

BAB II

**KAJIAN TEORITIS AKIBAT HUKUM PERJANJIAN PINJAM
NAMA DALAM KEPEMILIKAN TANAH OLEH WARGA NEGARA
ASING**

A. Perjanjian dalam Hukum Positif di Indonesia

1. Pengertian Perjanjian

Perjanjian merupakan sumber terpenting yang melahirkan perikatan. Perjanjian merupakan salah satu penyebab lahirnya perikatan selain undang-undang¹. Perikatan yang berasal dari perjanjian dikehendaki oleh dua orang atau dua pihak yang membuat perjanjian, sedangkan perikatan yang lahir dari undang-undang dibuat atas dasar kehendak yang berhubungan dengan perbuatan manusia yang terdiri dari dua pihak².

Hal tersebut dapat diketahui dari Pasal 1233 KUH Perdata yang menentukan bahwa, “perikatan, lahir karena suatu persetujuan atau karena undang-undang”. Perikatan yang bersumber pada undang undang dibagi lagi menjadi dua golongan, yaitu perikatan yang lahir karena undang-undang, timbul sebagai undang-undang atau dan perikatan yang lahir karena undang-undang sebagai akibat perbuatan orang sebagaimana dapat diketahui dari ketentuan Pasal 1352 KUHPerdata.

Ketentuan tersebut menunjukkan bahwa adanya hubungan antara perikatan dan perjanjian adalah bahwasanya di dalam suatu perjanjian itu

¹Pasal 1233 KUH Perdata.

²Suharnoko, *Hukum Perjanjian*, Prenada Media, Jakarta, 2004, h.117

menerbitkan perikatan, dimana perjanjian merupakan sumber perikatan di samping sumber-sumber lainnya. Suatu perjanjian juga dapat dikatakan sebagai suatu persetujuan, dikarenakan kedua belah pihak setuju untuk melakukan sesuatu³.

Menurut R. Subekti yang dimaksud dengan perjanjian adalah sebagai suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.³² Dalam bentuknya perjanjian itu berupa suatu rangkaian kata-kata yang mengandung janji - janji atau kesanggupan yang diucapkan atau tertulis.

Menurut J. Satrio, perjanjian dapat didefinisikan secara luas maupun sempit. Dalam arti luas suatu perjanjian berarti setiap perjanjian yang menimbulkan akibat hukum sebagai yang dikehendaki (atau dianggap dikehendaki) oleh para pihak, termasuk di dalamnya perkawinan, perjanjian kawin dan lain-lain, sedangkan dalam arti sempit perjanjian disini hanya ditujukan kepada hubungan-hubungan hukum dalam lapangan hukum kekayaan saja seperti yang dimaksud dalam Buku III BW⁴.

2. Syarat Sahnya Perjanjian

Secara umum syarat sah yang ada dalam perjanjian telah disebutkan dalam KUH Perdata. Pasal 1320 KUH Perdata menentukan bahwa untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat yaitu:

- a) Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya artinya bahwa para pihak yang mengadakan

³Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet-XXI, PT. Intermedia, Jakarta, 2005, h.1.

⁴R. Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Intermedia, Jakarta, 2001, h.36.

perjanjian itu harus bersepakat atau setuju mengenai perjanjian yang akan diadakan tersebut, tanpa adanya paksaan, kekhilafan dan penipuan. Pada dasarnya kata sepakat adalah pertemuan atau persesuaian kehendak antara para pihak di dalam perjanjian. Seseorang dikatakan memberikan persetujuannya atau kesepakatannya jika ia memang menghendaki apa yang disepakati⁵. Menurut Mariam Darus Badruzaman sepakat diartikan sebagai persyaratan kehendak yang disetujui (*overeenstemende wilsverklaring*) antar pihak-pihak. Pernyataan pihak yang menawarkan dinamakan tawaran (*offerte*). Pernyataan pihak yang menerima penawaran dinamakan akseptasi (*acceptatie*). Kata sepakat dapat diungkapkan dalam berbagai cara, misalnya secara lisan, tertulis, dengan tanda, dengan simbol⁶. Dengan demikian dapat diketahui bahwa penawaran dan akseptasi merupakan unsur yang sangat penting untuk menentukan lahirnya perjanjian.

- b) Kecakapan Para pihak yang mengadakan perjanjian harus cakap menurut hukum, serta berhak dan berwenang melakukan perjanjian. Pasal 1329 KUH Perdata menentukan bahwa setiap orang adalah cakap untuk membuat perjanjian, kecuali apabila menurut undang-undang dinyatakan tidak cakap. Pasal Menurut Pasal 1330 KUH Perdata bahwa ada beberapa orang yang tidak cakap untuk membuat perjanjian, yakni :Orang yang belum dewasa (di bawah 21 tahun); Mereka yang

⁵*Ibid.*,h.164.

⁶Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, Alumni, Bandung, 1994, h.24.

ditaruh di bawah pengampuan dan Perempuan yang sudah menikah

Pasal 330

KUHPerdata menentukan bahwa seseorang dianggap dewasa jika orang tersebut telah berusia 21 tahun atau kurang dari 21 tahun tetapi telah menikah. Pasal 47 dan Pasal 50 Undang-Undang No 1 Tahun 1974 tentang Pokok Perkawinan menentukan bahwa kedewasaan seseorang ditentukan bahwa anak berada di bawah kekuasaan orang tua atau wali sampai dia berusia 18 tahun.

- c) Mengenai suatu hal tertentu. Maksud dari suatu hal tertentu adalah hal bisa ditentukan jenisnya maupun obyeknya. Pasal 1333 KUH Perdata menentukan bahwa, suatu perjanjian harus mempunyai pokok suatu benda (*zaak*) yang paling sedikit dapat ditentukan jenisnya. Istilah barang yang dimaksud yang dalam bahasa Belanda disebut sebagai *zaak*. *Zaak* dalam bahasa Belanda tidak hanya berarti barang dalam arti sempit, tetapi juga berarti yang lebih luas lagi, yakni pokok persoalan. Objek perjanjian itu tidak hanya berupa benda, tetapi juga bisa berupa jasa⁷. Jika dilihat dari segi perikatan, pengertian hal tertentu dalam hukum perikatan adalah prestasi (kewajiban yang wajib dipenuhi oleh kedua pihak atau lebih) yang terjadi dalam perjanjian, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1234 KUH Perdata prestasi itu dapat berupa menyerahkan sesuatu, berbuat sesuatu dan tidak berbuat sesuatu⁸. Berdasarkan Pasal 1234 KUH Perdata dapat diketahui bahwa syarat hal

⁷Sudargo Gautama, *Indonesian Business Law*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995, hlm.79.

⁸Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak*, Rajawali Press, Jakarta, 2013, hlm.30.

tertentu hanya menerangkan tentang cara melakukan suatu prestasi, sedangkan bentuk prestasi yang sebenarnya adalah benda / *zaak*.

d) Suatu sebab yang halal, dimaksudkan bahwa, jika objek dalam perjanjian itu illegal atau bertentangan dengan kesusilaan atau ketertiban umum, maka perjanjian tersebut menjadi batal. Sebagai contohnya, perjanjian untuk membunuh seseorang mempunyai objek tujuan yang illegal, maka kontrak ini tidak sah⁹. Pasal 1335 *jo.* 1337 KUH Perdata menentukan bahwa isi dan tujuan suatu perjanjian harus berdasarkan hal-hal yang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban. J.Satrio berpendapat bahwa suatu kausa dinyatakan bertentangan dengan undang-undang, jika kausa di dalam perjanjian yang bersangkutan isinya bertentangan dengan undang-undang yang berlaku. Penentuan suatu kausa perjanjian bertentangan dengan kesusilaan (*geode zeden*) bukanlah hal yang mudah, karena istilah kesusilaan tersebut sangat abstrak, yang isinya bisa berbeda-beda antara daerah yang satu dan daerah yang lainnya atau antara kelompok masyarakat yang satu dan lainnya. Selain itu penilaian orang terhadap kesusilaan dapat pula berubah-ubah sesuai dengan perkembangan jaman¹⁰. J.Satrio memaknai ketertiban umum sebagai hal-hal yang berkaitan dengan masalah kepentingan umum, keamanan negara, keresahan dalam masyarakat dan juga keresahan dalam masalah ketatanegaraan¹¹. Perjanjian adalah sah jika telah dipenuhinya semua

⁹*Ibid.*, hlm.80.

¹⁰J.Satrio, *op.cit.*, h.109.

¹¹*Ibid.*, h.41.

ketentuan yang telah diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara. Dari keterangan tersebut dapat diketahui juga terdapat hal-hal yang menyebabkan batalnya suatu perjanjian. Jika diuraikan secara rinci, syarat cakap dan sepakat suatu perjanjian digolongkan ke dalam syarat subjektif (syarat mengenai orang yang melakukan perjanjian). Apabila salah satu syarat subjektif ini tidak dipenuhi maka akibat hukumnya perjanjian dapat dimintakan pembatalannya. Sedangkan tentang suatu hal tertentu dan sebab halal digolongkan kedalam syarat objektif (benda yang dijadikan objek perjanjian), jika salah satu syarat objektif tidak dipenuhi, maka akibat hukumnya perjanjian batal demi hukum.

3. Jenis-Jenis Perjanjian

Seiring dengan perkembangan waktu di dalam masyarakat timbul beragam jenis perjanjian. Para ahli hukum kemudian menggolongkan jenis perjanjian yang beranekaragam tersebut ke dalam beberapa kriteria tertentu, sebagaimana antara lain yang dikemukakan oleh Abdulkadir Muhammad, Sutarno dan Salim H.S. Menurut Abdul Kadir Muhammad, perjanjian dapat dikelompokkan atas :

- a) Perjanjian Timbal Balik dan Perjanjian Sepihak, Perjanjian timbal balik (*bilateral contract*) adalah perjanjian yang memberikan hak dan kewajiban kepada kedua belah pihak. Perjanjian timbal balik adalah pekerjaan yang paling umum terjadi dalam kehidupan bermasyarakat, misalnya perjanjian jual beli, sewa menyewa, pemborongan bangunan, tukar menukar. Perjanjian sepihak adalah perjanjian yang memberikan

kewajiban kepada satu pihak dan hak kepada pihak lainnya, misalnya perjanjian hibah, hadiah. Pihak yang satu berkewajiban menyerahkan benda yang menjadi obyek perikatan dan pihak yang lainnya berhak menerima benda yang diberikan itu. Kriteria perjanjian jenis ini adalah kewajiban berprestasi kedua belah pihak atau salah satu pihak. Prestasi biasanya berupa benda berwujud baik bergerak maupun tidak bergerak, atau benda tidak berwujud berupa hak, misalnya hak untuk mengkhuni rumah. Perbedaan ini mempunyai arti penting dalam praktek, terutama dalam soal pemutusan perjanjian menurut Pasal 1266 KUHPerdara. Menurut pasal ini salah satu syarat ada pemutusan perjanjian apabila perjanjian itu bersifat timbal balik.

- b) Perjanjian percuma dan perjanjian dengan alas hak yang membebani, Perjanjian percuma adalah perjanjian yang hanya memberikan keuntungan pada satu pihak saja, misalnya perjanjian pinjam pakai dan perjanjian hibah. Perjanjian dengan alas hak yang membebani adalah perjanjian dalam mana terhadap prestasi dari pihak yang satu selalu terdapat kontra prestasi dari pihak lainnya, sedangkan antara kedua prestasi itu ada hubungannya menurut hukum.
- c) Perjanjian bernama dan tidak bernama, Perjanjian bernama adalah perjanjian yang mempunyai nama sendiri, yang dikelompokkan sebagai perjanjian-perjanjian khusus karena jumlahnya terbatas, misalnya jual beli, sewa menyewa, tukar menukar, pertanggungan. Perjanjian tidak

bernama adalah perjanjian yang tidak mempunyai nama tertentu dan jumlahnya tidak terbatas.

- d) Perjanjian kebendaan dan perjanjian obligatoir. Perjanjian kebendaan (*zakelijke overeenkomst, delivery contract*) adalah perjanjian untuk memindahkan hak milik dalam perjanjian jual beli. Perjanjian kebendaan ini sebagai pelaksanaan perjanjian obligatoir. Perjanjian obligatoir adalah perjanjian yang menimbulkan perikatan, artinya sejak terjadi perjanjian, timbullah hak dan kewajiban pihak-pihak. Pembeli berhak menuntut penyerahan barang, penjual berhak atas pembayaran harga. Pembeli berkewajiban 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.
- e) Perjanjian konsensual dan perjanjian *real*, 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 nyata atas barangnya, misalnya jual beli barang bergerak, perjanjian penitipan pinjam pakai (Pasal 1694, 1740 dan 1754 KUHPerdara). 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"¹².

¹²Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, Alumni, Bandung, 1982, h.86.

Sutarno membedakan perjanjian atas beberapa jenis, yaitu :

- a) Perjanjian timbal balik adalah perjanjian yang dibuat dengan meletakkan hak dan kewajiban kepada kedua pihak yang membuat perjanjian. Contoh : perjanjian timbal balik adalah perjanjian jual beli dalam Pasal 1457 KUHPerdara. Dalam perjanjian jual beli hak dan kewajiban ada di kedua belah pihak. Pihak penjual berkewajiban menyerahkan barang yang dijual dan berhak mendapat pembayaran dan pihak pembeli berkewajiban membayar dan hak menerima barangnya.
- b) Perjanjian sepihak adalah perjanjian yang dibuat dengan meletakkan kewajiban pada salah satu pihak saja. Contoh perjanjian sepihak adalah perjanjian hibah. Dalam hibah ini kewajiban hanya ada pada orang yang menghibahkan, yaitu memberikan barang yang dihibahkan sedangkan penerima hibah tidak mempunyai kewajiban apapun. Penerima hibah hanya berhak menerima barang yang dihibahkan tanpa berkewajiban apapun kepada orang yang menghibahkan.
- c) Perjanjian dengan percuma adalah perjanjian menurut hukum terjadi keuntungan bagi salah satu pihak saja, misalnya hibah (*scheking*) dan pinjam pakai sebagaimana diatur dalam Pasal 1666 dan Pasal 1740 KUHPerdara.
- d) Perjanjian konsensual, riil dan formil Perjanjian konsensual adalah perjanjian yang dianggap sah apabila telah terjadi kesepakatan antara pihak yang membuat perjanjian. Perjanjian riil adalah perjanjian yang

memerlukan kata sepakat, tetapi barangnya harus diserahkan, misalnya perjanjian penitipan barang sebagaimana diatur dalam Pasal 1741 KUHPerdara dan perjanjian pinjam mengganti pada Pasal 1754 KUHPerdara.

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 notaris atau Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT). Contoh perjanjian formil, yaitu perjanjian jual beli tanah, dimana undang-undang menentukan akta jual beli harus dibuat dengan akta PPAT dan perjanjian perkawinan dibuat dengan akta notaris.

- e) Perjanjian bernama atau khusus dan perjanjian tak bernama Perjanjian bernama atau khusus adalah perjanjian yang telah diatur dengan ketentuan khusus dalam KUHPerdara Buku Ketiga Bab V sampai dengan Bab XVIII. Perjanjian bernama dalam KUHPerdara yang dimaksud misalnya perjanjian jual beli, sewa menyewa, hibah dan lain-lain. Perjanjian tak bernama adalah perjanjian yang tidak diatur secara khusus dalam undang-undang, seperti perjanjian leasing, perjanjian keagenan dan distributor dan perjanjian kredit¹³.

Selain pendapat Abdul Kadir Muhammad dan Sutarno tersebut, Salim H.S. juga mengemukakan pendapat mengenai pengelompokan perjanjian. Salim H.S. yang menggunakan istilah kontrak mengelompokkan kontrak atas :

a. Kontrak Menurut Sumber Hukumnya

¹³Sutarno, *Aspek-aspek Hukum Perkreditan Pada Bank*, Alfabeta, Bandung, 2003, h.82.

- b. Kontrak Menurut Namanya
- c. Kontrak Menurut Bentuknya
- d. Kontrak Timbal Balik
- e) Perjanjian Cuma-Cuma atau dengan Alas Hak yang Membebani
- f) Perjanjian Berdasarkan Sifatnya
- g) Perjanjian dari Aspek Larangannya.¹⁴

Berdasarkan pendapat ketiga ahli hukum tentang pembagian atau pengelompokan perjanjian sebagaimana telah diuraikan di atas, dapat diketahui terdapat suatu persamaan pandangan mengenai pengelompokan perjanjian atas perjanjian bernama (*nominaat*) dan perjanjian tidak bernama (*innominaat*).

Menurut Salim H.S., hal tersebut disebabkan oleh karena pembagian perjanjian atas perjanjian bernama dan perjanjian tidak bernama adalah karena pembagian atau pengelompokan yang demikian merupakan pembagian atau pengelompokan yang paling asasi, yang kemudian diikuti dengan perkembangan timbulnya perjanjian-perjanjian jenis lainnya, seperti perjanjian dari segi bentuk, sumber maupun dari aspek hak dan kewajiban¹⁵.

Lahirnya perjanjian tidak bernama dalam kehidupan masyarakat disebabkan oleh asas kebebasan berkontrak sebagaimana dianut dalam Pasal 1338 KUHPerduta. Pasal 1338 KUHPerduta menentukan bahwa,

“semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.”

¹⁴Salim H.S., *Hukum Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, 2006, h.27-32.

¹⁵*Ibid.*, h.27-32.

Berdasarkan Pasal 1338 KUHPerdara, bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah, memiliki kekuatan yang sama dengan suatu perundang-undangan, walaupun perjanjian tidak bernama tidak diatur secara khusus dalam perundang-undangan¹⁶.Kebebasan mengadakan perjanjian tidak bernama dilakukan dengan pembatasan, yaitu perjanjian tidak boleh melanggar hukum yang bersifat memaksa, ketertiban umum dan kesusilaan¹⁷.

4. Asas-asas dalam Perjanjian

Asas hukum merupakan unsur yang sangat penting dalam pembentukan peraturan hukum. Pembentukan hukum praktis sedapat mungkin berorientasi pada asas-asas hukum. Asas hukum menjadi dasar-dasar atau petunjuk arah dalam pembentukan hukum positif. Dalam pandangan beberapa ahli, asas mempunyai arti yang berbeda-beda. Asas adalah sesuatu yang menjadi tumpuan berfikir atau berpendapat. Asas dapat juga berarti merupakan hukum dasar¹⁸.Menurut The Liang, asas adalah suatu dalil umum yang dinyatakan dalam istilah umum tanpa menyarankan cara-cara khusus mengenai pelaksanaannya, yang diterapkan pada serangkaian perbuatan untuk menjadi petunjuk yang tepat bagi perbuatan itu¹⁹.

Bellefroid berpendapat bahwa asas hukum umum merupakan norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif dan yang oleh ilmu hukum tidak

¹⁶R.Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Bandung, 1987, h.10

¹⁷*Ibid.*,h.11

¹⁸Fence M.Wantu dkk., *Cara Cepat Belajar Hukum Acara Perdata*, Jakarta, Reviva Cendekia, 2010, h.13

¹⁹*Ibid.*

dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum. Asas hukum merupakan pengendapan hukum positif dalam suatu masyarakat²⁰.

Selanjutnya Scholten mengatakan asas hukum adalah kecenderungan-kecenderungan yang disyaratkan oleh pandangan kesesuaian pada hukum, merupakan sifat-sifat umum dengan segala keterbatasannya sebagai pembawaan yang umum itu, tetapi yang tidak boleh tidak harus ada²¹.

Satjipto Rahardjo berpendapat bahwa asas hukum merupakan jantungnya ilmu hukum, karena asas hukum merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum²². Asas hukum (*principle*) adalah aturan dasar dan prinsip-prinsip hukum yang abstrak dan pada umumnya melatarbelakangi peraturan konkret dan pelaksanaan hukum. Peraturan konkret seperti undang-undang tidak boleh bertentangan dengan asas hukum, demikian pula dalam putusan hakim, pelaksanaan hukum, hukum dasar, dasar sesuatu yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat.

Menurut pendapat Sudikno Mertokusumo, asas hukum adalah :

“Bukan merupakan peraturan hukum konkret, melainkan merupakan pikirandasar yang umum sifatnya atau merupakan latar belakang dan peraturan yang konkret yang terdapat dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang menjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif dan dapat diketemukan dengan mencari sifat-sifat umum dalam peraturan konkret tersebut.”²³

Pada dasarnya asas-asas umum dalam setiap perjanjian dapat dikelompokkan atas :

²⁰Ishaq, *Dasar-dasar Ilmu Hukum*, Jakarta, Sinar Grafika, 2007, h.75

²¹Fence M. Wantu dkk, *op.cit.*, h.15.

²²Ishaq, *op.cit.*, h.75.

²³Fence M.Wantu dkk., *op.cit.*, h.13.

a) Sistem Terbuka

Asas ini mempunyai arti bahwa setiap orang boleh mengadakan perjanjian apa saja. Walaupun belum atau tidak diatur di dalam UU. Asas ini sering disebut sebagai asas kebebasan berkontrak (*freedom of making contract*). Walaupun berlaku asas ini tetap dibatasi oleh 3 (tiga) hal yaitu:

1. Tidak dilarang oleh Undang-Undang
2. Tidak bertentangan dengan kesusilaan
3. Tidak bertentangan dengan ketertiban umum

b) Bersifat Pelengkap

Dalam asas ini pasal dalam Undang-Undang boleh disingkirkan, apabila pihak-pihak yang membuat perjanjian menghendaki dan membuat ketentuan sendiri yang menyimpang dari ketentuan Undang-Undang.

c) Bersifat Konsensual

Perjanjian itu terjadi sejak saat tercapainya kata sepakat antara pihak-pihak yang melakukan perjanjian. Dari asas ini dapat disimpulkan bahwasannya perjanjian itu dapat dibuat hanya melalui lisan saja, dan dapat dituangkan pula dalam bentuk akta (tertulis) sebagai alat bukti yang sah dan lengkap atas yang diperjanjikan.

d) Bersifat Obligatoir

Dalam asas ini perjanjian yang dibuat oleh pihak-pihak baru dalam taraf menimbulkan hak dan kewajiban saja, belum memindahkan hak milik. Hak milik baru dapat dipindahkan apabila terdapat erjanjiannya sendiri

yang disebut perjanjian yang bersifat kebendaan (*zakelijke overeenkomst*)²⁴.

Hukum perjanjian mengenal beberapa asas, namun ada 5 asas yang dianggap asas pokok di dalam suatu perjanjian, karena asas-asas ini dianggap mencerminkan prinsip-prinsip yang terkandung di dalam Pasal 1320 KUHPerdara dan Pasal 1338 KUH Perdata.

Adapun kelima asas tersebut diuraikan sebagai berikut :

a) Asas Kebebasan Berkontrak atau *Open System*

Asas yang utama di dalam suatu perjanjian adalah adanya asas yang terbuka, maksudnya bahwa setiap orang boleh mengadakan perjanjian apa saja dan dengan siapa saja. Asas ini melandasi ketentuan Pasal 1338 Ayat (1) KUHPerdara yang menentukan bahwa, semua perjanjian yang sah berlaku sebagai undang-undang bagi pihak yang membuat dan asas ini biasa disebut dengan asaskebebasan kontrak atau *freedom of contract*²⁵.Sistem terbuka yang dianut dalam Buku III KUHPerdara tentang Perjanjian berbeda dengan Buku II KUHPerdara tentang Benda yang menganut sistem tertutup (*closed system*). Sistem tertutup dimaksudkan bahwa di dalam hukum benda aturan yang dianut adalah terbatas dan peraturan yang mengenai hak-hak atas benda itu bersifat memaksa.²⁶

²⁴Abdulkadir Muhammad-II, *op.cit.*, h.84

²⁵Subekti-III, *op.cit.*,h.14.

²⁶Subekti-III, *op.cit.*,h.13.

b) Asas Konsensualisme

Asas yang juga perlu diperhatikan dalam suatu perjanjian adalah asas konsensual atau *contract vrijheid*. Asas konsensualisme dipahami bahwa perjanjian itu ada sejak tercapainya kata sepakat antara para pihak yang mengadakan perjanjian, dengan ketentuan yang harus memenuhi formalitas-formalitas tertentu yang ditetapkan oleh undang-undang dalam berbagai macam perjanjian²⁷. Asas konsensual tercermin sebagai contoh dalam ketentuan Pasal 1458 KUH Perdata, bahwa jual-beli itu dianggap telah terjadi antara kedua belah pihak, seketika setelahnya orang-orang ini mencapai sepakat tentang kebendaan tersebut dan harganya meskipun kebendaan itu belum diserahkan, maupun harganya belum dibayar. Para pihak diberikan kebebasan membuat kesepakatan para pihak yang mengikatkan diri atau konsensus tersebut, secara tertulis atau tidak, bahkan suatu perjanjian bisa tercapai secara verbal atau hanya secara lisan saja. Asas konsensualisme menganut paham dasar bahwa suatu perjanjian itu sudah lahir sejak saat tercapainya kata sepakat. Dalam negara yang menganut *common lawsystem* diketahui bahwa “*offer and acceptance go together to create mutual assent*” or “*a meeting of the minds*”, yang berarti bahwa kedua belah pihak mengetahui persyaratan-persyaratan dan secara bebas para pihak setuju diikat oleh ketentuan dan persyaratan tersebut²⁸.

c) Asas Itikad Baik

²⁷I.G.Rai Widjaya, *Merancang Suatu Kontrak, Teori dan Praktek*, Kesaint Blanc, Bekasi, 2004, h.35.

²⁸*Ibid.*

Pasal 1338 Ayat (3) KUHPerdata menentukan bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Pelaksanaan perjanjian dengan itikad baik dimaksudkan bahwa perjanjian dilaksanakan berdasarkan keadilan dan kepatutan. Menurut Pitlo dalam buku Purwahid Patrik, bahwa perjanjian itu tidak hanya ditentukan oleh para pihak dalam perumusan perjanjian tetapi juga ditentukan oleh itikad baik, jadi itikad baik ikut pula menentukan isi dari perjanjian itu.²⁹

Itikad baik dalam pengertian yang subjektif dapat diartikan sebagai kejujuran seseorang, yaitu apa yang terletak pada seseorang pada waktu diadakan perbuatan hukum. Itikad baik dalam pengertian obyektif dipahami sebagai bahwa pelaksanaan suatu perjanjian hukum harus didasarkan pada norma kepatuhan atau apa-apa yang dirasa sesuai dengan patut dalam masyarakat.

d) Asas *Pacta Sunt Servanda*

Asas ini berhubungan erat dengan akibat hukum suatu perjanjian. Asas yang diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata terutama dalam kalimat “berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya” tersebut mengandung arti bahwa, perjanjian yang dibuat secara sah mempunyai kekuatan mengikat seperti undang-undang bagi pihak yang membuatnya. Hal ini memberikan pemahaman bahwa para pihak wajib

²⁹Purwahid Patrik, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan (Perikatan Yang lahir Dari Perjanjian Dan Dari Undang-Undang)*, CV.Mandar Maju, Bandung, 1994, h.68.

mentaati dan melaksanakan perjanjian tersebut. Pihak yang satu tidak dapat melepaskan diri secara sepihak dari pihak lain, dimana pengingkaran terhadap kewajiban yang ada pada perjanjian merupakan tindakan melanggar janji atau wanprestasi. Dari pengertian tersebut diatas dapat diketahui bahwa *Pacta Sunt Servanda* ini merupakan asas kepastian hukum. Hal tersebut sesuai dengan ketentuan Pasal 1338 ayat (2) yang menentukan bahwa, “persetujuan-persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu”. Asas kepastian hukum ini dapat dipertahankan sepenuhnya apabila dalam suatu perjanjian kedudukan para pihak seimbang dan masing-masing pihak cakap untuk melakukan perbuatan hukum.

e) Asas Berlakunya Suatu Perjanjian

Pada dasarnya semua perjanjian itu berlaku bagi pihak yang membuatnya dan tidak mempengaruhi pihak ketiga, kecuali yang telah datur dalam undang-undang, misalnya perjanjian untuk pihak ketiga.³⁰

Asas berlakunya suatu perjanjian diatur dlm pasal 1315 KUH Perdata yang menentukan, pada umumnya tidak seorang pun dapat mengikatkan

³⁰A.Qiram Syamsudin Meliala, *Pokok-Pokok Hukum Perjanjian Beserta Perkembangannya*, Yogyakarta, Liberty, 1985, h.19.

diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji daripada untuk dirinya sendiri.

5. Hapusnya Suatu Perjanjian

Hapusnya suatu perikatan, baik perikatan yang lahir dari perjanjian maupun perikatan yang lahir dari undang-undang diatur dalam Pasal 1381 KUHPerdata. Pada Pasal 1381 KUH Perdata tersebut mengatur cara hapusnya suatu, dengan tidak membatasi para pihak untuk menciptakan cara yang lain untuk menghapuskan suatu perikatan.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1381 KUHPerdata, perikatan hapus karena :

- a) pembayaran;
- b) penawaran pembayaran tunai, diikuti dengan penyimpanan atau penitipan;
- c) pembaharuan utang;
- d) perjumpaan utang atau kompensasi;
- e) pencampuran utang;
- f) pembebasan utangnya;
- g) musnahnya barang yang terutang;
- h) kebatalan atau pembatalan;
- i) berlakunya suatu syarat batal ;
- j) lewatnya waktu

Menurut Salim H.S. adapun cara-cara penghapusan perjanjian antara lain sebagai berikut :

- a) Karena pembayaran (*betaling*)

- b) Karena penawaran pembayaran tunai yang diikuti dengan penitipan (konsignasi).
- c) Karena pembaharuan hutang (novasi, *schuld verniewing*)
- d) Karena kompensasi atau perjumpaan utang
- e) Karena konfusi atau percampuran antara utang dan pinjaman
- f) Karena pembebasan utang
- g) Karena pernyataan tidak sah atau terhapus
- h) Karena daluarsa atau *verjaring*.³¹

Menurut Setiawan, adapun beberapa cara hapusnya perjanjian adalah :

- a) Ditentukan dalam perjanjian oleh kedua belah pihak, misalnya penyewa yang menyewakan bersepakat untuk mengadakan perjanjian sewa menyewa yang akan berakhir selama 3 tahun.
- b) Undang-undang menentukan batas berlakunya suatu perjanjian. Misalnya, menurut Pasal 1066 ayat (3) KUHPerdara bahwa para ahli waris dapat mengadakan perjanjian untuk selama waktu tertentu untuk tidak melakukan pemecahan harta warisan dengan pembatasan berlakunya perjanjian hanya untuk lima tahun, sebagaimana diatur Pasal 1066 ayat (4) KUHPerdara.
- c) Para pihak atau undang-undang dapat menentukan bahwa dengan terjadinya peristiwa tertentu, maka perjanjian akan hapus. Misalnya, jika salah satu pihak dalam perjanjian perseroan meninggal, maka perjanjian menjadi hapus (Pasal 1646 ayat (4) KUHPerdara).

³¹ Salim H.S, *op.cit.*,h.63.

- d) Pernyataan menghentikan perjanjian (*opzegging*). Hal ini dapat dilakukan baik oleh salah satu atau dua belah pihak. *Opzegging* hanya ada pada perjanjian-perjanjian yang bersifat sementara, misalnya, perjanjian kerjadan perjanjian sewa-menyewa.
- e) Tujuan perjanjian telah tercapai, misalnya dalam perjanjian jual beli bila salah satu pihak telah mendapat uang dan pihak lain telah mendapatkan barang maka perjanjian akan berakhir.
- f) Perjanjian hapus karena putusan hakim
- g) Perjanjian hapus karena perjanjian para pihak. Hapusnya perjanjian disebabkan oleh karena, para pihak masing-masing setuju untuk saling menghentikan perjanjiannya, misalnya perjanjian pinjam pakai berakhir karena pihak yang meminjam telah mengembalikan barangnya.³²

B. Tinjauan Umum Mengenai Perjanjian Pinjam Nama (*Nominee*)

1. Pengertian Perjanjian Pinjam Nama

Perjanjian pinjam nama atau *nominee* diartikan secara beranekaragam. Dalam kamus hukum *Black's Law Dictionary* dijelaskan bahwasannya arti dari *nominee* adalah, “*one designated to act for another as his representative in arather limited sense. it is used sometimes to signify an agent or trustee. It has noconnotation, however, other than that of acting for another, in representation ofanother, or as the grantee of*

³²R.Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Alumni, Bandung, 1979, h.57.

*another*³³.” Berdasarkan definisi *nominee* menurut kamus hukum *Black’s Law Dictionary* tersebut, dapat diketahui bahwa *nominee* merupakan seseorang yang ditunjuk bertindak atas pihak lain sebagai suatu perwakilan dalam pengertian yang terbatas, yang digunakan sewaktu-waktu untuk ditandatangani oleh agen atau orang kepercayaan. *Nominee* hanya bertindak sebagai perwakilan pihak lain atau sebagai penjamin pihak lain.

Pengertian pinjam nama (*nominee*) secara harfiah mempunyai dua arti yang berbeda. Definisi pertama *nominee* merujuk pada suatu usulan, atau nominasi kandidat atau calon untuk menduduki suatu jabatan atau penghargaan tertentu atau untuk jenis-jenis pencalonan lainnya.³⁴

Definisi kedua, mendefinisikan *nominee* sebagai seseorang yang mewakili kepentingan pihak lain. Seorang *nominee* tersebut dibedakan dari seorang pemberi kuasa dalam keadaan, dimana seorang *nominee* menjadi pemilik dari suatu benda (termasuk kepentingan atau hak yang lahir dari suatu perikatan) yang berada dalam pengurusannya, sedangkan penerima kuasa tidak pernah menjadi pemilik dari benda (termasuk kepentingannya) yang diurus oleh *nominee* tersebut.³⁵

Perjanjian *nominee* dapat diartikan sebagai perjanjian simulasi atau perjanjian pura-pura yang dilakukan oleh beberapa pihak, yakni antara WNI dan WNA bahwa *nominee* keluar menunjukkan seolah-olah terjadi perjanjian

³³Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary with Guide to Pronunciation*, West Publishing, 1999, h.1072.

³⁴Herina Latief, *Tanggungjawab Notaris Terkait Dengan Praktek Nominee Di Indonesia*, FH UI, Depok. 2010, h.10.

³⁵ *ibid*

antara mereka, namun sebenarnya secara terselubung³⁶ atau secara rahasia saling setuju bahwa perjanjian *nominee* tersebut tidak berlaku.³⁷ Para pihak secara sadar dan secara diam-diam melakukan suatu tindakan hukum yang menyimpang dari apa yang seharusnya terjadi.³⁸

Para pihak dalam perjanjian pinjam nama memberi kesan bahwa telah terjadi suatu tindakan hukum tertentu, padahal secara diam-diam disepakati bahwa di antara mereka tidak akan terbentuk perjanjian atau akibat hukum apapun dari simulasi yang dilakukan³⁹. Pada suatu perjanjian pinjam nama terdapat dua pihak, yaitu pihak *nominee* dan *beneficiary*. Pihak *nominee* merupakan pihak yang ditunjuk *beneficiary* untuk mewakili perbuatan atau kepentingan yang dikehendaki *beneficiary*.

Perbuatan hukum yang dapat dilakukan *nominee* terbatas pada perbuatan hukum tertentu sesuai dengan kesepakatan para pihak yang telah diperjanjikan sebelumnya dengan *beneficiary*. Pihak *beneficiary* merupakan pihak yang menikmati setiap keuntungan dan kemanfaatan yang dihasilkan dari perbuatan-perbuatan yang diwakili *nominee* tersebut.

Berdasarkan uraian pengertian perjanjian pinjam nama di atas, maka dapat diketahui bahwa perjanjian pinjam nama (*nominee arrangement*) memiliki ciri-ciri terdapatnya 2 jenis kepemilikan, yaitu kepemilikan secara hukum (*de jure*) dan kepemilikan secara tidak langsung (*de facto*).

³⁶Subekti-II, h.1.

³⁷Habib Adjie, *Kompilasi I Persoalan Hukum dalam Praktik Notaris dan PPAT*, Surabaya, 2016, hlm.54.

³⁸Herlien Budiono, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, Citra Aditya, Bandung, 2010, hlm.86.

³⁹*Ibid.*, h.87.

2. Perjanjian Pinjam Nama di Indonesia

Perjanjian *nominee* atau kadang disebut “*trust*” tidak dikenal dalam sistem hukum *civil law* yang berlaku di Indonesia, dimana *trust* dianggap sebagai ciri khas tradisi hukum *common law*. Kepemilikan dalam *trust* secara absolut dipecahmenjadi kepemilikan yang terdaftar dalam hukum atau disebut dengan *lega lowner* dan kepemilikan secara kemanfaatan atau kenikmatan dari benda atau disebut *beneficial owner*. Konsep *nominee* pada awalnya hanya terdapat pada sistem hukum *common law*, namun seiring dengan arus investasi, pada sekitar 90-an di Indonesia mulai mengenal konsep *nominee* dan sering digunakan dalam beberapa transaksi hukum.

Perjanjian pinjam nama di Indonesia dapat ditemukan penerapannya dalam beberapa hal, yaitu dalam hal kepemilikan saham dan kepemilikan tanah oleh warga negara asing, serta pengelolaan perusahaan yang dilakukan oleh direktur *nominee*. Dalam konsep perjanjian pinjam nama (*nominee agreement*) baik mengenai kepemilikan saham, hak atas tanah dan lainnya terdapat 2 (dua) pihak, yaitu pihak yang menunjuk *nominee* sering dikenal sebagai pihak *beneficiary* dan *nominee* yang mewakili kepentingan-kepentingan dari *beneficiary*. *Nominee* dalam melakukan tindakan-tindakan khusus harus sesuai dengan yang diperjanjikan dan tentunya harus sesuai dengan perintah yang diberikan oleh pihak *beneficiary*.

Pihak *nominee* merupakan pihak yang tercatat secara hukum dan pihak *beneficiary* yang menikmati setiap keuntungan dan kemanfaatan dari

tindakan-tindakan yang dilakukan oleh pihak yang tercatat secara hukum. Dua pihak yang terdapat dalam *nominee agreement* melahirkan dua jenis kepemilikan, yaitu pemilik yang tercatat dan diakui secara hukum (*legal owner/ juridische eigendom*) dan pemilik yang sebenarnya (*beneficial owner/ economische eigendom*) menikmati keuntungan berikut kerugian yang timbul dari benda yang dimiliki oleh *nominee*.⁴⁰ *Nominee* secara *de jure* merupakan pemegang hak yang sah atas benda tersebut, yang tentunya memiliki hak untuk mengalihkan, menjual, membebani, Menjaminkan, serta melakukan tindakan apapun atas benda yang bersangkutan, sedangkan pihak *beneficiary* secara *de facto* tidak diakui sebagai pemilik atas benda secara hukum.

Pada dasarnya pembentukan suatu *nominee* dapat dilakukan dengan 2 cara, yaitu :

a) *Nominee* Langsung (*direct nominee*)

Pembentukan *nominee* secara langsung dibentuk dengan cara membuat dan menandatangani *nominee agreement* antara *beneficiary* dan *nominee* dalam satu perjanjian. Di dalam perjanjian tersebut diatur secara tegas dan jelas mengenai pemberian kepercayaan dan kewenangan dari *beneficiary* kepada *nominee* untuk melakukan kegiatan atau bisnis tertentu atas perintah dan kepentingan *beneficiary*. *Nominee* dan *beneficiary* akan menentukan hal-hal apa saja yang akan dituangkan dalam *nominee agreement* tersebut. Dalam perjanjian tersebut selain mengatur mengenai jumlah dan tata cara pembayaran *nominee fee*, juga

⁴⁰Nindyo Pramono, *Hukum PT Go Public dan Pasar Modal*, Andi, Yogyakarta, 2013, hlm.395.

akan mengatur mengenai ketentuan-ketentuan yang mewajibkan dan/atau melarang *nominee* untuk melakukan sesuatu hal yang berkaitan dengan penggunaan konsep *nominee*.

b) *Nominee* Tidak Langsung (*indirect nominee*)

Nominee ini tidak dibentuk dari *nominee agreement* yang secara tegas dan jelas memberikan kepercayaan dan kewenangan dari *beneficiary* kepada *nominee*. *Nominee* tidak langsung tidak dibuat hanya terdiri dari satu perjanjian saja, melainkan terdiri dari beberapa perjanjian yang apabila dihubungkan satu sama lain akan menghasilkan perjanjian pinjam nama (*nominee*). *Beneficiary* dapat mengendalikan *nominee* untuk melakukan tindakan atau kegiatan bisnis tertentu atas perintah dan kepentingan *beneficiary*.⁴¹

Pada zaman pemerintahan Belanda telah dilakukan perjanjian *nominee* oleh WNA untuk memiliki hak milik atas tanah. Pinjam nama dilakukan sebagai solusi dari pembatasan *Staatsblad* 1870 Nomor 179 tentang Larangan Pengasingan Tanah (*Grond Vevreemdingsverbod*), dimana hak milik (secara adat) atas tanah tidak dapat dipindahkan oleh orang-orang Indonesia asli kepada bukan Indonesia asli. Perjanjian pinjam nama (*nominee*) yang merupakan penyelundupan hukum ini dilakukan oleh WNA yang berketurunan Belanda, Tionghoa dan WNA lainnya dengan cara menikahi penduduk adat setempat untuk memiliki hak milik (secara adat) atas tanah di Indonesia⁴²

⁴¹Lucky Suryo Wicaksono, *op.cit.*, h.48-50

⁴²Anita D.A. Kolopaking, *Penyelundupan Hukum Kepemilikan Hak Atas Tanah di Indonesia*, Alumni, Bandung, 2013, h.10.

Perjanjian pinjam nama yang terjadi di masyarakat Indonesia pada umumnya banyak dilakukan oleh WNA dengan bantuan WNI itu sendiri dan dengan kesadaran dari kedua belah pihak tanpa ada tekanan dari pihaklain. Perjanjian tersebut dilakukan dengan cara menggunakan nama seorang WNI atau masyarakat setempat sebagai pemegang saham suatu badan hukum/usaha atau untuk kepemilikan suatu tanah hak milik.

Perjanjian pinjam nama dalam hal kepemilikan kepemilikan tanah umumnya terjadi di Indonesia karena faktor :

- a) Keinginan WNA untuk memiliki tanah dan bangunan secara penuh di Indonesia, walaupun ada peraturan yang membatasi untuk hal itu.
- b) Mudah dan praktis dalam proses kepemilikan.
- c) Kebiasaan masyarakat/ lingkungan sekitar yang mendorong untuk melakukan perbuatan tersebut.
- d) Asas kebebasan berkontrak dalam hukum perjanjian di Indonesia. Namun setelah ditilik lebih lanjut ada beberapa faktor lain yang membuat WNA mempunyai keinginan untuk menguasai tanah maupun bangunan secara penuh, pemanfaatan mencari keuntungan menjadi hal yang dominan terjadinya penguasaan tanah oleh WNA dengan perjanjian pinjam nama tersebut.

Bukan tanpa alasan WNA menginginkan keuntungan yang lebih atas kepemilikan tanah tersebut dimana Indonesia merupakan salah satu negara yang mempunyai potensi wisata yang sangat besar dan terus membangun,

hal ini pula yang memicu banyaknya WNA mempunyai beberapa properti di Indonesia bukan hanya terjadi di Bali saja dengan menggunakan nama orang lain. Pihak WNI yang ditunjuk oleh WNA tersebut seolah-olah bertindak sebagai pemilik yang sah atas objek yang diperjanjikan, namun harta kekayaan dalam kepemilikan objek tersebut murni dari pihak WNA. Perjanjian pinjam nama (*nominee agreement*) dianggap sebagai solusi atas pembatasan-pembatasan yang dilakukan pemerintah terhadap WNA baik pembatasan dalam perbuatan kepemilikan saham maupun kepemilikan hak atas tanah di Indonesia.

Perjanjian pinjam nama dapat dibedakan atas 2 (dua), berdasarkan keadaan yuridis dari perbuatan hukum yang akibat hukumnya ingin disembunyikan dari pihak ketiga, yaitu⁴³:

- a) Perjanjian Simulasi Absolut, yaitu perjanjian simulasi yang terjadi jika para pihak memperlihatkan dan memberi kesan kepada pihak ketiga bahwa telah terjadi suatu perbuatan hukum tertentu, padahal secara rahasia para pihak telah berjanji bahwa sebenarnya tidak akan terjadi perubahan dari keadaan semula. Contohnya adalah pihak A yang terancam akan dinyatakan pailit menghibahkan barang-barangnya kepada B, namun secara diam-diam A dan B membuat perjanjian bahwa sebenarnya di antara keduanya tidak terjadi peralihan hak.
- b) Perjanjian Simulasi Relatif, adalah perjanjian simulasi yang terjadi jika oleh para pihak dibuat perjanjian yang sebenarnya ditujukan untuk memunculkan suatu akibat hukum, namun perjanjian tersebut

⁴³Herlien Budiono, *op.cit.*,h.89

dibuat dengan mengikuti bentuk lain dari yang seharusnya dibuat. Contohnya adalah para pihak membuat perjanjian jual beli namun sebenarnya yang diinginkan oleh para pihak adalah perjanjian hibah.