasal 1313 tersebut terdapat kelemahan-kelemahan, yaitu:¹⁴

- a. Hanya menyangkut sepihak saja. Hal ini diketahui perumusan “satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih lainnya”. Kata kerja “mengikatkan sifatnya hanya datang dari satu pihak saja, tidak dari kedua belah pihak. Seharusnya perumusan itu “saling mengikatkan diri”, jadi ada konsensus antara pihak-pihak.
- b. Kata perbuatan mencakup juga tanpa konsensus. Dalam pengertian “perbuatan” termasuk juga tindakan melaksanakan tugas tanpa surat kuasa (*Zaakwaarneming*), tindakan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) yang tidak mengandung suatu konsensus, seharusnya dipakai kata “persetujuan”.
- c. Pengertian perjanjian terlalu luas, pengertian perjanjian dalam Pasal tersebut terlalu luas karena mencakup juga pelaksanaan perkawinan, janji kawin yang diatur dalam lapangan hukum keluarga. Padahal yang dimaksud adalah hubungan antara kreditor dan debitur dalam lapangan harta kekayaan saja. Perjanjian yang dikehendaki oleh Buku III KUH Perdata sebenarnya hanyalah perjanjian yang bersifat kebendaan bukan perjanjian yang bersifat personal.
- d. Tanpa menyebut tujuan. Dalam perumusan Pasal ini tidak disebutkan tujuan mengadakan perjanjian sehingga pihak-pihak mengikatkan diri itu tidak jelas untuk apa.

Berdasarkan kelemahan-kelemahan tersebut di atas maka pengertian perjanjian adalah suatu persetujuan dengan mana 2 (dua) orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal dalam lapangan harta kekayaan. Dari pengertian diatas dapat dilihat unsur-unsur perjanjian adalah sebagai berikut:

¹³J. Satrio, *Hukum Perikatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995, hlm.15.

¹⁴Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 78.

1. Sedikit-sedikitnya ada 2 (dua) orang atau lebih;
2. Adanya persesuaian kehendak;
3. Ada tujuan yang akan dicapai;
4. Ada prestasi yang akan dilaksanakan;
5. Ada bentuk tertentu (lisan/tulisan);
6. Ada syarat tertentu sebagai isi perjanjian.¹⁵

Berbagai definisi di atas, dapat dikemukakan unsur-unsur yang tercantum dalam perjanjian sebagai berikut: *Pertama*, Adanya Kaidah Hukum. Kaidah dalam hukum kontrak dapat dibagi menjadi dua macam, yaitu tertulis dan tidak tertulis. Kaidah hukum kontrak tertulis adalah kaidah kaidah hukum yang terdapat di dalam peraturan undang-undang, traktat dan yurisprudensi. Sedangkan kaidah hukum kontrak tidak tertulis adalah kaidah kaidah hukum yang timbul, tumbuh, dan hidup dalam masyarakat. Contoh jual beli lepas, jual beli tahunan dan lain-lain. Konsep-konsep hukum ini berasal dari hukum adat. *Kedua*, Subjek Hukum Istilah lain dari subjek hukum adalah *rechtsperson*, *Rechtsperson* diartikan sebagai pendukung hak dan kewajiban. Yang menjadi subjek hukum dalam hukum perjanjian adalah kreditor dan debitur. Kreditor adalah orang yang berpiutang, sedangkan debitur adalah orang yang memiliki utang. *Ketiga*, Adanya Prestasi. Prestasi adalah apa yang menjadi hak kreditor dan kewajiban debitur, prestasi terdiri dari Memberikan sesuatu, berbuat sesuatu, Tidak berbuat sesuatu. *Keempat*, Kata Sepakat. Kesepakatan adalah persesuaian pernyataan kehendak antara para pihak, kata sepakat adalah salah satu syarat sahnya perjanjian yang terkandung dalam Pasal 1320 KUH Perdata. *Kelima*, Akibat Hukum. Setiap perjanjian yang dibuat oleh para pihak akan menimbulkan akibat hukum atau dapat dituntut apabila tidak dipenuhinya prestasi. Akibat hukum adalah timbulnya hak dan kewajiban. Hak adalah suatu kenikmatan dan kewajiban adalah suatu beban.¹⁶

¹⁵Mona Minarosa, *Diktat Mata Kuliah Hukum Kontrak*, Unbor Press, Jakarta, 2012, hlm. 4.

¹⁶Abdul Kadir Muhammad, *Op.Cit*, hlm. 53.

2. Pengertian Akad Syariah

Kata akad berasal dari bahasa Arab, *'aqada-ya'qidu-'aqdan*, yang memiliki tiga sinonim, yaitu menjadikan ikatan (*'ja'ala 'uqdatan*), memperkuat (*'aqqada*), dan menetapkan (*lazima*).¹⁷ Menurut Wahbah Zuhaili, akad secara bahasa berasal dari “*al-aqdu*” yang berarti ikatan (*al-rabth*) antara dua ujung baik secara nyata maupun maknawi.¹⁸

Dalam *al-Mu'jam al-Wasith*, kata *al-'Aqdu* adalah sinonim dari kata *al-'Ahdu* bermakna perjanjian dan *al-Ittifaq*, yaitu kesepakatan yang terjadi antara dua belah pihak yang mana keduanya diharuskan untuk melakukan sesuai kesepakatan, seperti akad jual beli dan pernikahan.¹⁹ Dikatakan ikatan (*al-rabth*) maksudnya adalah menghimpun atau mengumpulkan dua ujung tali dan mengikatkan salah satunya pada yang yang lainnya hingga keduanya bersambung dan menjadi seperti seutas tali yang satu.²⁰ Sedangkan sebagai suatu istilah hukum Islam, ada beberapa definisi yang diberikan untuk akad, di antaranya adalah: ²¹ Menurut Pasal 262 Mursyid Al-Hairan, akad merupakan “pertemuan ijab yang diajukan oleh salah satu pihak dengan qabul dari pihak lain yang menimbulkan akibat hukum pada objek akad”. Secara etimologis perjanjian dalam bahasa Arab diistilahkan dengan *Mu'ahadah Ittifa'* atau akad. Dalam Bahasa Indonesia dikenal dengan kontrak, perjanjian atau persetujuan yang artinya adalah suatu perbuatan di mana seseorang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap seseorang lain atau lebih.²²

Dalam Al-Qur'an sendiri setidaknya ada 2 (dua) istilah yang berkaitan dengan perjanjian, yaitu kata akad (*al-'aqadu*) dan kata *'ahd* (*al-'ahdu*), Al-Qur'an memakai kata pertama dalam arti perikatan atau

¹⁷Ibrahim Anis, et.al., *Al-Mu'jam al-Wasith*, Juz II, Dar Ihya al-Turas Al-Arabi, 1972, hlm. 613-614.

¹⁸Wahbah Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu*, Juz IV, Dar al-Fikri, hlm. 80

¹⁹Ibrahim Anis, Op.Cit, hlm. 614.

²⁰Gufranon A. Mas'adi, *Fiqh Mu'amalah Kontekstual*, Rajagrafindo Persada, Jakarta 2002, hlm. 75.

²¹Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah*l *Hukum Perjanjian Syariah, Studi Tentang Teori Akad Dalam Fiqh Muamalah*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 219

²²Chairuman Pasaribu dan Suhrawadi K. Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, hlm. 1.

perjanjian, sedangkan kata yang kedua dalam Al-Qur'an berarti masa, pesan, penyempurnaan dan janji atau perjanjian.²³ Dengan demikian istilah akad dapat disamakan dengan istilah perikatan atau *verbinten*, sedangkan kata *Al-'ahdu* dapat dikatakan sama dengan istilah perjanjian atau *overeenkomst*, yang dapat diartikan sebagai suatu pernyataan dari seseorang untuk mengerjakan atau tidak mengerjakan sesuatu, dan tidak ada sangkut-pautnya dengan kemauan pihak lain. Janji hanya mengikat bagi orang yang bersangkutan, sebagaimana yang telah diisyaratkan dalam Al-Qur'an Surat Ali Imran ayat 76.²⁴

Rumusan akad di atas mengindikasikan bahwa perjanjian harus merupakan perjanjian kedua belah pihak yang bertujuan untuk saling mengikat diri tentang perbuatan yang akan dilakukan dalam suatu hal yang khusus setelah akad secara efektif mulai diberlakukan. Dengan demikian akad diwujudkan dalam ijab dan qabul yang menunjukkan adanya kesukarelaan secara timbal balik terhadap perikatan yang dilakukan oleh kedua belah pihak yang harus sesuai dengan kehendak syariat. Artinya bahwa seluruh perikatan yang diperjanjikan oleh kedua boleh pihak atau lebih baru dianggap sah apabila secara keseluruhan tidak bertentangan dengan syariat Islam. Dengan adanya ijab qabul yang didasarkan pada ketentuan syariat, maka suatu akad akan menimbulkan akibat hukum pada objek perikatan, yaitu terjadinya pemindahan kepemilikan atau pengalihan kemanfaatan dan seterusnya.

Dalam Islam ada pengertian lain yang memberikan gambaran lebih luas cakupannya dari pengertian yang tersebut di atas, yakni memasukkan pengertian akad sebagai tindakan orang yang berkehendak kuat dalam hati, meskipun dilakukan secara sepihak, seperti hibah, wasiat, wakaf dan sebagainya. Sehingga untuk kemudian dalam tulisan ini akad dibahas mengenai macam-macam akad baik yang bersifat timbal balik, maupun akad yang sifatnya sepihak.²⁵

Adapun pengertian lain, akad adalah "pertemuan ijab dan qabul sebagai pernyataan kehendak dua pihak atau lebih untuk melahirkan

²³Mariam Daus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 247.

²⁴Fathurahman Djamil, *Hukum Perjanjian Syariah Dalam Kompilasi Hukum Perikatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 248.

²⁵Abdul Ghofur Anshori, *Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2010, hlm. 23.

suatu akibat hukum pada objeknya". Dengan demikian, ijab-qabul adalah suatu perbuatan atau pernyataan untuk menunjukkan suatu keridaan dalam berakad diantara dua orang atau lebih, sehingga terhindar atau keluar dari suatu ikatan yang tidak berdasarkan syara'. Dari beberapa istilah yang telah dijelaskan diatas, dapat memperlihatkan tiga kategori, bahwasannya: *Pertama*, akad merupakan keterkaitan atau pertemuan ijab dan qabul yang berakibat timbulnya akibat hukum. Ijab adalah penawaran yang diajukan oleh salah satu pihak, dan qabul adalah jawaban persetujuan yang diberikan oleh mitra akad sebagai tanggapan dari penawaran dari pihak yang pertama. Akad tidak terjadi apabila pernyataan kehendak masing-masing pihak tidak terkait satu sama lain karena akad adalah keterkaitan kehendak kedua belah pihak yang tercermin dalam ijab dan qabul. *Kedua*: akad merupakan tindakan hukum dua pihak karena akad adalah pertemuan ijab yang merepresentasikan kehendak pihak lain. Tindakan hukum satu pihak, seperti janji memberi hadiah, wasiat, wakaf atau penetapan hak bukanlah akad, karena tindakan-tindakan tersebut tidak merupakan dua pihak dan karenanya tidak memerlukan qabul.

Dalam hukum islam, akad yang dilakukan memiliki konsekuensi duniawi dan ukhrawi karena akad yang dilakukan itu berdasarkan Hukum Islam. Seringkali nasabah berani melanggar kesepakatan atau perjanjian yang telah dilakukan bila hukum itu berdasarkan hukum positif saja. Tetapi tidak demikian dalam Islam, perjanjian tersebut memiliki pertanggung jawaban hingga *yaumul qiyamah*. Setiap akad dalam perbankan syariah, baik dalam hal barang, pelaku transaksi, maupun ketentuan lainnya harus memenuhi ketentuan akad, sebagaimana dalam hal: Rukun, yang mencakup: penjual, pembeli, barang, harga dan ijab-qabul. Sedangkan syarat, yang meliputi: Barang dan jasa harus halal sehingga transaksi atas barang dan jasa yang haram menjadi batal demi adanya hukum Islam. Harga barang dan jasa harus jelas. Tempat penyerahan (*delivery*) harus jelas karena akan berdampak pada biaya transportasi. Barang yang ditransaksikan harus sepenuhnya dalam kepemilikan. Tidak boleh menjual sesuatu yang belum dimiliki atau dikuasai, seperti yang terjadi pada transaksi *short sale* dalam pasar modal.²⁶ Dengan melihat kenyataan tersebut di atas, sebagaimana

²⁶Muhammad Syafii Antonio, *Bank Syariah: Dari Teori Ke Praktik*, Gema Insani, Jakarta, 2001, hlm. 29-30.

akad pada umumnya, bahwasannya kita tidaklah akan bisa lepas dari yang namanya perikatan (akad), yang dapat memfasilitasi kita dalam memenuhi segala kepentingan. Mengingat betapa pentingnya perikatan (akad), setiap peradaban manusia yang pernah muncul pasti memberi perhatian dan pengaturan terhadapnya. Demikian halnya dengan agama Islam, yang memberikan sejumlah prinsip beserta dasar-dasarnya mengenai pengaturan perjanjian sebagaimana yang tertuang dalam Al-Qur'an dan sunnah Nabi Muhammad Saw. Dasar-dasar inilah kemudian dikembangkan oleh ahli-ahli Hukum Islam dari abad ke abad sehingga terbentuklah suatu istilah yang kini disebut dengan “*perikatan syariah*”. Di Indonesia perkembangan kajian dan praktik ilmu ekonomi Islam juga berkembang pesat. Kajian-kajiannya sudah banyak diselenggarakan di berbagai university negeri maupun swasta. Sementara itu dalam bentuk praktiknya, ekonomi Islam telah berkembang dalam bentuk perbankan dan lembaga-lembaga keuangan ekonomi Islam non bank. Perkembangan Ekonomi Islam di Indonesia mulai mendapatkan momentum yang berarti sejak didirikannya Bank Muamalat.

Dalam penerapan pola hubungan akad sudah seharusnya tidak terdapat penyimpangan-penyimpangan dari kesepakatan yang telah dibuat oleh kedua belah pihak karena masing-masing menyadari akan pertanggungjawaban dari akad tersebut. Tetapi dalam koridor masyarakat yang sadar hukum, tidak dapat dihindari munculnya perilaku saling tuntutan menuntut satu sama lain. Sehingga kuantitas dan kompleksitas perkara terutama perkara-perkara bisnis akan sangat tinggi dan beragam. Dalam hal ini kontrak disebut juga akad atau perjanjian yaitu bertemunya ijab yang diberikan oleh salah satu pihak dengan kabul yang diberikan oleh pihak lainnya secara sah menurut hukum syar'i dan menimbulkan akibat pada subjek dan objeknya.²⁷

Kamus al-Mawrid, menterjemahkan *al-Aqd* sebagai *contract and agreement* atau kontrak dan perjanjian.²⁸ Sedangkan akad atau kontrak menurut istilah adalah suatu kesepakatan atau komitmen bersama baik

²⁷Ahmad Abu Al Fath, *Kitab Al-Mu'amalat Fi Asy-Syari'ah Al-Islamiyyah Waal-Qawanin Al-Misriyyahal*, Matba'ah Al-Busfur, Mesir Lihat Juga Asy-Syaukani, *.Fath Al-Qadir*, Mustafa Al-Babi Al-Hlm.abi, Mesir, 1964, hlm. 4.

²⁸Munir Al-Ba'labakiyy, *Qamus Al-Mawrid*, Dar Al-'Ilm Al-Malayiyyin, Beirut, 1990, hlm.770.

lisan, isyarat, maupun tulisan antara dua pihak atau lebih yang memiliki implikasi hukum yang mengikat untuk melaksanakannya.²⁹

Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah telah merumuskan maksud dari “Akad”, bahwa “Akad adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau Unit Usaha Syariah dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan Prinsip Syariah” (Pasal 1 angka 13). Berdasarkan rumusan tentang Akad tersebut, jelaslah bahwa Akad memuat sejumlah hak dan kewajiban bagi para pihak.

Menurut *fuqahā Hanafiyah*, rukun akad adalah unsur-unsur dari pokok pembentuk akad dan unsur tersebut hanya ada satu *yaqin sighth* akad (*ijab qabul*). *Al- Āqidāni dan mahallul ‘aqd* bukan merupakan rukun akad melainkan lebih tepatnya untuk dimasukkan sebagai syarat akad. Pendirian seperti ini didasarkan pada pengertian rukun sebagai sesuatu yang menjadi tegaknya dan adanya sesuatu, sedangkan dia bersifat internal (*dākhily*) dari sesuatu yang ditegakkannya.³⁰ Adapun syarat menurut pengertian *fuqaha* dan ahli *ushul* adalah, “segala sesuatu yang dikaitkan pada tiadanya sesuatu yang lain, dan syarat itu bersifat eksternal (*khārijy*)”. Maksudnya adalah, tiadanya syarat mengharuskan tiadanya masyrut (sesuatu yang disyaratkan), sedangkan adanya syarat tidak mengharuskan adanya masyrut. Misalnya, kecakapan pihak yang berakad merupakan syarat yang berlaku pada setiap akad sehingga tiadanya kecakapan menjadi tidak berlangsungnya akad.³¹ Masing-masing rukun (unsur) yang membentuk akad diatas, memerlukan adanya syarat-syarat agar rukun (unsur) tersebut dapat berfungsi dan dapat membentuk suatu akad. Tanpa adanya syarat-syarat yang dimaksud, rukun akad tidak dapat membentuk suatu tujuan dari pada akad. Dalam hukum Islam, syarat-syarat tersebut dinamakan “syarat-syarat terbentuknya akad (*syurūth al-In’iqad*)”. Syarat-syarat yang terkait dengan rukun tersebut dinamakan dengan “syarat terbentuknya akad (*syurūth al-In’iqad*)” yang telah diuraikan di atas. Adapun syarat-syarat pada umumnya ada delapan macam, yaitu:³² 1) *Tamyiz*; 2) Berbilang

²⁹Muhammad Salam Madkur, *Al-Madkhl. Al-Fiqh Al-Islamiyy*, Dar Al-Nahdah Al- ‘Arabiyyah, 1963, hlm. 506.

³⁰Mustafa Ahmad Az-Zarqa, *Al-Madkhl. Al-Fiqh Al-Am*, I, hlm. 300.

³¹*Ibid*, hlm. 301

³²Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah, Studi Tentang Teori Akad Dalam Fiqh Muamalah*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 97-98.

pihak (*at-Ta'addud*); 3) persatuan ijab dan qabul (kesepakatan); 4) kesatuan majelis akad; 5) objek akad dapat diserahkan; 6) objek akad tertentu atau dapat ditentukan; 7) objek akad dapat ditransaksikan (artinya berupa benda bernilai dan dimiliki/*mutaqawwim* dan *mamluk*) dan 8) tujuan tidak bertentangan dengan syariat.

Dalam hukum perjanjian Islam objek akad dimaksudkan sebagai suatu hal yang karenanya akad dibuat dan berlaku akibat-akibat hukum akad. Objek akad dapat berupa benda, manfaat benda, jasa atau pekerjaan, atau sesuatu yang lain yang tidak berkenaan dengan syariah. Benda meliputi benda bergerak dan tidak bergerak maupun benda berbadan dan benda tidak berbadan. Misalnya akad jual beli rumah objeknya adalah benda, yaitu berupa rumah dan ruang harga penjualannya yang juga merupakan benda akad sewa menyewa objeknya adalah manfaat barang yang disewa, akad pengangkutan objeknya adalah jasa pengangkutan. Imbalannya, yang bisa berupa benda (termasuk uang), manfaat atau jasa juga merupakan objek akad. Jadi dalam akad jual beli rumah, misalnya, menurut Hukum Islam bukan rumahnya saja yang merupakan objek akad, tetapi imbalannya yang berupa uang atau berupa lainnya juga merupakan objek akad jual beli.

Para ahli Hukum Islam mensyaratkan beberapa syarat pada objek akad, diantaranya adalah:³³ Objek akad dapat diserahkan atau dapat dilaksanakan. Objek akad disyaratkan harus dapat diserahkan apabila objek tersebut berupa barang seperti dalam akad jual beli, atau dapat dinikmati maupun dapat diambil manfaatnya apabila objek itu berupa manfaat benda seperti dalam sewa menyewa benda (*ijārah al- manāfi*). Apabila objek akad berupa sesuatu perbuatan seperti mengajar, melukis, mengerjakan suatu pekerjaan, maka pekerjaan itu harus mungkin dan dapat dilaksanakan. Dasar ketentuan ini dapat disimpulkan dalam hadits Nabi Saw., yang berbunyi:³⁴ Artinya: “*Dari Hakim Ibn Hizam (dilaporkan bahwa) ia berkata: aku bertanya kepada Nabi Saw, kataku: Wahai Rasulullah, seseorang datang kepadaku minta aku menjual suatu yang tidak ada padaku. Lalu aku menjual kepadanya, kemudian aku membelinya dipasar untuk aku serahkan kepadanya. Beliau menjawab: jangan engkau menjual barang yang tidak ada padamu*”. (HR. An-Nasa’i).

³³*Ibid*, hlm. 191.

³⁴Ahmad Syu’aib Abu Abd Ar-Rahman Nasa’i, *Sunan An-Nasa’i (Al-Mujtaba)*. VII, hlm. 289.

Larangan menjual barang yang tidak ada pada seseorang dalam hadits di atas *causa legis*-nya adalah karena Nabi Saw. mempertimbangkan bahwa barang itu tidak dapat dipastikan apakah akan dapat diserahkan oleh penjual atau tidak. Atas dasar itu disimpulkan suatu aturan umum mengenai objek akad, yaitu bahwa objek tersebut harus merupakan barang yang dapat dipastikan bisa diserahkan. Objek akad harus tertentu atau dapat ditentukan. Syarat kedua dari objek akad adalah bahwa objek tersebut tertentu dan dapat ditentukan. Dasar ketentuan ini adalah bahwa Nabi Saw. melarang jual beli kerikil. Dengan jual beli kerikil dimaksudkan jual beli dengan cara melemparkan batu kerikil pada objek jual beli, di mana objek yang terkena batu kerikil tersebut itulah jual beli yang terjadi. Hal ini hampir mirip dengan judi di mana seseorang memasang sejumlah uang, kemudian menggulirkan sebuah bola kecil, kemudian roda atau bola kecil tersebut berhenti atau masuk lobang, maka itulah objek yang dia menangkan. Disini terjadi ketidakpastian atau ketidakjelasan objek. Dari larangan ini diabstraksikan ketentuan umum bahwa suatu objek akad harus tertentu atau dapat ditentukan. Objek akad itu tertentu artinya diketahui dengan jelas oleh para pihak sedemikian rupa sehingga tidak menimbulkan sengketa. Apabila objek tidak jelas secara mencolok sehingga dapat menimbulkan persengketaan, maka akadnya tidak sah. Ketidakjelasan kecil (sedikit) yang tidak membawa kepada persengketaan tidak membatalkan akad. Ahli-ahli hukum Hanafi menjadikan akad kebiasaan dalam masyarakat sebagai menentukan mencolok atau tidaknya suatu ketidakjelasan. Objek akad dapat di transaksikan menurut syara'. Suatu objek dapat ditransaksikan dalam Hukum Islam apabila memenuhi kriteria-kriteria berikut:

- a. Tujuan objek tersebut tidak bertentangan dengan transaksi, dengan kata lain sesuatu tidak dapat ditransaksikan apabila transaksi tersebut bertentangan dengan tujuan yang ditentukan untuk sesuatu tersebut. Dalam hukum Islam, ada tiga jenis pemilikan dilihat dari segi pemilikannya, yaitu: (1) milik pribadi/individual; (2) milik negara, misalnya: gedung atau kendaraan, dianggap tidak dapat dijual kecuali setelah dicabut dari daftar milik negara; (3) milik umum/masyarakat, yakni barang yang tidak dimiliki oleh masyarakat atau biasanya dalam kitab fiqh disebut sebagai milik Allah.

- b. Sifat atau hakikat dari objek itu tidak bertentangan dengan transaksi, dengan kata lain sesuatu tidak dapat ditransaksikan apabila sifat atau hakikat sesuatu itu tidak memungkinkan transaksi. Yakni, sesuatu juga tidak dapat ditransaksikan apabila sifat atau hakikat sesuatu itu memang tidak dapat menerima transaksi atau tidak dapat menerima akibat hukum akad. Untuk dapat ditransaksikan dan dapat menerima akibat hukum akad, suatu objek, apabila berupa benda, harus (1) merupakan benda bernilai dalam pandangan syariat Islam (*al mutaqaawwim*), dan (2) benda yang dimiliki.
- c. Objek akad tidak bertentangan dengan ketertiban umum.
- d. Objek yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum lebih tertuju kepada objek yang berupa melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Adapun objek berupa benda yang bertentangan dengan ketertiban umum syar'i seperti narkoba atau VCD porno dimasukkan dalam kategori benda yang tidak bernilai pada pandangan syari'at Islam.³⁵

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa akad adalah perjanjian yang menimbulkan kewajiban berprestasi pada salah satu pihak, dan hak bagi pihak yang lain atas prestasi tersebut, dengan atau tanpa melakukan kontraprestasi. Kewajiban bagi salah satu pihak merupakan hak bagi pihak lain, begitu sebaliknya.³⁶

Rukun pertama, yaitu: “para pihak”, yang harus memenuhi dua syarat terbentuknya akad, diantaranya adalah: (1) *tamyiz*, dan (2) *berbilang/at-Ta'addud*. *Rukun kedua*, yaitu: “pernyataan kehendak”, yang harus memenuhi dua syarat juga, diantaranya adalah: (1) adanya persesuaian ijab dan qabul, dengan kata lain tercapainya kata “sepakat”. (2) kesatuan majelis akad. *Rukun ketiga*, yaitu: “objek akad”, yang harus memenuhi tiga syarat terbentuknya akad, diantaranya adalah: (1) objek akad itu dapat diserahkan, (2) tertentu atau dapat ditentukan, dan (3) objek itu dapat ditransaksikan. Kemudian syarat untuk terbentuknya akad yang keempat adalah “tidak bertentangan dengan syariat”.

³⁵*Ibid*, hlm. 205-209.

³⁶Abdul Ghofur Anshori, *Lock, Cit*, hlm. 24.

3. Pengertian Hukum Perjanjian Adat

Menurut Hilman Hadikusuma, yang dimaksud dengan hukum perjanjian adat adalah hukum yang meliputi uraian tentang hukum perhutangan (*schuldenrecht*). Adapun termasuk di dalamnya meliputi soal ataupun mekanisme-mekanisme transaksi atas tanah (*groundtransakties*) dan transaksi-transaksi yang menyangkut tanah (transaksi *waarbij ground betrokkenis*). Dalam hukum perhutangan (*schuldenrecht*) dalam hukum adat menyangkut: beri-memberi, pakai-memakai, pinjam-meminjam, tanggung-menanggung, tukar-menukar, jual-beli, titip-menitip, urus-mengurus, sewa-menyewa, kerja-mengerjakan.³⁷ Terhadap perjanjian yang menyangkut tanah antara lain menurut hukum adat adalah: 1) Perjanjian bagi-hasil; 2) Perjanjian sewa-menyewa; 3) Perjanjian berganda; 4) Perjanjian pinjam-meminjam dengan jaminan tanah; 5) Perjanjian semu (simulasi).

Hukum perjanjian menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dengan hukum perjanjian adat mempunyai perbedaan-perbedaan. Perbedaan ini disebabkan oleh latar belakang alam pikiran kebudayaan masyarakat yang melahirkan hukum yang berasal dari dasar kejiwaanya. Hukum perjanjian barat bertitik tolak pada dasar kejiwaan kepentingan perseorangan yang bersifat kebendaan, sedangkan hukum perjanjian adat bertitik tolak pada dasar kejiwaan kekeluargaan dan kerukunan serta bersifat tolong-menolong. Di samping itu perjanjian menurut hukum barat menerbitkan perikatan, sedangkan perjanjian menurut paham adat untuk mengikatnya perjanjian harus adanya tanda pengikat dan kemudian perjanjian menurut hukum adat tidak selamanya menyangkut hubungan hukum mengenai harta benda, tetapi juga menyangkut dengan perjanjian selain kebendaan. Perbedaan yang lainnya terletak pada sifat dari suatu perjanjian.

Menurut Mahadi yang menyatakan perjanjian adat tidak hanya bersifat konsensual saja tetapi juga bersifat kongkrit, oleh karena itu kata-kata saja belum dapat mengikat persesuaian paham, akan tetapi harus bersifat kongkrit.³⁸ Sedangkan menurut Hilman Hadikusuma

³⁷A. Malik, Perjanjian “Gala” Dalam Masyarakat Hukum Adat Aceh Di Kecamatan Lhoknga/Leupung Kabupaten Dati II Aceh Besar, Tesis, Program Pasca Sarjana Universitas Sumatera Utara, Medan, 1997, hlm. 33.

³⁸Mahadi, *Soal Dewasa*, Cetakan Ke II, Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat, Universitas Sumatera Utara, Medan, 1991, hlm. 140.

mengatakan bahwa hukum adat tidak mengenai perbedaan antara benda-benda tetap dan benda-benda bergerak, tetap atau tidak tetapnya suatu benda dilihat dari kemungkinan dan keadaannya.³⁹

B. Teori-teori Saat Lahirnya Perjanjian

Teori-teori lahirnya suatu perjanjian adalah sebagai berikut.

1. Teori kehendak (*Wilstheorie*)

Menurut teori kehendak, bahwa perjanjian itu terjadi apabila ada persesuaian antara kehendak dan pernyataan. Apabila terjadi ketidakwajaran, kehendaklah yang menyebabkan terjadinya perjanjian. Kelemahan teori ini menimbulkan kesulitan apabila tidak ada persesuaian antara kehendak dan pernyataan.

2. Teori *govermgling*

Teori ini memberikan kepada perbuatan pihak-pihak perjanjian bahwa setiap orang harus bertanggung jawab sendiri terhadap kekeliruan dari ucapan, tulisan dan sikap atau syaratnya. Prinsip dari teori tersebut menjadi logis karena siapapun yang melakukan kekeliruan dan membahayakan atau merugikan orang lain maka harus bertanggung jawab. Berapa banyak orang akan menanggung kerugian apabila pihak yang merugikan dapat dibebankan dari tanggung jawab hanya karna alasan keliru melakukan suatu perbuatan. Dengan demikian menuntut teori ini bahwa setiap orang atau pihak harus menerima konsekuensi terhadap perbuatannya sendiri dalam bentuk kewajiban menanggung segala perbuatan yang telah dilakukannya.

3. Teori pernyataan (*Uitings Theorie*)

Jika teori kehendak menyatakan bahwa saat lahirnya perjanjian pada saat lahirnya kehendak maka teori pernyataan merupakan kebalikannya yaitu bahwa kehendak memang sudah dapat dipegangi sebagai patokan saat lahirnya kesepakatan dalam perjanjian karena kehendak seseorang belum bisa dibaca atau diketahui sekaligus tidak dapat dibuktikan secara yuridis dan hanya melalui pernyataan seseorang dapat dipastikan kehendak

³⁹Hilman Hadikusuma, *Hukum Perjanjian Adat*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1990, hlm. 6.

seseorang. Kelemahan teori pernyataan karena teori pernyataan hanya berfokus pada pernyataan dan tidak memerhatikan kehendak seseorang. Sehingga terdapat potensi kerugian yang terjadi apabila tidak terdapat kesesuaian antara kehendak dan pernyataan.

4. Teori kepercayaan (*vertrouwens theorie*)

Mengajarkan bahwa kesepakatan itu terjadi pada saat pernyataan kehendak dianggap layak secara objektif dan diterima oleh pihak yang menawarkan. Teori kepercayaan menyatakan “unsur kepercayaan atau penghargaan yang ditimbulkan oleh pernyataan seseorang turut berperan menjadi unsur yang menentukan ada atau tidaknya sepakat.

5. Teori Ucapan

Teori ucapan kesepakatan terjadi pada saat pihak yang menerima penawaran itu menyatakan bahwa ia menerima penawaran itu. Jadi, dilihat dari pihak yang menerima, yaitu pada saat baru menjatuhkan blopoint untuk menyatakan menerima, kesepakatan sudah terjadi. Kelemahan teori ini adalah sangat yeoritis karena dianggap terjadinya kesepakatan secara otomatis.

6. Teori pengiriman

Kesepakatan terjadi apabila pihak yang menerima penawaran mengirimkan telegram. Kritik terhadap teori ini, bagaimana hal itu bisa diketahui. Bisa saja, walau sudah dikirm tetapi tidak diketahui oleh pihak yang menawarkan. Teori ini juga sangat teotis, dianggap terjadinya kesepakatan secara otomatis.

7. Teori pengetahuan

Kesepakatan terjadi apabila hak yang menawarkan itu mengetahui adanya *acceptatie* (penerimaan), tetapi penerimaan itu belum diterimanya (tidak diketahui secara langsung. Kritik terhadap teori ini bagaimana isi penerimaan itu apabila ia mengetahui isi penerimaan itu apabila ia belum menerimanya. Teori pengetahuan ini agak mudah dibuktikan apalagi jika penerimaan itu dikirim via pos, karena ketika dikirim, maka pihak pos pasti membentakan resi pengiriman surat tanggal mencantumkan antara lain tanggal pengiriman, stempel pos, biaya pengiriman, alamat pengirim dan alamat tujuan serta jangka waktu sampainya surat pengiriman ke alamat tujuan bisa diperiksa.

C. Akibat Hukum dari Suatu Perjanjian

Sebuah perjanjian yang dibuat secara sah, sesuai yang disebutkan dalam undang-undang membawa konsekuensi yuridis tertentu bagi para pihak yang melakukannya. Konsekuensi yuridis tersebut timbul sebagai akibat dari adanya kesepakatan yang dituangkan dalam klausula perjanjian. J. Satrio menyebutkan ada empat akibat hukum yang timbul dari suatu perjanjian yang dibuat secara sah, yaitu:

1. Perjanjian mengikat para pihak sebagai Undang-undang

Di dalam KUH Perdata Pasal 1338 menyebutkan “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Kata “secara sah” berarti memenuhi semua syarat-syarat yang ditentukan oleh undang-undang sedangkan kata “berlaku sebagai undang-undang” berarti mengikat para pihak yang membuatnya.

2. Asas “Janji itu mengikat”

Janji itu mengikat berarti keterkaitan para pihak dengan isi perjanjian yang dibuat oleh para pihak tersebut. Jadi dalam hal ini sebenarnya para pihak terikat pada janjinya sendiri, janji yang diberikan kepada pihak lain dalam perjanjian.

3. Asas kebebasan berkontrak

Berdasarkan Pasal 1320 Jo. Pasal 1338 orang bebas untuk melakukan perjanjian, mengatur sendiri isi perjanjian yang akan mengikat pembuatnya. Bahkan orang dapat memperjanjikan bahwa ia tidak bertanggung jawab terhadap kerugian yang timbul karena kelalaiannya atau bertanggung jawab sampai batas-batas tertentu saja. Dalam hal ini dapat dilihat bahwa para pihak sendirilah yang menentukan, apakah mereka mau terikat dalam suatu perjanjian atau tidak dan sampai sejauh mana mereka hendak terikat pada perjanjian tersebut sebab pada akhirnya mereka sendirilah yang akan bertanggung jawab terhadap pelaksanaan isi perjanjian.

4. Perjanjian tak dapat dibatalkan secara sepihak

Perjanjian yang telah dibuat secara sah sesuai Undang-undang tidak dapat dibatalkan secara sepihak. Secara sepihak di sini berarti tanpa kesepakatan pihak lainnya. Sehingga dapat ditafsirkan bahwa

perjanjian dapat dibatalkan atas persetujuan dari kedua belah pihak.⁴⁰

Jika dihubungkan dengan Pasal 1338 di mana ada unsur “dibuat secara sah” dan “mengikat sebagai Undang-undang” berarti perjanjian tersebut memenuhi semua syarat yang ditentukan oleh Undang-undang Pasal 1320 dan tidak bisa dibatalkan secara sepihak karena dibuat secara sah.

D. Asas-asas Perjanjian dan Akad

Asas hukum adalah pikiran dasar yang umum dan abstrak atau merupakan latar belakang peraturan konkrit yang terdapat dalam setiap sistem hukum yang terjelma dalam Peraturan Perundang-Undangan dan Putusan Hakim yang merupakan hukum positif dan dapat ditemukan dengan mencari sifat-sifat atau ciri-ciri yang umum dalam peraturan konkrit tersebut. Asas hukum merupakan pikiran dasar yang bersifat umum dan terdapat dalam hukum positif atau keseluruhan Peraturan Perundang-Undangan atau Putusan-putusan Hakim yang merupakan ciri-ciri umum dari peraturan konkrit tersebut. Asas dalam pengertian ini merupakan landasan di atas mana dibangun tertib hukum. Asas-asas ini diperoleh melalui konstruksi yuridis yaitu dengan menganalisa data yang sifatnya nyata untuk kemudian mengambil sifat-sifatnya yang umum atau abstrak.

Asas berasal dari bahasa Arab *asasun* yang berarti dasar, basis dan fondasi. Secara terminologi asas adalah dasar atau sesuatu yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat.⁴¹ Istilah lain yang memiliki arti sama dengan kata asas adalah prinsip yaitu dasar atau kebenaran yang menjadi pokok dasar berpikir, bertindak dan sebagainya.⁴² Mohammad Daud Ali mengartikan *asas* apabila dihubungkan dengan kata *hukum* adalah kebenaran yang dipergunakan sebagai tumpuan berpikir dan alasan pendapat terutama dalam penegakan dan pelaksanaan hukum.⁴³ Dari definisi tersebut apabila dikaitkan dengan perjanjian dalam hukum

⁴⁰J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian Buku II*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995, hlm. 141.

⁴¹*Ibid*, hlm. 896.

⁴²Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Cetakan Ke-8, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2000, hlm. 50-52.

⁴³*Ibid*.

kontrak syariah adalah, kebenaran yang dipergunakan sebagai tumpuan berpikir dan alasan pendapat tentang perjanjian terutama dalam penegakan dan pelaksanaan hukum kontrak syaria'ah.

Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata merumuskan ada lima asas dalam hukum perjanjian:

1. Asas Kebebasan (*Freedom of Contract*)

Asas kebebasan dalam hukum perjanjian memandang bahwa setiap pihak bebas untuk menentukan apakah mereka akan membuat perjanjian atau tidak, bebas mengadakan perjanjian dengan siapa pun, bebas menentukan isi perjanjian, cara pelaksanaan, serta syarat-syarat perjanjian, dan bebas menentukan bentuk perjanjian, apakah lisan atau tertulis. Asas tersebut telah ada sejak zaman Yunani dan mengalami perkembangan pada zaman Pertengahan (*rennaissance*) dengan latar belakang paham individualisme yang memandang bahwa setiap orang bebas memperoleh apa saja yang dia kehendaki. Pelopor paham ini adalah Hugo de Grecht, Thomas Hobbes, John Locke, dan J.J. Rousseau. Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata memuat ketentuan mengenai asas kebebasan bahwa: "Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya." Asas kebebasan berkontrak merupakan salah satu asas yang sangat penting dalam hukum kontrak. Kebebasan berkontrak ini oleh sebagian sarjana hukum biasanya didasarkan pada Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya. Demikian pula ada yang mendasarkan pada Pasal 1320 KUH Perdata yang menerangkan tentang syarat-syarat sahnya perjanjian. Kebebasan berkontrak memberikan jaminan kebebasan kepada seseorang untuk secara bebas dalam beberapa hal yang berkaitan dengan perjanjian.

Ahmadi Miru mengemukakan di antaranya: 1) bebas menentukan apakah ia akan melakukan perjanjian atau tidak; 2) bebas menentukan dengan siapa ia akan melakukan perjanjian; 3) bebas menentukan isi atau klausul perjanjian; 4) bebas menentukan bentuk perjanjian; atau 5) kebebasan-kebebasan lainnya yang tidak bertentangan dengan Peraturan Perundang-Undangan. Asas kebebasan berkontrak merupakan suatu dasar yang menjamin

kebebasan orang dalam melakukan kontrak. Hal ini tidak terlepas juga dari sifat Buku III KUH Perdata hanya merupakan hukum yang mengatur sehingga para pihak dapat menyimpanginya (mengesampingkannya), kecuali terhadap Pasal-pasal tertentu yang sifatnya memaksa.⁴⁴

Hukum perjanjian di Indonesia menganut asas terbuka, yang artinya hukum perjanjian memberikan kebebasan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian yang berisi apa saja. Sistem (asas) terbuka yang mengandung asas kebebasan berkontrak itu, lazimnya disimpulkan dari Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, yang berbunyi: " semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya." Hukum perjanjian memberikan kebebasan seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian yang berisi apa saja asalkan tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan. Pasal-pasal dalam hukum perjanjian hanya merupakan Pasal pelengkap, dalam arti boleh diabaikan manakala dikehendaki oleh pihak-pihak yang membuat perjanjian. Asas kebebasan berkontrak ini dalam penerapannya harus diimbangi dan dibatasi. Oleh karena itu dalam hukum positif Indonesia dikenal pula asas konsensualitas yang disimpulkan dari Pasal 1320 KUH Perdata, yang berbunyi: " Untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan adanya empat syarat yaitu kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya, kecakapan untuk berbuat sesuatu, dan suatu sebab yang halal." Dengan asas konsensualitas ini diartikan bahwa pada dasarnya suatu perjanjian dan perikatan yang muncul, sebenarnya sudah ada sejak tercapainya kesepakatan. Dengan kata lain perjanjian itu sudah sah apabila kedua belah pihak sudah sepakat tentang hal-hal yang pokok, dan tidak memerlukan suatu formalitas.

2. Asas Konsensualisme (*Concensualism*)

Asas ini memandang bahwa sebuah perjanjian disebut sah apabila ada kesepakatan, yakni persesuaian antara kehendak dan pernyataan yang dibuat oleh kedua belah pihak. Asas ini sangat erat hubungannya dengan prinsip kebebasan dalam mengadakan

⁴⁴Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak Perencanaan Kontrak*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 4.

perjanjian. Asas ini termaktub dalam Pasal 1320 ayat (1) KUH Perdata, berkaitan dengan bentuk perjanjian. Asas ini lahir dari hukum Romawi dan Jerman. Hukum Romawi mengenal asas *contractus verbis literis dan contractus innominat*, sebuah perjanjian dianggap terjadi apabila memenuhi suatu bentuk yang ditetapkan. Sementara hukum Jerman, mengenal istilah perjanjian riil dan perjanjian formal. Disebut perjanjian riil apabila perjanjian tersebut dibuat dan dilaksanakan secara kontan dan disebut perjanjian formal apabila perjanjian tersebut dalam bentuk tertulis. Asas konsensualisme adalah suatu perjanjian lahir manakala telah terjadi kesepakatan antara para pihak. Asas ini dapat ditemukan dalam Pasal 1320 dan Pasal 1338 KUH Perdata. Dalam Pasal 1320 KUH Perdata ditemukan istilah “semua”. Kata-kata semua menunjukkan bahwa setiap orang diberi kesempatan untuk menyatakan keinginannya (*will*), yang dirasanya baik untuk menciptakan perjanjian. Asas ini sangat erat hubungannya dengan asas kebebasan mengadakan perjanjian. Perjanjian yang telah terbentuk dengan tercapainya kata sepakat (*konsensus*) di antara para pihak. Perjanjian ini tidak memerlukan formalitas lain lagi sehingga dikatakan juga perjanjian ini sebagai perjanjian bebas bentuk. Jika perjanjian ini dituangkan dalam bentuk tertulis, maka tulisan itu hanya merupakan alat bukti saja dan bukan syarat untuk terjadinya perjanjian. Perjanjian tersebut dinamakan perjanjian konsensuil.

Ada kalanya menetapkan perjanjian itu harus diadakan secara tertulis atau dengan Akta Notaris, akan tetapi hal ini ada pengecualiannya yaitu Undang-Undang yang menetapkan formalitas-formalitas tertentu untuk beberapa macam perjanjian karena adanya ancaman batal apabila perjanjian tersebut tidak memenuhi syarat-syarat yang dimaksud Pasal 1320 KUH Perdata, seperti perjanjian hibah harus dengan akta notaris, perjanjian perdamaian harus secara tertulis. Perjanjian yang ditetapkan dengan suatu formalitas tertentu tersebut dengan perjanjian formil.

3. Asas Kepastian Hukum (*Pacta Sunt Servanda*)

Asas ini memandang bahwa suatu perjanjian memiliki kepastian hukum berkaitan dengan akibat dari perjanjian tersebut, pihak ketiga (*hakim, dan lain-lain*) harus menghormati substansi perjanjian dan tidak boleh melakukan intervensi. Asas kepastian

hukum tersebut termaktub dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata. Asas ini berhubungan dengan akibat perjanjian dan tersimpul dalam kalimat “berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya” pada akhir Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata. Jadi perjanjian yang dibuat secara sah oleh para pihak mengikat para pembuatnya sebagai Undang-Undang. Dan kalimat ini pula tersimpul larangan bagi semua pihak termasuk di dalamnya “hakim” untuk mencampuri isi perjanjian yang telah dibuat secara sah oleh para pihak tersebut. Oleh karenanya asas ini disebut juga asas kepastian hukum. Asas ini dapat dipertahankan sepenuhnya dalam hal: 1) Kedudukan para pihak dalam perjanjian itu seimbang; dan 2) Para pihak cakap untuk melakukan perbuatan hukum.

4. Asas Itikad Baik (*Good Faith*)

Asas ini memandang bahwa pelaksanaan substansi perjanjian antara kedua belah pihak didasarkan pada kepercayaan dan itikad baik. Itikad baik tersebut dibedakan menjadi dua, yaitu nisbi dan mutlak. Itikad baik nisbi berkaitan dengan sikap dan tingkah laku subjek perjanjian secara nyata, sedangkan itikad baik mutlak memandang bahwa penilaian itikad baik menyangkut ukuran objektif dan tidak memihak berdasarkan norma-norma yang ada. Asas ini termaktub dalam Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata. Asas itikad baik terkandung dalam Pasal 1338 KUH Perdata yang menyatakan bahwa perjanjian-perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Asas ini berkenaan dengan pelaksanaan perjanjian dan berlaku bagi debitur maupun bagi kreditor. Menurut Subekti, pengertian itikad baik dapat ditemui dalam hukum benda (pengertian subjektif) maupun dalam hukum perjanjian seperti yang diatur dalam Pasal 1338 ayat (3) (pengertian objektif).⁴⁵ Dalam hukum benda itikad baik artinya kejujuran atau bersih. Seorang pembeli beritikad baik adalah orang jujur dan orang bersih. Ia tidak mengetahui tentang adanya cacat-cacat yang melekat pada barang yang dibelinya, dalam arti cacat mengenai asal-usulnya. Sedangkan pengertian itikad baik dalam Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata adalah bahwa dalam pelaksanaan perjanjian harus berjalan dengan mengindahkan norma-norma kepatutan dan kesusilaan. Ketentuan Pasal 1338

⁴⁵Subekti, *Hukum Pembuktian*, PT Pradnya Paramita, Jakarta, 2001, hlm. 42.

ayat (3) KUH Perdata juga memberikan kekuasaan pada hakim untuk mengawasi pelaksanaan suatu perjanjian jangan sampai pelaksanaan itu melanggar kepatutan dan keadilan.

5. Asas Kepribadian (*Personality*)

Asas ini memandang bahwa setiap pihak yang melakukan perjanjian berdasarkan kepentingan diri sendiri. Sebagaimana termaktub dalam Pasal 1315 KUH Perdata yang berbunyi: “Pada umumnya seseorang tidak dapat mengadakan perikatan atau perjanjian selain untuk dirinya sendiri,” dan ditegaskan dalam Pasal 1340 KUH Perdata: “Perjanjian hanya berlaku antara pihak yang membuatnya.” Dengan demikian, sebuah perjanjian hanya mengikat kedua belah pihak. Kecuali, ada kasus khusus sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1317 KUH Perdata: “Dapat pula perjanjian diadakan untuk kepentingan pihak ketiga, bila suatu perjanjian yang dibuat untuk diri sendiri atau suatu pemberian kepada orang lain, mengandung suatu syarat semacam itu.” Asas kepribadian ini sebenarnya menerangkan pihak-pihak mana yang terikat pada perjanjian. Asas ini terkandung pada Pasal 1315 dan Pasal 1340 KUH Perdata. Pada Pasal 1315 disebutkan bahwa pada umumnya tak seorangpun dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji daripada untuk dirinya. Pasal 1340 menyatakan bahwa perjanjian-perjanjian hanya berlaku antara pihak-pihak yang membuatnya. Perjanjian itu tidak dapat membawa rugi atau manfaat kepada pihak ketiga selain dalam hal yang diatur klaim Pasal 1317 KUH Perdata, oleh karena perjanjian itu hanya mengikat para pihak yang membuatnya dan tidak dapat mengikat pihak lain.

Dalam Perjanjian Syariah terdapat asas-asas akad (perjanjian) yang berpengaruh kepada status akad (perjanjian) itu sendiri. Ketika asas itu tidak terpenuhi, maka akan mengakibatkan batal atau tidak sahnya akad yang dibuat.⁴⁶ Saat ini asas-asas akad syariah telah diakomodasi dalam peraturan perundang-undangan, antara lain dalam Undang-Undang Perbankan Syariah, Peraturan Bank Indonesia, dan Surat Edaran Bank.⁴⁷ Dengan dimasukkannya asas-asas tersebut kedalam peraturan

⁴⁶Fathurrahman Djamil, *Op.Cit.* hlm. 14.

⁴⁷A. Wangsawidjaya Z., *Pembiayaan Bank Syariah*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2012, hlm. 134.

perundang-undangan, maka prinsip syariah pada bank yang berlabel syariah telah menjadi bagian dari hukum Positif di Indonesia.

Menurut Syamsul Anwar asas akad (perjanjian) dalam Hukum Islam ada delapan asas⁴⁸ yaitu asas ibadah (*mabda' al-'ibadah*), asas kebebasan berakad (*mabda' al-khuriyyah al-ta'auqud*), asas konsensual (*mabda' al-Ridhaiyyah*), asas janji itu mengikat, asas keseimbangan (*mabda' al-Tawazun fi al-Muawadhah*), asas kemaslahatan (tidak memberatkan), asas amanah, dan asas keadilan. Sedangkan menurut Fathurahman Djamil asas-asas perjanjian syariah⁴⁹ yaitu asas kebebasan (*al-Hurriyah*), kesamaan atau kesetaraan (*al-Musawah*), keadilan (*al-'adalah*), Kerelaan/konsensualisme (*al-Ridhaiyyah*), kejujuran dan kebenaran (*Al-Shidq*, kemanaatan (*al-Manfaat*), dan tertulis (*al-Kitabah*). Dan ada pula yang menambahkan asas Ilahiyyah atau asas tauhid, dan asas tersebut juga tidak kalah pentingnya dengan asas-asas akad (perjanjian) syariah yang lainnya.

Asas-asas akad syariah dimaksud memberikan pengaruh terhadap sah dan tidaknya suatu akad, karena sangat pentingnya maka dalam melakukan transaksi ekonomi syariah harus dipengaruhi oleh asas-asas akad yang syariah, yaitu:

1. Ilahiyyah (Asas Ketuhanan)

Asas Ilahiyyah ini berkenaan di mana setiap orang akan selalu membutuhkan dan ketergantungan manusia kepada Allah Swt., dan segala sesuatu perbuatan manusia adalah kehendak Allah bahkan termasuk hidup dan matipun Allah telah menetapkannya.⁵⁰ Seorang muslim yang taat apapun yang dikerjakan didunia ini tetap ukurannya adalah Allah, dia selalu akan merasa Allah selalu hadir dan selalu mengawasi perbuatannya. Hal ini sesuai dengan yang disebutkan dalam Al-Qur'an Surat al-Hadid ayat 4 yang menyatakan:

⁴⁸Syamsul Anwar, *Lock. Cit*, hlm. 83-92.

⁴⁹Fathurrahman Djamil, *Op.Cit.* hlm. 15-27.

⁵⁰Syukri Iska, *Sistem Perbankan Syariah Di Indonesia Dalam Perspektif Fikih Ekonomi*, Fajar Media Press, Yogyakarta, 2014, hlm. 204.

هُوَ الَّذِي خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ اسْتَوَىٰ عَلَى الْعَرْشِ
 يَعْلَمُ مَا يَلِجُ فِي الْأَرْضِ وَمَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَمَا يَنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ وَمَا يَعْرُجُ فِيهَا
 وَهُوَ مَعَكُمْ أَيْنَ مَا كُنْتُمْ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ

Artinya:

“Dialah yang menciptakan langit dan bumi dalam enam masa, kemudian Dia, bersemayam di atas Arsy, Dia mengetahui apa yang masuk ke dalam bumi dan apa yang ke luar dari dalamnya, apa yang turun dari langit dan apa yang naik ke sana. Dan bersama kamu di mana saja kamu berada. Dan Allah maha melihat apa yang kamu kerjakan”.

Kegiatan mu’amalah termasuk perbuatan Akad Syariah (perjanjian), tidak pernah akan lepas dari nilai-nilai ketuhanan. Karena manusia memiliki tanggung jawab atas apa yang ia lakukan termasuk dalam hal akad. Tanggung jawab kepada moral sesama masyarakat, tanggung jawab kepada pihak kedua, tanggung jawab kepada diri sendiri, dan tanggung jawab kepada Allah Swt. Akibat dari penerapan asas ini, manusia tidak akan berbuat sekehendak hatinya karena segala perbuatannya akan mendapat balasan dari Allah Swt.⁵¹

2. *Mabda’ Hurriyah* (Asas Kebebasan)

Asas kebebasan (*mabda’ hurriyah*) ini adalah suatu asas yang mengajarkan bahwa para pihak dalam melakukan akad bebas untuk membuat isi akad (perjanjian), baik isi dan materi perjanjian, menentukan persyaratan-persyaratan, menentukan pelaksanaan, melakukan perjanjian dengan siapapun, membuat perjanjian tertulis atau lisan termasuk menetapkan cara-cara penyelesaian bila terjadi sengketa. Kebebasan membuat perjanjian ini dibenarkan selama tidak bertentangan dengan ketentuan syariah Islam. Dalam akad Syariah inipun mengandung pengertian *freedom of contract* artinya di mana kedua belah pihak dalam melakukan akad syariah tidak ada paksaan dari siapapun, para pihak bebas mengatur sendiri isi kontrak tersebut yang disepakati dengan penuh kesadaran dan tanggung jawab. Menurut

⁵¹Muhammad Syakir Aula, *Asuransi Syari’ah (Life And General): Konsep dan Sistem Operasional*, Cet. 1, Gema Insani Press, Jakarta, 2004, hlm. 723-727.

Faturrahman Djamil bahwa “Syari’ah Islam memberikan kebebasan kepada setiap orang yang melakukan akad sesuai dengan yang diinginkan, tetapi yang menentukan syarat sahnya adalah ajaran agama.⁵² Kebebasan disini mengandung pengertian tidak sebebas-bebasnya melainkan ada batasan sesuai dengan syariah Islam. Dalam QS. Al-Maidah (5): ayat 1 menyatakan:

يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوْا اَوْفُوْا بِالْعُقُوْدِ ۗ اُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيْمَةُ الْاَنْعَامِ اِلَّا مَا يَتَلٰى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَاَنْتُمْ حُرْمٌ ۗ اِنَّ اللّٰهَ سَخِمَ مَا يُرِيْدُ ﴿١﴾

Artinya:

“Hai orang-orang yang beriman, penuhilah akad-akad itu. Dihalalkan bagimu binatang ternak, kecuali yang akan dibacakan kepadamu (yang demikian itu) dengan tidak menghalalkan berburu ketika kamu sedang mengerjakan ibadah haji. Sesungguhnya Allah menetapkan hukum-hukum menurut yang dikehendakinya”.

Ayat di atas mencakup segala macam akad baik yang timbal balik maupun yang sepihak dan semua syarat yang seseorang mengikatkan diri untuk melaksanakannya di masa depan.⁵³ Sedangkan dalam surat Al-Nisa’ (4) ayat 29 menyatakan:

يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوْا لَا تَاْكُلُوْا اَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبٰطِلِ اِلَّا اَنْ تَكُوْنَ تِجْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۗ وَلَا تَقْتُلُوْا اَنْفُسَكُمْ ۗ اِنَّ اللّٰهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيْمًا ﴿٢٩﴾

Artinya:

Wahai orang-orang yang beriman janganlah kamu saling memakan harta sesama dengan jalan yang bathil (tidak benar) kecuali dengan perdangan yang berlaku atas dasar suka sama suka, diantara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu. Sungguh Allah Maha penyayang kepadamu.

Ayat ini memerintahkan kepada orang yang beriman agar membatasi kebebasan berakad yang terdapat dalam Surat Al-Maidah memiliki

⁵²Faturrahman Djamil, *Op.Cit.*, hlm. 249.

⁵³Al-Jassas, *Ahkam Al-Qur’an*, II. Dar Al-Fikr, Beirut, tth, hlm. 172.

batas-batas tidak memakan harta orang lain dengan jalan tidak benar kecuali dengan jual beli. Hal ini merupakan ketertiban umum syara'. Perintah memenuhi perjanjian memberikan pengertian seseorang yang telah melakukan perjanjian maka ia telah mengikatkan dirinya untuk melakukan isi perjanjian tersebut selama perjanjian tersebut tidak menghalalkan yang haram, dan mengharamkan yang halal, sesuai dengan maksud Hadits Nabi saw riwayat Imam al-Tirmidzi dari 'Amr bin 'Auf al-Muzani, Nabi s.a.w. bersabda:

الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا
وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا.

Artinya:

“Perjanjian boleh dan bebas dilakukan di antara kaum muslimin kecuali perjanjian yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram; dan kaum muslimin terikat dengan syarat-syarat mereka kecuali syarat yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram.”

Dalam Hadits lain Nabi saw menyatakan: Hadits riwayat al Bazar dan at-Thabrani yang artinya: *“Apa-apa yang dihalalkan Allah adalah halal, dan apa-apa yang diharamkan Allah adalah haram, dan apa-apa yang didiamkan adalah dimaafkan. Maka terimalah dari Allah pemaaf-Nya. Sungguh Allah itu tidak melupakan sesuatupun”*.⁵⁴

Hadits lain yang diriwayatkan Daruquthni, di-hasan-kan oleh An-Nawawi yang artinya: *“Sesungguhnya Allah telah mewajibkan beberapa kewajiban, maka jangan kamu sia-siakan dia dan Allah telah memberikan beberapa batas, maka janganlah kamu langgar dia, dan Allah telah mengharamkan sesuatu maka janganlah kamu pertengkarkan dia, dan Allah telah mendiamkan beberapa hal, maka janganlah kamu perbincangkan dia”*⁵⁵.

Dari Hadits-Hadits di atas menunjukkan memberikan ketegasan terhadap firman Allah tersebut di atas. bahwa Islam memberi keleluasan yang luas terhadap orang yang akan melakukan dan membuat akad (transaksi) dan macam akad (transaksi) sesuai dengan perkembangan zaman dan kebutuhan masyarakat, asal tidak bertentangan dengan hukum Syara'. Dalam *kaidah fiqhiyah* menyatakan:

⁵⁴Syamsul Anwar, *Op.Cit*, hlm. 12.

⁵⁵*Ibid.*

الأصل في المعاملة الاباحية حتى يدل الدليل على تحريمها

Artinya:

Pada dasarnya dalam akad muamalah itu hukumnya boleh dan bebas, kecuali ada dalil yang mengharamkannya.

Ibnu Taymiyah, merumuskan kaidah fikih muamalah dalam pembuatan kontrak sebagai berikut:

الأصل في العقود والشروط : الجواز والصحة ، ولا يجرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله (ابن التيمية ، القواعد النورانية الفقهية ، ص 131)

Menurut ketentuan asal bahwa akad-akad dan syarat-syarat adalah boleh dan bebas dan karena itu hukumnya sah, tidak ada yang diharamkan atau dianggap batal kecuali apa-apa yang dinyatakan haram dan batal oleh Syariah.” (Ibnu Taymiyah, Qaidah Nuranniyah,131)

Asas *al-hurriyyah* (kebebasan) berkontrak merupakan pilar dari sistem hukum kontrak ekonomi syariah. Asas ini juga berlaku pada hukum perdata, khususnya hukum perikatan yang diatur Buku III KUHPerdata. Sutan Remy Sjahde ini menyimpulkan ruang lingkup asas kebebasan berkontrak sebagai berikut.

- kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian;
- kebebasan untuk memilih dengan pihak siapa ia ingin membuat perjanjian;
- kebebasan untuk memilih *causa* perjanjian yang akan dibuatnya;
- kebebasan untuk menentukan objek suatu perjanjian;
- kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian
- kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*aanvullen, optional*).

3. *Al- Musawah* (Persamaan atau Kesetaraan)

Asas Persamaan atau kesetaraan ini memberikan kedudukan yang sama kepada para pihak dalam membuat akad (perjanjian) baik kreditor maupun debitur mempunyai hak yang sama dalam kedudukannya.

Dalam menentukan hak dan kewajiban masing-masing didasarkan pada asas persamaan atau kesetaraan ini.⁵⁶ Landasan hukum atas asas persamaan atau kesetaraan ini adalah Firman Allah dalam Al-Qur'an Surat Al-Hujurat ayat 13 yang menyatakan:

يٰۤاَيُّهَا النَّاسُ اِنَّا خَلَقْنٰكُمْ مِّنْ ذَكَرٍ وَّاُنْثٰى وَجَعَلْنٰكُمْ شُعُوْبًا وَّقَبَاۤىِٕلَ لِتَعَارَفُوْۤا ۗ اِنَّ اَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللّٰهِ اَتْقٰنُكُمْ ۗ اِنَّ اللّٰهَ عَلِيْمٌ خَبِيْرٌ ﴿١٣﴾

Artinya:

Hai manusia sesungguhnya kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling kenal mengenal. Sesungguhnya orang yang paling mulia diantara kamu disisi Allah ialah orang yang paling taqwa diantara kamu. Sesungguhnya Allah maha mengetahui lagi Maha Mengenal. (QS. Al-Hujurat (49) ayat 13).

Asas persamaan atau kesetaraan (*Al-Musawah*) dalam perjanjian dikenal asas keseimbangan para pihak dalam perjanjian. Sebagaimana asas *equality before the law*, maka kedudukan para pihak dalam perjanjian adalah seimbang (*equal*) antara para pihak. Dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen disebutkan adanya larangan membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan/atau perjanjian, pencantuman larangan ini dapat dilihat dalam Pasal 18 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999. Antara lain menyatakan hal-hal sebagai berikut:

- 1) Pelaku usaha dalam menawarkan barang dan/atau jasa yang ditujukan untuk diperdagangkan dilarang membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan/atau perjanjian apabila:
 - a. menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha;
 - b. menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali barang yang dibeli konsumen;
 - c. menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali uang yang dibayarkan atas barang dan/atau jasa yang dibeli oleh konsumen;

⁵⁶Fathurrahman Djamil, *Op. Cit*, hlm. 18.

- d. menyatakan pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha baik secara langsung, maupun tidak langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran;
- 2) Pelaku usaha dilarang mencantumkan klausula baku yang letak atau bentuknya sulit terlihat atau tidak dapat dibaca secara jelas, atau yang pengungkapannya sulit dimengerti.
 - 3) Setiap klausula baku yang telah ditetapkan oleh pelaku usaha pada dokumen atau perjanjian yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat 1 dan ayat 2 dinyatakan batal demi hukum.
 - 4) Pelaku usaha wajib menyesuaikan klausula baku yang bertentangan dengan Undang-undang ini;

4. Al-'Adalah (Asas Keadilan)

Al-'Adalah (asas keadilan) dalam Islam sesuatu hal yang harus ditegakkan atau dilaksanakan oleh para pihak yang melakukan akad syariah, tidak boleh dari salah satu pihak dalam melakukan akad syariah ada kezaliman sebagai lawan dari adil. Perintah berlaku adil dalam Al-Qur'an, diantaranya dinyatakan sebagai berikut:

- a. Al-Qur'an Surat An-Nahl (16) ayat 90

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾

Artinya:

Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan, member kepada kaum kerabat, dan Allah melarang perbuatan keji, kemungkaran dan permusuhan. Dia memberi pelajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pelajaran.

- b. Al-Qur'an Surat An-Araf (7) ayat 29

﴿ قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ ۗ وَأَقِيمُوا وُجُوهَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَادْعُوهُ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ ۚ كَمَا بَدَأَكُمْ تَعُودُونَ ﴾

Artinya:

“Katakanlah Tuhanku menyuruh menjalankan keadilan”, dan (katakanlah) “Luruskanlah muka (diri)mu disetiap sembahyang dan sembahlah Allah dengan mengikhlaskan ketatanmu kepada-Nya. sebagaimana Dia telah menciptakan kamu pada permulaan (demikian pulalah kamu akan kembali kepada-Nya).

- c. Al-Qur’an Surat As-Syura (42) ayat 15

فَلذَلِكَ فَادَعُ^ط وَأَسْتَقِمْ^ط كَمَا أُمِرْتُ^ط وَلَا تَتَّبِعْ^ط أَهْوَاءَهُمْ^ط وَقُلْ^ط ءَأَمَنْتُ^ط
بِمَا أَنْزَلَ^ط اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ^ط وَأُمِرْتُ^ط لِأَعْدِلَ^ط بَيْنَكُمْ^ط اللَّهُ رَبُّنَا^ط وَرَبُّكُمْ^ط لَنَا^ط
أَعْمَلْنَا^ط وَلَكُمْ^ط أَعْمَلُكُمْ^ط لَا حُجَّةَ^ط بَيْنَنَا^ط وَبَيْنَكُمْ^ط اللَّهُ يَجْمَعُ^ط بَيْنَنَا^ط وَإِلَيْهِ^ط
الْمَصِيرُ^ط

Artinya:

Maka karena itu serulah (mereka kepada agama ini) dan tetaplah sebagaimana diperintahkan kepadamu dan janganlah mengikuti hawa nafsu mereka dan ketahuilah: “Aku beriman kepada semua kitab yang diturunkan Allah dan aku diperintahkan supaya berkata adil diantara kamu. Allah-lah Tuhan kami dan Tuhan kamu. Bagi kami amal-amal kami, dan bagi kamu amal-amal kamu. Allah mengumpulkan anatara kita dan kepada-Nyalah kembali (kita).

- d. Al-Qur’an Surat Al-Maidah (5) ayat 8

يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا^ط كُونُوا قَوَّامِينَ^ط لِلَّهِ^ط شُهَدَاءَ^ط بِالْقِسْطِ^ط وَلَا^ط
يَجْرِمَنَّكُمْ^ط شَنَاَنُ قَوْمٍ^ط عَلَىٰ^ط ءَلَّا تَعْدِلُوا^ط ءَعْدِلُوا^ط هُوَ أَقْرَبُ^ط لِلتَّقْوَىٰ^ط
وَاتَّقُوا اللَّهَ^ط إِنَّ اللَّهَ^ط خَبِيرٌ^ط بِمَا تَعْمَلُونَ^ط

Artinya:

“Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil, dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat

kepada takwa. Dan bertakwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan.

Pada tataran implementatif, asas keadilan ini menuntut para pihak yang berakad syariah untuk berlaku benar dalam pengungkapan kehendak dan keadaan, memenuhi perjanjian yang telah mereka buat, dan memenuhi semua yang telah mereka buat, dan memenuhi semua kewajibannya (QS. 3: 17; 2: 177; 23: 8; 5: 1).

Asas keadilan ini juga berarti bahwa segala bentuk transaksi yang mengundang unsur kezaliman tidak dibenarkan. Misalnya, eksekusi jaminan atas hutang dengan menhancurkan semua objek jaminan di mana nilai agunan (jaminan) lebih besar daripada sisa hutang. Adalah tindakan kezaliman jika dalam kontraknya kreditor membuat ketentuan apabila dalam jangka waktu tertentu utang tidak dibayar, barang tanggungan menjadi lebur, dan semuanya menjadi milik yang kreditor.

Asas keadilan dalam perjanjian/akad menuntut para pihak untuk melakukan praktik yang benar dalam transaksi. Perjanjian harus senantiasa mendatangkan keuntungan yang adil dan seimbang, serta tidak boleh mendatangkan kerugian bagi salah satu pihak.

5. Al-Ridhaiyyah (Kerelaan/Konsensualisme)

Asas Al-Ridhaiyyah dalam Al-Qur'an disebut dengan kalimat antara *dhin minkum* (saling rela diantara kamu), kerelaan kedua belah pihak dalam transaksi dianggap sebagai prasyarat terwujudnya akad. Sebagaimana dalam Al-Qur'an Surat An-Nisa ayat 29, yang menyatakan:

يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ
تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ
رَحِيمًا

Artinya:

Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama-suka di antara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu. Sesungguhnya Allah adalah Maha Penyayang kepadamu.

Ayat di atas memerintahkan kepada orang beriman agar dalam melakukan transaksi harus atas dasar kerelaan diantara dua pihak, maka tidak dikatakan terjadi suatu transaksi antara kedua belah pihak jika tidak dilakukan atas dasar suka sama suka (rela sama rela) seperti adanya paksaan, ada tekanan, adanya penipuan dari salah satu pihak, dan *miss-statement*. Kerelaan para pihak terwujud pada saat terjadinya kata sepakat, kondisi *ridha* ini diimplementasikan dalam perjanjian yang dilakukan diantaranya dengan kesepakatan dalam bentuk *shighat* (*ijab* dan *qabul*) serta adanya konsep *khiyar*.⁵⁷ maka kerelaan ini terwujud secara lahiriyah dengan adanya *ijab* dan *qabul* antara kedua belah pihak yang berakad. Dapat pula dikatakan kerelaan dapat diukur secara lahiriyah dengan adanya *ijab* dan *qabul* antara para pihak yang berakad.

Menurut Fathurrahman Djamil asas *Al-Ridhaiyyah* ini asas dalam KUH Perdata sering dinamakan asas konsensualisme atau asas konsesnsuil. Asas ini termuat dalam Pasal 1320 KUH Perdata mengenai syarat sahnya perjanjian, dan merupakan penjabaran lebih lanjut dari asas kebebasan berkontrak. Asas konsensualisme menganut paham bahwa perjanjian lahir pada saat tercapai kesepakatan para pihak.⁵⁸ Dengan sepakat atau juga dinamakan perizinan, dimaksudkan bahwa kedua subjek yang mengadakan perjanjian itu harus sepakat, setuju atau seia sekata mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian yang diadakan itu. Apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu, juga dikehendaki oleh pihak yang lain.⁵⁹

6. *Ash-Shidq* (Kejujuran/Kebenaran)

Asas *Ash-Shidq* (kejujuran/Kebenaran) harus diterapkan dan dijalankan dalam melakukan akad syariah. Jika asas ini tidak diterapkan maka akan timbul kecurangan, manipulasi, dan penipuan. Islam dengan tegas melarang kebohongan dan penipuan dalam bentuk apapun. apabila asas *Ash-Shidq* diabaikan maka akan merusak pada legalitas akad yang dibuat. di mana salah satu pihak yang merasa dirugikan pada saat melakukan perjanjian oleh pihak lain dapat menghentikan proses perjanjiannya dengan alasan asas ini tidak

⁵⁷Faturrahman Djamil, *Op. Cit.*, hlm. 22.

⁵⁸*Ibid*, hlm. 23.

⁵⁹Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet. Ke-6. PT Intermedia, Jakarta, 1979, hlm. 17.

diterapkan. Landasan hukum untuk bertindak jujur dalam berakad syariah ini adalah:

- a. Al-Qur'an Surat Al-Ahzab (33): 70

يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوْا اتَّقُوْا اللّٰهَ وَقُولُوْا قَوْلًا سَدِيْدًا ﴿٧٠﴾

Artinya:

Hai orang-orang yang beriman, bertaqwalah kamu kepada Allah, dan katakanlah perkataan yang benar”.

- b. Al-Qur'an Surat Al-Imran (3): 95

قُلْ صَدَقَ اللّٰهُ فَاَتَّبِعُوْا مِلَّةَ اِبْرٰهِيْمَ حَنِيفًا وَّمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِيْنَ ﴿٩٥﴾

Artinya:

Katakanlah: “Benarlah (apa yang difirmankan) Allah.” maka ikutilah agama Ibrahim yang lurus, dan bukanlah dia termasuk orang-orang yang musyrik”.

7. Asas Al-Kitabah (Tertulis)

Asas Al-Kitabah (Tertulis) ini sangat penting dalam melakukan akad syariah, hal ini sebagaimana diperintahkan oleh Allah dengan firman-Nya, sebagaimana termaktub dalam Al-Qur'an, Surat Al-Baqarah ayat 282-283, yang menyatakan:

يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوْا اِذَا تَدٰٓاٰنٰتُمْ بَدِيْنَ اِلَىٰ اَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوْهُ ۗ
وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ اَنْ يَّكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ
اللّٰهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللّٰهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ
شَيْئًا ۗ فَاِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيْهًا اَوْ ضَعِيْفًا اَوْ لَا يَسْتَطِيْعُ اَنْ يُّمِلَّ
هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيْهِ بِالْعَدْلِ ۗ وَاَسْتَشْهَدُوْا شٰهِيْدِيْنَ مِنْ رِّجَالِكُمْ ۗ فَاِنْ لَّمْ
يَكُوْنَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَاَمْرَاَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَآءِ اَنْ تَضِلَّ
اِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرْ اِحْدٰٓهُمَا الْاٰخَرٰى ۗ وَلَا يَأْب الشُّهَدَآءُ اِذَا مَا دُعُوْا ۗ

وَلَا تَسْمُومُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ۚ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ
 اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَدَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ۗ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً
 تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ۗ وَأَشْهَدُوا ۗ وَإِذَا تَبَايَعْتُمْ
 ۚ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۚ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۗ
 وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ ۗ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٢٨﴾ * وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ
 تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً ۗ فَإِنْ أَتَىٰ مِنْ بَعْضِكُمْ بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أَوْثَقَ
 أَمْنَتَهُ ۗ وَليَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ۗ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ۗ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ
 قَلْبُهُ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٢٢٩﴾

Artinya:

Hai orang-orang yang beriman, apabila kamu bermuamalah (berjual beli, utang piutang, atau sewa menyewa, dan sebagainya), tidak secara tunai untuk waktu yang ditentukan, hendaklah kamu menuliskannya. Dan hendaklah seorang penulis diantara kamu menuliskannya dengan benar. Dan janganlah penulis enggan menuliskannya sebagaimana Allah mengajarkannya, maka hendaklah ia menulis, dan hendaklah orang yang berhutang itu mengimlakkan (apa yang akan ditulis itu), dan hendaklah ia bertakwa kepada Allah Tuhannya, dan janganlah ia mengurangi sedikitpun dari pada utangnya. Jika yang berhutang itu orang yang lemah akalnya atau lemah (keadaannya) atau ia sendiri tidak mampu mengimlakkan, maka hendaklah walinya mengimlakkan dengan jujur. Dan persaksikanlah dengan dua orang saksi dari orang-orang lelaki (di antaramu) perempuan, jika tak ada dua orang lelaki, maka (boleh) seorang lelaki dan dua orang perempuan dari saksi-saksi yang kamu ridhai, supaya jika seorang lupa maka yang seorang mengingatkannya. Janganlah saksi-saksi itu enggan (member keterangan) apabila mereka dipanggil, dan janganlah kamu jemu menulis utang itu, baik kecil maupun besar, sampai batas waktu membayarnya. Yang demikian itu lebih adil disisi Allah dan lebih menguatkan persaksian dan lebih dekat kepada tidak (menimbulkan) keraguanmu. (Tulislah mu'malah-mu itu), kecuali muamalah itu perdagangan tunai yang kamu jalankan diantara kamu, maka tidak ada dosa bagi kamu, (jika) kamu tidak

menulisnya. Dan persaksikanlah apabila kamu berjual beli, dan janganlah penulis dan saksi saling sulit menyulitkan. Jika kamu lakukan (demikian), maka sesungguhnya hal itu adalah suatu kefasikan pada dirimu. Dan bertakwalah kepada Allah, Allah mengajarmu, dan Allah Maha Mengetahui segala sesuatu. Jika kamu dalam perjalanan (dan bermu'amalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang (orang yang berpiutang). Akan tetapi, jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (utangnya) dan hendaklah bertakwa kepada Allah Tuhannya, dan janganlah kamu (para saksi) menyembunyikan persaksian. Barangsiapa menyembunyikannya, maka sesungguhnya ia adalah orang yang berdosa hatinya, dan Allah mengetahui apa yang kamu kerjakan.

Kedua ayat tersebut di atas memerintahkan banyak hal dalam bermu'amalah (berjual beli, utang piutang, atau sewa menyewa, dan sebagainya) yang harus dilakukan diantaranya ialah: harus dilakukan secara tertulis, oleh seorang penulis yang dapat menulis dengan benar (Notaris). Kreditor yang mengimlakan apa yang harus ditulis dan diperjajikan dalam bermu'amalah tersebut dengan disaksikan oleh dua orang saksi laki-laki, atau dua orang saksi perempuan ditambah dengan seorang saksi laki-laki. Jika dalam perjalanan (dan bermu'amalah tidak secara tunai) tidak memperoleh seorang penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan (rahn) yang dipegang (orang yang berpiutang). Namun apabila saling mempercayai satu sama lainnya, maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (melunasi utangnya) dengan benar. Yang tidak kalah pentingnya kedudukan saksi dalam berumulah ini adalah saksi harus bertindak jujur, tidak menyembunyikan atas persaksiannya.

8. Asas Amanah (Kepercayaan)

Asas Amanah (kepercayaan) ini dimaksudkan para yang melakukan kontrak syariah harus menjunjung tinggi *amanah* dan tidak *khianat* (*wanprestasi*). karena itu jika *amanah* tidak menjunjung tinggi akan terjadi dalam beruamalah tindakan manipulasi, dusta, batil, khianat, bahkan menzalimi orang untuk kepentingannya. *Amanah* juga sebagai landasan moral dan etika dalam bermu'amalah dan berinteraksi sosial. Perintah bertindak *Amanah* terdapat dalam Al-Qur'an sebagai berikut:

- a. Al-Qur'an Surat An-Nisa (4): 58.

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾

Artinya:

Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum diantara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepada kamu. Sesungguhnya Allah Maha Mendengar lagi Maha Melihat.

- b. Al-Qur'an Surat Al-Baqarah (2) ayat 283.

﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنْ مَقْبُوضَةً فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنُ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ۗ وَلَا تَكْفُرُوا بِالْشَّهَادَةِ ۗ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾

Artinya:

Jika kamu dalam perjalanan (dan bermu'amalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang (orang yang berpiutang). Akan tetapi, jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (utangnya) dan hendaklah bertakwa kepada Allah Tuhannya, dan janganlah kamu (para saksi) menyembunyikan persaksian. Barangsiapa menyembunyikannya, maka sesungguhnya ia adalah orang yang berdosa hatinya, dan Allah mengetahui apa yang kamu kerjakan.

- c. Al-Qur'an Surat Al-Anfal (8) ayat 27

يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ

Artinya:

“Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu mengkhianati Allah dan Rasulallah Saw. (Muhammad) dan (juga) janganlah kamu mengkhianati amanat-amanat yang dipercayakan kepadamu, sedang kamu mengetahui”.

Sedangkan asas-asas akad menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah terletak pada Pasal 21 yang menyatakan: Akad dilakukan berdasar asas:

- a. *Ikhtiyari/sukarela*; setiap akad dilakukan atas kehendak para pihak, terhindar dari keterpaksaan karena tekanan salah satu pihak atau pihak lain.
- b. *Amanah/menempati janji*; setiap akad wajib dilaksanakan oleh para sesuai dengan kesepakatan yang ditetapkan oleh yang bersangkutan dan pada saat yang sama terhindar dari cidera-janji.
- c. *Ikhtiyati/kehati-hatian*; setiap akad dilakukan dengan pertimbangan yang matang dan dilaksanakan secara tepat dan cermat.
- d. *Luzum/tidak berubah*; setiap akad dilakukan dengan tujuan yang jelas dan perhitungan yang cermat, sehingga terhindar dari praktik spekulasi atau maisir.
- e. Saling menguntungkan; setiap akad dilakukan untuk memenuhi kepentingan para pihak sehingga tercegah dari praktik manipulasi dan merugikan salah satu pihak.
- f. *Taswiyah/kesetaraan*; para pihak dalam setiap akad memiliki kedudukan yang setara, dan mempunyai hak dan kewajiban yang seimbang.
- g. *Tranparansi*; setiap akad dilakukan dengan pertanggungjawaban para pihak secara terbuka.
- h. *Kemampuan*; setiap akad dilakukan sesuai dengan kemampuan para pihak, sehingga tidak menjadi beban yang berlebihan bagi yang bersangkutan.
- i. *Taisir/kemudahan*; setiap akad dilakukan dengan cara saling memberi kemudahan kepada masing-masing pihak untuk dapat melaksanakannya sesuai dengan kesepakatan.
- j. *Itikad baik*; akad dilakukan dalam rangka menegakan kemaslahatan, tidak mengandung unsur jebakan dan perbuatan buruk lainnya.
- k. *Sebab yang halal*; tidak bertentangan dengan hukum, tidak dilarang oleh hukum dan tidak haram.
- l. *Al-hurriyah* (kebebasan berkontrak)
- m. *Al-kitabah* (tertulis)

Menurut Syamsul Anwar, asas-asas yang berkaitan dengan perjanjian (akad) dalam Hukum Islam adalah:⁶⁰

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

Asas *ibahah* adalah asas umum Hukum Islam dalam bidang muamalat secara umum. Asas ini dirumuskan dalam adagium “pada dasarnya segala sesuatu itu boleh dilakukan sampai ada dalil yang melarangnya”. Asas ini merupakan kebalikan dari asas yang berlaku dalam masalah ibadah. Dalam hukum Islam, untuk tindakan-tindakan ibadah berlaku asas bahwa bentuk-bentuk ibadah yang sah adalah bentuk-bentuk yang disebutkan dalam dalil-dalil syariah. Orang tidak dapat membuat-buat bentuk baru ibadah yang tidak pernah ditentukan oleh Nabi Saw., bentuk-bentuk baru ibadah yang dibuat tanpa pernah diajarkan oleh Nabi Saw. itu disebut *bid'ah* dan tidak sahhukumnya. Sebaliknya, dalam tindakan-tindakan muamalat berlaku asas sebaliknya, yaitu bahwa segala sesuatu itu sah dilakukan sepanjang tidak ada larangan tegas atas tindakan itu. Bila dikaitkan dengan tindakan hukum, khususnya perjanjian, maka hal ini berarti bahwa tindakan hukum dan perjanjian apapun dapat dibuat sejauh tidak ada larangan khusus mengenai tindakan tersebut.

2. Asas Kebebasan Berakad (*Mabda' Hurriyahat-Ta'auqud*)

Hukum Islam mengikuti kebebasan berakad, yaitu suatu prinsip hukum yang menyatakan bahwa setiap orang dapat membuat akad jenis apapun tanpa terikat dengan nama-nama yang telah ditentukan dalam undang-undang syariah dan memasukkan klausul apa saja ke dalam akad yang dibuatnya itu sesuai dengan kepentingannya sejauh tidak berakibat makan harta sesama jalan batil. Namun demikian, dilingkungan madzhab-madzhab yang berbeda terdapat perbedaan pendapat mengenai luas sempitnya kebebasan tersebut. Nash-nash Al-Qur'an dan sunnah Nabi Saw. serta kaidah-kaidah Hukum Islam menunjukkan bahwa Hukum Islam menganut asas kebebasan berakad. Asas kebebasan berakad ini merupakan konkretisasi lebih jauh dan spesifikasi yang lebih tegas lagi terhadap asas ibadah dalam muamalat.

⁶⁰Syamsul Anwar, *Loc.cit*, hlm. 83-92.

3. Asas Konsensualisme

Asas konsensualisme menyatakan bahwa untuk terciptanya suatu perjanjian cukup dengan tercapainya kata sepakat antara para pihak tanpa perlu dipenuhinya formalitas-formalitas tertentu. Dalam Hukum Islam pada umumnya perjanjian-perjanjian itu bersifat konsensual. Para ahli Hukum Islam biasanya menyimpulkan asas konsensualisme dalam firman Allah yang berbunyi:

Artinya: *“Wahai orang-orang beriman, janganlah kamu makan harta sesamamu dengan jalan bathil, kecuali (jika makan harta sesama itu dilakukan) dengan cara tukar menukar berdasarkan perizinan timbal balik (kata sepakat) diantara kamu “ (An-Nisa’:29).*

Kutipan ayat diatas menjelaskan bahwa setiap pertukaran secara timbal balik itu diperbolehkan dan sah selama didasarkan atas kesepakatan antara kedua belah pihak. Ibn Taimiyyah juga menegaskan bahwa, Allah memandang cukup perizinan timbal balik untuk jual beli dalam firman-Nya: *“kecuali dengan jalan tukar menukar atas dasar perizinan timbal balik dari kamu dan memandang cukup kerelaan hati (consent) untuk tabarru’ dalam firman-Nya, kemudian jika mereka menyerahkan kepadamu sebagian dari mas kawin itu atas dasar senang hati (perizinan, consent), maka makanlah (ambillah) pemberian itu sebagai suatu yang sedap lagi baik akibatnya. Jadi ayat diatas adalah mengenai jenis akad atas beban (muawadah).”*

4. Asas Keseimbangan (*Mabda’ at-Tawāzun fial-Mu’awadhah*)

Secara faktual jarang terjadi keseimbangan antara para pihak dalam bertransaksi, namun hukum perjanjian Islam tetap menekankan perlunya keseimbangan itu, baik keseimbangan antara apa yang diberikan dan apa yang diterima maupun keseimbangan dalam memikul resiko. Asas keseimbangan dalam transaksi (antara apa yang diberikan dengan apa yang diterima) tercermin pada dibatalkannya suatu akad yang mengalami ketidak seimbangan prestasi yang mencolok. Asas keseimbangan dalam memikul resiko tercermin dalam larangan terhadap transaksi riba, di mana dalam konsep riba hanya debitur yang memikul segala resiko atas kerugian usaha, sementara kreditor bebas sama sekali dan harus mendapat prosentase tertentu sekalipun pada saat dananya mengalami kembalian negatif.

5. Asas Kemaslahatan (tidak memberatkan)

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

6. Asas Amānah

Asas Amānah dimaksudkan bahwa masing-masing pihak haruslah beri'tikad baik dalam bertransaksi dengan pihak lainnya dan tidak dibenarkan salah satu pihak mengeksploitasi ketidaktahuan mitranya. Dalam kehidupan masa kini banyak sekali objek transaksi yang dihasilkan oleh satu pihak melalui suatu keahlian yang amat spesialis dan profesionalisme yang tinggi sehingga ketika ditransaksikan, pihak lain yang menjadi mitra transaksi tidak banyak mengetahui seluk beluknya. Oleh karena itu, ia sangat bergantung kepada pihak yang menguasainya. Profesi kedokteran, terutama dokter spesialis, misalnya hanya diketahui dan dikuasai oleh para dokter saja. Masyarakat umum tidak mengetahui seluk beluk profesi tersebut. Oleh karena itu, ketika seorang pasien sebagai salah satu pihak transaksi akan diterapkan oleh suatu metode pengobatan dan penenangan penyakitnya, sang pasien sangat bergantung kepada informasi dokter untuk mengambil keputusan menjalani metode tersebut. Begitu juga terdapat barang-barang canggih, tetapi juga menimbulkan resiko berbahaya bila salah dalam penggunaannya. Dalam hal ini, yang bertransaksi dengan objek barang tersebut sangat bergantung kepada informasi produsen yang menawarkan barang tersebut. Oleh karena itu, dalam kaitan ini dalam hukum perjanjian Islam dituntut adanya sikap amanah pada pihak yang menguasainya untuk memberi informasi yang sejujurnya kepada pihak lain yang tidak banyak mengetahuinya.

Dalam hukum Islam, terdapat suatu bentuk perjanjian yang disebut perjanjian amanah, salah satu pihak hanya bergantung kepada informasi jujur dari pihak lainnya untuk mengambil keputusan

untuk menutup perjanjian bersangkutan. Diantara ketentuannya, adalah bahwa bohong atau penyembunyian informasi yang semestinya disampaikan dapat menjadi alasan pembatalan akad bila dikemudian hari ternyata informasi itu tidak benar yang telah mendorong pihak lain untuk menutup perjanjian. Contoh paling sederhana dalam Hukum Islam adalah akad *murabahah*, yang merupakan salah satu bentuk akad amanah. Pada zaman sekarang wilayah akad amanah tidak saja hanya dibatasi pada akad seperti *murabahah*, tetapi juga meluas kedalam akad *takaful* (*asuransi*) bahkan juga banyak akad yang pengetahuan mengenai objeknya hanya dikuasai oleh salah satu pihak saja.

7. Asas Keadilan

Keadilan adalah tujuan yang hendak diwujudkan oleh semua hukum. Dalam hukum Islam, keadilan langsung merupakan perintah Al-Qur'an yang menegaskan (QS. 5:8): Artinya: “ ... *Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. Dan bertakwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah mengetahui apa yang kamu kerjakan*” (Al-Maidah: 8). Keadilan merupakan sendi setiap perjanjian yang dibuat oleh para pihak. Sering kali zaman modern akad ditutup oleh satu pihak dengan pihak lain tanpa ia memiliki kesempatan untuk melakukan negosiasi mengenai klausul akad tersebut, karena klausul akad tersebut telah dibakukan oleh pihak lain. Tidak mustahil bahwa dalam pelaksanaannya akan timbul kerugian kepada pihak yang menerima syarat baku itu karena didorong kebutuhan. Dalam Hukum Islam kontemporer telah diterima suatu asas bahwa demi keadilan syarat baku itu dapat diubah oleh pengadilan apabila memang ada alasan untuk itu.

Dalam hukum kontrak syari'ah terdapat asas-asas perjanjian yang melandasi penegakan dan pelaksanaannya. Asas-asas perjanjian tersebut diklasifikasikan menjadi asas-asas perjanjian yang tidak berakibat hukum dan sifatnya umum dan asas-asas perjanjian yang berakibat hukum dan sifatnya khusus. Adapun asas-asas perjanjian yang tidak berakibat hukum dan sifatnya umum adalah:

1. Asas Ilahiah atau Asas Tauhid

Setiap tingkah laku dan perbuatan manusia tidak akan luput dari ketentuan Allah Swt. Seperti yang disebutkan dalam Q.S Al-Hadid

(57): 4 yang artinya "Diabersama kamu di mana saja kamu berada. Dan Allah maha melihat apa yang kamu kerjakan". Kegiatan mu'amalah termasuk perbuatan perjanjian, tidak pernah akan lepas dari nilai-nilai ketauhidan. Dengan demikian manusia memiliki tanggung jawab akan hal itu. Tanggung jawab kepada masyarakat, tanggung jawab kepada pihak kedua, tanggung jawab kepada diri sendiri, dan tanggung jawab kepada Allah Swt. Akibat dari penerapan asas ini, manusia tidak akan berbuat sekehendak hatinya karena segala perbuatannya akan mendapat balasan dari Allah Swt.⁶¹

2. Asas Kebolehan (*Mabda al-Ibahah*)

Terdapat kaidah fiqhiyah yang artinya, "Pada dasarnya segala sesuatu itu dibolehkan sampai terdapat dalil yang melarang". Kaidah fiqh tersebut bersumber pada dua Hadits berikut ini: Hadits riwayat al Bazar dan at-Thabrani yang artinya: "Apa-apa yang dihalalkan Allah adalah halal, dan apa-apa yang diharamkan Allah adalah haram, dan apa-apa yang didiamkan adalah dimaafkan. Maka terimalah dari Allah pemaaf-Nya. Sungguh Allah itu tidak melupakan sesuatupun".⁶²

Hadits riwayat Daruquthni, dihasankan oleh an-Nawawi yang artinya: *Sesungguhnya Allah telah mewajibkan beberapa kewajiban, maka jangan kamu sia-siakan dia dan Allah telah memberikan beberapa batas, maka janganlah kamu langgar dia, dan Allah telah mengharamkan sesuatu maka janganlah kamu pertengkarkan dia, dan Allah telah mendiamkan beberapa hal, maka janganlah kamu perbincangkan dia.*⁶³

Kedua Hadits di atas menunjukkan bahwa segala sesuatunya adalah boleh atau *mubah* dilakukan. Kebolehan ini dibatasi sampai ada dasar hukum yang melarangnya. Hal ini berarti bahwa Islam memberi kesempatan luas kepada yang berkepentingan untuk mengembangkan bentuk dan macam transaksi baru sesuai dengan perkembangan zaman dan kebutuhan masyarakat.

⁶¹Muhammad Syakir Aula, *Asuransi Syari'ah (Life And General): Konsep Dan sistem Operasional*, Cet. 1, Gema Insani Press, Jakarta, 2004, hlm.723-727.

⁶²Imam Musbikin, *Qawa'id Al-Fiqhiyah*, Cet. 1, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2001, hlm. 12.

⁶³*Ibid*, hlm. 59.

3. Asas Keadilan (*Al 'Adalah*)

Dalam QS. Al-Hadid (57): 25 disebutkan bahwa Allah berfirman yang artinya “*Sesungguhnya Kami telah mengutus rasul-rasul Kami dengan membawabukti-bukti yang nyata dan telah Kami turunkan bersama mereka al-Kitab dan Neraca (keadilan) supaya manusia dapat melaksanakan keadilan*”. Selain itu disebutkan pula dalam QS. Al A'raf (7): 29 yang artinya “*Tuhanku menyuruh supaya berlaku adil*”. Dalam asas ini para pihak yang melakukan kontrak dituntut untuk berlaku benar dalam mengungkapkan kehendak dan keadaan, memenuhi perjanjian yang telah mereka buat, dan memenuhi semua kewajibannya.⁶⁴

4. Asas Persamaan Atau Kesetaraan

Hubungan mu'amalah dilakukan untuk memenuhi kebutuhan hidup manusia. Seringkali terjadi bahwa seseorang memiliki kelebihan dari yang lainnya. Oleh karena itu sesama manusia masing-masing memiliki kelebihan dan kekurangan. Maka antara manusia yang satu dengan yang lain, hendaknya saling melengkapi atas kekurangan yang lain dari kelebihan yang dimilikinya. Dalam melakukan kontrak para pihak menentukan hak dan kewajiban masing-masing didasarkan pada asas persamaan dan kesetaraan. Tidak diperbolehkan terdapat kezaliman yang dilakukan dalam kontrak tersebut. Sehingga tidak diperbolehkan membedakan manusia berdasar perbedaan warna kulit, agama, adat dan ras. Dalam QS. Al-Hujurat (49): 13 disebutkan yang artinya “*Hai manusia sesungguhnya kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling mengenal.*”

5. Asas Kejujuran dan Kebenaran (*Ash Shidiq*)

Jika kejujuran ini tidak diterapkan dalam kontrak, maka akan merusak legalitas kontrak dan menimbulkan perselisihan diantara para pihak.⁶⁵ QS. Al-Ahzab (33): 70 disebutkan yang artinya, “*Hai orang-orang yang beriman, bertaqwalah kamu kepada Allah dan katakanlah perkataan yang benar*”. Suatu perjanjian dapat dikatakan benar apabila memiliki manfaat bagi para pihak yang melakukan

⁶⁴Gemala Dewi, *Lock cit*, hlm. 12.

⁶⁵*Ibid*, hlm. 32-33.

perjanjian dan bagi masyarakat dan lingkungannya. Sedangkan perjanjian yang mendatangkan *madharat* dilarang.

6. Asas Tertulis (*Al-Kitabah*)

Suatu perjanjian hendaknya dilakukan secara tertulis agar dapat dijadikan sebagai alat bukti apabila di kemudian hari terjadi persengketaan.⁶⁶Dalam QS. Al-Baqarah (2); 282-283 dapat dipahami bahwa Allah Swt. menganjurkan kepada manusia agar suatu perjanjian dilakukan secara tertulis, dihadiri para saksi dan diberikan tanggung jawab individu yang melakukan perjanjian dan yang menjadi saksi tersebut. Selain itu dianjurkan pula jika suatu perjanjian dilaksanakan tidak secara tunai maka dapat dipegang suatu benda sebagai jaminannya.⁶⁷

7. Asas Iktikad baik (Asas Kepercayaan)

Asas ini dapat disimpulkan dari Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata yang berbunyi, “Perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik”.⁶⁸Asas ini mengandung pengertian bahwa para pihak dalam suatu perjanjian harus melaksanakan substansi kontrak atau prestasi berdasarkan kepercayaan atau keyakinan yang teguh serta kemauan baik dari para pihak agar tercapai tujuan perjanjian.

8. Asas Kemanfaatan dan Kemaslahatan

Asas ini mengandung pengertian bahwa semua bentuk perjanjian yang dilakukan harus mendatangkan kemanfaatan dan kemaslahatan baik bagi para pihak yang mengikatkan diri dalam perjanjian maupun bagi masyarakat sekitar meskipun tidak terdapat ketentuannya dalam Al-Qur’an dan Al-Hadits. Asas kemanfaatan dan kemaslahatan ini sangat relevan dengan tujuan Hukum Islam secara universal. Sebagaimana para filosof Islam di masa lampau seperti Al-Ghazali (w.505/1111) dan Asy-Syatibi (w.790/1388) merumuskan tujuan Hukum Islam berdasarkan ayat-ayat Al-Qur’an dan Al-Hadits sebagai mewujudkan kemaslahatan. Dengan maslahat dimaksudkan memenuhi dan melindungi lima kepentingan pokok manusia yaitu melindungi religiusitas, jiwa-

⁶⁶Mohammad Daud Ali , *Asas-Asas Hukum Islam*, Cv. Rajawali, Jakarta, 1990, hlm. 124.

⁶⁷Gemala Dewi, *Op.Cit*, hlm. 37-38.

⁶⁸Mohammad Daud Ali , *Op.Cit*, hlm. 123.

raga, akal-pikiran, martabat.⁶⁹ Sedangkan asas-asas perjanjian yang berakibat hukum dan bersifat khusus adalah Asas Konsensualisme atau Asas Kerelaan (*mabda' ar-ridha'iyah*). Dalam QS. An-Nisa (4): 29 yang artinya: “*Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama suka di antara kamu*”. Ayat di atas dapat dipahami bahwa segala transaksi yang dilakukan harus atas dasar suka sama suka atau kerelaan antara masing-masing pihak tidak diperbolehkan ada tekanan, paksaan, penipuan, dan *mis-statement*. Jika hal ini tidak dipenuhi maka transaksi tersebut dilakukan dengan cara yang batil. Asas ini terdapat juga dalam Hadits riwayat Ibn Hibban dan al-Baihaqi yang artinya: “*Sesungguhnya jual beli berdasarkan perizinan (ridha)*”.⁷⁰ Selain itu asas ini dapat pula di lihat dalam Pasal 1320 ayat (1) KUH Perdata. Dalam Pasal tersebut ditentukan bahwa salah satu syarat sahnya perjanjian yaitu adanya kesepakatan kedua belah pihak. Asas konsensualisme merupakan asas yang menyatakan bahwa perjanjian pada umumnya tidak diadakan secara formal, tetapi cukup dengan adanya kesepakatan kedua belah pihak, yang merupakan persesuaian antara kehendak dan pernyataan yang dibuat oleh kedua belah pihak. Asas konsensualisme muncul diilhami dari hukum Romawi dan hukum Jerman. Di dalam hukum Germani tidak dikenal asas konsensualisme, tetapi yang dikenal adalah perjanjian riil dan perjanjian formal. Perjanjian riil adalah suatu perjanjian yang dibuat dan dilaksanakan secara nyata. Sedangkan yang disebut perjanjian formal adalah suatu perjanjian yang telah ditentukan bentuknya, yaitu tertulis (baik berupa akta autentik maupun akta di bawah tangan). Dalam hukum Romawi dikenal istilah *contractus verbis literis* dan *contractus innominat*. Yang artinya bahwa terjadinya perjanjian apabila memenuhi bentuk yang telah ditetapkan.

⁶⁹Al-Ghazali, *Al-Mustafa Min 'Ilm Al-Usul*, Syirkah At-Tiba'ah Al-Fanniyah Al-Muttahidah Kairo, 1971, hlm. 67.

⁷⁰Faturrahman Djamil. “*Hukum Perjanjian Syari'ah*”, dalam Mariam Darus Badzrulzaman Et. Al. *Kompilasi Hukum Perikatan*, Cet. 1, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 250.

9. Asas Kebebasan Berkontrak (*mabda' hurriyah at-ta'auqud*)

Islam memberikan kebebasan kepada para pihak untuk melakukan suatu perikatan. Bentuk dan isi perikatan tersebut ditentukan oleh parapihak. Apabila telah disepakati bentuk dan isinya, maka perikatan tersebut mengikat para pihak yang menyepakatinya dan harus dilaksanakan segala hak dan kewajibannya. Namun kebebasan ini tidak *absolute*. Sepanjang tidak bertentangan dengan syari'ah Islam, maka perikatan tersebut boleh dilaksanakan. Menurut Faturrahman Djamil bahwa, "Syari'ah Islam memberikan kebebasan kepada setiap orang yang melakukan akad sesuai dengan yang diinginkan, tetapi yang menentukan syarat sahnya adalah ajaran agama."⁷¹ Dalam QS. Al-Maidah (5): 1 disebutkan, yang artinya "Hai orang-orang yang beriman, penuhilah perjanjian-perjanjian"

10. Asas Perjanjian Itu Mengikat

Asas ini berasal dari Hadits Nabi Muhammad saw yang artinya: "*Orang-orang muslim itu terikat kepada perjanjian-perjanjian (Klausul-klausul) mereka, kecuali perjanjian (klausul) yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram*" (HR. Bukhari, Tirmizi dan Al-Hakim). Dari Hadits di atas dapat dipahami bahwa setiap orang yang melakukan perjanjian terikat kepada isi perjanjian yang telah disepakati bersama pihak lain dalam perjanjian. Sehingga seluruh isi perjanjian adalah sebagai peraturan yang wajib dilakukan oleh para pihak yang mengikatkan diri dalam perjanjian.

11. Asas Keseimbangan Prestasi

Yang dimaksudkan dengan asas ini adalah asas yang menghendaki kedua belah pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian. Dalam hal ini dapat diberikan ilustrasi, kreditor mempunyai kekuatan untuk menuntut prestasi dan jika diperlukan dapat menuntut pelunasan prestasi melalui harta debitur, namun debitur memikul pula kewajiban untuk melaksanakan perjanjian itu dengan iktikad baik.

⁷¹*Ibid.*, hlm. 31.

12. Asas Kepastian Hukum (*Asas Pacta Sunt Servanda*)

Asas kepastian hukum ini disebut secara umum dalam kalimat terakhir QS. Bani Israil (17): 15 yang artinya, “... dan tidaklah Kami menjatuhkan hukuman kecuali setelah Kami mengutus seorang Rasul untuk menjelaskan (aturan dan ancaman) hukuman itu ...”. Selanjutnya di dalam QS. Al-Maidah (5): 95 dapat dipahami Allah mengampuni apa yang terjadi di masa lalu. Dari kedua ayat tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa asas kepastian hukum adalah tidak ada suatu perbuatanpun dapat dihukum kecuali atas kekuatan ketentuan peraturan perundang-undangan yang ada dan berlaku untuk perbuatan tersebut.⁷²

Asas kepastian hukum ini terkait dengan akibat perjanjian. Dalam hal ini hakim atau pihak ketiga harus menghormati substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak, sebagaimana layaknya sebuah undang-undang, mereka tidak boleh melakukan intervensi terhadap substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak. *Asas Pacta Sunt Servanda* dapat disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, yang berbunyi, “Perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang”.⁷³

13. Asas Kepribadian (Personalitas)

Asas kepribadian merupakan asas yang menentukan bahwa seseorang yang akan melakukan dan atau membuat kontrak hanya untuk kepentingan perseorangan. Hal ini dapat dipahami dari bunyi Pasal 1315 dan Pasal 1340 KUH Perdata. Pasal 1315 KUH Perdata berbunyi: “Pada umumnya seseorang tidak dapat mengadakan perikatan atau perjanjian selain untuk dirinya sendiri”. Sedangkan Pasal 1340 KUH Perdata berbunyi “Perjanjian hanya berlaku antara para pihak yang membuatnya”. Namun ketentuan ini terdapat pengecualian sebagaimana yang diintrodusir dalam Pasal 1317 KUH Perdata yang berbunyi: “Dapat pula perjanjian diadakan untuk kepentingan pihak ketiga, bila suatu perjanjian yang dibuat untuk diri sendiri atau suatu pemberian kepada orang lain mengandung suatu syarat semacam itu”. Pasal ini mengkonstruksikan bahwa seseorang dapat mengadakan perjanjian untuk kepentingan pihak

⁷²Mohammad Daud Ali, *Loc.Cit*, hlm. 115.

⁷³Salim H.S, *Op.Cit*, hlm. 10.

ketiga dengan suatu syarat yang ditentukan. Sedangkan di dalam Pasal 1318 KUH Perdata tidak hanya mengatur perjanjian untuk diri sendiri tetapi juga untuk kepentingan ahli warisnya dan untuk orang-orang yang memperoleh hak daripadanya. Dengan demikian asas kepribadian dalam perjanjian dikecualikan apabila perjanjian tersebut dilakukan seseorang untuk orang lain yang memberikan kuasa bertindak hukum untuk dirinya atau orang tersebut berwenang atasnya.

14. Asas Kebebasan Berkontrak

Dalam asas-asas perjanjian Islam dianut apa yang disebut dalam ilmu hukum sebagai “asas kebebasan berkontrak” (*mabda' hurriyah al-ta'aqud*). Dalam asas kebebasan berkontrak, dimaksudkan kebebasan seseorang untuk membuat perjanjian macam apapun dan berisi apa saja sesuai dengan kepentingannya dalam batas-batas kesesuaian dan ketertiban umum, sekalipun perjanjian tersebut bertentangan dengan aturan-aturan atau Pasal- Pasal hukum perjanjian.⁷⁴ Misalnya menurut aturan hukum perjanjian, barang yang diperjualbelikan oleh para pihak harus diserahkan ditempat di mana barang tersebut berada pada waktu perjanjian tersebut ditutup. Namun demikian para pihak dapat menentukan lain. Misalnya si penjual harus mengantarkan dan menyerahkan barang tersebut di rumah si pembeli. Menurut al-Zarqa kebebasan berkontrak itu meliputi empat segi kebebasan yaitu: Kebebasan untuk mengadakan atau tidak mengadakan perjanjian Tidak terikat kepada formalitas-formalitas, tetapi cukup semata-mata berdasarkan kata sepakata (perizinan). Tidak terikat kepada perjanjian-perjanjian bernama Kebebasan untuk menentukan akibat perjanjian.⁷⁵

Sabda Nabi dalam Hadits 'Amr Bin Auf, yang dikonfirmasi oleh Hadits Abu Hurairah disebutkan bahwa “*As-Sulhu ja-iz baina al-Muslimin*” menyatakan bahwa kaum muslimin dibenarkan membuat perjanjian perdamaian dalam pelaksanaan hak-hak mereka, namun kebolehan tersebut berlaku dalam batas-batas sepanjang tidak melanggar ketentuan

⁷⁴Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet. Ke-6. PT Intermasa, Jakarta, 1979, hlm. 13.

⁷⁵Al-Zarqa, *Al-Fiqh Al-Islami Fi Sauhihi Al-Jadid*, Cet. Ke-9, Matabi' Alifba 'Al-Adib, Damaskus, 1968, hlm. 462.

halal dan haram seperti dapat dimengerti dari lanjutan sabdanya, “*illa salhan harrama halalan aw ahalla harraman*”.

Kebebasan berkontrak lebih Nampak jelas dalam sabda beliau yang merupakan lanjutan yaitu “*wal muslimun ‘ala syurutihim illa syartan halalan awahalla harraman*”. Di sini kaum muslimin dibenarkan memperjanjikan syarat-syarat dan perjanjian itu mengikat untuk dipenuhi dalam batas-batas ketentuan halal dan haram. Kata *syurut* adalah bentuk jama’ yang diidafahkan kepada kata ganti “mereka”. Kasus ini menunjukkan bahwa dia termasuk lafal umum, sehingga hal itu berarti bahwa kaum muslimin dapat mengisikan syarat apa saja ke dalam perjanjian mereka dalam batas-batas ketentuan halal dan haram, artinya dalam batas-batas ketertiban umum syara’.

Para ulama dalam masalah kebebasan berkontrak khususnya dalam memperjanjikan syarat-syarat secara garis besar terbagi ke dalam dua kutub yang berlawanan. Yang paling tidak mengakui asas kebebasan berkontrak adalah ulama-ulama Zahiri, khususnya Ibn Hazm, dan yang paling luas mengakui asas tersebut serta paling banyak *mentashih* syarat-syarat adalah ulama-ulama Hanabilah, khususnya Ibn Taimiyah.⁷⁶ Syarat yang sah telah ditegaskan keabsahannya oleh nash dan karena itu merupakan syarat yang terdapat dalam kitab Allah. Menurut Ibn Hazm hanya terdapat tujuh macam syarat sebagai berikut:

1. Mensyaratkan gadai dalam jual beli tidak tunai (sebagai jaminan pembayaran hutang);
2. Mensyaratkan penundaan pembayaran harga sampai pada waktu yang ditentukan;
3. Syarat pembayaran harga pada waktu longgar;
4. Mensyaratkan sifat tertentu pada barang;
5. Mensyaratkan tidak ada pengicuhan;
6. Mensyaratkan harta benda milik budak yang dijual oleh tuannya adalah untuk pembeli baik sebagiannya maupun seluruhnya;
7. Mensyaratkan bahwa buah pohon yang telah dikawinkan yang dijual oleh pemiliknya adalah untuk pembeli baik sebagian maupun

⁷⁶Yusdani, “Transaksi (Akad) Dalam Perspektif Hukum Islam”, Dalam Jurnal Studi Agama *Millah*, Vol II, No.2, Januari 2002, Magister Studi Islam UII, Yogyakarta, 2002, hlm. 76-77.

seluruhnya. Syarat-syarat di luar kriteria yang tujuh tersebut menurut tokoh mazhab Zahiri adalah batal.

Menurut Ibn Taimiyah syarat yang terdapat dalam kitab Allah bukan hanya syarat yang disebutkan namanya saja tetapi yang dimaksud adalah syarat yang tidak bertentangan dengan kitab Allah sekalipun tidak disinggung oleh nash.⁷⁷ Asas kebebasan berkontrak sebenarnya jelas diajarkan oleh nash-nash Al-Qur'an, Al Hadits dan terdapat pula dalam kaidah-kaidah fiqhiyah. Dengan demikian Hadits 'Amr Bin Auf walaupun lemah dari segi sanad, maknanya sesuai dan didukung oleh Al-Qur'an dan Al Hadits.

Dalam QS. Al-Maidah ayat (1) Allah berfirman yang artinya “*Wahai orang-orang beriman, penuhilah perjanjian-perjanjian (Akad)*”, kata akad dalam ayat ini berbentuk jamak yang diberi *alif-lam* sehingga menjadikannya sebagai lafal umum. Jadi ayat ini mencakup segala macam akad baik yang timbal balik maupun yang sepihak dan semua syarat yang seseorang mengikatkan diri untuk melaksanakannya di masa depan.⁷⁸ Sedangkan surat An-Nisa' ayat (29) membatasi kebebasan tersebut dalam batas-batas tidak memakan harta orang lain dengan jalan batil dan hal inilah merupakan ketertiban umum syara'.

Dalam hadits-hadits terdapat banyak contoh Rasulullah Saw. menerapkan asas kebebasan berkontrak. Hadits Jabir yang di riwayatkan oleh Bukhari dalam sahihnya menjelaskan bahwa Jabir telah menjual untanya kepada Rasulullah Saw. dengan memasukkan ke dalam perjanjian jual beli tersebut syarat bahwa ia dapat memanfaatkan unta yang sudah dijualnya kepada Rasul untuk pulang ke Madinah. Memang di sini ulma berbeda pendapat di mana ada yang menyatakan bahwa pemanfaatan oleh Jabir itu adalah *tabarru'* dari Rasulullah saw sementara ulama yang lain menyatakannya sebagai syarat yang dimasukkan dalam akad jual beli.⁷⁹ Maka dengan demikian, di dalam hukum kontrak syariah, paling tidak terdapat 14 macam asas perjanjian yang dapat digunakan sebagai landasan berpikir dan bertransaksi dalam penegakan hukum kontrak syariah tersebut. Asas-asas perjanjian itu adalah, Asas

⁷⁷Ibn Taimiyah, *Majmu' Al-Fatawa*, IX, Matabi' Al-Riyad, Riyad, tth, hlm. 347.

⁷⁸Al-Jassas, *Ahkam Al-Qur'an*, Ii, Dar Al-Fikr, Beirut, tth, hlm. 172.

⁷⁹*Ibid.*

ilahiah, asas konsensualitas, asas kebebasan berkontrak, asas kebolehan, asas perjanjian itu mengikat, asas keseimbangan prestasi, asas keadilan, asas persamaan, asas kejujuran, asas tertulis, asas kepastian hukum, asas iktikad baik, asas kepribadian, dan asas kemanfaatan atau *kemaslahatan*.

Salah satu asas dalam asas perjanjian ada yang dinamakan asas kebebasan berkontrak. Dengan asas kebebasan berkontrak tersebut kaum muslimin mempunyai kebebasan untuk membentuk akad-akad baru selama tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip dan tujuan hukum Islam. Dengan demikian *fiqih mu'amalah* dapat dikembangkan secara dinamis dalam rangka menjawab persoalan-persoalan baru ekonomi kontemporer. Dalam merespon perkembangan bentuk-bentuk baru dalam bertransaksi sudah seharusnya ahli *fiqih mu'amalah* disamping menguasai prinsip-prinsip dan asas-asas umum Hukum Islam itu sendiri, juga mengetahui praktik-praktik mu'amalah kontemporer yang banyak dikuasai oleh ahli ekonomi konvensional pada umumnya. Hal ini penting dilakukan karena, bagaimana mungkin penetapan hukum atas bentuk-bentuk *mu'amalah* kontemporer dalam hal ini perjanjian, menjadi akurat jika masalah mu'amalah kontemporer itu sendiri tidak dipahami. Model kajian *fiqih mu'amalah* dewasa ini disamping model kajian konseptual teoritik, juga sudah saatnya dikombinasikan dengan model kajian empirik atas persoalan-persoalan ekonomi kontemporer, sehingga penguasaan kedua metodologi kajian *fiqih mu'amalah* sudah saatnya diimplementasikan.

Nilai-nilai dasar asas kebebasan berkontrak dalam Hukum Islam antara lain dapat dilihat dalam QS Al-Maidah (5): 1, atau dalam hadis Nabi yang diriwayatkan oleh al-Tirmizi dari 'Abdurrahman bin 'Auf, yang berbunyi:

يا أيها الذين آمنوا أوفوه بالعقود

Dengan demikian kaum Muslimin dapat memasukan syarat apapun ke dalam perjanjian mereka dalam batas-batas ketentuan halal dan haram, serta batas-batas ketertiban umum syari'at, dan akad tersebut wajib untuk dipenuhi.

Konsep asas kebebasan berkontrak juga dapat dilihat dalam kaidah *fiqh*iyah:

الا أصل في العقد رضى المتعقدين ونتجتة ما التزم ما هـ بالتعاقد

Bila dalam hukum positif dinyatakan bahwa kebebasan berkontrak pada dasarnya adalah bebas dalam batas-batas ketertiban umum dan kesucilaan, maka nampak dibatasi agar tidak bertentangan dengan Kitab Allah, atau tidak ada dalil yang mengharamkannya.

9. Asas-asas Perikatan Adat

Asasa-asas perikatan, terdiri atas: asas rukun, patut atau pantas, dan laras ditemukan dalam struktur sosial dalam asas-asas umum hukum adat. Koesnoe, menjelaskan asas-asas tersebut sebagai berikut.

a. Asas Rukun

Asas rukun terkait erat dengan pandangan bahwa seseorang dan sikapnya (sebagaimana diidealisasikan oleh adat) berkenaan cara hidup bersama di dalam masyarakat: masyarakat yang hidup damai, tenang, dan bahagia. Sejalan dengan asas ini manusia di dalam hidup kemasyarakatan tidak mungkin dipandang terpisah dari manusia-manusia lainnya. Saling ketergantungan antarmanusia (di dalam masyarakat) memaksakan pelibatan dan perhatian penuh dari setiap orang untuk mempertahankan dan melestarikan kehidupan masyarakat. Perhatian di sini tidak difokuskan sekadar pada aspek tertentu dari hidup bermasyarakat, yakni perhitungan untung-rugi, tetapi juga pada keseluruhan aspek kehidupan manusia. Di dalam kehidupan sehari-hari, asas ini terejawantahkan dalam “ajaran pembuatan keputusan secara aklamasi” dan “ajaran musyawarah” dan “ajaran bermufakat” serta “ajaran bertindak bersama-sama” atau ajaran “gotong-royong” dan ajaran “tolong-menolong”.

b. Asas Patut atau Pantas

Asas patut atau pantas pada tataran moral dan sekaligus pada tataran akal sehat terarah pada penilaian suatu tindakan atau situasi faktual tertentu. Dengan kata lain, patut mencakup, baik elemen moral, yakni berkenaan dengan penilaian baik atau buruk maupun akal sehat, yakni penilaian yang berkesesuaian dengan hukum-hukum logika. Elemen moral terfokus pada status dan kualitas, rasa kehormatan (martabat), dan harga diri orang yang bersangkutan. Ajaran kepatutan, dari akar kata patut, memberi penekanan pada ajaran yang memberikan pedoman cara berperilaku berhadapan dengan orang, baik yang dihormatin maupun

yang kurang dihormati. Di dalam masyarakat adat, seseorang selalu berupaya menjaga status (sosial) dan mempertahankan martabatnya. Orang merasa malu jika status dan martabatnya direndahkan. Ajaran kepatutan pada dasarnya hendak melindungi atau menjauhkan manusia dari tindakan-tindakan yang dapat menempatkannya dalam situasi malu (kehilangan muka).

c. Asas Laras (Harmoni)

Asas laras (harmoni) berkenaan dengan persoalan bagaimana memuaskan kebutuhan estetis yang hidup di dalam masyarakat, bagaimana suatu sengketa dapat diselesaikan sehingga, baik para pihak maupun masyarakat sendiri menerima dan mendukung secara optimal cara penyelesaian sengketa yang ditawarkan. Asas keselarasan memberikan jawaban atas suatu persoalan sehingga penyelesaiannya itu dianggap memuaskan, baik oleh mereka yang langsung berkepentingan maupun oleh masyarakat, yakni berdasarkan ukuran kebutuhan dan perasaan hukum dan moral; segala sesuatu telah kembali seperti semula (seperti sebelum sengketa atau persoalan muncul dan mengganggu keseimbangan/keselarasan masyarakat).

Ketiga asas tersebut dapat dikatakan merupakan peredam atau penyerap getaran (*buffer*) manakala kepentingan individu terhadap individu lainnya berhadapan-hadapan sehingga ego masing-masing pihak yang mengemuka mengalahkan kepentingan komunal dapat diredam demi kehidupan yang rukun, patut, dan selaras. Harus ada nilai dan logika yang merupakan landasan pemikiran atau falsafah hidup manusia sehingga hubungan yang terjalin lebih diwarnai sifat tolong-menolong dan gotong royong sebagaimana diinginkan oleh bangsa Indonesia dan diamanahkan oleh konstitusi.⁸⁰

E. Unsur-unsur Perjanjian

Untuk mengetahui apakah kita berhadapan dengan perjanjian atau bukan, kita perlu mengenali unsur-unsur perjanjian. unsur-unsur tersebut terdiri atas:

⁸⁰Paripurna P Sugarda, *Posisi Hukum Adat Dalam Hukum Kontrak Nasional Indonesia*, Yustisia Vol.4 No. 3 September-Desember 2015.

1. Kata sepakat dari dua pihak atau lebih;
2. Kata sepakat yang tercapai harus bergantung kepada para pihak;
3. Akibat hukum untuk kepentingan pihak yang satu dan atas beban yang lain atau timbal balik; dan
4. Dibuat dengan mengindahkan ketentuan Perundang-undangan.⁸¹

Kalau suatu perjanjian diamati dan diuraikan unsur-unsur yang ada didalamnya, maka unsur-unsur yang ada di sana dapat kita kelompokkan dalam beberapa kelompok sebagai berikut:

1. Unsur *Essensialia*

Essensialia adalah unsur perjanjian yang selalu harus ada di dalam suatu perjanjian, unsur mutlak di mana tanpa adanya unsur tersebut perjanjian tidak mungkin ada, contohnya, “sebab yang halal” merupakan unsur *essensialia* untuk adanya perjanjian. Dalam perjanjian jual-beli harga dan barang yang disepakati kedua belah pihak harus ada.

2. Unsur *Naturalia*

Naturalia adalah unsur perjanjian yang oleh Undang-Undang diatur tetapi oleh para pihak dapat ditinggalkan atau diganti. Di sini unsur tersebut oleh Undang-Undang diatur dengan hukum yang mengatur/menambah (*regeland/aanvullend recht*), contohnya kewajiban penjual untuk menanggung biaya penyerahan (Pasal 1476 KUH Perdata) dan untuk menjamin/*vrijwaren* (Pasal 1491 KUH Perdata) dapat disimpangi atas kesepakatan kedua belah pihak.

3. Unsur *Accidentalialia*

Accidentalialia adalah unsur perjanjian yang ditambahkan oleh para pihak. Undang-Undang sendiri tidak mengatur tentang hal tersebut, contohnya didalam perjanjian jual beli benda-benda pelengkap tertentu bisa dikecualikan.

F. Syarat Sahnya Perjanjian dan Akad

Mengikat atau tidaknya suatu kontrak atau perjanjian terhadap para pihak yang membuatnya tergantung kepada sah atau tidaknya suatu

⁸¹Herlien Budiono, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, PT Aditya Bakti, Bandung, 2011, hlm. 8.

kontrak atau perjanjian yang dibuat oleh para pihak tersebut. Sah atau tidak sahnya suatu kontrak atau perjanjian dapat dipastikan dengan mengujinya menggunakan instrument hukum yang terkonkritisasi dalam wujud syarat-syarat sahnya suatu kontrak atau perjanjian sebagaimana yang diatur secara sistematis dalam Buku III KUH Perdata, yaitu: 1) Syarat sahnya suatu kontrak atau perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata; 2) Syarat sahnya suatu kontrak atau perjanjian sebagaimana diatur di luar Pasal 1320 KUH Perdata, yaitu Pasal 1335, Pasal 1339, dan Pasal 1347.⁸² Pasal 1320 KUH Perdata menentukan adanya 4 (empat) syarat sahnya suatu perjanjian, yakni: *Pertama*, Adanya kata sepakat bagi mereka yang mengikatkan dirinya; *Kedua*, Kecakapan para pihak untuk membuat suatu perikatan; *Ketiga*, Suatu hal tertentu; dan *Keempat*, Suatu sebab (*causa*) yang halal.⁸³

1. Kata Sepakat

Kata sepakat didalam perjanjian pada dasarnya adalah pertemuan atau persesuaian kehendak antara para pihak di dalam perjanjian. Seseorang dikatakan memberikan persetujuannya atau kesepakatannya (*Toestemming*) jika ia memang menghendaki apa yang disepakati. Mariam Darus Budruzaman melukiskan pengertian sepakat sebagai persyaratan kehendak yang disetujui (*Overeenstemende Wilsverklaring*) antar para pihak-pihak. Pernyataan pihak yang menawarkan dinamakan tawaran (*Offerte*). Pernyataan pihak yang menerima penawaran dinamakan akseptasi (*acceptatie*).⁸⁴ J.Satrio menyebutkan ada beberapa cara mengemukakan kehendak tersebut, yakni: *Pertama*, Secara tegas. 1) Dengan akte otentik. 2) Dengan akte di bawah tangan. *Kedua*, Secara diam-diam. Sekalipun undang-undang tidak secara tegas mengatakan, tetapi dari ketentuan-ketentuan yang ada, antara lain Pasal 1320 jo Pasal 1338 KUH Perdata, dapat disimpulkan bahwa pada dasarnya, kecuali ditentukan lain, undang-undang tidak menentukan cara orang menyatakan kehendak.

⁸²Muhamad Syaifuddin, *Hukum Kontrak: Memahami Kontrak Dalam Perspektif Filsafat, Teori, Dogmatik, Dan Praktik Hukum (Seri Pengayaan Hukum Perikatan, Mandar Maju, Bandung, 2012, hlm. 110.*

⁸³Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Pradnya Paramita, Jakarta, 2003, hlm. 330.*

⁸⁴Ridwan Kaherandy, "Aspek-Aspek Hukum Franchise Dan Keberadaannya Dalam Hukum Indonesia", *Majalah UNISA UII Yogyakarta* (2004), hlm.11.

Suatu perjanjian dapat mengandung cacat hukum atau kata sepakat dianggap tidak ada jika terjadi hal-hal yang disebut di bawah ini, yaitu: *Pertama*, Paksaan (*dwang*). Setiap tindakan yang tidak adil atau ancaman yang menghalangi kebebasan kehendak para termasuk dalam tindakan pemaksaan. Di dalam hal ini, setiap perbuatan atau ancaman melanggar undang-undang jika perbuatan tersebut merupakan penyalahgunaan kewenangan salah satu pihak dengan membuat suatu ancaman, yaitu setiap ancaman yang bertujuan agar pada akhirnya pihaklain memberikan hak. Kewenangan ataupun hak istimewanya. Paksaan dapat berupa kejahatan atau ancaman kejahatan, hukuman penjara atau ancaman hukuman penjara, penyitaan dan kepemilikan yang tidak sah, atau ancaman penyitaan atau kepemilikan suatu benda atau tanah yang dilakukan secara tidak sah, dan tindakan-tindakan lain yang melanggar undang-undang, seperti tekanan ekonomi, penderitaan fisik dan mental, membuat seseorang dalam keadaan takut, dan lain-lain.

Paksaan (*duress*) adalah setiap tindakan intimidasi mental. Contohnya adalah ancaman kejahatan fisik dan hal ini dapat dibuat penuntutan terhadapnya. Jika ancaman kejahatan fisik tersebut merupakan suatu tindakan yang diperbolehkan oleh hukum maka dalam hal ini ancaman tersebut tidak diberi sanksi hukum, dan dinyatakan bahwa tidak ada paksaan sama sekali. Selain itu paksaan juga bisa dikarenakan oleh pemerasan atau keadaan di bawah pengaruh terhadap seseorang yang mempunyai kalainan mental. *Kedua*, Penipuan (*bedrog*). Penipuan (*fraud*) adalah tindakan tipu muslihat.

Menurut Pasal 1328 KUH Perdata dengan tegas menyatakan bahwa penipuan merupakan alasan pembatalan perjanjian. Dalam hal ada penipuan, pihak yang ditipu, memang memberikan pernyataan yang sesuai dengan kehendaknya, tetapi kehendaknya itu, karena adanya daya tipu, sengaja diarahkan ke suatu yang bertentangan dengan kehendak yang sebenarnya, yang seandainya tidak ada penipuan, merupakan tindakan yang benar. Dalam hal penipuan gambaran yang keliru sengaja ditanamkan oleh pihak yang satu kepada pihak yang lain. Jadi, elemen penipuan tidak hanya pernyataan yang bohong, melainkan harus ada serangkain kebohongan (*samenweefsel van verdichtselen*), serangkain cerita yang tidak benar, dan setiap tindakan/sikap yang bersifat menipu. Dengan kata lain, penipuan adalah tindakan yang bermaksud jahat yang dilakukan oleh satu pihak

sebelum perjanjian itu dibuat. Perjanjian tersebut mempunyai maksud untuk menipu pihak lain dan membuat menandatangani perjanjian itu. Pernyataan yang salah itu sendiri bukan merupakan penipuan, tetapi hal ini disertai dengan tindakan yang menipu. Tindakan penipuan tersebut harus dilakukan oleh atau atas nama pihak dalam kontrak. Seseorang yang melakukan tindakan tersebut haruslah mempunyai maksud atau niat untuk menipu. Tindakan itu harus merupakan tindakan yang mempunyai maksud jahat, contohnya, merubah nomor seri pada sebuah mesin. Kelalaian untuk menginformasikan pelanggan atas adanya cacat tersembunyi pada suatu benda buka merupakan penipuan karena hal ini tidak mempunyai maksud jahat dan hanya merupakan kelalaian belaka. Selain itu, tindakan tersebut haruslah berjalan secara alami bahwa pihak yang ditipu tidak akan membuat perjanjian melainkan karena adanya unser penipuan. Dari penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa penipuan terdiri dari 4 (empat) unsur yaitu: 1) merupakan tindakan yang bermaksud jahat, kecuali untuk kasus kelalaian dalam menginformasikan cacat tersembunyi pada suatu benda; 2) sebelum perjanjian tersebut dibuat; 3) dengan niat atau maksud agar pihak lain menandatangani perjanjian; 4) tindakan yang dilakukan semata-mata hanya dengan maksud jahat. *Ketiga*, Kesesatan atau Kekeliruan (*dwaling*).

Dalam hal ini, salah satu pihak atau beberapa pihak memiliki persepsi yang salah terhadap objek atau sebjek yang terdapat dalam perjanjian. Ada 2 (dua) macam kekeliruan. *Pertama*, *error in person*, yaitu kekeliruan pada orangnya, misalnya, sebuah perjanjian yang dibuat dengan artis terkenal tetapi kemudian perjanjian tersebut dibuat dengan artis yang tidak terkenal hanya karena dia mempunyai nama yang sama. *Kedua*, *error in substantia* yaitu kekeliruan yang berkaitan dengan karakteristik suatu benda, misalnya seseorang yang membeli lukisan Basuki Abdullah, tetapi setelah sampai di rumah orang itu baru sadar bahwa lukisan yang di belinya tadi adalah lukisan tiruan dari Basuki Abdullah. Di dalam kasus yang lain, agar suatu perjanjian dapat dibatalkan, tahu kurang lebih harus mengetahui bahwa rekannya telah membuat perjanjian atas dasar kekeliruan dalam hal mengidentifikasi subjek atau orangnya. *Ketiga*, Penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*). Penyalahgunaan keadaan terjadi manakala seseorang di dalam suatu perjanjian dipengaruhi oleh suatu hal yang menghalanginya

untuk melakukan penilaian (*judgment*) yang bebas dari pihak lainnya, sehingga ia tidak dapat mengambil putusan yang independen. Penekanan tersebut dapat dilakukan karena salah satu pihak memiliki kedudukan khusus (misalnya kedudukan yang dominan atau memiliki yang bersifat *fiduciary* dan *confidence*).

2. Kecakapan untuk Mengadakan Perikatan

Syarat sahnya perjanjian yang kedua menurut Pasal 1320 KUH Perdata adalah kecakapan untuk membuat perikatan (*om eene verbintenis aan te gaan*). Di sini terjadi percampuradukan penggunaan istilah perikatan dan perjanjian. Dari kata “membuat” perikatan dan perjanjian dapat disimpulkan adanya unsur “niat” (sengaja). Hal yang demikian itu dapat disimpulkan cocok untuk perjanjian yang merupakan tindakan hukum. Apalagi karena unsur tersebut dicantumkan sebagai unsur sahnya perjanjian, maka tidak mungkin tertuju kepada perikatan yang timbul karena undang-undang. Menurut J. Satrio, istilah yang tepat untuk menyebut syaratnya perjanjian yang kedua ini adalah: kecakapan untuk membuat perjanjian.

Pasal 1329 KUH Perdata menyatakan bahwa setiap orang adalah cakap. Kemudian Pasal 1330 KUH Perdata menyatakan bahwa ada beberapa orang tidak cakap untuk membuat perjanjian, yakni: *Pertama*, orang yang belum dewasa; *Kedua*, mereka yang ditaruh di bawah pengampuan; dan *Ketiga*, orang-orang perempuan dalam pernikahan, (setelah diundangkannya Undang-Undang No. 1 tahun 1974 Pasal 31 ayat 2 maka perempuan dalam perkawinan dianggap cakap hukum). Seseorang dikatakan belum dewasa menurut Pasal 330 KUH Perdata jika belum mencapai umur 21 tahun. Seseorang dikatakan dewasa jika telah berumur 21 tahun atau berumur kurang dari 21 tahun, tetapi telah menikah. Dalam perkembangannya, berdasar Pasal 47 dan 50 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 kedewasaan seseorang ditentukan bahwa anak berada di bawah kekuasaan orang tua atau wali sampai umur 18 tahun. Mahkamah Agung melalui Putusan No. 447/Sip/1976 tanggal 13 Oktober 1976 menyatakan bahwa dengan berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974, maka batas seseorang berada di bawah kekuasaan perwalian adalah 18 tahun, bukan 21 tahun. Di dalam sistem common law, seseorang dikatakan belum dewasa jika belum berumur 18 tahun (tahun) dan 21 tahun (pria). dalam perkembangannya, umumnya negara-

negara bagian di Amerika Serikat telah menyetujui bahwa kedewasaan tersebut ditentukan jika seseorang telah berumur 18 tahun yang berlaku baik bagi wanita maupun pria. Seseorang yang telah dewasa dapat tidak cakap melakukan perjanjian, jika yang bersangkutan diletakkan di bawah pengampuan (*curatele atau conservatorship*). Seseorang dapat diletakkan di bawah pengampuan jika yang bersangkutan gila, dungu (*onnoozelheid*), mata gelap (*razernij*), lemah akal (*zwakheid van vermogens*) atau juga pemboros. Orang yang demikian itu tidak menggunakan akal sehatnya, dan oleh karenanya dapat merugikan dirinya sendiri. Seseorang yang telah dinyatakan pailit juga tidak cakap untuk melakukan perikatan tertentu. Seseorang yang telah dinyatakan pailit untuk membuat suatu perikatan yang menyangkut harta kekayaannya. Ia hanya boleh melakukan perikatan yang mengungkapkan budel pailit, dan itupun harus sepengetahuan kuratornya.

3. Suatu Hal Tertentu

Syarat sahnya perjanjian yang ketiga adalah adanya suatu hal tertentu (*een bepaald onderwerp*). Pasal 1333 KUH Perdata menentukan bahwa suatu perjanjian harus mempunyai pokok suatu benda (*zaak*) yang paling sedikit dapat ditentukan jenisnya. Suatu perjanjian harus memiliki objek tertentu. Suatu perjanjian haruslah mengenai suatu hal tertentu (*certainty of terms*), berarti bahwa apa yang diperjanjikan, yakni hak dan kewajiban kedua belah pihak. Barang yang dimaksudkan dalam perjanjian paling sedikit dapat ditentukan jenisnya.

Istilah barang dimaksud di sini apa yang dalam bahasa Belanda disebut sebagai *zaak*. *Zaak* dalam bahasa Belanda tidak hanya berarti barang dalam arti sempit, tetapi juga berarti yang lebih luas lagi, yakni pokok persoalan. Oleh karena itu, objek perjanjian tidak hanya berupa benda, tetapi juga bisa berupa jasa. KUH Perdata menentukan bahwa barang yang dimaksud tidak harus disebutkan, asalkan nanti dapat dihitung atau ditentukan. Misalnya mengenai perjanjian “panen tembakau dari suatu ladang dalam tahun berikutnya” adalah sah. Perjanjian jual beli “teh untuk seribu rupiah” tanpa penjelasan lebih lanjut, harus dianggap tidak cukup jelas.

4. Kausa Hukum yang Halal

Syarat sahnya perjanjian yang keempat adalah adanya kausa hukum yang halal. Kata kausa yang diterjemahkan dari kata *oorzaak* (Belanda) atau *causa* (Latin) bukan berarti sesuatu yang menyebabkan seseorang membuat perjanjian, tetapi mengacu kepada isi dan tujuan perjanjian itu sendiri. Misalnya dalam perjanjian jual beli, isi dan tujuan atau kausanya adalah pihak yang satu menghendaki hak milik suatu barang, sedangkan pihak lainnya menghendaki uang. Berdasarkan penjelasan di atas, maka apabila seseorang membeli pisau di suatu toko dengan maksud membunuh orang, maka jual beli tersebut mempunyai kausa yang halal. Apabila maksud membunuh tersebut dituangkan di dalam perjanjian, misalnya penjual pisau menyatakan hanya bersedia menjual pisaunya jika pembeli membeli membunuh orang dengan pisaunya, disini tidak ada kausa hukum yang halal.

Menurut Pasal 1335 jo. 1337 KUH Perdata bahwa suatu kausa dinyatakan terlarang jika bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum. Suatu kausa dikatakan bertentangan dengan undang-undang, jika kausa di dalam perjanjian yang bersangkutan isinya bertentangan dengan undang-undang, jika kausa di dalam perjanjian yang bersangkutan isinya bertentangan dengan undang-undang yang berlaku. Untuk menentukan apakah suatu kausa perjanjian bertentangan dengan kesusilaan (*goede zeden*) bukanlah masalah yang mudah, karena istilah kesusilaan ini sangat abstrak, yang isinya bisa berbeda-beda antara daerah yang satu dan daerah atau antara kelompok masyarakat yang satu dan lainnya. Selain itu penilaian orang terhadap kesusilaan dapat pula berubah-ubah sesuai dengan perkembangan zaman. Kausa hukum dalam perjanjian yang terlarang juga apabila bertentangan ketertiban umum, keamanan Negara, keresahan dalam masyarakat, dan karenanya dikatakan mengenai masalah ketatanegaraan. Di dalam konteks Hukum Perdata International (HPI), ketertiban umum dapat dimaknai sebagai sendi-sendi atau asas-asas hukum suatu negara. Kuasa hukum yang halal ini di dalam sistem *common law* dikenal dengan istilah *legaliti* yang dikaitkan dengan *public policy*. Suatu kontrak dapat menjadi tidak sah (*illegal*) jika bertentangan dengan *public policy*. Walaupun sampai sekarang belum ada definisi *public policy* jika berdampak negatif pada masyarakat atau mengganggu

keamanan dan kesejahteraan masyarakat (*public's safety and welfare*).⁸⁵ Berdasarkan ketentuan Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, suatu perjanjian dinyatakan sah apabila telah memenuhi 4 (empat) syarat kumulatif. Keempat syarat untuk sahnya perjanjian tersebut antara lain:

- a. Sepakat diantara mereka yang mengikatkan diri. Artinya para pihak yang membuat. Perjanjian telah sepakat atau setuju mengenai hal-hal pokok atau materi yang diperjanjikan. Dan kesepakatan itu dianggap tidak ada apabila diberikan karena kekeliruan, kekhilafan, paksaan ataupun penipuan.
- b. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan. Arti kata kecakapan yang dimaksud dalam hal ini adalah bahwa para pihak telah dinyatakan dewasa oleh hukum, yakni sesuai dengan ketentuan KUH Perdata, mereka yang telah berusia 21 tahun, sudah atau pernah menikah. Cakap juga berarti orang yang sudah dewasa, sehat akal pikiran, dan tidak dilarang oleh suatu peraturan perundang-undangan untuk melakukan suatu perbuatan tertentu. Dan orang-orang yang dianggap tidak cakap untuk melakukan perbuatan hukum yaitu: orang-orang yang belum dewasa, menurut Pasal 1330 KUH Perdata jo. Pasal 47 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan. Orang-orang yang ditaruh dibawah pengampuan, menurut Pasal 1330 jo. Pasal 433 KUH Perdata; serta orang-orang yang dilarang oleh undang-undang untuk melakukan perbuatan hukum tertentu seperti orang yang telah dinyatakan pailit oleh pengadilan.
- c. Suatu hal tertentu. Artinya, dalam membuat perjanjian, apa yang diperjanjikan harus jelas sehingga hak dan kewajiban para pihak bisa ditetapkan.
- d. Suatu sebab yang halal. Artinya, suatu perjanjian harus berdasarkan sebab yang halal yang tidak bertentangan dengan ketentuan Pasal 1337 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, yaitu: 1) Tidak bertentangan dengan ketertiban umum; 2) Tidak bertentangan dengan kesusilaan; 3) Tidak bertentangan dengan undang-undang.

⁸⁵Mariam Darus Badruzaman, *Perjanjian Baku (Standar), Perkembangannya di Indonesia*, Alumnus, Bandung 1980, hlm. 21.

Sebagaimana yang telah dijelaskan diatas, syarat kesatu dan kedua dinamakan syarat subjektif, karena berbicara mengenai subjek yang mengadakan perjanjian, sedangkan ketiga dan keempat dinamakan syarat objektif, karena berbicara mengenai objek yang diperjanjikan dalam sebuah perjanjian. Dalam perjanjian bilamana syarat-syarat subjektif tidak terpenuhi maka perjanjiannya dapat dibatalkan oleh hakim atas permintaan pihak yang tidak cakap atau yang memberikan kesepakatan secara tidak bebas. Selama tidak dibatalkan, perjanjian tersebut tetap mengikat. Sedangkan, bilamana syarat-syarat objektif yang tidak dipenuhi maka perjanjiannya batal demi hukum. Artinya batal demi hukum bahwa, dari semula dianggap tidak pernah ada perjanjian sehingga tidak ada dasar untuk saling menuntut di pengadilan. Pada Pasal 1320 KUH Perdata menentukan adanya empat syarat yang harus dipenuhi untuk sahnya suatu perjanjian, yaitu:

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
2. Cakap untuk membuat suatu kontrak;
3. Objek atau pokok persoalan tertentu atau dapat ditentukan;
4. Sebab atau *causa* yang tidak dilarang;

Syarat pertama dan kedua menyangkut subjek, sedangkan syarat ketiga dan keempat mengenai objek. Terdapatnya cacat kehendak (keliru, paksaan, penipuan) atau tidak cakap untuk membuat perikatan, mengenai subjek mengakibatkan perjanjian dapat dibatalkan atau salah satu pihak berhak untuk meminta supaya perjanjian itu dibatalkan. Pihak yang dapat meminta pembatalan itu adalah pihak yang tidak cakap atau pihak yang memberikan sepakatnya (perizinannya) secara tidak bebas, jadi perjanjian yang telah dibuat itu mengikat selama tidak dibatalkan oleh hakim atas permintaan pihak yang berhak meminta pembatalan. Dengan demikian nasib suatu perjanjian itu seperti tidaklah pasti dan tergantung pada kesediaan suatu pihak untuk mentaatinya. Yang dapat meminta pembatalan dalam hal ini seorang anak yang belum dewasa adalah anak itu sendiri apabila ia sudah dewasa atau orang tua/wali. Dalam hal seorang yang berada di bawah pengampuan yaitu pengampunya. Dalam hal seorang yang telah memberikan sepakat atau perizinannya secara tidak bebas, orang itu sendiri. Bahaya pembatalan itu mengancam selama 5 (lima) tahun (Pasal 1454 KUH Perdata), jadi dibatasi juga oleh Undang-Undang, memang segala sesuatu yang tidak

tentu itu selalu dibatasi oleh Undang-Undang demi untuk keamanan atau ketertiban hukum. Apabila syarat ketiga dan keempat mengenai objek tidak terpenuhi, maka perjanjian batal demi hukum. Artinya dari semula tidak pernah dilahirkan suatu perjanjian dan tidak pernah ada suatu perikatan. Tujuan para pihak yang mengadakan perjanjian tersebut untuk melahirkan suatu perikatan hukum adalah gagal. Dengan demikian, maka tiada dasar untuk saling menuntut di depan hakim.⁸⁶

Ada dua akibat yang dapat terjadi jika suatu perjanjian tidak memenuhi syarat di atas, Pasal 1331 (1) KUH Perdata: Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya. Apabila perjanjian yang dilakukan objek/perihalannya tidak ada atau tidak didasari pada itikad yang baik, maka dengan sendirinya perjanjian tersebut batal demi hukum. Dalam kondisi ini perjanjian dianggap tidak pernah ada dan lebih lanjut para pihak tidak memiliki dasar penuntutan di depan hakim. Sedangkan untuk perjanjian yang tidak memenuhi unsur subjektif seperti perjanjian dibawah paksaan dan atau terdapat pihak dibawah umur atau dibawah pengawasan, maka perjanjian ini dapat dimintakan pembatalan (kepada hakim) oleh pihak yang tidak mampu termasuk wali atau pengampunya. Dengan kata lain, apabila tidak dimintakan pembatalan maka perjanjian tersebut tetap mengikat para pihak. Suatu kontrak atau perjanjian yang tidak memenuhi syarat-syarat sahnya sebagaimana ditentukan secara imperatif dalam Pasal 1320 KUH Perdata, baik syarat subjektif maupun syarat objektif akan mempunyai akibat-akibat, sebagai berikut:

1. *Noneeksistensi*, artinya tidak ada kontrak atau perjanjian jika tidak ada kata sepakat;
2. *Vernietigbaar*, artinya kontrak atau perjanjian dapat dibatalkan jika kontrak atau perjanjian tersebut timbul karena adanya cacat kehendak (*wilsgebreke*) atau karena ketidakcakapan/*onbekwaamheid* (syarat Pasal 1320 KUH Perdata angka 1 dan angka 2), yang berarti hal ini terkait dengan tidak terpenuhinya syarat subjektif sehingga kontrak tersebut dapat dibatalkan;
3. *Nietig*, artinya kontrak atau perjanjian batal demi hukum, jika kontrak tersebut tidak mempunyai objek atau pokok persoalan tertentu atau tidak dapat ditentukan objeknya serta mempunyai

⁸⁶Subekti, *Lock.Cit*, hlm. 21.

sebab atau causanya yang dilarang (syarat Pasal 1320 KUH Perdata angka 3 dan 4) yang berarti hal ini terkait dengan syarat objektif sehingga kontrak atau perjanjian tersebut batal demi hukum.⁸⁷

Untuk sahnya suatu akad harus memenuhi hukum akad yang merupakan unsur asasi dari akad. Rukun akad tersebut adalah:

- a. *Al-Aqin* atau pihak-pihak yang berakad adalah orang, persekutuan, atau badan usaha yang memiliki kecakapan dalam melakukan perbuatan hukum.
- b. *Shighat* atau perbuatan yang menunjukkan terjadinya akad berupa ijab dan kabul.
- c. *Al-Ma"qud alaih* atau objek akad. Objek akad adalah *amwal* atau jasa yang dihalalkan yang dibutuhkan masing-masing pihak.
- d. Tujuan pokok akad. Tujuan akad itu jelas dan diakui *syara"* dan tujuan akad terkait erat dengan berbagai bentuk yang dilakukan.⁸⁸

Apabila suatu akad sudah memenuhi rukun-rukun tersebut, maka ia sudah dapat dikatakan sebagai akad karena substansi dari akad sudah ada, namun akad tersebut baru akan dapat dikatakan sah apabila telah memenuhi syarat-syarat dari akad tersebut. Di samping rukun, syarat akad juga harus terpenuhi agar akad itu sah. Adapun syarat-syarat itu adalah:

- a. Syarat adanya sebuah akad. Syarat ini terbagi menjadi dua yaitu syarat umum dan syarat khusus, syarat umum ada tiga, yaitu: (1) syarat-syarat yang harus dipenuhi pada rukun akad; (2) akad itu bukan akad yang terlarang; (3) akad itu harus bermanfaat. Adapun syarat khusus adanya sebuah akad adalah syarat tambahan yang harus dipenuhi oleh suatu akad khusus seperti adanya saksi dalam akad.
- b. Syarat sah akad. Yaitu tidak terdapatnya lima hal perusak sahnya dalam akad, yaitu: ketidakjelasan jenis yang menyebabkan pertengkaran (*al-jilalah*), adanya paksaan (*ikrah*), membatasi kepemilikan terhadap suatu barang (*tauqif*), terdapat unsur tipuan (*gharar*), terdapat bahaya dalam pelaksanaan akad (*dharar*).

⁸⁷Muhamad Syaifuddin. *Hukum Kontrak: Memahami Kontrak dalam Perspektif Filsafat, Teori, Dogmatik, dan Praktik Hukum (Seri Pengayaan Hukum Perikatan, Mandar Maju, Bandung, 2012, hlm. 111.*

⁸⁸Mardani, *Fiqh Ekonomi Syariah*, Kencana, Jakarta, 2012, hlm. 71.

- c. Syarat berlakunya (*nafidz*) akad. Syarat berlakunya sebuah akad yaitu: (1) Adanya kepemilikan terhadap barang atau adanya otoritas untuk mengadakan akad, baik secara langsung ataupun perwakilan; (2) pada barang atau jasa tersebut tidak terdapat hak orang.
- d. Syarat adanya kekuatan hukum (*Luzum Abad*) suatu akad baru bersifat mengikat apabila ia terbebas dari segala macam hak *khiyar*.⁸⁹

G. Jenis-jenis Perjanjian Menurut KUH Perdata, Adat dan Syariah

1. Jenis-jenis Perjanjian Menurut KUH Perdata

Mengenai perjanjian ini diatur dalam Buku III KUH Perdata, peraturan-peraturan yang tercantum dalam KUH Perdata ini sering disebut juga dengan peraturan pelengkap bukan peraturan memaksa, yang berarti bahwa para pihak dapat mengadakan perjanjian dengan menyampingkan peraturan-peraturan perjanjian yang ada. Oleh karena itu di sini dimungkinkan para pihak untuk mengadakan perjanjian-perjanjian yang sama sekali tidak diatur dalam bentuk perjanjian itu:

1. Perjanjian bernama, yaitu merupakan perjanjian-perjanjian yang diatur dalam KUH Perdata. Yang termasuk ke dalam perjanjian ini, misalnya: jual beli, tukar menukar, sewa menyewa, dan lain-lain.
2. Perjanjian-perjanjian yang tidak teratur dalam KUH Perdata. Jadi dalam hal ini para pihak yang menentukan sendiri perjanjian itu. Dan ketentuan-ketentuan yang ditetapkan oleh para pihak berlaku sebagai Undang-Undang bagi masing-masing pihak.⁹⁰
3. Dalam Pasal 1234 KUH Perdata, perikatan dapat dibagi 3 (tiga) macam perikatan yaitu:

- a. Perikatan untuk memberikan atau menyerahkan sesuatu barang

Ketentuan ini diatur dalam Pasal 1235 sampai dengan Pasal 1238 KUH Perdata, sebagai contoh untuk perikatan ini adalah jual beli, tukar menukar, penghibahan, sewa menyewa, pinjam meminjam dan lain-lain.

⁸⁹*Ibid*, hlm. 74-75.

⁹⁰R.M. Suryodiningrat, *Perikatan-Perikatan Bersumber Perjanjian*, Tarsito, Bandung 1978, hlm. 10.

b. Perikatan untuk berbuat sesuatu

Hal ini diatur dalam Pasal 1239 KUH Perdata yang menyatakan bahwa: “Tiap perikatan untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu, apa si berutang tidak memenuhi kewajibannya, mendapatkan penyelesaiannya dalam kewajiban memberikan penggantian biaya, rugi dan bunga”, sebagai contoh perjanjian ini adalah perjanjian hutang.

c. Perikatan untuk tidak berbuat sesuatu

Hal ini diatur dalam Pasal 1240 KUH Perdata, sebagai contoh perjanjian ini adalah perjanjian untuk tidak mendirikan rumah bertingkat, perjanjian untuk tidak mendirikan perusahaan sejenis dan lain-lain.

Setelah membagi bentuk perjanjian berdasarkan pengaturan dalam KUH Perdata atau diluar KUH Perdata dan macam perjanjian dilihat dari lainnya, disini R. Subekti⁹¹ membagi lagi macam-macam perjanjian yang dilihat dari bentuknya, yaitu:

- a. Perikatan bersyarat adalah suatu perikatan yang digantungkan pada suatu kejadian di kemudian hari yang masih belum tentu akan atau tidak terjadi. Pertama mungkin untuk memperjanjikan bahwa perikatan itu baru akan lahir, apabila kejadian yang belum tentu timbul. Suatu perjanjian yang demikian itu, mengandung adanya suatu perikatan pada suatu syarat yang menunda atau mempertanggungjawabkan (*ospchoriende voorwade*).
- b. Perikatan yang digantungkan pada suatu ketepatan waktu (*tijdshcpaling*), perbedaan antara suatu syarat dengan suatu ketetapan waktu ialah yang pertama berupa suatu kejadian atau peristiwa yang belum tentu atau tidak akan terlaksana, sedangkan yang kedua adalah suatu hal yang pasti akan datang meskipun mungkin belum dapat ditentukan kapan datangnya, misalnya meninggalnya seseorang. Perikatan yang memperbolehkan memilih (alternatif) adalah suatu perikatan, di mana terdapat dua atau lebih macam, prestasi, sedangkan kepada si berhutang diserahkan yang mana ia akan lakukan, misalnya ia boleh memilih apakah ia akan memberikan kuda atau mobilnya atau satu juta rupiah.

⁹¹R. Subekti, *Loc.Cit*, hlm. 35.

- c. Perikatan tanggung menanggung (*hooldelijk atau solidair*) ini adalah suatu perikatan di mana beberapa orang bersama-sama sebagai pihak yang berhutang berhadapan dengan satu orang yang menghutangkan, atau sebaliknya. Beberapa orang bersama-sama berhak menagih suatu piutang dari satu orang, tetapi perikatan semacam belakangan ini sedikit sekali terdapat dalam praktik.
- d. Perikatan yang dapat dibagi dan yang tidak dapat dibagi. Apakah suatu perikatan dapat dibagi atau tidak tergantung pada kemungkinan tidaknya membagi prestasi. Pada hakikatnya tergantung pula dari kehendak atau maksud kedua belah pihak yang membuat suatu perjanjian. Persoalan tentang dapat atau tidaknya dibagi suatu perikatan barulah tampil ke permukaan jika salah satu pihak dalam perjanjian telah digantikan oleh beberapa orang lain. Hal mana biasanya terjadi karena meninggalnya satu pihak yang menyebabkan ia digantikan dalam segala hak-haknya oleh sekalian ahli warisnya.
- e. Perikatan dengan penetapan hukum (*strafbeding*) adalah untuk mencegah jangan sampai ia berhutang dengan mudah saja melalaikan kewajibannya, dalam praktik banyak hukuman apabila ia tidak menepati kewajibannya. Hukuman ini biasanya ditetapkan dalam suatu jumlah uang tertentu yang sebenarnya merupakan suatu pembayaran kerugian yang sejak semula sudah ditetapkan sendiri oleh para pihak yang membuat perjanjian itu. Hakim mempunyai kekuasaan untuk meringankan hukuman apabila perjanjian telah sebahagian dipenuhi.
- f. Perjanjian timbal balik
Perjanjian timbal balik adalah perjanjian yang menimbulkan kewajiban pokok bagi kedua belah pihak, misalnya perjanjian jual-beli.
- g. Perjanjian cuma-cuma dan perjanjian atas beban
Perjanjian dengan cuma-cuma adalah perjanjian yang memberikan keuntungan bagi salah satu pihak saja, misalnya hibah. Sedangkan perjanjian atas beban adalah perjanjian di mana terhadap prestasi dari pihak yang satu selalu terdapat kontrak prestasi dari pihak lain, dan antara kedua prestasi itu ada hubungannya menurut hukum. Pasal 1314 KUH Perdata, "Suatu persetujuan dibuat dengan cuma-

cuma atau atas beban. Suatu persetujuan dengan cuma-cuma adalah suatu persetujuan dengan mana pihak yang satu memberikan suatu keuntungan kepada pihak yang lain tanpa menerima suatu manfaat bagi dirinya sendiri, sedangkan suatu persetujuan atas beban adalah suatu persetujuan yang mewajibkan masing-masing pihak memberikan sesuatu, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu”.

h. Perjanjian khusus (*benoend*) dan perjanjian umum (*onbenoend*)

Perjanjian khusus adalah perjanjian yang mempunyai nama sendiri, maksudnya ialah bahwa perjanjian-perjanjian tersebut diatur dan diberi nama oleh pembentuk Undang-Undang berdasarkan tipe yang paling banyak terjadi sehari-hari. Perjanjian khusus terdapat dalam Bab V s/d XVIII KUH Perdata. Di luar perjanjian khusus tumbuh perjanjian umum yaitu perjanjian-perjanjian yang tidak diatur di dalam KUH Perdata, tetapi terdapat di dalam masyarakat. Jumlah perjanjian ini tak terbatas. Lahirnya perjanjian ini di dalam praktik adalah berdasarkan asas kebebasan mengadakan perjanjian atau *partij* otonomi yang berlaku di dalam Hukum Perjanjian. Salah satu contoh dari perjanjian umum adalah perjanjian sewa beli.

h. Perjanjian kebendaan (*zakelijk*) dan Perjanjian *obligatoir*

Perjanjian kebendaan adalah perjanjian dengan mana seorang menyerahkan haknya atas sesuatu kepada pihak lain, sedangkan perjanjian *obligatoir* adalah perjanjian di mana pihak-pihak mengikatkan diri untuk melakukan penyerahan kepada pihak lain (perjanjian yang menimbulkan perikatan).

i. Perjanjian konsensuil dan perjanjian riil

Perjanjian konsensuil adalah perjanjian di mana di antara kedua: belah pihak telah tercapai persesuaian kehendak untuk mengadakan perikatan-perikatan.

j. Perjanjian-perjanjian yang istimewa sifatnya

1. Perjanjian *liberatoir* yaitu perjanjian di mana para pihak membebaskan diri dari kewajiban yang ada, misalnya pembebasan hutang (*kwijschelding*) Pasal 1438 KUH Perdata;
2. Perjanjian pembuktian (*bewijsovereenkomst*) yaitu perjanjian di mana para pihak menentukan pembuktian apakah yang berlaku di antara mereka.

3. Perjanjian untung-untungan, misalnya perjanjian asuransi yaitu dalam Pasal 1774 KUH Perdata.
4. Perjanjian publik yaitu perjanjian yang sebagian atau seluruhnya dikuasai oleh hukum publik karena salah satu pihak bertindak sebagai penguasa (pemerintah), misalnya perjanjian ikatan dinas.

Berhubung dengan pembedaan perjanjian timbal balik dengan perjanjian cuma-cuma dan perjanjian atas beban, maka menurut Mariam Darus Badruzaman, perlu dibicarakan perjanjian campuran. Perjanjian campuran ialah perjanjian yang mengandung berbagai unsur perjanjian, misalnya pemilik hotel yang menyewakan kamar (sewa-menyewa) tapi pula menyajikan makanan (jual beli) dan juga memberikan pelayanan. Terhadap perjanjian campuran itu ada berbagai faham, yaitu:

1. Faham pertama: mengatakan bahwa ketentuan-ketentuan mengenai perjanjian khusus diterapkan secara analogis sehingga setiap unsur dari perjanjian khusus tetap ada (*contractus sui generis*).
2. Faham kedua: mengatakan ketentuan-ketentuan yang dipakai adalah ketentuan-ketentuan dari perjanjian yang paling menentukan (teori *absorpsi*).
3. Faham ketiga: mengatakan bahwa ketentuan-ketentuan undang-undang yang diterapkan terhadap perjanjian campuran itu adalah ketentuan undang-undang yang berlaku untuk itu (teori *combinatie*).⁹²

2. Jenis-jenis Perjanjian/Akad Syariah

Perjanjian dalam Syari'ah kebanyakan mengenai perjanjian muamalat, diantaranya: *al-wakalah*, *ash shulhu*, perjanjian jual beli, perjanjian sewa menyewa (*al-ijarah*), bagi hasil, penitipan barang (*wadi'ah*), serikat/perseroan (*syirkah*), pemberian (hibah), pinjam pakai (*al-ariyah*), perjanjian pinjam pakai habis (pinjam meminjam), gadai (*rahn*), penanggungan hutang (*kafalah*) dan perjanjian perdamaian (*as shulhu*), dan masih banyak lagi.⁹³ Jenis-jenis akad dapat ditinjau dari berbagai segi, antara lain;

⁹²*Ibid.*, hlm. 90-91.

⁹³Chairuman Pasaribuan, Suhrawardi K.Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, hlm, 19-148.

1. Ditinjau dari segi sifat dan hukumnya, akad dibagi menjadi:
 - a. Akad sah
Akad sah adalah akad yang unsur-unsur pokok (rukun) nya tidak bercacat, baik substansi maupun sifatnya. Akad sah dapat dikategorikan menjadi akad *nafiz* (apabila akibat-akibat hukumnya terjadi semata-mata karena adanya akad tanpa bergantung pada pihak lain), dan akad *mauquf* (apabila akibat hukumnya terhalang untuk dilaksanakan baik karena adanya unsur keterpaksaan maupun berkaitan dengan hak orang lain).
 - b. Akad tidak sah
Menurut Jumhur, lawan dari akad sah adalah akad batil atau tidak sah. Baik karena ada cacat dalam rukun juga sifatnya. Sedangkan menurut Hanafiyah, membagi akad yang bercacat ini dengan batil (tidak sah) apabila terdapat cacat pada rukun, sedangkan bila cacat terdapat pada selain rukun maka termasuk akad yang fasid tetapi termasuk sah.
2. Dari segi sighthat, akad dapat dibagi menjadi:
 - a. Akad *munjaz*, yaitu akad yang mempunyai akibat hukum seketika itu setelah terjadinya ijab dan qabul.
 - b. Akad bersyarat, yaitu akad yang digantungkan kepada syarat tertentu, akibat hukumnya dipandang baru terjadi apabila syarat tersebut terpenuhi.
 - c. Akad yang bersandar pada waktu yang akan datang.
 - d. Akad *fauri* dan *mustamir*. Akad *fauri* adalah apabila akibat hukum akad dapat dilaksanakan dengan segera setelah terjadinya akad, atau tujuan akad telah tercapai setelah terjadinya ijab dan qabul seperti akad jual beli barang tunai. Sedangkan akad *mustamir* pelaksanaannya memerlukan waktu panjang setelah terjadinya akad.
3. Ditinjau dari segi akibat hukumnya, akad dibagi menjadi:
 - a. Akad yang bertujuan memberikan hak milik. Jika pemberian hak milik dilakukan dengan tukar menukar disebut *akad muawadah*, sedangkan apabila tanpa imbalan disebut akad kebajikan (*tabrru*).

- b. Akad untuk melepaskan hak (*itsqat*) baik tanpa maupun dengan adanya ganti. Misalnya membebaskan orang berhutang dari kewajiban membayar hutangnya, membebaskan orang dari hukuman qisas tapi diganti dengan membayar diyat.
- c. Akad *itlaq*, bertujuan memberi kekuasaan untuk melakukan perbuatan atas nama dirinya kepada orang lain.
- d. Akad *taqyid*, yaitu mengikat orang lain untuk berbuat dengan wewenang yang semula dimilikinya.
- e. Akad *syirkah*, akad yang bertujuan bekerja sama memperoleh keuntungan.
- f. Akad pertanggungan.

Dari segi ada atau tidak adanya kompensasi, *fiqh muamalah* membagi lagi akad menjadi dua bagian, yakni:

1. Akad *Tabarru'*, yaitu akad yang dimaksudkan untuk menolong dan murni semata-mata karena mengharapkan ridha dan pahala dari Allah Swt., sama sekali tidak ada unsur mencari "return" ataupun motif. Akad yang termasuk dalam kategori ini adalah: Hibah, Wakaf, Wasiat, *Ibra'*, *Wakalah*, *Kafalah*, *Hawalah*, *Rahn*, dan *Qirad*. Atau dalam redaksi lain akad *tabarru'* (*gratuitous contract*) adalah segala macam perjanjian yang menyangkut *nonprofit transaction* (transaksi nirlaba). Transaksi ini pada hakikatnya bukan transaksi bisnis untuk mencari keuntungan komersil.
2. Akad *Tijarah*, yaitu akad yang dimaksudkan untuk mencari dan mendapatkan keuntungan di mana rukun dan syarat telah dipenuhi semuanya. Akad yang termasuk dalam kategori ini adalah: *Murabahah*, *Salam*, *Istishna'* dan *ijarah muntahiya bittamlik* serta *Mudharabah* dan *Musyarakah*. Atau dalam redaksi lain akad *tijari* (*compensational contract*) adalah segala macam perjanjian yang menyangkut *for profit transaction*. Akad ini dilakukan dengan tujuan untuk mencari keuntungan, karena itu bersifat komersial.⁹⁴

⁹⁴Mardani, *Lock.Cit*, hlm. 77.

3. Jenis-jenis Perjanjian Adat

Hukum Perjanjian pada dasarnya mencakup hukum hutang piutang. Dengan adanya perjanjian, maka suatu pihak berhak untuk menuntut prestasi dan alin pihak berkewajiban untuk memenuhi prestasi. Prestasi tersebut adalah mungkin menyerahkan benda, atau melakukan suatu perbuatan, atau tidak melakukan suatu perbuatan. Bentuk-bentuk dari perjanjian dalam masyarakat hukum adat adalah:

a. Perjanjian Kredit

Perjanjian kredit merupakan suatu perjanjian meminjamkan uang dengan atau tanpa bunga, atau barang-barang tertentu yang harus dikembalikan sesuai dengan nilainya masing-masing pada saat yang telah disepakati. Hasil penelitian lapangan di Lampung dan Sumatera Selatan menyatakan bahwa peminjaman yang dikenakan bunga telah lazim terjadi, apabila yang meminjam uang itu adalah orang luar, artinya yang tidak mempunyai hubungan kekerabatan dengan pihak yang meminjamkan uang itu. Adanya bunga atau jaminan terhadap pinjaman uang, rupa-rupanya merupakan pengaruh dari kebiasaan-kebiasaan di kota dari para pendatang. Demikian pula dengan pinjam-meminjam barang, maka pinjam-meminjam tersebut merupakan suatu hal yang sudah lazim. Pinjam-meminjam barang ini harus dikembalikan dengan barang sejenis ataupun dengan uang yang sepadan dengan nilai barang yang dipinjamkan.

b. Perjanjian Kempitan

Perjanjian kempitan merupakan suatu bentuk perjanjian di mana seseorang menitipkan sejumlah barang kepada pihak lain dengan janji bahwa kelak akan dikembalikan dalam bentuk uang atau barang yang sejenis. Perjanjian kempitan ini lazim terjadi dan pada umumnya menyangkut hasil bumi dan barang-barang dagangan. Didalam perjanjian kempitan, terdapat syarat-syarat yang harus dipenuhi, yaitu antara lain:

- 1) Harus ada musyawarah lebih dahulu, kepercayaan dan surat perjanjian;
- 2) Diadakan batas waktu pengembalian barang, dan kalau barang tersebut tidak diambil, maka barang itu dijual atas dasar mufakat;

- 3) Dalam surat perjanjian itu ditentukan jumlah harga pengembalian barang tersebut;
 - 4) Apabila barang yang dititipkan itu hilang, maka harus ada penggantian dan apabila barang itu telah dijual orang yang dititipi barang tersebut harus diberi upah untuk jerih payahnya. Dengan demikian, dalam perjanjian kempitan terdapat kecenderungan bahwa barang yang dititipkan itu harus dikembalikan apabila dikehendaki oleh pemilik barang dan adanya suatu syarat utama yaitu bahwa antara para pihak harus saling percaya-mempercayai.
- c. Perjanjian Tebasan
- Perjanjian tebasan terjadi apabila seseorang menjual hasil tanamannya sesudah tanaman itu berbuah dan sebentar lagi kan dipetik hasilnya. Perjanjian tebasan ini lazim terjadi pada padi atau tanaman buah-buahan yang sudah tua dan sedang berada di sawah ataupun di kebun. Di daerah-daerah tertentu (misalnya beberapa daerah Sumatera Selatan) perjanjian tebasan merupakan perjanjian yang tidak lazim terjadi dan ada kecenderungan bahwa perikatan dalam bentuk ini merupakan perjanjian yang dilarang.
- d. Perjanjian Perburuhan
- Perihal bekerja sebagai buruh dengan mendapat upah merupakan suatu hal yang sudah lazim di mana-mana. Dengan demikian terdapat kecenderungan bahwa apabila memperkerjakan orang lain harus diberi upah dan upah tersebut haruslah berupa uang. Tetapi ada variasi lain, yaitu bahwa ada kemungkinan seseorang bekerja tanpa diberi upah berupa uang, akan tetapi segala biaya kehidupannya ditanggung sepenuhnya.
- e. Perjanjian Pemegangan
- Di beberapa masyarakat, pada umumnya perjanjian pemegangan ini cukup lazim dilakukan dan pemilik uang berhak mempergunakan benda yang dijaminkan itu sampai uang yang dipinjamkan itu sampai uang yang dipinjamkan itu dikembalikan. Akan tetapi, apabila pinjaman uang tersebut dikenakan bunga, maka pemilik uang itu hanya berkewajiban menyimpan barang tersebut dan tidak berhak untuk mempergunakannya, karena dia menerima bunga hutang tersebut.

f. Perjanjian Pemeliharaan

Perjanjian pemeliharaan mempunyai kedudukan yang istimewa dalam hukum harta kekayaan adat. Isi perjanjian pemeliharaan ini adalah bahwa pihak yang satu “pemelihara” menanggung nafkahnya pihak lain “terpelihara” lebih-lebih selama masa tuanya, pula menanggung pemakamannya dan pengurusan harta peninggalannya. Sedangkan sebagai imbalan si pemelihara mendapat sebagian dari harta peninggalan si terpelihara, di mana kadang-kadang bagian itu sama dengan bagian seorang anak. Perjanjian ini pada umumnya dikenal antara lain di Minahasa dan persamannya terdapat di Bali di mana seseorang menyerahkan dirinya bersama segala harta bendanya kepada orang lain. Orang yang menerima penyerahan sedemikian itu wajib menyelenggarakan pemakamannya dan pembakaran mayatnya si penyerah, pula wajib memelihara sanak saudaranya yang ditinggalkan; untuk itu semua maka ia berhak atas harta peninggalannya.

g. Perjanjian Pertanggungan Kerabat

Dalam hukum adat terdapat perjanjian di mana seseorang menjadi penanggung hutangnya orang lain. Si penanggung dapat ditagih bila dianggap bahwa perlunasan piutang tak mungkin lagi diperoleh dari si peminjam sendiri. Menanggung hutang orang lain, *pertama-tama* mungkin disebabkan karena adanya ikatan sekerabat, berhadapan dengan orang luar. *Kedua*, mungkin juga berdasarkan atas rasa kesatuan daripada sanak saudara. Misalnya dikalangan orang-orang Batak Karo, seorang laki-laki selalu bertindak bersama-sama atau dengan penanggungan anak beru sinina, yaitu sanak saudaranya semenda dan kerabatnya sedarah yang seakan-akan mewakili golongan-golongan mereka berdua yang bertanggung jawab. Di Sumatera Selatan perjanjian pertanggungan kerabat orang lain juga masih lazim dilakukan. Alasan-alasannya antara lain:

1. Menyangkut kehormatan suku;
2. Menyangkut kehormatan keluarga batih;
3. Menyangkut kehormatan keluarga luas.

h. Perjanjian Serikat

Acapkali ada kepentingan-kepentingan tertentu yang dipelihara oleh anggota masyarakat dalam berbagai macam kerja sama. Kerja sama

dari para anggota masyarakat untuk memenuhi kepentingan itulah yang menimbulkan serikat, yang didalamnya muncul perikatan atau perjanjian-perjanjian untuk memenuhi kepentingan tertentu tadi. Sebagai contoh adalah di mana beberapa orang yang setiap bulan membayar sejumlah uang tertentu dalam waktu yang telah ditetapkan bersama, misalnya, dalam setiap bulan. Masing-masing mereka secara bergiliran akan menerima keseluruhan jumlah uang yang telah dibayarkan itu dan dapat mempergunakan uang tersebut sekaligus dan juga seluruhnya. Kegiatan yang demikian ini di Jakarta disebut dengan serikat, di Minangkabau disebut dengan jula-jula, di Salayar disebut dengan mahaqha dan di Minahasa disebut mapalus. Tetapi perlu diingatkan bahwa mapalus di Minahasa mengandung arti rangkap, yakni: *Pertama*, sebagai bentuk kerja sama yang pada prinsipnya mengandung kegiatan tolong menolong secara timbale balik, sehingga dapat digolongkan dalam bentuk perikatan tolong menolong yang merupakan “*wederkeng hulpbetoon*”. *Kedua*; Bentuk kerja sama dalam kegiatan yang telah diuraikan di muka. Bentuk kerja sama tersebut, kini telah mengalami perkembangan dan tidak semata-mata menyangkut uang saja, akan tetapi juga berkaitan dengan pelbagai keperluan, seperti keperluan rumah tangga, dan lain sebagainya. Kegiatan tersebut juga sudah meluas dalam masyarakat, dan lazim disebut arisan. diteruskan (atau dihentikan) oleh ahli waris, apabila pemilik tanah penggarap meninggal.

i. Perjanjian Bagi Hasil

Bagi hasil, merupakan suatu lembaga hukum Adat yang pada awalnya lebih bersifat sosial ekonomis yang bertujuan menolong sesama warga dan tidak selalu dapat dianggap sebagai usaha bisnis seperti di negara-negara lain. Unsur positif bagi hasil adalah perimbangannya didasarkan atas dasar keadilan dan terjaminnya kedudukan hukum yang layak bagi penggarap dengan menegaskan hak-hak dan kewajiban, baik dari penggarap maupun pemilik. Dengan demikian sebagai lembaga hukum Adat yang sudah membudaya di lingkungan masyarakat, bagi hasil ini sulit untuk dihapuskan. Oleh karena itu, agar memberikan perlindungan kepada para petani, khususnya petani gurem dan tunawisma serta untuk menghindari adanya kesan pemerasan diri manusia atas manusia, maka perlu dikendalikan melalui suatu peraturan

perundang-undangan yaitu Undang-undang Nomor 2 Tahun 1960. Peraturan perundang-undangan inilah yang dapat dijadikan sarana untuk mengatur hak-hak dan kewajiban pemilik maupun penggarapnya. Pengendalian lembaga bagi hasil ini akan membantu kesulitan-kesulitan yang mungkin akan terjadi terutama bila terjadi pelanggaran hak kepada penggarapnya. Dalam praktik Bagi Hasil tanah absentee dengan memanfaatkan berbagai celah hukum memberikan dampak yang beragam, akan tetapi secara kualitatif praktik tersebut secara umum tidak dapat meningkatkan kesejahteraan petani penggarap Perjanjian bagi hasil tersebut didalam kenyataannya dilakukan secara lisan (di hadapan kepala adat), dan tergantung dari faktor kesuburan tanah, penyediaan bibit, jenis tanaman dan seterusnya. Apabila tanah yang akan dikerjakan akan dijadikan sawah, sedangkan benih padi disediakan oleh pemilik tanah, maka hasilnya dibagi dua antara pemilik tanah dengan penggarap, tanpa memperhitungkan nilai benih serta pupuknya. Perjanjian semacam ini disebut “mempaduo”. Lain halnya, apabila tanah keras, ladang atau sawah yang akan dikerjakan, ditanami dengan palawija, di mana pemilik tanah menyediakan bibit serta pupuk. Hasilnya tetap dibagi dua, akan tetapi dengan memperhitungkan harga bibit dan pupuk; perjanjian semacam ini disebut “sadio bijo”. Perjanjian tersebut dapat diteruskan (atau dihentikan) oleh ahli waris, apabila pemilik tanah penggarap meninggal. Di Jawa Tengah, maka perjanjian tersebut tergantung pada kualitas tanah, macam tanaman yang akan dikerjakan, serta penawaran buruh tani. Kalau kualitas tanah baik, misalnya, maka pemilik tanah akan memperoleh bagian yang lebih besar. Dengan demikian, maka ketentuan-ketentuannya adalah, sebagai berikut:

1. Pemilik tanah dan penggarapnya memperoleh bagian yang sama (maro).
2. Pemilik tanah memperoleh $\frac{2}{3}$ bagian (mertebu).
3. Pemilik tanah mendapat $\frac{1}{5}$ bagian untuk tanaman kacang.

Mengenai perjanjian bagi hasil atau “*sharecropping*” ini, sebetulnya telah diatur di dalam Undang-Undang Nomor 2 tahun 1960 mengenai Perjanjian Bagi Hasil, yang intinya adalah:

1. Penentuan bagian yang didasarkan pada kepentingan penggarap dan kualitas tanah, dengan ketentuan penggarap memperoleh $\frac{1}{2}$ bagian atau $\frac{2}{3}$ bagian.
2. Atas dasar kualitas dan tipe tanah, perjanjian bagi hasil berjangka waktu antara 3 sampai 5 tahun.
3. Kepala Desa mengawasi perjanjian-perjanjian bagi hasil.

j. Perjanjian Ternak

Pemilik ternak menyerahkan ternaknya kepada pihak lain untuk dipelihara dan membagi hasil ternak atau peningkatan nilai dari hewan itu.” Di Sumatera Barat (Minangkabau) dikenal dengan nama “paduan taranak” atau “sadoan taranak”. Mengenai hal ini, lazimnya berlaku ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

1. Jika ternak itu ternak betina, maka setelah beranak, anaknya itu dibagi sama banyaknya antara si pemilik dan si pemelihara, atau dipatut harga induknya, kemudian anaknya dibagi dua sama banyak, dan kelebihan harga induknya yang dipatut itu dibagi dua pula. Kelebihan harga induk adalah dari harga waktu penyerahan dan waktu akan membagi.
2. Jika ternak itu ternak jantan, maka sewaktu diserahkan pada pemelihara harus ditentukan harganya, kemudian setelah dijual laba dibagi dua. Kalau dijual sebelum beranak maka ketentuannya adalah:
 - a. Jika induknya dahulu dipatut harganya, maka laba dibagi dua
 - b. Jika induknya dahulu tidak dipatut harganya, maka kepada pemelihara diberikan sekedar uang jasa selama ia memelihara ternak tersebut, besarnya tergantung kepada pemilik ternak, sifatnya hanya social saja.
 - c. Kalau ternak itu mandul, maka dijual, biasanya dikeluarkan juga uang rumput pemeliharaan, dan pemelihara mempunyai hak terdahulu jika ia ingin membeli atau memeliharanya kembali.
 - d. Jika ternak itu mati ditangan si pemelihara, biasanya kedua pihak pasrah kepada kedua takdir tersebut.

Keputusan Pengadilan Negeri Tapanuli Selatan tertanggal 23 Oktober 1954 No. 10/1953, menetapkan bahwa menurut hukum adat di Tanah Batak, tentang pemeliharaan kerbau, adalah sebagai berikut:

- a. Kalau seekor kerbau mati dalam pemeliharaan, yaitu kelihatan bangkainya, tidak diganti oleh pemelihara.
- b. Kalau kerbau itu mati karena tidak dipelihara atau liar ataupun hilang, yang memeliharanya harus menggantikannya sebesar kerbau yang mati, liar atau hilang itu, atau membayar seharga kerbau yang mati, liar atau hilang itu.

In casu seekor kerbau yang mati karena masuk lubang di padangan, dianggap mati dalam pemeliharaan. Keputusan Mahkamah Agung tertanggal 2 April 1958, No. 348 K/Sip/1957, menyatakan bahwa bila ada kerbau yang hilang atau mati karena masuk lubang, maka sangat sulit untuk menentukankesalahan dari pihak pemelihara. Dengan demikian, maka sepatutnya resiko ditanggung oleh kedua belah pihak, secara sebanding.

H. Berakhirnya Perjanjian dan Akad

Perjanjian berakhir karena ditentukan oleh para pihak berlaku untuk waktu tertentu; undang-undang menentukan batas berlakunya perjanjian; para pihak atau undang-undang menentukan bahwa dengan terjadinya peristiwa tertentu maka persetujuan akan hapus. Peristiwa tertentu yang dimaksud adalah keadaan memaksa (*overmacht*) yang diatur dalam Pasal 1244 dan 1245 KUH Perdata. Keadaan memaksa adalah suatu keadaan di mana debitur tidak dapat melakukan prestasinya kepada kreditor yang disebabkan adanya kejadian yang berada di luar kekuasaannya, misalnya karena adanya gempa bumi, banjir, lahar dan lain-lain. Keadaan memaksa dapat dibagi menjadi dua macam yaitu:

1. Keadaan memaksa absolut adalah suatu keadaan di mana debitur sama sekali tidak dapat memenuhi perutangannya kepada kreditor, oleh karena adanya gempa bumi, banjir bandang, dan adanya lahar (*force majeure*). Akibat keadaan memaksa absolut (*force majeure*): 1) debitur tidak perlu membayar ganti rugi (Pasal 1244 KUH Perdata); dan 2) kreditor tidak berhak atas pemenuhan prestasi, tetapi sekaligus demi hukum bebas dari kewajibannya untuk menyerahkan kontra prestasi, kecuali untuk yang disebut dalam Pasal 1460 KUH Perdata;

2. Keadaan memaksa yang relatif adalah suatu keadaan yang menyebabkan debitur masih mungkin untuk melaksanakan prestasinya, tetapi pelaksanaan prestasi itu harus dilakukan dengan memberikan korban besar yang tidak seimbang atau menggunakan kekuatan jiwa yang di luar kemampuan manusia atau kemungkinan tertimpa bahaya kerugian yang sangat besar. Keadaan memaksa ini tidak mengakibatkan beban resiko apapun, hanya masalah waktu pelaksanaan hak dan kewajiban kreditor dan debitur. Pernyataan menghentikan persetujuan (*opzegging*) yang dapat dilakukan oleh kedua belah pihak atau oleh salah satu pihak pada perjanjian yang bersifat sementara misalnya perjanjian kerja, Putusan hakim, Tujuan perjanjian telah tercapai, Dengan persetujuan para pihak (*herroeping*).

Suatu akad di pandang berakhir apabila telah tercapai tujuan-tujuannya.⁹⁵ Dalam akad jual beli misalnya, akad di pandang telah berakhir apabila barang telah berpindah milik kepada pembeli dan harganya telah menjadi milik penjual. Dalam akad gadai dan pertanggungan (*kafalah*), akad di pandang telah berakhir apabila utang telah di bayar. Selain telah tercapai tujuannya, akad di pandang berakhir apabila terjadi *fasakh* (pembatalan) atau telah berakhir waktunya.⁹⁶

Menurut hukum Islam, akad berakhir karena sebab-sebab terpenuhinya tujuan akad (*tahkiq gharadh al-'aqd*), pemutusan akad (*fasakh*), putus dengan sendirinya (*infisakh*), kematian, dan tidak memperoleh izin dari pihak yang memiliki kewenangan dalam akad *mauqup*. Berikut penjelasan dari masing-masing dimaksud.

1. Terpenuhinya tujuan akad

Suatu akad di pandang berakhir apabila telah tercapai tujuannya. Dalam akad jual beli, akad dipandang telah berakhir apabila barang telah berpindah milik kepada pembeli dan harganya telah menjadi milik penjual. Dalam akad salam dan *Istishna* akan berakhir jika pembayaran sudah lunas dan barangnya diterima.

⁹⁵Mardani, *Op. Cit*, hlm. 125-126.

⁹⁶<http://mirror.stisitelkom.ac.id/files/viewing/Pengelolaan+Keuangan/akadadak+dalam+bank+syariah.pdf/>, [di akses tanggal 17 Juli 218]

2. Terjadinya pembatalan akad (*fasakh*)
 - a. Adanya hal-hal yang tidak dibenarkan syara; seperti terdapat kerusakan dalam akad (*fasad al-'aqdi*). Misalnya, jual beli barang yang tidak memenuhi kejelasan (*jahala*) dan tertentu waktunya (*mu'aqqat*).
 - b. Adanya *khiyar*, *khiyar rukyat*, *khiyair 'aib*, *khiyar syarat* atau *khiyar majelis*. Adanya penyesalan dari salah satu pihak (*iqalah*).
 - c. Salah satu pihak yang berakad dengan persetujuan pihak lain membatalkan karena merasa menyesal atas akad yang baru saja dilakukan. Hal ini didasarkan pada hadis Nabi riwayat Baihaqi dari Abu Hurairah yang mengajarkan bahwa barang siapa mengabulkan permintaan pembatalan orang yang menyesal akad jual beli yang dilakukan, Allah akan menghilangkan kesukarannya pada hari kiamat kelak (*man aqala naadiman bai'atahu aqallahu'atsratuhu yaumal qiyamah*).
 - d. Adanya kewajiban dalam akad yang tidak dipenuhi oleh pihak-pihak yang berakad (*li'adami tanfidz*).
 - e. Berakhirnya waktu akad karena habis waktunya, seperti dalam akad sewa-menyewa yang waktu tertentu dan tidak dapat diperpanjang.
3. Salah satu Pihak yang berakad meninggal dunia. Kematian salah satu pihak yang mengadakan akad mengakibatkan berakhirnya akad. Hal ini terutama yang menyangkut hak-hak perorangan dan bukan hak kebendaan. Kematian salah satu pihak menyangkut hak perorangan mengakibatkan berakhirnya akad perwalian, perwakilan dan sebagainya.
4. Tidak ada izin dari yang berhak. Dalam hal akad *maukuf* (akad yang keabsahannya bergantung pada pihak lain), seperti akad *bai' fudhuli* dan akad anak yang belum dewasa, akad berakhir apabila tidak mendapat persetujuan dari yang berhak.⁹⁷

⁹⁷Muhammad Ardi, *Asas-asas Perjanjian (Akad), Hukum Kontrak Syariah dalam Penerapan Salam dan Istisna*, Jurnal Hukum Diktum, Volume 14, Nomor 2, Desember 2016.



BAB 5

TENTANG WANPRESTASI DAN PERBUATAN MELAWAN HUKUM

A. Pengertian Wanprestasi

Suatu perjanjian dapat terlaksana dengan baik apabila para pihak telah memenuhi prestasinya masing-masing seperti yang telah diperjanjikan tanpa ada pihak yang dirugikan. Tetapi adakalanya perjanjian tersebut tidak terlaksana dengan baik karena adanya wanprestasi yang dilakukan oleh salah satu pihak atau debitur. Perkataan wanprestasi berasal dari bahasa Belanda, yang artinya prestasi buruk. Adapun yang dimaksud wanprestasi adalah suatu keadaan yang dikarenakan kelalaian atau kesalahannya, debitur tidak dapat memenuhi prestasi seperti yang telah ditentukan dalam perjanjian dan bukan dalam keadaan memaksa. Adapun bentuk-bentuk dari wanprestasi yaitu:

1. Tidak memenuhi prestasi sama sekali
Sehubungan dengan dengan debitur yang tidak memenuhi prestasinya maka dikatakan debitur tidak memenuhi prestasi sama sekali.
2. Memenuhi prestasi tetapi tidak tepat waktunya
Apabila prestasi debitur masih dapat diharapkan pemenuhannya, maka debitur dianggap memenuhi prestasi tetapi tidak tepat waktunya.

3. Memenuhi prestasi tetapi tidak sesuai atau keliru

Debitur yang memenuhi prestasi tapi keliru, apabila prestasi yang keliru tersebut tidak dapat diperbaiki lagi maka debitur dikatakan tidak memenuhi prestasi sama sekali.

Menurut Subekti, bentuk wanprestasi ada empat macam yaitu:

1. Tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukan;
2. Melaksanakan apa yang dijanjikannya tetapi tidak sebagaimana dijanjikannya;
3. Melakukan apa yang dijanjikannya tetapi terlambat;
4. Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan.

Untuk mengatakan bahwa seseorang melakukan wanprestasi dalam suatu perjanjian, kadang-kadang tidak mudah karena sering sekali juga tidak dijanjikan dengan tepat kapan suatu pihak diwajibkan melakukan prestasi yang diperjanjikan. Dalam hal bentuk prestasi debitur dalam perjanjian yang berupa tidak berbuat sesuatu, akan mudah ditentukan sejak kapan debitur melakukan wanprestasi yaitu sejak pada saat debitur berbuat sesuatu yang tidak diperbolehkan dalam perjanjian. Sedangkan bentuk prestasi debitur yang berupa berbuat sesuatu yang memberikan sesuatu apabila batas waktunya ditentukan dalam perjanjian maka menurut Pasal 1238 KUH Perdata debitur dianggap melakukan wanprestasi dengan lewatnya batas waktu tersebut. Dan apabila tidak ditentukan mengenai batas waktunya maka untuk menyatakan seseorang debitur melakukan wanprestasi, diperlukan surat peringatan tertulis dari kreditor yang diberikan kepada debitur. Surat peringatan tersebut disebut dengan somasi. Somasi adalah pemberitahuan atau pernyataan dari kreditor kepada debitur yang berisi ketentuan bahwa kreditor menghendaki pemenuhan prestasi seketika atau dalam jangka waktu seperti yang ditentukan dalam pemberitahuan itu.

Menurut Pasal 1238 KUH Perdata yang menyatakan bahwa: “Si berutang adalah lalai, apabila ia dengan surat perintah atau dengan sebuah akta sejenis itu telah dinyatakan lalai, atau demi perikatan sendiri, ialah jika ini menetapkan bahwa si berutang harus dianggap lalai dengan lewatnya waktu yang ditentukan”. Dari ketentuan Pasal tersebut dapat dikatakan bahwa debitur dinyatakan wanprestasi apabila sudah ada somasi (*in gebreke stelling*). Adapun bentuk-bentuk somasi menurut Pasal 1238 KUH Perdata adalah:

a. Surat perintah

Surat perintah tersebut berasal dari hakim yang biasanya berbentuk penetapan. Dengan surat penetapan ini juru sita memberitahukan secara lisan kepada debitur kapan selambat-lambatnya dia harus berprestasi. Hal ini biasa disebut “*exploit juru Sita.*”

b. Akta sejenis

Akta ini dapat berupa akta dibawah tangan maupun akta notaris.

c. Tersimpul dalam perikatan itu sendiri

Maksudnya sejak pembuatan perjanjian, kreditor sudah menentukan saat adanya wanprestasi. Dalam perkembangannya, suatu somasi atau teguran terhadap debitur yang melalaikan kewajibannya dapat dilakukan secara lisan akan tetapi untuk mempermudah pembuktian dihadapan hakim apabila masalah tersebut berlanjut ke pengadilan maka sebaiknya diberikan peringatan secara tertulis. Dalam keadaan tertentu somasi tidak diperlukan untuk dinyatakan bahwa seorang debitur melakukan wanprestasi yaitu dalam hal adanya batas waktu dalam perjanjian (*fatal termijn*), prestasi dalam perjanjian berupa tidak berbuat sesuatu, debitur mengakui dirinya wanprestasi.

Apabila debitur melakukan wanprestasi maka ada beberapa sanksi yang dapat dijatuhkan kepada debitur, yaitu:

- a. Membayar kerugian yang diderita kreditor;
- b. Pembatalan perjanjian;
- c. Peralihan resiko;
- d. Membayar biaya perkara apabila sampai diperkarakan dimuka hakim.

Penggantian kerugian dapat dituntut menurut undang-undang berupa “*kosten, schaden en interessen*” (Pasal 1243). Yang dimaksud kerugian yang bisa dimintakan penggantian itu, tidak hanya biaya-biaya yang sungguh-sungguh telah dikeluarkan (*kosten*), atau kerugian yang sungguh-sungguh menimpa benda si berpiutang (*schaden*), tetapi juga berupa kehilangan keuntungan (*interessen*), yaitu keuntungan yang didapat seandainya siberhutang tidak lalai (*winstderving*). Bahwa kerugian yang harus diganti meliputi kerugian yang dapat diduga dan merupakan akibat langsung dari wanprestasi, artinya ada hubungan

sebab-akibat antara wanprestasi dengan kerugian yang diderita. Berkaitan dengan hal ini ada dua sarjana yang mengemukakan teori tentang sebab-akibat yaitu:

1. *Conditio Sine qua Non* (Von Buri)

Menyatakan bahwa suatu peristiwa A adalah sebab dari peristiwa B (peristiwa lain) dan peristiwa B tidak akan terjadi jika tidak ada peristiwa A.

2. *Adequated Veroorzaking* (Von Kries)

Menyatakan bahwa suatu peristiwa A adalah sebab dari peristiwa B (peristiwa lain). Bila peristiwa A menurut pengalaman manusia yang normal diduga mampu menimbulkan akibat (peristiwa B).

Dari kedua teori diatas maka yang lazim dianut adalah teori *Adequated Veroorzaking* karena pelaku hanya bertanggung jawab atas kerugian yang selayaknya dapat dianggap sebagai akibat dari perbuatan itu disamping itu teori inilah yang paling mendekati keadilan. Seorang debitur yang dituduh wanprestasi dapat mengajukan beberapa alasan untuk membela dirinya, yaitu:

1. Mengajukan tuntutan adanya keadaan memaksa (*overmacht*).
2. Mengajukan alasan bahwa kreditor sendiri telah lalai.
3. Mengajukan alasan bahwa kreditor telah melepaskan haknya untuk menuntut ganti rugi.

Wanprestasi artinya tidak memenuhi kewajiban yang telah ditetapkan dalam perjanjian. Munir Fuady mengartikan wanprestasi (*default* atau *non fulfilment* ataupun yang disebut juga dengan istilah *breach of contract*) yang dimaksudkan adalah tidak dilaksanakan prestasi atau kewajiban sebagaimana mestinya yang dibebankan oleh kontrak terhadap pihak-pihak tertentu seperti yang disebutkan dalam kontrak yang bersangkutan.¹ Pengertian serupa tentang wanprestasi diungkapkan oleh Salim H.S disebutkan wanprestasi adalah tidak memenuhi atau lalai melaksanakan kewajiban sebagaimana yang ditentukan dalam

¹Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 87.

perjanjian yang dibuat antara kreditor dengan debitur.² Wanprestasi dalam suatu perjanjian wujudnya dapat berupa:

1. Debitur sama sekali tidak memenuhi perjanjian
Debitur tidak memenuhi kewajiban yang telah disanggupinya untuk dipenuhi dalam suatu perjanjian atau tidak memenuhi kewajiban yang ditetapkan oleh undang-undang.
2. Debitur terlambat memenuhi perjanjian
Debitur memenuhi prestasi tetapi tidak tepat waktu, waktu yang ditetapkan dalam perjanjian tidak dipenuhi.
3. Debitur keliru memenuhi prestasi
Debitur melaksanakan atau memenuhi apa yang diperjanjikan atau apa yang ditentukan oleh undang-undang tetapi tidak sebagaimana mestinya menurut kualitas yang telah ditentukan dalam perjanjian atau yang telah ditetapkan oleh undang-undang.
4. Debitur melakukan sesuatu yang menurut perjanjian atau tidak boleh dilakukan.

Adapun akibat hukum bagi debitur yang telah melakukan wanprestasi adalah hukuman atau sanksi sebagai berikut:

1. Debitur diharuskan membayar ganti kerugian yang telah diderita oleh kreditor (Pasal 1243 KUH Perdata). Ketentuan ini berlaku untuk semua perikatan.
2. Dalam perjanjian timbal balik, wanprestasi dari satu pihak memberikan hak kepada pihak yang lain untuk membatalkan atau memutuskan perjanjian lewat hakim (Pasal 1266 KUH Perdata).
3. Resiko beralih kepada debitur sejak terjadinya wanprestasi (Pasal 1237 ayat 2 KUH Perdata). Ketentuan ini hanya berlaku bagi perikatan untuk memberikan sesuatu.
4. Membayara biaya perkara apabila diperkarakan dimuka hakim. Ketentuan ini untuk semua perikatan.
5. Memenuhi perjanjian jika masih dapat dilakukan, atau pembatalan perjanjian yang disertai dengan pembayaran ganti rugi (Pasal 1267 KUH Perdata). Ketentuan ini berlaku untuk semua perikatan.

²Salim H.S, *Hukum Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hlm. 98.

Dari akibat-akibat hukum di atas, kreditor dapat memilih di antara beberapa kemungkinan tuntutan terhadap debitur, apakah menuntut pemenuhan perikatan atau pemenuhan perikatan yang disertai ganti kerugian atau ganti kerugian saja atau menuntut pembatalan perjanjian lewat hakim yang disertai dengan ganti kerugian. Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, yang menyatakan bahwa semua kontrak (perjanjian) yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Dari Pasal ini dapat disimpulkan adanya asas kebebasan berkontrak akan tetapi kebebasan ini dibatasi oleh hukum yang sifatnya memaksa, sehingga para pihak yang membuat perjanjian harus menaati hukum yang sifatnya memaksa. Suatu perjanjian tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu. Perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan oleh kepatutan kebiasaan atau undang-undang. Suatu perjanjian tidak diperbolehkan membawa kerugian kepada pihak ketiga.

B. Pengertian Perbuatan Melawan Hukum

Perbuatan Melawan Hukum diatur dalam Pasal 1365 s.d Pasal 1380 KUH Perdata. Pasal 1365 menyatakan, bahwa setiap perbuatan yang melawan hukum yang membawa kerugian kepada orang lain menyebabkan orang karena salahnya menerbitkan kerugian mengganti kerugian tersebut. Perbuatan melawan hukum dalam KUH Perdata berasal dari Code Napoleon.

Perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) menurut hukum positif Indonesia, berangkat dari bunyi Pasal 1365 KUH Perdata, yang berbunyi: “Setiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orangnya karena kesalahannya menerbitkan kerugian itu, mengganti kewajiban.” Dengan demikian unsur-unsur pokok dalam perbuatan melawan hukum adalah: 1) adanya tindakan atau perbuatan, 2) perbuatan itu harus melawan hukum, 3) pelakunya mempunyai unsur salah, dan 4) tindakan itu menimbulkan kerugian pihak lain. Selain perbuatan aktif, *onrechtmatige daad* meliputi pula perbuatan pasif seperti membiarkan sesuatu berlangsung padahal merugikan orang lain (sesuai Pasal 1366 KUHPerdata). Sejalan dengan

berkembangnya penafsiran terhadap *onrechtmatige daad*, unsur-unsur perbuatan melawan hukum tersebut diperluas dengan: 5) bertentangan dengan kewajiban pelaku, 6) bertentangan dengan kesucilaan, dan 7) bertentangan dengan kepatutan dalam memperhatikan kepentingan dari orang lain dalam pergaulan hidup.

Menurut Pasal 1365 KUH Perdata, maka yang dimaksud dengan perbuatan melanggar hukum adalah perbuatan yang melawan hukum yang dilakukan oleh seseorang yang karena salahnya telah menimbulkan kerugian bagi orang lain. Ilmu hukum mengenal 3 (tiga) kategori dari perbuatan melawan hukum, yaitu:

1. Perbuatan melawan hukum karena kesengajaan;
2. Perbuatan melawan hukum tanpa kesalahan (tanpa unsur kesengajaan maupun kelalaian);
3. Perbuatan melawan hukum karena kelalaian.

Menurut Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia, maka yang dimaksud dengan perbuatan melanggar hukum adalah perbuatan yang melawan hukum yang dilakukan oleh seseorang, yang karena kesalahannya itu telah menimbulkan kerugian bagi orang lain. Pasal 1365 KUHPerdata berbunyi: “Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.”³

Menurut Hoffman, menerangkan bahwa untuk adanya suatu perbuatan melawan hukum harus dipenuhi empat unsur, yaitu:

1. Harus ada yang melakukan perbuatan;
2. Perbuatan itu harus melawan hukum;
3. Perbuatan itu harus menimbulkan kerugian pada orang lain;
4. Perbuatan itu karena kesalahan yang dapat ditimpakan kepadanya.⁴

Mariam Darus Badrulzaman mengatakan bahwa syarat-syarat yang harus ada untuk menentukan suatu perbuatan sebagai perbuatan

³R. Subekti Dan R. Tjitrisudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1992, hlm 346.

⁴L.C. Hoffmann, dalam Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Alumni, Bandung, 2002, hlm. 34.

melawan hukum adalah: 1) Harus ada perbuatan, baik yang bersifat positif maupun negatif, artinya setiap tingkah laku baik berbuat atau tidak berbuat; 2) perbuatan itu harus melawan hukum; 3) Ada Kerugian; 4) Ada hubungan sebab akibat antara perbuatan melawan hukum itu dengan kerugian; 5) Ada kesalahan (*schuld*).

Pada istilah “melawan” itu sudah termasuk pengertian perbuatan yang bersifat aktif maupun pasif. Seseorang dengan sengaja melakukan sesuatu perbuatan yang menimbulkan kerugian pada orang lain, maka nampaklah dengan jelas sifat aktif dari istilah melawan tersebut. Sebaliknya kalau seseorang dengan sengaja tidak melakukan sesuatu atau diam saja padahal mengetahui bahwa sesungguhnya harus melakukan sesuatu perbuatan untuk tidak merugikan orang lain atau dengan lain perkataan bersikap pasif saja, bahkan enggan melakukan kerugian pada orang lain, maka telah “melawan” tanpa harus menggerakkan badannya. Inilah sifat pasif daripada istilah melawan.⁵

Ketentuan dalam Pasal 1365 BW kemudian dipertegas kembali dalam Pasal 1366 BW yaitu: “Setiap orang bertanggung jawab tidak hanya untuk kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatannya tetapi juga disebabkan oleh kelalaiannya.”⁶ Kedua Pasal tersebut di atas menegaskan bahwa perbuatan melawan hukum tidak saja mencakup suatu perbuatan, tetapi juga mencakup tidak berbuat. Pasal 1365 BW mengatur tentang “perbuatan” dan Pasal 1366 BW mengatur tentang “tidak berbuat”. Dilihat dari sejarahnya maka pandangan-pandangan mengenai perbuatan melawan hukum selalu mengalami perubahan dan perkembangan.

Menurut ajaran Legisme (abad 19), suatu perbuatan melawan hukum diartikan sebagai berbuat atau tidak berbuat yang bertentangan dengan kewajiban hukum dari si pembuat atau melanggar hak orang lain. Sehingga menurut ajaran Legistis suatu perbuatan melawan hukum harus memenuhi salah satu unsur yaitu: melanggar hak orang lain bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat yang telah diatur dalam undang-undang. Ajaran Legistis lebih menitik beratkan bahwa tidak semua perbuatan yang menimbulkan kerugian dapat dituntut

⁵MA Moegni Djojodirjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982, hlm. 13.

⁶R. Subekti Dan R. Tjitrosudibio, *Lock, Cit*, hlm. 131.

ganti rugi melainkan hanya terhadap perbuatan melawan hukum saja yang dapat memberikan dasar untuk menuntut ganti rugi. Pandangan tersebut kemudian lebih dikenal sebagai pandangan sempit.

Sebelum tahun 1919, *Hoge Raad* berpendapat dan menafsirkan perbuatan melawan hukum secara sempit, di mana perbuatan melawan hukum dinyatakan sebagai berbuat sesuatu yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku yang telah diatur oleh undang-undang.⁷ Pada tahun 1919, *Hoge Raad* merumuskan pandangan luas mengenai perbuatan melawan hukum. Pada rumusannya, *Hoge Raad* mempergunakan rumusan yang terdapat dalam rancangan Heemskerck yang mana yang dimaksud perbuatan melawan hukum tidak sama dengan melawan undang-undang tetapi perbuatan melawan hukum harus diartikan sebagai “berbuat” atau “tidak berbuat” yang memperkosa hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat atau bertentangan dengan asas kesusilaan dan kepatuhan dalam masyarakat, baik terhadap diri atau benda orang lain.

Rumusan tersebut dituangkan dalam “*Standart Arrest*” 31 Januari 119 dalam perkara Cohen dan Lindenbaum: “.... Penafsiran tersebut tidak beralasan karena melawan hukum tidak sama dengan melawan undang-undang. Menurut *Hoge Raad* perbuatan melawan hukum harus diartikan sebagai “berbuat” atau “tidak berbuat” yang memperkosa hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat atau kesusilaan atau kepatuhan dalam masyarakat, baik terhadap diri atau benda orang lain.”⁸

Sejak tahun 1919, *Hoge Raad* mulai menafsirkan Perbuatan Melawan Hukum dalam arti luas pada perkara Lindenbaum vs. Cohen dengan mengatakan Perbuatan Melawan Hukum harus diartikan sebagai berbuat atau tidak berbuat yang bertentangan dengan:

1. Hak subjektif orang lain.
2. Kewajiban hukum pelaku.
3. Kaidah kesusilaan.
4. Kepatutan dalam masyarakat⁹

⁷Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, Program Pascasarjana FH UI, Jakarta, 2004, hlm. 37.

⁸Rachmat Setiawan, *Op. Cit.*, hlm. 15.

⁹Setiawan, *Empat Kriteria Perbuatan Melawan Hukum dan Perkembangan Dalam Yurisprudensi*, Varia Peradilan No. 16 Tahun II (1987), hlm. 176.

Bila dilihat dari model pengaturan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tentang perbuatan melawan hukum lainnya, dan seperti juga di negara-negara dalam sistem hukum Eropa Kontinental, maka model tanggung jawab hukum di Indonesia adalah sebagai berikut:

1. Tanggung jawab dengan unsur kesalahan (kesengajaan dan kelalaian), seperti terdapat dalam Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia.
2. Tanggung jawab dengan unsur kesalahan, khususnya unsur kelalaian seperti terdapat dalam Pasal 1366 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia.
3. Tanggung jawab mutlak (tanpa kesalahan) dalam arti yang sangat terbatas seperti dalam Pasal 1367 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia.

Dalam arti sempit, perbuatan melawan hukum diartikan bahwa “orang yang berbuat pelanggaran terhadap orang lain atau ia telah berbuat bertentangan dengan suatu kewajiban hukumnya sendiri”.¹⁰ Perbuatan melawan hukum dalam arti luas berdasarkan pernyataan di atas, bahwa perbuatan itu tidak saja melanggar hak orang lain dan bertentangan dengan kewajiban hukum dari pelakunya atau yang berbuat, tetapi perbuatan itu juga berlawanan dengan kesusilaan dan kepatutan terhadap diri atau benda orang lain, yang seharusnya ada di dalam masyarakat, dalam arti bertentangan dengan ketentuan-ketentuan yang tidak tertulis, seperti adat istiadat dan lain-lain. Beberapa definisi lain yang pernah diberikan terhadap perbuatan melawan hukum adalah sebagai berikut:

1. Tidak memenuhi sesuatu yang menjadi kewajibannya selain dari kewajiban kontraktual atau kewajiban *quasi contractual* yang menerbitkan hak untuk meminta ganti rugi.
2. Suatu perbuatan atau tidak berbuat sesuatu yang mengakibatkan timbulnya kerugian bagi orang lain tanpa sebelumnya ada suatu hubungan hukum yang mana perbuatan atau tidak berbuat tersebut, baik merupakan suatu perbuatan biasa maupun bias juga merupakan suatu kecelakaan.

¹⁰H.F.A.Volmar, *Pengantar Study Hukum Perdata*, Terjemahan I. S. Adiwinata, Rajawali Pers, Jakarta, 2004, hlm. 184.

3. Tidak memenuhi suatu kewajiban yang dibebankan oleh hukum, kewajiban mana ditujukan terhadap setiap orang pada umumnya, dan dengan tidak memenuhi kewajibannya tersebut dapat dimintakan suatu ganti rugi.
4. Suatu kesalahan perdata (*civil wrong*) terhadap mana suatu ganti kerugian dapat dituntut yang bukan merupakan wanprestasi terhadap kontrak atau wanprestasi terhadap kewajiban *trust* ataupun wanprestasi terhadap kewajiban *equity* lainnya.
5. Suatu kerugian yang tidak disebabkan oleh wanprestasi terhadap kontrak atau lebih tepatnya, merupakan suatu perbuatan yang merugikan hak-hak orang lain yang diciptakan oleh hukum yang tidak terbit dari hubungan kontraktual.
6. Sesuatu perbuatan atau tidak berbuat sesuatu yang secara bertentangan dengan hukum melanggar hak orang lain yang diciptakan oleh hukum dan karenanya suatu ganti rugi dapat dituntut oleh pihak yang dirugikan.
7. Perbuatan melawan hukum bukan suatu kontrak seperti juga kimia bukan suatu fisika atau matematika.¹¹

Abdul Kadir Muhammad berpendapat, bahwa perbuatan melawan hukum dalam arti sempit hanya mencakup Pasal 1365 KUH Perdata, dalam arti pengertian tersebut dilakukan secara terpisah antara kedua Pasal tersebut. Sedangkan pengertian perbuatan melawan hukum dalam arti luas adalah merupakan penggabungan dari kedua Pasal tersebut. Dengan demikian Pasal 1365 KUH Perdata untuk orang-orang yang betul-betul berbuat, sedangkan dalam Pasal 1366 KUH Perdata itu untuk orang yang tidak berbuat. Pelanggaran kedua Pasal ini mempunyai akibat hukum yang sama, yaitu mengganti kerugian. Perumusan perbuatan positif Pasal 1365 KUH Perdata dan perbuatan negatif Pasal 1366 KUH Perdata hanya mempunyai arti sebelum ada putusan Mahkamah Agung Belanda 31 Januari 1919, karena pada waktu itu pengertian melawan hukum (*onrechtmatig*) itu masih sempit. Setelah putusan Mahkamah Agung Belanda tersebut, pengertian melawan hukum itu sudah menjadi lebih luas, yaitu mencakup juga

¹¹Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm. 4.

perbuatan negatif. Ketentuan Pasal 1366 KUHPerdata itu sudah termasuk pula dalam rumusan Pasal 1365 KUH Perdata.¹²

Berdasarkan pengertian perbuatan melawan hukum di atas, baik yang secara etimologi, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, keputusan Mahkamah Agung Belanda dengan *arrest* tanggal 31 Januari 1919 dan pendapat para sarjana hukum, walaupun saling berbeda antara satu sama lainnya, namun mempunyai maksud dan tujuan yang sama, yaitu memberi penegasan terhadap tindakan-tindakan seseorang yang telah melanggar hak orang lain atau yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri, sementara tentang hal tersebut telah ada aturannya atau ketentuan-ketentuan yang mengaturnya, baik secara tertulis maupun tidak tertulis, seperti adat kebiasaan dan lain sebagainya.

C. Syarat-syarat dan Unsur Perbuatan Melawan Hukum

Ketentuan Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia, suatu perbuatan melawan hukum harus mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

1. Ada Suatu Perbuatan. Perbuatan yang dimaksud adalah perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pelaku. Secara umum perbuatan ini mencakup berbuat sesuatu (dalam arti aktif) dan tidak berbuat sesuatu (dalam arti pasif), misalnya tidak berbuat sesuatu, padahal pelaku mempunyai kewajiban hukum untuk berbuat, kewajiban itu timbul dari hukum. (ada pula kewajiban yang timbul dari suatu kontrak). Dalam perbuatan melawan hukum ini, harus tidak ada unsur persetujuan atau kata sepakat serta tidak ada pula unsur kausa yang diperbolehkan seperti yang terdapat dalam suatu perjanjian kontrak.
2. Perbuatan Itu melawan hukum. Perbuatan yang dilakukan itu, harus melawan hukum. Sejak tahun 1919, unsur melawan hukum diartikan dalam arti seluas-luasnya. Menurut Standaard Arest Tahun 1919, berbuat atau tidak berbuat merupakan suatu perbuatan melawan hukum jika:

¹²Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, PTCitra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 142.

- a. Perbuatan melanggar undang-undang;
- b. Perbuatan melanggar hak orang lain yang dilindungi hukum. Perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain termasuk salah satu perbuatan yang dilarang oleh Pasal 1365 KUH Perdata. Hak yang dilanggar tersebut adalah hak-hak seseorang yang diakui oleh hukum, termasuk tetapi tidak terbatas pada hak-hak sebagai berikut: 1) Hak-hak Pribadi; 2) Hak-hak Kekayaan; 3) Hak-hak Kebebasan; dan 4) Hak atas Kehormatan dan Nama Baik. Yang dimaksud dengan melanggar hak orang lain adalah melanggar hak subjektif orang lain, yaitu wewenang khusus yang diberikan oleh hukum kepada seseorang untuk digunakan bagi kepentingannya. Menurut Meyers dalam bukunya "*Algemene Begrippen*" mengemukakan: "Hak subjektif menunjuk kepada suatu hak yang diberikan oleh hukum kepada seseorang secara khusus untuk melindungi kepentingannya."
- c. Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku. Perbuatan ini juga termasuk ke dalam kategori perbuatan melawan hukum jika perbuatan tersebut bertentangan dengan kewajiban hukum dari pelakunya. Istilah "kewajiban hukum ini yang dimaksudkan adalah bahwa suatu kewajiban yang diberikan oleh hukum terhadap seseorang, baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Jadi, bukan hanya bertentangan dengan hukum tertulis melainkan juga bertentangan dengan hak orang lain menurut undang-undang karena itu pula istilah yang dipakai untuk perbuatan melawan hukum adalah *onrechtmatige daad*, bukan *onwetmatige daad*."
- d. Perbuatan yang bertentangan kesusilaan (*geode zeden*). Dapat dinyatakan sebagai norma-norma moral yang dalam pergaulan masyarakat telah diterima sebagai norma-norma hukum. Tindakan yang melanggar kesusilaan yang oleh masyarakat telah diakui sebagai hukum tidak tertulis juga dianggap sebagai perbuatan melawan hukum, manakala dengan tindakan melanggar kesusilaan tersebut telah terjadi kerugian bagi pihak lain, maka berdasarkan atas perbuatan melawan hukum. Dalam putusan terkenal *Lindebaum v. Cohen* (1919), *Hoge Raad* menganggap tindakan Cohen untuk membocorkan rahasia perusahaan dianggap sebagai tindakan yang bertentangan

dengan kesusilaan, sehingga dapat digolongkan sebagai suatu perbuatan melawan hukum.

- e. Perbuatan yang bertentangan sikap baik dalam masyarakat untuk memperhatikan kepentingan orang lain (bertentangan dengan kepatutan yang berlaku dalam lalu-lintas masyarakat terhadap diri atau barang oranglain. Perbuatan yang bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik ini juga dianggap sebagai suatu perbuatan melawan hukum. Jadi, jika seseorang melakukan tindakan yang merugikan orang lain, tidak secara melanggar Pasal-Pasal dari hukum tertulis, mungkin masih dapat dijerat dengan perbuatan melawan hukum, karena tindakannya tersebut bertentangan dengan prinsip kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat. Keharusan dalam masyarakat tersebut tentunya tidak tertulis, tetapi diakui oleh masyarakat yang bersangkutan. Pada garis besarnya dapat dinyatakan bahwa suatu perbuatan adalah bertentangan dengan kepatutan, jika: 1) Perbuatan tersebut dapat merugikan orang lain; dan 2) Perbuatan yang tidak berfaedah yang menimbulkan bahaya terhadap orang lain, yang menurut manusia yang normal hal tersebut harus diperhatikan.

3. Ada Kesalahan dari Pelaku

Jika dilihat kembali dalam Pasal 1365 KUHPerdara terdapat dua faktor penting dari perbuatan melawan hukum, yaitu adanya faktor kesalahan dan kerugian. Kesalahan adalah perbuatan dan akibat-akibat yang dapat dipertanggung jawabkan kepada diri si pelaku. Menurut Asser's ia tetap pada pendirian untuk memberikan pengertian atas istilah kesalahan sebagai perbuatan dan akibat-akibat yang dapat dipertanggung jawabkan si pelaku.¹³

Unsur-unsur yang harus dipenuhi agar seseorang dapat dikatakan telah melakukan perbuatan melawan hukum ialah:

1. Perbuatan itu harus melawan hukum (*onrechtmatig*).
2. Perbuatan itu harus menimbulkan kerugian.
3. Perbuatan itu harus dilakukan dengan kesalahan (kelalaian).

¹³Rachmat Setiawan, *Op. Cit*, hlm. 15.

4. Antara perbuatan dan kerugian yang timbul harus ada hubungan kausal.¹⁴

Berbeda halnya dengan pendapat yang dikemukakan oleh R. Suryatin, yang mengatakan: Pasal 1365 KUH Perdata memuat beberapa unsur yang harus dipenuhinya, agar supaya dapat menentukan adanya suatu perbuatan melanggar hukum. Unsur pertama adalah perbuatan itu harus melanggar undang-undang. Perbuatan itu menimbulkan kerugian (unsur kedua), sehingga antara perbuatan dan akibat harus ada sebab musabab. Unsur ketiga ialah harus ada kesalahan di pihak yang berbuat.¹⁵

Menurut pernyataan di atas unsur dari perbuatan melawan hukum itu adalah sebagai berikut:

1. Perbuatan itu harus melanggar undang-undang
2. Perbuatan itu mengakibatkan kerugian, sehingga antara perbuatan dan akibat harus ada sebab musabab.
3. Harus ada kesalahan di pihak yang berbuat.

Dalam hukum pidana telah diterima asas tidak dipidana tanpa kesalahan. Sedang dalam hukum perdata asas tersebut dapat diuraikan: tidak ada pertanggung jawaban untuk akibat-akibat dari perbuatan hukum tanpa kesalahan.¹⁶ Kesalahan dipakai untuk menyatakan bahwa seseorang dinyatakan bertanggung jawab untuk akibat yang merugikan yang terjadi dari perbuatannya yang salah. Si Pelaku adalah bertanggung jawab untuk kerugian tersebut apabila perbuatan melawan hukum yang dilakukan dan kerugian yang ditimbulkannya dapat dipertanggungjawabkan kepadanya. Syarat kesalahan ini dapat diukur secara objektif dan subjektif. Secara objektif yaitu harus dibuktikan bahwa dalam keadaan seperti itu manusia yang normal dapat menduga kemungkinan timbulnya akibat dan kemungkinan ini akan mencegah manusia yang baik untuk berbuat atau tidak berbuat.¹⁷ Secara subjektif, harus diteliti apakah si pembuat berdasarkan keahlian yang ia miliki dapat menduga akibat dari perbuatannya.¹⁸

¹⁴Abdul Kadir Muhamad, *Op.Cit.*, hlm. 124.

¹⁵R. Suryatin, *Hukum Perikatan*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2001, hlm. 82.

¹⁶*Ibid*, hlm. 143.

¹⁷Vollmar, *Pengantar Studi Hukum Perdata*, CV. Rajawali, Jakarta, 1984, hlm. 458.

¹⁸Rachmat Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Putra Abardin, Bandung, 1999, hlm. 65.

Pasal 1365 KUH Perdata kesalahan dinyatakan sebagai pengertian umum, dapat mencakup kesengajaan maupun kelalaian. Menurut H.F Vollmar, bahwa untuk adanya kesalahan ada pertanyaan sebagai berikut:

1. Kesalahan dalam arti subjektif atau abstrak, yaitu apakah orang yang bersangkutan umumnya dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya itu?
2. Kesalahan dalam arti objektif atau konkrit, yaitu apakah ada keadaan memaksa (*overmacht*) atau keadaan darurat (*noodoestand*). Dalam hal ini orang tersebut dapat dipertanggungjawabkan perbuatannya namun karena ada keadaan memaksa maka tidak ada kesalahan.¹⁹

Undang-Undang dan Yurisprudensi mensyaratkan untuk dapat dikategorikan perbuatan melawan hukum sesuai Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia, maka pada pelaku harus mengandung unsur kesalahan (*schuldelement*) dan melakukan perbuatan tersebut. Karena itu, tanggungjawab tanpa kesalahan (*strict liability*) tidak termasuk tanggung jawab dalam Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia. Bilamana dalam hal-hal tertentu berlaku tanggungjawab tanpa kesalahan (*strict liability*), hal demikian bukan berdasarkan Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia. Karena Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia mensyaratkan untuk dikategorikan perbuatan melawan hukum harus ada kesalahan, maka perlu mengetahui bagaimana cakupan unsur kesalahan itu.

Suatu tindakan dianggap mengandung unsur kesalahan, sehingga dapat diminta pertanggungjawaban hukum, jika memenuhi unsur-unsur sebagai berikut:

1. Ada unsur kesengajaan;
 2. Ada unsur kelalaian (*negligence, culpa*);
 3. Tidak ada alasan pembenar atau alasan pemaaf (*rechtvaardigingsgrond*), seperti keadaan *overmacht*, membela diri, tidak waras dan lain-lain.
- Perlu atau tidak, perbuatan melawan hukum mesti ada unsur kesalahan, selain unsur melawan hukum, di sini terdapat 3 (tiga) aliran teori sebagai berikut:

¹⁹Purwahid Patrik, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan*, Mandar Maju, Bandung, 1994, hlm. 82.

- a. Aliran yang menyatakan cukup hanya ada unsur melawan hukum. Aliran ini menyatakan, dengan unsur melawan hukum dalam arti luas, sudah mencakup unsur kesalahan di dalamnya, sehingga tidak diperlukan lagi ada unsur kesalahan dalam perbuatan melawan hukum. Di negeri Belanda, aliran ini dianut oleh Van Oven.
 - b. Aliran yang menyatakan cukup hanya ada unsur kesalahan. Aliran ini sebaliknya menyatakan, dalam unsur kesalahan, sudah mencakup juga unsur perbuatan melawan hukum. Di negeri Belanda, aliran ini dianut oleh Van Goudever.
 - c. Aliran yang menyatakan, diperlukan unsur melawan hukum dan unsur kesalahan. Aliran ini mengajarkan, suatu perbuatan melawan hukum mesti ada unsur perbuatan melawan hukum dan unsur kesalahan, karena unsur melawan hukum saja belum tentu mencakup unsur kesalahan. Di negeri Belanda, aliran ini dianut oleh Meyers. Kesalahan yang diharuskan dalam perbuatan melawan hukum adalah kesalahan dalam arti “kesalahan hukum” dan “kesalahan sosial”. Dalam hal ini, hukum menafsirkan kesalahan itu sebagai suatu kegagalan seseorang untuk hidup dengan sikap yang ideal, yaitu sikap yang biasa dan normal dalam pergaulan masyarakat. Sikap demikian, kemudian mengkristal yang disebut manusia yang normal dan wajar (*reasonable man*).
4. Ada Kerugian Korban
- Ada kerugian (*schade*) bagi korban merupakan unsur perbuatan melawan hukum sesuai Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia. Dalam pengertian bahwa kerugian yang disebabkan oleh perbuatan melawan hukum dapat berupa:
- a. Kerugian materiil. Kerugian materiil dapat terdiri dari kerugian yang nyata-nyata diderita dan keuntungan yang seharusnya diperoleh. Jadi pada umumnya diterima bahwa si pembuat perbuatan melawan hukum harus mengganti kerugian tidak hanya untuk kerugian yang nyata-nyata diderita, juga keuntungan yang seharusnya diperoleh.
 - b. Kerugian immaterial/idiil. Perbuatan melawan hukum pun dapat menimbulkan kerugian yang bersifat immaterial/idiil seperti ketakutan, sakit dan kehilangan kesenangan hidup.

Pengganti kerugian karena perbuatan melawan hukum tidak diatur oleh undang-undang. Oleh karena itu aturan yang dipakai untuk ganti rugi ini adalah dengan cara analogis. Mengenai hal ini mempergunakan peraturan ganti rugi akibat ingkar janji yang diatur dalam Pasal 1243-1252 KUHPerdara di samping itu, pemulihan kembali ke keadaan semula. Untuk menentukan luasnya kerugian yang harus diganti umumnya harus dilakukan dengan menilai kerugian tersebut, untuk itu pada dasarnya yang dirugikan harus sedapat mungkin ditempatkan dalam keadaan seperti keadaan jika terjadi perbuatan melawan hukum. Pihak yang dirugikan berhak menuntut ganti rugi tidak hanya kerugian yang telah ia derita pada waktu diajukan tuntutan akan tetapi juga apa yang ia akan derita pada waktu yang akan datang. Dalam gugatan atau tuntutan berdasarkan alasan hukum wanprestasi berbeda dengan gugatan berdasarkan perbuatan melawan hukum. Gugatan berdasarkan wanprestasi hanya mengenal kerugian materil, sedangkan dalam gugatan perbuatan melawan hukum selain mengandung kerugian materil juga mengandung kerugian imateril, yang dinilai dengan uang. Gugatan pengganti kerugian karena perbuatan melawan hukum:

- a. Dapat berupa uang (dapat dengan uang paksa);
- b. Memulihkan dalam keadaan semula (dapat dengan uang paksa);
- c. Larangan untuk tidak mengulangi perbuatan itu lagi (dapat dengan uang paksa);
- d. Dapat meminta putusan hakim bahwa perbuatannya adalah bersifat melawan hukum;
- e. Ada Hubungan Kausal antara Perbuatan dan Kerugian.

Hubungan kausal antara perbuatan yang dilakukan dengan kerugian yang terjadi, merupakan syarat dari suatu perbuatan melawan hukum. Untuk hubungan sebab akibat ada 2 macam teori, yaitu:

- a. Teori hubungan faktual. Teori *condition sine qua non* dari Von Buri, seorang ahli hukum Eropa Kontinental yang merupakan pendukung teori faktual ini. menyatakan: "suatu hal adalah sebab dari akibat, sedangkan suatu akibat tidak akan terjadi bila sebab itu tidak ada."²⁰ Menurut teori ini orang yang melakukan perbuatan melawan hukum selalu bertanggung jawab, jika perbuatan *condition sine qua*

²⁰Rachmat Setiawan, *Op. Cit*, hlm. 87.

non menimbulkan kerugian. Hubungan sebab akibat secara faktual (*caution in fact*) hanyalah merupakan masalah fakta atau yang secara faktual telah terjadi. Setiap penyebab yang menimbulkan kerugian adalah penyebab faktual. Dalam perbuatan melawan hukum, sebab akibat jenis ini sering disebut hukum mengenai "*but for*" atau "*sine qua non*".

- b. Teori *adequate veroorzaking*. Teori *adequate veroorzaking* dari Van Kries, menyatakan: "Suatu hal adalah sebab dari suatu akibat bila menurut pengalaman masyarakat dapat diduga, bahwa sebab itu akan diikuti oleh akibat itu." Menurut teori ini orang yang melakukan perbuatan melawan hukum hanya bertanggung jawab untuk kerugian, yang selayaknya diharapkan sebagai akibat dari perbuatan melawan hukum.²¹ Menurut Vollmar: "Terdapat hubungan kausal, jika kerugian menurut aturan pengalaman secara layak merupakan akibat yang dapat diharapkan akan timbul dari perbuatan melawan hukum". Perbuatan melawan hukum juga terdapat dalam sengketa tanah, dalam hal ini jika ada pihak yang melanggar hak orang lain misalnya saja menempati tanah tanpa ijin pemiliknya apalagi sampai membangun rumah dan menyewakan rumah tersebut pada orang lain, maka pihak yang merasa dirugikan berhak mengajukan gugatan di pengadilan untuk objek sengketa tersebut.
- c. Teori Sebab Kira-kira (*proximately cause*). Teori ini, adalah bagian yang paling membingungkan dan paling banyak pertentangan mengenai perbuatan melawan hukum ini. Kadang-kadang teori ini disebut juga teori *legal cause*, penulis berpendapat, semakin banyak orang mengetahui hukum, maka perbuatan melawan hukum akan semakin berkurang. Mencegah melakukan perbuatan melawan hukum, jauh lebih baik daripada menerima sanksi hukum.

D. Pertanggungjawaban dalam Perbuatan Melawan Hukum

Hukum mengakui hak-hak tertentu, baik mengenai hak-hak pribadi maupun mengenai hak-hak kebendaan dan hukum akan melindungi dengan sanksi tegas baik bagi pihak yang melanggar hak tersebut,

²¹*Ibid.*

yaitu dengan tanggung jawab membayar ganti rugi kepada pihak yang dilanggar haknya. Dengan demikian setiap perbuatan yang menimbulkan kerugian pada orang lain menimbulkan pertanggungjawaban. Pasal 1365 KUH Perdata menyatakan: “Tiap perbuatan melanggar hukum yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.” Sedangkan ketentuan Pasal 1366 KUHPerdata menyatakan: “Setiap orang bertanggung jawab tidak saja untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan karena kelalaiannya atau kurang hati-hatinya”.

Ketentuan Pasal 1365 KUH Perdata tersebut di atas mengatur pertanggung-jawaban yang diakibatkan oleh adanya perbuatan melawan hukum baik karena berbuat (*positip=culpa in commitendo*) atau karena tidak berbuat (*pasif=culpa in ommitendo*). Sedangkan Pasal 1366 KUH Perdata lebih mengarah pada tuntutan pertanggungjawaban yang diakibatkan oleh kesalahan karena kelalaian (*onrechtmatigenalaten*). Selain itu orang yang melakukan perbuatan melawan hukum harus dapat dipertanggungjawaban atas perbuatannya, karena orang yang tidak tahu apa yang ia lakukan tidak wajib membayar ganti rugi. Sehubungan dengan kesalahan in terdapat dua kemungkinan:

1. Orang yang dirugikan juga mempunyai kesalahan terhadap timbulnya kerugian. Dalam pengertian bahwa jika orang yang dirugikan juga bersalah atas timbulnya kerugian, maka sebagian dari kerugian tersebut dibebankan kepadanya kecuali jika perbuatan melawan hukum itu dilakukan dengan sengaja.
2. Kerugian ditimbulkan oleh beberapa pembuat. Jika kerugian itu ditimbulkan karena perbuatan beberapa orang maka terhadap masing-masing orang yang bertanggung jawab atas terjadinya perbuatan tersebut dapat dituntut untuk keseluruhannya.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata membagi masalah pertanggungjawaban terhadap peruatan melawan hukum menjadi 2 golongan, yaitu:

1. Tanggung jawab langsung. Hal ini diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata. Dengan adanya interpretasi yang luas sejak tahun 1919 (*Arest Lindenbaun vs Cohen*) dari Pasal 1365 KUHPerdata ini, maka banyak hal-hal yang dulunya tidak dapat dituntut atau

dikenakan sanksi atau hukuman, kini terhadap pelaku dapat dimintakan pertanggungjawaban untuk membayar ganti rugi.

2. Tanggung jawab tidak langsung. Menurut Pasal 1367 KUHPerdata, seorang subjek hukum tidak hanya bertanggungjawab atas perbuatan melawan hukum yang dilakukannya saja, tetapi juga untuk perbuatan yang dilakukan oleh orang lain yang menjadi tanggungan dan barang-barang yang berada di bawah pengawasannya.

Tanggung jawab atas akibat yang ditimbulkan oleh perbuatan melawan hukum dalam hukum perdata, pertanggungjawabannya selain terletak pada pelakunya sendiri juga dapat dialihkan pada pihak lain atau kepada negara, tergantung siapa yang melakukannya. Adanya kemungkinan pengalihan tanggung jawab tersebut disebabkan oleh dua hal:

1. Perihal pengawasan

Adakalanya seorang dalam pergaulan hidup bermasyarakat menurut hukum berada di bawah tanggung jawab dan pengawasan orang lain. Adapun orang-orang yang bertanggung jawab untuk perbuatan yang dilakukan oleh orang lain menurut Pasal 1367 KUH Perdata adalah sebagai berikut: a) Orang tua atau wali, bertanggung jawab atas pengawasan terhadap anak-anaknya yang belum dewasa; b) Seorang *curator*, dalam hal *curatele*, bertanggung jawab atas pengawasan terhadap curandus; c) Guru, bertanggung jawab atas pengawasan murid sekolah yang berada dalam lingkungan pengajarannya; d) Majikan, bertanggung jawab atas pengawasan terhadap buruhnya; d) Penyuruh (*lasgever*), bertanggung jawab atas pengawasan terhadap pesuruhnya. Terkait dengan hal ini pengawasan dapat dianggap mempunyai untuk menjaga agar jangan sampai seorang yang diawasi itu melakukan perbuatan melawan hukum. Pengawas itu harus turut berusaha menghindarkan kegoncangan dalam masyarakat, yang mungkin akan disebabkan oleh tingkah laku orang yang diawasinya.

2. Pemberian kuasa dengan risiko ekonomi. Sering terjadi suatu pertimbangan tentang dirasakannya adil dan patut untuk mempertanggungjawabkan seseorang atas perbuatan orang lain, terletak pada soal perekonomian, yaitu jika pada kenyataannya orang

yang melakukan perbuatan melawan hukum itu ekonominya tidak begitu kuat. Hal ini berdasarkan pertimbangan bahwa percuma saja jika orang tersebut dipertanggungjawabkan, karena kekayaan harta bendanya tidak cukup untuk menutupi kerugian yang disebabkan olehnya dan yang diderita oleh orang lain. Sehingga dalam hal ini yang mempertanggungjawabkan perbuatannya adalah orang lain yang dianggap lebih mampu untuk bertanggung jawab.²²

E. Konsekuensi Yuridis dalam Hal Timbulnya Perbuatan Melawan Hukum

Akibat perbuatan melawan hukum diatur pada Pasal 1365 KUH Perdata sampai dengan 1367 KUH Perdata sebagai berikut:

1. Menurut Pasal 1365 KUH Perdata dikutip bunyinya: “Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian”.
2. Pasal 1366 KUH Perdata, menyebutkan: “Setiap orang bertanggung-jawab tidak saja untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan karena kelalaian atau kurang hati-hatinya”.
3. Pasal 1367 KUH Perdata, menyebutkan: “Seorang tidak saja bertanggung-jawab untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya sendiri, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatan orang-orang yang menjadi tanggungannya, atau disebabkan oleh orang-orang yang berada di bawah pengawasannya dan seterusnya”.

Berdasarkan kutipan Pasal tersebut di atas, secara umum memberikan gambaran mengenai batasan ruang lingkup akibat dari suatu perbuatan melawan hukum. Akibat perbuatan melawan hukum secara yuridis mempunyai konsekuensi terhadap pelaku maupun orang-orang yang mempunyai hubungan hukum dalam bentuk pekerjaan yang menyebabkan timbulnya perbuatan melawan hukum. Jadi, akibat yang

²²Wirjono Prodjodikoro, *Perbuatan Melawan Hukum*, Sumur Bandung, Jakarta, 1984, hlm. 65.

timbul dari suatu perbuatan melawan hukum akan diwujudkan dalam bentuk ganti kerugian terhadap korban yang mengalami.

Penggantian kerugian sebagai akibat dari adanya perbuatan melawan hukum, sebagaimana telah disinggung diatas, dapat berupa penggantian kerugian materiil dan immateriil. Lazimnya, dalam praktik penggantian kerugian dihitung dengan uang, atau disetarakan dengan uang disamping adanya tuntutan penggantian benda atau barang-barang yang dianggap telah mengalami kerusakan/perampasan sebagai akibat adanya perbuatan melawan hukum pelaku. Jika mencermati perumusan ketentuan Pasal 1365 KUHPerdata, secara limitatif menganut asas hukum bahwa penggantian kerugian dalam hal terjadinya suatu perbuatan melawan hukum bersifat wajib. Bahkan, dalam berbagai kasus yang mengemuka di pengadilan, hakim seringkali secara *ex-officio* menetapkan penggantian kerugian meskipun pihak korban tidak menuntut kerugian yang dimaksudkan. Secara teoritis penggantian kerugian sebagai akibat dari suatu perbuatan melawan hukum diklasifikasikan ke dalam dua bagian, yaitu: kerugian yang bersifat aktual (*actual loss*) dan kerugian yang akan datang. Dikatakan kerugian yang bersifat *actual* adalah kerugian yang mudah dilihat secara nyata atau fisik, baik yang bersifat materiil dan immateriil. Kerugian ini didasarkan pada hal-hal kongkrit yang timbul sebagai akibat adanya perbuatan melawan hukum dari pelaku. Sedangkan kerugian yang bersifat dimasa mendatang adalah kerugian-kerugian yang dapat diperkirakan akan timbul dimasa mendatang akibat adanya perbuatan melawan hukum dari pihak pelaku. Kerugian ini seperti pengajuan tuntutan pemulihan nama baik melalui pengumuman di media cetak dan atau elektronik terhadap pelaku. Ganti kerugian dimasa mendatang ini haruslah didasarkan pula pada kerugian yang sejatinya dapat dibayangkan dimasa mendatang dan akan terjadi secara nyata. Masyarakat berhak untuk mengajukan tuntutan-tuntutan apabila mereka mengalami kerugian akibat perbuatan melawan hukum. Untuk mengembalikan pada keadaan semula yang berimbang, maka terhadap pelaku dikenakan suatu hukuman dari yang ringan sampai yang berat yang dituntut oleh korban.

Pada hukum perikatan, khususnya hukum perjanjian, ganti rugi umumnya terdiri dari 3 hal yaitu biaya, rugi, dan bunga. Pada setiap kasus tidak selamanya ketiga unsur tersebut selalu ada, tetapi ada kalanya hanya terdiri dari 2 unsur saja. Dalam hukum Perbuatan

Melawan Hukum, Wirjono Prodjodikoro menyatakan, jika dilihat bunyi Pasal 57 ayat (7) *Reglement burgerlijk Rechrvordering* (Hukum Acara Perdata berlaku pada waktu dulu bagi *Raad van Justitie*) yang juga memakai istilah *Kosten schaden en interesen* untuk menyebut kerugian sebagai perbuatan melanggar hukum, sehingga dapat dianggap sebagai pembuat *Burgerlijk Wetboek* sebetulnya tidak membedakan antara kerugian yang disebabkan perbuatan melanggar hukum dengan kerugian yang disebabkan tidak dilaksanakannya suatu perjanjian.²³ Sehingga dalam kaitannya dengan perbuatan melawan hukum, ketentuan yang sama dapat dijadikan sebagai pedoman. Pasal 1365 KUHPerdata memberikan beberapa jenis penuntutan, yaitu:

1. ganti rugi atas kerugian dalam bentuk uang;
2. ganti rugi atas kerugian dalam bentuk natura atau pengembalian pada keadaan semula;
3. pernyataan bahwa perbuatan yang dilakukan adalah bersifat melawan hukum;
4. larangan untuk melakukan suatu perbuatan;
5. meniadakan sesuatu yang diadakan secara melawan hukum;
6. pengumuman daripada keputusan atau dari sesuatu yang telah diperbaiki.

Ketentuan mengenai ganti rugi dalam KUH Perdata diatur dalam Pasal 1243 KUH Perdata sampai dengan Pasal 1252 KUH Perdata. Dari ketentuan Pasal-Pasal tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa yang dimaksud dengan ganti rugi adalah sanksi yang dapat dibebankan kepada debitor yang tidak memenuhi prestasi dalam suatu prestasi dalam suatu perikatan untuk memberikan penggantian biaya, rugi dan bunga.²⁴

Ganti rugi menurut Pasal 1246 KUH Perdata memperincikan ke dalam 3 kategori yaitu:

1. biaya, artinya setiap *cost* yang harus dikeluarkan secara nyata oleh pihak yang dirugikan, dalam hal ini adalah sebagai akibat dari adanya tindakan wanprestasi.

²³Riduan Syahrani, *Seluk Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Alumni, Bandung, 2006, hlm. 267.

²⁴*Ibid*, hlm. 22.

2. Kerugian, artinya keadaan merosotnya (berkurangnya) nilai kekayaan kreditor sebagai akibat dari adanya tindakan wanprestasi dari pihak debitor.
3. Bunga, adalah keuntungan yang seharusnya diperoleh tetapi tidak jadi diperoleh oleh pihak kreditor, dikarenakan adanya tindakan wanprestasi dari pihak kreditor.²⁵

Terkait dengan hal ini, Pasal-pasal ganti rugi karena wanprestasi tidak dapat begitu saja diberlakukan terhadap perbuatan yang dikualifikasikan sebagai perbuatan melawan hukum. Hal ini disebabkan karena ada penilaian terhadap ukuran penggantian itu sukar untuk ditetapkan. Ketentuan yang mengatur tentang ganti rugi karena wanprestasi dapat diperlakukan sebagian secara analogis, terhadap ganti rugi karena perbuatan melanggar hukum. Misalnya apabila seorang pelaku melanggar hukum menolak membayar seluruh jumlah ganti rugi yang telah ditetapkan oleh hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Pelaku berhutang bunga sejak diputus oleh pengadilan. Di samping itu ada ketentuan ganti rugi karena wanprestasi yang tidak dapat diberlakukan terhadap ganti rugi karena perbuatan melawan hukum, yakni Pasal 1247 sampai Pasal 1250 KUH Perdata, oleh karena:

1. Pasal 1247 KUH Perdata mengenai perbuatan perikatan berarti perikatan tersebut dilahirkan dari persetujuan, sedangkan perbuatan melawan hukum bukan merupakan perikatan yang lahir karena persetujuan.
2. Pasal 1250 KUH Perdata membebankan pembayaran bunga jasa penggantian biaya, rugi, dan bunga dalam hal terjadinya keterlambatan pembayaran sejumlah uang sedangkan yang dialami dalam perbuatan melawan hukum tidak mungkin disebabkan karena tidak dilakukannya pembayaran sejumlah uang yang tidak tepat pada waktunya.

Jadi dalam hal ganti rugi karena perbuatan melawan hukum, Penggugat berdasarkan gugatannya pada Pasal 1365 KUH Perdata tidak dapat mengharapkan besarnya kerugian. Kerugian ini ditentukan oleh hakim dengan mengacu pada putusan terdahulu (yurisprudensi).

²⁵Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm. 137.

Kerugian yang timbul karena adanya perbuatan melawan hukum menyebabkan adanya pembebanan kewajiban kepada pelaku untuk memberikan ganti rugi kepada penderita adalah sedapat mungkin mengembalikan ke keadaan semula yakni sebelum terjadinya perbuatan melawan hukum, maka menurut undang-undang dan yurisprudensi dikenal berbagai macam penggantian kerugian yang dapat dituntut berdasarkan Pasal 1365 KUH Perdata oleh penderita, sebagai upaya untuk mengganti kerugian maupun pemulihan kehormatan. Macam kerugian tersebut yaitu:

1. Ganti rugi dalam bentuk uang atas kerugian yang ditimbulkan;
2. Ganti kerugian dalam bentuk natura atau dikembalikan dalam keadaan semula;
3. Pernyataan, bahwa perbuatan yang dilakukan adalah melawan hukum;
4. Dilarang dilakukannya suatu perbuatan;
5. Pengumuman dalam putusan hakim.

F. Perkembangan Teori Perbuatan Melawan Hukum

Perbuatan melawan hukum di Indonesia secara normatif selalu merujuk pada ketentuan Pasal 1365 KUH Perdata rumusan norma dalam Pasal ini unik, tidak seperti ketentuan-ketentuan Pasal lainnya. Perumusan norma Pasal 1365 KUH Perdata lebih merupakan struktur norma daripada substansi ketentuan hukum yang sudah lengkap. Oleh karenanya substansi ketentuan Pasal 1365 KUH Perdata senantiasa memerlukan materialisasi di luar KUH Perdata.

Ajaran perbuatan melawan hukum berkembang melalui putusan-putusan pengadilan dan melalui undang-undang. Perbuatan melawan hukum dalam KUH Perdata diatur dalam buku III tentang Perikatan. Perbuatan melawan hukum Indonesia yang berasal dari Eropa Kontinental diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata. sampai dengan Pasal 1380 KUH Perdata. Pasal-Pasal tersebut mengatur bentuk tanggung jawab atas perbuatan melawan hukum. Perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365 KUH Perdata. Pada awalnya memang mengandung pengertian yang sempit sebagai pengaruh dari ajaran legisme. Hal ini sebenarnya bertentangan dengan doktrin yang dikemukakan oleh para sarjana pada waktu itu, antara lain Molengraaff yang menyatakan bahwa

Perbuatan Melawan Hukum tidak hanya melanggar undang-undang, tetapi juga melanggar kaidah kesusilaan dan kepatutan.²⁶

Perbuatan melawan hukum merupakan perbuatan yang bertentangan dengan hak dan kewajiban hukum menurut undang-undang. Dengan kata lain bahwa perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) sama dengan melawan undang-undang (*onwetmatige daad*). Aliran ini ditandai dengan Arrest Hoge Raad 6 Januari 1905 dalam perkara Singer Naaimachine. Perkara bermula dari seorang pedagang menjual mesin jahit merek “Singer” yang telah disempurnakan. Padahal mesin itu sama sekali bukan produk Singer. Kata-kata “Singer” ditulis dengan huruf-huruf yang besar, sedang kata-kata yang lain ditulis kecil-kecil sehingga sepiintas yang terbaca adalah “Singer” saja. Ketika pedagang itu digugat di muka pengadilan, HR. antara lain mengatakan bahwa perbuatan pedagang itu bukanlah merupakan tindakan melawan hukum karena tidak setiap tindakan dalam dunia usaha, yang bertentangan dengan tata krama dalam masyarakat dianggap sebagai tindakan melawan hukum. Pada putusan berikutnya, Hoge Raad berpendapat sama dalam kasus *Zutphense Juffrouw*. Perkara yang diputuskan tanggal 10 Juni 1910 itu bermula dari sebuah gudang di *Zutphen*. Iklim yang sangat dingin menyebabkan pipa air dalam gudang tersebut pecah, sementara kran induknya berada dalam rumah di tingkat atas. Namun penghuni di tingkat atas tersebut tidak bersedia memenuhi permintaan untuk menutup kran induk tersebut; Sekalipun kepadanya telah dijelaskan, bahwa dengan tidak ditutupnya kran induk, akan timbul kerusakan besar pada barang yang tersimpan dalam gudang akibat tergenang air. Perusahaan asuransi telah membayar ganti kerugian atas rusaknya barang-barang tersebut dan selanjutnya menggugat penghuni tingkat atas di muka pengadilan. Hoge Raad memenangkan tergugat dengan alasan, bahwa tidak terdapat suatu ketentuan undang-undang yang mewajibkan penghuni tingkat atas tersebut untuk mematikan kran induk guna kepentingan pihak ketiga. Hoge Raad di Belanda memandang perbuatan melawan hukum secara legistis. Pemandangan legistis itu kemudian berubah pada tahun 1919 dengan putusan Hoge Raad 31 Januari 1919 dalam perkara *Cohen vs. Lindenbaum* yang dikenal sebagai *drukkers arrest*. Pada perkara ini Hoge Raad mulai menafsirkan

²⁶Eva Novianty, *Analisa Ekonomi*, FH UI, Jakarta, 2011, hlm. 24.

perbuatan melawan Pendirian ini terlihat dalam pendapat Hoge Raad pada Arrestnya tanggal 18 Februari 1853 mempertimbangkan antara lain sebagai berikut:

“Menimbang, bahwa dari hubungan satu dengan lainnya dan ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1365 dan 1366 KUHPerdara masing-masing kiranya dapat ditarik kesimpulan bahwa sesuatu perbuatan dapat berupa perbuatan yang *rechtmatig* dan dibolehkan dan si pencipta sekalipun demikian karenanya harus bertanggung jawab, bilamana ia dalam hal itu telah berbuat tidak berhati-hati”.²⁷

Dalam perkara ini, Cohen seorang pengusaha percetakan telah membujuk karyawan percetakan Lindenbaum untuk memberikan copy-copy pesanan dari langganan-langganannya. Cohen memanfaatkan informasi ini sehingga Lindenbaum mengalami kerugian karena para langganannya lari ke perusahaan Cohen. Lindenbaum menggugat Cohen untuk membayar ganti kerugian kepadanya. Gugatan tersebut dikabulkan oleh Pengadilan Negeri (*rechtbank*). Pengadilan Tinggi, sebaliknya membatalkan keputusan Pengadilan Negeri dengan pertimbangan bahwa sekalipun karyawan tersebut melakukan perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang, yakni telah melanggar suatu kewajiban hukum, namun tidak berlaku bagi Cohen karena undang-undang tidak melarang dengan tegas bahwa mencuri informasi adalah melanggar hukum.

Hoge Raad membatalkan keputusan Hof atas dasar pertimbangan, bahwa dalam keputusan Pengadilan Tinggi makna tentang perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) dipandang secara sempit sehingga yang termasuk di dalamnya hanyalah perbuatan-perbuatan yang secara langsung dilarang oleh undang-undang. Sedangkan perbuatan-perbuatan yang tidak dilarang oleh undang-undang sekalipun perbuatan-perbuatan ini bertentangan dengan keharusan dan kepatutan, yang diwajibkan dalam pergaulan masyarakat bukan merupakan perbuatan melawan hukum. Dengan adanya arrest ini maka pengertian perbuatan melawan hukum menjadi lebih luas. Perbuatan melawan hukum kemudian diartikan tidak hanya perbuatan yang melanggar kaidah-kaidah tertulis, yaitu (a) perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku dan (b) melanggar hak subjektif orang lain, tetapi juga (c)

²⁷*Ibid*, hlm. 25.

perbuatan yang melanggar kaidah yang tidak tertulis, yaitu kaidah yang mengatur tata susila (d) kepatutan, ketelitian, dan kehati-hatian yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan hidup dalam masyarakat atau terhadap harta benda warga masyarakat.²⁸

Penilaian mengenai apakah suatu perbuatan termasuk perbuatan melawan hukum, tidak cukup apabila hanya didasarkan pada pelanggaran terhadap kaidah hukum, tetapi perbuatan tersebut harus juga dinilai dari sudut pandang kepatutan. Fakta bahwa seseorang telah melakukan pelanggaran terhadap suatu kaidah hukum dapat menjadi faktor pertimbangan untuk menilai apakah perbuatan yang menimbulkan kerugian tadi sesuai atau tidak dengan kepatutan.

G. Alasan Pembenaar dan Alasan Pemaaf dalam Perbuatan Melawan Hukum

Dalam ilmu hukum, khususnya hukum pidana, terhadap perbuatan melawan hukum dikenal adanya dua macam alasan yang menjadi dasar peniadaan pidana, yaitu alasan pembenaar dan alasan pemaaf. Alasan yang pertama yang disebut dengan alasan pembenaar, berhubungan dengan sifat objektivitas dari suatu tindakan yang melawan hukum. Dengan alasan pembenaar ini suatu tindak pidana kehilangan unsur perbuatan melawan hukumnya, sehingga siapa pun juga yang melakukan tindakan tersebut tidak akan dapat dipidana karena tidak memiliki lagi unsur perbuatan melawan hukumnya. Termasuk dalam alasan pembenaar ini adalah: 1) Adanya daya paksa (*overmacht*, Pasal 48 KUHP); 2) Adanya pembelaan yang terpaksa (*noodweer*, Pasal 49 ayat (1) KUHP); 3) Karena menjalankan perintah undang-undang (Pasal 50 KUHP) dan; 4) Karena sedang menjalankan perintah jabatan yang sah (Pasal 51 ayat (1) KUHP).²⁹

Alasan yang kedua disebut dengan alasan pemaaf yang berkaitan dengan sifat subjektivitas dari tindak pidana tersebut. Dalam alasan pemaaf ini, seorang subjek pelaku tindak pidana dihadapkan pada suatu

²⁸Djuhaendah Hasan, *Istilah dan Pengertian Perbuatan Melawan Hukum Dalam Laporan Akhir Kompendium Bidang Perbuatan Melawan Hukum*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman RI, Jakarta, 1997, hlm. 24.

²⁹Gunawan Widjaja dan Kartini Mulyadi, *Perikatan Yang Lahir dari Undang-Undang*, PT RajaGrafindo, Jakarta, 2000, hlm. 144.

keadaan yang demikian rupa sehingga keadaan jiwanya menuntun ia untuk melakukan suatu tindakan yang termasuk dalam tindak pidana. Ini berarti dalam alasan pemaaf ini unsur kesalahan dari pelaku ditiadakan. Termasuk dalam alasan pemaaf tersebut adalah:

1. Ketidakmampuan bertanggung jawab dari pelaku (Pasal 44 ayat (1) KUHP)
2. Pembelaan terpaksa yang melampaui batas (Pasal 49 ayat (2) KUHP)
3. Hal menjalankan dengan itikad baik, suatu perintah jabatan yang tidak sah (Pasal 51 ayat (2) KUHP).³⁰

Jika kita perhatikan ketentuan yang diatur dalam KUH Perdata, ketentuan ketentuan yang mengatur mengenai alasan pemaaf dan alasan pemaaf bagi debitur yang tidak dapat melaksanakan prestasinya sesuai dengan kewajiban yang telah ditentukan dan pada saat yang telah ditetapkan dapat kita temukan dalam Pasal 1244 dan Pasal 1245 KUH Perdata, yang berada dalam Bagian keempat Bab Kesatu Buku III KUH Perdata yang mengatur mengenai “Penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak terpenuhi suatu perikatan”. Kedua Pasal tersebut, yaitu Pasal 1244 dan Pasal 1245 KUH Perdata, secara lengkapnya berbunyi:

1. Pasal 1244 KUH Perdata

Debitur harus dihukum untuk mengganti biaya, kerugian dan bunga. Bila ia tak dapat membuktikan bahwa tidak dilaksanakannya perikatan itu atau tidak tepatnya waktu dalam melaksanakan perikatan itu disebabkan oleh sesuatu hal yang tak terduga, yang tak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, walaupun tidak ada itikad buruk kepadanya.

2. Pasal 1245 KUH Perdata

Tidak ada penggantian biaya, kerugian dan bunga. Bila karena keadaan memaksa atau karena hal yang terjadi secara kebetulan, debitur terhalang untuk memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau melakukan suatu perbuatan yang terlarang baginya.

³⁰*Ibid*, hlm. 144-145.

Dari rumusan yang diberikan oleh kedua Pasal tersebut dapat kita tarik kesimpulan sebagai berikut:

1. Yang dimaksud dengan alasan pembeda adalah alasan yang mengakibatkan debitur yang tidak melaksanakan kewajibannya sesuai perikatan pokok/asal, tidak diwajibkan untuk mengganti biaya, kerugian dan bunga.
2. Alasan pembeda dalam alasan pemaaf yang diperbolehkan tersebut bersifat limitatif, dengan pengertian bahwa selain yang disebutkan dalam KUH Perdata tidak dimungkinkan bagi debitur untuk mengajukan alasan lain yang dapat membebaskannya dari kewajiban untuk mengganti biaya, kerugian dan bunga dalam hal debitur telah cidera janji. Hal ini harus dibedakan dari suatu keadaan di mana kreditor tidak menuntut pelaksanaan penggantian biaya, kerugian dan bunga dari debitur yang telah cidera janji.
3. Alasan pembeda dan alasan pemaaf yang diperbolehkan hanya meliputi hal-hal sebagai berikut:
 - a. Untuk alasan pemaaf bahwa tidak dilaksanakannya perikatan itu atau tidak tepatnya waktu dalam melaksanakan perikatan itu disebabkan oleh sesuatu hal yang tak terduga, yang dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, selama tidak ada itikad buruk kepadanya.
 - b. Alasan pembeda karena keadaan memaksa debitur terhalang untuk memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan atau melakukan suatu perbuatan yang terlarang baginya.
 - c. Alasan pembeda karena kejadian yang tidak disengaja, debitur terhalang untuk memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan atau melakukan suatu perbuatan yang terlarang baginya.³¹

Yang menarik dari kesimpulan tersebut adalah bahwa persyaratan yang ditentukan dalam masing-masing huruf a, b, dan c angka 3, dalam tiap-tiap ketentuan bersifat kumulatif. Dengan ketentuan tersebut berarti debitur tidak dapat diwajibkan untuk memberikan penggantian berupa biaya, kerugian dan bunga kepada kreditor, meskipun debitur

³¹*Ibid*, hlm. 146-147.

telah lalai melaksanakan kewajibannya berdasarkan suatu perikatan pokok/asal, selama dan sepanjang:

1. Bagi alasan pemaaf, Pasal 1244 KUH Perdata menentukan:
 - a. Ada suatu hal yang tidak terduga sebelumnya pada saat perikatan dilahirkan yang tidak memungkinkan dilaksanakannya perikatan pada saat yang telah ditentukan atau sama sekali tidak memungkinkan pelaksanaan dari perikatan tersebut.
 - b. Hal yang tidak terduga tersebut adalah suatu peristiwa yang berada di luar tanggung jawab debitor. Hal ini adalah wajar mengingat bahwa suatu perikatan yang pelaksanaannya semata-mata digantungkan pada kehendak debitor adalah batal demi hukum. Perikatan tersebut dianggap tidak pernah ada sejak awal. Selain itu dalam hal perikatan tidak dilaksanakan atau dilaksanakan tetapi tidak sesuai dengan yang telah ditentukan, oleh karena terjadinya suatu peristiwa yang masih berada di bawah kemampuan debitor untuk menghindarinya ataupun suatu peristiwa yang diciptakan oleh debitor atau yang terjadi karena kelalaian debitor;
 - c. Debitor tidak memiliki itikad buruk untuk tidak melaksanakan kewajiban yang telah dibebankan padanya berdasarkan perikatan yang telah ada di antara debitor-kreditor. Dengan rumusan negatif, yang menyatakan bahwa “selama tidak ada itikad buruk padanya”. KUH Perdata bermaksud menyatakan bahwa cukup debitor berada dalam keadaan netral saja, dan tidak perlu berlebihan dalam menyikapi terjadinya peristiwa yang tidak terduga tersebut, yang tidak berada di bawah tanggung jawabnya, yang menyebabkan debitor tidak dapat melaksanakan kewajibannya berdasarkan perikatan yang telah ada.
2. Terhadap alasan pembeda, Pasal 1245 KUH Perdata menentukan syarat yaitu tidak ada penggantian biaya, kerugian dan bunga, bila terjadi: 1) Keadaan memaksa; 2) Kejadian yang tidak disengaja.

Yang menyebabkan debitor terhalang untuk memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan atau melakukan suatu perbuatan yang terlarang baginya. Kedua hal tersebut, yaitu adanya keadaan memaksa

atau kejadian yang tidak disengaja adalah dua hal yang bersifat alternatif, dengan pengertian bahwa jika salah satu peristiwa terjadi, maka debitur digapuskan dan kewajibannya untuk memberikan penggantian biaya, kerugian dan bunga, meskipun debitur tidak memenuhi perikatan pada waktu yang telah ditetapkan.

KUH Perdata tidak memberikan pengertian lebih lanjut dari kedua hal tersebut. Jika kita lihat pernyataan “keadaan memaksa”, yang dikaitkan dengan pernyataan “kejadian yang tidak disengaja” maka jelas rumusan tersebut menunjuk pada suatu keadaan yang merupakan kejadian yang berada di luar kekuasaan debitur sendiri.

Dari uraian yang diberikan di atas tampak jelas bahwa hukum perdata hanya mengenai ketiga macam alasan sebagai alasan pempemaaf dan alasan pembenar yang memungkinkan seseorang yang telah wanprestasi tidak dikenakan ancaman hukuman dalam bentuk penggantian biaya kerugian dan bunga. Jika kita perhatikan ketiga macam alasan tersebut, dapat kita katakan bahwa dari ketujuh alasan yang diberikan dalam ketentuan hukum pidana tersebut di atas yaitu: 1) Adanya daya paksa (*overmacht*, Pasal 48 KUHP); 2) Adanya pembelaan yang terpaksa (*noodweer*, Pasal 49 ayat (1) KUHP); 3) Karena menjalankan perintah undang-undang (Pasal 50 KUHP); 4) Karena sedang menjalankan perintah jabatan yang sah (Pasal 51 ayat (1) KUHP); 5) Ketidakmampuan bertanggung jawab dari pelaku (Pasal 44 ayat (1) KUHP); 6) Pembelaan terpaksa yang melampaui batas (*noodweerecnes*, Pasal 49 ayat (2) KUHP); 7) Hal yang dijalankan dengan itikad baik, suatu perintah jabatan yang tidak sah (Pasal 51 ayat (2) KUHP). Terkait dengan hal tersebut, yang dihubungkan dengan alasan pemaaf dan alasan pembenar dalam hukum perdata, dapat dikatakan bahwa ketiga alasan tersebut dapat dikatakan bahwa alasan pembenar dalam hukum perdata tersebut adalah sama dengan keberadaan *overmacht*, *noodweer* dan *noodweerecnes* dalam hukum pidana. Sedangkan dua alasan yang disebutkan dalam angka 3 dan angka 4 sudah selayaknya jika ketentuan tersebut sama sekali menghapuskan unsur perbuatan melawan hukum. Sedangkan dalam kaitannya dengan ketentuan angka 6 dan angka 7 sebagai alasan pemaaf perlu diperhatikan ketentuan Pasal 1367 KUH Perdata yang berbunyi:

“Seseorang tidak hanya bertanggung jawab, atas kerugian yang disebabkan perbuatannya sendiri, melainkan juga atas kerugian

yang disebabkan perbuatan-perbuatan orang-orang yang menjadi tanggungannya atau disebabkan barang-barang yang berada di bawah pengawasannya. “Orangtua dan wali bertanggung jawab atas kerugian yang disebabkan oleh anak-anak yang belum dewasa, yang tinggal pada mereka dan terhadap siapa mereka melakukan kekuasaan orangtua atau wali. Majikan dan orang yang mengangkat orang lain untuk mewakili urusan-urusan mereka, bertanggung jawab atas kerugian yang disebabkan oleh pelayan atau bawahan mereka dalam melakukan pekerjaan yang ditugaskan kepada orang-orang itu. “Guru sekolah atau kepala tukang bertanggung jawab atas kerugian yang disebabkan oleh murid-muridnya atau tukang-tukangnya selama waktu orang-orang itu berada di bawah pengawasannya. “Tanggung jawab yang disebutkan di atas berakhir, jika orangtua, guru sekolah atau kepala tukang itu membuktikan bahwa mereka masing-masing tidak dapat mencegah perbuatan itu atas mana mereka seharusnya bertanggung jawab”.

H. Perbedaan Wanprestasi dan Perbuatan Melawan Hukum

Wanprestasi dan perbuatan melawan hukum merupakan dua pengaturan dalam hukum yang seringkali sulit untuk dibedakan oleh kebanyakan orang. Ada yang menganggap wanprestasi merupakan bagian dari perbuatan melawan hukum dan ada pula yang menganggap perbuatan melawan hukum adalah bagian dari wanprestasi. Hal ini merupakan hal yang wajar karena dalam wanprestasi maupun perbuatan melawan hukum terdapat pihak yang dirugikan dan pihak yang menyebabkan kerugian tersebut dituntut untuk mengganti kerugian yang disebabkan. Pada dasarnya terdapat perbedaan-perbedaan dasar antara wanprestasi dan perbuatan melawan hukum, yaitu:

1. Sumber

Wanprestasi dapat terjadi karena terdapat suatu perjanjian sebelumnya, dengan demikian untuk menyatakan bahwa seseorang telah melakukan wanprestasi harus terlebih dahulu terdapat perjanjian yang telah dibuat dan disepakati oleh para pihak. Wanprestasi dapat terjadi karena terdapat pihak yang ingkar janji atau lalai dalam melakukan prestasi seperti yang telah disepakati dalam perjanjian. Bentuk-bentuk wanprestasi diantaranya adalah:

1) tidak memenuhi prestasi sama sekali; 2) terlambat memenuhi prestasi; 3) memenuhi prestasi namun tidak sempurna; 4) melakukan perbuatan yang dilarang oleh perjanjian. Perbuatan melawan hukum dapat terjadi karena undang-undang sendiri yang menentukannya. Dalam Pasal 1352 KUHPerdata dinyatakan bahwa: “Perikatan yang dilahirkan demi undang-undang, bukan karena berdasarkan perjanjian dan perbuatan melawan hukum merupakan perbuatan manusia yang ditentukan sendiri oleh undang-undang.”

2. Pembuktian

Pembuktian adalah usaha untuk meyakinkan hakim tentang kebenaran dalil-dalil yang dimuatkan dalam suatu sengketa. Masalah pembuktian diatur dalam buku IV BW, yaitu Pasal 1865 yang berbunyi: “Setiap orang yang mendalilkan bahwa ia mempunyai suatu hak, atau guna meneguhkan haknya sendiri maupun membantah hak orang lain, menunjukkan pada suatu peristiwa, diwajibkan membuktikan adanya hak atau peristiwa tersebut”.³²

Menurut Pasal 1866 KUH Perdata, alat-alat bukti dalam perkara perdata terdiri dari: a) Bukti tulisan; b) Bukti dengan saksi-saksi; c) Persangkaan-persangkaan; d) Pengakuan; dan e) Sumpah. Pembuktian dalam wanprestasi berbeda dengan perbuatan melawan hukum. Wanprestasi berdasarkan perjanjian, maka yang harus dibuktikan di pengadilan adalah hal-hal apa sajakah yang dilanggar dalam perjanjian oleh tergugat, sedangkan dalam perbuatan melawan hukum yang harus dibuktikan adalah kesalahan yang telah diperbuat tergugat sehingga menimbulkan kerugian.

3. Proses Penuntutan

Seseorang yang dinyatakan melakukan wanprestasi harus terlebih dahulu dinyatakan dalam keadaan lalai dengan memberikan somasi. Hal ini dituangkan dalam Pasal 1243 KUH Perdata yang mengatakan: “Penggantian biaya rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan apabila debitur setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya dalam tenggang waktu tertentu telah dilampauinya.”

³²R. Subekti Dan R. Tjitrosudibio, *Op. Cit*, hlm. 475.

Maksud “berada dalam keadaan lalai” ialah peringatan atau pernyataan dari kreditor tentang saat selambat-lambatnya debitur wajib memenuhi prestasi. Apabila saat ini dilampauinya, maka debitur telah melakukan wanprestasi. Tuntutan terhadap perbuatan melawan hukum tidak membutuhkan proses somasi, dengan begitu ketika perbuatan melawan hukum tersebut dilakukan, maka pihak yang dirugikan dapat langsung mengajukan tuntutan.

Perbuatan melawan hukum dalam Hukum Islam merupakan sebutan bagi perbuatan yang melanggar hak-hak adami (privat), khususnya dalam hak kebendaan individu, baik yang bersumber dari hukum normatif, maupun perjanjian yang telah disepakati. Karena merupakan pelanggaran hukum, maka perbuatan tersebut memiliki konsekuensi sanksi yang secara global kemudian diatur dalam hukum tanggungan atau jaminan (*al-daman, al-kafalah*). Unsur-unsur perbuatan melawan hukum menurut hukum perikatan Islam adalah:

- a. Ada perbuatan atau tindakan.
- b. Perbuatan itu melawan hak orang lain.
- c. Perbuatan itu bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku.
- d. Menimbulkan kerugian materiil pihak lain.

Dengan demikian dalam hukum Islam, suatu perbuatan dianggap melawan hukum atau tidak, dilihat dari prosesnya (substansinya), apakah perbuatan tersebut secara materiil sesuai atau bertentangan dengan ketentuan hukum yang ada. Sehingga walaupun perbuatan itu secara tidak langsung tidak merugikan pihak lain, namun dengan alasan perbuatan tersebut secara materiil melanggar hukum normatif, maka dapat dituntut. Sedangkan dalam hukum positif, harus ada keterpaduan antara substansi perbuatan dengan akibat hukumnya. Sehingga seseorang yang melakukan suatu perbuatan tidak dapat dituntut atau disebut telah melakukan perbuatan melawan hukum, kecuali jika dapat dibuktikan unsur kesalahan secara materiil dan ada akibat hukum yang menjadi alasan penuntutan hak tersebut.



BAB 6

TENTANG DAYA PAKSA (*OVERMACHT*)

A. Pengertian *Overmacht*

Overmacht artinya keadaan memaksa. Dalam suatu perikatan jika debitur dikatakan dalam keadaan memaksa sehingga tidak dapat memenuhi prestasinya, debitur tidak dapat dipersalahkan/di luar kesalahan debitur. Dengan perkataan lain debitur tidak dapat memenuhi kewajibannya karena *overmacht* bukan karena kesalahannya akan tetapi karena keadaan memaksa, maka debitur tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya. Dengan demikian kreditor tidak dapat menuntut ganti rugi sebagaimana hak yang dimiliki oleh kreditor dalam wanprestasi. Istilah keadaan memaksa berasal dari bahasa Inggris, yaitu *force majeure*, sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan *overmacht*. Keadaan memaksa adalah suatu keadaan ketika debitur tidak dapat melakukan prestasinya kepada kreditor, yang disebabkan adanya kejadian yang berada di luar kekuasaannya seperti gempa bumi, banjir, tanah longsor dan lain-lain.

Menurut Wirjono Prodjodikoro, keadaan memaksa dalam hukum adalah keadaan yang menyebabkan bahwa suatu hak atau suatu kewajiban dalam suatu perhubungan hukum tidak dapat dilaksanakan.¹Adapun

¹Wirjono Prodjodikoro, *Azas-azas Hukum Perdata*, PT Bale Bandung, Bandung, 2012, hlm. 1.

Abdul Kadir Muhamad menyimpulkan pengertian keadaan memaksa, yaitu “Keadaan tidak dapat dipenuhinya prestasi oleh debitur karena terjadi suatu peristiwa bukan karena kesalahannya dan tidak dapat diketahui atau tidak dapat diduga akan terjadi pada waktu membuat perikatan”.² Debitur yang tidak dapat membuktikan bahwa tidak terlaksana prestasi bukan karena kesalahannya, diwajibkan membayar ganti rugi. Sebaliknya debitur bebas dari kewajiban membayar ganti rugi, jika debitur karena keadaan memaksa tidak memberi atau berbuat sesuatu yang diwajibkan atau telah melakukan perbuatan yang seharusnya ia tidak lakukan. Keadaan memaksa adalah suatu keadaan yang terjadi setelah dibuatnya perjanjian, yang menghalangi debitur untuk memenuhi prestasinya, di mana debitur tidak dapat dipersalahkan dan tidak harus menanggung resiko serta tidak dapat menduga pada waktu persetujuan dibuat. Keadaan memaksa menghentikan bekerjanya perikatan dan menimbulkan berbagai akibat yaitu:

1. Kreditor tidak dapat lagi memintai pemenuhan prestasi;
2. Debitur tidak lagi dapat dinyatakan wanprestasi, dan karenanya tidak wajib membayar ganti rugi;
3. Resiko tidak beralih kepada debitur;
4. Kreditor tidak dapat menuntut pembatalan pada persetujuan timbal-balik.

Mengenai keadaan memaksa ada dua teori, yaitu teori objektif dan teori subjektif. Menurut teori objektif, debitur hanya dapat mengemukakan tentang keadaan memaksa, jika pemenuhan prestasi bagi setiap orang mutlak tidak mungkin dilaksanakan. Misalnya, penyerahan sebuah rumah tidak mungkin dilaksanakan karena rumah tersebut musnah akibat bencana tsunami. Menurut teori subjektif terdapat keadaan memaksa jika debitur yang bersangkutan mengingat keadaan pribadinya tidak dapat memenuhi prestasinya. Misalnya, A pemilik industri kecil harus menyerahkan barang kepada B, di mana barang-barang tersebut masih harus dibuat dengan bahan-bahan tertentu, tanpa diduga bahan-bahan tersebut harganya naik berlipat ganda, sehingga jika A harus memenuhi prestasinya ia akan menjadi miskin. Dalam hal ini ajaran subjektif mengakui adanya keadaan memaksa. Akan tetapi

²Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, Alumni, Bandung, 1982, hlm. 7.

jika menyangkut industri besar maka tidak terdapat keadaan memaksa. Keadaan memaksa dapat bersifat tetap dan sementara. Jika bersifat tetap maka berlakunya perikatan berhenti sama sekali. Misalnya, barang yang akan diserahkan diluar kesalahan debitur terbakar musnah. Sedangkan keadaan memaksa yang bersifat sementara berlakunya perikatan ditunda. Setelah keadaan memaksa itu hilang, maka perikatan bekerja kembali. Misalnya, larangan untuk mengirimkan suatu barang dicabut atau barang yang hilang ditemukan kembali.

Keadaan memaksa (*force majeure* atau *overmacht*) diatur dalam Pasal 1244 dan Pasal 1245 KUH Perdata, namun kedua ketentuan normatif ini hanya bersifat sebagai pembelaan debitur atau pihak yang mempunyai kewajiban melaksanakan prestasi dalam kontrak atau perjanjian untuk dibebaskan dari pembayaran ganti kerugian jika ia tidak melaksanakan prestasi dalam kontrak atau perjanjian karena adanya keadaan memaksa.

Pasal 1244 KUH Perdata menyebutkan:

“Jika ada alasan untuk itu si berhutang harus dihukum mengganti biaya, rugi, dan bunga, apabila ia tidak dapat membuktikan, bahwa hal tidak atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perikatan itu, disebabkan karena suatu hal yang tak terduga, pun tidak dapat dipertanggung jawabkan padanya, karenanya itu pun jika itikad buruk tidaklah ada pada pihaknya”.

Pasal 1245 KUH Perdata:

“Tidaklah biaya rugi dan bunga, harus digantinya, apabila lantaran keadaan memaksa atau lantaran suatu kejadian tak disengaja si berutang berhalangan memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau lantaran hal yang sama telah melakukan perbuatan yang terlarang”.

Menurut R. Subekti, keadaan memaksa mempunyai pengertian, yaitu “suatu alasan untuk dibebaskan dari kewajiban membayar ganti rugi”.³ Munir Fuady memahami “keadaan memaksa merupakan keadaan atau peristiwa yang tidak diduga pada saat dibuatnya perjanjian, yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada debitur, karena debitur tidak dalam “beritikad buruk”.⁴

³Hukum Perjanjian, Cet. Ke-6 PT Intermedia, Jakarta, 1979, hlm. 55.

⁴Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis) Buku Kedua*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 113.

Keadaan memaksa adalah suatu keadaan yang terjadi setelah dibuatnya persetujuan, yang menghalangi debitur untuk memenuhi prestasinya, di mana debitur tidak dapat dipersalahkan dan tidak harus menanggung resiko serta tidak dapat menduga pada waktu persetujuan dibuat. Kesemuanya itu sebelum debitur lalai untuk memenuhi prestasinya pada saat timbulnya keadaan tersebut.⁵ Ada beberapa teori tentang keadaan memaksa yakni sebagai berikut:

1. Teori Ketidakmungkinan (*onmogelijkheid*)

Teori ini berpendapat bahwa keadaan memaksa adalah suatu keadaan tidak mungkin melakukan pemenuhan prestasi yang diperjanjikan. Ketidakmungkinan dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu:

- a. Ketidakmungkinan absolut atau objektif (*absolut onmogelijkheid*) yaitu suatu ketidakmungkinan sama sekali dari debitur untuk melakukan prestasinya pada kreditor. Keadaan memaksa absolut adalah keadaan di mana debitur sama sekali tidak dapat memenuhi perutangnya kepada kreditor, oleh karena adanya gempa bumi, banjir bandang, dan adanya lahar. Bersifat mutlak, yaitu tidak mungkin lagi melaksanakan perjanjiannya (misalnya: barang sudah musnah karena bencana alam). Keadaan memaksa absolut adalah suatu keadaan di mana debitur sama sekali tidak dapat memenuhi perutangnya kepada kreditor, oleh karena adanya gempa bumi, banjir bandang, dan adanya lahar, contohnya si A ingin membayar utangnya pada si B. Namun tiba-tiba pada saat si A ingin melakukan pembayaran utang, terjadi gempa bumi, maka si A sama sekali tidak dapat membayar utangnya pada si B. Kalau keadaan memaksa mengakibatkan, bahwa suatu hak atau kewajiban dalam perhubungan hukum sama sekali tidak dapat dilaksanakan oleh siapapun juga dan bagaimanapun juga, maka keadaan memaksa itu dinamakan “absolut”. Keadaan memaksa yang bersifat mutlak (absolut) yaitu dalam halnya sama sekali tidak mungkin lagi melaksanakan perjanjiannya (misalnya barangnya sudah hapus karena bencana alam). Ajaran ini menyatakan bahwa debitur dikatakan dalam keadaan *overmacht* apabila pemenuhan prestasi itu “tidak

⁵R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Binacipta, Bandung, 1987, hlm.27.

mungkin bagi siapapun bagi setiap orang” contoh: A harus menyerahkan sapi kepada B, sapi itu ternyata di tengah jalan disambar petir, sehingga prestasi tidak mungkin dilaksanakan bagi A dan bagi siapapun. Adalah suatu keadaan di mana debitur sama sekali tidak dapat memenuhi prestasinya kepada kreditor, oleh karena adanya gempa bumi, banjir bandang, dan adanya lahar, contoh si A ingin membayar utangnya pada si B, namun tiba-tiba pada saat si A ingin melakukan pembayaran utang, terjadi gempa bumi, sehingga A sama sekali tidak dapat membayar utangnya pada B.

- b. Ketidakmungkinan relatif atau ketidakmungkinan subjektif (*relative onmogelijkheid*) yaitu suatu ketidakmungkinan relatif dari debitur untuk memenuhi prestasinya. Keadaan memaksa relatif adalah suatu keadaan yang menyebabkan debitur masih mungkin untuk melaksanakan prestasinya, tetapi pelaksanaan prestasi itu harus dilaksanakan korban yang besar. Yang tidak seimbang atau menggunakan kekuatan jiwa yang diluar kemampuan manusia atau kemungkinan tertimpa bahaya kerugian yang sangat besar.⁶ Bersifat relatif yaitu suatu keadaan di mana perjanjian masih dapat dilaksanakan, tetapi dengan pengorbanan yang sangat besar dari hak siberhutang (misalnya harga barang yang masih harus didatangkan oleh si penjual tiba-tiba sangat tinggi dan lain sebagainya).⁷ Keadaan memaksa yang relatif adalah suatu keadaan yang menyebabkan debitur mungkin untuk melaksanakan prestasinya. Tetapi pelaksanaan prestasi itu harus dilakukan dengan memberikan korban yang besar yang tidak seimbang atau menggunakan kekuatan jiwa yang di luar kemampuan manusia atau kemungkinan tertimpa bahaya kerugian yang sangat besar. Contoh A telah meminjam kredit usaha tani dari Koperasi Unit Desa (KUD) dengan janji akan dibayar pada musim panen, tetapi sebelum panen padinya diserang oleh ulat dengan demikian pada saat itu ia tidak mampu membayar kredit usaha taninya kepada Koperasi Unit Desa (KUD), tetapi ia akan membayar pada musim

⁶Salim H.S, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (Kuh Perdata)*, Sinar Grafika, Jakarta, 1987, hlm. 19.

⁷*Ibid.*, hlm. 21.

panen mendatang. Keadaan memaksa dinamakan “relatif”, apabila keadaan itu pelaksanaan hak-hak dan kewajiban-kewajiban pada suatu perhubungan hukum tidak dapat dibilangkan sama sekali tidak dapat terjadi bagaimanapun juga, akan tetapi demikian sukarnya dan dengan pengorbanan dari yang harus melaksanakan, sedemikian rupa, sehingga patutlah, bahwa keharusan untuk melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang bersangkutan dianggap lenyap. Adanya keadaan memaksa yang relatif ini sangat tergantung dari pada isi, maksud, dan tujuan dari perhubungan hukum yang bersangkutan, misalnya seorang tukang berjanji akan membangun rumah untuk orang lain, kemudian pada waktu membangun rumah itu sedang berjalan segenap buruh-buruhnya bersama-sama mogok. Ajaran ini menyatakan bahwa Debitur dikatakan dalam keadaan *overmacht*, apabila pemenuhan prestasi itu “bagi debitur itu sendiri memang tidak dapat dilakukan, tetapi orang lain mungkin masih bisa melakukan”. Contoh: Seorang pedagang tertentu harus menyerahkan barang-barang tertentu pada pedagang lain, kemudian ternyata harga barang itu sangat meningkat, sehingga pedagang tersebut tidak mungkin untuk membeli barang yang harganya tinggi tersebut akibatnya ia tidak bisa memenuhi barang-barang tersebut pada pedagang yang lain itu. Ketidakmungkinan debitur untuk memenuhi prestasi menurut ajaran *overmacht* objektif disebut *impossibilitas*, sedangkan ketidakmungkinan debitur untuk memenuhi prestasi hanya bagi debitur tertentu menurut ajaran *overmacht* subjektif disebut *difficultas* (menimbulkan keberatan).

12. Teori Penghapusan atau Peniadaan Kesalahan (*afwesigheid van schuld*)

Teori ini berarti dengan adanya *overmacht* terhapuslah kesalahan debitur atau *overmacht* peniadaan kesalahan. Kedua ajaran *overmacht* objektif dan subjektif mengalami perlunakan atau pergeseran, sehingga karenanya antara keduanya tersebut lalu terdapat perbedaan yang mencolok, masing-masing tidak bersifat mutlak lagi. Perlunakan ajaran *overmacht* objektif, sebagaimana tertera dalam Pasal 1444 KUH Perdata, di mana dalam Pasal itu terdapat ketentuan bahwa jika barang-barang itu terjadi di luar perdagangan

atau hilang, maka keadaan tersebut itu pun termasuk *overmacht* juga, menurut ajaran *overmacht* objektif. Menurut teori objektif, debitur hanya dapat mengemukakan tentang keadaan memaksa, jika pemenuhan prestasi bagi setiap orang mutlak tidak mungkin dilaksanakan, misalnya penyerahan sebuah rumah tidak mungkin dilaksanakan karena rumah tersebut musnah akibat bencana tsunami ketika prestasinya bertentangan dengan moral atau bertentangan dengan peraturan umum keadaan ini juga disebut *overmacht*. Demikian juga jika debitur dengan pemenuhan prestasi itu kepentingan debitur sendiri menjadi sangat dirugikan termasuk juga *overmacht*. Ajaran objektif tentang *overmacht* bukan lagi merupakan ketidakmungkinan bagi tiap orang untuk melakukan prestasi, tidak lagi berpangkal pada *impossibilitas*, tetapi merupakan kesangatan sukar (*difficultis*) bagi tiap-tiap orang untuk melakukan prestasi. Menurut teori subjektif terdapat keadaan memaksa jika debitur yang bersangkutan mengingat keadaan pribadinya tidak dapat memenuhi prestasinya, misalnya A pemilik industri kecil harus menyerahkan barang kepada B di mana barang-barang tersebut masih harus dibuat dengan bahan-bahan tertentu tanpa diduga bahan-bahan tersebut harganya naik berlipat ganda, sehingga jika A harus memenuhi prestasinya ia akan menjadi miskin. Dalam hal ini ajaran subjektif mengakui adanya keadaan memaksa akan tetapi jika menyangkut industri besar maka tidak terdapat keadaan memaksa.

B. Unsur-unsur dan Bentuk-bentuk *Overmacht* (Keadaan Memaksa) dalam Suatu Perjanjian

Unsur-unsur peristiwa dalam keadaan memaksa adalah peristiwa-peristiwa dan keadaan-keadaan yang bagaimana saja yang menurut ajaran keadaan memaksa diterima untuk adanya keadaan memaksa. Menurut undang-undang ada tiga unsur yang harus dipenuhi untuk keadaan memaksa, yaitu:

1. Tidak memenuhi prestasi;
2. Ada sebab yang terletak di luar kesalahan debitur;
3. Faktor penyebab itu tidak dapat diduga sebelumnya dan tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada debitur.

Apabila terjadi *overmacht* dan memenuhi unsur a dan c, maka *overmacht* ini disebut *absolut overmacht* atau keadaan memaksa yang bersifat objektif. Dasarnya adalah ketidakmungkinan (*impossibility*) memenuhi prestasi karena bendanya lenyap/musnah. Jika terjadi *overmacht* yang memenuhi unsur b dan c, keadaan ini disebut *relatief overmacht* atau keadaan memaksa yang bersifat subjektif. Dasarnya ialah kesulitan memenuhi prestasi karena ada peristiwa yang menghalangi debitur untuk berbuat. *Overmacht* atau *force majeure* atau yang sering diterjemahkan sebagai “keadaan memaksa” merupakan keadaan di mana seorang debitur terhalang untuk melaksanakan prestasinya karena keadaan atau peristiwa yang tidak terduga pada saat dibuatnya kontrak, keadaan atau peristiwa tersebut tidak dapat dipertanggungjawabkan, sementara si debitur tersebut tidak dalam keadaan beritikad buruk. Pasal 1244 KUH Perdata menyebutkan:

“Dalam hal ini, kejadian-kejadian yang merupakan *overmacht* atau *force majeure* tersebut tidak pernah terduga oleh para pihak sebelumnya. Sebab, jika para pihak sudah dapat menduga sebelumnya akan adanya peristiwa tersebut maka seyogianya hal tersebut harus sudah dinegosiasi di antara para pihak”.

Dengan perkataan lain, bahwa peristiwa yang merupakan *overmacht* atau *force majeure* tersebut tidak termasuk ke dalam asumsi dasar (*basic assumption*) dari para pihak ketika kontrak tersebut dibuat.⁸

Beberapa Pasal dalam KUH Perdata yang dapat digunakan sebagai pedoman ketentuan *overmacht* atau *force majeure* selain Pasal 1244 KUH Perdata yang sudah tersebut di atas, antara lain adalah:

Pasal 1245 KUH Perdata:

“Tidaklah biaya rugi dan bunga, harus digantinya, apabila lantaran keadaan memaksa atau lantaran suatu kejadian tidak disengaja si berhutang berhalangan memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau lantaran hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan yang terlarang”.

⁸Munir Fuady, *Hukum Kontrak*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm.113.

Pasal 1545 KUH Perdata:

“Jika suatu barang tertentu, yang telah dijanjikan untuk ditukar, musnah di luar salah pemiliknya, maka persetujuan dianggap sebagai gugur, dan siapa yang dari pihaknya telah memenuhi persetujuan, dapat menuntut kembali barang yang ia telah berikan dalam tukar-menukar”.

Pasal 1553:

“Jika selama waktu sewa, barang yang disewakan sama sekali musnah karena suatu kejadian yang tidak disengaja, maka persetujuan sewa gugur demi hukum”.

Dari rumusan pasal-pasal tersebut di atas, setidaknya terdapat 3 (tiga) unsur yang harus dipenuhi untuk *overmacht* atau *force majeure* ini, yaitu:⁹

1. Tidak memenuhi prestasi;
2. Ada sebab yang terletak di luar kesalahan yang bersangkutan;
3. Faktor penyebab itu tidak diduga sebelumnya dan tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada yang bersangkutan.

Dari hal di atas menurut penulis menunjukkan bahwa *overmacht* atau *force majeure* timbul karena hal yang tidak terduga. Dengan kata lain bila hal tersebut telah diduga sebelumnya maka itu bukan termasuk *overmacht* atau *force majeure*, misalnya adalah ketika kapal perdagangan yang melintasi suatu daerah yang sudah dipastikan oleh media berita terkena badai laut kemudian kapal pengangkut itu sudah tahu akan hal tersebut kemudian tetap berlayar melewati daerah tersebut dengan tujuan berspekulasi akan selamat maka itu bukan termasuk *overmacht* atau *force majeure* karena hal tersebut sudah diduga bahkan diketahui lebih dahulu tentang peristiwa dan resiko yang akan dihadapi meskipun di situ adalah satu-satunya jalan yang bisa dilewati oleh kapal pengangkut barang tersebut. Menurut F.X. Suhardana, para ahli menggolongkan keadaan memaksa ke dalam beberapa jenis, dengan menggunakan kriteria yang berbeda-beda, yaitu:

⁹Daeng Naja, *Contract Drafting*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 235-236.

1. Di lihat dari sudut yang terkena sasaran memaksa, dibedakan menjadi:
 - a. Keadaan memaksa objektif, artinya prestasi sama sekali secara objektif tidak dapat dipenuhi, misalnya dalam perjanjian jual beli mobil, penjual tidak dapat menyerahkan mobil kepada pembeli karena mobilnya musnah terbakar.
 - b. Keadaan memaksa subjektif, artinya keadaan memaksa yang terjadi tidak berhubungan dengan objek, melainkan dengan subjek perjanjian atau perbuatan atau kemampuan debitur.
2. Dilihat dari kemungkinan pelaksanaan prestasi, dikenal sebagai:
 - a. Keadaan memaksa yang absolut, artinya keadaan memaksa yang membuat prestasi menjadi tidak mungkin dilaksanakan, misalnya objek kontrak musnah karena terbakar atau terbawa air bah atau tersapu lahar panas.
 - b. Keadaan memaksa yang relatif, artinya sekalipun terjadi keadaan memaksa, debitur dengan segala upaya atau susah payah mungkin masih dapat berprestasi bahkan tidak jarang terjadi pelaksanaan prestasi oleh debitur harus dilakukan dengan korban yang besar yang tidak seimbang atau menggunakan kekuatan jiwa yang di luar kemampuan manusia atau mungkin tertimpa bahaya kerugian yang sangat besar.
3. Dengan memakai kriteria jangka waktu berlakunya keadaan memaksa, dibedakan menjadi:
 - a. Keadaan memaksa tetap (permanen) artinya sampai kapanpun tetap tidak akan dapat dilaksanakan, misalnya karena objek kontrak musnah sama sekali.
 - b. Keadaan memaksa yang temporer, artinya pemenuhan prestasi tidak dapat dilaksanakan sementara waktu karena terjadi peristiwa tertentu, misalnya munculnya kebijakan pemerintah secara tiba-tiba yang melarang sesuatu yang semula tidak dilarang. Jika kemudian larangan itu dihapus debitur dapat berprestasi.¹⁰

¹⁰F.X. Suhardana, *Contract Drafting: Kerangka Dasar dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Universitas Atmajaya, Yogyakarta, 2009, hlm. 57-58.

Adapun bentuk-bentuk keadaan memaksa terdiri atas dua bagian, yaitu:

1. Bentuk yang umum, yaitu: keadaan iklim, kehilangan dan pencurian.
2. Bentuk yang khusus, yaitu:
 - a. Undang-undang atau Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang yang dibuat dalam keadaan memaksa. Dalam hal ini tidak berarti bahwa prestasi tidak dapat dilakukan akan tetapi prestasi itu tidak boleh dilakukan akibat adanya Undang-undang atau Peraturan Pemerintah tersebut.
 - b. Sumpah
Adanya sumpah terkadang menimbulkan keadaan memaksa, yaitu apabila seseorang yang harus berprestasi itu diharuskan atau dipaksa bersumpah untuk tidak melakukan prestasi.
 - c. Tingkah laku pihak ketiga.
 - d. Pemogokan.

Bentuk khusus dari keadaan memaksa ini adakalanya menimbulkan *overmacht* atau *force majeure* dan adakalanya tidak. Pembuktian keadaan memaksa, debitur dapat mengemukakan keadaan memaksa sebagaimana tersebut diatas, dan harus terpenuhinya 3 (tiga) syarat, yaitu: 1) Ia harus membuktikan bahwa ia tidak bersalah; 2) Ia tidak dapat memenuhi kewajibannya secara lain; 3) Ia tidak mau menanggung risiko baik menurut ketentuan Undang-Undang maupun ketentuan perjanjian atau karena ajaran itikad baik harus menanggung risiko. Bentuk khusus *overmacht* ini kadang-kadang menimbulkan adanya *overmacht* tetapi kadang-kadang tidak dilihat dari kasusnya:

1. **Undang-undang dan tindakan Pemerintah.** Hal ini dikaitkan dengan larangan terhadap pengangkutan barang masuk ke Indonesia atau dari Indonesia. Hal ini dapat menghalangi pemenuhan prestasi dan akan menimbulkan *overmacht*, bukannya prestasi itu tidak dapat dilakukan tetapi tidak boleh dilakukan karena adanya larangan Undang-undang dan Peraturan Pemerintah.
2. **Sumpah.** Sumpah yang dilakukan dengan terpaksa dapat menimbulkan *overmacht*, sedangkan sumpah yang dilakukan dengan sukarela tidak akan menimbulkan *overmacht*.
3. **Perbuatan yang dilakukan oleh pihak ketiga.** Orangtua bertanggung gugat atas apa yang diperbuat anaknya yang melawan

hukum juga majikan terhadap perbuatan melawan hukum dari bawahannya, dan lain-lain.

4. **Sakit.** Kadang-kadang sakit dapat dijadikan sebagai alasan untuk *overmacht* apabila prestasi yang dilakukan itu melekat pada pribadi orang-orang itu.
5. **Pemogokan buruh.** Pemogokan buruh dapat menimbulkan *overmacht* apabila pemogokan buruh itu disebabkan oleh rasa solidaritas terhadap buruh-buruh yang lain sehingga perusahaan tidak dapat memenuhi pesanan dari para pemesannya. Lain halnya apabila pemogokan itu disebabkan karena tuntutan dari para buruh yang layak ditolak oleh majikannya itu sendiri, maka pemogokan itu tidak dapat dijadikan sebagai alasan *overmacht*.
6. **Tidak memiliki uang.** Tidak memiliki uang pada umumnya tidak dapat menimbulkan *overmacht*, meskipun bukan kesalahan dari debitur dan tidak dapat diduga lebih dulu.

Keempat hal ini merupakan alasan untuk adanya *overmacht*, namun dalam kasus tertentu (tidak untuk semua kasus umum). *Overmacht* dapat dibedakan:

1. Penuh (lengkap) yaitu seluruh prestasi tidak dapat dipenuhi oleh debitur;
2. Sebagian prestasi saja yang tidak dapat dipenuhi debitur, misalnya untuk melever satu kambing kemudian mati disambar petir itu disebut *overmacht* penuh. Untuk melever 10 kambing, mati juga disambar petir, maka disebut *overmacht* sebagian.
3. *Overmacht* definitif tetap terjadi jika prestasi sama sekali tidak mungkin dilakukan: Barang yang diserahkan menjadi binasa, atau jika pemenuhan prestasi dilakukan sesudah berhentinya *overmacht* menjadi tidak berharga lagi prestasinya, misal: pesan celana goni (sebelum kemerdekaannya) dan debitur tidak ada kesempatan untuk menyerahkan, sehingga dapat menyerahkan sesudah kemerdekaan, maka penyerahan ini tidak ada artinya (karena bahan pakaian yang bagus banyak dan tidak layak lagi memakai goni).
4. *Overmacht* sementara terjadi jika penyebab timbulnya *overmacht* hanya sementara artinya kewajiban berprestasi akan timbul lagi

setelah berhentinya keadaan *overmacht*, misal: ada undang-undang melarang untuk memperdagangkan barang tertentu, kalau Undang-undang itu dicabut maka prestasi berlaku lagi.

Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata, terkandung asas “itikad baik” yaitu perjanjian atau persetujuan itu harus dilaksanakan dengan itikad baik. Itikad baik dalam perikatan ini sifatnya “objektif” dan subjektif disesuaikan itikad baik dalam hukum benda bersifat “subjektif”. Orang membedakan antara keadaan memaksa yang menyeluruh dan keadaan memaksa yang sebagian. Untuk ini dapat dicontohkan bahwa kerusakan pada benda prestasi bisa seluruhnya atau sebagian saja. Disamping itu orang juga membedakan antara keadaan memaksa yang bersifat permanen dan yang bersifat sementara. Kalau suatu benda musnah, maka ditunggu kapanpun benda itu tidak akan dapat muncul kembali dan dalam hal demikian maka kewajiban perikatannya menjadi hapus. Namun kalau ada larangan perdagangan, mungkin saja suatu ketika larangan itu akan dicabut, misalnya larangan menyerahkan barang kepada Negara tertentu; kalau perang segera usai, maka kemungkinan besar larangan juga dicabut; dengan demikian *overmacht* hanya bersifat sementara saja dan debitur masih bisa dituntut penyerahannya oleh kreditor; dan sudah tentu kalau prestasinya masih bagi bermanfaat bagi kreditor.¹¹

C. Akibat Hukum dan Tanggung Gugat dari Adanya *Overmacht* dalam Suatu Perjanjian

Seorang debitur yang dituduh lalai dan dimintakan supaya kepadanya diberikan hukuman atas kelalaiannya, ia dapat membela diri dengan mengajukan beberapa alasan untuk membebaskan dirinya dari hukuman-hukuman itu diantaranya mengajukan tuntutan adanya keadaan memaksa (*overmacht* atau *force majeure*). Dengan mengajukan pembelaan ini debitur berusaha menunjukkan bahwa tidak terlaksananya apa yang dijanjikan itu disebabkan oleh hal-hal yang sama sekali tidak dapat diduga dan di mana tidak dapat berbuat apa-apa terhadap keadaan atau peristiwa yang timbul diluar dugaan tadi. Dengan perkataan lain hal

¹¹J. Satrio. *Hukum Perikatan Perikatannya Pada Umumnya*, Alumni, Bandung, 1999, hlm. 268-269.

tidak terlaksananya perjanjian atau keterlambatan dalam pelaksanaan itu, bukanlah disebabkan karena kelalaiannya. Ia tidak dapat dikatakan salah atau alpa, dan orang yang tidak salah tidak boleh dijatuhi sanksi-sanksi yang diancamkan atas kelalaian.¹²

Akibat *overmacht* yakni kreditor tidak dapat menuntut agar perikatan itu dipenuhi tidak dapat mengatakan debitur berada dalam keadaan lalai dan karena itu tidak dapat menuntut. Keadaan memaksa yang menghalangi pemenuhan prestasi haruslah mengenai prestasinya sendiri, karena kita tidak dapat mengatakan adanya keadaan memaksa jika keadaan itu terjadi kemudian. Keadaan yang menghalangi pemenuhan prestasi itu ada tidaknya hanya jika setiap orang sama sekali tidak mungkin memenuhi prestasinya bahkan debitur sendiri yang bersangkutan tidak mungkin atau sangat berat untuk memenuhi prestasi. Penentuannya harus berdasarkan kepada masing-masing kasus. Debitur tidak harus menanggung risiko dalam keadaan memaksa maksudnya debitur baik berdasarkan undang-undang, perjanjian maupun menurut pandangan yang berlaku dalam masyarakat, tidak harus menanggung risiko. Selain itu karena keadaan memaksa, debitur tidak dapat menduga akan terjadinya peristiwa yang menghalangi pemenuhan prestasi pada waktu perjanjian dibuat. Klausula *overmacht* atau *force majeure* biasa dicantumkan dalam pembuatan perjanjian atau kontrak dengan maksud melindungi pihak-pihak. Hal ini terjadi apabila terdapat bagian dari perjanjian yang tidak dapat dilaksanakan karena sebab-sebab yang berada di luar kontrol para pihak dan tidak bisa dihindarkan dengan melakukan tindakan yang sewajarnya.

Dalam pencantuman klausula *overmacht* biasanya terdapat penekanan kepada keadaan memaksa yang berada di luar kekuasaan para pihak. Dalam keadaan yang demikian, tidak ada pihak yang dibebankan tanggung jawab atau risiko untuk setiap kegagalan atau penundaan terhadap pelaksanaan kewajiban sesuai dengan kontrak. Unsur-unsur dan akibat hukum keadaan memaksa antara lain, sebagai berikut:

- a. Debitur atau pihak yang mempunyai kewajiban melaksanakan prestasi dalam kontrak tidak dapat menduga atau memperhitungkan secara rasional peristiwa yang proses terjadinya secara tiba-tiba yang menjadi faktor penyebab tidak dilaksanakannya prestasi

¹²Subekti. *Lock.Cit*, hlm. 55.

dalam kontrak atau perjanjian, sehingga menimbulkan kerugian bagi kreditor atau pihak yang mempunyai hak menerima prestasi (Pasal 1244 KUH Perdata);

- b. Kreditor atau pihak yang mempunyai hak menerima prestasi tidak dapat meminta pertanggungjawaban dari debitur atau pihak yang mempunyai kewajiban melaksanakan prestasi dalam kontrak atas timbulnya kerugian karena peristiwa yang tidak terduga yang proses terjadinya secara tiba-tiba (Pasal 1244 KUH Perdata);
- c. Debitur atau pihak yang mempunyai kewajiban melaksanakan prestasi dalam kontrak tidak mempunyai itikad buruk terkait dengan dirinya yang tidak melaksanakan prestasi dalam kontrak tersebut (Pasal 1444 KUH Perdata);
- d. Debitur atau pihak yang mempunyai kewajiban melaksanakan prestasi dalam kontrak tidak dapat dipersalahkan atas timbulnya kerugian bagi kreditor atau pihak yang mempunyai hak menerima prestasi, karena peristiwa yang tidak terduga yang proses terjadinya secara tiba-tiba (Pasal 1545 KUH Perdata);
- e. Peristiwa yang tidak terduga yang proses terjadinya secara tiba-tiba tidak mengandung unsur ketidaksengajaan atau tidak disebabkan secara sengaja (Pasal 1553 KUH Perdata);
- f. Kontrak yang dibuat oleh para pihak menjadi gugur demi hukum karena terjadinya keadaan memaksa, dalam arti kontrak berakhir bahkan dianggap tidak ada sehingga posisi hukum para pihak menjadi seperti semula atau sama dengan posisi hukum para pihak menjadi seperti semula atau sama dengan posisi hukum belum memuat kontrak (Pasal 1545 KUH Perdata);
- g. Keadaan memaksa menciptakan keseimbangan di antara para pihak dengan memperhatikan asas keadilan untuk memberikan restitusi atas kerugian yang timbul karena terjadinya keadaan memaksa tersebut (Pasal 1480 dan Pasal 1545 KUH Perdata).

Keadaan memaksa menimbulkan berbagai akibat, yaitu kreditor tidak lagi dapat meminta pemenuhan prestasi, debitur tidak lagi dapat dinyatakan lalai dan karenanya tidak wajib membayar ganti rugi, risiko tidak beralih kepada debitur dan debitur tidak dapat menuntut pembatalan pada perjanjian timbal balik. Dalam hal ini kewajiban untuk melaksanakan kontra prestasi menjadi gugur, jadi pada dasarnya

perikatan itu tetap ada, yang lenyap hanyalah daya kerjanya. Bahwa perikatan tetap ada, penting pada keadaan memaksa yang bersifat sementara. Perikatan itu kembali mempunyai daya kerja jika keadaan memaksa itu berhenti. Adakalanya bahwa sekalipun debitur tidak bersalah, ia harus bertanggung jawab atas kerugian yang terjadi karena telah diperjanjikan. Agus Yudha Hernoko menegaskan bahwa adanya peristiwa yang dikategorikan sebagai keadaan memaksa membawa akibat hukum, sebagai berikut:

- a. Kreditor tidak dapat menuntut atau meminta pemenuhan prestasi;
- b. Debitur tidak dapat lagi dinyatakan lalai;
- c. Debitur tidak wajib membayar ganti rugi;
- d. Resiko tidak beralih kepada debitur;
- e. Kreditor tidak dapat menuntut pembatalan dalam perjanjian timbal balik;
- f. Perikatan dianggap gugur.¹³

Keadaan memaksa tidak hanya dikonstruksikan sebagai bencana alam dan peperangan, tetapi juga erat kaitannya dengan kebijakan pemerintah di bidang moneter. Bidang moneter merupakan bidang yang berkaitan dengan uang atau keuangan. Dengan adanya kebijakan ini, maka pihak kedua dapat mengelak untuk melaksanakan prestasinya sebagaimana yang telah disepakati antara pihak pertama dengan pihak kedua. Ada tiga akibat hukum keadaan yang memaksa, yaitu:

- a. Debitur tidak perlu membayar ganti rugi (Pasal 1244 KUH Perdata).
- b. Beban Resiko tidak berubah, terutama pada keadaan memaksa sementara.
- c. Kreditor tidak berhak atas pemenuhan prestasi, tetapi sekaligus demi hukum bebas dari kewajibannya untuk menyerahkan kantra prestasi, kecuali untuk yang disebut dalam Pasal 1460 KUH Perdata.

Ketiga akibat itu dibedakan menjadi dua macam: 1) akibat keadaan memaksa absolut, yaitu akibat nomor a dan c; 2) akibat keadaan

¹³Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Laksbang Mediatama Bekerjasama Dengan Kantor Advokat Hufron & Hans Simaela, Yogyakarta, 2008, hlm. 243-244.

memaksa relatif, yaitu akibat nomor b.¹⁴ Mengenai keadaan memaksa (*overmacht* atau *force majeure*) yang absolut diartikan keadaan memaksa/*overmacht* atau *force majeure* yang terjadi sehingga prestasi dari kontrak sama sekali tidak mungkin dilakukan, misalnya, barang yang merupakan objek kontrak musnah.

Keadaan memaksa (*overmacht* atau *force majeure*) yang relatif diartikan keadaan memaksa (*overmacht* atau *force majeure*) di mana pemenuhan prestasi secara formal tidak mungkin dilakukan walaupun secara tidak normal masih mungkin dilakukan.¹⁵ Jadi, dengan adanya *overmacht* tidak melenyapkan adanya perikatan hanya menghentikan berlakunya perikatan. Hal ini penting bagi adanya *overmacht* yang bersifat sementara. Dalam suatu perjanjian timbal balik, apabila salah satu dari pihak karena *overmacht* terhalang untuk berprestasi maka lawan juga harus dibebaskan untuk berprestasi. *Overmacht* dapat terjadi dengan adanya tiga kemungkinan karena kehilangan, karena pencurian dan karena iklim. Tetapi di samping salah satu dari ketiga hal tersebut debitur harus memenuhi persyaratan bahwa ia tidak bersalah, debitur tidak menanggung resiko baik karena undang-undang atau karena perjanjian dan debitur tidak dapat memenuhi kewajibannya dengan cara lain. Dengan adanya *overmacht* tidak melenyapkan adanya perikatan hanya menghentikan berlakunya perikatan. Hal ini penting bagi adanya *overmacht* yang bersifat sementara. Dalam suatu perjanjian timbal balik apabila salah satu dari pihak karena *overmacht* terhalang untuk berprestasi maka lawan juga harus dibebaskan untuk berprestasi. Terjadinya keadaan memaksa berkaitan dengan risiko yang menjadi tanggung gugat para pihak yang membuat dan melaksanakan kontrak atau perjanjian. Untuk itu, Pasal 1545, Pasal 1553 dan Pasal 1563 KUH Perdata mengatur proses hukum penyelesaian keadaan memaksa dan risikonya dalam kontrak timbale balik yang pada intinya membagi beban tanggung gugat secara proporsional di antara para pihak. Agus Yudha Hernoko menjelaskan dua teori hukum yang membahas resiko tanggung gugat dalam hal terjadinya keadaan memaksa, yaitu:

1. Teori objektif, yang bertitik tolak pada asumsi bahwa "tidak mungkin lagi setiap orang", artinya ketidakmungkinan mutlak

¹⁴Salim Hs, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis [KUH Perdata]*, Sinar Grafika, Jakarta, 2006, hlm. 184-185.

¹⁵Munir Fuady, *Op.Cit*, hlm.116.

bagi setiap orang (Pasal 1444 KUH Perdata), misalnya, A (debitur) wajib menyerahkan seekor kuda mati yang disambar petir yang mengakibatkan tercegahnya pelaksanaan prestasi tidak hanya berlaku bagi A (debitur) melainkan juga berlaku bagi setiap orang yang berada pada posisi A. Dalam perkembangannya, teori ini tidak berlaku absolut (mutlak) namun lebih mendekati teori subjektif, artinya apa yang dianggap secara objektif berlaku bagi semua orang pada akhirnya juga diterima dan diperhatikan oleh subjek-subjek perikatan yang terkena akibat keadaan memaksa tersebut;

2. Teori subjektif, yang bertitik tolak dari asumsi bahwa “prestasi tidak mungkin bagi debitur”, artinya ketidakmungkinan relatif (dengan mengingat keadaan pribadi atau subjek debitur), misalnya, seorang pengrajin kecil (debitur mitra binaan Badan Usaha Milik Negara atau BUMN) diwajibkan menyerahkan hasil kerajinan kepada Badan Usaha Milik Negara (BUMN), sementara harga bahan baku sangat mahal (tidak terjangkau oleh yang bersangkutan) yang merupakan bagian dari risiko bisnis yang telah dipahami oleh pelaku bisnis pada umumnya, namun bagi pelaku usaha kecil atau mikro hal tersebut dapat dikategorikan sebagai keadaan memaksa.¹⁶

Ada dua teori hukum kontrak yang membahas resiko tanggung gugat dalam hal terjadinya keadaan memaksa, yaitu:

- a. Teori usaha, yang dikembangkan oleh J.F. Houwing yang merupakan pendukung Teori Subjektif, yang beranjak dari pemikiran bahwa “keadaan memaksa dimulai pada saat kesalahan berhenti”. Ini berarti bahwa debitur harus membuktikan bahwa ia telah berusaha berdasarkan kriteria: pendapat dalam lalu lintas masyarakat dan/ atau makna yang wajar dari kontrak yang bersangkutan, jika tidak ingin dihukum membayar ganti rugi.
- b. Teori ambil alih resiko, yang dikembangkan oleh J.L.L. Wery, yang beranjak dari pemikiran bahwa “keadaan memaksa mulai pada saat resiko berhenti.” Ini berarti bahwa debitur harus dihukum membayar ganti rugi jika tidak dapat membuktikan bahwa terhalangnya pelaksanaan prestasi timbul dari keadaan yang selayaknya ia tidak bertanggung gugat.

¹⁶*Ibid*, hlm. 245.

Jika tidak ada unsur kesalahan dari debitur atau pihak yang mempunyai kewajiban melaksanakan prestasi dalam kontrak, maka ia tidak menanggung gugat resiko dan tidak wajib membayar ganti rugi. Kreditor atau pihak yang mempunyai hak menerima prestasi tidak dapat menuntut pemutusan kontrak atau perjanjian, bahkan perikatan yang ditimbulkan oleh perjanjian tersebut sendiri dianggap gugur karena terjadinya keadaan memaksa. Jadi, keadaan memaksa itu adalah alasan pembenar untuk membebaskan debitur atau pihak yang mempunyai kewajiban melaksanakan prestasi untuk membayar ganti rugi meskipun kewajiban membayar ganti rugi telah dijanjikan secara tegas dalam perjanjian.

D. Prinsip dan Dalil-dalil Pembuktian Adanya *Overmacht* dalam Suatu Perjanjian

Secara prinsipil pihak yang harus membuktikan terjadinya keadaan memaksa adalah debitur atau pihak yang mempunyai kewajiban yang melaksanakan prestasi dalam perjanjian, karena dengan terjadinya keadaan memaksa itu, dia tidak dapat melaksanakan prestasi yang diwajibkan dalam perjanjian tersebut. Agar debitur atau pihak yang mempunyai kewajiban melaksanakan prestasi dalam kontrak dapat mendalilkan adanya keadaan memaksa, maka harus dipenuhi 3 (tiga) syarat, yaitu:

1. Dia harus membuktikan bahwa dia tidak melakukan kesalahan;
2. Dia tidak dapat melaksanakan kewajiban hukum kontraktualnya secara lain dari yang dijanjikan dalam kontrak;
3. Dia tidak menanggung gugat resiko berupa membayar ganti rugi, baik menurut aturan hukum positif maupun perjanjian, atau doktrin hukum itikad baik harus menanggung gugat resiko tersebut.

Debitur atau pihak yang mempunyai kewajiban melaksanakan prestasi dalam kontrak tidak dapat mendalilkan keadaan memaksa, jika ia telah dalam keadaan lalai, pada saat pembuatan perjanjian, ia dapat menduga dapat terhambatnya pelaksanaan prestasinya, pada saat pembuatan perjanjian ia mengetahui atau patut mengetahui bahwa ada cacat-cacat benda yang dapat menghambat pelaksanaan prestasinya dan

pada saat membuat perjanjian, ia mengetahui atau patut mengetahui bahwa ada kesalahan yang dilakukan oleh orang lain (pihak ketiga, bukan kreditor atau pihak yang mempunyai hak menerima prestasi) yang diikut sertakan dalam perjanjian, yang menghambat pelaksanaan prestasi.¹⁷ Membuktikan adanya keadaan memaksa adalah kewajiban debitur. Pasal 1244 KUH Perdata menerangkan bahwa debitur itu tidak akan dihukum untuk membayar ganti rugi apabila ia membuktikan bahwa hal tidak terlaksananya perjanjian adalah disebabkan oleh keadaan memaksa. Dengan kata lain apabila prestasi tidak datang, debitur itu apriori dianggap salah kecuali kalau ia membuktikan bahwa ia tidak salah.¹⁸ Kewajiban debitur untuk membuktikan bahwa ia tidak mempunyai kesalahan atas timbulnya halangan prestasi dan halangan itu tidak dapat diduga sebelumnya. Sebaliknya, karena itikad baik pada dasarnya selalu dipersangkakan ada, maka menjadi kewajiban dari kreditorlah untuk membuktikan bahwa debitur mempunyai itikad buruk dalam peristiwa tersebut. Kalau debitur dapat mengemukakan adanya halangan seperti yang disebut Pasal 1444 KUH Perdata atau halangan keadaan seperti yang dimaksud oleh teori upaya, tetapi kreditor berhasil membuktikan adanya unsur salah pada debitur, maka untuk membebaskan diri dari tuntutan ganti rugi ia (debitur) harus dapat membuktikan, bahwa seandainya barang yang diserahkan dengan baik, barang tersebut akan musnah juga dalam tangan kreditor.¹⁹

¹⁷Muhammad Syaifuddin, *Hukum Kontrak: Memahami Kontrak Dalam Perspektif Filsafat, Teori, Dogmatik, dan Praktik Hukum (Seri Pengayaan Hukum Perikatan)*, Mandar Maju, Bandung, 2012, hlm. 359-360.

¹⁸Subekti, *Lock.Cit*, hlm. 57.

¹⁹J. Satrio, *Hukum Perikatan: Perikatan Pada Umumnya*, Alumni, Bandung, 1999, hlm. 268.



BAB 7

PERBANDINGAN HUKUM PERJANJIAN DAN AKAD SYARIAH

A. Persamaan dan Perbedaan Syarat Sahnya Perjanjian Menurut Kitab Undang-undang Hukum Perdata dan Hukum Islam

Perangkat hukum perjanjian dalam syariah Islam adalah terpenuhinya rukun dan syarat dari suatu akad. Rukun adalah unsur esensial yang mutlak harus ada dalam akad atau transaksi, sedangkan syarat adalah unsur yang harus ada untuk melengkapi rukun. Apabila rukun tidak terpenuhi maka akad tersebut tidak sah dan dapat dibatalkan. Dalam hal rukun yang tidak terpenuhinya menyangkut objek akad, yaitu objek akad tersebut barang yang diharamkan oleh Hukum Islam, maka akad tersebut batal demi hukum. Sedangkan dalam hal rukun-rukun lainnya dan syarat-syarat tidak terpenuhi, maka akad tersebut bukan batal demi hukum, tetapi tidak sah dan dapat dimintakan pembatalan. Berikut ini adalah penjelasan mengenai rukun dan syarat akad. Rukun akad menurut para ulama adalah:

1. Kesepakatan untuk Mengikatkan Diri (*Shighat Al-'Aqd*)

Shighat al-aqd adalah cara bagaimana pernyataan peningkatan diri itu dilakukan. *Shighat al-aqd* ini merupakan rukun akad yang penting.

Bahkan menurut ulama Hanafiyah, rukun akad hanya satu, yaitu *shighat al-aqad* ini. Sementara yang lainnya, dianggap sebagai rukun akad oleh *jumhur*, hanya merupakan syarat-syarat akad. Dalam literatur *fiqh*, *shighat al-aqad* biasanya diwujudkan dalam bentuk *ijab* dan *qabul*. *Ijab* adalah pernyataan pihak pertama mengenai isi perikatan yang diinginkan (*offering*), sedangkan *qabul* adalah pernyataan pihak kedua untuk menerimanya (*acceptance*). Dengan kata lain, *ijab* merupakan penawaran dari pihak pertama untuk menyampaikan usul yang menunjukkan keinginan untuk membuat akad kepada pihak lain. Sedangkan *qabul* merupakan penerimaan dan persetujuan dari pihak kedua terhadap penawaran yang dilakukan pihak pertama. Dalam kaitannya dengan *ijab* dan *qabul* ini, karena begitu penting dan agar memiliki akibat hukum, para ulama *fiqh* mensyaratkan bahwa *ijab-qabul* itu sungguh-sungguh dikehendaki oleh para pihak, dinyatakan secara jelas, pasti, dan bebas; serta adanya kesesuaian antara *ijab* dan *qabul*. Dalam ungkapan *fuqaha* syarat tersebut meliputi tiga hal, yaitu tujuan yang terkandung dalam pernyataan itu jelas, sehingga dapat di pahami jenis akad yang dikehendaki; antara *ijab* dan *qabul* terdapat kesesuaian; dan pernyataan *ijab* dan *qabul* ini mengacu kepada suatu kehendak masing-masing pihak secara pasti, serta tidak ragu-ragu.

Adapun ungkapan *shighat al-aqad* dapat dilakukan secara *lisan*, *tulisan*, atau *isyarat* yang member pengertian dengan jelas tentang adanya *ijab* dan *qabul*, dan dapat pula berupa *perbuatan* yang telah menjadi kebiasaan dalam *ijab* dan *qabul* yang disebut dengan akad *al-mua'thah*. Misalnya di pasar swalayan seseorang mengambil susu kaleng lalu membayar harganya di kasir dengan harga yang tertera pada kaleng tersebut.

Beberapa kaidah *fiqh* yang digunakan para ulama untuk menyatakan keabsahan pengungkapan *shighat* dengan lisan, tulisan, dan isyarat adalah *Al-Kitabu Ka al-Khitab*, artinya tulisan itu sama dengan ungkapan lisan, dan *Al-Isyaratu al-Ma'hudah lil akhrasi kal bayani billisani*, artinya isyarat yang jelas dari orang bisu sama dengan penjelasan dengan lisan. Dengan adanya *shighat (ijab-qabul)* ini mewujudkan kesepakatan timbal balik (*mutual assent*) atau adanya “perjumpaan kehendak” diantara para pihak. Hal ini karena esensi dari *shighat* ini adalah terjadinya kerelaan di antara para pihak yang melakukan akad yang dilandasi prinsip kebebasan, persamaan, dan keadilan. Berkenaan dengan *ijab-qabul* ini, timbul pertanyaan mengenai waktu atau saatnya kesepakatan ini

dianggap mengikat atau tercapai. Menurut ulama *fiqh*, sebagaimana dikatakan ulama Hanifah dan juga *jumhur*, secara umum dalam Hukum Islam dapat dikatakan bahwa suatu perjanjian itu sudah dianggap lahir sejak saat tercapainya kata sepakat atau konsensus diantara para pihak (hal mana asas konsensual dalam KUHPerdara). Namun menurut *jumhur* ulama, seperti dikatakan Mustafa Ahmad Zarka, ada perjanjian-perjanjian tertentu yang baru dianggap sempurna (bukan sah) apabila telah dilakukan serah terima objek akad. Yang termasuk akad-akad tersebut adalah apa yang disebut dengan *al-'uqud al-'ainiyyah*. Akad seperti ini ada lima macam, yaitu: 1) *Al-hibah*; 2) *Al-'ariyah* (pinjam-meminjam); 3) *Al-wadi'ah*; 4) *Al-qiradh*; 5) *Ar-rahn* (jaminan utang). Untuk akad-akad seperti ini, menurut para ulama *fiqh* disyaratkan bahwa barang itu harus diserahkan kepada pihak yang berhak dan dikuasai sepenuhnya. Semata-mata *ijab* dan *qabul* dalam kelima macam akad di atas, belum menimbulkan akibat hukum apa pun. Hal ini didasarkan kepada kaidah *la yatimmu al-tabarru' illa bi al-qabdhi*, artinya suatu transaksi yang sifatnya *tabarru'* (kebajikan atau tolong-menolong) dianggap tidak sempurna, kecuali apabila objek transaksi tersebut telah diserahkan dan dikuasai oleh pihak yang menerima.

Jenis transaksi yang disebut Zarka tersebut merupakan transaksi bersifat *tabarru'* (kebajikan atau tolong-menolong) atau dalam KUH Perdata disebut perjanjian cuma-cuma atau perjanjian atas beban. Meskipun demikian para ulama abad pertengahan belum membicarakan secara tertentu berkaitan dengan bentuk *lavering* (penyerahan hak kepemilikan). Hal ini karena boleh jadi pembahasan *shighat* objeknya tidak hanya sebatas harta benda (*'ayn* atau *real asset*), tetapi mencakup yang subjektif dan abstrak seperti pernikahan dan pengambilan manfaat. Apabila mengacu pada kaidah *ushul fiqh* lainnya, seperti *Mala yatimmul Wajib Illa bihi Fahua Wajib*” sesuatu yang wajib (transaksi) tidak akan sempurna kecuali dengan adanya sarana lain (penyerahan secara formal)” maka sarana tersebut menjadi wajib. Oleh karenanya, adanya *levering* yang dituangkan dalam “perjanjian” tersendiri dapat dibenarkan menurut Hukum Islam.

Berdasarkan hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa kesepakatan itu terjadi apabila adanya kesesuaian pernyataan dari yang berkehendak (*ijab*) dengan pihak yang menerimanya (*qabul*). Mengingat kehendak itu sesuatu yang abstrak, maka untuk mewujudkannya dengan dituangkan

dalam bentuk tulisan, lisan, isyarat, maupun bentuk lain yang secara adat dapat diterima sebagai ungkapan kehendak.

Pada dasarnya, cara yang paling banyak dilakukan oleh para pihak, yaitu dengan bahasa yang sempurna secara lisan dan secara tertulis. Tujuan pembuatan perjanjian secara tertulis adalah agar memberikan kepastian hukum bagi para pihak dan sebagai alat bukti yang sempurna, di kala timbul sengketa di kemudian hari.¹

Dalam hukum Islam kesepakatan biasanya diekspresikan dengan kata Ijab dan Kabul (*Sighat al-'Aqd*) adalah suatu ungkapan para pihak yang melakukan akad berupa ijab dan kabul. Ijab adalah suatu pernyataan janji atau penawaran dari pihak pertama untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Kabul adalah suatu pernyataan menerima dari pihak kedua atas penawaran yang dilakukan oleh pihak pertama.²

Para ulama fiqih mensyaratkan tiga hal dalam melakukan ijab qabul agar memiliki akibat hukum, yaitu sebagai berikut:

- a. *Jala'ulma'na*, yaitu tujuan yang terkandung dalam pernyataan itu jelas, sehingga dapat dipahami jenis akad yang dikehendaki;
- b. *Tawafuq*, yaitu adanya kesesuaian antara ijab dan qabul;
- c. *Jazmul iradaini*, yaitu antara ijab dan qabul menunjukkan kehendak para pihak secara pasti, tidak ada keraguan sedikitpun, tidak berada dibawah tekanan dan tidak berada dalam keadaan terpaksa.³

Ijab dan kabul dapat dilakukan dengan empat cara, yaitu:

- a. *Lisan*. Para pihak mengungkapkan kehendaknya dalam bentuk perikatan secara jelas.
- b. *Tulisan*. Hal ini dapat dilakukan oleh para pihak yang tidak dapat bertemu langsung dalam melakukan perikatan, atau untuk perikatan yang sifatnya lebih sulit, seperti perikatan yang dilakukan oleh badan hukum.
- c. *Isyarat*. Suatu perikatan dapat puladilakukan oleh orang cacat. Apabila cacatnya adalah berupa tunawicara, maka dimungkinkan akad dilakukan dengan isyarat.

¹Salim H.S., *Op.Cit*, hlm. 24.

²*Ibid*, hlm. 69

³Faturrahman Djamil, *Hukum Perjanjian Syariah dalam Kompilasi Hukum Perikatan*. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 253.

- d. *Perbuatan*. Adanya perbuatan memberi dan menerima dari para pihak yang telah saling memahami perbuatan perikatan tersebut dan segala akibat hukumnya.⁴

Baik dalam KUH Perdata maupun Hukum Islam, kesepakatan merupakan faktor esensial yang menjaiwi terbentuknya kontrak/perjanjian kesepakatan biasanya diekspresikan dengan “setuju” atau “ijab- kabul” (dalam hukum Islam), disertai pembubuhan tanda tangan sebagai bukti persetujuan atas segala hal yang tercantum dalam kontrak/ Perjanjian (KUH Perdata). Ada 5 (lima) cara terjadinya persesuaian pernyataan kehendak, yaitu dengan:

- a. Bahasa yang sempurna dan tertulis;
- b. Bahasa yang sempurna secara lisan;
- c. Bahasa yang tidak sempurna asal diterima pihak lawan;
- d. Bahasa isyarat kausal dapat diterima oleh pihak lawannya;
- e. Diam atau membisu, tetapi asal dipahami atau diterima pihak lawan.⁵

Terdapat persamaan mengenai syarat sahnya suatu perjanjian baik dalam KUH Perdata maupun Hukum Islam suatu kesepakatan dinyatakan tidak sah, apabila kesepakatan yang dicapai tersebut terjadi karena kekhilafan atau dibuat dengan suatu tindakan pemaksaan atau penipuan.

Perbedaan antara hukum islam dan KUH Perdata adalah mengenai pernyataan kehendak banyak dilakukan oleh para pihak, yaitu dengan bahasa yang sempurna secara lisan dan secara tertulis. Tujuan pembuatan perjanjian secara tertulis adalah agar memberikan kepastian hukum bagi para pihak dan sebagai alat bukti yang sempurna, di kala timbul sengketa di kemudian hari. Sedangkan dalam hukum Islam kesepakatan biasanya diekspresikan dengan kata Ijab dan Kabul (*Sighat al-'Aqd*). Tiga hal dalam melakukan ijab qabul agar memiliki akibat hukum, diantaranya tujuan yang terkandung dalam pernyataan itu jelas, adanya kesesuaian antara ijab dan *qabul*, disamping kedua syarat yang telah disebutkan, antara ijab dan qabul juga harus menunjukkan

⁴Ahmad Azhar Basyir, *Asas-asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*. Edisi Revisi.: UII Press, Yogyakarta, 2000, hlm. 68-69.

⁵Sudikno Mertokusumo, *Rangkuman Kuliah Hukum Perdata*, Fakultas Pascasarjana, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 1987, hlm. 7.

kehendak para pihak secara pasti, tidak ada keraguan sedikitpun, tidak berada dibawah tekanan dan tidak berada dalam keadaan terpaksa.⁶

2. Subjek Akad (*Al-'aqid*)

Ijab dan *qabul* yang telah dibicarakan, tidak mungkin terwujud tanpa adanya pihak-pihak yang melakukan akad. Oleh karena itu, pihak-pihak yang melakukan akad merupakan faktor utama pembentukan suatu perjanjian. Cakupan subjek akad ini, *fiqh* pada awalnya lebih menunjukkan kepada perseorangan dan tidak dalam bentuk badan hukum. Namun sesuai dengan perkembangan, subjek akad ini tidak saja berupa orang perseorangan (*al-ahwal al-syakhsiyyah/natuurlijk person*), tetapi juga berbentuk badan hukum (*al-syakhsiyyah al-i'tibariyyah* atau *al-syakshiyyah al-hukmiyyah/rechpersoon*). Menurut *fiqh*, dalam subjek akad perorangan, tidak semua orang dipandang cakap mengadakan akad. Ada yang sama sekali dipandang tidak cakap, ada yang dipandang cakap mengenai sebagian tindakan dan tidak cakap sebagian lainnya, dan ada pula yang dipandang cakap melakukan segala macam tindakan.

Berkaitan dengan kecakapan orang yang melakukan akad ini, para *fuqaha* membahasnya pada dua hal pokok, *pertama, ahliyyatul ada'* (*kecakapan hukum*). *Ahliyyah* ini terbagi kepada dua macam lagi, yaitu *ahliyyatul wujud* dan *ahliyyatul ada'*. *ahliyyatul wujud* adalah kecakapan menerima kecakapan bertindak hukum (kecakapan hukum secara pasif), sedangkan *ahliyyatul ada'* adalah kecakapan bertindak hukum (kecakapan hukum aktif). Masing-masing dari dua kecakapan tersebut dibedakan menjadi kecakapan tidak sempurna dan sebagai berikut.

- 1) *Ahliyyatul wujub an-nasiqishah*, yang dimiliki subjek hukum berada dalam kandungan ibu.
- 2) *Ahliyyatul wujub al-kamilah*, yang dimiliki subjek hukum sejak lahir hingga meninggal (menjelang dewasa).
- 3) *Ahliyyatul ada' an-naqishah*, yang dimiliki subjek hukum ketika berada dalam usia tamyiz.
- 4) *Ahliyyatul ada' al-kamilah*, yang dimiliki subjek hukum sejak menginjak dewasa hingga meninggal.

⁶Novi Ratna Sari, *Komparasi Syarat Sah Nya Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Hukum Islam*, Jurnal Repertorium Volume IV No. 2 Juli - Desember 2017.

Dari bermacam-macam *ahliyyah* tersebut, maka yang sesuai dengan konteks pembicaraan kelayakan melakukan akad ini adalah *ahliyyatul ada'*. *Ahliyyatul ada'* yaitu kelayakan seseorang untuk memenuhi kewajiban yang ditetapkan syara' atau orang yang layak dengan sendirinya dapat melakukan berbagai akad, di mana seseorang tersebut layak mendapat ketetapan untuk menerima hak dan kewajiban, serta tindakan-tindakan sesuai dengan perjanjian yang dibuatnya yang dibenarkan oleh syara'. Di samping juga terbebas dari kemungkinan terhalangnya kelayakan tersebut (*'awaridhul ahliyah*). Penentuan kelayakan ini, para *fuqaha* sering hanya menyebutkan *mukallaf*, yaitu akil balig, berakal sehat, dan cakap hukum. Adapun batasan umur *mukallaf* tersebut biasanya diserahkan kepada tradisi di masyarakat (*'urf*) atau peraturan perundang-undangan. Sedangkan yang *kedua*, yaitu *al-wilayah* (perwalian). *Kata al-wilayah* ini berarti adanya kewenangan atau kekuasaan yang diberikan oleh syara' atau undang-undang kepada seseorang untuk melakukan tindakan suatu akad, yang mempunyai akibat-akibat hukum. Kewenangan perwalian ini terdapat dalam beberapa bentuk, ada yang disebut *niyabah ashliyah*, yaitu seseorang yang mempunyai kecakapan sempurna dan melakukan tindakan hukum untuk kepentingan dirinya sendiri. Ada juga yang disebut dengan *niyabah al-syar'iyah* atau *wilayah niyabiyah*, yaitu kewenangan atau kekuasaan yang diberikan kepada pihak lain yang mempunyai kecakapan sempurna untuk melakukan tindakan hukum atas nama orang lain. Bentuk kedua ini, baik karena *ikhhtiyariyah* (memilih menentukan sendiri) atau berdasarkan *ijbariyah* (keputusan tetap hakim untuk menunjuk seseorang melakukan perwalian terhadap pihak-pihak yang mengharuskan adanya perwalian, atau pihak lain sebagai wakil atas namanya berdasarkan ketetapan/keputusan hakim).

Perbedaan antara *ahliyatul ada'* dan *al-wilayah*, antara lain *ahliyatul ada'* adalah kepantasan seseorang untuk berhubungan dengan akad, sedangkan *al-wilayah* adalah kepantasan seseorang untuk melaksanakan akad. Misalnya, seseorang dinilai dapat berhubungan dengan akad apabila orang tersebut telah dewasa, sedang yang belum dewasa (anak-anak), ia dapat melaksanakan akad, namun kepada hal-hal yang terbatas sesuai kebiasaan (*'urf*) atau akad tersebut diwakilkan kepada walinya atas nama anak-anak tersebut.

Dalam hal berkaitan dengan perwalian (*al-wilayah*), maka wali harus memenuhi syarat berikut.

- 1) Mempunyai kecakapan untuk menjalankan tugas secara sempurna;
- 2) Persamaan pandangan (agama) antara wali dan yang diwakilkan;
- 3) *'adalah*, dalam artian memiliki keteguhan dalam menjalankan agama.
- 4) Amanah, dapat dipercaya;
- 5) Menjaga kepentingan orang yang berada dalam perwaliannya.

Berkaitan dengan kapasitas dari orang yang mengadakan akad, apabila mengacu kepada peraturan perundang-undangan di Indonesia, ia bisa bertindak:

- 1) Untuk dirinya sendiri;
- 2) Selaku kuasa (yang harus dilengkapi dengan surat kuasa);
- 3) Sebagai wali dari seorang anak yang belum cakap untuk bertindak sendiri karena masih di bawah umur (*minderharig* atau *underage*);
- 4) Sebagai pengampu dari seorang yang tidak bisa bertindak sendiri secara hukum (*under curatele*) karena kesehatan atau sakit;
- 5) Dereksi bertindak mewakili suatu perseorangan terbatas;
- 6) Menteri bertindak mewakili pemerintah Republik Indonesia;
- 7) Bertindak dengan bantuan atau persetujuan, misalnya suami/istri jika menjual atau menjaminkan asetnya harus dengan persetujuan pasangannya (apabila tidak ada perjanjian kawin pisah harta) dan direksi suatu perseroan terbatas untuk tindakan tertentu memerlukan persetujuan komisaris atau RUPS.

Setiap orang dan badan hukum (*legal entity*) adalah subjek hukum, namun KUH Perdata membatasi subjek hukum yang dapat menjadi pihak dalam kontrak/perjanjian. Untuk itu kita perlu mengetahui siapa saja yang menurut hukum tidak cakap atau tidak mempunyai kedudukan hukum untuk membuat perjanjian. Berikut adalah pihak-pihak yang tidak cakap secara hukum untuk membuat kontrak:

- a. Orang yang belum dewasa, yaitu orang yang belum berumur 21 tahun;
- b. Orang-orang yang ditaruh dibawah pengampuan, misalnya: anak-anak, orang yang pikirannya kurang sehat atau mengalami gangguan mental;

- c. Semua pihak yang menurut undang-undang yang berlaku tidak cakap atau dibatasi kecakapannya untuk membuat perjanjian, misalnya; istri dalam melakukan perjanjian untuk transaksi-transaksi tertentu harus mendapatkan persetujuan suami.

Ukuran kedewasaan adalah telah berumur 21 tahun dan atau sudah kawin. Orang yang tidak berwenang, untuk melakukan perbuatan hukum:

- a. Anak di bawah umur (*minderjarigheid*);
- b. Orang yang ditaruh di bawah pengampuan; dan
- c. Istri (Pasal 1330 KUH Perdata). Akan tetapi dalam perkembangannya istri dapat melakukan perbuatan hukum, sebagaimana yang diatur dalam Pasal 31 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) No. 3 Tahun 1963.⁷

Dalam hukum Islam, dari segi kecakapan untuk melakukan akad, manusia dapat terbagi atas tiga bentuk:

- a. Manusia yang tidak dapat melakukan akad apa pun, seperti manusia yang cacat jiwa, cacat mental, anak kecil yang belum *mumayyiz*.
- b. Manusia yang dapat melakukan akad tertentu, seperti anak yang sudah *mumayyiz*, tetapi belum mencapai baligh.
- c. Manusia yang dapat melakukan seluruh akad, yaitu untuk yang telah memenuhi syarat-syarat *mukallaf*.

Selain dilihat dari tahapan kedewasaan seseorang dalam suatu akad, kondisi psikologis juga perlu diperhatikan untuk sahnya suatu akad. Adapun syarat-syarat subjek akad adalah sebagai berikut:

- a. Aqil (berakal);

Orang yang bertransaksi haruslah berakal sehat, bukan orang gila, terganggu akalnya, ataupun kurang akalnya karena masih dibawah umur, sehingga dapat mempertanggungjawabkan transaksi yang dibuatnya. Orang yang bertransaksi harus dalam

⁷Salim H.S., *Perkembangan Hukum Kontrak di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hlm. 24.

keadaan dapat membedakan yang baik dan yang buruk, sebagai pertanda kesadarannya sewaktu bertransaksi.

b. *Mukhtar* (bebas dari paksaan)

Syarat ini didasarkan oleh ketentuan QS. An-Nisaa (4): 29 dan Hadits Nabi SAW yang mengemukakan prinsip *an-taradhin* (rela-sama rela). Hal ini berarti para pihak harus bebas dalam bertransaksi, lepas dari paksaan, dan tekanan.⁸

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa syarat-syarat yang harus dipenuhi sebagai mukallaf adalah sebagai berikut:

- a. *Baligh*. Ukuran baligh seseorang adalah telah bermimpi (*ihtilam*) bagi laki-laki dan telah haid bagi perempuan. Terhadap orang yang sudah baligh dan dapat dibebani hukum taklif sudah dapat bertindak hukum karena sudah berakal dan memiliki kecakapan bertindak hukum secara sempurna.
- b. Berakal sehat. Seseorang yang melakukan perikatan harus memiliki akal yang sehat, sehingga dapat memahami segala perbuatan hukum yang dilakukan dan akibat hukum terhadap dirinya maupun orang lain.

Dasar dari kepatutan itu ialah “berakal” dan karenanya kecakapan ini ada yang tidak sempurna dan ada yang sempurna. Dengan demikian, kandungan pasal 1320 ayat (1) KUH Perdata Indonesia selaras dengan prinsip hukum Islam.

Dalam KUH Perdata ukuran kedewasaan adalah telah berumur 21 tahun dan atau sudah kawin, sedangkan dalam hukum Islam adalah baligh di mana seseorang telah bermimpi (*ihtilam*) bagi laki-laki dan telah haid bagi perempuan. Baligh juga dapat diukur dari usia seseorang, seperti yang tercantum dalam Hadits Ibnu Umar yaitu 15 Tahun.⁹

3. Objek Akad (*Mahal Al-'Aqd/Al-Ma'qud Alaih*)

Mahal aqd adalah objek akad atau benda-benda yang dijadikan akad yang bentuknya tampak dan membekas. Objek akad ini tidak semata

⁸Hamzah Ya'cub, *Kode Etik Dagang Menurut Islam Pola Pembinaan Hidup dalam Berekonomi*. CV Diponegoro, Bandung, 1984, hlm. 79.

⁹Novi Ratna Sari, *Komparasi Syarat Sah Nya Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Dan Hukum Islam*, Jurnal Repertorium Volume IV No. 2 Juli - Desember 2017.

“suatu benda” yang bersifat material (*ayn/real asset*), tetapi juga bersifat subjektif dan abstrak. Dengan demikian, objek akad tersebut dapat berbentuk harta benda, seperti barang dagangan; benda bukan harta, seperti dalam akad pernikahan; dapat berbentuk suatu kemanfaatan, seperti dalam upah-mengupah, serta tanggungan atau kewajiban (*dayn/debt*), jaminan (*tawsiq/suretyship*), dan agensi/kuasa (*itlaq*). Oleh karena itu, objek akad bermacam-macam sesuai dengan bentuknya. Dalam akad jual beli, objeknya adalah barang yang diperjual belikan dan harganya. Dalam akad gadai, objeknya adalah barang gadai dan utang yang diperolehnya. Dalam akad sewa-menyewa, objeknya adalah manfaat yang disewa, seperti tenaga manusia, rumah, dan tanah. Dalam perjanjian bagi hasil, objeknya adalah kerja petani/pedagang/pengusaha dan hasil yang akan diperoleh, dan selanjutnya. Dengan kata lain, objek akad ini sering disebut dengan prestasi, yaitu apa yang menjadi kewajiban dari satu pihak dan apa yang menjadi hak bagi hak lain. Prestasi ini bisa berupa perbuatan positif maupun negatif. Bentuknya dapat berupa memberikan sesuatu, berbuat sesuatu, atau tidak berbuat sesuatu (Pasal 1234 KUH Perdata).

Prinsip umum dari objek akad ini adalah terbebas dari *gharar* dan hal-hal yang dilarang oleh syara’ (*nash/undang-undang*). Untuk terbebas dari *gharar*, para *fuqaha* telah memberikan beberapa syarat yang mestinya dipenuhi pada saat kontrak tersebut hendak dibuat. Syarat tersebut biasanya disebut dengan sahnya akad (*syarth sihah*). Di antara syarat tersebut ialah *pertama*, objek mesti dikenal pasti dan diketahui tentang sifat, jenis, jumlah dan jangka waktu (*ma’lum al-sifah, wal nau’, wal qadr wal ajal*); *kedua*, dapat diserahkan pada waktu akad (*qudrah ‘ala taslim*); dan *ketiga* dimiliki secara sah (*milk al-tam*). Berikut ini penjelasan syarat-syarat tersebut, yang diurutkan menjadi 4 (empat) bagian penting, yaitu sebagai berikut.

1) *Telah ada pada waktu akad diadakan*

Objek akad harus telah ada (wujud) pada waktu akad diadakan. Barang yang belum wujud, mungkin tidak wujud, dan tidak mungkin wujud pada waktu yang akan datang, tidak dapat menjadi objek akad menurut pendapat kebanyakan *fuqaha*, sebab hukum dan akibat akad tidak mungkin bergantung pada sesuatu yang belum wujud. Meskipun demikian, ada pengecualian dari ketentuan umum tersebut, seperti akad *salam* (pesan barang dengan pembayaran

harga sebagian atau seluruhnya lebih dulu), dan *ijarah/leasing* (sewa-menyewa), atau juga dalam bentuk bagi hasil (*mudharabah*), di mana objek akad cukup diperkirakan akan wujud pada masa yang akan datang. Pengecualian tersebut didasarkan pada prinsip *istihsan* untuk menjaga dan memenuhi kebutuhan manusia dan tidak bertentangan dengan syara'.

2) *Dibenarkan oleh nash*

Para *fuqaha* sepakat bahwa sesuatu yang tidak memenuhi syarat objek akan tidak dapat menjadi objek akad. Misalnya, dalam akad jual beli barang yang diperjualbelikan harus merupakan benda, dimiliki, dan bernilai bagi pihak-pihak yang mengadakan akad. Minuman keras bukan benda bernilai bagi kaum muslimin. Oleh karena itu, minuman keras tidak memenuhi syarat menjadi objek akad jual beli antara pihak-pihak yang keduanya atau salah satunya beragama Islam. Tidak memenuhi kriteria ini akad tersebut dinilai batal. Di samping itu, menurut syafi'iyah dan Malikiyah bahwa objek akad harus suci, tidak najis dan *mutanajis* (terkrna najis). Dengan kata lain, objek akad adalah segala suatu yang suci, yakni yang dapat dimanfaatkan menurut syara'. Oleh karena itu, anjing, bangkai, dan lain-lain, tidak boleh diperjualbelikan. Ulama Hanifah tidak menetapkan syarat di atas. Oleh karena itu, mereka membolehkan menjual bulu binatang atau kulit bangkai untuk dimanfaatkan. Objek akad yang mereka larang adalah hanya jelas-jelas dilarang syara, seperti babi, khmar (minuman keras), dan bangkai.

3) *Dapat diketahui dan ditentukan oleh para pihak yang berakad*

Objek akad harus dapat ditentukan dan diketahui oleh dua belah pihak yang melakukan akad. Ketidakjelasan objek akad mudah menimbulkan sengketa dikemudian hari, sehingga tidak memenuhi syarat menjadi objek akad. Terdapat 4 (empat) aspek yang perlu diperhatikan, yaitu sifat, jenis, jumlah, dan jangka waktu. Keempat aspek ini perlu jelas supaya objeknya diketahui oleh pihak penerima. Jika kejelasan objek ini tidak memadai, maka akad tersebut dapat dibatalkan atau sekurang-kurangnya akad tersebut (*fasid*) karena ada unsur *jahalalah* dan *gharar*. Syarat ini, menurut sebagian ulama, hanya merupakan bentuk luar dari objek akad, sehingga tidak sampai membatalkan secara otomatis suatu kontrak

secara *de faktor*. Sebagian ulama mencoba membenarkan keadaan ini dengan beberapa pertimbangan. Misalnya, Mazhab Hanafi, membenarkan kontrak yang tidak terang jumlah dan spesifikasinya dengan syarat si penerima mempunyai hak opsi di bawah prosedur *khiyar ru'yah* dan *khiyar ta'win*. Prosedur ini member hak kepada pihak penerima untuk membuat pilihan meneruskan persetujuan yang telah diperoleh atau membatalkannya. Dengan demikian, objek yang diperjanjikan yang tidak diterangkan mengenai spesifikasinya boleh ditentukan apabila pihak penerima melihat atau menerima objek tersebut. Kecacatan terhadap objek dari sudut spesifikasi ini dapat dibenarkan dengan menggunakan prosedur-prosedur di atas. Meskipun demikian, sekalipun tidak membatalkan kontrak, kondisi ketidakjelasan objek ini biasanya dapat berpengaruh kepada harga diri yang disepakati di awal. Misalnya, dalam kontrak *istijrar*, harga barang tersebut ditentukan kepada transaksi yang dibuat pada masa lalu.

4) *Dapat diserahkan pada waktu akad terjadi*

Objek akad harus dapat diserahkan pada waktu akad terjadi, tetapi hal ini tidak berarti harus dapat diserahkan seketika. Objek akad boleh diserahkan belakangan sesuai kesepakatan, namun harus dipastikan bahwa objek akad tersebut benar-benar dimiliki dan berada dalam penguasaannya secara sempurna. Pada saat objek tersebut belum atau tidak dimiliki secara sempurna, misalnya ikan di laut, burung di udara, dan binatang yang masih berkeliaran di hutan, maka objek tersebut, sekalipun benar-benar ada, tetap tidak memenuhi syarat untuk menjadi objek akad. Hal itu karena dianggap sebagai *gharar*.

Mengenai objek perjanjian dalam KUH Perdata berbagai literatur disebutkan bahwa yang menjadi objek perjanjian adalah prestasi (pokok perjanjian). Prestasi adalah apa yang menjadi kewajiban debitur dan apa yang menjadi hak kreditor.¹⁰

Prestasi ini terdiri dari perbuatan positif dan negatif. Prestasi terdiri atas:

¹⁰Yahya Harahap, Yahya Harahap, *Segi-Segi Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 10.

- a. Memberikan sesuatu;
- b. Berbuat sesuatu;
- c. Tidak berbuat sesuatu (Pasal 1234 KUH Perdata).

Prestasi itu harus dapat ditentukan, dibolehkan, dimungkinkan, dan dapat dinilai dengan uang. Dapat ditentukan artinya, dalam mengadakan perjanjian, isi perjanjian harus dipastikan dalam arti dapat ditentukan secara cukup.¹¹

Dalam hukum Islam *Amahalul' Aqad* adalah sesuatu yang dijadikan objek akad dan dikenakan padanya akibat hukum yang ditimbulkan. Syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam *mahallul 'aqd* adalah sebagai berikut:

- a. Objek perikatan telah ada ketika akad dilangsungkan. Suatu perikatan yang objeknya tidak ada adalah batal, seperti menjual anak hewan yang masih di dalam perut induknya atau menjual tanaman sebelum tumbuh. Alasannya, bahwa sebab hukum dan akibat akad tidak mungkin bergantung pada sesuatu yang belum ada.
- b. Objek perikatan dibenarkan oleh syariah Pada dasarnya, benda-benda yang menjadi objek perikatan haruslah memiliki nilai dan manfaat bagi manusia. Ahmad Azhar Basyir berpendapat bahwa, benda yang bukan milik seseorang tidak boleh dijadikan objek perikatan. Hal ini tidak dibenarkan dalam syariah.¹²
- c. Objek akad harus jelas dan dikenali. Suatu benda yang menjadi objek perikatan harus memiliki kejelasan dan diketahui oleh *'aqid*. Hal ini bertujuan agar tidak terjadi kesalahpahaman di antara para pihak yang dapat menimbulkan sengketa. Jika objek tersebut berupa benda, maka benda tersebut harus jelas bentuk, fungsi, dan keadannya.
- d. Objek dapat diserahkan. Benda yang menjadi objek perikatan dapat diserahkan pada saat akad terjadi, atau pada waktu yang telah disepakati

¹¹Salim H.S., *Op.Cit*, hlm. 24.

¹²Ahmad Azhar Basyir, *Op.Cit*, hlm. 80.

Objek perjanjian baik dalam KUH Perdata dan Hukum Islam mewajibkan setiap kontrak/perjanjian harus mengenai sesuatu hal sebagai objek hukum. Sedangkan perbedaan antara KUH Perdata dengan hukum Islam dari berbagai literatur disebutkan bahwa yang menjadi objek perjanjian adalah prestasi (pokok perjanjian) yang harus dapat ditentukan, dibolehkan, dimungkinkan, dan dapat dinilai dengan uang. Dapat ditentukan artinya, dalam mengadakan perjanjian, isi perjanjian harus dipastikan dalam arti dapat ditentukan secara cukup. Sedangkan dalam hukum Islam sesuatu yang dijadikan objek akad (*Mahallul 'Aqd*) objek perikatan telah ada ketika akad dilangsungkan, dibenarkan oleh syariah, objek harus jelas dikenali, serta objek harus dapat diserahterimakan.¹³

4. Tujuan Akad (*Maudhu'ul aqdi*)

Maudhu 'ul 'Aqdi adalah tujuan dan hukum suatu akad disyaratkan untuk tujuan tersebut. Dalam hukum Islam, tujuan akad ditentukan oleh Allah Allah Swt. dalam Al-Qur'an dan Nabi Muhammad SAW dalam Hadits.¹⁴ Ahmad Azhar Basyir menentukan syarat- syarat yang harus dipenuhi agar suatu tujuan akad dipandang sah dan mempunyai akibat hukum, yaitu sebagai berikut:

- a. Tujuan akad tidak merupakan kewajiban yang telah ada atas pihak-pihak yang bersangkutan tanpa akad yang diadakan;
- b. Tujuan harus berlangsung adanya hingga berakhirnya pelaksanaan akad;
- c. Tujuan akad harus dibenarkan syara'.¹⁵

Perjanjian menuntut adanya itikad baik dari para pihak dalam membuat kontrak/perjanjian, oleh karena itu kontrak/perjanjian yang disebabkan oleh sesuatu yang tidak halal, misalnya karena paksaan atau tipu muslihat tidak memenuhi syarat, baik dalam KUH Perdata maupun Hukum Islam. Kausa perjanjian jual beli bukan terikatnya

¹³Novi Ratna Sari, *Komparasi Syarat Sah Nya Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Dan Hukum Islam*, Jurnal Repertorium Volume IV No. 2 Juli - Desember 2017.

¹⁴Faturrahman Djamil, *Hukum Perjanjian Syariah dalam Kompilasi Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 257.

¹⁵Ahmad Azhar Basyir, *Loc.Cit*, hlm. 99-100.

penjual untuk menyerahkan barangnya setelah pembeli menyerahkan uangnya, seperti yang selama ini difahami dari hukum Barat, melainkan pemindahan hak milik dengan imbalan berdasarkan hukum syariat.¹⁶

Tujuan akad merupakan salah satu bagian penting dari rukun akad. Yang dimaksud dengan *maudhu'ul aqd* adalah *almaqshudul ashliy alladzi syaraa'a al'aqdu min ajlih* (tujuan utama kenapa ditentukan adanya akad). Dalam hukum positif yang menentukan tujuan ini adalah undang-undang itu sendiri, sedangkan dalam syariah Islam, yang menentukan tujuan akad adalah yang memberikan syara' (*al-syari'*), yaitu Allah Swt. Jadi, Tuhanlah yang menentukan tujuan dari setiap perjanjian yang dibuat. Tujuan perjanjian adalah satu, meskipun beraneka ragam jenis dan bentuknya sesuai dengan bermacam-macam jenis dan bentuk akad. Misalnya, dalam jual beli tujuannya adalah pemindahan hak milik dari suatu barang dengan imbalan tertentu. Dalam sewa-menyewa, tujuannya adalah member manfaat atau faedah dari barang yang disewakan. Dalam perkawinan tujuannya adalah menghalalkan *bertamattu'* (berhubungan) antara suami istri.

Tujuan setiap akad menurut ulam *fiqh*, hanya diketahui melalui syara' dan harus sejalan dengan kehendak syara'. Atas dasar itu, seluruh akad yang mempunyai tujuan atau akibat hukum yang tidak sejalan dengan syara' hukumnya tidak sah, seperti berbagai akad yang dilangsungkan dalam rangka menghalalkan riba (*bai' al-'inah*), menjual yang diharamkan syara' seperti khamar (*bai' al-'nap li'ashiril khamri*), zawajul muhalil (perkawinan *muhallil*), atau tujuan untuk melakukan tindak pidana (*jinayah*) seperti untuk pembunuhan, penipuan, pelacuran, dan sejenisnya. Bahkan kontrak yang akan menimbulkan pelanggaran terhadap nilai-nilai moral atau kepatutan dan ketertiban umum juga bukan menjadi tujuan dari akad yang dibenarkan. Begitu juga larangan terhadap akad yang bertujuan untuk melakukan diskriminasi, monopolistic, dan penindasan. Tujuan akad memperoleh tempat penting untuk menentukan apakah suatu akad dipandang sah atau tidak. Tujuan ini berkaitan dengan motivasi atau niat seseorang melakukan akad.

¹⁶Novi Ratna Sari, *Komparasi Syarat Sah Nya Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Dan Hukum Islam*, Jurnal Repertorium Volume IV No. 2 Juli - Desember 2017.

Dalam kaidah Hukum Islam dikenal suatu asas, yaitu “segala sesuatu dipertimbangkan menurut tujuannya’ (*al-umuru bi maqashidiha*)”. Dengan demikian, secara ringkas suatu akad mesti mempunyai tujuan, dan tujuan tersebut mestilah dibenarkan syara’. Keperluan tujuan di dalam akad ini banyak terkait dengan kerelaan dan kebebasan melakukan akad dan aspek subjektif dari para pihak yang melakukan akad. Misalnya, untuk terjadinya kerelaan dalam akad, maka segala sesuatu yang akan menimbulkan kecacatan kehendak dan kerelaan menjadi perhatian dalam *fiqh*. Di antara yang termasuk cacat kehendak dan kerelaan (*‘uyubul iradah au ‘uyubul al-ridha*), yaitu terpaksa (*al-ikrah*), kesalahan (*al-ghalat*), penipuan (*al-tadlis* atau *al-taghrir*), tidak adil, dan menipu (*ghaban*). Semua kecacatan tersebut merupakan hal-hal yang dapat merusak atau membatalkan akad yang dibuat.

Sebagai perbandingan, dari rukun akad di atas, secara umum memiliki kesamaan dengan ketentuan mengenai syarat sahnya perjanjian dalam KUH Perdata. Pasal 1320 KUH Perdata menetapkan syarat sahnya perjanjian, yaitu:

1. Sepakat mereka yang mengingatkannya;
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
3. Suatu hal tertentu, dan
4. Suatu sebab yang halal.

Yang dimaksud dengan *sepakat mereka yang mengingatkan diri* adalah bahwa apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu disetujui atau disepakati oleh pihak lain. Tidak ada kesepakatan apabila suatu perjanjian diberikan karena kekhilafan (*dwaling*), karena adanya paksaan (*dwang*), atau penipuan (*bedrog*).

Mengenai kecakapan, pada dasarnya setiap orang adalah cakap untuk membuat perikatan-perikatan, jika ia oleh undang-undang tidak dinyatakan tak cakap (Pasal 1329 KUH Perdata). Tak cakupannya seseorang untuk membuat suatu perjanjian adalah (a) orang yang belum dewasa, (b) mereka yang ditaruh di bawah pengampuan, (c) orang-orang perempuan, dalam hal-hal yang ditetapkan oleh undang-undang, dan pada umumnya semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat perjanjian-perjanjian tertentu (Pasal 1330 KUH Perdata).

Menurut ketentuan Pasal 330 KHU Perdata, *orang belum dewasa* adalah mereka yang belum mencapai umur genap *dua puluh satu tahun*, dan tidak lebih dahulu telah menikah. Anak yang belum dewasa harus diwakili oleh orang tuanya. Hal tertentu yaitu hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja dapat menjadi pokok suatu perjanjian (Pasal 1332 KUH Perdata). Sementara itu, suatu sebab (*oorzaak*) yang halal (legal) maksudnya apa yang menjadi tujuan bersama atau apa yang dikerjakan para pihak yang mengadakan perjanjian tersebut bukan hal yang dilarang oleh undang-undang, tidak bertentangan dengan ketertiban umum, dan tidak melanggar kesusilaan. Suatu perjanjian tanpa sebab atau yang telah dibuat karena sesuatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan (Pasal 1335 KUH Perdata). Suatu sebab adalah terlarang apabila dilarang oleh undang-undang atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum (Pasal 1337 KUH Perdata).

Syarat nomor 1 dan 2 merupakan ‘syarat objektif’, sedangkan syarat nomor 3 dan nomor 4 disebut “syarat subjektif”. Dari empat syarat di atas, apabila tidak dipenuhi rukun tersebut berupa syarat subjektif maka perjanjian dapat dibatalkan. Apabila tidak terpenuhi rukun tersebut mengenai syarat objektif maka perjanjian tersebut batal demi hukum.

Berdasarkan unsur-unsur akad sebagaimana disebutkan di atas, para *fuqaha* menjelaskan bahwa ada beberapa syarat akad, yaitu syarat terjadinya akad (*syuruth al-in’iqad*), syarat sah (*syuruth al-shihhah*), syarat pelaksanaan (*syuruth an-nafadz*), dan syarat seharusan (*syuruth al-luzum*). Tujuan dari adanya syarat-syarat tersebut adalah untuk menghindari terjadinya perselisihan (*al-munaza’at*) dan terciptanya kemaslahatan bagi para pihak yang melakukan akad, yakni:

a. Syarat Terjadinya Akad (Syuruth Al-In’iqad)

Syarat terjadinya akad adalah segala sesuatu yang disyaratkan untuk terjadinya akad yang sesuai menurut syara’. Apabila tidak memenuhi syarat tersebut akad menjadi batal. Syarat ini terbagi menjadi kepada dua bagian, yaitu yang bersifat umum (*‘ammah*) dan yang bersifat tertentu (*khassah*). Yang dimaksud bersifat umum, yaitu rukun-rukun yang harus ada pada setiap akad, seperti orang yang berakad, objek akad, objek tersebut bermanfaat, dan tidak dilarang oleh syara’. Yang dimaksud bersifat khusus, yaitu syarat-syarat yang harus ada pada sebagian akad dan tidak disyaratkan

pada bagian lainnya, seperti syarat harus adanya saksi pada akad nikah (*'aqd al-jawaz*) dan keharusan penyerahan barang/objek akad pada *al-uqud al'ainiyyah*.

b. Syarat Sah Akad (*yuruth Al-Shihhah*)

Syarat sah akad adalah segala sesuatu yang disyaratkan syara' untuk menjamin keabsahan dampak akad (*litartibi atsartil aqdi*). Apabila dampak akad tersebut tidak dipenuhi, maka akadnya dinilai rusak (*fasid*) dan karenanya dapat dibatalkan. Pada umumnya, setiap akad mempunyai kekhususan masing-masing pada syarat sahnya akad. Namun, menurut ulama Hanafiyah, syarat sahnya akad tersebut apabila akad tersebut terhindar dari enam hal, yaitu: 1) *Al-jahalah* (ketidakjelasan tentang harga, jenis dan spesifikasinya, waktu pembayaran atau lamanya opsi, dan penanggung atau yang bertanggung jawab); 2) *Al-ikrah* (keterpaksaan); 3) *Attauqit* (pembatasan waktu); 4) *Al-gharar* (ada unsur ketidakjelasan atau fiktif); 5) *Al-dharar* (ada unsur kemudharatan); 6) *Al-syarthul fasid* (syarat-syaratnya rusak, seperti pemberian syarat terhadap pembeli untuk menjual kembali barang yang dibelinya tersebut kepada penjual dengan harga yang lebih murah).

c. Syarat Pelaksanaan Akad (*Syuruth An-Nafadz*)

Dalam pelaksanaan akad ada dua syarat, yaitu kepemilikan (*al-milk*) dan kekuasaan/kewenangan (*al-wilayah*). *Kepemilikan* adalah sesuatu yang dimiliki oleh seseorang, sehingga ia bebas melakukan aktivitas dengan apa yang dimilikinya tersebut sesuai dengan aturan syara'. Adapun *keskuasaan/kewenangan* adalah kemampuan seseorang dalam mendayagunakan (*tashar-ruf*) sesuatu yang dimilikinya sesuai dengan ketentuan syara, baik secara langsung oleh dirinya sendiri (*ashliyyah*) mampu sebagai kuasa dari orang lain (*wakil*). Seseorang *fudhuli* (pelaku tanpa kewenangan), seperti menjual barang milik orang lain tanpa izinnya, adalah sah tidakannya, tetapi akibat hukum tindakan itu tidak dapat dilaksanakan karena adanya *maukuf*, yaitu tergantung kepada ratifikasi pemilik barang. Apabila pemilik kemudian mengizinkan, akibat hukum tindakan tersebut dapat dilaksanakan tanpa membuat akad baru.

d. *Syarat Kepastian Hukum (Syuruth Al-Luzum)*

Dasar dalam akad adalah kepastian. Di antara syarat kepastian (*luzum*) adalah terhindarnya diri beberapa opsi (*khiyar*), seperti *khiyar syarat*, *khiyar aib*, dan lainnya. Jika masih terdapat syarat opsi ini dalam transaksi, maka akad tersebut belum memiliki kepastian (*luzum*) dan karenanya transaksi itu dapat menjadi batal.

B. Persamaan dan Perbedaan Hukum Perjanjian Menurut Hukum Perdata Barat, Adat dan Akad Syariah

Dalam perspektif hukum positif (*legal level*), akad sama dengan perjanjian. Padahal hal tersebut berbeda dengan prespektif syariah. Pada syariah level, akad tidak selalu perjanjian. Suatu akad baru dapat dikatakan sebagai perjanjian jika dan hanya jika kesepakatan antara bank syariah dan nasabah terjadi ketika kualitas, kuantitas, harga objek transaksi serta waktu penyerahan telah diketahui. Sementara itu, dalam hal pembiayaan yang berbentuk *line facility*, syariah memandang perjanjian tersebut bukan termasuk akad, melainkan hanya berbentuk *wa'ad (promise)*. Dalam hal ini, akad baru akan terjadi pada setiap saat *dropping* pembiayaan yang diwujudkan dalam bentuk SPRP (Surat Permohonan Realisasi Pembiayaan) dari nasabah dan dijawab oleh bank dalam bentuk Surat Permohonan Realisasi Pembiayaan.¹⁷

Menurut Hukum Perdata Barat/BW Pasal 1313 KUH Perdata Perjanjian adalah Perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Dari peristiwa ini, timbullah suatu hubungan hukum antara dua orang atau lebih yang disebut Perikatan yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban masing-masing pihak. Perjanjian adalah sumber perikatan.

Menurut Hukum Adat, hukum perjanjian pada dasarnya mencakup hukum hutang piutang. Dengan adanya perjanjian, maka suatu pihak berhak untuk menuntut prestasi dan lain pihak berkewajiban untuk memenuhi prestasi. Prestasi tersebut adalah mungkin menyerahkan benda, atau melakukan suatu perbuatan, atau tidak melakukan suatu perbuatan.

¹⁷ Mardani, *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm. 80.

Menurut Hukum Islam, istilah perjanjian dalam hukum Indonesia disebut “akad” dalam hukum Islam. Kata akad berasal dari *al-a’qd*, yang berarti mengikat, menyambung atau menghubungkan (*ar-rabt*). Sebagaimana menurut segi etimologi lain.

Pengertian akad yang dikemukakan para ahli hukum Islam, memiliki kemiripan dengan pengertian perjanjian dalam hukum perdata Barat/BW. Kesamaan pengertian akad menurut hukum Islam dan hukum perdata Barat/BW dapat dilihat dari unsur-unsur yang membentuk akad. *Pertama*, unsur kesamaan kehendak (janji) antara dua pihak atau lebih. Manifestasi kesamaan kehendak dalam hukum Islam disebut *ijab* dan *qabul*, sedangkan dalam hukum perdata termanifestasikan dalam bentuk kata sepakat. *Kedua*, yaitu unsur isi dari janji yang berupa berbuat sesuatu (prestasi), yang merupakan objek dari perjanjian. Berdasarkan hal ini, Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES), mendefinisikan akad mirip dengan pengertian perjanjian dalam hukum perdata, yaitu kesepakatan antara dua pihak atau lebih untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan Tertentu (Pasal 20 KHES). Perjanjian melahirkan perikatan, dan perjanjian menjadi salah satu sumber perikatan (Pasal 1233 KUH Perdata).¹⁸

Menurut Hukum Perdata Barat/BW, unsur-unsur perjanjian ada untuk terjadinya perjanjian, agar perjanjian itu contoh: dalam perjanjian jual beli yang menjadi unsur: 1) Unsur essensialia, yaitu unsur yang mutlak harus ada untuk terjadinya perjanjian agar perjanjian itu sah dan ini merupakan syarat sah perjanjian. Contoh: dalam perjanjian jual beli yang menjadi unsur essensialia adalah para pihak, barang dan harga; 2) Unsur Naturalia, yaitu unsur yang lazim melekat secara khusus dalam perjanjian secara diam-diam. Unsur narturalia secara otomatis ada dalam perjanjian. Contohnya: itikad baik/*good faith*; 3) Unsur Aksidentalialia, yaitu unsur yang harus dimuat atau dinyatakan secara tegas di dalam perjanjian oleh para pihak. Misalnya, jika terjadi perselisihan, para pihak telah menentukan tempat yang di pilih.

Menurut Hukum Islam, adalah 1) *Shighat al-aqad* (pernyataan untuk mengikatkan sehingga dapat menimbulkan akibat hukum. Yaitu harus memenuhi persyaratan berupa telah ada pada waktu akad diadakan,

¹⁸Imron Rosyadi, *Jaminan Kebendaan Berdasarkan Akad Syariah (Aspek Perikatan, Prosedur Pembebanan dan Eksekusi*, Kencana, Depok, 2017, hlm. 3.

dibenarkan oleh syara', dapat ditentukan dan diketahui, serta dapat diserahkan pada waktu akad terjadi. Yaitu harus memenuhi persyaratan berupa telah ada pada waktu akad diadakan, dibenarkan oleh syara', dapat ditentukan dan diketahui, serta dapat diserahkan pada waktu akad terjadi; 2) *Al-Maqud Alaih/ Mahal aal-aqad*, yaitu harus memenuhi persyaratan berupa telah ada pada waktu akad diadakan, dibenarkan oleh syara', dapat ditentukan dan diketahui, serta dapat diserahkan pada waktu akad terjadi; 3) *Al-Muta'qidain/al-'aqidain* (pihak-pihak yang berakad: yaitu harus mempunyai kecakapan melakukan tindakan hukum dalam pengertian telah dewasa dan sehat akalnya, apabila melibatkan anak-anak maka harus diwakili oleh seorang wali yang harus memenuhi persyaratan berupa kecakapan, persamaan agama antara wali dengan yang diwakili, adil, amanah, dan mampu menjaga kepentingan orang yang berada dalam perwaliannya; 4) *Maudhu' al-aqad* (tujuan akad), yaitu harus berlangsung hingga berakhirnya akad dan bertentangan akan berakibat pada ketidakabsahan dari perjanjian yang dibuat.

Menurut hukum adat, pada dasarnya belum ada suatu aturan yang mengatur tentang unsur-unsur dalam perjanjian dalam hukum adat, namun pada dasarnya, unsur hukum perjanjian dalam hukum adat sendiri adalah mencakup kata sepakat antara para pihak untuk melakukan suatu perjanjian. Unsur dalam perjanjian menurut hukum adat: karya budi, gotong royong, tolong menolong, sepakat, serta konkret/tunai

Syarat-syarat sah perjanjian menurut Hukum Perdata, yaitu Diatur dalam pasal 1320 BW, yaitu syarat subjektif (Syarat yang berkenaan dengan subjek perjanjian dan berakibat perjanjian dapat dibatalkan jika tidak memenuhi syarat ini) dan syarat objektif (Syarat yang berkenaan dengan objek perjanjian dan berakibat perjanjian batal demi hukum). Syarat Subjektif terdiri dari: 1) Adanya kesepakatan kehendak: dimaksudkan agar suatu kontrak dianggap sah oleh hukum, kedua belah pihak mesti ada kesesuaian pendapat hukum umumnya diterima teori bahwa salah satu unsur-unsur sebagai berikut: a) Paksaan (*dwang, duress*); b) Penipuan (*bedrog, fraud*); c) Kesilapan (*dwaling, mistake*); 2) Kecakapan berbuat menurut Hukum: bahwa pihak yang melakukan kontrak haruslah orang kontrak tersebut. Sebagaimana pada pasal 1330

KUH Perdata menentukan bahwa setiap orang adalah cakap untuk membuat perikatan, kecuali undang-undang menentukan bahwa ia tidak cakap.

Syarat Objektif terdiri dari: 1) Adanya objek/perihal tertentu: Suatu kontrak haruslah berkenaan dengan hal yang tertentu, jelas dan dibenarkan oleh hukum. Mengenai hal ini dapat kita temukan dalam pasal 1332 dan 1333 KUH Perdata; 2) Kausa yang halal: Suatu kontrak haruslah dibuat. Jadi tidak boleh dibuat kontrak untuk melakukan hal-hal tidak dilarang oleh undang-undang atau tidak (Pasal 1337 KUH Perdata). Selain itu pasal 1335 KUH Perdata dibuat tanpa sebab atau dibuat karena suatu sebab yang palsu atau terlarang adalah tidak mempunyai kekuatan hukum.

Menurut hukum Islam syarat sah perjanjian yaitu tidak menyalahi hukum syariah yang disepakati syarat ini mengandung pengertian setiap orang bebas membuat perjanjian boleh bertentangan dengan syariat Islam baik yang terdapat dalam Al-Qur'an dan Hadits mengandung pengertian perjanjian itu harus di dasari tetapi kebebasan itu ada batasannya yaitu tidak boleh mengandung unsur paksaan, ada kesepakatan para pihak secara bebas, dan kehilafan maupun penipuan, harus jelas dan gamblang, harus sama ridha dan ada pilihan, jelas apa yang menjadi objeknya, hak dan kewajiban

Akibat hukum perjanjian menurut Hukum Perdata Barat/BW, yaitu a) Batal demi Hukum, yaitu tidak terpenuhinya syarat objektif; b) Dapat dibatalkan, yaitu tidak terpenuhinya syarat subjektif; c) Kontrak tidak dapat dilaksanakan, yaitu kontrak tidak begitu saja batal tetapi dapat dilaksanakan, melainkan masih mempunyai status hukum tertentu. Menurut Hukum Islam, perjanjian dilakukan dengan cara penyerahan, dengan berbagai: 1) Secara verbal (*bi al-kalam*), yaitu pertemuan langsung; 2) Secara tertulis (*bi al-khitabah*); 3) Dengan mengirim pesan melalui seseorang yang dipercaya; 4) Dibuat melalui tanda-tanda atau bahasa isyarat; 5) Dengan perbuatan (*fi'il*), melalui perantara dan dilakukan secara diam-diam. Menurut Hukum adat, akibat hukum bila perjanjian tidak dipenuhi adalah menjadi batal.

Asas-asas perjanjian menurut Hukum Perdata Barat/BW, yaitu: 1) Asas Kebebasan berkontrak, Pasal 1338 KUH Perdata yang menyebutkan adalah sah bagi para pihak yang membuatnya yang membuatnya. Cara ini dikatakan sistem terbuka yang artinya bahwa dalam membuat

perjanjian ini para pihak diperkenankan untuk menentukan isi dari perjanjiannya dan sebagai undang-undang bagi mereka sendiri, dengan batasan perjanjian yang dibuat tidak boleh bertentangan dengan ketentuan undang-undang, norma kesusilaan dan ketertiban umum; 2) Asas kekuatan mengikat, asas ini terdapat dalam pasal 1338 KUHPerdata, masing-masing pihak yang terikat dalam suatu perjanjian harus menghormati dan melaksanakan apa yang telah mereka perjanjikan dan tidak diperkenankan melakukan hal yang menyimpang atau tidak sesuai dengan perjanjian tersebut; 3) Asas Konsensualisme, yaitu perjanjian itu lahir pada saat tercapainya kata sepakat antara para pihak mengenai hal-hal yang pokok dan tidak memerlukan suatu formalitas. Dengan demikian asas konsensualisme lazim disimpulkan dalam Pasal 1320 KUH Perdata.

Dalam kontrak syari'ah, ketiga asas yang telah disebutkan dalam KUH Perdata juga berlaku, namun juga terdapat beberapa asas lain dalam kontrak/perjanjian syariah. Asas-asas tersebut antara lain: asas ilahiah atau asas tauhid, asas kebolehan, asas keadilan, asas persamaan, asas kejujuran dan kebenaran, asas tertulis, asas kemanfaatan. Menurut hukum Islam Jual beli, *Mudharabah*, *Rahn/gadai*, *Hibah*, *Shodaqoh* dan *Asy-Syufuah*.

Menurut hukum adat, yaitu 1) Perjanjian kredit; 2) perjanjian kampitan, yaitu dikembalikan dalam bentuk uang atau barang sejenis; 3) Tebasan, yaitu terjadi jika menjual hasil tanaman mendekati; 4) Perjanjian perburuhan; 5) Panjer, yaitu melakukan sikap dan tindak hukum di kemudian hari; 6) Pamenggakan, yaitu diserahkan benda-benda tertentu sebagai jaminan "gadai"; 7) Pemeliharaan, yaitu menyerahkan benda tertentu; 8) Pertanggungan kerabat: menanggung hutang; 9) Tolong menolong; 10) Serikat, yaitu antarkelompok-kelompok tertentu untuk mengerjakan sesuatu atau menukar

Batalnya perjanjian menurut hukum perdata barat Bila suatu perjanjian tidak memenuhi syarat objektif maka batal demi hukum, perjanjian dianggap tidak pernah ada sebelumnya, tidak mengikat para pihak, Perjanjian yang tidak memenuhi syarat essensialia maka berakibat batal demi hukum. Perjanjian dapat dimintakan pembatalan jika tidak memenuhi syarat subjektif, dilakukan atas permintaan pembatalan dari salah satu pihak, tetap mengikat para pihak sepanjang tidak dimintakan pembatalan. Menurut hukum Islam, pembatalan akad (perjanjian) dalam fiqh disebut *Iqalah* dapat dilakukan sebelum barangnya. Bila terjadi

iqalah, maka para pihak berhak; *Iqalah* tidak sah bila barang yang dijual telah meninggalkan dunia, atau harga telah naik atau turun

Menurut Hukum Perdata Barat/BW perjanjian berakhir, yaitu: 1) jika: terjadi hapusnya perikatan dalam Pasal 1381 KUHPerdatta pihak sepakat untuk diakhirinya perjanjian; 2) Putusan hakim; 3) Tercapainya tujuan perjanjian. Menurut hukum Islam, berakhirnya perjanjian, yaitu: 1) Berakhirnya masa berlaku akad tersebut; 2) Dibatalkannya oleh pihak-pihak yang berakad; 3) Dalam akad yang bersifat mengikat, dianggap berakhir bila adanya unsur tipuan/rukun syarat tidak terpenuhi, berlakunya khiyar, akad tidak dilaksanakan oleh salah satu pihak, tercapainya tujuan akad secara sempurna; 4) Salah satu pihak yang berakad meninggal dunia.

Wanprestasi menurut Hukum Perdata Barat/BW, wanprestasi terjadi jika debitur tidak melaksanakan apa yang telah dijanjikan, dibuktikan dengan cara mengeluarkan surat peringatan yang disebut somasi, jika perjanjian tersebut mempunyai tenggang waktu dan debitur melanggarnya. Sedangkan menurut hukum Islam wanprestasi, terjadi jika akad tidak dilaksanakan oleh debitur, dan kesalahan debitur dapat terjadi jika dalam proses pelaksanaan terdapat kealpaan. Menurut hukum adat wanprestasi terjadi ketika melanggar peraturan adat dan merugikan keluarga.

Akibat dari wanprestasi menurut hukum perdata barat/BW, yaitu membayar kerugian yang diderita oleh kreditor, pembatalan perjanjian, pengalihan resiko yaitu benda yang dijanjikan sejak tidak dipenuhi kewajiban, menjadi tanggung jawab debitur. Sedangkan menurut hukum Islam, yaitu resiko ditanggung oleh pihak yang lalai, disebut akad *buy*, yaitu barang yang bukan miliknya harus diserahkan ke rumah pembeli dalam waktu tertentu. Menurut hukum adat, memberi pelajaran kepada pelanggar sesuai dengan apa yang dilanggarnya.

Keadaan memaksa (*overmacht*), menurut hukum perdata barat/BW, yaitu suatu keadaan di mana debitur tidak dapat melaksanakan prestasinya karena ada kejadian yang terjadi di luar kekuasaannya. Diatur dalam pasal 1244-1245 KUHPerdatta. Terdiri dari keadaan memaksa absolut dan relatif. Keadaan memaksa secara absolut, yaitu keadaan di mana debitur tidak dapat memenuhi prestasinya karena bencana alam. Keadaan memaksa secara relatif, yaitu suatu memenuhi prestasinya, tetapi pelaksanaannya memiliki kemungkinan yang menyebabkan debitur tersebut sangat rugi. Sedangkan menurut Hukum Islam, yaitu Keadaan

memaksa dapat disebut sebagai keadaan darurat. Dijelaskan dalam QS Al-Baqarah (2):73 yang berbunyi, "Barang siapa yang dalam keadaan terpaksa sedang ia tidak menginginkannya dan tidak melampaui batas, maka tidak ada dosa baginya."

Perbedaan pokok antara Hukum Perikatan Islam, Hukum Perikatan Perdata Barat, Hukum Perikatan Adat dalam beberapa aspek dapat digambarkan pada tabel berikut ini:¹⁹

Perbedaan	Perikatan Islam	Perikatan Barat	Perikatan Adat
Landasan filosofis	ReligiusTransdental (ada nilai agama, berasal dari ketentuan Allah)	Sekuler (tidak ada nilai agama)	Religo-magis (ada nilai kepercayaan yang dituangkan dalam simbol-simbol)
Sifat	Individual Proposional	Individual/liberal	Komunal
Ruang lingkup (Substansi)	Hubungan bidimensional manusia dengan Allah (vertikal), manusia dengan manusia, benda, dan lingkungan (horizontal)	Hanya hubungan manusia dengan manusia, manusia dengan benda. (horizontal)	Hubungan horizontal saja
Proses terbentuknya	Adanya pengertian al-Ahdu (perjanjian) persetujuan, al-aqdu (perikatan) (QS. 3:76 QS: 5:1)	Adanya pengertian perjanjian dan perikatan (1313 dan 1233 BW)	Perjanjian, persetujuan, perbuatan simbolis, perikatan.
Sahnya perikatan	1. Halal 2. Sepakat 3. Cakap 4. Tanpa paksaan 5. Ijab dan kabul	6. Sepakat 7. Cakap 8. Hal tertentu 9. Halal (1320 BW)	2. Terang 3. Tunai
Sumber	2. Sikap tindak yang didasarkan syariat 3. Persetujuan yang tidak melanggar syariat	2. Persetujuam 3. Undang-undang (1233 BW)	2. Perjanjian 3. Sikap tindak tertentu (tolong menolong)

¹⁹Gemala Dewi, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Kencana, Jakarta 2006, hlm. 23.



DAFTAR PUSTAKA

- A. Malik, Perjanjian “Gala” Dalam Masyarakat Hukum Adat Aceh Di Kecamatan Lhoknga/Leupung Kabupaten Dati II Aceh Besar, Tesis, Program Pasca Sarjana Universitas Sumatera Utara, Medan, 1997.
- A. Wangsawidjaya Z., *Pembiayaan Bank Syariah*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2012.
- Abdul Ghofur Anshori, *Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2010.
- Abdul Kadir Muhamad, *Hukum Perikatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.
- Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Laksbang Mediatama Bekerja Sama Dengan Kantor Advokat Hufon & Hans Simaela, Yogyakarta, 2008.
- Ahmad Abu Al Fath, *Kitab Al-Mu’amalat Fi Asy-Syari’ah Al-Islamiyyah Waal-Qawanin Al-Misriyyahal*, Matba’ah Al-Busfur, Mesir Lihat Juga Asy-Syaukani, *Fath Al-Qadir*, Mustafa Al-Babi Al-Hlm.abi, Mesir, 1964.
- Ahmad Azhar Basjir, *Asas-Asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*, Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 1993.

- Ahmad Syu'aib Abu Abd Ar-Rahman Nasa'i, *Sunan An-Nasa'i (Al-Mujtaba)*. VII.
- Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak Perencanaan Kontrak*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007.
- Al-Ghazali, *Al-Mustasfa Min 'Ilm Al-Usul*, Syirkah At-Tiba'ah Al-Fanniyah Al-Muttahidah Kairo, 1971.
- Al-Jassas, *Ahkam Al-Qur'an*, Ii, Dar Al-Fikr, Beirut, tth.
- Al-Zarqa, *Al-Fiqh Al-Islami Fi Sauhihi Al-Jadid*, Cet. Ke-9, Matabi' Alifba 'Al-Adib, Damaskus, 1968.
- Asyhadie Zaeni, *Hukum Bisnis*, Rajagrafindo, Jakarta, 2008.
- Burhanudin S, *Hukum Kontrak Syariah*, BVFE, Yogyakarta, 2009.
- Daeng Naja, *Contract Drafting*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006
- Djuhaendah Hasan, *Istilah dan Pengertian Perbuatan Melawan Hukum Dalam Laporan Akhir Kompendium Bidang Perbuatan Melawan Hukum*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman RI, Jakarta, 1997.
- Eva Novianty, *Analisa Ekonomi*, FH UI, Jakarta, 2011.
- F.X. Suhardana, *Contract Drafting: Kerangka Dasar dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Universitas Atmajaya, Yogyakarta, 2009.
- Fathurahman Djamil, *Hukum Perjanjian Syariah Dalam Kompilasi Hukum Perikatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Gemala Dewi, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2006.
- Gufraon A. Mas'adi, *Fiqh Mu'amalah Kontekstual*, Rajagrafindo Persada, Jakarta 2002.
- Gunawan Widjaja dan Kartini Mulyadi, *Perikatan Yang Lahir dari Undang-Undang*, PT Raja Grafindo, Jakarta, 2000.
- Hamzah Ya'cub, *Kode Etik Dagang Menurut Islam Pola Pembinaan Hidup dalam Berekonomi*. CV Diponegoro, Bandung, 1984.
- H.F.A. Volmar, *Pengantar Study Hukum Perdata*, Terjemahan I.S. Adiwinata, Rajawali Pers, Jakarta, 2004.
- Herlien Budiono, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian Dan Penerapannya Di Bidang Kenotariatan*, PT Aditya Bakti, Bandung, 2011.

- Hilman Hadikusuma, *Hukum Perjanjian Adat*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1990.
- <http://mirror.stisitelkom.ac.id/files/viewing/Pengelolaan+Keuangan/akad+dalam+bank+syariah.pdf/>, [di akses tanggal 17 Juli 218]
- Ibn Taimiyah, *Majmu' Al-Fatawa*, IX, Matabi' Al-Riyad, Riyad, tth
- Ibrahim Anis, et.al., *Al-Mu'jam al-Wasith*, Juz II, Dar Ihya al-Turas Al-Arabi, 1972.
- Imam Musbikin, *Qawa'id Al-Fiqhiyah*, Cet. 1, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2001.
- Imron Rosyadi, *Jaminan Kebendaan Berdasarkan Akad Syariah (Aspek Perikatan, Prosedur Pembebanan dan Eksekusi*, Kencana, Depok, 2017
- Ismail Suny, "*Kedudukan Hukum Islam Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*" *Dalam Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996.
- J. Satrio, *Hukum Perikatan: Perikatan Pada Umumnya*, Alumni, Bandung, 1999.
- , *Hukum Perikatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995.
- , *Hukum Perikatan, Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian Buku II*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995.
- Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Alumni, Bandung, 2002
- Lukman Santoso, *Hukum Perjanjian Kontrak (Panduan Memahami Hukum Perikatan & Penerapan Surat Perjanjian Kontrak*, Cakrawala, Yogyakarta, 2012.
- M. Daud Ali, *Asas-Asas Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Islam Di Indonesia*, Rajawali Press, Jakarta, 2004.
- MA Moegni Djojodirjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982.
- Mahadi, *Soal Dewasa*, Cetakan Ke II, Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat, Universitas Sumatera Utara, Medan, 1991.
- Mardani, *Fiqh Ekonomi Syariah*, Kencana, Jakarta, 2012.

- Mardani, *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013.
- Marhainis Abdulhay, *Hukum Perdata Material: Jilid II*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1984.
- Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- , *Perjanjian Baku (Standar), Perkembangannya di Indonesia*, Alumni, Bandung 1980.
- Mohammad Daud Ali, *Asas-asas Hukum Islam*, CV. Rajawali, Jakarta, 1990.
- , *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Cetakan Ke-8, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2000.
- Mona Minarosa, *Diktat Kuliah Hukum Kontrak*, Unbor Pres, Jakarta, 2012.
- Muhamad Syaifuddin, *Hukum Kontrak: Memahami Kontrak Dalam Perspektif Filsafat, Teori, Dogmatik, Dan Praktik Hukum (Seri Pengayaan Hukum Perikatan)*, Mandar Maju, Bandung, 2012.
- Muhammad Ardi, *Asas-asas Perjanjian (Akad), Hukum Kontrak Syariah dalam Penerapan Salam dan Istisna*, Jurnal Hukum Diktum, Volume 14, Nomor 2, Desember 2016
- Muhammad Hatta, *Memoir*, Tintamas, Jakarta, 1982.
- Muhammad Salam Madkur, *Al-Madkhlm. Al-Fiqh Al-Islamiyy*, Dar Al-Nahdah Al-‘Arabiyyah, 1963.
- Muhammad Syafii Antonio, *Bank Syariah: Dari Teori Ke Praktik*, Gema Insani, Jakarta, 2001.
- Muhammad Syakir Aula, *Asuransi Syari’ah (Life And General): Konsep dan Sistem Operasional*, Cet. 1, Gema Insani Press, Jakarta, 2004.
- Muhammad Syakir Aula, *Asuransi Syari’ah (Life And General): Konsep Dansistem Operasional*, Cet. 1, Gema Insani Press, Jakarta, 2004.
- Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum, Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992.
- Munir Al-Ba’labakiyy, *Qamus Al-Mawrid*, Dar Al-‘Ilm Al-Malayiyyin, Beirut, 1990.

- Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Mustafa Ahmad Az-Zarqa, *Al-Madkhal. Al-Fiqh Al-'Am*. I
- Novi Ratna Sari, *Komparasi Syarat Sah Nya Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Dan Hukum Islam*, Jurnal Repertorium Volume IV No. 2 Juli - Desember 2017
- Paripurna P Sugarda, *Posisi Hukum Adat Dalam Hukum Kontrak Nasional Indonesia*, Yustisia Vol.4 No. 3 September-Desember 2015.
- Purwahid Patrik, *Dasar-dasar Hukum Perikatan*, Mandar Maju, Bandung, 1994.
- R. Setiawan, *Hukum Perikatan-perikatan Pada Umumnya*, Bina Cipta, Bandung, 1987.
- , *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Bandung, 1999.
- R. Subekti Dan R. Tjitrisudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1992.
- R. Suryatin, *Hukum Perikatan*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2001.
- R.M. Suryodiningrat, *Perikatan-perikatan Bersumber Perjanjian*, Tarsito, Bandung 1978.
- Rachmat Setiawan, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, Putra Abardin, Bandung, 1999.
- Riduan Syahrani, *Seluk Beluk dan Asas-asas Hukum Perdata*, Alumni, Bandung, 2006.
- RidwanKaherandy, "Aspek-aspek Hukum Franchise Dan Keberadaannya Dalam Hukum Indonesia", *Majalah UNISA UII Yogyakarta* (2004).
- Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, Program Pascasarjana FH UI, Jakarta, 2004
- Salim H.S, dkk., *Perancangan Kontrak dan Memorandum Of Understanding (MoU)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007.
- , *Hukum Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003.
- , *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (KUH Perdata)*, Sinar Grafika, Jakarta, 1987.
- Salim H.S., *Perkembangan Hukum Kontrak di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003.

- Setiawan, *Empat Kriteria Perbuatan Melawan Hukum dan Perkembangan Dalam Yurisprudensi*, Varia Peradilan No. 16 Tahun II (1987).
- Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet. Ke-6. PT Intermedia, Jakarta, 1979.
- , *Hukum Pembuktian*, PT Pradnya Paramita, Jakarta, 2001.
- , *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, PT Intermedia, Jakarta, 2001.
- Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1985.
- , *Rangkuman Kuliah Hukum Perdata*, Fakultas Pascasarjana, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 1987.
- Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah, Studi Tentang Teori Akad Dalam Fiqh Muamalah*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007.
- Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah, Studi Tentang Teori Akad Dalam Fiqh Muamalah*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007.
- Syukri Iska, *Sistem Perbankan Syariah Di Indonesia Dalam Perspektif Fikih Ekonomi*, Fajar Media Press, Yogyakarta, 2014.
- Vollmar, *Pengantar Studi Hukum Perdata*, CV. Rajawali, Jakarta, 1984.
- Wahbah Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu*, Juz IV, Dar al-Fikri, Damskus.
- Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Perdata*, PT Bale Bandung, Bandung, 1979.
- , *Perbuatan Melawan Hukum*, Sumur Bandung, Jakarta, 1984.
- Yahya Harahap, Yahya Harahap, *Segi-Segi Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1986.
- Yusdani, “Transaksi (Akad) Dalam Perspektif Hukum Islam”, Dalam *Jurnal Studi Agama Millah*, Vol II, No.2, Januari 2002, Magister Studi Islam UII, Yogyakarta, 2002.



GLOSARIUM

Accessoire: Adalah perjanjian ikutan dan keberadaannya dimaksudkan untuk mendukung perjanjian pokoknya, sehingga jika perjanjian pokok hapus, perjanjian *accessoir* (hak tanggungan, gadai, *fiducial*, penanggungan, hipotek kapal, *cessie* dan *bhorthog*/jaminan pribadi) juga turut hapus. Perjanjian *accessoir* dibuat berdasarkan perjanjian pokok.

Adequate veroorzaking: Suatu hal yang baru baru dapat dikatakan sebab dari suatu akibat jika menurut pengalaman manusia dapat diperkirakan terlebih dahulu bahwa sebab itu akan diikuti oleh akibat.

Akte: Surat yang diperbuat demikian oleh atau dihadapan pegawai yang berwenang untuk membuatnya menjadi bukti yang cukup bagi kedua belah pihak dan ahli warisnya maupun berkaitan dengan pihak lainnya sebagai hubungan hukum, tentang segala hal yang disebut didalam surat itu sebagai pemberitahuan hubungan langsung dengan perihal pada akta itu.

Asas *contractus verbis literis*: Terjadinya perjanjian apabila memenuhi bentuk yang telah ditetapkan.

Budel pailit: Harta kekayaan seseorang atau badan yang telah dinyatakan pailit yang dikuasai oleh balai harta peninggalan.

Causa: Penyebab atau faktor semu atau faktor penyerta yang tidak menimbulkan dampak penting.

Communis opinio cloctortinz: Menurut pendapat yang banyak dianut.

Condition sine qua non: Setiap akibat dapat ditentukan sebab-sebabnya dan masing-masing sebab memiliki pengaruh terhadap terjadinya suatu akibat.

Confidence: Kepercayaan diri

Consensus ad idem: Perjanjian terjadi sejak terciptanya kesepakatan atau konsesus antara pihak-pihak yang terlibat konsensus ad idem, kesepakatan; Kesepakatan atau kecocokan maksud di antara para pihak dalam pembuatan kontrak, sehingga oleh karenanya menurut hukum kontrak itu dinyatakan telah terjadi.

Contractus innominat: Suatu perjanjian dianggap telah terjadi jika telah memenuhi bentuk yang telah ditetapkan.

Culpa in ommitendo: Pertanggungjawaban yang diakibatkan oleh adanya perbuatan melawan hukum karena tidak berbuat (pasif).

Curandus: Orang yang ditaruh di bawah pengampuan.

Curatele: Suatu keadaan di mana seseorang karena sifat-sifat pribadinya dianggap tidak cakap atau tidak di dalam segala hal cakap untuk bertindak di dalam lalu lintas hukum.

Curator: Pengurus atau pengawas harta benda orang yang pailit dan sebagainya.

Daluarsa acquisitif: Prinsip yang diatur dalam KUH Perdata tentang daluarsa sebagai salah satu cara memperoleh hak milik atas kebendaan (termasuk hak milik atas tanah).

Daluarsa ekstrinktif: Daluarsa untuk membebaskan sesuatu tuntutan.

Debitor: Pihak yang berhutang ke pihak lain, biasanya dengan menerima sesuatu dari kreditor yang dijanjikan debitor untuk dibayar kembali pada masa yang akan datang. Pemberian pinjaman kadang memerlukan juga jaminan atau agunan dari pihak debitor.

Duress: Setiap tindakan intimidasi mental. Contohnya adalah ancaman kejahatan fisik dan hal ini dapat dibuat penuntutan terhadapnya. Akan tetapi jika ancaman kejahatan fisik tersebut merupakan suatu tindakan yang diperbolehkan oleh hukum maka dalam hal

ini ancaman tersebut tidak diberi sanksi hukum, dan dinyatakan bahwa tidak ada paksaan sama sekali.

Dwaling: Kehendak seseorang pada waktu membuat perjanjian dipengaruhi oleh kesan atau pandangan yang palsu atau seandainya tidak khilaf tidak akan memberikan persetujuan.

Dwang: Paksaan terhadap badan (fisik) dan paksaan terhadap jiwa (psikis) dan paksaan yang dilarang oleh undang-undang. Tetapi dalam hal ini, di dalam undang-undang ada suatu unsur paksaan yang diijinkan oleh undang-undang, yakni paksaan dengan alasan akan dituntut di muka hakim, apabila pihak lawan tidak memenuhi prestasi yang telah ditetapkan.

Een bepaald onderwerp: Adanya suatu hal tertentu (*een bepaald onderwerp*), suatu hal tertentu adalah hal bisa ditentukan jenisnya (*determinable*).

Error in person: Kekeliruan pada orangnya, contohnya, sebuah perjanjian yang dibuat dengan artis yang terkenal tetapi kemudian perjanjian tersebut dibuat dengan artis yang tidak terkenal hanya karena dia mempunyai nama yang sama.

Error in substantia: Kekeliruan yang berkaitan dengan karakteristik suatu benda.

Fiduciary: Pengalihan hak kepemilikan suatu benda atas dasar kepercayaan dengan ketentuan bahwa benda yang hak kepemilikannya dialihkan tetap dalam penguasaan pemilik benda.

Force majeure: Suatu kejadian yang terjadi di luar kemampuan manusia dan tidak dapat dihindarkan sehingga suatu kegiatan tidak dapat dilaksanakan atau tidak dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya.

Goede zeden: Melanggar hak subjektif orang lain, atau melanggar kaidah tata susila

Haftung: Kewajiban seorang debitur membiarkan kreditor mengambil harta kekayaannya sebesar kewajiban pelunasan utangnya.

Hypotik: Suatu hak kebendaan atas suatu benda yang tak bergerak, bertujuan untuk mengambil pelunasan suatu hutang dari (pendapatan penjualan) benda itu.

Imperative: Hukum yang bersifat bersifat memaksa.

Impossibilitas: Kemungkinan yang akan terjadi.

Itikad baik: Suatu asas yang dijadikan landasan pembuatan perjanjian.

Itikad baik dapat dibedakan dalam pengertian subjektif dan objektif. Itikad baik dari segi subjektif berarti kejujuran. Hal ini berhubungan erat dengan sikap batin seseorang pada saat membuat perjanjian. Itikad baik dalam segi objektif berarti kepatutan yang berhubungan dengan pelaksanaan perjanjian atau pemenuhan prestasi dan cara melaksanakan hak dan kewajiban haruslah mengindahkan norma-norma kepatutan dan kesusilaan.

Kreditor: Pihak yang memiliki tagihan kepada pihak kedua atas properti atau layanan jasa yang diberikannya sebagaimana yang diperjanjikan bahwa pihak kedua tersebut akan mengembalikan properti yang nilainya sama atau jasa.

Lasgever: Penyuruh (yang memberikan kuasa atau perintah).

Levering: Perpindahan hak antara pihak yang satu ke pihak yang lainnya. *Levering* merupakan salah satu cara untuk memperoleh hak milik karena adanya pemindahan hak milik dan seseorang yang berhak memindahkannya kepada orang lain yang berhak memperoleh hak milik.

Misbruik van omstandigheden: Penyalahgunaan Keadaan sebagai alasan untuk pembatalan perjanjian.

Om eene verbintenit aan te gaan: Adanya kecakapan untuk membuat suatu perikatan.

Onnoozelheid: Orang Dungu.

Onrechtmatige daad: Perbuatan melawan hukum.

Onrechtmatigenalaten: Tuntutan pertanggung-jawaban yang diakibatkan oleh kesalahan karena kelalaian.

Onwetmatige daad: Perbuatan Melawan Hukum.

Oorzaak: Suatu sebab yang halal.

Overeenstemende wilsverklaring: Sepakat sebagai persyaratan kehendak yang disetujui antar para pihak.

Overmacht: Suatu keadaan di mana debitor tidak dapat melakukan prestasinya kepada kreditor setelah di buatnya persetujuan, yang menghalangi debitor untuk memenuhi prestasinya, di mana debitor tidak dapat dipersalahkan dan tidak harus menanggung resiko

serta tidak dapat menduga pada waktu persetujuan dibuat yang disebabkan adanya kejadian yang berbeda di luar kuasanya. Seperti gempa bumi, banjir dan kecelakaan.

Principle: Suatu hal yang mendasar.

Public policy: Kebijakan publik merupakan suatu aturan yang mengatur kehidupan bersama yang harus ditaati dan berlaku mengikat seluruh warganya, setiap pelanggaran akan diberi sanksi sesuai dengan bobot pelanggaran yang dilakukan dan sanksi dijatuhkan didepan masyarakat oleh lembaga yang mempunyai tugas menjatuhkan sanksi.

Quasi contractual: *Quasi contractual* yang menerbitkan hak untuk mengganti rugi.

Razernij: Dunggu disertai mengamuk.

Rechtmatig: Benar menurut hukum.

Rechtsperson: Hukum tentang orang.

Samenweefsel van verdichtselen: Adanya keserangkaian kebohongan.

Schuld: Kewajiban Debitor untuk melakukan sesuatu terhadap Kreditor.

Sistem common law: Suatu sistem hukum yang didasarkan pada yurisprudensi. Sumber hukum dalam sistem hukum ini ialah putusan hakim/pengadilan. Dalam sistem hukum ini peranan yang diberikan kepada seorang hakim sangat luas.

Solider: Tanggung renteng.

Somasi: Sebuah teguran terhadap pihak calon tergugat pada proses hukum. Tujuan dari pemberian somasi ini adalah pemberian kesempatan kepada pihak calon tergugat untuk berbuat sesuatu atau menghentikan suatu perbuatan sebagaimana tuntutan pihak penggugat.

Vrijwaren: Cuma-cuma.

Zaak: Benda atau segala sesuatu yang dapat dihaki.

Zaakwaarneming: Salah satu perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan manusia adalah perbuatan perwakilan sukarela.

Zwakheid van vermogens: Lemah akal budinya.



INDEKS

A

accessoire, 16

adequate veroorzaking, 137

asas contractus verbis literis, 57

B

budel pailit, 96

C

causa, 39

communis opinio cloctortinz, 36

condition sine qua non, 136, 137

confidence, 95

consensus ad idern, 39

contractus innominat, 57

culpa in commitendo, 138

culpa in ommitendo, 138

curandus, 139

curatele, 96, 139

curator, 139

D

daluarsa acquisitif, 23

daluarsa ekstrinktif, 23

Debitor, 143

debitur, 10

duress, 93

dwaling, 94

dwang, 93

E

een bepaald onderwerp, 96

error in person, 94

error in substantia, 94

F

fiduciary, 95

force majeure, 155, 163, 165, 168,
171

G

goede zeden, 97

H

haftung, 10, 11

Haftung, 11

I

imperative, 22

impossibilitas, 160

itikad baik, 167

Itikad baik, 167

K

kreditor, 143

Kreditor, 143

kreditur, 10

L

lasgever, 139

M

misbruik van omstandigheden, 94

O

om eene verbintenis aan te gaan, 95

onnoozelheid, 96

onrechtmatige daad, 40, 131, 146

onrechtmatigenalaten, 138

onwetmatige daad, 131

oorzaak, 97

Overeenstemmende Wilsverklaring, 92

Overmacht, 166

overmacht, 155, 160, 163, 165-
168, 171

Overmacht, 166, 171

P

principle, 16

public policy, 97

Q

quasi contractual, 128

R

razernij, 96

rechtmatig, 146

rechtsperson, 41

S

samenweefsel van verdichtsel, 93

schuld, 10, 11

Schuld, 11

sistem common law, 95, 97

solider, 15

somasi, 153, 154

V

vrijwaren, 91

Z

Zaak, 96

Zaakwaarneming, 40

zwakheid van vermogens, 96



BIODATA PENULIS



Dr. Abdul Atsar, S.H., M.H., lahir di Karawang pada 16 Februari 1981. Pendidikan Dasar yang Penulis tempuh di Madrasah Ibtidaiyah (MI) Nurul Muslimin (1993), Madrasah Tsanawiyah (MTs) Mathla'ul Anwar (1996), Madrasah Aliyah Negeri (MAN) Batujaya Karawang (1999). Alumnus Fakultas Hukum, Universitas Singaperbangsa Karawang Program Studi Ilmu Hukum (2004), dan STKIP Kusuma Negara Jakarta/Akta IV Program Studi PPKn (2009), Studi S2 pada Program Pascasarjana Magister Ilmu Hukum Konsentrasi Hukum Bisnis, Universitas Borobudur, Jakarta (2011-2013), dengan predikat "Dengan Pujian". Menyelesaikan studi Program Doktor Ilmu Hukum (S3) Konsentrasi Hukum Ekonomi pada Fakultas Hukum Universitas Jayabaya, Jakarta (2016) dengan predikat Cumlaude.

Memulai Karir sebagai Dosen di STKIP Kusuma Negara Jakarta (2009), menjadi Dosen Universitas Jakarta (2014) dan saat ini menjadi dosen tetap di Universitas Singaperbangsa Karawang yang merupakan salah satu Perguruan Tinggi Negeri di Jawa Barat, mengajar pada Program Studi Ilmu Hukum dan Program Pascasarjana Magister Ilmu Hukum.

Penulis juga aktif dalam dunia penulisan dan telah menghasilkan berbagai karya ilmiah baik berupa artikel ilmiah maupun buku, yang terkait di bidang Ilmu Hukum khususnya Konsentrasi Hukum Bisnis. Buku-buku yang dihasilkan penulis diantaranya *Mengenal Lebih Dekat Hukum Kekayaan Intelektual*, *Strategi Pembelajaran dengan Pendekatan Student Center Learning*, *Perlindungan Hukum Terhadap Inovasi di Bidang Teknologi Informasi dan Komunikasi*. Selain itu penulis juga merupakan pemerhati dunia pendidikan dan Pengajaran serta Konsultan Hukum Pada Kantor LKBH Universitas Singaperbangsa Karawang.