

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Perjanjian Menurut Hukum Positif

1. Definisi Kontrak/Perjanjian

Perikatan (*verbinten*) adalah hubungan hukum antara dua pihak di dalam lapangan harta kekayaan, dimana pihak yang satu (kreditur) berhak atas suatu prestasi, dan pihak yang lain (debitur) berkewajiban memenuhi prestasi itu.¹ Istilah perjanjian (*ovreenkomst*) diterjemahkan secara berbeda – beda oleh para sarjana, di antaranya yaitu menurut kitab undang – undang Hukum Perdata, menggunakan istilah “perjanjian” untuk *ovreenkomst*. Sedangkan Prof. Subekti memakai istilah *ovreenkomst* untuk “perjanjian”, bukan persetujuan. Dengan demikian, untuk istilah *ovreenkomst* dipakai dua istilah, yaitu perjanjian yaitu perjanjian dan persetujuan. Perkataan perjanjian disebut dengan persetujuan, karena dua pihak setuju untuk melakukan sesuatu hal. Dengan demikian, istilah yang dipakai untuk terjemahan dari *ovreenkomst* dari buku perjanjian. Menurut Prof. Subekti, perkataan “perikatan” (*verbinten*) mempunyai arti yang lebih luas dari perkataan “perjanjian”.² Perikatan lebih luas dari perjanjian, karena perjanjian adalah sebab akibat timbulnya dari perikatan dapat terjadi baik melalui undang – undang maupun karena perjanjian itu tersendiri.

Menurut ketentuan umum dalam pasal 1313 menyatakan bahwa suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.³ Perjanjian adalah peristiwa dimana dua orang atau lebih saling berjanji untuk melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan tertentu, yang biasanya dilakukan secara tertulis. Para pihak yang bersepakat mengenai hal – hal yang

1 I ketut Oka Setiawan, hukum Perikatan (Jakarta: Sinar Grafika,2015), hal 11

2 Subekti, Pokok-Pokok Hukum Perdata (Jakarta:Intermasa 2002)hal.122

3A. Ahmzdi Miru, dan Pati Sakka, Hukum Perikatan, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada,2013), hal 63-64.

diperjanjikan, berkewajiban untuk menaati dan melaksanakannya, sehingga perjanjian tersebut menimbulkan hubungan hukum disebut perikatan (*verbinten*).⁴

2. Sumber Hukum Perjanjian

Dari mana datangnya orang atau pihak yang terikat satu sama lain atas hak dan kewajiban disebutkan sebagai sumber perikatan dalam Pasal 1233 KUH Perdata.

Menurut Pasal 1233 KUH Perdata “tiap – tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan baik karena undang – undang” , berdasarkan bunyi pasal diatas dapat kita pahami ada dua sumber perikatan yaitu pertama perikatan yang dari perjanjian atau persetujuan , dan yang kedua lahir karena undang – undang.

Persetujuan atau perjanjian adalah peristiwa adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji untuk melaksanakan suatu hal , dari peristiwa ini timbulah hubungan antara dua orang yang disebut dengan perikatan. Dapat dikatakan bahwa , perjanjian itu menimbulkan perikatan antara dua orang yang membuatnya.

3. Syarat Sahnya Perjanjian

Mengikat atau tidak mengikatnya suatu kontrak / perjanjian terhadap para pihak yang membuatnya tergantung dari dari sah atau tidaknya sahnya kontrak yang dibuat oleh para pihak tersebut. Sah atau tidaknya suatu kontrak dapat dipastikan dengan mengujinya menggunakan instrument hukum yang terkonkritisasi dalam wujud syarat – syarat sahnya suatu kontrak sebagaimana diatur secara sistematis buku III KUH Perdata, yaitu :

⁴ Abdul R. Saliman ,*Hukum Bisnis Untuk Perusahaan* (Jakarta:Kencana 2010) , hal.45

- a. Syarat sahnya suatu kontrak sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata;
- b. Syarat sahnya suatu kontrak sebagaimana kontrak diatur di luar Pasal 1320 KUH Perdata.

Menurut Pasal 1320 KUH Perdata, kontrak/perjanjian adalah sah bila memenuhi syarat – syarat sebagai berikut :

- a. Kesepakatan antara kedua belah pihak.

Hal ini dimaksudkan bahwa, para pihak yang hendak mengadakan suatu perjanjian, harus terlebih dahulu bersepakat atau setuju mengenai hal – hal yang pokok dari perjanjian yang diadakan itu. Kata sepakat tidak sah apabila kata sepakat itu diberikan karena kekhilafan, paksaan dan penipuan (Pasal 1321 KUH Per).

- b. Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian

Pada dasarnya setiap orang cakap untuk membuat perjanjian, kecuali apabila jika oleh undang – undang tidak dinyatakan tak cakap (Pasal 1329 KUH Per). Kesepakatan mereka yang mengikat dirinya. Pada dasarnya setiap orang yang sudah dewasa dan sehat pikirannya adalah cakap menurut hukum. Menurut pasal 1330 KUH Perdata jo. 330 KUH Perdata yang dimaksudkan cakap menurut hukum adalah mereka yang telah berumur 21 tahun atau belum berumur 21 tahun tetapi telah kawin atau pernah kawin.

- 1) Adanya suatu hal tertentu

Adanya suatu hal tertentu adalah menyangkut objek perjanjian harus jelas dan dapat ditentukan. Adanya suatu hal tertentu juga dimaksudkan adalah sudah ditentukan macam atau

jenis benda atau barang dalam perjanjian itu. Mengenai barang itu sudah ada atau sudah berada ditangan pihak yang berkepentingan pada waktu perjanjian dibuat tidak diharuskan oleh undang – undang dan juga mengenai jumlah tidak perlu disebutkan.

2) Suatu sebab yang halal

Terkait dengan pengertian sebab yang halal beberapa sarjana mengajukan pemikirannya, antara lain H.F.A Volmar dan Wirjono Prodjodikoro, yang memebrikan pengertian sebab (kausa) sebagai maksud atau tujuan dari perjanjian. Sedangkan menurut Subekti menyatakan bahwa sebab adalah isi perjanjian itu sendiri, dengan demikian kausa merupakan prestasi dan kontra prestasi yang saling dipertukarkan oleh para pihak.⁵

4. Asas dalam Berkontrak/perjanjian

Menurut Pasal1338 ayat (1) KUH Perdata menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang – undang bagi mereka yang membuatnya , dari bunyi pasal tersebut sangat jelas mengandung azaz:

a. Asas Konsensualisme

Dalam Hukum Perjanjian berlaku suatu asas, yang dinamakan asas konsensualisme. Konsensualisme berasal dari perkataan latin consensus yang berarti sepakat. Asas konsensualisme ialah pada dasarnya perjanjian dan perikatan yang timbul karenanya itu sudah dilahirkan sejak detiktercapainya kesepakatan. Dengan perkataan lain, perjanjian itu sudah sah apabila sudah sepakat mengenai hal – hal yang pokok dan tidaklah diperlukan suatu formalitas. Dikatakan juga bahwa

5 Adi Samadani, *Dasar – Dasar Hukum Bisnis*, (Jakarta: Mitra Wacana, 2013), hal.26

perjanjian pada umumnya “konsensual” , undang – undang menetapkan bahwa sahnya perjanjian diharuskan perjanjian itu diadakan secara tertulis

b. Kebebasan berkontrak

Adalah asas yang mempunyai kolerasi dengan asas yang sebeumnya sudah kita uraikan yaitu asas konsensualisme , yang sudah diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang menyatakan bahwa “semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang – undang bagi mereka yang membuatnya”. Dengan menekankan pada kata “semua”, maka pasal ini seolah berisikan suatu pernyataan kepada masyarakat bahwa kita diperbolehkan membuat perjanjian yang berupa dan berisi apa saja atau tentang apa saja dan perjanjian itu akan mengikat mereka yang membuatnya sebagai undang – undang. ⁶

Kebebasan berkontrak merupakan azas yang penting, sebab merupakan perwujudan dari kehendak bebas. Kehendak tidak lagi diartikan sebagai arti mutlak , tetapi sebagai arti relatif dan dikaitkan dengan kepentingan umum dan menjaga keseimbangan kepentingan antar individu dan kepentingan masyarakat.

Menurut Sutan Remi Sjahdeni asas kebebasan berkontrak menurut hukum perjanjian Indonesia meliputi ruang lingkup sebagai berikut :

- 1) Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian.
- 2) Kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ia ingin membuat perjanjian.

⁶ Muhammad Noor, “Penerapan Prinsip – Prinsip Hukum Perikataan dalam Pembuatan Kontrak”, Mazhabib No.1 Vol XIV(Juni 2015)hal.91

- 3) Kebebasan untuk menentukan atau memilih kausa dari perjanjian yang akan dibuatnya.
- 4) Kebebasan untuk menentukan objek perjanjian.
- 5) Kebebasan untuk menentukan bentuk perjanjian.
- 6) Kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang – undang yang bersifat opsional.⁷

c. Asas Pacta Sunt Servanda

Asas ini dapat disimpulkan dari kata “berlaku sebagai undang – undang bagi mereka yang membuatnya” dalam Pasal 1338 Ayat (1) KUH Perdata. Para pihak harus memenuhi dan menghormati perjanjian yang dibuatnya karena perjanjian tersebut merupakan Undang – Undang bagi kedua belah pihak. Hal ini dikuatkan oleh Pasal 1338 ayat (2): perjanjian – perjanjian tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak atau karena alasan – alasan yang oleh undang – undang dinyatakan cukup untuk itu. Asas ini disebut asas kepastian hukum.

d. Asas Itikad dengan Baik

Asas ini berkaitan dengan pelaksanaan suatu perjanjian. Asas itikad baik ii, terdapat dalam Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata yang menentukan “persetujuan-persetujuan KUH Perdata juga memberikan kekuasaan pada hakim untuk mengawasi pelaksanaan suatu perjanjian jangan sampai pelaksanaan itu melanggar keputusan dan keadilan.

Itikad baik dibedakan dalam pengertian subjektif dan objektif. Itikad baik dalam segi subjektif, berarti kejujuran. Hal ini berhubungan erat dengan sikap batin seseorang pada saat dimulainya

⁷ Wibowo, KEadilan Berkontrak, (Jakarta:Penaku 2017), hal.159

suatu perjanjian itu sebagainya dapat membayangkan telah dipenuhinya syarat – syarat yang diperlukan.

Iktikad baik dalam segi objektif, berarti kepatuan, yang berhubungan dengan pelaksanaan perjanjian atau pemenuhan prestasi dan cara melaksanakan hak dan kewajiban haruslah mengindahkan norma – norma kepatutan dan kesesuaian.

Dalam hukum kontrak, iktikad baik memiliki tiga fungsi standart, tetapi menambah dan fungsi membatasi. Fungsi standart berarti semua kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan iktikad baik. Fungsi menambah berarti Hakim dapat menambah isi perjanjian dan menambah kata – kata peraturan perundang – undangan yang berkaitan dengan perjanjian itu. Fungsi membatasi dan meniadakan berarti hakim dapat mengesampingkan isi perjanjian jika terjadi perubahan keadaan yang dapat mengakibatkan ketidakadilan.⁸

e. Asas Proporsionalitas

Asas Proporsionalitas bermakna sebagai asas yang melandasi atau mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proposi atau bagiannya dalam seluruh proses kontraktual. Asas proporsionalitas mengandalkan pembagian hak dan kewajiban diwujudkan dalam seluruh proses hubungan kontraktual. Asas proporsionalitas sangat berorientasi pada konteks hubungan dan kepentingan para pihak.⁹

1) Dalam tahap pra-kontrak, asas proporsionalitas membuka peluang negosiasi bagi para pihak untuk melakukan pertukaran hak dan kewajiban secara *fair*. Oleh karena itu, tidak proporsional dan

⁸ Muhammad Noor, “Penerapan Prinsip – Prinsip Hukum Perikatan dan Pembuatan Kontrak”, Mazahib, No. 1 Vol XIV (Juni 2015), hal.92

⁹ Agus Yudho Hernoko, Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial (Jakarta: Pustaka Media Group 2014) 87

harus ditolak proses negosiasi jika dalam tahap pra-kontrak melakukan hal yg tidak *fair* atau adanya iktikad buruk.

- 2) Dalam pembentukan kontrak, asas proposionalitas menjamin kesetaraan hak serta kebebasan dalam menentukan/mengatur proposi hak dan kewajiban para pihak berlangsung secara fair.
- 3) Dalam pelaksanaan kontrak, asas proposionalitas menjamin terwujudnya distribusi pertukaran hak dan kewajiban menurut proporsi yang disepakati/dibebankan pada para pihak.
- 4) Dalam hal terjadi kegagalan dalam pelaksanaan kontrak, maka harus dinilai secara proporsional apakah kegagalan tersebut bersifat fundamental sehingga mengganggu pelaksanaan sebagai kontrak atau sekedar hal – hal yang sederhana /kesalahan kecil. Oleh karena itu, pengujian melalui asas proposionalitas sangat menenteuka dalil kegagalan pelaksanaan kontrak, agar jangan sampai terjadi penyalahgunaan oleh salah satu pihak dalam memanfaatkan klausul kegagalan pelaksanaan kontrak, semata – mata demi keuntungan salah satu pihak dengan merugikan pihak lain.
- 5) Bahkan dalam hal terjadi sengketa kontrak , asas proposionalitas menekankan bahwa proporsi beban pembuktian kepada para pihak harus dibagi menurut pertimbangan yang *fair*.¹⁰

f. Asas Proposionalitas

Asas proposionalitas adalah asas yang dimana tidak mempermasalahkan keseimbangan (kesamaan) hasil secara matematis,

¹⁰ Ibid,101-102

namun lebih menekankan proporsi pembagian hak dan kewajiban di antara para pihak yang berlangsung secara layak dan patut.

g. Asas Kepribadian (Personalitas)

Asas kepribadian merupakan asas yang menentukan bahwa seseorang yang melakukan atau membuat kontrak hanya untuk kepentingan perseorangan saja. Asas kepribadian diatur dalam Pasal 1315 jo. Pasal 1340 KUH. Kitab undang – undang hukum perdata membedakan 3 golongan yang tersangkut dalam suatu perjanjian, yaitu :

- 1) Para pihak yang mengadakan perjanjian itu sendiri
- 2) Para ahli mereka dan mereka yang mendapat hak dari padanya.
- 3) Pihak ketiga.

h. Asas Kepercayaan

Merupakan asas setiap orang yang akan mengadakan perjanjian akan memenuhi setiap prestasi yang diadakan diantara mereka.

i. Asas Persamaan Hukum

Adalah subjek hukum yang mengadakan perjanjian mempunyai kedudukan, hak dan kewajiban yang sama dalam huku. Mereka tidak di beda – bedakan antara satu sama lain.

j. Asas Keseimbangan

Adalah asas yang menghendaki kedua belah pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian.

k. Asas Kepastian Hukum

Adalah perjanjian sebagai figure hokum harus mengandung kepastian hukum. Kepastian ini terungkap dari kekuatan mengikatnya

perjanjian yaitu sebagai undang – undang bagi yang membuatnya.

Asas ini tersirat dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata

l. Asas Moral

Terkait dalam perikatan wajar, yaitu perbuatan sukarela dari seorang tidak dapat menutut hak baginya untuk menggugat prestasi dari pihak debitur. Asas ini dapat dijumpai dalam perbuatan sukarela yang diatur dalam Pasal 1354 KUH Perdata . begitupun juga asas ini dapat kita temui pada pasal 1339 KUH Perdata yang member motivasi kepada pihak – pihak untuk melaksanakan perjanjian yang tidak hanya hal – hal dengan tegas dinyatakan di dalamnya , tetapi juga kebiasaan dan kepatutan (moral).

m. Asas Kepatuan

Merupaka asas yang tertuang dalam Pasal 1339 KUH Perdata. Asas ini berkaitan dengan ketentuan mengenai isi perjanjian.

n. Asas Kebiasaan

Asas ini dipandang sebagai bagaimana dari perjanjian. Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk apa yang secara tegas diatur, akan tetapi juga hal – hal yang menurut kebiasaan lazim diikuti.

o. Asas Perlindungan (Protection)

Yaitu asas menngandung bahwa antara debitur dan kreditur harus dilindungi oleh hukum. ¹¹

5. Unsur – Unsur Perjanjian

Dalam perjanjian , selain syarat sahnya perjanjian, hal yang penting yang haarus diperhatikan oleh para pihak adalah unsur – unsur

11 *Ibid*, hal.46.

perjanjian yaitu unsure *essensialia*, unsur *aksedidentalia*, dan unsur *naturalia*.

- a. Unsur *esensialia* , dalam perjanjian unsur ini adalah unsur mutlak dalam suatu perjanjian karena jika tidak ada unsur ini maka suatu perjanjian tidak pernah ada. Misalnya dalam unsur ini adalah “sebab yang halal”. Dalam perjanjian riil , syarat penyerahan obyek perjanjian merupakan unsur *essensialia*. Begitu pula dalam bentuk tertentu merupakan unsur *essensialia* dalam perjanjian formal.
- b. Unsur *Naturalia* , unsur ini diatur dalam undang – undang, tetapi para pihak boleh menyingkirkan atau menggantinya. Dalam hal ini ketentuan undang – undang bersifat mengatur atau menambah (*regelend atau aanvullende*).
- c. Unsur *Accidentalialia*, unsur ini merupakan unsur yang sama halnya dengan unsur *naturalia* dalam perjanjian pembahasan dari para pihak.

Menurut Daruz Badruzaman mengelompokan ketiga unsur tersebut menjadi bagian inti (*wewenlijk oordeel*) dan bagian yang bukan inti (*non wezenlijk oordeel*). *Esensialia* merupakan bagian inti dari unsur – unsur perjanjian, sedangkan bagian dari non inti adalah *naturalia* dan *accidentalialia*.¹²

6. Macam – Macam Perjanjian

a. Perjanjian timbal balik

Kontrak timbal balik (*bilateral contract*) merupakan perjanjian yang dilakukan para pihak menimbulkan hak dan kewajiban –

¹² Agus Yudha Hernoko, Hukum Perjanjian Asas Proposionalitas dalam Kontrak Komersial (Jakarta:Pernada Media Group 2014)

kewajiban pokok seperti pada jual beli dan sewa menyewa. Perjanjian timbal balik dibagi menjadi dua macam, yaitu :

- a) Perjanjian timbal balik sempurna, yaitu kontrak yang dimana menimbulkan kewajiban pokok bagi satu pihak, sedangkan lainnya wajib melakukan sesuatu, kedua belah pihak terdapat prestasi – prestasi seimbang satu sama lain.
- b) Perjanjian sepihak adalah suatu perjanjian yang dinyatakan oleh salah satu pihak saja, tetapi mempunyai akibat dua belah pihak, yaitu para pihak yang memiliki hak tagih yang biasa disebut pihak kreditur, dan pihak yang dibebani kewajiban atau biasa disebut sebagai pihak debitur¹³. Perjanjian sepihak juga dapat diartikan yaitu perjanjian dimana salah satu pihak saja yang dibebani suatu kewajiban. Misal, dalam perjanjian pemberian hibah, hanya satu pihak saja yang mempunyai kewajiban.¹⁴

Isi dari perjanjian sepihak itu biasa berupa pernyataan sepihak, tetapi menimbulkan akibat dari kedua belah pihak, yaitu penghibah atau pemberi wasiat, dengan pernyataannya menjadikan dirinya sebagai pihak yang terbebani kewajiban (debitur), terhadap pemberi atau penerima wasiat. Tipe perjanjian seperti ini biasa digunakan untuk perjanjian pinjam mengganti¹⁵

- b. Perjanjian cuma – cuma dan perjanjian dengan alas hak membebani

Perjanjian cuma – cuma yaitu suatu perjanjian yang memberikan keuntungan bagi salah satu pihak tanpa adanya imbalan dari pihak lain. Misalnya hibah (*schenking*) dan pinjam pakai Pasal 1666 dan 1740

13 Sutarno, *Aspek – Aspek Hukum Perkreditan Pada Bank* (Alfabeta:Bandung2013), hal 82

14 Achamad Busro, *Hukum Perikatan* (Octama :Semarang 1985) hlm.4

15 Salim HS, *Hukum Kontrak*, (Sinar Grafika : Jakarta 2006), hal 30

KUH Perdata.¹⁶Perjanjian dengan alas hak yang membebani adalah perjanjian dimana terhadap prestasi dari pihak yang lain , antara prestasi dan kontrak prestasi tersebut terdapat hubungan menurut hukum meskipun kedudukannya tidak harus sama.¹⁷

c. Perjanjian baerdasarkan sifatnya

Penggolongan ini di dasarkan pada hak kebendaan dan kewajiban yang ditimbulka dari adanya perjanjian tersebut. Perjanjian menurut sifatnya dibagi menjadi dua macam, yaitu perjanjian kebendaan (*zakelijke overeenkomst*) dan perjanjian obligator. Perjanjian kebendaan adalah suatu perjanjian , yang ditimbulkan hak kebendaan , diubah atau dilenyaoakan , hal demikian untuk memenuhi perikatan. Contoh dalam perjanjian ini adalah perjanjian pembebanan jaminan dan penyerhan hak milik. Sedangkan perjanjian obligator merupakan perjanjian yang menimbulkan kewajiban dari para pihak.¹⁸

d. Perjanjian menurut namanya

Penggolongan ini di dasarkan pada nama perjanjian yang tercantum di dalam padal 1319 KUH Perdata dan artikel 1355 NBW. Di dalam pasal 1319 KUH Perdata dan Atikel 1344 NBW hanya disebutkan dua macam kontrak yaitu kontrak nominaat (bernama) , dan inominaat (tidak bernama). Kontra nominat adalah kontrak yang dikenal dalam KUH perdata , hibah , penitapan barang , pinjaman pakai , pinjam meminjam , pemberian kuasa , penanggungn utang, perdamaian. Sedangkan kontrak inominat adalah kontrak yang timbul , tumbuh dan berkembang dalam masyarakat. Jenis kontrak ini belum

¹⁶ Sutarno , *Aspek – Aspek Hukum ...*, hal 83

¹⁷ Achamad Busro , *Hukum....* hlm.5

¹⁸ Salim HS , *Hukum Kontrak....*, hal 35

dikenal dalam KUH Perdata. Yang termasuk dalam kontrak inominat adalah leasing, beli sewa, franchise, kontrak rahim, *joint venture*, kontrak karya, keagenan, production sharing, dan lain – lain.

Vollmar mengemukakan kontrak jenis yang ketiga antara bernama dan tidak bernama, yaitu kontrak campuran. Kontrak campuran yaitu kontrak atau perjanjian yang terdapat dimana hal – hal ketentuan – ketentuan khusus untuk sebagian yang menyimpang dari ketentuan umum, kontrak campuran disebut juga dengan *contractus sui generis*.

e. Perjanjian menurut bentuknya

Di dalam KUH Perdata, tidak dijabarkan secara sistematis tentang bentuk kontrak. Namun apabila kita menelaah berbagai ketentuan yang tercantum dalam KUH Perdata maka kontrak menurut bentuknya dapat dibagi menjadi dua macam, yaitu kontrak lisan dan tertulis. Kontrak lisan adalah kontrak atau perjanjian yang dibuat oleh para pihak cukup dengan lisan atau kesepakatan antara kedua belah pihak. Sedangkan kontrak tertulis adalah merupakan kontrak yang dibuat oleh para pihak dalam bentuk tulisan. Dalam kontrak tertulis dalam dua macam, yaitu dalam bentuk akta dibawah tangan dan akta autentik.

f. Perjanjian konsensual, perjanjian real, dan perjanjian formil

Perjanjian konsensual adalah perjanjian yang timbul karena ada persetujuan kehendak antara pihak – pihak.

Perjanjian real adalah perjanjian disamping ada persetujuan kehendak juga sekaligus harus ada penyerahan atas barangnya, misalnya jual beli barang bergerak, perjanjian penitipan pinjam pakai (Pasal 1694, 1740 dan 1754 KUH Perdata).

Dalam hukum adat, perjanjian real justru yang lebih menonjol sesuai dengan sifat hukum adat bahwa setiap perbuatan hukum (perjanjian) yang obyeknya benda tertentu, seketika terjadi persetujuan kehendak serentak ketika itu juga terjadi peralihan hak. Hal ini disebut “kontan dan tunai”.¹⁹

Sedangkan perjanjian formil adalah perjanjian yang memerlukan kata sepakat tetapi undang – undang mengharuskan perjanjian tersebut harus dibuat dengan bentuk tertentu secara tertulis dengan akta yang dibuat oleh pejabat umum notaries atau PPAT. Misalnya jual beli tanah, undang undang menentukan akta jual beli harus dibuat dengan akta PPAT, perjanjian perkawinan dengan akta notaris.²⁰

g. Perjanjian yang istimewa

- 1) Perjanjian liberator , yaitu perjanjian untuk membebaskan dari kewajiban. Missal dalam Pasal 1438 KUH Perdata mengenai pembahasan hutang dan Pasal 1440 dan Pasal 1442 KUH Perdata.
- 2) Perjanjian pembuktian, yaitu perjanjian dimana para pihak sepakat menentukan pembuktian yang berlaku bagi para pihak.
- 3) Perjanjian untung – untungan, seperti yang ada dalam Pasal 1774 yaitu perjanjian yang pemenuhan prestasinya digantungkan pada kejadian yang belum tentu terjadi.
- 4) Perjanjian public, yaitu perjanjian yang sebagian atau seluruhnya dikuasai oleh hkum publik , karena salah satu pihak bertindak sebagai penguasa. ²¹
- 5) Perjanjian kebendaan dan perjanjian obligatoir.

19 Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan* (Alumni:Bandung,1982)hal.86

20 Sutarno , *Aspek – Aspek Hukum*, hal 84

21 Achamad Busro , *Hukum Perikatan* (Octama :Semarang 1985) hlm.4

h. Perjanjian kebendaan dan perjanjian obligator

Perjanjian kebendaan (*zakelijke overeenkomst, delivery contract*) adalah perjanjian untuk memindahkan hak milik dalam perjanjian jual beli. Perjanjian kebendaan ini sebagai pelaksanaan perjanjian obligatorir. Perjanjian obligatorir adalah perjanjian yang menimbulkan perikatan, artinya sejak terjadi perjanjian, timbullah hak dan kewajiban pihak – pihak. Pembeli berhak menuntut penyerahan barang sedangkan penjual berhak atas pembayaran harga. Pembeli kewajiban membayar harga, penjual berkewajiban menyerahkan barang.

Pentingnya pembedaan ini adalah untuk mengetahui apakah dalam perjanjian itu ada penyerahan (*levering*) sebagai realisasi perjanjian dan penyerahan itu sah menurut hukum atau tidak.

i. Perjanjian Baku

Di dalam pustaka hukum , ada beberapa istilah yang digunakan dalam perjanjian baku. Dalam Bhasa Inggris , perjanjian baku dikenal sebagai istilah *standardized agreement* , *standardized contract*. Dalam bahasa Belanda istilah perjanjian baku dikenal *sebagai standaardregeling dan algemene voorwaarden*.²²

Menurut beberapa ahli hukum Indonesia perjanjian baku adalah perjanjian yang hampir seluruh klausul – klausul yang sudah dibakukan oleh pemaikainya dan pihak lainnya tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan.²³ Menurut Abdul Kadir Muhammad perjanjian baku dialih bahasakan dari istilah asing yakni “*standart contract*” , dimana baku atau standart memiliki

²² Faturrahman Djamil , HUKUM Perjanjian Syariah dalam Kompilasi Hukum Perikatan oleh Mariam Darus Badruzaman (Citra Aditya Bakti :Bandung 2011) hal. 274

²³ Reni Sjahdeni, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Seimbang Dalam Perjanjian Kredit* (Bankir Kredit:Jakarta1993)hal.66

arti sebagai tolak ukur, yakni pedoman atau patokan bagi konsumen dalam mengadakan hubungan hukum dengan pihak pengusaha. Dalam hal ini, yang dibakukakan adalah model, rumusan dan ukuran, artinya tidak dapat diganti atau diubah lagi, karena produsen telah membuat atau mencetaknya dalam bentuk blanko tetap berupa naskah perjanjian lengkap terhadap syarat – syarat perjanjian dan syarat – syarat baku yang wajib dipenuhi.

Semenjak dikeluarkannya Undang – Undang No 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UUPK), telah tercantu pengaturan mengenai perjanjian baku dimana dalam UUPK sendiri, perjanjian baku menggunakan istilah klausula baku. Dalam pasal 1 UUPK dirumuskan bahwa yang dimaksud dengan klausula baku adalah : “setiap aturan atau ketentuan dan syarat – syarat yang telah dipersiapkan dan telah ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha yang dituangkan dalam suatu dokumen dan / atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen”

Menurut Treitel di dalam buku H.P Panggabean kebebasan berkontrak menganut dua asas umum. Yang pertama bahwa hukum tidak membatasi syarat – syarat yang boleh diperjanjikan para pihak, jadi ruang lingkup asas kebebasan berkontrak meliputi kebebasan para pihak dalam menentukan sendiri isi dari suatu perjanjian yang ingin mereka buat. Yang kedua, bahwa menurut hukum, seorang tidak dapat dipaksa untuk memasuki suatu perjanjian. Treitel mengemukakan bahwa terdapat dua pembahasan terhadap kebolehan pelaksanaan kontrak baku, yakni pembatasan terhadap kebolehan melaksanakan kontrak baku, yakni pembatasan yang dilakukan untuk menekan

penyalahgunaan yang disebabkan oleh karena berlakunya asas kebebasan berkontrak, seperti penggunaan klausula eksonerasi dan pembatasan kebebasan berkontrak dengan alasan kepentingan umum.

24

Dalam pasal 1320 jo 1338 Kitab Undang – Undang Hukum Perdata menyatakan :

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan
3. Suatu hal tertentu
4. Suatu sebab yang halal

Berdasarkan syarat tersebut di atas merupakan syarat dari suatu kebebasan berkontrak. Perjanjian baku dalam hal ini tidak melanggar asas tersebut, karena pihak konsumen masih diberikan kesempatan untuk memilih menyetujui atau menolak perjanjian , namun dala pasal 1337 KUH Perdata juga jelas dinyatakan bahwa setiap perjanjian tidak boleh bertentangan dengan undang – undang keusilaan atau ketertiban umum.

Menurut ahli hukum Indonesia Mariam Darus menyatakan bahwa perjanjian baku bertentangan dengan asas kebebasan berkontrak yang bertanggung jawab. Dalam perjanjian baku bertentangan dengan asas kebebasan berkontrak yang bertanggung jawab kedudukan pelaku usaha terlihat lebih dari keduduka konsumen. Hal ini dapat menyebabkan peluang bagi pelaku usaha dalam menyalahgunakan

kewenangannya. Pelaku usaha mengatur hak –haknya dan bahkan tidak sedikit yang melimpahkan kewajibannya pada kewajiban pada konsumen. Karenannya hal ini perlu diterbitkan.²⁵

Dalam praktiknya , perjanjian baku yang berkembang saat ini mempunyai cirri – cirri sebagai berikut :

- a. Proses pembuatan secara sepihak oleh pihak yang mempunyai kedudukan atau posisi tawar-menawar yang lebih kuat daripada pihak lainnya.
- b. Pihak yang berkedudukan atau posisi tawar menawarnya lebih lemah, tidak dilibatkan sama sekali dalam menentukan kontrak.
- c. Pihak yang kedudukan atau posisi tawar – menawarnya lebih lemah , menyepakati atau menyetujui substansi kontrak secara terpaksa, karena didorong oleh kebutuhan.
- d. Kontrak dibuat dalam bentuk tertulis , formatnya tertentu dan masal (jumlah banyak).

Berlakunya perjanjian baku dengan syarat – syarat baku , diantaranya :²⁶

- a. Memuatnya dalam butir – butir perjanjian yang konsepnya telah dipersiapkan terlebih dahulu oleh salah satu pihak biasanya dikalangan pengusaha , baik itu produsen , distributor , maupun produk usaha yang bersangkutan. Pokok – pokok disediakan oleh penyedia barang atau jasa yang ditawarkan pada orang banyak

25 Ibid, hal.210

26 Az Nasution, Hukum Perlindungan Konsumen (Studi Pengantar) (Diadit Media:Jakarta2002)hlm.95

(seperti kontrak jual beli atau sewa menyewa kendaraan bermotor , perumahan , dan alat – alat elektronik).

- b. Dengan memuatnya dalam carik – carik kertas baik berupa tabel , kuintasi , bon , tanda terima barang atau lain – lain bentuk penjualan dan atau penyerahan barang dari took, kedai , supermarket dan sebagainya,
- c. Dengan pembuata pengumuman tentang berlakunya syarat – syarat baku di tempat tertentu, seperti di tempay parker atau d penginapan dengan menempelkan pengumuman itu di meja atau ruang penerima tamu atau diruang penerima tamu atau di ruang duduk kamar yang disewakan biasanya kalimatnya berbunyi “uamh , barnag , perhiasan , jam tangan dan atau surat berharga , kehilangan bukan tanggung jawab kami”

Perjanjian baku atau kontrak baku mempunyai keuntungan , antara lain dapat mendukung praktik bisnis lebih efisien (dari segi waktu dan biaya) dan sederhana, karena dapat ditandatangani seketika oleh para pihak, terutama untuk kontrak – kontrak yang dibuat dalam jumlah yang banyak (masal) . sebaliknya, untuk kerugiannya dari kontrak ini dapat terjadinya ketidak adilan , jika salah satu posisi tawar – menawarnya lbh kuat saja dan merugikan pihak lainnya yang kedudukn atau posisi tawar – menawarnya lebih lemah.²⁷

j. Perjanjian Kemitraan

Istilah perjanjian kemitraan berasal dari terjemahan bahasa Inggris, yaitu *partner contract*, sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan *samenwerkingovereenkomst*.²⁸ Menurut kamus besar Bahasa Indonesia, Perjanjian Kemitraan dapat kita pahami dengan mengartikan kata per kata, yaitu kata “Perjanjian” dan kata “Kemitraan”. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, Perjanjian diartikan sebagai persetujuan (tertulis dengan lisan) yang dibuat oleh dua pihak atau lebih, masing – masing bersepakat akan menaati apa yang tersebut dalam persetujuan itu.²⁹ Selanjutnya, pengertian dari “Kemitraan” adalah perihal hubungan (jalinan kerja dengan sebagainya) sebagai mitra, dengan kata “mitra” sendiri diartikan sebagai teman, sahabat, kawan kerja, pasangan kerja, dan rekan.

Secara yuridis, pengertian atas kemitraan terdapat dalam Undang – Undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil dan Menengah. Dalam undang – undang tersebut kemitraan dapat dipahami sebagai kerja sama dalam keterkaitan usaha, baik langsung maupun tidak langsung, atas dasar prinsi saling memerlukan, mempercayai, memperkuat, dan menguntungkan yang melibatkan pelaku usaha Mikro, Kecil, dan Menengah dengan Usaha Besar.

Dari dua pengertian di atas dapat kita simpulkan bahwa perjanjian kemitraan adalah suatu persetujuan yang dibuat oleh dua pihak atau lebih, yang dibuat berdasarkan prinsip saling memerlukan, mempercayai, memperkuat dan menguntungkan. Pola kemitraan ini

²⁸Salim H.S dan Erlies Septiana Nurbani, *Perkembangan Hukum Kontak Innominat*, (Jakarta: Sinar Grafika 201) hal.118

²⁹ Hasan Alwi et al, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Ketiga*, (Jakarta: Balai Pustaka, 2007) hal.458.

disesuaikan dengan sifat dengan sifat atau usaha yang akan dimitrakan. Pola kemitraan telah ditentukan dalam Pasal 26 Undang – Undang Nomor 20 Tahun 2008.³⁰

a. Pola kemitraan

Pola kemitraan merupakan bentuk atau sistem yang akan dilakukan dalam kemitraan usaha antara lain usaha mikro , kecil dan menengah dengan usaha besar. Pola kemitraan ini disesuaikan dengan sifat atau usaha yang akan dimitrakan , pola kemitraan ini telah ditentukan dalam Passal 26 Undang – Undang Nomor 20 Tahun 2008. Ada enam pola kemitraan dalam pasal ini , yang meliputi :

- 1) Inti plasma
- 2) Subkontrak
- 3) Waralaba
- 4) Perdagangan umum
- 5) Distributor keagenanan
- 6) Bentuk – bentuk kemitraan antara lain , seperti :
 - a) Bagi hasil
 - b) Kerja sama oprasional
 - c) Usaha patungan (*joint venture*)dan
 - d) Penyumberluaran (*outsourching*)³¹

7. Janji / Wanprestasi

Menurut Pasal 1234 KUH Perdata yang dimaksud dengan prestasi adalah seorang yang menyerahkan sesuatu, melakukan sesuatu, dan tidak

³⁰ Salim H.S dan Erlies Septiana Nurbani, Perkembangan Hukum Kontak Innominat, (Jakarta:Sinar Grafika 201) hal.118.

³¹ Ibid,hal.124

melakukan sesuatu, sebaliknya dianggap wanprestasi apabila seseorang melakukan :

- a. Tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukannya.
- b. Melaksanakan apa yang dijanjikan,tetapi tidak sebagaimana yang dijanjikan.
- c. Melakukan apa yang dijanjikan tetapi terlambat.
- d. Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukannya.

32

Terhadap suatu pihak yang lalai atau kealpan suatu pihak yang tidak melaksanakan prestasi , diancam beberapa sanksi atau hukuman.

Hukuman atau akibat – akibat yang lalai ada empat macam yaitu :

Pertama , membayar kerugian yang diderita oleh kreditur atau dengan singkat dinamakan ganti rugi.

Kedua , pembatalan perjanjian atau juga dinamakan pemecahan perjanjian.

Ketiga, peralihan resiko.

Keempat, membayar biaya perkara, kalau sampai diperkarakan di depan hakim. ³³

Karna wanprestasi mempunyai akibat – akibat yang begitu penting, maka harus ditetapkan lebih dahulu pada kontra perjanjian.

B. Perjanjian Menurut Hukum Islam

³²*Ibid*,hal47.

³³ Subekti, *Hukum Perjanjian Edisi Kedua belas* , (Jakrta:PT.Intermasa 1990)hal.45

1. Definisi Akad

Perjanjian menurut Hukum Islam biasa disebut dengan Akad. Akad adalah ikatan yang terjadi antara dua pihak, satu menyatakan ijab dan yang kedua menyatakan qabul, yang kemudian menimbulkan akibat – akibat hukum³⁴, yaitu timbulnya hak dan kewajiban antara kedua pihak tersebut. Pengertian kontrak pada umumnya adalah perjanjian yang dibuat secara tertulis. Kontrak (akad) pada umumnya diartikan sebagai penawaran dan penerimaan yang berakibat pada konskuensi hukum – hukum tertentu. Kontrak berarti suatu kesepakatan yang bersandar pada penawaran dan penerimaan (ijab-qabul) antara pihak yang terlibat dalam kontrak dengan prinsip – prinsip hukum dalam suatu urusan (objek).

Menurut istilah fiqh kontrak biasa dikenal dengan akad. Akad secara etimologi, antara lain berarti ikatan antara dua perkara baik iktan antara maknawi, dari satu segi maupun dua segi. Akad juga berarti sambungan (al-uqdah) dan janji (al'ahd). Menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, akad adalah kesepakatan dalam suatu perjanjian antara dua belah pihak atau lebih untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan hukum tertentu.

Dari penjelasan di atas dapat kita tarik garis besar bahwa perjanjian harus merupakan perjanjian kedua belah pihak yang bertujuan untuk saling mengikatkan diri tentang perbuatan yang akan dilakukan dalam suatu hal yang khusus setelah akad secara efektif mulai diberlakukan

2. Rukun dan Syarat Akad

34 Rachmat Stafe'I, *Fiqh Muamalah* (Jakarta: Amzah, 2013), hal. 44

Rukun adalah unsur yang membentuk terjadinya akad , tuntut terbentuknya akad yang sah dan meningkat haruslah dipenuhinya rukun dan syarat akad.

a. Rukun Akad

Rukun adalah unsur-unsur yang membentuk sesuatu , sehingga sesuatu itu terwujud karena adanya unsur – unsure tersebut yang membentuknya. Menurut ahli – ahli hukum Islam kontemporer, rukun yang membentuk akad , ada empat yaitu :

- 1) Para pihak yang membuat akad (*al-aqidan*).
- 2) Pernyataan kehendak para pihak (*shighat ‘aqd*).
- 3) Objek akad (*mahallul ‘aqd*)
- 4) Tujuan Akad (*maudhu’ al-‘aqd*).³⁵

Menurut pandangan ulama hanafiyah berpendapat , bahwa “Rukun akad adalah segala sesuatu yang yang mengungkapkan kesepakatan dua kehendak atau yang menempati tempat keduanya baik berupa berpuatan, isyarat atau tulisan”.

Sehingga yang dimaksud dengan rukun akad adalah ijab dan qabul. Adapun orang yang mengadakan akad atau hal – hal lainnya yang mengadakan akad atau hal – hal lainnya yang menunjang terjadinya akad tidak dikategorikan rukun sebab keberadaanya sudah pasti. Adapun menurut pandangan ulama – ulama selain Hanafiyah berpandangan bahwa aka dada tiga, yaitu :

- a) Orang yang melakukan akad (‘aqid).

35 Achmad Wardi Muslich . *Fiqh Muamalah Kontemporer* (Jakarta:Amzah,2013) hal.113

b) Objek akad (ma'qud alaih).

c) Sigat.

Dalam jual beli misalnya , orang yang melakukan akad adalah penjual dan pembeli, sedangkan objek akadnya adalah barang dan harga , shigat adalah ijab dan qabul. Ketiga rukun akad menurut jumhur ulama ini mengacu kepada pengertian rukun menurut pandangan mereka yaitu sesuatu yang keabsahannya menunggu kepada sesuatu yang lain, walaupun ia bukan bagian dari hakikat sesuatu tersebut.³⁶

b. Syarat dan Rukun Akad

Dari masing – masing rukun yang dapat membentuk akad, memerlukan syarat – syarat agar unsur itu dapat berfungsi membentuk akad. Tanpa adanya syarat – syarat dimaksud, rukun akad tidak dapat membentuk akad. Dalam hukum Islam, syarat – syarat yang dimaksud dinamakan syarat – syarat terbentuknya akad. Adapun syarat menurut pengertian Istilah Fuqaha dan ushuliyun adalah segala sesuatu yang dikaitkan pada tiadanya sesuatu yang lain, tidak pada adanya sesuatu yang lain, sedang ia bersifat eksternal (*kharijiy*) , maksudnya adalah tiadanya syarat mengharuskan tiadanya masyrut. Misalnya kecakapan pihak yang berakad merupakan syarat yang berlaku pada setiap akad sehingga tiada kecakapan menjadikan tidak berlangsungnya akad.

Dari masing – masing rukun (unsur) syarat yang membentuk akad, memerlukan syarat – syarat agar unsur itu dapat berbentuk membentuk fungsi akad. Tanpa adanya akad (*syuruh al – in'iqdah*).

³⁶ Ahmad Wadi Muslich, *Fiqh Muamalat* (Jakarta : Amzah 2010) hal.113

Rukun pertama yaitu , yaitu para pihak harus memenuhi dua syarat yaitu *tamyiz* dan berbilang. Rukun kedua , yaitu pernyataan kehendak, harus memenuhi dua syarat , yaitu penyesuaian *ijab* dan *qabul*, dengan kata lain tercapainya sepakat. Rukun ketiga yaitu , objek akad harus memenuhi tiga syarat yaitu, objek dapat diserahkan , dapat ditentukan , dan objek itu dapat ditransaksikan. Rukun keempat memerlukan satu syarat , yaitu tidak bertentangan dengan shara'³⁷.

3. Asas – Asas Hukum Perikatan Islam

Asas berasal dari bahasa Arab *asasun* yang berarti dasar, basis , dan fondasi. Secara terminology, asas adalah dasar atau sesuatu yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat. Istilah lain yang memiliki arti sama dengan kata asas adalah prinsip, atau dasar atau kebenaran yang menjadi pokok berpikir , bertindak , dan segala sebagainya. Mohamad Daud Ali, mengartikan asas apabila dihubungkan dengan kata hukum adalah kebenaran yang digunakan sebagai tumpuan berfikir dan alasan pendapat, terutama , dalam penegakan dan melaksanakan hukum.³⁸

Ada beberapa asas kontrak (akad) yang berlaku dalam hukum perdata Islam, adas – asas tersebut sangat berpengaruh pada pelaksanaan kontrak yang dilaksanakan oleh para pihak yang berkepentingan , beberapa asas tersebut diantaranya adalah :

1) Asas Ilahiah

Kegiatan muamalat termasuk perbuatan perikatan , tidak akan pernah lepas dari nilai – nilai kehidupan. Dengan demikian, manusia memiliki tanggung jawab akan hal ini. Tanggung jawab kepada

³⁷ Syamsul Anwar, Hukum Perjanjian Syariah Studi Tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat(Jakarta:Rajawali 2010) hal. 98

³⁸ Gemala Dewi, *et al. Hukum Perikatan Islam di Indonesia* (Jakarta:Kencana Jakarta,2013)hal.30

masyarakat, tanggung jawab kepada pihak kedua , tanggung jawab kepada diri sendiri , dan tanggung jawab kepada Allah SWT.

2) Asas Kebebasan

Menurut Faturrahman Djamil , Asas ini merupakan prinsip dasar dalam hukum Islam dan merupakan prinsip dasar pula dari hukum perjanjian. Islam memberikan kebebasan kepada para pihak untuk melakukan suatu perikatan. Bentuk dan isi perikatan tersebut ditentukan oleh para kedua belah pihak , termasuk juga menetapkan cara – cara penyelesaian bila terjadi sengketa. Apabila telah disepakati bentuk dan isinya, maka perikatan itu mengikat para kedua belah pihak yang telah menyepakatinya dan harus dilaksanakan perjanjian itu dengan melaksanakan hak dan kewajibannya. Kebebasan ini tidaklah absolute , sepanjang tidak melanggar dan bertentangan dengan prinsip syari'ah Islam , maka perikatan tersebut boleh dilaksanakan. Syariah member kebebasan kepada setiap orang yang melakukan akad sesuai dengan yang di inginkan, tetapi yang menuntukan akibat hukumnya adalah ajaran agama. Asas ini menghindari semua bentuk pemaksaan , tekanan , dan penipuan dari pihak manapun , jika adanya unsure pemaksaan dalam perjanjian , maka legalitas melakukan perjanjian yang dilakukan bisa dianggap meragukan bahkan tidak sah.³⁹

3) Asas persamaan atau kesetaraan

Sautu perbuatan muamalah merupakan salah satu jalan untuk memenuhi kebutuhan hidup manusia. Sering kali terjadi, bahwa seseorang memiliki kelebihan dan kekurangan masing – masing , oleh karena itu manusia memiliki kesempatan yang sama untuk melakukan

³⁹Imam Musbikin , Qawa'id Al-fiqihyah,(Jakarta: RajaGrafindo Persada 2011)

suatu perikatan. Dalam melakukan perikatan ini, para pihak menentukan hak dan kewajiban masing – masing didasarkan pada asas persamaan atau kesetaraan. Tidak boleh ada kezaliman yang dilakukan dalam perikatan tersebut. ⁴⁰

4) Asas Keadilan (*al-‘Adalah*)

Pelaksanaan asas ini dalam akad adalah , dimana para kedua belah pihak yang telah bersepakat dimana dituntut untuk berlaku benar dalam pengungkapan kehendak dan keadaan, memenuhi perjanjian yang telah mereka buat, dan memenuhi semua kewajibannya. Asas ini berkaitan erat dengan asas kesamaan, meskipun keduanya tidak sama, dan merupakan lawan dari kezaliman. Salah satu bentuk kezaliman adalah dengan mencabut hak – hak kemerdekaan orang lain dan atau tidak memenuhi kewajiban terhadap akad yang dibuat. ⁴¹

5) Asas kerelaan (*al-Ridha*)

Asas ini menyatakan bahwa semua kontrak yang dilakukan oleh para pihak harus di dasarkan kepada kerelaan semua pihak yang membuatnya. Kerelaan para pihak yang berkontrak adalah jiwa setiap kontrak yang Islam dan dianggap sebagai syarat terwujudnya semua transaksi. Jika dalam suatu kontrak asas ini tidak terpenuhi maka kontrak yang dibuatnya telah dilakukan dengan cara yang batil. Kontrak yang dilakukan itu tidak dapat dikatakan telah mencapai sebuah bentuk usaha yang dilandasi saling rela antar pelakunya di dalamnya terdapat unsur tekanan, paksaan , penipuan atau ketidakjujuran dalam pernyataan.

6) Asas Kejujuran (*As-Shidq*)

⁴⁰ Gemala Dewi, *Hukum Perikatan Islam....*, hal.33

⁴¹ Mariuz Daruz Badruzalama , et al

Kejujuran merupakan hal yang harus dilakukan oleh manusia dalam segala bidang kehidupan , termasuk dalam pelaksanaan muamalah. Jika kejujuran ini tidak diterapkan dalam perikatan, maka merusak legalitas perikatan itu sendiri. Selain itu , jika terdapat ketidakjujuran dalam perikatan , maka akan menimbulkan perselisihan diantara kedua belah pihak.

7) Asas Tertulis (*al-Kitabah*)

Asas ini menyatakan bahwa setiap akad hendaknya dibuat secara tertulis. Hal ini berkaitan dengan keperluan pembuktian jika dikemudian hari terjadi sengketa. Dalam al-qur'an surat al-Baqarah ayat 282-283 mengisyaratkan , agar akad yang dilaksanakan benar – benar senantiasa berada dalam kebaikan dan perasaan nyaman bagi semua pihak. Bahkan dalam pembuatan akad hendaknya juga selalu disertai dengan saksi – saksi yang dapat dipercaya, rahn atau jaminan (untuk kasus tertentu), dan prinsip tanggung jawab individu.

Di dalam Islam , ketika seseorang subjek hukum hendak membuat suatu akad dengan subjek hukum lainnya, selain harus didasari dengan adanya kata sepakat, ternyata juga dianjurkan untuk dituangkan kedalam bentuk tertulis dan juga diperlukan kehadiran saksi – saksi, hal demikian sangatlah penting , terutama sekali untuk akad – akad yang membutuhkan pengaturan yang kompleks.

4. Macam – Macam Akad

Menurut ulama fiq, akad dapat dibagi menjadi beberapa segi apabila dilihat dari segi keabsahannya menurut syara' maka akad dibagi menjadi dua, yaitu :

- 1) Akad *sahih*, yaitu akad yang telah memenuhi unsur dan syarat yang telah ditetapkan oleh syara'. Dalam istilah ulama Hanafiyah, akad sah adalah akad yang memenuhi ketentuan syariat pada asalnya dan sifatnya.
- 2) Akad yang tidak *sahih* yaitu akad yang terdapat kekurangan pada unsur dan syaratnya. Dengan demikian, akad ini tidak berdampak hukum atau tidak sah.

Suatu akad dikatakan akad batal apabila terjadi pada orang – orang yang tidak memenuhi syarat – syarat kecakapan atau objeknya tidak dapat menerima hukum akad hingga demikian pada akad itu terdapat hal – hal yang menjadikan dilarang syara'. Akad batal dipandang tidak pernah terjadi menurut hukum, meskipun material pernah terjadi, oleh karenanya tidak mempunyai akibat hukum sama sekali.

Adapun akad fasid adalah akad yang dilakukan oleh orang – orang yang memenuhi syarat kecakapan terhadap objek yang dapat menerima hukum akad, tetapi padanya ada hal – hal yang tidak benerkan syara'. Dalam hal ini kedua belah pihak fasakh.

Menurut mazhab Hanafi, pembagian akad tidak sah menjadi akad batal dan rusak itu tidak berlaku untuk segala macam akad, tetapi hanya dalam akad untuk memindahkan hak milik / akad kebendaan yang mengakibatkan kewajiban timbale balik, seperti wakaf, pengakuan dan sebagainya, tidak dibedakan antara yang batal dan yang rusak.

5. *Shirkah*

a. Definisi *Shirkah*

Shirkah secara bahasa berarti penggabungan atau pencampuran (*al-ikhtilaf*). Menurut ulama Hanafiah, *Shirkah* secara istilah adalah penggabungan harta dan / atau keterampilan untuk dijadikan modal usaha dan hasilnya yang berupa keuntungan dibagi bersama. Seperti persekutuan hak milik atau syirkah usaha, dalam istilah fiqh syirkah berarti persekutuan atau perkongsian antara dua orang atau lebih untuk melakukan usaha bersama dengan tujuan memperoleh keuntungan.

Adapun Syirkah menurut Kompilasi Hukum ekonomi Syariah (KHES) Pasal 20 ayat (3) adalah kerja sama antara dua orang atau lebih dalam hal permodalan, keterampilan, atau kepercayaan dalam usaha tertentu dengan pembagian keuntungan berdasarkan nisbah yang dikehendaki oleh para pihak yang berserikat.⁴²

Menurut ahli fiqh Hanafiyah, syirkah adalah : akad antara para pihak –pihak yang berserikat dalam hal modal dan keuntungan. Menurut ahli fiqh Malakiyah, Syirkah adalah kebolehan (atau izin) bertasharud bagi masing – masing pihak saling memberikan izin kepada pihak lain dalam mentasharufkan harta (obyek) syirkah. Menurut ahli fiqh Syafiiyyah, syirkah adalah berlakunya hak atas sesuatu bagi dua pihak atau lebih dengan tujuan persekutuan.⁴³

b. Dasar hukum *Shirkah*

⁴² Tim Penyusun, Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (Jakarta:kencana 2009)

⁴³ Ghufron A.Mas'adi, Fiqh Muamalah Kontesktual, (Jakarta:PT. Raja Grafindo Perdata,2002), hlm. 192

Dasar hukum shirkah adalah cerita orang dulu terdahulu yaitu cerita Nabi Dawud yang diceritakan Dalam Q.S Shad 24:

وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ
بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ

Artinya : “Dan sesungguhnya kebanyakan dari orang – orang berserikat itu sebagaimana mereka berbuat zalim kepada orang lain”

Dalam tafsir ini, diartikan para ulama sebagai maksud khulato’ adalah orang – orang yang bersekutu. Orang – orang yang bersekutu itu membohongi bagian yang lain ke sebagian yang lainnya kecuali orang yang beriman dan beramal shalih. Ini terjadi pada masa Nabi Dawud As, maka oratik Shirkah pada ayat ini adalah termasuk syar’u man qoblana ii juga ditetapkan sampai sekarang, karena dipertegas dengan ayat lain yaitu Q.S al-Nisa’ : 12

فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي
الَّذِينَ

Artinya : “maka mereka bersekutu dalam yang sepertiga itu “

Firman Allah dalam surat Al-Mai’idah ayat 2 :

وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ
وَالْعُدْوَانِ

Artinya :

“...Dan tolong – menolonglah kamu dalam (mengerjakan) kebajikan dan takwa, dan jangan tolong – menolong dalam berbuat dosa dan pelanggaran...”

Ayat tersebut menjelaskan bahwa semua perbuatan sikap hidup membawa kebaikan kepada seseorang (individu) atau kelompok

masyarakat digolongkan kepada perbuatan baik dan taqwa dengan syarat perbuatan tersebut didasari dengan niat yang ikhlas . Tolong menolong (syirkah al-ta'wub) merupakan satu bentuk perkongsian , dan harapan bahwa semua pribadi muslim adalah sosok yang berguna/ menjadi partner bersama – sama dengan muslim yang lainnya.

Allah SWT telah berfirman agar manusia saling tolong menolong bersama – sama berusaha untuk tujuan yang terbaik dan tolong menolong antar sesama manusia dengan tujuan mendapatkan profit/laba, oleh sebab itu prinsip ini sangat dianjurkan dalam islam.

Firman Allah SWT, dalam surat al-Anfal ayat 41 yaitu :

وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ
 وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ
 السَّبِيلِ إِن كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ
 الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّقَىٰ الْجَمْعَانِ ۗ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ
 قَدِيرٌ

Artinya :

“Ketahuilah, sesungguhnya saja yang dapat kamu peroleh sebagaimana rampasan perang, maka sesungguhnya seperlima untuk Allah, Rasul, Kerabat Rasul , anak – anak yatim , orang – orang miskin dan Ibnu Sabil , jika kamu beriman kepada Allah dan kepada apa yang kami turunkan kepadahamba Kami (Muhammad) di hari Furqaan , yaitu di hari bertemunya dua pasukan. Dan Allah Maha Kuasa atas segala sesuatu”

Sedangkan hadist yang menerangkan tentang syirkah :

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: أَنَا تَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا".
رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ.

Artinya :

Dari Abu Hurairah r.a beliau berkata : Rasulullah pernah bersabda Allah telah member firman :”Aku menemani dua orang yang bermitrasaha selama salah seorang dari keduanya tidak mengkhianati yang lain. Bila salah seorang berrkhianat, maka Aku akan keluar dari kemitrasahaan mereka”(H.R Abu Daud)

c. Rukun dan Syarat Syirkah

Seacara umum , rukun syirkah ada tiga yaitu :

1. Sighat atau ija qabul , yaitu ungkapan yang keluar dari masing – masing kedua belah pihak yang bertransaksi yang menunjukkan kehendak untuk melaksanakannya.
2. Orang yang berakad yaitu , kedua belah pihak yang melakukan transaksi. Syirkah tidak sah kecuali dengan adanya kedua belah pihak ini. Disyaratkan bagi keduanya adanya kelayakan melakukan transaksi yaitu baligh , berakal pandai dan tidak dicekal untuk membelanjakan hartanya.
3. Obyek akad yakni modal dan pekerjaan yaitu modal pokok syirkah, ini bisa berupa harta ataupun pekerja. Modal syirkah ini harus ada, maksudnya tiddak boleh berupa harta yang terhutang atau harta yang tidak diketahui karena tidak dapat dijalankan

sebagaimana yang menjadi tujuan syirkah , yaitu mendapat keuntungan.⁴⁴

d. Berakhirnya Syirkah

Hal yang dapat membatalkan atau menunukan berakhirnya akadi syirkah secara umum yaitu :

- a. Salah satu pihak mengundurkan diri, karena menurut ahli fiqh syirkah itu tidak bersifat dalam arti boleh dibatalkan.
- b. Salah satu pihak meninggal dunia
- c. Salah satu pihak kehilangan kecakapan dalam bertindak hukum , seperti gila yang sulit disembuhkan
- d. Salah satu pihak melarikan diri ke negeri yang berperang , dengan negeri muslim karena orang seoerti ini dianggap sebagai wafat.

Masing – masing pihak bisa membatalkan syirkah kapanpun dia menghendaki, jika salah satu pihak meninggal , maka syirkah ini batal.

Hal – hal yang bisa membuat berakhirnya akad syirkah secara khusus , jika dilihat dari bentuk syirkah yang dilakukan , yaitu sebagai berikut :

- a. Dalam syirkah al – amwal , akad syirkah dinyatakan batal apabila semua atau sebagaian modal syirkah hilang , karena obyek dalam syirkah ini adalah harta. Dengan hilangnya harta syirkah , berarti syirkah itu bubar.

⁴⁴ Diyamuddin Djuwani, Pengantar Fiqh Muamalah (Yogyakarta:Pustaka Pelajar,2008)hal.213

b. Dalam syirkah al – muawafadah , modal masing – masing pihak tidak sama kualitasnya , karena al – muawafadah itu sendiri berarti persamaan , baik dalam modal , kerja maupun keuntungannya yang dibagi. ⁴⁵

e. Macam – Macam *Shirkah*

Shirkah pertama – tama dibagi dalam dua bentuk, yaitu *shirkah milk* dan *shirkah ‘uqud* .

a. *Shirkah Milk*

Menurut jumhur ulama Hanafiyah , *shirkah al – milk* , sedangkan menurut jumhur ulama Hanabilah , *Shirkah al – irtsy* , *al – ghanimah* , *shirkah al – mubta’in* menurut ulama Malikiyah adalah salah satu redaksi yang menunjukkan kepemilikan dua orang atau lebih terhadap suatu benda dengan tidak melalui akad *shirkah*. Kemudian *shirkah milk*, terbagi ke dalam dua bentuk yaitu, :

1. *Shirkah ijbariyah* , adalah dua orang atau lebih yang berkumpul dalam menerima kepemilikan harta bukan atas kehendaknya sendiri (*al-qahr*). Syirkah ini terjadi tanpa adanya kehendak masing – masing pihak seperti persekutuan doi antara ahli waris terhadap harta wrisan tertentu , sebelum dilakukan pembagian⁴⁶.
2. *shirkah ak Ikhtiriyah* adalah dua orang atau lebih berkumpul untuk memiliki suatu benda tertentu atas dasar kebebasan kehendak para pihak. Ikhtiyari adlah dua orang yang dihibahkan untuk membeli sebuah rumah secara patungan. Ikhtiyari adalah

⁴⁵ Mushafa Diib All-Bugha, Fikh Islam Lengkap , (Solo:Media Zikir), cet 1

⁴⁶ Ghufron A. Mas;adi , Fiqh Muamalah Kontekstual , (Jakarta :PT. raja Grafindo Persada, 2002) hal. 194

dua orang yang dihibahkan atau diwariskan sesuatu, lalu mereka berdua menerima, maka barang yang dihibahkan dan diwasiatkan itu menjadi milik mereka berdua. Begitu pula halnya membeli sesuatu yang mereka bayar berdua, maka barang yang dibeli itu disebut sebagai syirkah milik (amlak) ⁴⁷

b. *Shirkah 'Uqud*

Shirkah 'uqud menurut jumhur ulama Hanabilah adalah dua orang atau lebih berserikat dalam melakukan aktivitas usaha. *Shirkah uqud* ini terbagi menjadi lima bagian, yaitu :

- 1) *Shirkah 'inain*, yaitu *shirkah* antara dua orang atau beberapa orang mengenai harta, baik mengenai modalnya, pengelolaannya ataupun keuntungannya. Pembagian keuntungan tidak harus berdasarkan besarnya partisipasi, tetapi adalah berdasarkan kesepakatan dan perjanjian.
- 2) *Shirkah muwafadah*, yaitu *shirkah* antara dua orang atau lebih mengenai harta, baik mengenai modal, pekerjaan ataupun tanggung jawab, maupun mengenai hasil atau keuntungan.
- 3) *Shirkah wujuh*, yakni *shirkah* antara dua orang, atau lebih yang memiliki reputasi dan tingkat profesional yang baik mengenai sesuatu pekerjaan/bisnis, dimana mereka membeli barang dengan kredit dan menjualnya secara tunai dengan jaminan reputasi mereka.
- 4) *Shirkah a'mail*, yaitu *shirkah* antara dua orang atau lebih yang seprofesi untuk menerima pekerjaan bersama – sama dan membagi untung bersama berdasarkan kesepakatan dalam perjanjian.

47 Sayyid Sabiq, *fiqh Summah Jilid 4* (Jakarta : Pena pundi aksara,2006)h.317