

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Pembuatan akta para pihak yang otentik berdasarkan Pasal 1868 KUHPerdara haruslah memperhatikan hal-hal yang menjadi ketentuan dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris, termuat pada Pasal 38, selain hal terkait dengan kepala akta, komparisi, premis dan komparisi penutup akta yang menjadi kewenangan Notaris, selanjutnya terkait dengan isi akta adalah keinginan atau kehendak para pihak yang dibuat berdasarkan asas kebebasan bebas berkontrak dan menghasilkan pada sepakat yang akan saling mengikatkan diri (asas *pacta sunt servanda*).

Kebebasan itu pula termasuk penentuan tempat penyelesaian sengketa atau pilihan domisili hukum (asas *actor sequitor forum rei*)¹. Memilih Pengadilan di mana tempat tergugat bertempat tinggal yang digariskan Pasal 118 ayat (1) HIR, dengan catatan objek sengketa benda bergerak atau utang piutang. Bila benda tidak bergerak maka mengacu pada asas *forum rei sitae* Pasal 118 ayat (3) HIR, gugatan diajukan ke Pengadilan di mana tempat benda tidak bergerak seperti (tanah/bangunan) itu berada, oleh karena berdasarkan kesepakatan para pihak yang berlandaskan pada asas kebebasan berkontrak, maka para pihak bersepakat bila terjadi persengketaan diantara mereka, gugatan akan ditujukan pada Pengadilan di mana tempat tinggal penggugat atau

¹ Asas *actor sequitor forum rei* ialah asas hukum perdata yang menentukan kompetensi relatif Pengadilan, pilihan domisili hukum penyelesaian sengketa pada Pengadilan Agama dan Pengadilan Negeri.

kompetensi relatif berdasarkan pemilihan domisili (para pihak dalam perjanjian dapat menyepakati domisili pilihan yakni untuk memilih Pengadilan tertentu yang akan berwenang menyelesaikan sengketa yang timbul dari perjanjian.²

Permasalahan yang terkait dengan penentuan tempat penyelesaian sengketa selain terkait dengan domisili, juga pada hal kesepakatan para pihak untuk menentukan lembaga tempat untuk menyelesaikan sengketa (*choice of forum*), terkait dengan lembaga penyelesaian sengketa khususnya pada akta akad syariah bisa dilakukan di Badan Arbitase Syariah Nasional (Basyarnas) atau di Pengadilan Agama. Akan tetapi sejak dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 dalam penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-undang tentang Perbankan Syariah nomor 21 Tahun 2008, yang menyatakan bahwa untuk penyelesaian sengketa hukum ekonomi syariah harus di Pengadilan Agama, karena dalam pertimbangan Mahkamah Kontitusi bila ada dua lembaga yang memiliki *a quo* untuk menyelesaikan sengketa pada akad syariah, akan menimbulkan ketidakpastian hukum baik itu pada perbankan atau unit syariah juga pada nasabah.³ Menurut **Maria Sw. Sumarjono**, secara normatif kepastian hukum itu memerlukan tersediannya perangkat peraturan perundangan-undangan yang secara oprasional mampu mendukung pelaksanaannya. Secara empiris, keberadaan peraturan perundang-undangan itu perlu dilaksanakan secara konsisten dan konsekuen oleh sumber daya manusia pendukungnya.⁴

² M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan*, Cetakan Ketiga, (Jakarta: Sinar Grafika, 2005)., hlm. 192.

³ *Permohon Ir. H. Dadang Achmad, Terkait dengan Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah*, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012., hlm. 38.

⁴ H. Moh. Amir Hamzah, *Hukum Acara Perdata Peradilan Tingkat Banding*, Cetakan Pertama, (Malang: SetaraPress, 2013)., hlm. 103.

Terkait dengan adanya Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, salah satu contoh kasus yang terjadi dengan Akad Pembiayaan Murabahah Bil Wakalah No. 14 tanggal 06 Maret 2013 Jo Addendum Akad Pembiayaan Murabahah Bil Wakalah No. 71 tanggal 24 September 2014 yang dibuat dihadapan Notaris Nora Indrayani, S.H., Notaris di Purwakarta yang antara lain berisi klausula sebagaimana tersebut pada Pasal 6 sebagai berikut:⁵

1. Apabila dikemudian hari terjadi perbedaan pendapat atau penafsiran atas hal-hal yang tercantum di dalam akad ini atau terjadi perselisihan atau sengketa dalam pelaksanaan akad ini, para pihak sepakat menyelesaikannya secara musyawarah untuk mufakat;
2. Dalam hal penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat 1 Pasal ini tidak mencapai kesepakatan, maka para pihak bersepakat, dan dengan ini berjanji serta mengikatkan diri terhadap yang lain, untuk menyelesaikannya melalui Badan Arbitrase Syari'ah Nasional (Basyarnas) menurut peraturan dan prosedur Arbitrase yang berlaku di dalam Badan Arbitrase tersebut;⁶

Berpedoman dengan kesepakatan ini dengan berpegang pada asas hukum *pacta sunt servanda* bahwa setiap perjanjian yang dibuat menjadi hukum yang mengikat bagi para pihak yang melakukan perjanjian, demikian juga Pasal 1338 KUHPerdara dan dipertegas pula pada Al-Quran Surat *Al-Isra* ayat 34 “*Dan penuhilah janji, sesungguhnya janji itu akan diminta pertanggung jawabanya*”, maka pada Pengadilan Agama Purwakarta Tingkat Pertama Nomor: 849/Pdt.G/2017/PA.Pwk tanggal 20 Desember 2017 memutuskan bahwa tidak berwenang mengadili perkara ini, dan

⁵ H. Ahmad Rifa'i bin H. Ating v PT. Bank BRI Syariah, Putusan Pengadilan Tinggi Agama pada Pengadilan Tinggi Agama Bandung Nomor: 072/Pdt.G/2018/PTA.Bdg.

⁶ *Ibid.*, hlm. 6.

diperkuat juga pada putusan Pengadilan Tinggi Agama Bandung Nomor: 072/Pdt.G/2018/PTA.Bdg tanggal 28 Februari 2018, yang juga memperkuat putusan dari Pengadilan Agama Purwakarta Tingkat Pertama.⁷

Terkait dengan putusan Pengadilan Agama Purwakarta dan Pengadilan Tinggi Agama Bandung cukup beralasan, selain karena adanya kesepakatan yang tertuang di dalam akta, juga adanya Pasal 3 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa menyebutkan bahwa Pengadilan tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase. Perjanjian arbitrase merupakan perjanjian tambahan (*accessoir*) terhadap perjanjian pokok. Pada perjanjian arbitrase terdapat klausula arbitrase. Klausula arbitrase ini memuat pernyataan bahwa para pihak memilih cara dan lembaga penyelesaian perselisihan melalui arbitrase. Adanya klausula ini yang kemudian menyingkirkan kewenangan Pengadilan untuk menyelesaikan perselisihan yang terjadi di antara para pihak sebagai dimaksud dalam Pasal 3 tersebut di atas. Adanya klausula arbitrase, demikian menurut ketentuan tersebut di atas menyebabkan Pengadilan tidak berwenang menyelesaikan perselisihan yang terjadi di antara para pihak, ketentuan tersebut merupakan ketentuan khusus mengenai arbitrase dalam kontrak komersil. Pengadilan, karenanya jika menerima perkara yang dalam kontrak para pihak memuat klausula arbitrase wajib menyatakan diri tidak berwenang.⁸

Berdasarkan pada asas kebebasan berkontrak dalam Pasal 1338 KUHperdata, para pihak dalam kontrak bebas untuk membuat perjanjian, apapun isi dan bagaimana bentuknya. Akan tetapi, yang perlu diingat bahwa asas berkontrak tersebut tetap tidak

⁷ *Ibid.*, hlm. 8.

⁸ Asnawi Natsir M, *Hukum Acara Perdata: Teori, Praktik, Dan Permasalahannya Di Peradilan Umum Dan Peradilan Agama*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: UII Press, 2016)., hlm. 670-671.

boleh melanggar syarat-syarat sahnya perjanjian dalam Pasal 1320-1337 KUHPerdata, selain adanya kesepakatan, kecakapan, mengenai suatu hal tertentu (objek perjanjian Pasal 1332 dan Pasal 1333 KUHPerdata) dan sebab yang halal. Sebab yang halal adalah isi perjanjian itu sendiri, yang menggambarkan tujuan yang akan dicapai oleh para pihak, isi dari perjanjian itu tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, maupun dengan ketertiban umum, hal ini di atur dalam Pasal 1337 KUHPerdata.⁹

Pembentukan akad syariah tidak bisa lepas dari ketentuan-ketentuan syariat Islam, baik itu yang sudah termuat dalam Al-Qur'an dan Al-Sunnah, atau Ijma yang ditentukan dari kesepakatan para ulama, ketentuan syariat Islam itu salah satunya menyangkut dengan hukum perdata, khususnya hubungan hukum terkait kegiatan ekonomi manusia, seperti hak dan kewajiban dalam perdagangan atau kerjasama lainnya, dalam hal ini disebut juga dengan muamalat. Berbicara tentang muamalat pasti menyangkut hubungan-hubungan hukum tentang akad atau perjanjian dan perikatan-perikatan, yang dalam pembentukannya harus dengan kesepakatan para pihak berdasarkan asas kebebasan (*hurriyah*) atau asas kebebasan berkontrak. Asas ini memberikan kebebasan para pihaknya untuk menentukan segala isi dari akad termasuk juga bebas untuk menyimpangi ketentuan-ketentuan yang sifatnya opsional atau pilihan, tetapi tetap dengan batasan-batasan yang tidak boleh dilanggar oleh para pihak tersebut, seperti ketertiban umum, kesusilaan, dan norma hukum yang berlaku, bila dalam KUHPerdata termuat dalam Pasal 1337, 1338 dan 1339.¹⁰

⁹ <http://m.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/lt4c3d1e98bb1bc/hukum-perjanjian> diakses pada tanggal 21 Juni 2019.

¹⁰ H. Chairuman Pasaribu dan Suhrawardi K. Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Sinar Grafika, 1994), hlm. 3.

Pada akta yang dibuat berdasarkan dengan prinsip syariah, bila dalam putusan Fatwa MUI dari Tahun 2000 sampai dengan Tahun 2006 setiap adanya perselisihan diselesaikan dengan musyawarah dan bila tidak tercapai dengan lembaga Badan Arbitase Syariah Nasional.¹¹ Bila dalam putusan Fatwa MUI dari Tahun 2006 sampai dengan Tahun 2011 lebih bervariasi terkait mekanisme penyelesaiannya ada yang melalui musyawarah, dengan lembaga Badan Arbitase Syariah Nasional atau melalui Pengadilan Agama, dan juga berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.¹²

Pada putusan Fatwa MUI dari Tahun 2013 sampai Tahun 2017 penyelesaian dengan musyawarah dan melalui lembaga penyelesaian sengketa berdasarkan prinsip syariah, dan ada beberapa putusan Fatwa MUI seperti No: 72/DSN-MUI/VIII/2011 tentang Surat Berharga Syariah Negara Ijarah *Sale And Lease Back*, penyelesaian melalui musyawarah, dan/atau sesuai kesepakatan, atau putusan Fatwa MUI seperti No: 83/DSN-

¹¹ Putusan Fatwa MUI dari tahun 2000-2006; No. 01 tentang Giro, No. 02 tentang Tabungan, No. 03 tentang Deposit, No. 04 tentang Murabahah (jual-Beli), No. 05 tentang Salam (Jual-Beli), No. 06 tentang Istisna (Jual-Beli), No. 07 tentang Mudharabah (Pembiayaan Bagi Hasil), No. 08 tentang Musyarakah (Pembiayaan Bagi Hasil), No. 09 tentang Ijarah (sewa-Menyewa), No. 10 tentang Wakalah (Wakil), No. 11 tentang Kafalah (Penjamin Utang), No. 12 tentang Hawalah (Pengalihan Hutang), No. 13 tentang Uang Muka Murabahah, No. 14 tentang Sistem Distribusi Hasil Usaha, No. 15 tentang Prinsip Distribusi Hasil Usaha, No. 16 tentang Diskon Murabahah, No. 17 tentang Sanksi menunda Pembayaran, No. 18 tentang PPAP, No. 19 tentang Qardh, No. 20 tentang Pedoman Investasi Reksa Dana, No. 21 tentang Pedoman Asuransi Syariah, No. 22 tentang Istisnah Paralel, No. 23 tentang Potongan Pelunasan Murabahah, No. 24 tentang Safe Deposit Box, No. 25 tentang Rahn, No. 26 tentang Rahn Emas, No. 27 tentang Ijarah IMBT, No. 28 tentang Jual-Beli Mara Uang, No. 29 tentang Pembiayaan Pengurusan Haji, No. 30 tentang Pembiayaan PRKS, No. 31 tentang Pengalihan Utang, No. 32 tentang Obligasi Syariah, No. 33 tentang Obligasi Syariah Mudharabah, No. 34 tentang LC Impor, No. 35 tentang LC Ekspor, No. 36 tentang SWBI, No. 37 tentang PUAS, No. 38 tentang Sertifikat IMA, No. 39 tentang Asuransi Haji, No. 40 tentang Pasar Modal Syariah, No. 41 tentang Obligasi Syariah Ijarah, No. 42 tentang Syariah Charge Card, No. 43 tentang Ta'widh, No. 44 tentang Multijasa, No. 45 tentang Line Facility, No. 46 tentang Potongan Tagihan Murabahah, No. 47 tentang Penjadwalan Kembali Tagihan Murabahah, No. 48 tentang Konversi Akad Murabahah, No. 49 tentang Akad Mudharabah Musyarakah Asuransi, No. 50 tentang Wakalah Bil Ujrah Asuransi, dan Fatwa MUI No. 53 tentang Tabarru Asuransi.

¹² Putusan Fatwa MUI dari tahun 2006-2011; Fatwa MUI tentang No. 54 tentang Syariah Card, No. 55 tentang PRKS Musyarakah, No. 56 tentang Review Ujrah, No. 57 tentang LC Kafalah Bil Ujrah, No. 58 tentang Hawalah Bil Ujarah, No. 58 tentang Obligasi Mudharabah Konversi, No. 59 tentang Penyelesaian Piutang Ekspor, No. 60 tentang Penyelesaian Piutang Impor, No. 62 tentang Ju'alah, No. 67 tentang Anjak Piutang, No. 68 tentang Rahn Tasjily, No. 69 tentang SBSN, No. 70 tentang Metode Penerbitan SBSN, No. 71 tentang Sale And Lease Back, No. 73 tentang Musyarakah Mutanaqisah, No. 74 tentang Penjaminan Syariah, No. 75 tentang Pedoman PLBS, No. 76 tentang SBSN Ijarah Asset To be Leased, No. 78 tentang Mekanisme Instrumen Pasar Uang Antar Bank (PUAS), No. 80 tentang Prinsip Syariah Bursa Efek, dan No. 82 tentang Perdagangan Bursa Komoditi.

MUI/VI/2012 tentang Penjualan Langsung Berjenjang Syariah Jasa Perjalanan Umroh, untuk penyelesaian dengan musyawarah, mediasi, arbitase, atau peradilan sesuai dengan kesepakatan dan/atau peraturan perundang-undangan yang berlaku, sedang pada putusan Fatwa MUI No: 88/DSN-MUI/XI/2013 tentang Pedoman Umum Penyelenggaraan Program Pensiun Berdasarkan Prinsip Syariah, cara penyelesaian sama tapi tanpa adanya sesuai kesepakatan para pihak, sedangkan untuk beberapa Fatwa MUI ada yang tidak memuat tentang penyelesaian sengketa.¹³

Terkait dengan beberapa hal di atas tentang penyelesaian sengketa di dalam akta syariah yang termuat dalam beberapa keputusan Fatwa MUI, khususnya yang nanti termuat pada isi pasal yang memuat klausula penyelesaian sengketa, dan itu pula selama sesuai dengan Pasal 38 Undang-Undang Nomor 02 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris. Kehendak atau keinginan para pihak itu tadi tidaklah lepas dari asas kebebasan berkontrak atau *hurriyah* yang memberikan ruang bagi siapa saja subjek hukum, untuk menentukan perikatan-perikatan di dalam perjanjian yang dibuat termasuk menentukan domisili penyelesaian sengketa, serta tidak mengandung unsur yang dapat membatalkan kesepakatan tersebut, seperti kesesatan atau kekhilafan (*dwaling*), paksaan (*dwang* atau *bedreiging*), dan penipuan (*bedrog*).

Permasalahan hukum terkait dengan klausula penyelesaian sengketa pada akad syariah perlu ditelaah lebih jauh, sebab tidak hanya terkait soal haram dan halal nya saja,

¹³ Putusan Fatwa MUI dari tahun 2013-2017; Fatwa MUI No. 85 tentang Janji Dalam Transaksi keuangan Dan Bisnis Syariah, No. 86 tentang Hadiah Dalam Penghimpunan Dana LKS, No. 88 tentang Pedoman Umum Pensiun Syariah, No. 89 tentang Refinancing Syariah, No. 103 tentang Novasi Subjektif Syariah, No. 104 tentang Subrogasi Syariah, No. 105 tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan, No. 106 tentang Wakaf Manfaat Asuransi Dan Manfaat Investasi Pada Asuransi Jiwa Syariah, No. 107 tentang Pedoman Penyelenggaraan Rumah Sakit Syariah, No. 108 tentang Pariwisata Syariah, dan Fatwa MUI No. 109 tentang Pembiayaan Likuiditas Jangka Pendek Syariah (PLJPS).

tetapi juga harus memperhatikan aspek kepastian hukum bagi para pihak. Seperti halnya penyelesaian sengketa yang tidak sesuai dengan keputusan dari Fatwa MUI, atau sudah sesuai dengan keputusan Fatwa MUI, tetapi tidak sesuai dengan keputusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 yang membatalkan penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, menyebutkan yang dimaksud dengan “penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi Akad” seperti melakukan musyawarah, mediasi perbankan, atau melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) dan/atau lembaga arbitrase lain. Termasuk dengan produk-produk hukum dari Mahkamah Agung, seperti Perma atau Sema yang mengatur terkait dengan penyelesaian sengketa pada akad syariah.

Sehingga dalam putusan pembatalan Penjelasan Pasal 55 ayat (2) tersebut terkait penyelesaian sengketa hukum ekonomi syariah harus di Pengadilan Agama, selanjutnya jika para pihak menentukan penyelesaian sengketa dalam akta syariah sesuai dengan kesepakatan dan kehendak para pihak baik itu kesepakatan terkait dengan domisili atau seperti pada contoh kasus di atas tadi antara H. Ahmad Rifa'i bin H. Ating melawan PT. BRI Syariah Cabang Purwakarta, di mana untuk hal penyelesaian sengketa sesuai di dalam Akad Pembiayaan Murabahah Bil Wakalah Akta No: 14 tanggal 06 Maret 2013 Jo Addendum Akad Pembiayaan Murabahah Bil Wakalah Akta No: 71 tanggal 24 September 2014 yang dibuat dihadapan Notaris Nora Indrayani, S.H Notaris di Purwakarta, sesuai kesepakatan melalui lembaga Badan Arbitrase Syariah Nasional, serta apakah keputusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 ini dapat berlaku surut terhadap akta-akta sebelumnya.

Pentingnya penelitian ini bagi masyarakat khususnya Notaris dalam hal ini untuk menelaah terkait bagaimana sebenarnya yang harus dilakukan oleh seorang Notaris yang dalam kedudukannya bukan bagian dari akta atau para pihak, demi dapat memberikan kepastian hukum para pihak bersepakat dan berkehendak sesuai dengan apa yang seharusnya, dan hal paling penting lainnya baik bagi para pihak dan Notaris khususnya adalah soal permasalahan kedudukan hukum yang paling tepat terkait klausula penyelesaian sengketa di dalam akta berdasarkan prinsip syariah, seperti apakah akta berdasarkan prinsip syariah harus dibuat apakah sesuai Keputusan Fatwa MUI, ataukah harus sesuai dengan Keputusan Mahkamah Konstitusi, atau penyelesaian sengketa sesuai dengan kesepakatan para pihak, berdasarkan asas kebebasan berkontrak.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang permasalahan yang telah diuraikan di atas, maka dapat dirumuskan indentifikasi inti permasalahan, yaitu:

1. Apakah implementasi asas *actor sequitor forum rei* terhadap klausula pilihan penyelesaian sengketa sudah dilaksanakan oleh Notaris?
2. Bagaimana implementasi asas *actor sequitor forum rei* oleh Notaris dalam klausula pilihan penyelesaian sengketa akad syariah?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan dari penelitian ini untuk mengadakan identifikasi terhadap permasalahan hukum dalam akta syariah perihal klausula pilihan penyelesaian sengketa antara lain:

1. Bertujuan untuk mengkaji dan menganalisis terkait apakah implementasi asas *actor sequitor forum rei* terhadap klausula pilihan penyelesaian sengketa sudah dilaksanakan oleh Notaris.
2. Bertujuan untuk mengkaji dan menganalisis bagaimana implementasi asas *actor sequitor forum rei* oleh Notaris dalam klausula pilihan penyelesaian sengketa akta syariah.

D. Originalitas Penelitian

Pada sebelumnya telah ada penelitian yang mengkaji permasalahan penyelesaian sengketa terkait dengan asas *actor sequitor forum rei*, dengan judul sebagai berikut:

1. Tinjauan Yuridis Tentang Peranan Identitas Domisili Dalam Menentukan Kompetensi Relatif Pengadilan. Permasalahan hukum terkait dengan penelitian ini ialah pertama, untuk mengetahui bagaimana kedudukan hukum identitas domisili. Kedua, bagaimana peranan identitas domisili dalam menentukan kompetensi relatif Pengadilan Negeri.
2. Eksepsi Terhadap Pengajuan Gugatan Perdata Berkenaan Dengan Barang Tetap Tersebut Terletak (Studi Kasus Di Pengadilan Negeri Semarang). Permasalahan hukum yang diteliti ialah pertama, bagaimana permohonan diajukannya eksepsi terhadap pengajuan gugatan perdata yang berkenaan dengan barang tetap tersebut terletak oleh tergugat. Kedua bagaimana pertimbangan hakim dalam memutuskan putusan bahwa eksepsi diterima atau ditolak.
3. Penerapan Prinsip Yuridiksi *In Rem (Forum Rei Sitae)* Dalam Gugatan Orang Terkenal Terhadap *Cybersquatter* Di Indonesia. Permasalahan hukum dalam

penelitian ini ialah *forum rei sitae* merupakan perwujudan dari yurisdiksi *in rem*, yakni penguasaan negara atas benda tetap yang situsnya berada di wilayah teritorialnya. Telah menjadi kebiasaan dan yurisprudensi di Indonesia, bahwa gugatan atas dasar perbuatan melanggar hukum mengenai sengketa atas benda tetap, misalnya tanah dan bangunan diajukan ke Pengadilan yang wilayah hukumnya meliputi wilayah dari benda tetap, berdasarkan *forum rei sitae* sebagaimana diatur dalam Pasal 118 ayat (3) *Het Herziene Inlandsh Reglement* (HIR). Namun, apakah kebiasaan dan yurisprudensi di Indonesia tersebut dapat dibenarkan.

4. Kewenangan Pengadilan Agama Sidoarjo Dalam Menangani Permohonan Eksekusi Sertifikat Hak Tanggungan Bank Bukopin Syariah Cabang Surabaya. Permasalahan hukum terkait dengan penelitian ini ialah pertama, bagaimana kewenangan Pengadilan Agama dalam penyelesaian perkara ekonomi syariah. Kedua, bagaimana penerapan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dalam pelaksanaan permohonan eksekusi hak tanggungan.

Perbedaan terkait dengan penelitian yang diajukan oleh peneliti dengan penelitian sebelumnya ialah *pertama*; untuk mengetahui terkait apakah implementasi asas *actor sequitor forum rei* terhadap pilihan sengketa sudah dilaksanakan oleh Notaris khusus dalam akad syariah. Permasalahan hukum *kedua*; bagaimana implementasi asas *actor sequitor forum rei* oleh Notaris dalam klausula pilihan penyelesaian sengketa akad syariah. Penelitian ini dilakukan kepada para Notaris yang pernah membuat akad-akad syariah di Daerah Istimewa Yogyakarta dan pengumpulan data-data produk Notaris di Indonesia yang terkait dengan penelitian ini.

E. Metode Penelitian

Metode penelitian ini menggunakan cara yuridis normatif dan yuridis empiris, kedua metode penelitian ini agar dapat memberikan hasil yang komperhensip bagi penulis dan khususnya pada penelitian ini.

1. Objek dan Subjek Penelitian

- a. **Objek** penelitian ini adalah dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012.
- b. **Subjek** penelitian yang terkait dengan penelitian ini ialah para pejabat Notaris yang pernah membuat akta syariah pasca adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92/PUU-X/2012.

2. Data Penelitian atau Bahan Hukum

- a. **Bahan primer** antara lain hasil dari pengumpulan data-data riset lapangan, seperti hasil dari wawancara dan kuisisioner dari para responden dalam penelitian ini.
- b. **Bahan sekunder** antara lain terdiri dari tiga sub bagian, antara lain;
 - 1) **Data hukum primer** penelitian ini terdiri dari Peraturan Undang-Undang Jabatan Notaris, Undang-Undang Perbankan Syariah, Putusan Mahkamah Konstitusi No. 93/PUU-X/2012, dan Putusan dari Mahkamah Agung, serta putusan-putusan dari Pengadilan baik tingkat pertama dan terakhir yang terkait dengan penelitian ini.

- 2) **Data hukum sekunder** penelitian ini terdiri dari, pendapat hukum/doktrin hukum/teori-teori hukum, artikel-artikel hukum, buku-buku, web dan dokumen-dokumen lain yang didapat dari riset lapangan.
- 3) **Data hukum tersier** penelitian ini ialah kamus hukum, kamus bahasa Indonesia, kamus bahasa Inggris, dan kamus lainnya yang dapat membantu petunjuk terhadap data primer dan data sekunder.

3. Teknik Pengumpulan atau Pengolahan Data

Teknik pengumpulan data yakni dengan mengumpulkan peraturan perundang-undangan dan dokumen-dokumen dari bidang-bidang yang terkait dengan permasalahan yang menjadi pusat dari peneliti di perpustakaan kampus, kota, daerah, dan provinsi, serta pengumpulan dari jaringan internet, dan pengambilan data-data hasil riset di lapangan, baik objek dan subjek yang terkait dalam penelitian ini dengan cara antara lain:

a. Teknik Wawancara Tidak Terpimpin

- 1) Perencanaan pelaksanaan wawancara atau dengan kuisisioner sesuai dengan waktu yang disepakati antara peneliti dan responden;
- 2) Membuat pedoman wawancara atau dengan kuisisioner yang memuat pokok-pokok pembahasan yang ditanyakan.
- 3) Mencatat, dan merekam semua pembicaraan atau jawaban antara peneliti dan responden.

b. Narasumber atau Responden

Responden dalam penelitian ini ialah para pejabat Notaris yang pernah membuat klausula pilihan penyelesaian sengketa dalam akta-akta syariah pasca adanya Keputusan Mahkamah konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012.

c. Teknik Pemilihan Narasumber atau Responden

Teknik pemilihan responden dalam penelitian ini ialah memilih para pejabat Notaris dengan cara random atau acak berdasarkan permasalahan yang sedang diteliti.

4. Pendekatan Penelitian

Pendekatan dilakukan dalam penelitian ini adalah dengan pendekatan undang-undang (*statute approach*) yang terkait dengan penelitian, pendekatan konseptual (*conceptual approach*) yang terkait teori hukum ekonomi syariah serta asas-asas hukum yang terkait, dan dengan pendekatan kasus (*case approach*) atau secara sosiologis (*social approach*).

5. Analisis Penelitian

Analisis atau pembahasan dalam penelitian ini akan dikaitkan terhadap teori atau kerangka teori atau kerangka pikir dari penelitian secara empirik dari data-data primer dan sekunder yang dikumpulkan, serta dihubungkan dengan doktri atau asas hukum dari penelitian normatif yang terkait dengan peraturan perundang-undangan terkait. Analisis data hasil opservasi dan wawancara di lapangan, dengan

mempergunakan pengertian-pengertian dasar dari sistem hukum yang lazimnya mencakup:¹⁴

- a) Subjek hukum;
- b) Hak dan kewajiban;
- c) Peristiwa hukum;
- d) Hubungan hukum, dan
- e) Objek hukum.

F. Kerangka Teori

Teori yang digunakan nantinya sebagai analisis terkait dengan permasalahan hukum dalam penelitian ini perihal klausula pilihan penyelesaian sengketa di dalam akad syariah. Selain menggunakan teori kompetensi relatif Pengadilan Agama, Asas *actor sequitor forum rei*, teori perikatan, asas kebebasan berkontrak, yurisprudensi dan akta. Oleh karena itu korelasi antara permasalahan hukum di atas dengan teori yang akan dijelaskan nanti dalam kerangka teori ini, akan memperjelas kedudukan hukumnya. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 yang intinya memberikan kewenangan atau kompetensi relatif kepada Pengadilan Agama untuk menyelesaikan permasalahan-permasalahan terkait dengan perbankan syariah dan hukum ekonomi syariah, tujuannya untuk memberikan kepastian hukum baik pada perbankan atau pun nasabah.

¹⁴ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cetakan Ketiga, (UII Press, Jakarta, 2007)., hlm. 255.

1. Kompetensi Relatif Pengadilan Agama

Aspek politik hukum Islam mencakup segi nilai dan tujuan hukum sesuai dengan kriteria dan pedoman Allah Yang Maha Sempurna, sehubungan dengan itu, maka perundangan tentang Pengadilan Agama dan perundangan tentang Sistem Pendidikan Nasional bertujuan mendidik manusia berkualitas yaitu yang beriman dan bertakwa. Pengadilan Agama di Indonesia sudah dikenal sejak masa Hindia Belanda. Kemudian, dengan Undang-Undang nomor 7 Tahun 1989, lahir suatu struktur baru dalam Pengadilan Agama di negeri ini, yang merombak praktik peradilan yang lama. Dalam konteks ini, ada dua aspek: pertama, modernisasi Pengadilan Agama sehingga menjadi setara dengan peradilan dalam system hukum modern; kedua, menjadikan serta menempatkan Pengadilan Agama setinggi dengan peradilan-peradilan lain, sebagai bagian dari keseluruhan struktur peradilan di negeri ini.¹⁵

Pasal 24 Undang-Undang Dasar 1945 menentukan bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan dalam oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan-badan peradilan yang ditentukan oleh undang-undang, pelaksanaan dari ketentuan ini kemudian dijabarkan di dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 yang merupakan perubahan dari Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970, di mana ditentukan di dalam Pasal 2 bahwa ada 4 lingkup peradilan di bawah Mahkamah Agung: a. Lingkup Pengadilan Umum, b. Lingkup Pengadilan Agama, c. Lingkup Pengadilan Militer, dan d. Lingkup Pengadilan Tata Usaha Negara.¹⁶

¹⁵ Amrullah Ahmad, et.al, *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996)., hlm. 144-205.

¹⁶ Harifin A, Tumpah, *Menuju Peradilan Yang Agung*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: Rangkang Education, 2012)., hlm. 84.

Kekuasaan mutlak Pengadilan berkenaan dengan jenis perkara dan sengketa kekuasaan Pengadilan, Pengadilan dalam lingkungan Pengadilan Agama memiliki kekuasaan memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara perdata tertentu dikalangan golongan rakyat tertentu, yaitu orang-orang yang beragama Islam, perkara perdata itu adalah di bidang perkawinan, kewarisan, wasiat, hibah, wakaf dan shadaqah yang dilakukan berdasarkan hukum Islam.¹⁷

Kewenang mutlak adalah wewenang badan Pengadilan dalam memeriksa jenis perkara tertentu yang secara mutlak tidak dapat diperiksa oleh badan Pengadilan lain, baik dalam lingkungan Pengadilan yang sama (Pengadilan Negeri dengan Pengadilan Tinggi) maupun dalam lingkungan Pengadilan yang lain (Pengadilan Negeri dengan Pengadilan Agama). Menurut **Retnowulan**, wewenang mutlak adalah menyangkut pembagian kekuasaan antar badan-badan peradilan, dilihat dari macam-macam Pengadilan menyangkut pemberian kekuasaan untuk mengadili, dalam bahas Belanda disebut *attributie van rechtsmacht*, yaitu wewenang mutlak yang menyangkut pembagian kekuasaan antara badan peradilan dilihat dari macamnya Pengadilan dan menyangkut pemberian kekuasaan untuk mengadili.¹⁸ Oleh karena itu untuk menentukan *actor sequitor forum rei* atau landasan penentuan kompetensi relatif Pengadilan Agama juga merujuk pada ketentuan Pasal 118 HIR, atau Pasal 142 R.Bg jo. Pasal 66 dan Pasal Pasal 73 undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Pangadilan Agama. Penentuan kompetensi relatif ini bertitik tolak dari aturan

¹⁷ Cik Hasan Bisri, *Peradilan Agama Di Indonesia*, Edisi Revisi, Cetakan Keempat, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2003)., hlm. 220-221.

¹⁸ H. Zainal Asikin, *Hukum Acara Perdata Di Indonesia*, Edisi Pertama, Cetakan Kedua, (Jakarta: Kencana, 2016)., hlm. 85.

yang menetapkan ke Pengadilan Agama mana gugatan diajukan agar gugatan memenuhi syarat formal.¹⁹

Terkait dengan kompetensi relatif yang artinya kekuasaan Pengadilan dalam satu jenis dan tingkatan, perbedaannya dengan Pengadilan lain yang sejenis dan tingkatannya yang kekuasaan Pengadilan dibatasi oleh wilayah hukum, di mana masing-masing peradilan berwenang mengadili perkara yang sudah menjadi *a quo* atau kewenangannya berdasarkan wilayah hukumnya. Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama memiliki kekuasaan memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara perdata tertentu di kalangan golongan rakyat tertentu, yaitu orang-orang beragama Islam, kekuasaan Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama mengalami perluasan terutama sejak berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, kemudian mengalami penyeragaman sejak berlakunya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Pengadilan Agama yang secara umum memuat beberapa perubahan tentang penyelenggaraan Peradilan Agama di Indonesia, diantaranya perubahan dasar hukum penyelenggara Pengadilan Agama dan wewenang Pengadilan Agama, dalam ketentuan-ketentuan itu menunjukkan bahwa cakupan kekuasaan absolut Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama, secara garis besar meliputi perkara-perkara perdata tertentu dikalangan orang-orang yang beragama Islam, antara lain di bidang perkawinan, kewarisan, wasiat, hibah, wakaf dan shadaqah yang dilakukan berdasarkan hukum Islam.²⁰

¹⁹ Hj. Sulaikin Lubis, et al. *Hukum Acara Perdata Peradilan Agama Di Indonesia*, Edisi Pertama, Cetakan Pertama, (Jakarta: Kencana, 2005)., hlm. 102.

²⁰ Jaih Mubarak, *Peradilan Agama Di Indonesia*, Cetakan Pertama, (Bandung: Pustaka Bani Quraisy, 2004)., hlm. 13-14.

Pada tanggal 28 Februari 2006, Undang-Undang nomor 7 Tahun 1989 tentang Pengadilan Agama telah diamandemen dengan Undang-Undang nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, perubahan tersebut dilakukan karena Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tidak sesuai lagi dengan perkembangan kebutuhan hukum masyarakat dan kehidupan ketatanegaraan menurut Undang-undang Dasar 1945, kewenangan Peradilan Agama yang semula bertugas berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang perkawinan, kewarisan, wasiat hibah, wakaf dan shadaqah, berdasarkan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 kewenangan diperluas dalam bidang ekonomi syariah meliputi: Bank syariah, Reasuransi Syariah, Suart Berharga Menengah Syariah, Sekuritas Syariah, Dana Pensiun Lembaga Keuangan (DPLK) Syariah, Bisnis Syariah dan Lembaga keuangan Mikro Syariah. Dan perubahan terakhir Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Pengadilan Agama. Dalam perkara ekonomi syariah belum ada pedoman bagi hakim dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syariah, untuk memperlancar proses pemeriksaan dan penyelesaian sengketa ekonomi syariah, dikeluarkan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 tentang Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.²¹

Pembagian kewenangan absolut masing-masing peradilan juga ditegaskan oleh Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menegaskan kewenangan Pengadilan Agama, selanjutnya ditambahkan lagi dengan

²¹ Arini Indika Arifin, *Reformasi Kekuasaan Mengadili Pengadilan Agama Berdasarkan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Pengadilan Agama*, Jurnal Millah Vol. XVI, Nomor 2, Februari 2017, hlm. 352-353.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 yang menjelaskan bahwa penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, maka para pihak baik Bank Syariah dan nasabah tidak lagi harus mengikuti penjelasan Pasal 55 ayat (2) dalam memilih penyelesaian sengketa secara nonlitigasi, walaupun demikian musyawarah masih tetap menjadi pilihan alternatif utama penyelesaian sengketa perbankan syariah sebelum membawa sengketa ke tingkat selanjutnya.²² Yang terbaru adanya Peraturan Mahkamah Agung Nomor 14 Tahun 2016 tentang Tata Cara Penyelesaian Perkara Ekonomi Syariah pada Pasal 13 di dalamnya memberikan kewenangan kepada Pengadilan Agama menyelesaikan perkara perdata terkait dengan akad-akad syariah, khususnya pada akad/perjanjian *accessoir* seperti hak tanggungan dan fidusia. Selain itu juga tentang eksekusi putusan Basyarnas yang sebelumnya kompetensi ke Pengadilan Agama berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 08 Tahun 2008 dinyatakan tidak berlaku lewat Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 08 Tahun 2010, hingga mengalami kemunduran yanamana kompetensi kembali Ke Pengadilan Negeri, sekarang telah kembali lagi kewenangan tersebut di mana eksekusi putusan Basyarnas ke Pengadilan Agama.

²² <http://pencaramuslim.com/analisis-putusan-mk-no-93puu-x2012/>, diakses pada tanggal 24 Februari 2019.

2. Yurisprudensi

Yurisprudensi adalah keputusan-keputusan dari hakim terdahulu untuk menghadapi suatu perkara yang tidak diatur di dalam undang-undang dan dijadikan sebagai pedoman bagi para hakim yang lain untuk menyelesaikan suatu perkara yang sama. Istilah Yurisprudensi berasal dari bahasa latin “*Jurisprudentia*”, yang artinya “Pengetahuan tentang Hukum” (*Rechtsgellerheid*), Yurisprudensi (Indonesia) juga berasal dari kata *Jurisprudentie* (Belanda) dan *Jurisprudence* (Perancis).²³

Yurisprudensi memiliki pengertian berbeda di negara yang menganut sistem hukum Anglo Saxon dan sistem hukum Eropa Kontinental. Di negara-negara Anglo Saxon seperti Amerika dan Inggris, yurisprudensi memiliki arti ilmu hukum dan disebut preseden. Sedangkan negara yang menganut sistem hukum Eropa Kontinental seperti Belanda, Jerman, Perancis termasuk Indonesia mengartikan yurisprudensi sebagai putusan Pengadilan.²⁴

Yurisprudensi berarti peradilan pada umumnya (*judicature, rechtspraak*), ketentuan hukum yang dikeluarkan oleh yang berwenang, seperti Mahkamah Agung, dan/atau Mahkamah Konstitusi dan lainnya,²⁵ Menurut **Kansil** pengertian yurisprudensi adalah keputusan hakim terdahulu yang sering diikuti dan dijadikan dasar keputusan oleh hakim kemudian mengenai masalah yang sama.²⁶

Sudikno Mertokusumo, yurisprudensi adalah pelaksanaan hukum dalam hal konkret terhadap tuntutan hak yang dijalankan oleh badan yang berdiri sendiri dan

²³ <http://www.sumberilmuhukum.com/2017/11/pengertian-yurisprudensi-dan-contohnya.html> Diakses tanggal 10 September 2018.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ H. Saifuddin Arif, *Notaris Syariah; Dalam Praktik Jilid Ke I Hukum Keluarga Islam*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Darunnajah Publising, 2011)., hlm. 26.

²⁶ *Ibid.*

diadakan oleh suatu negara serta bebas dari pengaruh apa atau siapa pun dengan cara memberikan putusan yang mengikat dan berwibawa. Di samping itu yurisprudensi dapat pula berarti ajaran hukum atau doktrin yang dimuat dalam putusan, yurisprudensi atau putusan Pengadilan merupakan produk yudikatif, yang berisi kaidah atau peraturan hukum yang mengikat pihak-pihak yang berangkutan atau terhukum, jadi putusan Pengadilan hanya mengikat orang-orang tertentu saja dan tidak mengikat setiap orang secara umum seperti undang-undang.²⁷ Undang-undang juga harus dilihat sebagai pemfiksian suatu formula dengan wibawa untuk menguasai kehidupan hukum, kehidupan itu dibentuk oleh keseluruhan norma-norma, sebagaimana itu menampakkan diri dalam masyarakat. Setiap gejala itu dapat menyesuaikan diri dengan yang lain, kita harus mengusahakan suatu penyesuaian dan akhirnya kita harus mengkajinya dengan keinginan akan keadilan, yang menguasai keseluruhannya. Maka lalu kepada tradisilah kita tunduk, tradisi yang menyatakan dirinya dalam suatu yurisprudensi yang tetap, suatu yurisprudensi yang menetap.²⁸

Putusan Mahkamah Konstitusi sebagai yurisprudensi ditinjau dari Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 29 ayat (1) ” Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang diputusannya bersifat final”. Pada peraturan lainnya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang

²⁷ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Edisi Keempat, Cetakan Kedua, (Yogyakarta: Liberty Yogyakarta, 1999)., hlm. 104.

²⁸ MR. C. Asser, *Penuntut Dalam Mempelajari Hukum Perdata Belanda: Bagian Umum*, Cetakan Kedua, (Yogyakarta:Gajah Mada University Press, 1993)., hlm.123-125.

Mahkamah Konstitusi Pasal 10 ayat (1) “Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final”.²⁹

Secara umum putusan Mahkamah Konstitusi berisi pernyataan apa yang menjadi hukumnya dan sekaligus dapat meniadakan keadaan hukum dan menciptakan keadaan hukum baru. Dalam perkara pengujian undang-undang, putusan yang mengabulkan bersifat *declaratoir*, karena menyatakan apa yang menjadi hukum dari suatu norma undang-undang, yaitu bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Pada saat yang bersamaan, putusan tersebut meniadakan keadaan hukum berdasarkan norma yang dibatalkan dan menciptakan keadaan hukum baru.³⁰

Keputusan Hakim Pengadilan dapat juga dijadikan sebagai dasar berlakunya hukum perdata, karena adanya perbedaan pendapat (pertikaian atau perselisihan) mengenai pelaksanaan kewajiban dan hak yang ditetapkan oleh hukum perdata. Putusan hakim selalu bersifat memaksa (*dwingend*) artinya, jika ada pihak yang tidak mematuhi, hakim dapat memerintahkan pihak yang bersangkutan supaya mematuhi dengan kesadaran sendiri.³¹

²⁹ Rimsa Kautsar, *Putusan Mahkamah Konstitusi Sebagai Yurisprudensi Untuk Pembangunan Hukum Di Indonesia*, Makalah pada acara Kelompok Diskusi Terbatas “Penyusunan Modul Restatment: Mendorong Kualitas Dan Akuntabilitas Hukum” yang diselenggarakan oleh Pusat Studi Hukum Dan Kebijakan Indonesia (PSHK), pada Rabu, 31 Mei 2017., hlm. 1.

³⁰ *Ibid.*, hlm. 2.

³¹ M. Zen Abdullah, *Intisari Hukum Perdata Materil*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: Hasta Cipta Mandiri, 2009), hlm., 35-36.

3. Teori Perikatan

Perikatan tidak ada dirumuskan dalam Undang-Undang, tapi dirumuskan sedemikian rupa dalam ilmu pengetahuan hukum. Perikatan adalah hubungan hukum antara dua pihak di dalam lapangan harta kekayaan, dimana pihak yang satu berhak atas prestasi dan pihak yang lain berkewajiban memenuhi prestasi itu. Hak dan kewajiban tersebut merupakan akibat hubungan hukum, yaitu hubungan yang diatur oleh hukum.³² Definisi dari perikatan adalah suatu hubungan hukum antar dua atau lebih pihak, dalam mana pihak satu mempunyai kewajiban memenuhi sesuatu yang menjadi hak pihak lain. (beri dan tuntutan prestasi). Pihak yang mempunyai kewajiban itu dinamakan juga pihak berhutang atau *debitur*, sedangkan pihak yang mempunyai hak itu disebut juga pihak penagih atau *crediteur* (pihak berpihutang).³³

Menurut para ahli hukum perdata seperti **A. Pitlo**, perikatan adalah suatu hubungan hukum yang bersifat harta kekayaan antara dua orang atau lebih, atas dasar mana pihak yang satu berhak dan pihak lain berkewajiban atas sesuatu prestasi. **Von Savigny** perikatan hukum adalah hak dari seseorang terhadap seseorang lain. Menurut **Yustianus**, suatu perikatan hukum atau *obligatio* adalah suatu kewajiban dari seseorang untuk mengadakan prestasi terhadap pihak lain, pendapat **Prof Subekti**, perikatan adalah suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu. **Prof Soediman Kortohadiprodjo**, hukum perikatan ialah kesemuanya kaidah hukum

³² Agus Pandoman, *Sistem Hukum Perikatan BW Dan Islam*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: Raga Utama Kreasi, 2017)., hlm. 23-24.

³³ H. Mashudi dan Mohammad Chidir Ali, *Bab-Bab Hukum Perikatan; Pengertian-Pengertian Elementer*, Cetakan Pertama, (Bandung: Mandar Maju, 1995)., hlm. 55.

yang mengatur hak dan kewajiban seseorang yang bersumber pada tindakannya dalam lingkungan hukum kekayaan, menurut **Abdulkadir Muhammad**, perikatan adalah hubungan hukum yang terjadi antara debitur dan kreditur, yang terletak dalam bidang harta kekayaan.³⁴

Secara definitif, istilah hukum perikatan syariah, menurut **Prof Dr. H. M. Tahir Azhari**, adalah bagian dari hukum Islam bidang *muamalah* yang mengatur perilaku manusia di dalam menjalankan hubungan ekonominya. Pengertian hukum perikatan Islam (syariah) menurut **Prof. Dr. H. M. Tahir Azhari**, hukum perikatan adalah seperangkat kaidah hukum yang bersumber dari Al-Quran dan As-Sunnah (*al-hadis*), dan *al-ra'yu (ijtihad)* yang mengatur tentang hubungan antara dua orang atau lebih mengenai suatu benda yang diharamkan menjadi objek suatu transaksi.³⁵

Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, dengan menggunakan istilah perutusan merumuskan, bahwa pertimbangan itu merupakan hubungan hukum yang atas dasar itu seseorang dapat mengharapkan suatu prestasi dari seseorang yang lain, jika perlu dengan perantara hakim. **R Setiawan** menyatakan bahwa perikatan adalah suatu hubungan hukum antara sejumlah terbatas subjek-subjek hukum sehubungan dengan seorang atau beberapa orang daripadanya (debitur atau para debitur) mengikatkan diri untuk bersikap menurut cara-cara tertentu terhadap pihak lain, yang berhak atas sikap yang demikian. Setiawan juga menyatakan bahwa perikatan adalah suatu hubungan hukum yang bersifat harta kekayaan antara dua orang atau lebih, atas dasar

³⁴ <http://www.jurnalhukum.com/pengertian-perikatan/> diakses pada tanggal 18 Mei 2019.

³⁵ Gemala Dewi et.al, *Hukum Perikatan Islam*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Kencana, 2005)., hlm. 3.

mana pihak yang satu berhak (kreditor) dan pihak lain memiliki kewajiban (debitor) atas suatu prestasi.³⁶

M. Yahya Harahap dengan menggunakan istilah perjanjian mendefinisikan perikatan sebagai hubungan hukum kekayaan atau harta benda antara dua orang atau lebih yang memberikan kekuatan hak pada satu pihak untuk memperoleh prestasi dan sekaligus mewajibkan pada perihal lain untuk menunaikan prestasi. Menurut **H.F.A Vollmar**, *verbintensi* adalah orang yang berutang atau debitor wajib melakukan sesuatu prestasi yang dapat dituntut pelaksanaannya dalam hukum terhadap orang lain, yaitu orang yang menghutangi atau kreditor. Dengan kata lain, perikatan merupakan sebuah hubungan hukum berdasarkan hubungan hukum di mana seseorang dapat mengharapkan prestasi dari orang lain, jika perlu dengan perantaraan hakim.³⁷

Apabila dua orang atau dua pihak saling berjanji untuk misalnya, melakukan atau memberikan sesuatu berarti masing-masing orang atau pihak itu mengikatkan diri kepada yang lain untuk melakukan atau memberikan sesuatu yang meraka perjanjikan. Dengan begitu kita dapat mengatakan bahwa perikatan (*iltizam*) dalam hukum Islam adalah terisinya *dzimmah* seseorang atau suatu pihak dengan suatu hak yang wajib ditunaikannya kepada orang atau pihak lain. Pada sisi lain, **Mustafa az-Zarqa'** mendefinisikan perikatan (*iltizam*) sebagai, keadaan di mana seseorang diwajibkan menurut hukum *syara'i* untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu bagi kepentingan orang lain. Ditinjau dari segi isinya, perikatan itu ada yang berupa kewajiban memberikan atau menyerahkan sesuatu, ada yang berupa kewajiban

³⁶ Abdul Munif, *Perikatan Bersyarat Batal*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: FH UII Press, 2016)., hlm. 42.

³⁷ *Ibid.*, hlm. 43.

melakukan sesuatu, sumber-sumber perikatan dalam hukum Indonesia ada dua, yaitu (1) perjanjian, dan (2) Undang-Undang. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1233 KUHPerdara, “*Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan (perjanjian), maupun karena undang-undang*”.³⁸

Hukum perikatan yang bersumber pada perjanjian dan perikatan yang bersumber pada perundang-undangan pada hakikatnya tidak ada perbedaan, sebab semua perikatan meskipun bersumber pada perjanjian pada hakikatnya baru mempunyai kekuatan sebagai perikatan karena diakui oleh undang-undang dan karena mendapat sanksi dari undang-undang. Para ahli hukum perdata pada umumnya sependapat bahwa sumber perikatan sebagaimana disebut Pasal 1233 KUHPerdara yaitu perjanjian dan undang-undang adalah kurang lengkap, sumber perikatan yang lain adalah ilmu pengetahuan hukum perdata, hukum tidak tertulis dan keputusan hakim (*yurisprudensi*).³⁹

a. Perikatan karena undang-undang

Suatu perikatan dapat lahir dari undang-undang atau dari persetujuan, perikatan-perikatan yang lahir dari undang-undang dapat dibagi lagi atas; (1) yang lahir dari undang-undang saja, dan (2) yang lahir dari undang-undang karena perbuatan seorang, sedangkan perbuatan orang ini dapat berupa perbuatan yang dibolehkan, atau yang melanggar hukum (*onrechtmatig*), yang dimaksudkan dengan perikatan-perikatan yang lahir dari undang-undang saja

³⁸ Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah Studi Tentang Teori Akad Dalam Fikih Muamalat*, Edisi Pertama, Cetakan Pertama, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2007)., hlm. 43-49.

³⁹ Riduan Syahrani, *Seluk Beluk Dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Cetakan Ketiga, (Bandung: Alumni, 1992)., hlm. 210-211.

ialah perikatan-perikatan yang timbul oleh hubungan kekeluargaan. Jadi yang terdapat dalam Buku I B.W.⁴⁰

Perikatan yang lahir dari undang-undang karena suatu perbuatan yang diperbolehkan adalah pertama timbul jika seorang melakukan suatu “pembayaran yang tidak diwajibkan” (*onverschuldigde*) (Pasal 1359 yang 1). Suatu perikatan lagi yang lahir dari undang-undang karena perbuatan yang diperbolehkan ialah yang dinamakan (*Zaakwaarneming*) (Pasal 1354). Ini terjadi jika seorang dengan sukarela dan dengan tidak diminta, mengurus kepentingan-kepentingan orang lain. Perihal perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan seorang yang melanggar hukum, diatur dalam Pasal 1365 B.W. Pasal ini menetapkan, bahwa tiap perbuatan yang melanggar hukum (*onrechtmatig daad*) mewajibkan orang yang melakukan perbuatan itu, jika karena kesalahannya telah timbul kerugian, untuk membayar kerugian itu.⁴¹

J. Satrio, Perikatan yang lahir dari undang-undang tidak didahului dengan ketentuan umum, yang mengatur tentang lahirnya dan isi dari perikatan-perikatan seperti itu, tetapi hanya memuat dua pasal yang berisi ketentuan umum dan itupun hanya bersifat akademis dan karenanya tidak memberikan pegangan apa-apa kepada kita, karena perikatan seperti itu tidak bergantung dari kehendak para pihak, maka pembuat undang-undanglah yang menentukan, keadaan dan peristiwa yang bagaimana, yang mengakibatkan lahirnya dan isi perikatan seperti itu. Karena perikatan yang lahir dari undang-undang satu sama lain sangat berlain-lainan, maka untuk masing-masing perikatan pembuat undang-

⁴⁰ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Cetakan Keenambelas, (Jakarta: PT. Intermasa, 1982), hlm. 132.

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 133.

undang memberikan ketentuan sendiri. Perikatan karena *onverschuldigde, Zaakwaarneming, onrechtmatig daad*, maka dapat dikatakan bahwa ketiga macam perikatan itu terletak dalam lapangan hukum kekayaan, peristiwa-peristiwa yang melahirkan perikatan seperti tersebut di atas bisa sangat bervariasi dan mungkin itulah sebabnya, bahwa pembuat undang-undang mangaturnya pada bagian yang mempunyai judul yang bersifat umum, yaitu tentang perikatan yang lahir dari undang-undang.⁴²

Perikatan bersumber undang-undang memiliki karakter sebagai hukum represif suatu tindakan atau perbuatan yang dihasilkan dari suatu peraturan perundang-undangan dan diperlukan sebagai kearifan Negara. Menurut **Philippe Nonet** dan **Philip Selznick**, fungsi menegakan hukum terikat oleh problem dan konteks tertentu (keadaan yang dihadapi), ketika keadaan benar-benar parah, atau dalam keadaan bahaya, tertib hukum harus memiliki potensi represif. Kondisi-kondisi yang demikian memerlukan persyaratan bagi efektivitas penegakan hukum, yaitu: menjamin tegaknya keadilan yang benar-benar mampu untuk memperkuat nilai hukum yang menunjukkan alternatif-alternatif pemaksaan, dan memberikan otoritas kepada penguasa untuk melakukan tindakan-tindakan hukum dengan sumber daya yang tersedia untuk mencapai tujuan yang menguntungkan Negara.⁴³

⁴² J. Satrio, *Hukum Perikatan; Perikatan Yang Lahir Dari Undang-Undang Bagian Pertama*, Cetakan Pertama, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993)., hlm. 45-46.

⁴³ Agus Pandoman, *Teori Dan Praktek Akta (Perikatan Publisitas Dan Non Publisitas)*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: Raga Utama Kreasi, 2017)., hlm. 158-159.

b. Perikatan karena perjanjian

Pasal 1320 KUHPerdara pembuat undang-undang memberikan patokan umum tentang bagaimana suatu perjanjian lahir, di sana ditentukan perbuatan-perbuatan apa yang harus dilakukan oleh orang, agar para pihak bisa secara sah melahirkan hak-hak dan kewajiban-kewajiban bagi mereka atau pihak ketiga, yang dapat dimintakan bantuan pihak Pengadilan dalam pemenuhannya. Suatu syarat yang logis, karena dalam perjanjian setidaknya harus ada dua orang yang saling berhadap-hadapan dan mempunyai kehendak yang saling mengisi, yang penting untuk diperhatikan adalah bahwa yang dimaksud dengan sepakat di sini (Pasal 1320) adalah sepakat pada saat lahirnya perjanjian, bukan pada saat pelaksanaannya.⁴⁴

Perjanjian menimbulkan dan berisi ketentuan-ketentuan hak dan kewajiban antara dua pihak, atau dengan perkataan lain, perjanjian berisi perikatan, kesepakatan para pihak menimbulkan perjanjian yang tak lain sekelompok atau sekumpulan perikatan-perikatan yang mengikat para pihak dalam perjanjian yang bersangkutan, dan perjanjian tersebut baru kita ketahui merupakan perjanjian jenis tertentu setelah melihat perikatan-perikatan yang dilahirkan di dalam perjanjian tersebut. Suatu ketentuan umum tentang perjanjian, antara lain berupa syarat-syarat sahnya dan perumusan mengenai yang dimaksud dengan perjanjian, dengan ketentuan umum seperti itu kita bisa

⁴⁴ J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian Buku I*, Cetakan Pertama, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1995), hlm. 161-166.

menentukan, apakah perjanjian tertentu betul merupakan perjanjian sebagai yang dimaksud oleh Buku III, dan dapat menetapkan sah atau tidak perjanjian.⁴⁵

Perikatan sebagaimana yang diungkapkan **Subekti** bahwa perikatan adalah suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu. Sementara perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seorang berjanji kepada seorang lain atau di mana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal, berdasarkan peristiwa hukum tersebut yang disebut perikatan, sehingga perjanjian itu menerbitkan suatu perikatan antara dua orang atau dua pihak yang membuatnya.⁴⁶

Perwujudan dari perjanjian itu merupakan rangkaian kata-kata yang mengandung janji atau kesanggupan untuk melaksanakan sesuatu, kata-kata mana dapat berupa ucapan (lisan) dan dapat juga dalam bentuk tulisan (kontrak), dengan demikian, hubungan antara perikatan dengan perjanjian adalah: (1) perjanjian melahirkan perikatan; (2) perjanjian merupakan sumber perikatan disamping sumber-sumber lainnya seperti undang-undang.⁴⁷

4. Akad atau Perjanjian Pokok Dan *Accessoir*

Mengenai sifat perjanjian jaminan lazimnya dikonstruksikan sebagai perjanjian yang bersifat *accessoir* yaitu senantiasa merupakan perjanjian yang dikaitkan dengan perjanjian pokok, mengabdikan pada perjanjian pokok. Dalam praktek perbankan

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 5-9.

⁴⁶ Marilang, *Hukum Perikatan, Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, Cetakan Pertama, (Makassar: Indonesia Prime, 2017)., hlm. 59.

⁴⁷ *Ibid.*, hlm. 60.

perjanjian pokoknya itu berupa perjanjian kredit atau perjanjian membuka kredit oleh bank, dengan kesanggupan memberikan jaminan berupa beberapa kemungkinan hipotik, atau *credietverband*, gadai, fiducia, *borgtocht* dan lainnya. Kemudian diikuti perjanjian penjaminan secara tersendiri yang merupakan tambahan (*accessoir*) yang dikaitkan dengan perjanjian pokok tersebut. Dalam praktek perbankan nampak bahwa perjanjian pemberian kredit (perjanjian pokok) dan perjanjian penjaminan (perjanjian *accessoir*) itu tercantum dalam formulir (model) atau akta yang terpisah.⁴⁸

Sifat dari hak-hak jaminan dalam praktek perbankan ada yang hak kebendaan dan ada yang bersifat hak perorangan. Tergolong jaminan yang bersifat kebendaan ialah hipotik, gadai, *credirtverband* (pinjaman atau penggadaian atas jaminan tanah), fiducia. Sedang jaminan yang bersifat perorangan ialah *borgtocht* (perjanjian penggunaan), perutusan tanggung-menanggung, perjanjian garansi dan lain-lain. Hak kebendaan memberikan kekuasaan yang langsung terhadap bendanya, sedangkan hak perorangan menimbulkan hubungan langsung antara perorangan yang satu dengan yang lain.⁴⁹

Tujuan dari jaminan yang bersifat kebendaan bermaksud memberikan hak *verhaal* (hak untuk meminta pemenuhan piutangnya) kepada si kreditur, terhadap hasil penjualan benda-benda tertentu dari debitur untuk pemenuhan piutangnya. Jaminan yang bersifat perorangan memberikan hak *verhaal* kepada kreditur, terhadap benda keseluruhan dari debitur untuk memperoleh pemenuhan dari piutangnya. Ciri khas dari jaminan yang bersifat kebendaan ialah dapat

⁴⁸ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Jaminan Di Indonesia Pokok-Pokok Hukum Jaminan Dan Jaminan Orang*, Cetakan Ketiga, (Yogyakarta: Liberty Offset, 2003), hlm. 37.

⁴⁹ *Ibid.*, hlm. 38.

dipertahankan (dimintakan pemenuhan) terhadap siapapun juga. yaitu terhadap mereka yang memperoleh hak baik berdasarkan atas hak yang umum maupun yang khusus, juga terhadap para kreditur dan pihak lawannya. Hak tersebut selalu mengikuti bendanya (*droit de suite; zaaksgevolg*) dalam arti bahwa yang mengikuti bendanya itu tidak hanya haknya tetapi juga kewenangan untuk menjual bendanya dan hak eksekusi.⁵⁰

Bentuk perjanjian mengenai berbagai macam lembaga jaminan dalam praktek perbankan di Indonesia diisyaratkan dalam bentuk tertulis, sebagaimana nampak dalam formulir atau model-model tertentu dari bank atau dituangkan dalam bentuk akta Notaris. Mengenai bentuk perjanjian yang bertalian dengan tanah terkait oleh bentuk tertentu dan tata cara sebagaimana telah diatur dalam UUPA dan peraturan-peraturan pelaksanaannya, di mana ditentukan bahwa pembebanan *credietverband* harus dibuat dengan akta Pejabat Pembuat Akta tanah.⁵¹

a. Asas-asas hukum jaminan

1. asas *publicitet*, yaitu asas bahwa semua hak, baik hak tanggungan, hak fidusia dan hipotek harus didaftarkan, pendaftaran ini dimaksudkan supaya pihak ketiga dapat mengetahui bahwa benda jaminan tersebut sedang dilakukan pembebanan jaminan.
2. asas *specialitet*, yaitu bahwa hak tanggungan, hak fidusia dan hipotik hanya dapat dibebankan atas percil atau atas barang-barang yang sudah terdaftar atas nama orang tertentu.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 40-41.

3. asas tak dapat dibagi-bagi, yaitu asas dapat dibaginya hutang tidak dapat mengakibatkan dapat dibaginya hak tanggungan, hak fidusia, hipotek dan hak gadai walaupun telah dilakukan pembayaran sebagian.
4. asas *inbezittstelling*, yaitu barang jaminan (gadai) harus berada pada penerima gadai.
5. asas horizontal, yaitu bangunan dan tanah bukan merupakan satu kesatuan. Hal ini dapat dilihat dalam penggunaan hak pakai, baik tanah negara maupun tanah hak milik. Bangunannya milik dari yang bersangkutan atau pemberi tanggungan, tetapi tanahnya milik orang lain, berdasarkan hak pakai.⁵²

b. Sumber hukum jaminan

Pada dasarnya sumber hukum dapat dibedakan menjadi dua macam, yakni sumber hukum materiil dan sumber hukum formal sebagai berikut.⁵³

1. sumber hukum materiil ialah tempat materi hukum itu diambil, sumber hukum materiil ini merupakan faktor yang membantu pembentukan hukum, misalnya hubungan sosial, kekuatan politik, situasi sosial ekonomi, tradisi (pandangan keagamaan dan kesusilaan), hasil penelitian ilmiah, perkembangan internasional dan keadaan geografis.
2. sumber hukum formal merupakan tempat memperoleh kekuatan hukum, ini berkaitan dengan bentuk atau cara yang menyebabkan peraturan hukum itu berlaku, yang diakui umum sebagai hukum formal ialah undang-undang, perjanjian antarnegara, yurisprudensi dan kebiasaan. Sumber hukum formal

⁵² H. Salim HS, *Perkembangan Hukum Jaminan Di Indonesia*, Edisi Pertama, Cetakan Ketiga, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2007)., hlm. 9-10.

⁵³ hlm. 14.

dapat digolongkan menjadi dua macam, yaitu sumber hukum formil tertulis dan tidak tertulis, maka sumber hukum jaminan dibagi dua macam, yakni sumber hukum jaminan tertulis dan tidak tertulis. Yang dimaksud dengan sumber hukum jaminan tertulis adalah tempat ditemukannya kaidah-kaidah hukum jaminan yang berasal dari sumber tertulis. Umumnya sumber hukum jaminan tertulis terdapat di dalam peraturan perundang-undangan, traktat, dan yurisprudensi. Sedangkan sumber hukum jaminan tidak tertulis adalah tempat ditemukannya kaidah hukum jaminan yang berasal dari sumber tidak tertulis, seperti terdapat dalam hukum kebiasaan. Adapun yang menjadi sumber hukum jaminan tertulis.⁵⁴

Dilihat dari kedudukannya dalam hukum ekonomi Islam, akad pokok (*al-aqd al-ashil*) dan akad *accessoir* (*al-aqd at-tab'i*), akad pokok adalah akad yang berdiri sendiri yang keberadaannya tidak tergantung kepada suatu hal lain. Termasuk ke dalam jenis ini adalah semua akad yang keberadaannya karena dirinya sendiri, seperti akad jual beli, sewa-menyewa, penitipan, pinjam pakai dan seterusnya.⁵⁵

Akad *accessoir* adalah akad yang keberadaannya tidak berdiri sendiri, melainkan tergantung kepada suatu hak yang menjadi dasar ada dan tidaknya atau sah dan tidak sahnya akad tersebut. Termasuk ke dalam katagori ini adalah akad penanggungan (*at-kafalah*) dan akad gadai (*ar-rahn*). Kedua akad ini merupakan perjanjian untuk menjamin, karena itu keduanya tidak ada apabila hak-hak yang dijamin tidak ada. Terhadap akad jenis ini berlaku kaidah hukum Islam yang berbunyi “*suatu yang*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah.. Op.cit.*, hlm. 76.

mengikut mengikut” (*at-tabi’ tabi’*). Artinya perjanjian *accessoir* ini yang mengikut kepada perjanjian pokok, hukumnya mengikuti perjanjian pokok tersebut.⁵⁶

Basis asumsi dalam hukum jaminan yang ada adalah “pengganti hutang” yang dibuktikan dengan adanya kekuatan eskutorial yang dinyatakan dalam perjanjian *accessoir* (*al-aqd at-tab’i*), baik itu jaminan hipotik, hak tanggungan, gadai atau fidusia. Sedangkan jaminan dalam syariah (*rahn*) adalah sekedar menjadi pengaman untuk memastikan bahwa debitur akan membayar hutangnya. Penyelesaian masalah jaminan jika terjadi gagal bayar (*default/wanprestasi*) dalam pembiayaan syariah harus dilakukan “penyerahan sukarela oleh pemilik anggunan” ini diatur dalam Pasal 40 ayat (1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.⁵⁷

c. Hak jaminan dan hukum acara

Hak-hak jaminan berkaitan erat dengan masalah eksekusi, malahan dalam hukum eksekusilah hak-hak jaminan membuktikan perannya. Hak-hak eksekusi diatur dalam Hukum Acara Perdata, dan karenanya pembicaraan mengenai hak-hak jaminan tidak dapat lepas dari pembicaraan Hukum Acara Perdata, khususnya hukum eksekusi, karena di sanalah sebenarnya tampak perwujudan daripada hak yang diatur dan diakui oleh hukum objektif, dengan sarana pemaksa melalui penguasa, terhadap jaminan kebendaan yang dalam eksekusi dapat dijual lelang.⁵⁸

⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 77.

⁵⁷ Agus Triyanta, *Problematika Akad Syariah Dalam Perbankan Dan Gagasan Jalan Keluarnya*. Disampaikan dalam Workshop “Pembakuan Akad Syariah” di Program Pascasarjana FH UII, pada tanggal 16 Desember 2017.

⁵⁸ J. Satrio, *Hukum Jaminan Hak Jaminan Kebendaan*, Edisi Revisi, Cetakan Ketiga, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2007), hlm. 16.

1. Asas Kebebasan Berkontrak atau *Al-Hurriyah*

Pengertian asas kebebasan dalam unsur-unsur perjanjian adalah kebebasan untuk mengadakan kontrak atau tidak mengadakan kontrak, bebas dalam menentukan isi dalam kontrak, kebebasan dalam memilih bentuk kontrak (tertulis/tidak tertulis), dan bebas dalam memilih berkontrak kepada pihak siapa saja, selama kebebasan itu tidak bertentangan dengan norma kesusilaan dan ketertiban umum. Pengertian lain asas kebebasan berkontrak maka setiap orang diakui memiliki kebebasan membuat kontrak dengan siapa pun, menentukan isi kontrak, menentukan bentuk kontrak, serta memilih hukum yang berlaku bagi kontrak yang bersangkutan.⁵⁹

Asas kebebasan berkontrak dapat disimpulkan dari penekanan “semua” yang mengawali kata “perjanjian”, Pasal 1338 ayat (1) KUHPdata seolah-olah menjadi suatu pernyataan untuk membuat perjanjian apa saja dan akan mengikat sebagaimana mengikatnya undang-undang. Kebebasan berkontrak dapat dikatakan sebagai salah satu asas yang sangat penting dalam hukum perjanjian, asas tersebut menurut hukum perjanjian meliputi konsep berikut: Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian, kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ingin membuat perjanjian, kebebasan untuk menentukan atau memilih *causa* dari perjanjian yang akan dibuatnya, kebebasan untuk menentukan objek perjanjian, kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian, dan kebebasan untuk menerima atau

⁵⁹ Khairandy Ridwan, *Itikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003)., hlm. 37.

menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*aanvullend, optional*).⁶⁰

Penjelasan lain asas kebebasan berkontrak (*contractvrijheid*) berhubungan dengan isi perjanjian, yaitu kebebasan menentukan “apa” dan dengan “siapa” perjanjian itu diadakan, perjanjian yang dibuat sesuai dengan Pasal 1320 KUHPerdata ini mempunyai kekuatan mengikat, kebebasan berkontrak adalah salah satu asas yang sangat penting di dalam hukum perjanjian, kebebasan ini adalah perwujudan dari pancaran hak asasi manusia.⁶¹

Prinsip kebebasan berkontrak diwujudkan dalam 5 bentuk prinsip hukum, yaitu:⁶²

1. kebebasan menentukan isi kontrak;
2. kebebasan menentukan bentuk kontrak;
3. kontrak mengikat sebagai undang-undang;
4. aturan memaksa (*mandatory rules*) sebagai pengecualian; dan
5. sifat internasional dan tujuan prinsip-prinsip UNIDROIT⁶³ yang harus diperhatikan dalam penafsiran kontrak.

Kebebasan berkontrak ini berlatar belakang pada paham individualisme yang secara embrional lahir dalam zaman Yunani, diteruskan oleh kaum *Epicuristen* dan berkembang pesat dalam zaman *renaissance* melalui antara lain ajaran-ajaran *Hugo de Groot, Thomas Hobbes, John Locke* dan *Rousseau*, puncak perkembangannya

⁶⁰ Hasanuddin Rahman, *Seri Keterampilan Merancang Kontrak Bisnis “Contract Drafting”*, Cetakan Pertama, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2003), hlm. 15-16.

⁶¹ Mariam Darus Badruzaman, et.al. *Kompilasi Hukum Perikatan*, Cetakan Pertama, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti 2001), hlm. 84.

⁶² *Ibid*, hlm. 159.

⁶³ UNIDROIT bertujuan untuk mengharmonisasikan hukum kontrak komersial di negara-negara yang mau menerapkannya, sehingga materinya difokuskan pada persoalan yang dianggap netral, dengan demikian, ruang lingkup yang diatur oleh Prinsip UNIDROIT adalah kebebasan berkontrak, dasar pemikirannya adalah bahwa apabila kebebasan berkontrak ini tidak diatur, maka dapat terjadi distorsi, tetapi sebaliknya apabila pengaturannya terlalu ketat, maka akan hilanglah makna dari kebebasan berkontrak itu sendiri.

tercapai dalam periode setelah revolusi Prancis. Menurut paham individualisme, setiap orang bebas untuk memperoleh apa yang dikehendaknya, di dalam hukum perjanjian, falsafah ini diwujudkan dalam “kebebasan berkontrak”. Teori *laissez fair* ini menganggap bahwa *the invisible hand* akan menjamin kelangsungan jalannya persaingan bebas.⁶⁴

Asas kebebasan berkontrak dalam bahasa Inggris disebut dengan *the principle freedom of contract*, sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan *het beginsel van de vrijheid van contract*, tercantum dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata, berbunyi: “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”, asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk membuat atau tidak membuat perjanjian, mengadakan perjanjian dengan siapa pun, menentukan isi perjanjian, pelaksanaan dan persyaratannya, dan menentukan bentuknya perjanjian, yaitu tulisan atau lisan.⁶⁵

Asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang menyatakan bahwa setiap orang pada dasarnya boleh membuat kontrak (perjanjian) yang berisi dan macam apapun asal tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum,⁶⁶ bahwa dengan kebebasan membuat perjanjian tersebut berarti orang dapat menciptakan hak-hak perseorangan yang tidak diatur dalam Buku III BW akan tetapi diatur sendiri dalam perjanjian, sebab perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya (Pasal 1338 ayat (1) BW).

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ H. Salim, *Teknik Pembuatan Akta Perjanjian (TPA Dua)*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Rajawali Pres, 2017), hlm. 14.

⁶⁶ Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cetakan Keenam, (Jakarta: Intermasa, 1979), hlm. 13.

Namun kebebasan bukan berarti boleh membuat kontrak (perjanjian) secara bebas, tetapi kontrak (perjanjian) harus tetap dibuat dengan mengindahkan syarat-syarat untuk sahnya perjanjian, baik syarat umum sebagaimana disebut Pasal 1320 BW maupun syarat khusus untuk perjanjian-perjanjian tertentu.⁶⁷

Penjelasan lain tentang asas kebebasan berkontrak, para pihak yang membuat perjanjian dapat secara mandiri mengatur pola hubungan-hubungan hukum di antara mereka, kekuatan perjanjian yang dibuat secara sah (Pasal 1320 BW) mempunyai daya berlaku seperti halnya undang-undang yang dibuat oleh legislator dan karenanya harus ditaati oleh para pihak bahkan jika dipandang perlu dapat dipaksakan dengan bantuan sarana penegakan hukum (Hakim, Juru sita).⁶⁸

Ketentuan tersebut di atas pada dasarnya memberikan pengakuan terhadap kebebasan dan kemandirian para pihak dalam membuat perjanjian, bebas menentukan isi, berlakunya dan syarat-syarat perjanjian dengan bentuk tertentu atau tidak dan bebas memilih undang-undang mana yang akan dipakainya untuk perjanjian itu. Kebebasan dan kemandirian para pihak ini tidak lain merupakan hak otonomi para pihak (*partij autonomie*) yang harus dipatuhi oleh para pihak, kekuatan mengikat dari perjanjian dengan asas kebebasan berkontrak merupakan manifestasi pola hubungan manusia yang menggambarkan nilai-nilai kepercayaan di dalamnya. Menurut **Eggen** manusia terhormat akan memelihara janjinya.⁶⁹

Sultan Remy Sjahdeini menyimpulkan ruang lingkup asas kebebasan berkontrak antara seperti kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian, kebebasan untuk memilih dengan pihak siapa ia ingin membuat perjanjian,

⁶⁷ Agus Pandoman, *Sistem Hukum Perikatan BW Dan Islam*, *Op.cit.*, hlm. 30-31.

⁶⁸ Agus Pandoman, *Teori Dan Praktek Akta Perikatan Publisitas Dan Non Publisitas*, *Op.cit.*, hlm. 29.

⁶⁹ *Ibid.*

kebebasan untuk memilih *causa* perjanjian yang akan dibuatnya, kebebasan untuk menentukan objek suatu perjanjian, kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian, dan kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional. Asas kebebasan berkontrak ini bersifat universal, artinya berlaku juga dalam berbagai sistem hukum perjanjian di negara-negara lain dan memiliki ruang lingkup yang sama.⁷⁰

Menurut **Subekti**, cara menyimpulkan asas kebebasan berkontrak adalah dengan jalan menekankan pada kata “semua” yang ada di muka perkataan “perjanjian”. Dikatakan bahwa Pasal 1338 ayat (1) itu seolah-olah membuat suatu pernyataan (proklamasi) bahwa kita diperbolehkan membuat perjanjian apa saja dan itu akan mengikat kita sebagaimana mengikatnya undang-undang. Pembatasan terhadap kebebasan itu hanya berupa apa yang dinamakan “ketertiban umum dan kesusilaan”. Di dalam asas ini terkandung suatu pandangan bahwa orang bebas untuk melakukan atau tidak melakukan perjanjian, bebas dengan siapa ia mengadakan perjanjian, bebas tentang apa yang diperjanjikan dan bebas untuk menetapkan syarat-syarat perjanjian.⁷¹

Perspektif hukum Islam asas *Huriyyah*, yaitu asas kebebasan, maksudnya para pihak yang melakukan akad syariah harus mempunyai kebebasan berkontrak (*freedom of contract*), tidak ada paksaan (*al-ikrah*), tetapi harus dilakukan dengan penuh kesadaran, berikut ayat yang bicara tentang asas *hurriyah*, diantaranya: QS. *Al-Baqarah* (2) ayat 256, QS. *Al-Maidah* (5) ayat 1, QS *A-Ahzab* (33) ayat 72, QS.

⁷⁰ Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia Dalam Persepektif Perbandingan (Bagian Pertama)*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: FH UII Perss, 2013), hlm. 87.

⁷¹ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Kencana, 2010), hlm. 109-110.

Ar-Arum (30) ayat 30, dan QS *Al-Hijr* (15) ayat 29.⁷² Pengertian lain dalam asas kebebasan berkontrak, harus sama ridha dan ada pilihan, maksudnya perjanjian yang diadakan oleh para pihak haruslah didasarkan kepada kesepakatan kedua belah pihak, yaitu masing-masing pihak ridha/rela akan isi perjanjian tersebut, atau dengan perkataan lain harus merupakan kehendak bebas masing-masing pihak. Dalam hal ini berarti tidak boleh ada paksaan dari pihak yang satu kepada pihak lain dengan sendirinya perjanjian yang diadakan tidak mempunyai kekuatan hukum apabila tidak didasarkan kepada kehendak bebas pihak-pihak yang mengadakan perjanjian.⁷³

Asas kebebasan dan kesukarelaan Menurut **Mohammad Daud Ali**, mengandung makna bahwa setiap hubungan perdata harus dilakukan secara bebas dan sukarela, kebebasan kehendak para pihak yang melahirkan kesukarelaan dalam persetujuan harus senantiasa diperhatikan, asas ini juga mengandung arti bahwa selama teks Al-Qur'an dan Sunnah Nabi Muhammad tidak mengatur suatu hubungan perdata, selama itu pula para pihak bebas mengaturnya atas dasar kesukarelaan masing-masing, asas ini bersumber dari Al-Qur'an surat Al-Nisa' (4) ayat 29.⁷⁴

Penjelasan lain tentang *Mabda' Hurriyyah at-Ta'qud* atau asas kebebasan berakad dalam hukum Islam didasarkan kepada beberapa dalil antara lain adalah: (1) Firman Allah, "wahai orang-orang beriman, penuhilah akad-akad" (perjanjian-perjanjian) QS. (5) ayat 1. (2) Sabda Nabi Saw, "orang-orang Muslim itu senantiasa setia kepada syarat-syarat (janji-janji) mereka". (3) Sabda Nabi Saw, "Barang siapa menjual pohon korma yang sudah dikawinkan, maka buahnya adalah untuk penjual

⁷² Mardani, *Hukum Perikatan Syariah Di Indonesia*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), hlm. 22-24.

⁷³ H. Chairuman Pasaribu dan Suhrawardi K. Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, *Op.cit.*, hlm. 3.

⁷⁴ H. Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Islam Di Indonesia*, Edisi Keempat, Cetakan Ketujuh, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 1999), hlm. 133.

(tidak ikut dijual), kecuali apabila pembeli mensyaratkan lain. (4) Kaidah hukum Islam, pada dasarnya akad itu adalah kesepakatan para pihak dan akibatnya adalah apa yang mereka tetapkan atas diri mereka melalui janji.⁷⁵

Kesimpulan kebebasan berakad dari ayat yang dikutip pada angka 1 adalah bahwa menurut kaidah usul fikih (metode penemuan hukum Islam), perintah dalam ayat ini menunjukkan wajib, artinya memenuhi akad itu hukumnya wajib, dalam ayat ini akad disebutkan dalam bentuk jamak yang diberi kata sandang “al” (*al-uqud*). Menurut kaidah usul fikih, jamak yang diberi kata sandang “al” menunjukkan keumuman, dengan demikian, dari ayat tersebut dapat disimpulkan bahwa orang dapat membuat akad apa saja baik yang bernama maupun yang tidak bernama dan akad-akad itu wajib dipenuhi.⁷⁶

Hadis pada angka 2 menunjukkan bahwa syarat-syarat atau janji-janji apa saja dapat dibuat dan wajib dipenuhi, hadis pada angka 3 menjelaskan bahwa para pihak dapat menyimpang dari ketentuan hukum perjanjian yang bersifat pelengkap, sedang kaidah hukum Islam pada angka 4 jelas menunjukkan kebebasan berakad karena perjanjian itu dinyatakan sebagai berdasarkan kata sepakat para pihak dan akibat hukumnya adalah apa yang mereka tetapkan melalui janji, dalam hukum Islam, pembatasan kebebasan berakad dikaitkan dengan “larangan makan harta sesama dengan jalan batil” sebagaimana dinyatakan dalam QS. (4) ayat 29.⁷⁷

⁷⁵ Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah Studi Tentang Teori Akad Dalam Fikih Muamalat*, Op. cit., hlm. 84-85.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 86.

Penjelasan tentang asas kebebasan berkontrak baik menurut KUHPerdara, Hukum Islam dan pendapat para sarjana hukum, bahwa dapat disimpulkan asas kebebasan dalam berkontrak adalah:

1. bebas untuk membuat atau tidak membuat suatu kontrak atau perjanjian;
2. bebas untuk memilih berkontrak dengan siapa saja (cakap hukum);
3. bebas untuk menentukan isi dalam kontrak;
4. bebas untuk memilih bentuk kontrak atau perjanjian (tertulis/lisan),
5. bebas untuk memilih objek dalam kontrak (halal);
6. bebas untuk menentukan syarat-syarat dalam kontrak (tidak sepihak);
7. bebas untuk menerima atau menyimpangi ketentuan perundang-undangan atau ayat Al-quran dan hadis yang sifatnya pelengkap atau opsional, dan;
8. kebebasan dalam kontrak itu harus tidak bertentangan dengan kesusilaan, ketertiban umum, peraturan yang berlaku, Al-quran dan hadis untuk (akta syariah).

2. Akta

Akta adalah surat tanda bukti kebenaran sesuatu yang ditanda tangani oleh yang berkepentingan merupakan tanda bukti tertulis. Akta Notaris adalah akta otentik yang dibuat oleh atau di hadapan Notaris, menurut bentuk dan tata cara yang ditetapkan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris. Akta perjanjian Notaris adalah merupakan bukti tertulis, dan otentik yang sewaktu-waktu dapat dipakai sebagai alat bukti yang kuat bahkan sempurna bagi pihak-pihak yang mengadakan perjanjian, Hakim harus menganggap sebagai bukti yang sempurna yang tidak memerlukan bukti tambahan sepanjang ternyata tidak terbukti

sebaliknya. Sebagaimana diatur dalam Pasal 1865 KUHPerdara “*Bahwa setiap orang yang mendalilkan bahwa ia mempunyai suatu hak atau guna meneguhkan haknya sendiri maupun membantah orang lain, menunjukkan pada suatu peristiwa, diwajibkan membuktikan adanya hak ataupun peristiwa tersebut*”. Alat bukti merupakan Pasal 1866 KUHPerdara ada alat bukti tertulis; saksi-saksi; persangkaan; pengakuan; sumpah. Pembuktian dengan tulisan dibedakan antara: tulisan-tulisan otentik dan tulisan-tulisan di bawah tangan Pasal 1867 KUHPerdara.⁷⁸

Bentuk kontrak dapat dibedakan dua macam, yaitu tertulis dan lisan, perjanjian tertulis adalah perjanjian yang dibuat oleh para pihak dalam bentuk tulisan, sedangkan perjanjian lisan suatu perjanjian yang dibuat oleh para pihak dalam wujud lisan (cukup kesepakatan para pihak). Ada tiga bentuk perjanjian tertulis, sebagaimana dikemukakan berikut ini;⁷⁹

1. Perjanjian di bawah tangan yang ditandatangani oleh para pihak yang bersangkutan saja, perjanjian itu hanya mengikat para pihak dalam perjanjian, tetapi tidak mempunyai kekuatan mengikat pihak ketiga. Dengan kata lain, jika perjanjian tersebut disangkal pihak ketiga maka para pihak atau salah satu pihak dari perjanjian itu berkewajiban mengajukan bukti-bukti yang diperlukan untuk membuktikan bahwa keneratan pihak ketiga dimaksud tidak berdasar dan tidak dapat dibenarkan.
2. Perjanjian dengan saksi Notaris untuk dilegalisasi tanda tangan para pihak, fungsi kesaksian Notaris atas suatu dokumen semata-mata hanya untuk

⁷⁸ Mulyoto, *Perjanjian; Teknik, Cara Membuat, Dan Hukum Perjanjian Yang Harus dikuasai*, Cetakan Kedua, Edisi Revisi, (Yogyakarta: Cakrawala Media 2011)., hlm. 1-2.

⁷⁹ Salim H.S, *Hukum Kontrak; Teori Dan teknik Penyusunan Kontrak*, Cetakan Kesebelas, (Jakarta: Sinar Grafika, 2015)., hlm. 42.

melegalisir kebenaran tanda tangan para pihak, akan tetapi, kesaksian tersebut tidaklah mempengaruhi kekuatan hukum dari isi perjanjian. Salah satu pihak mungkin saja menyangkal isi perjanjian. Namun, pihak yang menyangkal itu adalah pihak yang harus membuktikan penyangkalannya.

3. Perjanjian yang dibuat di hadapan dan oleh Notaris dalam bentuk akta notariel. Akta notariel adalah akta yang dibuat di hadapan dan di muka pejabat yang berwenang untuk itu. Pejabat yang berwenang untuk itu adalah Notaris, Camat, PPAT dan lain-lain, jenis dokumen ini merupakan alat bukti yang sempurna bagi para pihak yang bersangkutan maupun pihak ketiga.

Akta notariel merupakan bukti prima *facie* mengenai fakta, yaitu pernyataan atau perjanjian yang termuat dalam akta Notaris, mengingat Notaris Indonesia adalah pejabat umum yang mempunyai kewenangan untuk memberikan kesaksian atau melegalisir suatu fakta. Jika isi dari fakta semacam itu disangkal di suatu pengadilan kamu pengadilan harus menghormati atau mengakui isi akta notariel, kecuali jika pihak yang menyangkal dapat membuktikan bahwa bagian tertentu dari akta telah diganti atau bahwa hak tersebut bukanlah yang disetujui oleh pihak, pembuktian mana sangat berat.⁸⁰

Suatu perjanjian dapat dievaluasi pada syarat-syarat yang diperlukan untuk sahnya atau tidaknya suatu perjanjian (*de voorwaatden welke vereischt worden tot de bestaanbaarheid der overeenkomsten*) dan pada isi perjanjian. Evaluasi mengenai syarat sahnya suatu perjanjian dapat dilakukan dengan pengecekan pada Pasal 1320 KUHPPerdata, yakni adanya kata sepakat, kecakapan hal yang tertentu dan kausa

⁸⁰ *Ibid.*, hlm. 43.

yang halal. Khusus untuk perjanjian formil harus pula dipenuhi bentuk perjanjian apakah harus dibuat dalam bentuk akta otentik atau cukup dengan akta dibawah tangan. Isi serta bagian dari perjanjian terdiri atas bagian *essentialia*, *naturalia* dan *accidentalia*.⁸¹

a. Bagian *essentialia*

Bagian *essentialia* merupakan bagian yang harus ada pada perjanjian tertentu karena jika ternyata tidak ada, bukan merupakan perjanjian (bernama) yang dimaksudkan oleh para pihak, tetapi mungkin memenuhi *essentialia* dari perjanjian bernama lainnya. Pada perjanjian jual beli, harga jual beli merupakan *essentialia*. Tanpa adanya harga pada suatu perjanjian jual beli, akan hilang makna serta tidak dapat dikategorikan adanya perjanjian jual beli.⁸²

Mengacu pada syarat-syarat yang diperlukan untuk sahnya perjanjian (Pasal 1320 KUHPdata), maka dapat dikatakan bahwa kecakapan bukanlah bagian *essentialia*. Memang perjanjian harus dilakukan oleh orang yang cakap. Satu dan lain hal karena dengan adanya lembaga perwakilan, perbuatan hukum orang yang tidak cakap tersebut tetap dapat dilakukan. Oleh karena itu, kecakapan tidak digolongkan pada bagian *essentialia*. Lain halnya dengan tercapainya kata sepakat dan hal tertentu, keduanya merupakan bagian *essentialia*, yakni merupakan bagian yang menentukan terbentuk atau tidaknya suatu perjanjian. Apakah kausa yang halal merupakan bagian *essentialia*, sesuai dengan dasar yuridis dogmatis, perjanjian harus terbentuk dahulu, baru kemudia

⁸¹ Herlien Budiono, *Dasar teknik Pembuatan Akta Notaris*, Cetakan Pertama, (Bandung: Cipta Aditya Bakti, 2013)., hlm. 27.

⁸² *Ibid.*

oleh undang-undang ditentukan syarat selanjutnya mengenai adanya kausa yang halal. Kausa yang halal mempunyai fungsi negarif. Artinya, dalam hal perjanjian tidak mempunyai kausa yang halal, mempunyai karakter atau sifat yang dilarang oleh undang-undang, maka perjanjian demikian diberi sanksi batal demi hukum. Syarat kausa yang halal bukan merupakan bagian *essentialia*. Walaupun ke dalam bagian *essentialia* kadang termasuk unsur perjanjian, tetap perlu mempertahankan perbedaan antara unsur perjanjian dan bagian *essentialia* dari perjanjian.⁸³

b. Bagian *naturalia*

Bagian *naturalia* adalah bagian perjanjian yang berdasarkan sifatnya dianggap ada tanpa perlu diperjanjikan secara khusus oleh para pihak, bagian dari perjanjian ini yang galibnya bersifat mengatur termuat di dalam ketentuan perundang-undangan untuk masing-masing perjanjian bernama. Ini berarti bahwa para pihak bebas untuk mengaturnya sendiri, bahkan karena ketentuan tersebut tidak bersifat memaksa, bebas untuk menyimpangi. Sebaliknya, jika para pihak tidak mengatur sendiri di dalam perjanjian, ketentuan perundang-undangan tentang perjanjian tersebut akan berlaku.⁸⁴

Bagian *naturalia* merupakan bagian pada suatu perjanjian yang berdasarkan sifat dari perjanjian (bernama) dianggap ada tanpa perlu secara khusus diperjanjikan oleh para pihak. Bagian *naturalia* bersifat mengatur sehingga dari bunyi ketentuan undang-undang dapat dilakukan penyimpangan

⁸³ Herlien Budiono, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian Dan Penerapannya Di Bidang Kenotariatan*, Cetakan Keempat, (Bandung: Citra Adhya Bakti, 2014), hlm. 68.

⁸⁴ *Ibid.*, hlm. 70.

oleh para pihak dan mengaturnya sendiri sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum dan kesusilaan.⁸⁵

c. Bagian *accidentalia*

Bagian *accidentalia* pada suatu perjanjian adalah bagian berupa ketentuan yang diperjanjikan secara khusus oleh para pihak, misalnya cara pembayaran, pilihan domisili, pilihan hukum yang berlaku, tempat dan cara penyerahan barang dan sebagainya. Dengan kata lain, bagian *accidentalia* merupakan bagian yang bukan bagian *essentialia* dan bagian *naturalia*.⁸⁶



⁸⁵Herlin Budiono, *Op.cit.*, hlm. 30.

⁸⁶*Ibid.*