



UNIVERSITAS INDONESIA

**PERAN NOTARIS DALAM PENGEMBANGAN WAKAF BAGI
NAZHIR YANG TIDAK BERBADAN HUKUM**

TESIS

**ABBAD SALAHUDIN ABBAD
1006789734**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM MAGISTER KENOTARIATAN
DEPOK
JUNI 2012**



UNIVERSITAS INDONESIA

**PERAN NOTARIS DALAM PENGEMBANGAN WAKAF BAGI
NAZHIR YANG TIDAK BERBADAN HUKUM**

TESIS

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Kenotariatan

**ABBAD SALAHUDIN ABBAD
1006789734**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM MAGISTER KENOTARIATAN
DEPOK
JUNI 2012**

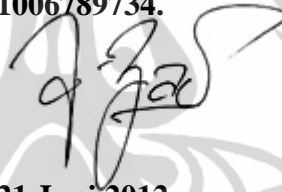
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

**Tesis ini adalah hasil karya saya sendiri,
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk
telah saya nyatakan dengan benar.**

Nama : Abbad Salahudin Abbad.

NPM : 1006789734.

Tanda Tangan :



Tanggal : 21 Juni 2012.

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh

Nama : Abbad Salahudin Abbad.
NPM : 1006789734.
Program Studi : Magister Kenotariatan.
Judul : Peran Notaris Dalam Pengembangan Wakaf Bagi
Nazhir Yang Tidak Berbadan Hukum.

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Kenotariatan pada Program Studi Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Farida Prihatini, S.H., M.H., C.N.



Penguji : Wismar *Ain Marzuki, S.H., M.H.



Penguji : Wirdyaningsih, S.H., M.H.



Ditetapkan di : Depok.

Tanggal : 06 Juli 2012.

KATA PENGANTAR



Segala puja dan puji syukur penulis panjatkan kehadiran Allah SWT yang telah memberikan rahmat dan karunia-Nya sehingga penulis dapat menyelesaikan tesis ini. Penulisan tesis ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Magister Kenotariatan pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

Penulis menyadari bahwa tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan tesis ini, sangatlah sulit bagi penulis untuk menyelesaikan tesis ini. Oleh karena itu, penulis mengucapkan terima kasih kepada:

1. Ibu Farida Prihatini, S.H., M.H., C.N., selaku pembimbing dalam pembuatan tesis ini yang telah bersedia dengan sabar untuk meluangkan waktunya disela-sela kesibukannya dengan banyak memberi bantuan dalam materi tesis serta memberikan banyak pengetahuan bagi penulis selama penulisan tesis ini;
2. Bapak Dr. Drs. Widodo Suryandono, S.H., M.H., selaku Ketua Sub Program Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Pembimbing Akademis;
3. Seluruh Staf Pengajar Sub Program Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Indonesia serta staf Sekretariat Sub Program Magister Kenotariatan yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu, yang telah banyak membantu penulis sesuai dengan perannya masing-masing selama dalam perkuliahan dan penyusunan tesis;
4. Kedua orang tua dan keluarga penulis yang selalu mendukung dan membentuk pribadi penulis menjadi seperti saat ini;
5. Keluarga Abdul Kadir Achmad Askar, S.H., keluarga Jusuf Talib, S.H., keluarga Fauzah Askar, S.H., dan keluarga Ir. Fahmi Askar yang telah memberikan kesempatan dan dukungan kepada penulis untuk beribadah

dalam bidang pengetahuan hukum. Hanya Allah SWT yang dapat membalas seluruh kebaikan dan kemurahan hati yang telah diberikan kepada penulis.

6. Bapak Bambang Hermanto, S.H., Notaris di Kabupaten Jember, Ruli Iskandar, S.H., dan Ibu Fauzah Askar, S.H., keduanya Notaris di Jakarta yang telah dan tetap memberikan ilmu dan pengetahuannya kepada penulis berkaitan dengan Notaris dalam menjalankan tugas dan jabatannya.
7. The Ondes: Adi Nugraha, Asep Sunarya, Alit Almanzo, Anastasia Dini, Dewi Rosita, Ferdinand Agustinus, Nicholas Surya, Nenden Dewi, Rengky Irawan, Rusminiati, Resty Ronalisco, We Had Our Moments Guys!!.
8. The Three Kingdoms, selaku kelompok belajar terdiri dari Patrick Audhie S.H., Irwan Chandra S.H., dan penulis sendiri, yang banyak membantu memberikan semangat kepada penulis dalam banyak hal yang tidak dapat disebutkan satu persatu baik bersifat negatif maupun positif;
9. Seluruh teman-teman Magister Kenotariatan angkatan 2010, teman-teman di Ikatan Mahasiswa Magister Kenotariatan, teman-teman ekstensi dan paralel FHUI, yang tidak dapat disebutkan satu persatu, yang dengan kemampuan, keadaan dan peran masing-masing membantu penulis dalam menyelesaikan tesis ini.

Penulis menyadari bahwa penulisan dalam tesis ini belum sempurna dan masih terdapat banyak kekurangan. Oleh karena itu kritik dan saran yang membangun sangat penulis harapkan untuk lebih menyempurnakan tesis ini. Semoga tesis ini membawa manfaat bagi kita semua dan bagi pengembangan ilmu pengetahuan hukum dimasa yang akan datang.

Akhir kata, penulis berharap Allah SWT berkenan membalas segala kebaikan semua pihak yang telah membantu.

Depok, 21 Juni 2012.

Penulis

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

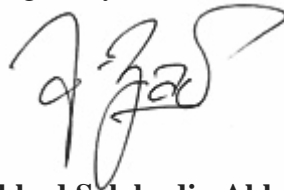
Nama : Abbad Salahudin Abbad.
NPM : 1006789734.
Program Studi : Magister Kenotariatan.
Fakultas : Hukum.
Jenis karya : Tesis.

Demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Non-eksklusif** (*Non-exclusive Royalty - Free Right*) atas karya ilmiah saya yang berjudul :

**PERAN NOTARIS DALAM PENGEMBANGAN WAKAF BAGI NAZHIR
YANG TIDAK BERBADAN HUKUM**

Beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Non-eksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat dan memublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta. Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Depok.
Pada tanggal : 21 Juni 2012.
Yang menyatakan,



Abbad Salahudin Abbad

ABSTRAK

Nama : Abbad Salahudin Abbad.
Program Studi : Magister Kenotariatan.
Judul : Peran Notaris Dalam Pengembangan Wakaf Bagi Nazhir Yang Tidak Berbadan Hukum.

Wakaf tumbuh dan berkembang seiring dengan berkembangnya kebutuhan yang ada dalam masyarakat di Indonesia, difasilitasi oleh hukum positif yang berlaku di Indonesia demi terciptanya ketertiban dan kepastian hukum dalam masyarakat. Ketidaksempurnaan peraturan hukum positif serta pelaksanaannya di lapangan sering menjadi penghalang terpenuhinya hak dan kewajiban setiap individu dalam masyarakat dengan baik. Yayasan (Stichting) telah ada sebelum adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang Yayasan dan bagi Yayasan yang telah ada tersebut diharuskan untuk menyesuaikan anggaran dasarnya agar tetap berstatus badan hukum. Nazhir wakaf berupa Yayasan yang tidak memiliki status badan hukum tidak dapat menerima wakaf. Pokok permasalahan yang diangkat oleh penulis dalam penelitian ini adalah bagaimanakah peran Notaris dalam Wakaf dikaitkan dengan Nazhir yang tidak berbadan hukum. Metode penelitian yang digunakan adalah penelitian kepustakaan yang bersifat yuridis normatif dengan bentuk penelitian preskriptif analitis. Berdasarkan hasil penelitian diketahui bahwa Notaris dapat berperan dengan cara memberikan saran untuk dibuatnya suatu perikatan antara pihak yang hendak mewakafkan harta bendanya dengan pihak yang nantinya akan mengelola harta benda tersebut. Bentuk perikatannya berupa perjanjian dalam wujud akta Notaris sehingga memiliki kekuatan pembuktian yang sempurna dan dapat dilaksanakan.

Kata Kunci: wakaf, nazhir, akta.

ABSTRACT

Name : Abbad Salahudin Abbad.
Study Program : Magister Kenotariatan.
Title : The Role of Notary in The Development of Wakaf for Nazhir
Which Has No Legal Entity.

Wakaf grow and evolve with the expansion of needs that exist in society in Indonesia, facilitated by the positive law in force in Indonesia for the establishment of order and rule of law in the society. Imperfections of positive law and its implementation on the field is often found as a barrier to the fulfillment of individual rights and obligations in the community. Foundation have existed before the regulations on the Foundation are made and for the existing Foundation is required to adjust their statutes in order to keep their legal entity. Nazhir wakaf in the form of Foundation that doesn't have legal entity cannot receive wakaf. The issue raised by the authors in this study is how the role of notary in the course of wakaf associated with nazhir wakaf which has no legal entity. The research method used is literature study which is normative juridical in the form of prescriptive analytical research. Based on the study it is revealed that the notary may play a role in the implementation of wakaf by giving an advice to a commitment made between parties who want to hand over their possessions and who will manage the property. The form of engagement is in the form of a notarial deed which has the perfect strength of evidence and can be implemented.

Key words : wakaf, nazhir, deed.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
LEMBAR PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
LEMBAR PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	vi
ABSTRAK/ABSTRACT	vii
DAFTAR ISI	ix
BAB I PENDAHULUAN	
1.1. Latar Belakang	1
1.2. Pokok Permasalahan	7
1.3. Metode Penelitian	7
1.4. Sistematika Penulisan	9
BAB II	
PERAN NOTARIS DALAM PENGEMBANGAN WAKAF DI INDONESIA	
1. WAKAF	
1.1. Wakaf Menurut Ketentuan Hukum Islam	10
1.1.1. Pengertian Wakaf	10
1.1.2. Dasar Hukum Wakaf	12
1.1.3. Rukun Wakaf	14
1.1.4. Syarat Wakaf	16
1.1.5. Macam-macam Wakaf	17
1.1.6. Tujuan Wakaf	18
1.2. Wakaf Menurut Ketentuan Hukum di Indonesia	18
1.2.1. Pengertian Wakaf	18
1.2.2. Dasar Hukum Wakaf	20
1.2.3. Unsur Wakaf	21
1.2.4. Syarat Wakaf	25
1.2.5. Macam-macam Wakaf	26
1.2.6. Tata Cara Perwakafan	27
1.2.7. Tujuan Wakaf	28
2. BADAN HUKUM WAKAF	
2.1. Subyek Hukum	29
2.1.1. Pengertian	29
2.1.2. Bentuk Badan Hukum	30
2.2. Yayasan Sebagai Badan Hukum Wakaf	35
2.2.1. Pengertian Yayasan	37
2.2.2. Organ Yayasan	39
2.2.2.1. Pembina	39
2.2.2.2. Pengurus	40
2.2.2.3. Pengawas	40
2.2.2.4. Kewenangan Organ Yayasan	40
2.2.3. Tujuan Yayasan	42

2.2.4. Status Badan Hukum Yayasan	42
3. PERAN NOTARIS	
3.1. Notaris Selaku Pejabat Umum	47
3.1.1. Pengertian Notaris	47
3.1.2. Dasar Hukum	48
3.2. Kewenangan Notaris	50
3.3. Kewajiban Notaris	53
3.4. Larangan Notaris	57
3.5. Akta Otentik	58
3.5.1. Pengertian	58
3.5.2. Dasar Hukum	59
3.5.3. Syarat-syarat Akta Otentik	59
3.5.4. Ciri-ciri Akta Otentik	60
3.5.5. Bentuk Akta Otentik	61
3.5.6. Bagian-bagian Akta Otentik	62
3.5.7. Perbedaan Akta Otentik dengan Akta Dibawah Tangan	65
4. HUKUM PERIKATAN	
4.1. Tinjauan Umum Perjanjian	66
4.2. Unsur-unsur Perjanjian	69
4.2.1. Kata sepakat antara dua pihak atau lebih	69
4.2.2. Kata sepakat yang tercapai harus bergantung kepada para pihak	70
4.2.3. Keinginan atau tujuan para pihak untuk timbulnya akibat hukum	70
4.2.4. Akibat hukum untuk kepentingan pihak yang satu dan atas beban yang lain atau timbal balik	70
4.2.5. Dibuat dengan mengindahkan ketentuan perundang-undangan	71
4.3. Syarat Sahnya Perjanjian	72
5. PERAN NOTARIS DALAM PELAKSANAAN WAKAF BAGI NAZHIR YANG TIDAK BERBADAN HUKUM	
5.1. Peran Notaris	74
5.2. Akta Pengikatan Wakaf	77
BAB III PENUTUP	
1. SIMPULAN	81
2. SARAN	81
DAFTAR PUSTAKA	83



Untuk ibu dan ayahku
atas ajaran, kasih sayang, kepercayaan dan tanggung jawab

BAB I

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Wakaf sebagai suatu bentuk perbuatan bernilai ibadah telah dikenal dan berkembang dalam masyarakat Indonesia yang mayoritas beragama Islam, bahkan sebelum adanya peraturan perundang-undangan negara Indonesia yang mengatur dan memfasilitasi pelaksanaan wakaf. Sebelum agama Islam datang ke Indonesia, telah ada suatu lembaga sosial yang kedudukannya hampir sama dengan wakaf, sebagai contoh disebutkan adanya tanah *preman* di Lombok dan tanah pusaka (tinggi) di Minangkabau. Pengertian umat Islam tentang wakaf selain didasarkan pada al-Qur'an, kitab-kitab hadist dan kitab-kitab fikih terutama fikih Islam mazhab Syafi'i, juga oleh adat. Adat orang Islam Indonesia banyak yang berasal dari atau dipengaruhi oleh ajaran Islam, termasuk diantaranya adat mengenai wakaf. Sebaliknya lembaga keagamaan yang berasal dari ajaran Islam itu telah diwarnai pula oleh adat Indonesia terutama oleh prinsip adat kerukunan, kepatutan dan keselarasan dalam menyelesaikan perselisihan yang terjadi mengenai wakaf.¹ Wakaf itu sendiri dapat diartikan sebagai suatu perbuatan memisahkan dan/atau menyerahkan sebagian harta benda guna dimanfaatkan selamanya bagi kepentingan ibadah dan/atau kesejahteraan umum menurut syariah Islam.

Secara sederhana dapat digambarkan bahwa umumnya wakaf dilaksanakan oleh orang perorangan baik secara pribadi maupun bersama-sama oleh beberapa orang dalam suatu lingkup masyarakat tertentu, misalnya dalam satu lingkungan warga tertentu, mereka secara bersama-sama menyumbangkan harta benda milik pribadinya baik berupa barang dan atau

¹ Muhammad Daud Ali, *Sistem ekonomi Islam Zakat dan Wakaf*, (Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 2006), hal.94.

uang untuk pembangunan atau perbaikan fasilitas peribadatan berupa masjid atau musholla yang dipergunakan sehari-hari. Dalam pelaksanaan wakaf tersebut dibentuk suatu panitia yang bertugas mengumpulkan sumbangan dari warga lingkungannya, mencatatnya, kemudian melaksanakan pembangunan dan membuat laporan atas kegiatan tersebut. Panitia yang dibentuk untuk pelaksanaan wakaf tersebut adakalanya hanya sebatas memenuhi formalitas namun tidak jarang yang dibentuk berupa suatu yayasan dengan menggunakan nama fasilitas ibadah tersebut sebagai nama yayasan, dan melibatkan pengurus tempat ibadah sebagai bagian dari organ yayasan tersebut. Sebagai langkah selanjutnya para pengurus tempat ibadah tersebut atau dikenal dengan takmir, datang menghadap pejabat notaris setempat untuk membuat akta pendirian dari yayasan yang dimaksud dan menyerahkan kepada notaris untuk proses pengesahan status badan hukumnya sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan mengenai yayasan yang berlaku di Indonesia, dengan melengkapi dokumen-dokumen dan menandatangani akta serta surat-surat lainnya yang disebutkan oleh notaris sebagai pejabat yang dianggap mengetahui tentang prosedur dan tata cara pendirian yayasan di Indonesia.

Berkembangnya ilmu pengetahuan dan tingkat pendidikan dalam masyarakat di Indonesia menjadikan pemahaman tentang wakaf yang awalnya hanya sebatas peruntukan wakaf berkaitan dengan pembangunan ataupun perbaikan fasilitas ibadah, menjadi sarana untuk memenuhi kebutuhan akan pendidikan dan fasilitas umum lainnya yang secara umum dapat meningkatkan taraf perekonomian menuju suatu kesejahteraan yang berkeadilan. Pemahaman tersebut membuat masyarakat menyadari bahwa apa yang mereka berikan dalam bentuk wakaf, baik secara langsung maupun tidak langsung telah mereka rasakan manfaatnya bagi diri mereka sendiri. Pembangunan fasilitas umum berupa jalan-jalan umum atau jembatan, dan sarana pendidikan berupa sekolah umum, madrasah, pesantren dan bahkan perguruan tinggi yang berasal dari wakaf telah dilaksanakan, melalui prosedur dan tata cara wakaf sesuai peraturan perundangan yang berlaku di Indonesia.

Sarana pendidikan berupa sekolah umum atau negeri memang menjadi salah satu bentuk perwujudan tanggung jawab negara sesuai dengan amanat yang ditentukan oleh Undang-Undang Dasar 1945², namun hal tersebut bukan berarti bahwa masyarakat sendiri tidak boleh berperan dalam mencerdaskan kehidupan bangsa. Hal tersebut diwujudkan dalam bentuk pendirian sarana pendidikan berupa sekolah-sekolah swasta yang didirikan dan dikelola oleh masyarakat sendiri. Sekolah swasta atau bentuk lain berupa madrasah dan pesantren bahkan perguruan tinggi yang didirikan oleh masyarakat tersebut umumnya dilaksanakan dan dikelola oleh institusi organisasi dalam bentuk yayasan. Ada kalanya yayasan tersebut didirikan dengan harta kekayaan yang berasal dari wakaf, dan ada juga yayasan yang berdiri terlebih dahulu dan sejalan dengan pelaksanaan maksud serta tujuan yayasan tersebut kemudian menerima wakaf-wakaf dari masyarakat. Bentuk wakaf yang diterima oleh yayasan tersebut dapat berupa tanah, benda bergerak dan atau berupa uang. Yayasan sebelum diatur dalam Undang-Undang Republik Indonesia nomor 16 Tahun 2001 tentang Yayasan, hanya hadir sebagai suatu kebutuhan hukum yang didasarkan pada hukum kebiasaan dan yurisprudensi, dan dalam praktek kehidupan dan keabsahan yayasan dikaitkan dengan ketentuan Pasal 899, 908, 1680 dan 365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Ketentuan mengenai status badan hukum yayasan dikembangkan dan dipengaruhi oleh pendapat ahli hukum yang dirangkum dan diterangkan dengan satu batasan bahwa “Yayasan adalah suatu badan hukum, yang dilahirkan oleh suatu pernyataan kehendak. Pernyataan kehendak ini harus berisikan pemisahan suatu kekayaan untuk suatu tujuan tertentu dengan penunjukan, bagaimana kekayaan itu diurus dan digunakan”.³ Setelah berlakunya Undang-Undang Yayasan tersebut maka yayasan yang telah ada sebelumnya dan memenuhi persyaratan yang ditentukan akan tetap diakui sebagai badan hukum serta diwajibkan untuk menyesuaikan anggaran dasarnya dengan ketentuan-ketentuan yang ada dalam undang-undang tersebut.

² Indonesia, *Undang-Undang Dasar 1945*, Pasal 31 ayat (1) dan (2).

³ Ignatius Ridwan Widyadharma, *Badan Hukum Yayasan (Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001)*, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2001), hal 2.

Upaya lebih lanjut untuk mengembangkan wakaf agar wakaf dapat berfungsi sebagaimana mestinya dilakukan dengan cara lebih memperhatikan peningkatan kemampuan pengelola wakaf atau disebut juga dengan *nazhir*, dalam mengelola wakaf itu sendiri.⁴ Seperti diketahui bahwa jumlah tanah wakaf serta potensi wakaf oleh masyarakat di Indonesia yang mayoritas penduduknya beragama Islam cukup banyak bila dibandingkan dengan pengelolanya, sehingga dibutuhkan pemikiran-pemikiran baru mengenai cara pengelolaannya serta mengatasi permasalahan yang ada dan akan ada dikemudian hari berkaitan dengan wakaf di Indonesia.

Berbicara tentang manajemen pengelolaan wakaf di Indonesia, kita tidak dapat melepaskan diri dari pengalaman beberapa negara dalam hal menangani masalah wakaf. Negara yang cukup berpengalaman dalam mengelola wakaf antara lain adalah Mesir, Saudi Arabia, Yordania, Turki, Bangladesh.⁵ Negara-negara tersebut mengelola dan mengembangkan wakaf secara produktif yang disesuaikan dengan keadaan perekonomian dan kebijakan pemerintahan negara masing-masing.

Pengembangan wakaf tidak hanya ada di negara-negara Islam atau negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam. Di Amerika Serikat misalnya, sebagai negara yang penduduk muslimnya masih minoritas, mereka mampu mengembangkan wakaf yang ada secara produktif. Pada mulanya umat Islam di Amerika selalu mendapatkan bantuan dana dari negara-negara Timur Tengah, namun sejak tahun 1990 terutama setelah Perang Teluk, jumlah dana yang mereka terima relatif berkurang. Oleh karena itu untuk memenuhi kebutuhan umat Islam di Amerika Serikat, khususnya di New York, *Kuwait Awqaf Public Foundation* (KAPF) memberikan sejumlah wakafnya untuk pembangunan lahan yang dimiliki oleh *The Islamic Cultural Center of New York* (ICCNY). Sebagai lembaga yang mengelola wakaf, KAPF juga menerima dana zakat, infaq, shadaqah dan pendapatan dari

⁴ Farida Prihatini, Uswatun Hasanah, Wirdyaningsih, *Hukum Islam Zakat dan Wakaf, Teori dan Prakteknya di Indonesia*, (Jakarta: Papas Sinar Sinanti dengan Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hal. 147.

⁵ *Ibid.*, hal 148.

investasi-investasi yang sesuai dengan syari'ah Islam. Untuk mengembangkan wakaf yang ada, lembaga ini menyewakan delapanpuluh persen (80 %) apartemen yang mereka miliki, sedangkan duapuluh persen (20 %) diperuntukkan bagi mereka yang tidak mampu. Untuk mengelola wakaf, mereka benar-benar mempertimbangkan aspek bisnis, dengan demikian wakaf yang mereka kelola menghasilkan dana yang cukup besar yang selanjutnya akan memperbesar dana wakaf yang mereka kelola. Dalam mengembangkan wakaf mereka juga melibatkan *A-Manzil Islamic Financial Services* yang merupakan divisi *The United Bank of Kuwait*.⁶

Pranata hukum berupa peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang wakaf diharapkan dapat memfasilitasi pelaksanaan pengembangan wakaf secara produktif di Indonesia, hal tersebut antara lain diwujudkan dengan dibentuknya Badan Wakaf Indonesia (BWI) berdasarkan ketentuan Undang-Undang Republik Indonesia nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf dengan tugas dan wewenang berupa :

- a. Melakukan pembinaan terhadap *Nazhir* dalam mengelola dan mengembangkan harta benda wakaf.
- b. Melakukan pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf berskala nasional dan internasional.
- c. Memberikan persetujuan dan atau izin atas perubahan peruntukan dan status harta benda wakaf.
- d. Memberhentikan dan mengganti *nazhir*.
- e. Memberikan persetujuan atas penukaran harta benda wakaf.
- f. Memberikan saran dan pertimbangan kepada Pemerintah dalam penyusunan kebijakan di bidang perwakafan.

Berdasarkan uraian tugas dan wewenang tersebut terlihat bahwa Badan Wakaf Indonesia (BWI) mempunyai tanggung jawab untuk mengembangkan perwakafan di Indonesia, oleh karena itu sewajarnya orang-orang yang berkarya di dalam Badan Wakaf Indonesia (BWI) nantinya adalah individu-individu yang memiliki pengetahuan serta wawasan dalam bidang wakaf.

⁶ *Ibid.*, hal 153-154.

Disisi lain praktik wakaf yang terjadi dalam kehidupan masyarakat ternyata belum sepenuhnya berjalan tertib dan efisien sehingga dalam berbagai kasus harta benda wakaf tidak terpelihara sebagaimana mestinya, terlantar atau beralih kepada pihak ketiga dengan cara melawan hukum. Keadaan demikian itu, tidak hanya karena kelalaian atau ketidakmampuan *nazhir* dalam mengelola dan mengembangkan harta benda wakaf tetapi karena juga sikap masyarakat pada umumnya yang kurang peduli dan belum memahami status harta benda wakaf yang seharusnya dilindungi untuk kesejahteraan umum sesuai dengan tujuan, fungsi, dan peruntukan wakaf.⁷

Yayasan Waqaf Said Naum didirikan dengan akta *Stichtingsbrief* tertanggal sembilan Juni seribu sembilanratus duapuluh enam (09-06-1926) nomor : 24, dibuat oleh JAN WILLEM ROELOFFS VALK, dahulu Notaris di Batavia, merupakan salah satu bentuk Yayasan yang telah ada sebelum adanya peraturan perundang-undangan tentang Yayasan di Indonesia, dihadapkan dengan kenyataan bahwa status badan hukumnya gugur dan harus mengajukan permohonan pengesahan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia guna mendapatkan kembali status badan hukumnya. Yayasan tersebut dikenal sebagai Yayasan wakaf yang memiliki dan menerima harta benda wakaf dari masyarakat. Terdapat banyak sekali Yayasan lain yang telah didirikan di Indonesia yang mengalami hal serupa dengan Yayasan tersebut, mengalami kesulitan dalam hal hendak menerima harta benda wakaf dari masyarakat umum karena tidak bersatus badan hukum sebagaimana disyaratkan untuk pelaksanaan ikrar wakafnya.

Untuk menciptakan tertib hukum dan administrasi wakaf guna melindungi harta benda wakaf, perbuatan hukum wakaf wajib dicatat dan dituangkan dalam akta ikrar wakaf dan didaftarkan serta dimumkan yang pelaksanaannya dilakukan sesuai dengan tata cara yang diatur dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai wakaf yaitu Undang-Undang Republik Indonesia nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf dan Peraturan Pemerintah Republik Indonesia nomor 42 Tahun 2006 tentang

⁷ Indonesia, *Undang-Undang Wakaf*, UU No. 41 tahun 2004, LN No. 159 Tahun 2004, TLN NO. 4459, Bagian Umum Penjelasan Undang-Undang Wakaf.

Pelaksanaan Undang-Undang Republik Indonesia nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf.

Berdasarkan hal tersebut diatas, penulis tertarik untuk melakukan penelitian mengenai pelaksanaan wakaf oleh yayasan yang belum berstatus badan hukum dan peran notaris dalam rangka tercapainya tujuan wakaf, dalam suatu karya tulis dengan judul **“PERAN NOTARIS DALAM PENGEMBANGAN WAKAF BAGI NAZHIR YANG TIDAK BERBADAN HUKUM”**.

1.2. Pokok Permasalahan

Berdasarkan latar belakang tersebut, maka permasalahan yang dibahas dalam penulisan ini adalah:

1. Bagaimanakah peran Notaris dalam Wakaf berkaitan dengan Nazhir yang tidak berbadan hukum sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan tentang Wakaf dan Yayasan serta memperhatikan ketentuan Undang-Undang Jabatan Notaris?
2. Bagaimanakah bentuk perikatan yang dibutuhkan antara Wakif dengan Nazhir yang tidak berbadan hukum guna terwujud tujuan dan fungsi Wakaf?

1.3. Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian kepustakaan yang bersifat yuridis normatif, yaitu penelitian yang bertujuan untuk meneliti asas-asas hukum dengan menggunakan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan permasalahan dan untuk mengetahui bagaimana notaris dapat berperan dalam pengembangan wakaf dikaitkan dengan yayasan yang belum berstatus badan hukum, serta bentuk perikatan yang dibutuhkan bagi nazhir yang tidak berbadan hukum.

Tipe penelitian yang digunakan dalam penelitian ini dilihat dari bentuknya adalah penelitian preskriptif, karena bertujuan memberikan jalan keluar atau saran untuk mengatasi permasalahan yang ada.⁸

Jenis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder, yaitu data yang diperoleh dari bahan pustaka.⁹ Data sekunder yang akan digunakan terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tertier.

Bahan hukum primer yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat¹⁰ meliputi berbagai peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan wakaf, yayasan, perjanjian dan Notaris. Bahan hukum sekunder yaitu bahan-bahan hukum yang memberikan kejelasan mengenai bahan-bahan hukum primer¹¹ meliputi buku-buku, makalah-makalah, laporan-laporan penelitian ilmiah dan majalah-majalah ilmiah mengenai wakaf, yayasan dan status badan hukumnya di Indonesia, serta Notaris dalam kedudukannya selaku pejabat umum. Bahan hukum tertier yaitu bahan-bahan yang memberikan petunjuk maupun kejelasan terhadap bahan-bahan hukum primer dan sekunder¹² berupa kamus untuk memperoleh definisi-definisi istilah yang berkaitan dengan penelitian ini.

Alat pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah studi dokumen, dan jika diperlukan akan dilakukan wawancara dengan narasumber terkait peran notaris dalam pengembangan wakaf di Indonesia. Metode analisis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan kualitatif. Dengan demikian, bentuk penelitian ini akan berbentuk preskriptif analitis.

⁸ Sri Mamudji, *et. al.*, *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hal. 4.

⁹ *Ibid*, hal. 28.

¹⁰ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, cet.3, (Jakarta: Badan Penerbit Universitas Indonesia, 1986), hal. 52.

¹¹ *Ibid*.

¹² *Ibid*.

1.4. Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan diperlukan agar didapat keteraturan dan kejelasan arah dalam pembahasan masalah yang dihadapi. Oleh karena itu, penulis membagi penelitian ini dalam 3 bab, yang uraian singkat mengenai isi setiap bab tersebut adalah sebagai berikut:

BAB I PENDAHULUAN

Dalam bab ini penulis akan menguraikan mengenai latar belakang permasalahan, pokok permasalahan, metode penelitian yang akan digunakan dan sistematika penulisan.

BAB II PEMBAHASAN

Bab ini berisi uraian tentang Wakaf, Badan Hukum Yayasan, Notaris, Ketentuan Umum Perjanjian, dan Peran Notaris dalam Pengembangan Wakaf di Indonesia.

BAB III PENUTUP

Pada bab terakhir ini diuraikan tentang kesimpulan akhir yang menjadi jawaban dari pokok permasalahan yang telah dibahas pada bab sebelumnya disertai dengan saran-saran yang dianggap perlu dan berkaitan dengan hasil analisa permasalahan.

BAB II

PERAN NOTARIS DALAM PENGEMBANGAN WAKAF DI INDONESIA

1. WAKAF

1.1. Wakaf Menurut Ketentuan Hukum Islam

1.1.1. Pengertian Wakaf.

Perkataan *waqf*, yang menjadi wakaf dalam bahasa Indonesia, berasal dari kata kerja bahasa Arab *waqafa* yang berarti menghentikan, berdiam di tempat atau menahan sesuatu.¹³ Pengertian menghentikan ini jika dihubungkan dengan ilmu baca al-Qur'an (ilmu *tajwid*) adalah tata cara menyebutkan huruf-hurufnya, dari mana dimulai dan dimana harus berhenti.¹⁴ Wakaf dalam pengertian ilmu *tajwid* ini mengandung makna menghentikan bacaan, baik seterusnya maupun untuk mengambil nafas sementara. Menurut aturannya seorang pembaca tidak boleh berhenti di pertengahan suku kata, harus pada akhir kata di penghujung ayat agar bacaannya sempurna. Pengertian wakaf dalam makna berdiam di tempat, dikaitkan dengan *wuquf* yakni berdiam di Arafah pada tanggal 9 Zulhijjah ketika menunaikan ibadah haji. Tanpa wukuf di Arafah tidak ada haji bagi seseorang.¹⁵

Pengertian menahan (sesuatu) dihubungkan dengan harta kekayaan, itulah yang dimaksud dengan wakaf disini. Wakaf adalah menahan sesuatu benda untuk diambil manfaatnya sesuai dengan ajaran Islam. Di dalam kepustakaan, sinonim *waqf* adalah *habs*. Keduanya kata benda yang berasal dari kata kerja *waqafa* dan *habasa*, artinya menghentikan, menahan seperti yang dikemukakan diatas. Bentuk jamaknya adalah *awqaf* untuk *waqf* dan *ahbas* untuk *habs*. Sedangkan dalam buku-buku fikih, para

¹³ Prihatini, Hasanah, Wirdyaningsih, *op. cit.*, hal. 108.

¹⁴ Taufiq Hamami, *Perwakafan Tanah dalam Politik Hukum Agraria Nasional*, (Jakarta: Tatanusa, 2003), hal. 57.

¹⁵ Ali, *op. cit.*, hal.80.

ulama berbeda pendapat dalam memberi pengertian wakaf. Perbedaan tersebut membawa akibat yang berbeda pada hukum yang ditimbulkan. Definisi wakaf menurut ahli fikih adalah sebagai berikut:¹⁶

Pertama, Hanafiyah mengartikan wakaf sebagai menahan materi benda (*al-'ain*) milik Wakif dan menyedekahkan atau mewakafkan manfaatnya kepada siapapun yang diinginkan untuk tujuan kebajikan. Definisi wakaf tersebut menjelaskan bahwa kedudukan harta wakaf masih tetap tertahan atau terhenti di tangan Wakif itu sendiri. Dengan artian, Wakif masih menjadi pemilik harta yang diwakafkannya, manakala perwakafan hanya terjadi ke atas manfaat harta tersebut, bukan termasuk asset hartanya.¹⁷

Kedua, Malikiyah berpendapat, wakaf adalah menjadikan manfaat suatu harta yang dimiliki (walaupun pemilikannya dengan cara sewa) untuk diberikan kepada orang yang berhak dengan satu akad (*shighat*) dalam jangka waktu tertentu sesuai dengan keinginan Wakif. Definisi wakaf tersebut hanya menentukan pemberian wakaf kepada orang atau tempat yang berhak saja.¹⁸

Ketiga, Syafi'iyah mengartikan wakaf dengan menahan harta yang bisa memberi manfaat serta kekal materi bendanya (*al-'ain*) dengan cara memutuskan hak pengelolaan yang dimiliki oleh Wakif untuk diserahkan kepada Nazhir yang dibolehkan oleh syariah.¹⁹ Golongan ini mensyaratkan harta yang diwakafkan harus harta yang kekal materi bendanya (*al-'ain*) dengan artian harta yang

¹⁶ Administrator, *Pengertian Wakaf*, http://bwi.or.id/index.php?option=com_content&view=article&id=58&Itemid=54&lang=in, diunduh 20 Maret 2012.

¹⁷ *Ibid.*, disadur dari buku *Ibnu al-Humam*: 6/203.

¹⁸ *Ibid.*, disadur dari buku *al-Dasuqi*: 2/187.

¹⁹ *Ibid.*, disadur dari buku *al-Syarbini*: 2/376.

tidak mudah rusak atau musnah serta dapat diambil manfaatnya secara berterusan.²⁰

Keempat, Hanabilah mendefinisikan wakaf dengan bahasa yang sederhana, yaitu menahan asal harta (tanah) dan menyedekahkan manfaat yang dihasilkan.²¹

1.1.2. Dasar Hukum Wakaf.

Salah satu institusi atau pranata sosial Islam yang mengandung nilai sosial ekonomi adalah lembaga perwakafan. Sebagai kelanjutan dari ajaran tauhid, yang berarti bahwa segala sesuatu berpuncak pada kesadaran akan adanya Allah SWT., lembaga perwakafan adalah salah satu bentuk perwujudan keadilan sosial dalam Islam, yaitu didasarkan pemahaman bahwa harta yang dimiliki atau diperoleh adalah rizki dari Allah SWT yang didalamnya terdapat hak orang lain. Prinsip pemilikan harta dalam ajaran Islam menyatakan bahwa harta tidak dibenarkan hanya dikuasai oleh sekelompok orang, karena akan melahirkan eksploitasi kelompok minoritas (kaya) terhadap kelompok mayoritas (miskin) yang akan menimbulkan kesenjangan sosial dan akan menimbulkan akibat-akibat negatif yang beraneka ragam.²²

Wakaf telah disyariatkan dan telah dipraktekkan oleh umat Islam seluruh dunia sejak zaman Rasulullah SAW sampai sekarang, termasuk oleh masyarakat Islam di negara Indonesia. Kajian wakaf sebagai pranata sosial merujuk pada tiga hal, yaitu:²³

1. Wakaf sebagai lembaga keagamaan, yang bersumber pada al-Qur'an, Sunnah, dan Ijtihad;

²⁰ *Ibid.*, disadur dari buku *al-Syairazi*: 1/575.

²¹ *Ibid.*, disadur dari buku *Ibnu Qudamah*: 6/185.

²² Hamami, *op. cit.*, hal. 36.

²³ Ali, *op. cit.*, hal.77.

2. Wakaf sebagai lembaga yang diatur oleh negara, yang merujuk pada peraturan perundang-undangan yang berlaku pada negara tersebut;
3. Wakaf sebagai lembaga kemasyarakatan atau suatu lembaga yang hidup di masyarakat, berarti mengkaji wakaf dengan tinjauan sosial yang meliputi fakta dan data yang ada dalam masyarakat.

Walaupun di dalam al-Qur'an tidak disebut soal wakaf secara tegas, akan tetapi dari beberapa ayat al-Qur'an yang memerintahkan manusia berbuat baik untuk kebaikan masyarakat dianggap sebagai dasar perbuatan wakaf, para ahli menyimpulkan bahwa Allah SWT menghendaki adanya lembaga wakaf. Beberapa ayat di dalam al-Qur'an tersebut antara lain surah al-Hajj (22) ayat 77, Allah SWT memerintahkan agar manusia berbuat kebaikan agar hidup manusia menjadi bahagia;

يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اِرْكَعُوا وَاَسْجُدُوا وَاَعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَاَفْعَلُوا الْخَيْرَ
لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٧٧﴾

Artinya : Hai orang-orang yang beriman, ruku'lah kamu, sujudlah kamu, sembahlah Tuhanmu dan perbuatlah kebajikan, supaya kamu mendapat kemenangan.

Selain dari ayat al-Qur'an yang mengajarkan manusia untuk berbuat kebaikan, menurut hadist Rasulullah SAW yang diriwayatkan oleh *Bukhari* dan *Muslim* yang berasal dari *Ibnu Umar*. Menurut hadist tersebut, *Umar bin Khattab*, ayah *Ibnu Umar*, mempunyai tanah di *Khaibar*, suatu daerah pertanian di Madinah. Tanah itu sangat disukai oleh Umar. Pada suatu hari beliau bertanya kepada Rasulullah SAW, apakah ia sebaiknya melepaskan tanah yang disukainya itu sebagai sedekah dalam rangka memenuhi seruan Allah SWT dalam al-Qur'an surah al-Hajj (22) ayat 77. Rasulullah SAW menjawab: “*Tahanlah*

pokoknya dan sedekahkanlah hasilnya". Anjuran tersebut dilaksanakan oleh *Umar bin Khattab* dengan cara menahan tanah tersebut, dalam pengertian tidak dijual, tidak diwariskan dan tidak pula dihibahkan kepada orang lain. Ditetapkan pula bahwa hasil tanah itu diperuntukkannya bagi fakir miskin, keluarga-keluarga yang memerlukannya, orang-orang yang sedang berada dalam perjalanan, para tamu, penuntut ilmu dan sebagainya. Ditetapkan pula bahwa orang yang mengurus wakaf itu dapat juga mengambil hasil tanah wakaf dimaksud sekedar untuk keperluan hidupnya sendiri beserta keluarganya dalam batas-batas yang pantas.²⁴

Kemudian dalam Sunnah Rasulullah SAW yang terdapat dalam *al-Kutub as Sittah* yaitu enam kitab hadits yang disusun oleh Bukhari, Muslim, Ibnu Majah, Abu Daud, ar-Tarmizi dan an-Nisa'i, juga tidak menyebutkan perkataan wakaf. Perkataan yang digunakan adalah kata *habs* sinonim dari wakaf. Perinciannya dijelaskan oleh para mujtahid dalam kitab-kitab hukum (fikih) berbagai mazhab.²⁵

1.1.3. Rukun Wakaf.

Rukun artinya sudut, tiang penyangga, yang merupakan sendi utama atau unsur pokok dalam pembentukan suatu hal.²⁶ Wakaf mempunyai unsur-unsur pembentukannya, unsur-unsur tersebut yang juga merupakan rukun wakaf antara lain:²⁷

1. Orang yang mewakafkan hartanya (*wakif*).

Orang yang mewakafkan hartanya, dalam istilah hukum Islam disebut wakif, haruslah memenuhi syarat untuk mewakafkan hartanya, diantaranya adalah kecakapan bertindak dan benar-benar pemilik harta yang diwakafkannya. Dalam hukum fikih

²⁴ *Ibid.*, hal. 82.

²⁵ Ali, *op. cit.*, hal. 77.

²⁶ Prihatini, Hasanah, Wirdyaningsih, *op. cit.*, hal. 110.

²⁷ Ali, *op. cit.*, hal. 85.

Islam ada dua istilah yang harus dipahami berkaitan dengan kecakapan bertindak, yaitu *baligh* dan *rasyid*. Pengertian *baligh* menitikberatkan pada usia, sedangkan *rasyid* pada kematangan pertimbangan akal. Untuk kecakapan bertindak melakukan *tabarru* (melepaskan hak tanpa imbalan benda) diperlukan kematangan pertimbangan akal seseorang (*rasyid*).

2. Harta yang diwakafkan (*mauquf*).

Barang atau benda yang diwakafkan haruslah memenuhi syarat-syarat sebagai berikut. Pertama, harus tetap zatnya dan dapat dimanfaatkan untuk jangka waktu yang lama. Kedua, harus jelas wujudnya dan pasti batas-batasnya (jika berbentuk tanah). Ketiga, harus benar-benar milik wakif dan bebas dari segala beban. Keempat, dapat berupa benda tetap ataupun benda bergerak. Dalam hal seluruhnya harus dimanfaatkan dan diusahakan sesuai dengan ketentuan-ketentuan hukum Islam.

3. Tujuan wakaf (*mauquf 'alaih*).

Tujuan wakaf yang sesungguhnya adalah untuk mendapatkan keridhaan Allah SWT, dalam rangka beribadah kepada-Nya. Oleh karena itu tujuan wakaf tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai ibadah. Disyaratkan juga tujuan wakaf tersebut harus jelas, misalnya untuk kepentingan umum, seperti mendirikan masjid, sekolah atau rumah sakit, atau untuk kepentingan fakir miskin dan orang-orang terlantar dengan cara membangun panti asuhan.

4. Pernyataan wakif (*sighat* atau ikrar wakaf).

Pernyataan wakif yang merupakan penyerahan barang atau benda yang diwakafkan itu, dapat dilakukan dengan lisan atau tulisan. Dengan pernyataan tersebut maka hak atas bendanya kembali menjadi milik Allah SWT untuk dimanfaatkan oleh orang-orang yang disebut dalam ikrar wakaf tersebut. Karena tindakan mewakafkan sesuatu tersebut dipandang sebagai

perbuatan hukum sepihak, maka dengan pernyataan wakif tersebut saja wakaf telah terjadi.

1.1.4. Syarat Wakaf.

Syarat-syarat sahnya wakaf antara lain sebagai berikut;²⁸

1. Perwakafan benda tersebut tidak dibatasi untuk jangka waktu tertentu saja, tetapi untuk selama-lamanya. Wakaf yang dibatasi waktunya adalah tidak sah. Berkaitan dengan jangka waktu tersebut, dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf mengatur ketentuan wakaf dengan jangka waktu tertentu dalam hal harta benda wakaf berupa benda tidak bergerak yang menurut sifat haknya terbatas untuk jangka waktu tertentu. Dasar pemahaman diaturnya jangka waktu wakaf dalam peraturan perundang-undangan tersebut adalah pendapat dari mazhab *Hanafiyah* yang menyatakan bahwa wakif masih menjadi pemilik harta benda wakaf dan pendapat dari mazhab *Malikiyah* yang menyatakan bahwa wakaf dapat diberikan untuk jangka waktu tertentu sesuai keinginan wakif. Sedangkan pemahaman bahwa wakaf tidak dibatasi jangka waktu didasarkan pendapat dari mazhab *Syafi'iyah* yang menyatakan bahwa wakaf diberikan dengan cara memutus hak pengelolaan wakif atas harta benda wakaf.
2. Tujuannya harus jelas, tanpa penyebutan tujuan secara jelas maka wakaf tidak sah, akan tetapi seorang wakif dapat menyerahkan penentuan tujuan wakaf tersebut kepada badan hukum penerima wakaf sesuai dengan tujuan badan hukum yang bersangkutan.
3. Wakaf harus segera dilaksanakan setelah ikrar wakaf dinyatakan oleh wakif tanpa menggantungkan pelaksanaannya

²⁸ *Ibid.*, hal. 88.

pada suatu peristiwa yang akan terjadi di masa yang akan datang.

4. Wakaf yang sah wajib dilaksanakan, karena ikrar wakaf yang dinyatakan oleh wakif berlaku seketika dan untuk selamanya.

Seorang wakif dapat menentukan syarat-syarat mengenai penggunaan benda yang akan diwakafkan tersebut sepanjang tidak bertentangan dengan ajaran Islam. Apabila syarat penggunaan benda tersebut bertentangan dengan ajaran Islam, wakafnya dipandang sah, tetapi syarat yang ditentukan wakif tersebut tidak perlu diperhatikan atau dilaksanakan.

Para ahli hukum (fikih) Islam sependapat bahwa setelah suatu harta tersebut diwakafkan oleh wakif, pemilikannya beralih (kembali) kepada Allah SWT dan tidak tetap di tangan wakif serta tidak pula berpindah menjadi milik *mauquf 'alaih*. Dengan demikian harta wakaf tersebut memerlukan orang untuk mengurus atau mengelolanya. Orang yang mengurus wakaf disebut juga dengan nazhir. Pada dasarnya siapa saja dapat menjadi nazhir asal saja ia berhak melakukan tindakan hukum, dan yang berhak menentukan nazhir wakaf adalah wakif. Nazhir wakaf berwenang melakukan segala tindakan yang mendatangkan kebaikan bagi wakaf yang bersangkutan dengan memperhatikan syarat-syarat yang ditentukan oleh wakif. Namun demikian tindakan-tindakan nazhir atas harta benda wakaf tersebut dikecualikan dalam hal menggadaikan atau menjadikan jaminan hutang, baik untuk kepentingan harta wakaf itu sendiri maupun untuk hal lainnya atas harta benda wakaf tidak diperbolehkan.

1.1.5. Macam-macam Wakaf.

Apabila diperhatikan dari peruntukannya maka wakaf dapat dibagi menjadi dua macam, yaitu:²⁹

²⁹ Hamami, *op. cit.*, hal. 66.

1. Wakaf khusus atau wakaf *ahli*.

Wakaf khusus atau wakaf *ahli* adalah wakaf yang khusus diperuntukkan bagi orang-orang tertentu, seorang atau lebih, baik ia keluarga wakif maupun orang lain. Bentuk perwujudan wakaf ini antara lain wakaf tanah pertanian yang diperuntukkan bagi kerabat keluarga sedarah dari wakif.

2. Wakaf umum atau wakaf *khairi*.

Wakaf umum atau wakaf *khairi* adalah wakaf yang diperuntukkan bagi kepentingan atau kemaslahatan umum. Bentuk perwujudan wakaf ini antara lain wakaf untuk masjid, madrasah, pesantren, asrama, rumah sakit, rumah yatim-piatu, serta fasilitas umum lainnya.

1.1.6. Tujuan Wakaf.

Tujuan wakaf yang sesungguhnya adalah untuk mendapatkan keridhaan Allah SWT, dalam rangka beribadah kepada-Nya. Oleh karena itu tujuan wakaf tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai ibadah.³⁰ Secara umum tujuan wakaf adalah meningkatkan kesejahteraan umat Islam baik dari segi keamanan ekonomi maupun kemandirian dalam memenuhi kebutuhan hidupnya melalui peningkatan ilmu pengetahuan serta pendidikan. Tujuan wakaf tersebut dicapai melalui pemanfaatan potensi harta benda wakaf secara berkesinambungan.

1.2. Wakaf Menurut Ketentuan Hukum di Indonesia.

1.2.1. Pengertian Wakaf.

Ketentuan mengenai wakaf di Indonesia diatur dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf (untuk selanjutnya disebut “Undang-Undang Wakaf”). Sebagaimana diatur dalam Ketentuan Umum Pasal 1 angka (1) Undang-Undang Wakaf maka pengertian wakaf adalah sebagai berikut:

³⁰ Ali, *op. cit.*, hal. 86.

“Wakaf adalah perbuatan hukum wakif untuk memisahkan dan/atau menyerahkan sebagian harta benda miliknya untuk dimanfaatkan selamanya atau untuk jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingannya guna keperluan ibadah dan/atau kesejahteraan umum menurut syariah.”

Pada rumusan pengertian wakaf tersebut terdapat unsur-unsur yang menjadi rukun wakaf yaitu:³¹

- (1) perbuatan hukum memisahkan dan/atau menyerahkan, berupa pernyataan kehendak wakif yang diucapkan secara lisan dan/atau dalam bentuk tertulis untuk mewakafkan harta benda miliknya atau disebut juga ikrar wakaf;
- (2) wakif, yaitu pihak yang mewakafkan harta benda miliknya, wakif disini meliputi perserorangan, organisasi dan/atau badan hukum yang diatur berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku di Indonesia;
- (3) harta benda milik wakif, yaitu harta benda yang dimiliki atau dikuasai secara sah oleh wakif terdiri dari benda tidak bergerak dan benda bergerak, yang memiliki daya tahan lama dan/atau manfaat jangka panjang serta mempunyai nilai ekonomi menurut syariah;
- (4) untuk dimanfaatkan, pemanfaatan atau pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf sesuai dengan peruntukannya oleh nazhir yang dapat ditentukan oleh wakif, terdiri dari perserorangan, organisasi dan/atau badan hukum yang diatur berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku di Indonesia;
- (5) untuk selamanya atau untuk jangka waktu tertentu, berupa jangka waktu pemanfaatan harta benda wakaf yang ditentukan oleh wakif atas harta benda yang diwakafkan tersebut;
- (6) guna keperluan ibadah dan/atau kesejahteraan umum menurut syariah, yang merupakan tujuan pemanfaatan harta benda wakaf sesuai dengan fungsinya.

³¹ Hamami, *op. cit.*, hal. 70.

1.2.2. Dasar Hukum Wakaf.

Wakaf yang berasal dari lembaga hukum Islam telah diterima oleh masyarakat adat di Indonesia sejak dahulu bahkan sebelum terbentuknya Negara Kesatuan Republik Indonesia. Praktek mewakafkan tanah untuk keperluan umum terutama untuk keperluan peribadatan atau sosial seperti masjid, sekolah, madrasah, dan tanah kuburan telah dilaksanakan oleh beberapa masyarakat adat di Indonesia.³²

Bentuk wakaf oleh masyarakat adat di Indonesia tersebut antara lain adalah lembaga *Pusaka*³³, banyak terdapat di daerah Jawa. Lembaga *Pusaka* adalah sebuah harta benda yang berasal dari leluhur yang secara utuh diberikan kepada keturunannya secara perseorangan atau kepada ahli warisnya dan juga dipersyaratkan bahwa harta benda tersebut tidak boleh dijual belikan.

Peraturan tentang wakaf yang bertujuan untuk mengatur dan mengawasi tanah wakaf telah banyak diberlakukan sejak era pemerintah Kolonial Hindia Belanda sampai terbitnya perundang-undangan yang mengatur tentang perwakafan, antara lain Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 1977 tentang Perwakafan Tanah Milik *juncto* Peraturan Menteri Dalam Negeri Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 1977 tentang Tata Pendaftaran Tanah mengenai Perwakafan Tanah Milik dan Peraturan Menteri Agama Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1978 tentang Peraturan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 1977 tentang Perwakafan Tanah Milik, dan Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam. Kemudian dengan pertimbangan bahwa

³² Prihatini, Hasanah, Wirdyaningsih, *op. cit.*, hal. 122.

³³ Purwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 1985), hal. 78.

peraturan tentang wakaf di Indonesia belum lengkap dan masih tersebar dalam berbagai peraturan perundangan tersebut diatas maka ditetapkan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf dan untuk menyederhanakan pengaturan agar lebih mudah dipahami masyarakat, organisasi dan badan hukum, serta pejabat pemerintahan yang mengurus tentang perwakafan, Badan Wakaf Indonesia, Lembaga Keuangan Syariah sekaligus menghindari berbagai kemungkinan perbedaan penafsiran terhadap ketentuan yang berlaku maka ditetapkan Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 42 Tahun 2006 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf.

1.2.3. Unsur Wakaf.

Unsur-unsur wakaf sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Wakaf terdiri dari;³⁴

1. Wakif; yaitu pihak yang mewakafkan harta benda miliknya, meliputi wakif perserorangan, organisasi dan/atau badan hukum yang diatur berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku di Indonesia. Oleh karena wakaf itu sendiri ditentukan sebagai suatu perbuatan hukum maka wakif haruslah pihak yang memenuhi syarat untuk melakukan perbuatan hukum pula. Persyaratan wakif untuk dapat melakukan wakaf diatur dalam Pasal 8 Undang-Undang Wakaf yaitu:
 - a) untuk wakif perseorangan diharuskan telah dewasa, berakal sehat, tidak terhalang melakukan perbuatan hukum, dan pemilik sah harta benda wakaf; Dewasa yang dimaksud disini yaitu sesuai ketentuan yang berlaku di Indonesia mengenai kedewasaan merujuk pada ketentuan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan disyaratkan telah berumur 21 (duapuluh satu)

³⁴ Indonesia, *Undang-Undang tentang Wakaf*, No. 41 Tahun 2004, LN No. 159 Tahun 2004, TLN NO. 4459. Pasal 6.

tahun atau pernah menikah; Tidak terhalang melakukan perbuatan hukum dalam arti tidak berada dibawah perwalian atau pengampuan, atau keadaan lain yang menghalangi seperti ditahan atau sedang menjalani hukuman tertentu;

- b) untuk wakif organisasi disyaratkan memenuhi ketentuan organisasi untuk mewakafkan harta benda wakaf milik organisasi sesuai dengan anggaran dasar organisasi yang bersangkutan;
- c) untuk wakif badan hukum disyaratkan memenuhi ketentuan badan hukum untuk mewakafkan harta benda wakaf milik badan hukum sesuai dengan anggaran dasar badan hukum yang bersangkutan.

2. *Nazhir*; yaitu pihak yang menerima harta benda wakaf dari wakif untuk dikelola dan dikembangkan sesuai dengan peruntukannya. *Nazhir* terdiri atas *nazhir* perseorangan, organisasi, atau badan hukum yang diatur berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku di Indonesia. Persyaratan untuk dapat menjadi *nazhir* diatur dalam Pasal 10 Undang-Undang Wakaf yaitu:

- a) untuk *nazhir* perseorangan diharuskan memiliki kewarganegaraan Indonesia, beragama Islam, dewasa, amanah, mampu secara jasmani dan rohani, dan tidak terhalang melakukan perbuatan hukum;
- b) untuk *nazhir* organisasi disyaratkan bahwa pengurus organisasi yang bersangkutan memenuhi persyaratan *nazhir* perseorangan dan organisasi tersebut bergerak di bidang sosial, pendidikan, kemasyarakatan dan/atau keagamaan Islam;
- c) untuk *nazhir* badan hukum disyaratkan bahwa pengurus badan hukum yang bersangkutan memenuhi persyaratan *nazhir* perseorangan, badan hukum tersebut berupa badan hukum Indonesia yang dibentuk sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan badan hukum

tersebut bergerak di bidang sosial, pendidikan, kemasyarakatan dan/atau keagamaan Islam.

3. *Harta Benda Wakaf*; yaitu harta benda yang memiliki daya tahan lama dan/atau manfaat jangka panjang serta mempunyai nilai ekonomi menurut syariah yang diwakafkan oleh wakif. Harta benda wakaf hanya dapat diwakafkan apabila dimiliki dan dikuasai oleh wakif secara sah. Harta benda wakaf terdiri dari benda tidak bergerak dan benda bergerak.³⁵ Benda tidak bergerak yang dimaksud tersebut meliputi:

- a) hak atas tanah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku baik yang sudah maupun yang belum terdaftar;
- b) bangunan atau bagian bangunan yang berdiri diatas tanah sebagaimana dimaksud pada huruf (a);
- c) tanaman dan benda lain yang berkaitan dengan tanah;
- d) hak milik atas satuan rumah susun sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- e) benda tidak bergerak lain sesuai dengan ketentuan syariah dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Benda bergerak sebagaimana dimaksud diatas yaitu harta benda yang tidak habis karena dikonsumsi meliputi:

- a) uang;
- b) logam mulia;
- c) surat berharga;
- d) kendaraan;
- e) hak atas kekayaan intelektual;
- f) hak sewa; dan
- g) benda bergerak lain sesuai dengan ketentuan syariah dan peraturan perundang-undangan yang berlaku (antara lain mushaf, buku dan kitab).

³⁵ *Ibid.* Pasal 16.

4. *Ikrar wakaf*; yaitu pernyataan kehendak wakif yang diucapkan secara lisan dan/atau tulisan kepada nazhir untuk mewakafkan harta benda miliknya. Pernyataan kehendak wakif tersebut dituangkan dalam akta ikrar wakaf oleh Pejabat Pembuat Akta Ikrar Wakaf dengan disaksikan oleh 2 (dua) orang saksi yang memenuhi syarat:

- a) dewasa;
- b) beragama Islam;
- c) berakal sehat;
- d) tidak terhalang melakukan perbuatan hukum.

Akta ikrar wakaf sebagaimana dimaksud diatas setidaknya memuat:

- a) nama dan identitas wakif;
 - b) nama dan identitas nazhir;
 - c) data dan keterangan harta benda wakaf;
 - d) peruntukan harta benda wakaf;
 - e) jangka waktu wakaf.
5. *Peruntukan harta benda wakaf*; harta benda wakaf hanya diperuntukkan dalam rangka mencapai tujuan dan fungsi wakaf dan dibatasi bagi:
- a) sarana dan kegiatan ibadah;
 - b) sarana dan kegiatan pendidikan serta kesehatan;
 - c) bantuan kepada fakir miskin, anak terlantar, yatim piatu, beasiswa;
 - d) kemajuan dan peningkatan ekonomi umat, dan/atau;
 - e) kemajuan kesejahteraan umum lainnya yang tidak bertentangan dengan syariah dan peraturan perundang-undangan.³⁶

Penetapan peruntukan harta benda wakaf tersebut dilakukan oleh wakif pada pelaksanaan ikrar wakaf dan dalam hal wakif

³⁶ *Ibid.* Pasal 22.

tidak menetapkan peruntukan harta benda wakaf, nazhir dapat menetapkan peruntukan harta benda wakaf yang dilakukan sesuai dengan tujuan dan fungsi wakaf.³⁷

6. *Jangka waktu wakaf*; harta benda wakaf dapat dimanfaatkan selamanya atau untuk jangka waktu tertentu sesuai kepentingannya sebagaimana ditentukan oleh wakif. Berkaitan dengan jangka waktu wakaf tersebut, ketentuan Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 42 Tahun 2006 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Wakaf menentukan bahwa wakaf berupa tanah hanya dapat diwakafkan untuk jangka waktu selamanya kecuali tanah dengan status Hak Guna Bangunan, Hak Pakai diatas Hak Pengelolaan atau Hak Milik dapat diwakafkan untuk jangka waktu tertentu.³⁸ Kemudian wakaf benda bergerak berupa uang ditentukan dapat diwakafkan untuk jangka waktu tertentu. Sedangkan untuk benda tidak bergerak selain tanah dan benda bergerak lainnya selain uang tidak terdapat ketentuan mengenai penetapan jangka waktu.

1.2.4. Syarat Wakaf.

Ketentuan Undang-Undang Wakaf mensyaratkan bahwa wakaf dilaksanakan menurut ketentuan syariah sebagaimana disebutkan dalam Pasal 2 Undang-Undang Wakaf :

“Wakaf sah apabila dilaksanakan menurut ketentuan syariah”

dan dengan memenuhi unsur-unsur wakaf sebagaimana disebutkan dalam Pasal 6 Undang-Undang Wakaf yang berbunyi sebagai berikut:

“Wakaf dilaksanakan dengan memenuhi unsur wakaf sebagai berikut:

a) Wakif;

³⁷ *Ibid.* Pasal 23.

³⁸ Indonesia, *Peraturan Pemerintah Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf*, No. 42 Tahun 2006, LN No. 105 Tahun 2006, TLN NO. 4667. Pasal 18 ayat (1).

- b) *Nazhir*;
- c) *Harta benda wakaf*;
- d) *Ikrar Wakaf*;
- e) *Peruntukan harta benda wakaf*;
- f) *Jangka waktu wakaf.*”

Ketentuan syariah sebagaimana disebutkan diatas diartikan bahwa wakaf harus memenuhi rukun, syarat dan tujuan wakaf menurut ketentuan hukum Islam.

Lebih lanjut berkaitan dengan perbuatan hukum wakaf disyaratkan pula bahwa perbuatan hukum tersebut harus didaftarkan dan diumumkan pelaksanaannya sesuai dengan tata cara yang diatur dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai wakaf untuk menciptakan tertib hukum dan administrasi wakaf guna melindungi benda wakaf.

1.2.5. Macam-macam Wakaf.

Undang-Undang Wakaf pada prinsipnya tidak memisahkan atau membedakan macam-macam wakaf sebagaimana dibedakan dalam ketentuan syari'ah Islam, yaitu antara wakaf *ahli* yang pengelolaan dan pemanfaatan harta benda wakaf terbatas untuk kaum kerabat (ahli waris) dengan wakaf *khairi* yang dimaksudkan untuk kepentingan masyarakat umum sesuai dengan tujuan dan fungsi wakaf. Ketentuan wakaf yang diatur dalam Undang-Undang Wakaf hanya mensyaratkan bahwa pada saat wakif menyatakan ikrar wakaf harus dijelaskan maksudnya, apakah *mauquf alaih* adalah masyarakat umum atau kerabat wakif berdasarkan hubungan darah (*nasab*). Ini berarti bahwa pengaturan mengenai wakaf dalam Undang-Undang Wakaf berlaku baik untuk wakaf *khairi* maupun wakaf *ahli*. Peruntukan wakaf untuk *mauquf alaih* disini tidak dimaksudkan untuk pemanfaatan pribadi melainkan untuk kesejahteraan umum sesama kerabat secara turun temurun.³⁹

³⁹ *Ibid.* Bab Penjelasan.

1.2.6. Tata Cara Perwakafan.

Pelaksanaan wakaf dapat dibagi menjadi dua tahapan; Tahap pertama yaitu pembuatan akta ikrar wakaf oleh Pejabat Pembuat Akta Ikrar Wakaf (untuk selanjutnya disebut “PPAIW”) yaitu pejabat yang berwenang yang ditetapkan oleh Menteri Agama untuk membuat akta ikrar wakaf, dan tahap kedua meliputi pendaftaran dan pengumuman harta benda wakaf. PPAIW sebagaimana dimaksud diatas terdiri dari:⁴⁰

- 1) Kepala Kantor Urusan Agama setempat dan/atau pejabat yang menyelenggarakan urusan wakaf untuk harta benda wakaf tidak bergerak berupa tanah.
- 2) Kepala Kantor Urusan Agama setempat dan/atau pejabat lain yang ditunjuk oleh Menteri Agama untuk harta benda wakaf bergerak selain uang.
- 3) Pejabat Lembaga Keuangan Syariah paling rendah setingkat Kepala Seksi Lembaga Keuangan Syariah yang ditunjuk oleh Menteri Agama untuk harta benda wakaf bergerak berupa uang.
- 4) Notaris yang memenuhi syarat sebagaimana ditetapkan oleh Menteri Agama untuk harta benda wakaf tidak bergerak dan bergerak.

Khusus mengenai kewenangan Notaris untuk membuat akta ikrar wakaf atau persyaratan Notaris sebagai PPAIW hingga saat ini belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur hal tersebut.

Pada tahap pertama, wakif menyatakan kehendaknya (ikrar wakaf) dihadapan PPAIW dengan dihadiri nazhir, *mauquf alaih*, dan sekurang-kurangnya dua orang saksi. Kemudian PPAIW menuangkan ikrar wakaf tersebut dalam bentuk Akta Ikrar Wakaf sesuai dengan jenis harta benda yang diwakafkan dan

⁴⁰ *Ibid.* Pasal 37.

ditandatangani oleh wakif, nazhir, *mauquf alaih*, dan PPAIW. Dalam hal *mauquf alaih* adalah masyarakat luas (publik) maka kehadiran dan tanda tangan *mauquf alaih* tersebut tidak diharuskan. Akta Ikrar Wakaf tersebut setidaknya memuat keterangan mengenai nama dan identitas wakif, nama dan identitas nazhir, nama dan identitas saksi-saksi, data dan keterangan harta benda wakaf, peruntukan harta benda wakaf (*mauquf alaih*) dan jangka waktu wakaf.⁴¹

Pada tahap kedua, tata cara pendaftaran harta benda wakaf dilaksanakan dengan cara menyampaikan salinan Akta Ikrar Wakaf kepada Kantor Pertanahan Kabupaten atau Kota dalam hal benda wakaf berupa tanah dan kepada instansi berwenang lainnya dalam hal benda wakaf berupa benda tidak bergerak selain tanah atau benda bergerak selain uang. Untuk harta benda wakaf berupa uang, Lembaga Keuangan Syariah Penerima Wakaf Uang atas nama nazhir mendaftarkan wakaf uang tersebut kepada Menteri Agama dengan tembusan ditujukan kepada Badan Wakaf Indonesia. Selanjutnya pengumuman harta benda wakaf dilaksanakan oleh PPAIW dengan cara menyampaikan Akta Ikrar Wakaf kepada Kantor Kementerian Agama dan Badan Wakaf Indonesia untuk dimuat dalam register umum wakaf yang tersedia pada Kantor Kementerian Agama dan Badan Wakaf Indonesia.⁴²

1.2.7. Tujuan Wakaf.

Ditentukan dalam Undang-Undang Wakaf bahwa wakaf berfungsi mewujudkan potensi dan manfaat ekonomis harta benda wakaf untuk kepentingan ibadah dan untuk memajukan kesejahteraan umum dengan cara memanfaatkan harta benda wakaf sesuai dengan ketentuan syariah.⁴³ Berdasarkan ketentuan tersebut

⁴¹ *Ibid.* Pasal 32 ayat (4).

⁴² *Ibid.* Pasal 44.

⁴³ Indonesia, *Undang-Undang tentang Wakaf*, No. 41 Tahun 2004, LN No. 159 Tahun 2004, TLN NO. 4459. Pasal 4 dan 5.

dapat disimpulkan bahwa peruntukan benda wakaf tidak semata-mata untuk kepentingan sarana ibadah dan sosial saja namun diarahkan pula untuk memajukan kesejahteraan umum dengan cara meningkatkan potensi dan manfaat ekonomi benda wakaf yang dikelola sesuai dengan prinsip manajemen dan ekonomi syariah. Pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf dilakukan secara produktif antara lain dengan cara pengumpulan, investasi, penanaman modal, produksi, kemitraan, perdagangan, agro bisnis, pertambangan, perindustrian, pengembangan teknologi, pembangunan gedung, apartemen, rumah susun, pasar swalayan, pertokoan, perkantoran, sarana pendidikan ataupun sarana kesehatan dan usaha-usaha yang tidak bertentangan dengan syariah.⁴⁴ Setelah dijabarkan tujuan wakaf, peruntukan, pengelolaan dan pengembangan harta wakaf tersebut dapat disimpulkan bahwa wakaf sangat dibutuhkan untuk meningkatkan kesejahteraan umat Islam

2. BADAN HUKUM WAKAF

2.1. Subyek Hukum.

2.1.1. Pengertian.

Menurut *Mochtar Kusumaatmaja* mengartikan hukum dalam artian yang luas, maka hukum itu tidak saja merupakan keseluruhan asas-asas dan kaidah-kaidah yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat, melainkan meliputi lembaga-lembaga dan proses-proses yang mewujudkan berlakunya kaidah-kaidah ini dalam kenyataan. Hal ini diperkuat lagi oleh *Cicero* yang mengatakan dimana ada masyarakat disana ada hukum.⁴⁵

Berdasarkan pendapat-pendapat tersebut dapat disimpulkan bahwa hukum hidup dan dibutuhkan oleh masyarakat, dimana

⁴⁴ *Ibid.* Penjelasan Pasal 43 ayat (2).

⁴⁵ Chaidir Ali, *Badan Hukum*, (Bandung: Penerbit Alumni, 1999), hal. 1.

hukum bukan hanya seperangkat aturan, tetapi termasuk juga didalamnya lembaga-lembaga dan proses-proses yang menyebabkan terjadinya kaidah-kaidah tersebut.

Sebagai bagian dari masyarakat, setiap orang adalah pendukung hak dalam artian bahwa setiap orang tersebut memiliki hak dan kewajiban, karenanya tiap-tiap orang disebut sebagai subyek hukum. Adapun yang dimaksud sebagai subyek hukum menurut *Prof Drs. C.S.T. Kansil, SH Christine S.T. Kansil, SH, MH*, subyek hukum ialah:

*Siapa yang dapat mempunyai hak dan cakap untuk bertindak di dalam hukum, atau dengan kata lain siapa yang cakap menurut hukum untuk mempunyai hak.*⁴⁶

2.1.2. Bentuk Badan Hukum.

Telah diketahui bahwa pengertian siapa yang mempunyai hak dan cakap untuk bertindak dalam hukum disamping mengarah kepada orang sebagai subyek hukum, juga dengan kondisi yang berkembang dalam masyarakat dewasa ini tidak hanya terbatas pada orang saja, tetapi ada hal lain yaitu yang disebut sebagai badan hukum (*rechts persoon*). Untuk lebih jelasnya lagi *Soenawir Soekowati* memberikan batasan subyek hukum sebagai berikut:

*Subyek hukum adalah manusia yang berkepribadian (legal personality) dan segala sesuatu yang berdasarkan tuntutan kebutuhan masyarakat oleh hukum diakui sebagai pendukung hak dan kewajiban.*⁴⁷

Berdasarkan uraian diatas dapat diketahui bahwa subyek hukum terdiri dari:

- a. *Natuurlijke persoon* yang disebut orang dalam bentuk manusia atau manusia pribadi.
- b. *Rechts persoon* yang disebut orang dalam bentuk badan hukum atau orang yang diciptakan hukum secara fiksi atau *persona ficta*.

⁴⁶ C.S.T. Kansil, Christine Kansil, *Pokok-Pokok Badan Hukum*, (Jakarta: Sinar Harapan, 2002), hal. 1.

⁴⁷ Chaidir Ali, *op.cit.*, hal. 7.

Badan hukum ini oleh hukum diberi status sebagai “*persoon*” yang mempunyai hak dan kewajiban. Badan hukum sebagai pembawa hak dapat melakukan atau bertindak sebagai pembawa hak manusia, yaitu dapat melakukan persetujuan-persetujuan memiliki kekayaan yang sama sekali terlepas dari kekayaan anggotanya.⁴⁸

Disamping kesamaan status yang dimiliki oleh badan hukum, ada juga perbedaannya jika dibandingkan dengan *persoon*, yaitu antara lain tidak dapat melakukan perkawinan, tidak dapat dihukum penjara (hanya hukuman administratif berupa denda). Badan hukum merupakan kumpulan dari manusia-manusia secara pribadi ataupun kumpulan dari badan hukum atau bahkan gabungan dari keduanya.

Menurut pendapat *E. Utrecht*, badan hukum (*rechts persoon*) yaitu badan yang menurut hukum berkuasa (berwenang) menjadi pendukung hak, selanjutnya dijelaskan bahwa badan hukum ialah setiap pendukung hak yang tidak berjiwa atau lebih tepat yang bukan manusia. Badan hukum sebagai gejala kemasyarakatan adalah suatu gejala riil, merupakan fakta benar-benar, dalam pergaulan hukum biarpun tidak berwujud manusia atau benda yang dibuat dari besi kayu dan sebagainya yang menjadi penting bagi hukum ialah badan hukum itu mempunyai kekayaan (*vermogen*) yang sama sekali terpisah dari hak kewajiban anggotanya.⁴⁹

R. Rochmat Soemitro mengemukakan badan hukum (*rechts persoon*) ialah suatu badan yang dapat mempunyai harta, hak serta kewajiban seperti orang pribadi.⁵⁰

⁴⁸ Kansil, *op. cit.*, hal. 8.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, hal. 2.

Sedangkan menurut *Sri Soedewi Maschun Sofwan* menerangkan bahwa manusia adalah badan pribadi (manusia tunggal). Selain dari manusia tunggal, dapat juga oleh hukum diberikan kedudukan sebagai badan pribadi kepada wujud lain, disebut badan hukum yaitu kumpulan dari orang-orang bersama mendirikan suatu badan (perkumpulan) dan kumpulan harta kekayaan, yang ditedirikan untuk tujuan tertentu (yayasan) kedua-duanya merupakan badan hukum.⁵¹

Menurut *R. Subekti*, badan hukum pada pokoknya adalah suatu badan atau perkumpulan yang dapat memiliki hak-hak dan melakukan perbuatan seperti manusia, serta memiliki kekayaan sendiri, dapat digugat atau menggugat di depan hakim.⁵²

Menurut *Purnadi Purbacaraka* dan *Agus Brotosusilo*, pengertian tentang badan hukum adalah suatu badan hukum yang memiliki harta kekayaan terlepas dari anggota-anggotanya, dianggap sebagai subyek hukum, mempunyai kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum, mempunyai tanggung jawab dan memiliki hak serta kewajiban-kewajiban seperti yang dimiliki oleh seseorang. Pribadi hukum ini memiliki kekayaan tersendiri, mempunyai pengurus atau pengelola dan dapat bertindak sendiri sebagai pihak dalam suatu perjanjian.⁵³

Wirjono Projodikoro mengemukakan pengertian suatu badan hukum yaitu badan yang disamping manusia perseorangan juga dianggap dapat bertindak dalam hukum dan yang mempunyai hak-hak kewajiban dan perhubungan hukum terhadap orang lain atau badan lain.⁵⁴

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid*, hal. 14.

⁵³ Chaidir Ali, *op. cit.*, hal. 11.

⁵⁴ *Ibid.*

Menurut *J.J. Dormeier* istilah badan hukum dapat diartikan sebagai berikut :

- b. Persetujuan orang-orang yang didalam pergaulan hukum bertindak selaku seorang saja.
- c. Yayasan, yaitu suatu harta atau kekayaan, yang dipergunakan untuk suatu maksud yang tertentu, yayasan itu diperlukan sebagai oknum.

Berdasarkan beberapa pendapat tersebut diatas dapat disimpulkan bahwa badan hukum adalah segala sesuatu yang berdasarkan tuntutan kebutuhan masyarakat oleh hukum diakui sebagai pendukung hak dan kewajiban. Badan hukum tersebut sebagai subyek hukum memiliki unsur-unsur antara lain:

1. Pendukung (memiliki) hak dan kewajiban.
2. Memiliki kekayaan tersendiri.
3. Suatu badan (kumpulan orang).
4. Dapat melakukan tindakan hukum.
5. Dapat digugat dan menggugat di depan Pengadilan.

Selain dapat diuraikan unsur-unsurnya sebagaimana tersebut di atas, bentuk badan hukum sendiri terbagi atas:

1. Badan hukum publik.
2. Badan hukum perdata.

Ad.1 Badan hukum publik (*public rechts person*) adalah badan hukum yang didirikan berdasarkan hukum publik atau yang menyangkut kepentingan publik atau orang banyak atau negara umumnya.

Badan hukum ini merupakan badan-badan negara dan mempunyai kekuasaan wilayah atau merupakan lembaga yang dibentuk oleh yang berkuasa berdasarkan perundang-undangan yang dijalankan secara fungsional oleh eksekutif atau pemerintah atau badan pengurus yang diberikan tugas untuk itu.

Contohnya antara lain:

- a. Negara Republik Indonesia, yang menjadi dasarnya ialah konstitusi tertulis dalam bentuk Undang-Undang Dasar, yang dalam menjalankan kekuasaan diberikan tugas kepada Presiden dan pembantu-pembantunya ialah para Menteri.
- b. Pemerintah Daerah Tingkat I dan II, Kecamatan yang dibentuk menurut Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 1975 dan Undang-undang lainnya.

Ad.2 Badan hukum privat ialah badan hukum yang didirikan berdasarkan hukum perdata, yang menyangkut kepentingan pribadi orang di dalam bentuk hukum itu. Badan hukum itu merupakan badan swasta yang didirikan oleh pribadi orang itu untuk tujuan tertentu yaitu mencari keuntungan, sosial, politik, kebudayaan, kesenian, olah raga, dan lain-lainnya, menurut hukum yang berlaku secara sah.

Contohnya antara lain:

- a. Perseroan Terbatas (PT) didirikan oleh pesero-pesero untuk mencari keuntungan dan kekayaan yang dalam kegiatan pelaksanaan dilakukan oleh Direksi, pengaturannya dilakukan berdasarkan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.
- b. Koperasi yang didirikan oleh para anggotanya untuk tujuan kesejahteraan bersama para anggota dengan sistem kekeluargaan dan usaha bersama dengan kepribadian yang diatur dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 1992 tentang Koperasi dan dalam pelaksanaan kegiatannya dilakukan oleh pengurus.

c. Yayasan yang diatur dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2001 tentang Yayasan.

Pembagian badan hukum berdasarkan sifatnya terbagi atas 2 (dua), yaitu:

- 1) Korporasi (*corporate*).
- 2) Yayasan.

Menurut *Utrecht* yang dimaksud dengan korporasi ialah suatu gabungan orang yang dalam pergaulan hukum bertindak bersama-sama sebagai suatu subyek hukum sendiri. Korporasi adalah badan hukum yang beranggotakan tetapi mempunyai hak dan kewajiban sendiri yang terpisah dari hak dan kewajiban anggotanya masing-masing.

Sedangkan yang dimaksud dengan yayasan ialah tiap kekayaan yang tidak merupakan kekayaan orang atau kekayaan badan dan yang diberi tujuan tertentu. Dalam pergaulan hukum, yayasan itu bertindak sebagai pendukung hak dan kewajiban tersendiri.

Perbedaan mendasar antara keduanya ialah yayasan itu menjadi badan hukum tanpa anggota, tetapi yayasan mempunyai pengurus yang mengurus kekayaan dan penyelenggaraan tujuannya.

2.2. Yayasan Sebagai Badan Hukum Wakaf.

Wakaf identik dengan Yayasan, hal tersebut dapat disimpulkan dari kesamaan antara keduanya sebagaimana dijabarkan dalam pengertian keduanya bahwa pada wakaf terdapat unsur-unsur seperti yang terdapat pada Yayasan antara lain:⁵⁵

1. Adanya harta kekayaan yang dipisahkan dari pemiliknya semula.
2. Memiliki tujuan tertentu, baik tujuan yang bersifat keagamaan, maupun sosial dan kemanusiaan.

⁵⁵ Chatamarrasjid Ais, *Badan Hukum Yayasan (Suatu Analisa Mengenai Yayasan Sebagai Suatu Badan Hukum Sosial)*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2002), hal. 145.

3. Memiliki organisasi untuk menyelenggarakan lembaga yang didirikan.

Kemudian hubungan antara Wakaf dengan Yayasan juga dapat dilihat dari ketentuan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2001 tentang Yayasan (untuk selanjutnya disebut “*Undang-Undang Yayasan*”) dimana terdapat beberapa pasal yang menyebutkan perihal wakaf, antara lain Pasal 15 ayat (3) Undang-Undang Yayasan yang berbunyi:

(3) Dalam hal kekayaan Yayasan berasal dari wakaf, kata “wakaf” dapat ditambahkan setelah kata “Yayasan”.

Selanjutnya perihal wakaf terdapat juga dalam Pasal 26 Undang-Undang Yayasan yang berbunyi:

- (1) Kekayaan Yayasan berasal dari sejumlah kekayaan yang dipisahkan dalam bentuk uang atau barang.*
- (2) Selain kekayaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), kekayaan Yayasan dapat diperoleh dari :*
 - a. Sumbangan atau bantuan yang tidak mengikat;*
 - b. Wakaf;*
 - c. Hibah;*
 - d. Hibah wasiat;*
 - e. Perolehan lain yang tidak bertentangan dengan anggaran dasar Yayasan dan/atau peraturan perundang-undangan yang berlaku.*
- (3) Dalam hal Kekayaan Yayasan berasal dari wakaf, maka berlaku ketentuan hukum perwakafan.*
- (4) Kekayaan Yayasan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) dipergunakan untuk mencapai maksud dan tujuan Yayasan.*

Selanjutnya perihal wakaf terdapat juga dalam Pasal 52 ayat (2) Undang-Undang Yayasan yang berbunyi:

- (2) Ikhtisar laporan tahunan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) wajib diumumkan dalam surat kabar harian berbahasa Indonesia bagi Yayasan yang:*
 - a. memperoleh bantuan Negara, bantuan luar negeri, atau pihak lain sebesar Rp. 500.000.000,00 (limaratusjuta rupiah) atau lebih; atau*
 - b. mempunyai kekayaan di luar harta wakaf sebesar Rp. 20.000.000.000,00 (duapuluh miliar rupiah) atau lebih.*

Sehubungan dengan ketentuan dalam Pasal 26 ayat (3) Undang-Undang Yayasan diatas, yang menyatakan bahwa untuk harta wakaf berlaku ketentuan hukum perwakafan, berarti harta wakaf tidak termasuk dalam harta pailit. Hal ini disebabkan harta wakaf merupakan harta atau benda di luar perdagangan yang tidak dapat dijadikan objek agunan dan oleh karena itu tidak dapat disita atau dieksekusi.

2.2.1. Pengertian Yayasan.

Ketentuan mengenai yayasan diatur dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2001 tentang Yayasan (untuk selanjutnya disebut “*Undang-Undang Yayasan*”) yang telah diamandemen dengan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Yayasan, perubahan mana hanya bersifat teknis berkaitan dengan kegiatan usaha dan kekayaan Yayasan untuk mencapai maksud dan tujuan Yayasan itu sendiri, pengesahan status badan hukum Yayasan, perubahan pengurus dan pengawas Yayasan, penggabungan dan hasil akhir dari pembubaran Yayasan, jangka waktu yang diberikan kepada Yayasan yang telah berdiri sebelum adanya Undang-Undang Yayasan, dan ikhtisar laporan tahunan Yayasan.

Sebelum menelaah lebih lanjut mengenai yayasan, kita perhatikan pengertian-pengertian tentang yayasan dari beberapa sumber sebagai bahan perbandingan. Adapun pengertian yayasan tersebut adalah sebagai berikut:

“Permanent fund established and maintained by contribution for charitable, educational, religious, research or other benevolent purposes. In institution or association given to rendering financial aid to colleges, school, hospital, and charities and generally supported by gifts for such purposes. The founding or building of a college or hospital.

The incorporation or endowment of a college or hospital is the foundation; and he who endows it with land or other property is the founder”⁵⁶

⁵⁶ Hendry Campbell Black, MA, *Black’s Law Dictionary*, Cet. 2, (ST. Paul Minestotta USA, West Publishing Co.), hal. 45.

(Dana permanen yang diadakan dan dikelola dari pemberian orang dengan maksud digunakan untuk amal, pendidikan, kegiatan religius, riset atau tujuan-tujuan berguna lainnya. Dana dapat diberikan kepada atau dalam sebuah institusi atau asosiasi untuk member bantuan keuangan pada perguruan tinggi, sekolah, rumah sakit, dan kegiatan amal. Pendiri atau pembangun perguruan tinggi atau rumah sakit.

Pengelolaan dari donasi dalam pembangunan perguruan tinggi atau rumah sakit dilakukan oleh yayasan, sementara pihak yang memberi donasi dalam bentuk tanah atau properti lainnya adalah pendiri.)⁵⁷

Dari pengertian di atas dapat diketahui adanya dana yang berkesinambungan dan tetap melalui sumbangan yang digunakan untuk kegiatan amal, pendidikan, keagamaan, riset dan kegunaan lainnya.

Sedangkan dalam NBW Buku III title 5 Pasal 285 ayat 1 berbunyi:

“Een stichting is een door rechts handling in let leven geroepen rechtspersoon, welke geen leden kent en be orgt met behulp van een da artoe bestemd vermogen een in de statuden vermeld doel te verwezenlijken”

(Yayasan adalah badan hukum yang lahir karena suatu perbuatan hukum, yang tidak mempunyai anggota dan bertujuan untuk melaksanakan tujuan yang tertera dalam statistik yayasan dengan dana yang dibutuhkan untuk itu).⁵⁸

Berdasarkan batasan-batasan tentang Yayasan tersebut di atas dapat disimpulkan adanya harta atau kekayaan sendiri, adanya pengurus dan tujuan tertentu yang hendak dicapai dan tidak mencari keuntungan. Adapun yang dimaksud dengan Yayasan dalam Pasal 1 Undang-Undang Yayasan, yaitu:

“Yayasan adalah badan hukum yang terdiri atas kekayaan yang dipisahkan dan diperuntukkan untuk mencapai tujuan

⁵⁷ Terjemahan bebas penulis.

⁵⁸ Chatamarrasjid Ais, *Tujuan Sosial Yayasan dan Kegiatan Usaha Bertujuan Laba*, (Bandung: Citra Ditya Bakti, 2001), hal. 6.

tertentu di bidang sosial keagamaan dan kemanusiaan, yang tidak mempunyai anggota”.

Dari pengertian tersebut Yayasan memiliki unsur-unsur yaitu suatu subyek hukum (badan hukum), memiliki kekayaan yang dipisahkan (tersendiri), memiliki maksud dan tujuan tertentu.

2.2.2. Organ Yayasan.

Sebagai badan hukum, yayasan mempunyai suatu badan yang membentuk kehendaknya dengan perantara alat-alat atau organ-organ badan tersebut. Di sini tampaklah bahwa sebagai sebuah organisasi dalam hukum segala tindakan dari yayasan diwakilkan oleh organ-organ pengurusnya, apa yang diputuskan oleh organ tersebut adalah keputusan dari yayasan itu.

Yayasan sebagai organisme dalam hukum, dalam kegiatan rutin maupun tertentu yayasan dibina, diurus, dan diawasi oleh organ yayasan. Adapun sesuai ketentuan Pasal 2 Undang-Undang Yayasan menyebutkan:

“Yayasan mempunyai organ yang terdiri atas Pembina, Pengurus, dan Pengawas”

Berbeda dengan manusia yang dapat bertindak sendiri, Yayasan sekalipun sebagai badan hukum merupakan subyek hukum mandiri, pada dasarnya adalah “orang ciptaan hukum” yang hanya dapat melakukan perbuatan hukum dengan perantaraan manusia selaku wakilnya. Ketergantungan Yayasan pada seorang wakil dalam melakukan perbuatan hukum menjadi sebab mengapa Yayasan mempunyai organ yang terdiri atas Pembina, Pengurus dan Pengawas.

2.2.2.1. Pembina.

Pembina dalam yayasan memiliki kedudukan tertinggi sebagaimana ditentukan dalam Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Yayasan yang berbunyi:

“Pembina adalah organ Yayasan yang mempunyai kewenangan yang tidak diserahkan kepada Pengurus atau

Pengawas oleh undang-undang ini atau Anggaran Dasar.”

Anggota Pembina diangkat dari orang-perseorangan yang adalah pendiri Yayasan dan/atau mereka yang berdasarkan rapat anggota Pembina dinilai mempunyai dedikasi yang tinggi untuk mencapai maksud dan tujuan Yayasan.⁵⁹

2.2.2.2. Pengurus.

Pengurus adalah organ dalam yayasan yang melaksanakan kegiatan atau pengurusan yayasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 31 ayat (1) Undang-Undang Yayasan. Adapun dalam menjalankan kegiatan atau pengurusan Yayasan, organ pengurus terdiri atas sekurang-kurangnya seorang ketua, seorang sekretaris, dan seorang bendahara.

2.2.2.3. Pengawas.

Pengawas adalah organ dalam yayasan yang diberikan tugas untuk melaksanakan pengawasan serta memberi nasihat kepada pengurus dalam menjalankan kegiatan yayasan sebagaimana diatur dalam Pasal 40 Undang-Undang Yayasan.

2.2.2.4. Kewenangan Organ Yayasan.

Kewenangan yang diberikan kepada Pembina adalah kewenangan yang besar, karena pada umumnya Pembina adalah pendiri yayasan tersebut, walaupun ada kemungkinan pembina dapat diangkat oleh rapat pembina jika calon pembina tersebut dinilai mempunyai dedikasi yang tinggi untuk mencapai maksud dan tujuan yayasan sesuai ketentuan Pasal 28 ayat (3) Undang-Undang Yayasan. Kewenangan yang besar tersebut sesuai

⁵⁹ Chatamarrasjid Ais, *Badan Hukum Yayasan (Suatu Analisis Mengenai Yayasan Sebagai Suatu Badan Hukum Sosial)*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2002), hal. 7.

ketentuan Pasal 28 ayat (2) Undang-Undang Yayasan berbunyi:

“Kewenangan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) meliputi :

- a. keputusan mengenai perubahan Anggaran Dasar.*
- b. pengangkatan dan pemberhentian anggota Pengurus dan anggota Pengawas.*
- c. penetapan kebijakan umum Yayasan berdasarkan Anggaran Dasar Yayasan.*
- d. pengesahan program kerja dan rancangan anggaran tahunan Yayasan; dan*
- e. penetapan keputusan mengenai penggabungan atau pembubaran Yayasan.”*

Memperhatikan rincian kewenangan tersebut di atas tampak seperti segalanya ditentukan dan diatur oleh pembina. Namun jika dicermati ketentuan Pasal 28 ayat (1) tersebut di atas kewenangan tersebut hanya kewenangan yang tidak diserahkan kepada pengurus atau pengawas. Sehingga disamping kewenangan pembina ternyata ada juga kewenangan pengurus dan pengawas, jadi walaupun pembina mengangkat pengurus dan pengawas, namun pembina tidak boleh mencampuri urusan pengurus dan pengawas, hal ini dipertegas kembali dalam ketentuan Pasal 29 Undang-Undang Yayasan yang berbunyi:

“Anggota Pembina tidak boleh merangkap sebagai anggota Pengurus dan/atau anggota Pengawas”

Pembina menilai tindakan pengurus dalam menjalankan kegiatannya mengurus yayasan dan penyelenggaraan tujuannya.

Undang-Undang Yayasan menegaskan bahwa kepengurusan Yayasan dilakukan oleh Pengurus dan

bahwa Pengurus yang berhak mewakili Yayasan baik di dalam maupun di luar Pengadilan. Dengan demikian Pengurus mempunyai tugas dan kewenangan ganda yaitu melaksanakan kepengurusan dan perwakilan Yayasan. Kedua tugas dan kewenangan tersebut harus dilaksanakan semata-mata untuk kepentingan dan tujuan Yayasan.

Kewenangan pengawasan yang dimiliki oleh Pengawas Yayasan wajib dilaksanakan dengan itikad baik dan penuh tanggung jawab untuk kepentingan Yayasan yang tidak lain adalah pencapaian maksud dan tujuan Yayasan.

2.2.3. Tujuan Yayasan.

Yayasan adalah suatu badan hukum yang mempunyai maksud dan tujuan bersifat sosial, keagamaan dan kemanusiaan.⁶⁰ Dilihat dari tujuan tersebut menjadikan yayasan sebagai badan hukum yang mendekati kesamaannya dengan wakaf sebagai lembaga yang bertujuan dibidang sosial dan keagamaan. Oleh karena kesesuaian tersebut maka pengaturan mengenai badan hukum sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Wakaf lebih cenderung merujuk pada bentuk yayasan.

2.2.4. Status Badan Hukum Yayasan.

Status badan hukum (*recht persoon*) yayasan sudah sejak lama diakui dan tidak diragukan walaupun belum ada peraturan perundangan yang mengaturnya. Dalam lalu lintas hukum sehari-hari Yayasan diperlakukan sebagai *legal entity*.⁶¹

Yayasan sebagai badan hukum telah diterima di Belanda dalam suatu yurisprudensi Tahun 1882 *Hoge Raad*, yang merupakan badan peradilan tertinggi di negeri Belanda berpendapat bahwa Yayasan sebagai badan hukum adalah sah

⁶⁰ Indonesia, *Undang-Undang Tentang Yayasan*, No. 16 Tahun 2001. LN No. 112 Tahun 2001, TLN NO. 4132. Bab Penjelasan.

⁶¹ Setiawan, *Tiga Aspek Yayasan*, Varia Peradilan Tahun V, No. 55, April 1995, hal.112.

menurut hukum dan karenanya dapat didirikan. Pendapat *Hoge Raad* tersebut diikuti oleh *Hoode Gerech Shof* di Hindia Belanda (sekarang Indonesia) dalam putusannya dari tahun 1889.⁶²

Kendati di Indonesia belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai yayasan, beberapa ahli hukum Indonesia antara lain *Prof. Subekti* dan *Prof. Wirjono Prodjodikoro* berpendapat bahwa Yayasan merupakan badan hukum.

Prof. Subekti menyatakan bahwa Yayasan adalah suatu badan hukum dibawah pimpinan suatu badan pengurus dengan tujuan sosial dan tujuan yang legal. Sedangkan *Prof. Wirjono Prodjodikoro* dalam bukunya berjudul “*Hukum Perdata Tentang Persetujuan-Persetujuan Tertentu*”, berpendapat bahwa Yayasan adalah badan hukum. Dasar suatu Yayasan sebagai badan hukum adalah adanya suatu harta benda kekayaan yang dengan kemauan memiliki ditetapkan guna mencapai suatu tujuan tertentu. Pengurus yayasan juga ditetapkan oleh pendiri Yayasan itu. Pendiri dapat mengadakan peraturan untuk mengisi lowongan dalam pengurus. Sebagai badan hukum yang dapat turut serta dalam pergaulan hidup di masyarakat, artinya dapat melakukan perbuatan jual-beli, sewa-menyewa dan lain-lain dengan mempunyai kekayaan terpisah dari barang-barang, kekayaan orang-orang yang mengurus Yayasan itu.⁶³

Yayasan dipandang sebagai subyek hukum karena memenuhi hal-hal sebagai berikut:⁶⁴

- a. Yayasan adalah perkumpulan orang.
- b. Yayasan dapat melakukan perbuatan hukum dalam hubungan hukum.

⁶² Arie Kusumastuti Maria Suhardiadi, *Hukum Yayasan di Indonesia Berdasarkan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 16 Tahun 2001 Tentang Yayasan*, (Jakarta: Indonesia Center Publishing), hal. 18.

⁶³ Arie Kusumastuti Suhardiadi, *op. cit*, hal. 18.

⁶⁴ Hisbullah Syawie, *Aspek-aspek Hukum Mengenai Yayasan di Indonesia*, Varia Peradilan, Tahun IX, No. 98 November 1993, hal. 89.

- c. Yayasan mempunyai harta kekayaan sendiri.
- d. Yayasan mempunyai pengurus.
- e. Yayasan mempunyai maksud dan tujuan.
- f. Yayasan mempunyai kedudukan hukum (domisili) tempat.
- g. Yayasan dapat digugat atau menggugat di muka pengadilan.

Sehingga dari unsur-unsur yang tersebut di atas dapat diberikan suatu kesimpulan bahwa Yayasan memenuhi syarat sebagai badan hukum dimana Yayasan memiliki harta kekayaan sendiri, dapat melakukan perbuatan hukum dalam hubungan hukum, memiliki maksud dan tujuan serta unsur-unsur lainnya sehingga Yayasan dipersamakan statusnya dengan orang-perorangan.

Pendirian Yayasan di Indonesia sebelum diterbitkannya Undang-Undang Yayasan, hanya berdasarkan atas kebiasaan dalam masyarakat dan yurisprudensi Mahkamah Agung, karena belum ada peraturan perundang-undangan yang mengaturnya. Fakta menunjukkan kecenderungan masyarakat mendirikan Yayasan dengan maksud berlindung dibalik status hukum Yayasan, yang tidak hanya digunakan sebagai wadah mengembangkan kegiatan sosial, keagamaan, kemanusiaan, melainkan juga adakalanya bertujuan untuk memperkaya pada pendiri, pengurus dan pengawas.⁶⁵

Akibat tidak adanya suatu aturan perundang-undangan yang mengatur tentang yayasan maka sering terjadi ketidakpahaman tentang pengertian yayasan, maksud dan tujuan pendirian yayasan sehingga hal ini sering kali menimbulkan perselisihan diantara para pembina dan pengurus yayasan.

Untuk menghindari hal tersebut oleh pemerintah kemudian diterbitkan Undang-Undang Yayasan. Undang-Undang ini diharapkan dapat memberikan pengertian serta pemahaman yang

⁶⁵ Indonesia, *Undang-Undang Tentang Yayasan*, No. 16 Tahun 2001. LN No. 112 Tahun 2001, TLN NO. 4132. Bab Penjelasan.

benar tentang yayasan juga untuk menjamin kepastian hukum serta untuk mengembalikan fungsi yayasan sebagai pranata hukum dalam rangka mencapai tujuan tertentu di bidang sosial, keagamaan dan kemanusiaan.

Pendirian Yayasan dilaksanakan sesuai ketentuan Pasal 9 ayat 1 (satu) dan 2 (dua) Undang-Undang Yayasan yang berbunyi:

- 1) *Yayasan didirikan oleh 1 (satu) orang atau lebih dengan memisahkan sebagian harta kekayaan pendirinya, sebagai kekayaan awal.*
- 2) *Pendirian Yayasan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan dengan akta notaris dan dibuat dalam bahasa Indonesia.*

Guna mendapatkan status badan hukum sebuah Yayasan harus melalui proses pengesahan oleh Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia seperti yang tercantum dalam Pasal 11 ayat 1 (satu) Undang-Undang Yayasan yang berbunyi:

- 1) *Yayasan memperoleh status badan hukum setelah akta pendirian Yayasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (2) memperoleh pengesahan dari Menteri.*

Sedangkan bagi Yayasan yang telah didirikan sebelum berlakunya Undang-Undang Yayasan, sesuai dengan yurisprudensi dan doktrin karena hukum adalah badan hukum, berdasarkan peraturan peralihan sebagaimana disebutkan di dalam Pasal 71 ayat 1 (satu) Undang-Undang Yayasan *juncto* Pasal 71 ayat 1 (satu) Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Yayasan, maka sejak berlakunya Undang-Undang Yayasan yaitu tanggal 06-08-2002 (enam Agustus duaribu dua) akan ada Yayasan yang diakui sebagai badan hukum dan Yayasan yang tidak diakui sebagai badan hukum. Pengakuan sebagai badan hukum atau tidak diakui sebagai badan hukum membawa akibat yuridis yang penting bagi Yayasan yang telah ada sebelum berlakunya Undang-Undang Yayasan.

Yayasan yang tetap diakui sebagai badan hukum pada saat Undang-Undang Yayasan berlaku adalah Yayasan yang telah:⁶⁶

- a. Didaftarkan di Pengadilan Negeri dan diumumkan dalam Tambahan Berita Negara Republik Indonesia; atau
- b. Didaftarkan di Pengadilan Negeri dan mempunyai izin melakukan kegiatan dari instansi terkait.

Bagi Yayasan yang memenuhi persyaratan tersebut diatas, tetap diakui sebagai badan hukum dengan ketentuan:⁶⁷

1. Dalam waktu paling lambat tiga tahun (setelah adanya amandemen Undang-Undang Yayasan, awalnya lima tahun sejak berlakunya Undang-Undang Yayasan) sejak mulai berlakunya Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Yayasan, Yayasan tersebut wajib menyesuaikan anggaran dasarnya dengan ketentuan Undang-Undang tersebut; dan
2. Wajib memberitahukan kepada Menteri paling lambat 1 (satu) tahun setelah pelaksanaan penyesuaian (Pasal 71 ayat (3) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Yayasan).

Sanksi yang diberikan apabila Yayasan dalam waktu tiga tahun (awalnya lima tahun) tidak menyesuaikan anggaran dasarnya, maka Yayasan tersebut tidak dapat menggunakan kata “Yayasan” di depan namanya dan dapat dibubarkan berdasarkan putusan pengadilan atas permohonan kejaksaan atau pihak yang berkepentingan.

Bagi Yayasan yang tidak memenuhi persyaratan dan ketentuan diatas berakibat bahwa Yayasan tersebut demi hukum bukan badan hukum lagi. Hal tersebut secara penafsiran *a contrario* menyebabkan Yayasan tersebut bubar demi hukum.

⁶⁶ Herlien Budiono, *Kumpulan tulisan hukum perdata dibidang Kenotariatan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2007), hal. 65.

⁶⁷ *Ibid*, hal. 66.

Dengan demikian tidak ada kemungkinan untuk “memperbaiki” lagi Yayasan yang telah hilang kewenangannya sebagai badan hukum. Satu-satunya jalan adalah Yayasan yang telah bubar tersebut dilakukan likuidasi.

3. PERAN NOTARIS

3.1. Notaris Selaku Pejabat Umum.

3.1.1. Pengertian Notaris.

Pengertian Notaris dapat dilihat dalam peraturan perundang-undangan tersendiri, yaitu dalam Pasal 1 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris (untuk selanjutnya disebut “Undang-Undang Jabatan Notaris”), yang menyatakan bahwa:

"Notaris adalah pejabat umum yang berwenang untuk membuat akta otentik dan kewenangan lainnya sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang ini."

Undang-Undang Jabatan Notaris tidak memberikan batasan atau definisi mengenai pejabat umum. Istilah pejabat umum merupakan terjemahan dari istilah *openbare ambtenaren*, diartikan sebagai pejabat yang disertai tugas untuk membuat akta otentik yang melayani kepentingan publik, dan kualifikasi seperti itu diberikan kepada Notaris, sebagaimana tercantum dalam ketentuan Pasal 1 Peraturan Jabatan Notaris menyebutkan bahwa:⁶⁸

De notarissen zijn openbare ambtenaren, uitsluitend bevoegd, om authentieke akten op te maken wegens alle andelingen, overeenkomsten en beschikkingen, waarvan eene algemeene verordening gebiedt of de belanghebbenden verlangen, dat bij authentiek geschrift bekijken zal, daarvan de dagtekening te verzekeren, de akten in bewaring te houden en daarvan grossen, afschriften en uittreksels uit te geven; alles voorzoover het opmaken dier akten door eene algemeene verordening niet

⁶⁸ Habib Adjie, *Sanksi Perdata dan Administratif Terhadap Notaris Sebagai Pejabat Publik*, (Bandung: Refika Aditama, 2008), hal. 27.

ook aan andere ambtenaren of personen opgedragen of voor hebehouden is.

(Notaris adalah pejabat umum yang satu-satunya berwenang untuk membuat akta otentik mengenai semua perbuatan, perjanjian dan penetapan yang diharuskan oleh suatu peraturan umum atau oleh yang berkepentingan dikehendaki untuk dinyatakan dalam suatu akta otentik, menjamin kepastian tanggalnya, menyimpan aktanya dan memberikan grosse, salinan dan kutipannya, semuanya sepanjang pembuatan akta itu oleh suatu peraturan umum tidak juga ditugaskan atau dikecualikan kepada pejabat lain atau orang lain).

Notaris berwenang membuat akta otentik sepanjang dikehendaki oleh para pihak atau menurut aturan hukum wajib dibuat dalam bentuk akta otentik, diartikan juga bahwa Notaris berdasarkan ketentuan Undang-Undang Jabatan Notaris memiliki wewenang menciptakan alat pembuktian yang sempurna, dalam pengertian bahwa apa yang tersebut dalam akta otentik itu harus dianggap benar dan tidak perlu lagi diadakan pembuktian terhadap kebenarannya.

3.1.2. Dasar Hukum.

Ketentuan tentang jabatan Notaris di Indonesia pertama kali diatur dalam *Instructie voor de Notarissen Residenderende in Netherlands Indie* dengan Staatblaad 1822:11, yang dikeluarkan pada 7 Maret 1822.⁶⁹ Kemudian Pemerintah Hindia Belanda pada 1 Juli tahun 1860 mengeluarkan *Regelement op Het Notaris-Ambt in Indonesië* (Staatblad 1860:3), *Ordonantie* 16 September 1931 tentang Honorium Notaris. Setelah Indonesia merdeka, Pemerintah Republik Indonesia mengeluarkan berbagai aturan hukum sehubungan dengan Jabatan Notaris antara lain:

1. Peraturan Pemerintah Nomor 11 Tahun 1949 tentang Sumpah/Janji Jabatan Notaris;
2. Surat Edaran Menteri Kehakiman Republik Indonesia Serikat Nomor JZ/171/4.BN50-53, tanggal 22 Mei 1950 tentang

⁶⁹ G.H.S. Lumban Tobing, *Peraturan Jabatan Notaris*, (Jakarta: Erlangga, 1999), hal. 37.

- Sumpah/Janji untuk Notaris yang diangkat di wilayah Jakarta dapat dilakukan dihadapan Ketua Pengadilan Jakarta;
3. Undang-Undang Nomor 33 Tahun 1954 tentang Wakil-Notaris dan Wakil-Notaris Sementara (Lembaran Negara 1954 – 101);
 4. Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 1984 tentang Tata Cara Pengawasan Terhadap Notaris;
 5. Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia dan Menteri Kehakiman Republik Indonesia Nomor KMA/006/SKB/VII/1987, Nomor M.04-PR.08.05 Tahun 1987 tentang Tata Cara Pengawasan, Penindakan dan Pembelaan Diri Notaris;
 6. Keputusan Menteri Kehakiman Republik Indonesia Nomor M.04-HT.03.10 Tahun 1998 tentang Pembinaan Notaris;
 7. Keputusan Menteri Kehakiman Republik Indonesia Nomor M.05-HT.03.10 Tahun 1998 tentang Pengangkatan dan Perpindahan Wilayah Kerja Notaris;
 8. Pasal 54 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum.

Sesuai dengan perkembangan dan kebutuhan hukum masyarakat di Indonesia maka ditetapkan Undang-Undang Jabatan Notaris, yang juga berfungsi sebagai panduan bagi Notaris di Indonesia dalam menjalankan jabatannya.

Undang-Undang Jabatan Notaris terdiri dari 13 (tiga belas) bab dan 92 (sembilan puluh dua) pasal, dengan rincian sebagai berikut:

- bab I. Ketentuan Umum (Pasal 1);
- bab II. Pengangkatan dan Pemberhentian Notaris (Pasal 2 - 14);
- bab III. Kewenangan, Kewajiban dan Larangan (Pasal 15 - 17);
- bab IV. Tempat Kedudukan, Formasi dan Wilayah Jabatan Notaris (Pasal 18 - 24);
- bab V. Cuti Notaris dan Notaris Pengganti (Pasal 25 ~ 35);

- bab VI.Honorarium (Pasal 36 - 37);
 bab VII.Akta Notaris (Pasal 38 - 65);
 bab VIII.Pengambilan Minuta Akta dan Pemanggilan Notaris
 (Pasal 66);
 bab IX.Pengawasan (Pasal 67 - 81);
 bab X.Organisasi Notaris (Pasal 82, 83);
 bab XI.Ketentuan Sanksi (Pasal 84, 85);
 bab XII.Ketentuan Peralihan (Pasal 86 - 90);
 bab XIII.Ketentuan Pentutup (Pasal 91, 92).

3.2. Kewenangan Notaris.

Wewenang merupakan suatu tindakan hukum yang diatur dan diberikan kepada suatu jabatan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang mengatur jabatan yang bersangkutan.⁷⁰

Pengertian wewenang menurut kamus bahasa Indonesia dapat dijabarkan sebagai berikut:

Wewenang adalah:⁷¹

1. Hak dan kekuasaan untuk bertindak; Kewenangan.
2. Kekuasaan membuat keputusan, memerintah, dan melimpahkan tanggung jawab kepada orang (pihak) lain.

Wewenang adalah:⁷²

1. Hak dan kekuasaan untuk bertindak; Kewenangan.
2. Kekuasaan membuat keputusan, memerintah, dan melimpahkan tanggung jawab kepada orang (pihak) lain.
3. Hak fungsi yang boleh tidak dilaksanakan.

Kewenangan adalah:⁷³

1. Hal berwenang.
2. Hak dan kekuasaan yang dipunyai untuk melakukan sesuatu.

⁷⁰ Habib Adjie, *Sanksi Perdata dan Administratif Terhadap Notaris Sebagai Pejabat Publik*, (Bandung: Refika Aditama, 2008), hal.33.

⁷¹ Peter Salim, Yenny Salim, *Kamus Bahasa Indonesia Kontemporer*, (Jakarta: Modern English Press, 1991), hal.1719.

⁷² Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Ketiga*, (Jakarta: Balai Pustaka, 2001), hal.1272.

⁷³ Ibid.

Setiap wewenang ada batasannya sebagaimana tercantum dalam peraturan perundang-undangan yang mengaturnya. Hal tersebut berlaku pula terhadap kewenangan yang diberikan kepada Notaris terbatas sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang Jabatan Notaris.

Wewenang yang diperoleh suatu Jabatan mempunyai sumber asalnya. Dalam Hukum Administrasi, wewenang dapat diperoleh secara *Atribusi* yaitu pemberian wewenang yang baru kepada suatu jabatan berdasarkan suatu peraturan perundang-undangan atau aturan hukum, secara *Delegasi* yaitu pemindahan atau pengalihan wewenang yang ada berdasarkan suatu peraturan perundang-undangan atau aturan hukum, atau secara *Mandat* yaitu berdasarkan suatu kebutuhan atau keadaan sehingga wewenang tersebut diberikan untuk suatu hal atau jangka waktu tertentu. Notaris sebagai Pejabat Umum memperoleh wewenang secara Atribusi, karena wewenang tersebut diciptakan dan diberikan oleh Undang-Undang Jabatan Notaris.⁷⁴

Notaris selaku pejabat umum mempunyai beberapa wewenang sebagaimana diatur dalam Pasal 15 Undang-Undang Jabatan Notaris. Wewenang-wewenang tersebut antara lain:

- 1) membuat akta otentik mengenai semua perbuatan, perjanjian dan ketetapan yang diharuskan oleh peraturan perundang-undangan dan/atau yang dikehendaki oleh yang berkepentingan untuk dinyatakan dalam akta otentik, menjamin kepastian tanggal pembuatan akta, menyimpan akta, memberikan grosse salinan dan kutipan akta, sepanjang pembuatan akta-akta itu tidak dilimpahkan atau didelegasikan kepada pejabat lain atau orang lain yang ditetapkan oleh Undang-Undang;
- 2) mengesahkan tanda tangan dan menetapkan kepastian tanggal surat di bawah tangan dengan mendaftar dalam buku khusus;

⁷⁴ Habib Adjie, *Hukum Notaris Indoensia, Tafsiran Tematik Terhadap UU No.3 Tahun 2004 Tentang Jabatan Notaris*, (Bandung: Refika Aditama, 2008), Hal. 77-78.

- 3) membukukan surat-surat di bawah tangan dengan mendaftarkan dalam buku khusus;
- 4) membuat fotokopi dari asli surat-surat dibawah tangan berupa salinan yang memuat uraian sebagaimana ditulis dan digambarkan dalam surat yang bersangkutan;
- 5) melakukan pengesahan kesamaan fotokopi dengan surat aslinya;
- 6) memberikan penyuluhan hukum sehubungan dengan pembuatan akta;
- 7) membuat akta yang berkaitan dengan pertanahan; atau
- 8) membuat akta risalah lelang.

Selain wewenang-wewenang tersebut di atas, Notaris mempunyai wewenang lain yang diatur dalam peraturan perundang-undangan.⁷⁵

Kewenangan yang dimaksud dalam Pasal 15 ayat (3) Undang-Undang Jabatan Notaris dengan kewenangan yang akan ditentukan kemudian adalah wewenang yang berdasarkan aturan hukum lain yang akan datang kemudian (*ius constituendum*).⁷⁶ Sebagai contoh hal tersebut dapat diperhatikan ketentuan Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas yang menyebutkan bahwa:

(1) Perseroan didirikan oleh 2 (dua) orang atau lebih dengan akta notaris yang dibuat dalam bahasa Indonesia.

Berdasarkan ketentuan tersebut maka Notaris memiliki wewenang untuk membuat akta perseroan.

Wewenang notaris yang akan ditentukan kemudian, merupakan wewenang yang akan ditentukan berdasarkan peraturan perundang-undangan. Batasan mengenai apa yang dimaksud dengan peraturan perundang-undangan ini dapat dilihat dalam Pasal 1 angka 2 Undang-

⁷⁵ Indonesia, *Undang-Undang Tentang Jabatan Notaris*. No. 30 Tahun 2004. LN No. 117 Tahun 2004, TLN NO. 4432. Pasal 15 ayat (3).

⁷⁶ Habib Adjie, *Sanksi Perdata dan Administratif Terhadap Notaris Sebagai Pejabat Publik*, (Bandung: Refika Aditama, 2008), hal. 34.

Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, bahwa:⁷⁷

“Yang dimaksud dengan peraturan perundang-undangan dalam undang-undang ini ialah semua peraturan yang bersifat mengikat secara umum yang dikeluarkan oleh Badan Perwakilan Rakyat Bersama Pemerintah baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah, serta semua keputusan badan atau pejabat tata usaha negara, baik di tingkat pusat maupun tingkat daerah, yang juga mengikat secara umum.”

Berdasarkan uraian di atas, bahwa kewenangan notaris yang akan ditentukan kemudian tersebut adalah peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh lembaga negara (Pemerintah bersama-sama Dewan Perwakilan Rakyat) atau Pejabat Negara yang berwenang dan mengikat secara umum. Dengan batasan seperti ini, maka peraturan perundang-undangan yang dimaksud harus dalam bentuk undang-undang dan bukan dibawah undang-undang.

3.3. Kewajiban Notaris.

Dalam menjalankan jabatannya, Notaris berkewajiban bertindak jujur, seksama, mandiri, tidak berpihak, menjaga kepentingan pihak yang terkait dengan perbuatan hukum (Pasal 16 ayat (1) huruf a Undang-Undang Jabatan Notaris). Selain kewajiban tersebut masih ada kewajiban lain yang harus dilakukan oleh seorang Notaris, tetapi sifatnya hanya lebih kepada teknis pelaksanaan administratif kantor Notaris saja.

Pada dasarnya notaris adalah pejabat yang harus memberikan pelayanan sebaik-baiknya kepada masyarakat yang memerlukan bukti otentik. Namun dalam keadaan tertentu, notaris dapat menolak untuk memberikan pelayanan dengan alasan-alasan tertentu (Pasal 16 ayat (1) huruf d Undang-Undang Jabatan Notaris). Dalam penjelasan pasal ini, ditegaskan bahwa yang dimaksud dengan “alasan untuk menolaknya” adalah alasan yang mengakibatkan notaris tidak berpihak, seperti adanya hubungan darah atau semenda dengan notaris sendiri atau dengan suami atau istrinya, salah satu pihak tidak mempunyai kemampuan bertindak

⁷⁷ G.H.S. Lumban Tobing, *Peraturan Jabatan Notaris*, (Jakarta: Erlangga, 1999), hal. 83.

untuk melakukan perbuatan, atau hal lain yang tidak dibolehkan oleh undang-undang.

Di dalam praktiknya sendiri, ditemukan alasan-alasan lain sehingga notaris menolak untuk memberikan jasanya, antara lain menurut *R. Soegondo Notodisoerjo*, dalam bukunya yang berjudul *Hukum Notariat di Indonesia, Suatu Penjelasan*;⁷⁸

- 1) Apabila notaris sakit sehingga tidak dapat memberikan jasanya, jadi berhalangan secara fisik.
- 2) Apabila notaris tidak ada di tempat karena sedang dalam masa cuti.
- 3) Apabila notaris karena kesibukan pekerjaannya tidak dapat melayani orang lain.
- 4) Apabila surat-surat yang diperlukan untuk membuat suatu akta tidak diserahkan kepada notaris.
- 5) Apabila penghadap atau saksi yang diajukan oleh penghadap tidak dikenal oleh notaris atau tidak dapat diperkenalkan kepadanya.
- 6) Apabila yang berkepentingan tidak mau membayar biaya bea materai yang diwajibkan.
- 7) Apabila karena pemberian jasa tersebut, notaris melanggar sumpahnya atau melakukan perbuatan melanggar hukum.
- 8) Apabila pihak-pihak menghendaki bahwa notaris membuat akta dalam bahasa yang tidak dikuasai oleh notaris yang bersangkutan, atau apabila orang-orang yang menghadap berbicara dengan bahasa yang tidak jelas, sehingga notaris tidak mengerti apa yang sebenarnya dikehendaki oleh mereka.

Dengan demikian, jika memang notaris ingin menolak untuk memberikan jasanya kepada pihak yang membutuhkannya, maka penolakan tersebut harus merupakan penolakan dalam arti hukum, dalam artian ada alasan atau argumentasi hukum yang jelas dan tegas sehingga pihak yang bersangkutan dapat memahaminya.

⁷⁸ *Ibid.*, hal. 87.

Khusus untuk notaris yang melanggar ketentuan Pasal 16 ayat (1) huruf I dan k Undang-Undang Jabatan Notaris, di samping dapat dijatuhi sanksi yang terdapat di dalam Pasal 85 Undang-Undang Jabatan Notaris, juga dapat dikenakan sanksi berupa akta yang dibuat di hadapan notaris hanya mempunyai kekuatan pembuktian sebagai akta di bawah tangan atau suatu akta menjadi batal demi hukum (Pasal 84 Undang-Undang Jabatan Notaris). Maka apabila kemudian merugikan para pihak yang bersangkutan, maka pihak tersebut dapat menuntut biaya, ganti rugi, dan bunga kepada notaris. Sedangkan untuk Pasal 16 ayat (1) huruf l dan m Undang-Undang Jabatan Notaris, meskipun termasuk dalam kewajiban notaris, tapi jika notaris tidak melakukannya maka tidak akan dikenakan sanksi apapun.

Menurut ketentuan Pasal 16 ayat (7) Undang-Undang Jabatan Notaris, pembacaan akta tidak wajib dilakukan jika dikehendaki oleh penghadap agar akta tidak dibacakan karena penghadap telah membaca sendiri, mengetahui dan/atau memahami isi akta tersebut, dengan ketentuan hal tersebut dicantumkan pada akhir akta. Sebaliknya, jika penghadap tidak berkehendak seperti itu, maka notaris wajib untuk membacakannya, yang kemudian ditandatangani oleh setiap penghadap, saksi dan notaris sebagaimana tersebut dalam Pasal 44 ayat (1) Undang-Undang Jabatan Notaris⁷⁹ dan apabila Pasal 44 Undang-Undang Jabatan Notaris ini dilanggar oleh notaris, maka akan dikenakan sanksi sebagaimana yang tersebut dalam Pasal 84 Undang-Undang Jabatan Notaris.

Ketentuan Pasal 16 ayat (1) huruf m Undang-Undang Jabatan Notaris jika tidak dilaksanakan oleh notaris dalam arti notaris tidak mau menerima magang, maka kepada notaris yang bersangkutan tidak dikenai sanksi apapun. Namun demikian meskipun tanpa sanksi, perlu diingat oleh semua notaris bahwa sebelum menjalankan tugas jabatannya sebagai notaris, yang bersangkutan pasti pernah melakukan magang sehingga

⁷⁹ *Ibid.*, hlm. 83.

alangkah baiknya jika notaris yang bersangkutan mau menerima magang sebagai bentuk tanggung jawab moral terhadap kelangsungan dunia notaris di Indonesia.

Selain kewajiban untuk melakukan hal-hal yang telah diatur dalam undang-undang, notaris masih memiliki suatu kewajiban lain. Hal ini berhubungan dengan sumpah atau janji notaris yang berisi bahwa notaris akan merahasiakan isi akta dan keterangan yang diperoleh dalam pelaksanaan jabatan notaris. Secara umum, notaris wajib merahasiakan isi akta dan keterangan yang diperoleh dalam pembuatan akta notaris, kecuali diperintahkan oleh undang-undang bahwa notaris tidak wajib merahasiakan dan memberikan keterangan yang diperlukan yang berkaitan dengan akta tersebut. Dengan demikian, hanya undang-undang saja yang dapat memerintahkan notaris untuk membuka rahasia isi akta dan keterangan atau pernyataan yang diketahui oleh notaris yang berkaitan dengan pembuatan akta yang dimaksud.

Hal ini dikenal dengan "*kewajiban ingkar*" notaris. Instrumen untuk ingkar bagi notaris ditegaskan sebagai salah satu kewajiban notaris yang disebut dalam Pasal 16 ayat (1) huruf e Undang-Undang Jabatan Notaris, sehingga kewajiban ingkar untuk notaris melekat pada tugas jabatan notaris. Kewajiban ingkar ini mutlak harus dilakukan dan dijalankan oleh notaris, kecuali ada undang-undang yang memerintahkan untuk menggugurkan kewajiban ingkar tersebut. Kewajiban untuk ingkar ini dapat dilakukan dengan batasan sepanjang notaris diperiksa oleh instansi mana saja yang berupaya untuk meminta pernyataan atau keterangan dari notaris yang berkaitan dengan akta yang telah atau pernah dibuat oleh atau di hadapan notaris yang bersangkutan.⁸⁰

Dalam praktiknya, jika ternyata notaris sebagai saksi atau tersangka, tergugat, ataupun dalam pemeriksaan oleh Majelis Pengawas Notaris membuka rahasia dan memberikan keterangan atau pernyataan yang seharusnya wajib dirahasiakan, sedangkan undang-undang tidak

⁸⁰ *Ibid.*, hal. 89.

memerintahkannya, maka atas pengaduan pihak yang merasa dirugikan dapat menuntut notaris yang bersangkutan. Dalam hal ini, dapat dikenakan Pasal 322 ayat (1) dan (2) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, yaitu membongkar rahasia, yang padahal sebenarnya notaris wajib menyimpannya. Bahkan sehubungan dengan perkara perdata, yaitu apabila notaris berada dalam kedudukannya sebagai saksi, maka notaris dapat meminta untuk dibebaskan dari kewajibannya untuk memberikan kesaksian, karena jabatannya menurut undang-undang diwajibkan untuk merahasiakannya.⁸¹

3.4. Larangan Notaris.

Larangan notaris merupakan suatu tindakan yang dilarang untuk dilakukan oleh notaris. Jika larangan ini dilanggar oleh notaris, maka kepada notaris yang melanggar akan dikenakan sanksi sebagaimana yang tersebut dalam Pasal 85 Undang-Undang Jabatan Notaris.

Sesuai yang tertera di Pasal 17 Undang-Undang Jabatan Notaris, Notaris dilarang ;

- a) Menjalankan jabatannya di luar wilayah jabatannya;
- b) Meninggalkan wilayah jabatannya lebih dari 7 (tujuh) hari kerja berturut-turut tanpa alasan yang sah;
- c) Merangkap sebagai pegawai negeri;
- d) Merangkap jabatan sebagai pejabat negara;
- e) Merangkap jabatan sebagai advokat;
- f) Merangkap jabatan sebagai pemimpin atau pegawai Badan Usaha Milik Negara, Badan Usaha Milik Daerah, atau Badan Usaha Swasta;
- g) Merangkap sebagai Pejabat Pembuat Akta Tanah di luar wilayah jabatan Notaris;
- h) Menjadi Notaris Pengganti; atau

⁸¹ *Ibid.*, hal. 90.

- i) Melakukan pekerjaan lain yang bertentangan dengan norma agama, kesusilaan, atau keputusan yang dapat mempengaruhi kehormatan dan martabat jabatan Notaris.

Dalam hal ini, ada suatu tindakan yang perlu ditegaskan mengenai substansi Pasal 17 huruf b Undang-Undang Jabatan Notaris, yaitu meninggalkan wilayah jabatannya lebih dari tujuh hari berturut-turut tanpa alasan yang sah. Bahwa notaris mempunyai wilayah jabatan satu provinsi (Pasal 18 ayat (2) Undang-Undang Jabatan Notaris) dan mempunyai tempat kedudukan pada satu kota atau kabupaten pada provinsi tersebut (Pasal 18 ayat (1) Undang-Undang Jabatan Notaris). Yang sebenarnya dilarang adalah meninggalkan wilayah jabatannya (provinsi) lebih dari tujuh hari kerja.⁸² Dengan demikian, maka dapat ditafsirkan bahwa notaris tidak dilarang untuk meninggalkan wilayah kedudukan notaris (kota atau kabupaten) lebih dari tujuh hari kerja.

3.5. Akta Otentik.

3.5.1. Pengertian.

Akta otentik adalah suatu akta yang dibuat dalam bentuk yang ditentukan oleh undang-undang oleh/atau di hadapan pejabat umum yang berwenang untuk maksud itu, di tempat di mana akta dibuat.⁸³ Berdasarkan pengertian akta otentik tersebut dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Suatu akta yang dibuat dalam bentuk yang ditentukan oleh undang-undang, sebagaimana akta notaris ditentukan bentuknya berdasarkan ketentuan Pasal 38 Undang-Undang Jabatan Notaris.
2. Dibuat oleh atau dihadapan pejabat umum, Notaris adalah pejabat umum. Akta yang dibuat oleh notaris dinamakan akta relaas atau akta pejabat. Akta yang dibuat di hadapan notaris dinamakan akta partij atau akta (para) pihak.

⁸² *Ibid.*, hal. 91.

⁸³ R. Subekti, R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2001), Pasal 1868.

3. Pejabat umum yang berwenang, yaitu pejabat yang berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku memiliki wewenang untuk membuat suatu akta tersebut.
4. Di tempat dimana akta itu dibuat, pelaksanaan wewenang pembuatan akta dilaksanakan di dalam wilayah kerja pejabat yang berwenang.

3.5.2. Dasar Hukum.

Ketentuan mengenai akta otentik diatur dalam Pasal 1867 *juncto* 1868 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Pasal 1867 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menentukan sebagai berikut:

Pembuktian dengan tulisan dilakukan dengan tulisan otentik atau dengan tulisan dibawah tangan.

Pasal 1868 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menentukan sebagai berikut:

Suatu akta otentik ialah suatu akta yang dibuat dalam bentuk yang ditentukan undang-undang oleh atau dihadapan pejabat umum yang berwenang untuk itu di tempat akta itu dibuat.

3.5.3. Syarat-syarat Akta Otentik.

Agar dapat dikatakan suatu akta tersebut adalah akta otentik harus memenuhi beberapa persyaratan tertentu. Menurut *Abdul Kohar*, akta itu dikatakan otentik jika dibuat di hadapan pejabat yang berwenang.⁸⁴ Menurut pendapat Philipus M. Hadjon, ketentuan yang menjadi syarat akta otentik yaitu:⁸⁵

- 1) Di dalam bentuk yang ditentukan oleh undang-undang;
- 2) Dibuat oleh dan di hadapan Pejabat Umum.

⁸⁴ Abdul Kohar, *Notaris Dalam Praktek Hukum*, (Bandung: Alumni, 1983), hal. 3.

⁸⁵ Habib Adjie, *Sanksi Perdata Dan Administratif Terhadap Notaris Sebagai Pejabat Publik*, (Bandung: Refika Aditama, 2009), hal.56.

Dikemukakan pula oleh Irawan Soerodjo, bahwa ada 3(tiga) unsur *essentialia* agar terpenuhinya syarat formal suatu akta otentik, yaitu:⁸⁶

- 1) Di dalam bentuk yang ditentukan oleh undang-undang;
- 2) Dibuat oleh dan dihadapan Pejabat Umum;
- 3) Akta yang dibuat oleh atau di hadapan Pejabat Umum yang berwenang untuk itu dan di tempat dimana akta itu dibuat.

3.5.4. Ciri-ciri Akta Otentik.

Akta otentik sebagaimana dikemukakan oleh *C.A. Kraan* mempunyai ciri-ciri sebagai berikut:⁸⁷

- 1) Suatu tulisan, dengan sengaja dibuat semata-mata untuk dijadikan bukti atau suatu bukti dari keadaan sebagaimana disebutkan di dalam tulisan dibuat dan dinyatakan oleh pejabat yang berwenang. Tulisan tersebut turut ditandatangani oleh atau hanya ditandatangani oleh pejabat bersangkutan saja.
- 2) Suatu tulisan sampai ada bukti sebaliknya, dianggap berasal dari pejabat yang berwenang.
- 3) Ketentuan perundang-undangan yang harus dipenuhi; ketentuan tersebut mengatur tata cara pembuatannya (sekurang-kurangnya memuat ketentuan-ketentuan mengenai tanggal, tempat dibuatnya akta suatu tulisan, nama dan kedudukan atau jabatan pejabat yang membuatnya).
- 4) Seorang pejabat yang diangkat oleh negara dan mempunyai sifat dan pekerjaan yang mandiri serta tidak memihak dalam menjalankan jabatannya sesuai dengan ketentuan Pasal 1868 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata *juncto* Pasal 15 Undang-Undang Jabatan Notaris.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Herlien Budiono, *Kumpulan Tulisan Hukum Perdata di Bidang Kenotariatan*, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 2008), hal. 214.

- 5) Pernyataan dari fakta atau tindakan yang disebutkan oleh pejabat adalah hubungan hukum di dalam bidang hukum privat.

3.5.5. Bentuk Akta Otentik.

Dikenal adanya dua macam akta otentik, yang pertama bentuk akta yang dibuat untuk bukti yang memuat keterangan yang diberikan oleh (para) penghadap kepada notaris dinamakan akta pihak dengan (para) penghadap menandatangani akta itu, yang kedua yaitu akta berita acara, adalah bentuk akta yang dibuat sebagai bukti oleh (para) penghadap dari perbuatan atau kenyataan yang terjadi di hadapan notaris. Akta yang disebutkan terakhir tersebut tidak memberikan bukti mengenai keterangan yang diberikan oleh (para) penghadap dengan menandatangani akta tersebut, tetapi sebagai bukti mengenai perbuatan dan kenyataan yang disaksikan oleh notaris di dalam menjalankan tugasnya di hadapan para saksi. Akta berita acara tidak perlu ditandatangani oleh (para) penghadap. Akta-akta tersebut dibuat atas dasar permintaan (para) pihak atau penghadap, tanpa adanya permintaan para pihak, sudah tentu akta tersebut tidak akan dibuat oleh notaris.

Akta *Relaas*⁸⁸ adalah suatu akta yang dibuat oleh Notaris atas permintaan para pihak, agar Notaris mencatat atau menkonstantir segala sesuatu hal yang dibicarakan oleh pihak terkait dengan tindakan hukum atau tindakan lain yang dilakukan oleh para pihak, agar tindakan tersebut dibuat atau dituangkan dalam suatu Akta Notaris. Dalam Akta *Relaas* ini, Notaris menulis atau mencatatkan segala hal yang dilihat atau didengar sendiri secara langsung oleh Notaris yang dilakukan para pihak.

Akta *Partij*⁸⁹ adalah suatu akta yang dibuat dihadapan Notaris atas permintaan para penghadap. Notaris wajib untuk

⁸⁸ Herlien Budiono, *Kumpulan Tulisan Hukum Perdata di Bidang Kenotariatan – Buku Kedua*, (Bandung : Citra Aditya Aditya Bakti, 2010), hal. 267.

⁸⁹ *Ibid.*

mendengarkan pernyataan atau keterangan para pihak yang dinyatakan atau diterangkan sendiri oleh para penghadap dihadapan Notaris. Pernyataan atau keterangan para penghadap tersebut oleh Notaris dituangkan kedalam Akta Notaris.

3.5.6. Bagian-bagian Akta Otentik.

Bagian dari akta Notaris sebagaimana diatur dalam Pasal 38 ayat (1) Undang-Undang Jabatan Notaris, terdiri atas awal akta atau kepala akta, badan akta, dan akhir atau penutup akta. Awal akta atau kepala akta memuat judul akta, nomor akta, jam, hari, tanggal, bulan dan tahun, serta nama lengkap dan tempat kedudukan notaris. Pada bagian awal akta ini terdapat beberapa frasa yang dipakai untuk mengartikan “datang dan menghadap” dengan mengandung muatan “hadir” antara lain:⁹⁰

“Berhadapan dengan saya...”

“Menghadap di hadapan saya...”

“Hadir di hadapan saya...”

Penggunaan frasa yang berbeda tersebut ternyata menimbulkan perbedaan pengertian, mengingat kata “menghadap” dianggap mempunyai arti bahwa kedudukan dan status orang yang menghadap lebih rendah daripada notaris.⁹¹ Oleh karena itu sebaiknya bagian awal akta menggunakan frasa “*Berhadapan dengan saya...*” yang memiliki arti tidak membedakan kedudukan dan status tersebut dibandingkan kedua frasa lainnya.

Khusus mengenai akta *relaas* dapat digunakan kalimat sebagai berikut:⁹²

“Saya, ... Notaris di ... dengan dihadiri oleh dua saksi yang telah saya, Notaris kenal dan akan disebut pada akhir akta ini. Atas permintaan dari Direksi perseroan terbatas yang akan disebut di bawah ini, telah berada di kantor saya, Notaris pada Jalan ...

⁹⁰ *Ibid.*, hal. 270.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

Untuk membuat suatu risalah dari apa yang akan dibicarakan dan diputuskan dalam rapat umum luar biasa para pemegang saham dalam perseroan terbatas PT ..., berkedudukan di ..., yang anggaran dasarnya telah diumumkan dalam... ”

Bagian badan akta memuat *komparisi*⁹³, *premise* dan keterangan-keterangan yang diberikan oleh (para) penghadap di dalam akta pihak atau keterangan-keterangan dari notaris mengenai hal yang disaksikan atas permintaan dari yang bersangkutan untuk akta *relaas*. Pada bagian komparisi dijelaskan siapa penghadapnya dan dalam kedudukan apa ia bertindak. Dalam menyusun komparisi perlu diperhatikan bahwa seseorang penghadap haruslah orang yang cakap dan berwenang, dimana kecakapan dan kewenangan itu harus dengan jelas terurai di dalam komparisi akta. Notaris dalam hal ini harus memperhatikan peraturan-perundangan yang berlaku dan harus dapat menjabarkan peraturan perundang-undangan tersebut dengan kata-kata di dalam aktanya untuk menimbulkan akibat keterikatan (para) pihak yang bersangkutan berdasarkan akta tersebut. Sebagai contoh, seseorang yang bertindak dalam kedudukannya selaku kuasa dari seseorang atau bertindak sebagai anggota direksi mewakili suatu perseroan terbatas akan berbeda komparisinya dengan kedudukannya selaku orang yang menjalankan kekuasaan orang tua.

Keterangan pendahuluan setelah komparisi dalam bagian badan akta yaitu *premissae*, menguraikan hal-hal berupa alasan atau latar belakang dan memuat kehendak (para) penghadap sebagai dasar dilaksanakannya suatu perbuatan hukum dalam akta tersebut. Kemudian dilanjutkan dengan keterangan-keterangan yang diberikan oleh (para) penghadap di dalam akta pihak atau keterangan-keterangan dari notaris mengenai hal yang disaksikannya sendiri dengan penggunaan bahasa yang tepat, yaitu penggunaan bahasa yang mengikuti kaidah tata bahasa walaupun

⁹³ *Komparisi* adalah keterangan mengenai identitas penghadap akta dan kedudukannya dalam suatu perbuatan hukum yang diatur dalam akta tersebut.

tidak selalu berbentuk baku namun tidak memungkinkan timbulnya penafsiran lain atas isi aktanya.

Menurut *J.L. Austin*, harus dibedakan penggunaan bahasa yang konstatif (*constatief*) dan permormatif (*permormatief*). Sebagai contoh penggunaan bahasa yang *constatief* adalah “Saya berjalan-jalan di kebun raya”, sedangkan penggunaan bahasa yang *permormatief* adalah menggambarkan suatu aktifitas, seperti memberikan perintah atau melaksanakan suatu janji, misalnya “Ya, saya bersedia”.⁹⁴

Bahasa akta harus dapat menggambarkan bermacam-macam aktifitas (para) penghadap, kendala yang mungkin dihadapi misalnya apabila suatu kesepakatan di antara para pihak telah terjadi, sedangkan kesepakatan itu sendiri merupakan salah satu unsur *essentialia* dari perjanjian, maka disini notaris harus dapat menggunakan bahasa untuk menerjemahkan unsur-unsur perjanjian, syarat sahnya suatu perjanjian, tindakan hukum tertentu, perjanjian bernama, perjanjian tidak bernama. Untuk bagian *essentialia* dari perjanjian sebaiknya menggunakan kalimat *performatief*, sedangkan untuk bagian *naturalia* dan *accidentalialia* dari perjanjian dapat digunakan bahasa yang *constatief* untuk hal-hal yang telah terjadi dan bahasa yang *performatief* sifatnya untuk hal-hal yang dijanjikan oleh para pihak.⁹⁵

Penjabaran kehendak dan pernyataan dari masing-masing pihak sehingga dengan adanya pernyataan kehendak tersebut tercapailah kata sepakat, kata sepakat disini selain merupakan unsur yang penting untuk suatu perjanjian, juga merupakan salah satu syarat sahnya suatu perjanjian merupakan peristiwa hukum yang tidak dapat dilihat. Oleh karena itu, penggunaan kata atau kalimat haruslah sedemikian rupa agar selain dapat menjabarkan

⁹⁴ Herlien Budiono, *Kumpulan Tulisan Hukum Perdata di Bidang Kenotariatan*, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 2008), hal. 273.

⁹⁵ *Ibid.*, hal. 274.

dengan jelas adanya “sepakat”, juga tidak menimbulkan keraguan akan arti kata tersebut, yaitu dengan cara melakukan pengulangan kalimat.

Untuk bagian akhir atau penutup akta, sebagaimana diatur dalam Pasal 38 ayat (4) Undang-Undang Jabatan Notaris adalah bagian akta yang memuat keterangan dari notaris mengenai waktu dan tempat akta dibuat serta selanjutnya keterangan mengenai para saksi, dihadapan siapa akta dibuat, dan akhirnya tentang pembacaan dan perubahan terhadap akta yang dibuat serta penandatanganan dari akta tersebut. Pembacaan dan penandatanganan akta harus dinyatakan dengan tegas pada akhir atau penutup akta. Bahasa yang bersifat *constantief* sebaiknya digunakan pada bagian penutup akta.

“Dibuat dan diselesaikan di ..., pada hari, tanggal dan waktu tersebut diatas dengan dihadiri oleh ... dan ..., keduanya pegawai Kantor Notaris dan bertempat tinggal di ...

Setelah akta ini dibacakan oleh saya, Notaris, kepada para penghadap dan para saksi, maka pada ketika itu juga para penghadap, para saksi, dan saya, Notaris menandatangani.”

Penggunaan kata “... pada ketika itu juga ...” lebih tepat digunakan daripada kata “segera”, hal tersebut menjadi pertimbangan karena adanya penafsiran bahwa “segera” berarti suatu waktu yang tidak tertentu, jadi belum tentu langsung ditandatangani setelah dibacakannya suatu akta.

3.5.7. Perbedaan Akta Otentik dengan Akta Dibawah Tangan.

Akta dibawah tangan adalah akta yang sengaja dibuat oleh para pihak untuk pembuktian tanpa bantuan dari seorang pejabat pembuat akta. Hal mana semata-mata dibuat antara para pihak yang berkepentingan.⁹⁶

⁹⁶ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty, 2006), hal. 158.

Perbedaan antara akta di bawah tangan dan akta otentik adalah:⁹⁷

1. Bentuk akta di bawah tangan dibuat dalam bentuk yang tidak ditentukan oleh undang-undang, tanpa perantara atau tidak dihadapan pejabat umum yang berwenang. Akta otentik dibuat dalam bentuk yang sudah ditetapkan oleh undang-undang, dibuat dihadapan pejabat-pejabat (pegawai umum) yang diberi wewenang dan di tempat dimana akta tersebut dibuat.
2. Kekuatan pembuktian dari akta di bawah tangan mempunyai pembuktian sepanjang para pihak mengakuinya atau tidak ada penyangkalan dari salah satu pihak. Jika salah satu pihak tidak mengakuinya, beban pembuktian diserahkan kepada pihak yang menyangkal akta tersebut, dan penilaian penyangkalan atas bukti tersebut diserahkan kepada hakim. Akta otentik mempunyai kekuatan yang sempurna. Kesempurnaan akta otentik sebagai alat bukti, maka akta tersebut harus dilihat apa adanya, tidak perlu dinilai atau ditafsirkan lain, selain yang tertulis dalam akta tersebut.

Sehingga dapat disimpulkan bahwa akta otentik memiliki kekuatan pembuktian yang sempurna dibandingkan dengan akta dibawah tangan.

4. HUKUM PERIKATAN

4.1. Tinjauan Umum Perjanjian.

Perjanjian diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dari Pasal 1233 sampai dengan Pasal 1864 tentang perikatan. Pasal-pasal tersebut tidak secara spesifik mengatur mengenai perjanjian akan tetapi mengenai perikatan.

Perikatan adalah suatu hubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal

⁹⁷ Habib Adjie, *Sanksi Perdata dan Administratif Terhadap Notaris Sebagai Pejabat Publik*, (Bandung: Refina Aditama, 2008), hal.49.

dari pihak yang lain dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu.⁹⁸ Perikatan lahir sebagai akibat adanya perjanjian atau persetujuan, yaitu suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.

Pengertian perjanjian sebagaimana terdapat dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menyatakan bahwa suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Pengertian tersebut menurut para sarjana kurang lengkap karena banyak mengandung kelemahan-kelemahan dan terlalu luas pengertiannya karena istilah perbuatan yang dipakai dapat mencakup juga perbuatan melawan hukum dan perwalian sukarela, padahal yang dimaksud adalah perbuatan menurut hukum.⁹⁹ Sedangkan yang dimaksud perikatan adalah suatu hubungan hukum antara dua pihak, dimana satu pihak ada hak dan di lain pihak ada kewajiban.¹⁰⁰

Hubungan antara perjanjian dan perikatan sangat erat, sebab perjanjian menerbitkan atau menimbulkan adanya perikatan dan sekaligus merupakan sumber perikatan. Perjanjian merupakan suatu hal atau suatu peristiwa yang kongkrit, karena diwujudkan dalam bentuk yang tertulis, sedangkan perikatan lebih merupakan pengertian abstrak.

Perjanjian yang terdapat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menganut sistem terbuka, yang berarti bahwa hukum perjanjian memberikan kebebasan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian yang berisi apa saja, asalkan tidak melanggar ketertiban umum, dan kesusilaan. Maka dari itu pasal-pasal dari hukum perjanjian lebih bersifat sebagai pilihan atau sebagai hukum pelengkap saja dan dapat tidak digunakan apabila dikehendaki oleh para pihak.

⁹⁸ R. Subekti, *Hukum Perikatan*, (Jakarta : Intermasa, 1983) hal. 55.

⁹⁹ R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, (Bandung: Bina Cipta, 1979), hal. 49.

¹⁰⁰ J. Satrio, *Hukum Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1998), hal. 5.

Selanjutnya para pihak dapat membuat ketentuan-ketentuan sendiri yang menyimpang dari pasal-pasal hukum perjanjian.

Sistem terbuka yang mengandung suatu asas kebebasan dalam membuat perjanjian dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dapat disimpulkan dari ketentuan Pasal 1338 ayat (1) yang berbunyi:

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

Berdasarkan pengertian pasal tersebut, maka dapat dikatakan bahwa para pihak diperbolehkan untuk membuat perjanjian yang berisi dan dalam bentuk apapun juga, dan perjanjian tersebut mengikat bagi mereka yang membuatnya sebagaimana undang-undang berlaku bagi masyarakat pada umumnya.

Sedangkan ketentuan Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata memberikan definisi sebagai berikut:

“suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikat dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.”

Menurut R. Setiawan rumusan ketentuan Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tersebut kurang lengkap, karena hanya menyebutkan persetujuan sepihak saja dan juga sangat luas karena dengan dipergunakannya perkataan “perbuatan” tersebut mencakup juga perwakilan sukarela dan perbuatan melawan hukum, beliau memberikan definisi sebagai berikut:¹⁰¹

1. Perbuatan harus diartikan sebagai perbuatan hukum yaitu perbuatan yang bertujuan untuk menimbulkan akibat hukum;
2. Menambahkan perkataan “*atau saling mengikatkan dirinya*” dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, sehingga menurut beliau perumusannya perjanjian adalah suatu perbuatan hukum, dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu atau lebih.

¹⁰¹ R. Setiawan, *op. cit.*, hal. 49.

Selanjutnya menurut R. Wirjono Prodjodikoro mengartikan perjanjian sebagai suatu hubungan hukum mengenai harta benda antara kedua belah pihak, dalam mana satu pihak berhak untuk menuntut pelaksanaan janji itu.¹⁰² Sedangkan menurut Abdulkadir Muhammad merumuskan kembali definisi ketentuan pasal tersebut sebagai berikut, bahwa yang disebut perjanjian adalah suatu persetujuan dengan mana dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan sesuatu hal dalam lapangan harta kekayaan.¹⁰³ Menurut R. Subekti, suatu perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seseorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal, dari peristiwa ini timbul suatu hubungan perikatan.¹⁰⁴

4.2. Unsur-unsur Perjanjian.

Unsur-unsur perjanjian perlu untuk diketahui agar dapat menentukan apakah suatu hubungan hukum atau perbuatan yang terjadi diantara para pihak dapat dikatakan suatu perjanjian atau bukan. Unsur-unsur tersebut adalah sebagai berikut:¹⁰⁵

4.2.1. Kata sepakat antara dua pihak atau lebih.

Kata sepakat sebagai unsur perjanjian yaitu pernyataan kehendak beberapa orang, diartikan bahwa perjanjian hanya dapat timbul dengan kerja sama dari dua orang atau lebih atau dengan perbuatan dari beberapa orang. Disini yang dimaksudkan dengan “dua orang atau lebih” adalah “dua pihak atau lebih”. Pada praktek kenotariatan, penandatanganan akta dapat dilakukan oleh seorang penghadap, dimana keadaan demikian belum tentu berarti bahwa perjanjian tersebut tidak memenuhi unsur “dua orang (pihak) atau lebih”. Perjanjian tersebut tetap terjadi walau yang bertindak hanya

¹⁰² R. Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Perikatan*, (Bandung: Sumur Bandung, 1993), hal. 9.

¹⁰³ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1992), hal.78.

¹⁰⁴ R. Subekti, *Hukum Perikatan*, (Jakarta : Intermasa, 1983) hal. 1.

¹⁰⁵ Herlien Budiono, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2010), hal. 5.

seorang, yakni dalam hal seorang (penghadap) yang selain bertindak untuk dirinya sendiri, juga bertindak dalam kedudukan pihak lain, misalnya mewakili berdasarkan kuasa.

4.2.2. Kata sepakat yang tercapai harus bergantung kepada para pihak.

Kata sepakat tercapai jika pihak yang satu menyetujui apa yang ditawarkan oleh pihak lainnya. Dengan kata lain, para pihak saling menyetujui. Akan tetapi kehendak para pihak saja tidak cukup dan tidak akan menimbulkan akibat hukum, kehendak tersebut harus dinyatakan. Perjanjian terbentuk setelah para pihak saling menyatakan kehendaknya dan adanya kesepakatan di antara mereka. Namun sebaliknya, jika tercapainya kata sepakat tidak bergantung pada para pihak terkait, maka perbuatan hukum tersebut tidak dapat dikatakan sebagai perjanjian.

4.2.3. Keinginan atau tujuan para pihak untuk timbulnya akibat hukum.

Pernyataan kehendak berupa janji untuk melaksanakan suatu prestasi oleh para pihak dalam suatu perjanjian haruslah ditujukan untuk timbulnya suatu akibat hukum. Tidak semua janji dalam kehidupan sehari-hari membawa akibat hukum, hal tersebut bergantung pada keadaan dan kebiasaan di dalam masyarakat yang menjadi indikasi apakah suatu pernyataan kehendak yang muncul sebagai janji akan memunculkan akibat hukum atau sekedar kewajiban sosial dan kemasyarakatan.

4.2.4. Akibat hukum untuk kepentingan pihak yang satu dan atas beban yang lain atau timbal balik.

Kehendak para pihak saja tidaklah cukup untuk menimbulkan suatu akibat hukum. Agar terbentuk suatu perjanjian diperlukan juga unsur bahwa akibat hukum tersebut adalah untuk kepentingan pihak yang satu atas beban pihak yang lain atau bersifat timbal balik. Diperhatikan pula bahwa akibat hukum perjanjian hanya mengikat para pihak dan tidak dapat mengikat

pihak ketiga, serta tidak dapat membawa kerugaian bagi pihak ketiga.

4.2.5. Dibatasi dengan mengindahkan ketentuan perundang-undangan.

Bentuk perjanjian pada umumnya bebas ditentukan oleh para pihak. Akan tetapi undang-undang menetapkan bahwa beberapa perjanjian tertentu harus dibuat dalam bentuk tertentu. Penetapan demikian oleh undang-undang mengenai bentuk yang diwajibkan mengakibatkan bahwa akta menjadi syarat mutlak bagi terjadinya perbuatan hukum tersebut. Beberapa contoh perjanjian yang harus dibuat dalam bentuk akta notaris:¹⁰⁶

1. Perjanjian kawin (Pasal 29 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan *juncto* Pasal 147 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).
2. Hibah, kecuali pemberian benda-benda bergerak yang bertubuh atau surat penagihan utang atas tunjuk dari tangan ke tangan (vide ketentuan Pasal 1682 dan 1687 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).
3. Pendirian perseroan terbatas (Pasal 7 butir (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas).
4. Jaminan fidusia (Pasal 5 butir (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 42 Tahun 1999 tentang jaminan Fidusia).
5. Pemisahan dan Pembagian Harta Peninggalan (Pasal 1071 *juncto* Pasal 1072 dan 1074 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).
6. Surat kuasa membebaskan hak tanggungan (Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah).

¹⁰⁶ *Ibid.*, hal. 11.

Perlu diperhatikan bahwa tidak dilakukannya perbuatan hukum dalam bentuk yang diwajibkan oleh undang-undang akan mengakibatkan batalnya perbuatan hukum tersebut. Sebaliknya jika suatu tindakan hukum yang tidak diwajibkan untuk dilakukan dalam bentuk tertentu seperti halnya pada perjanjian konsensual oleh (para) pihak yang bersangkutan dibuat dalam bentuk akta, baik akta di bawah tangan maupun akta otentik, maka akta yang dibuat tersebut berfungsi sebagai alat bukti semata.

4.3. Syarat Sahnya Perjanjian.

Perbuatan hukum berupa perjanjian dapat dikatankan sah apabila memenuhi empat syarat untuk sahnya suatu perjanjian sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, sebagai berikut:¹⁰⁷

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;

Adanya kata sepakat diantara mereka yang membuat perjanjian berarti pihak-pihak tersebut harus bersepakat atau setuju mengenai hal-hal yang pokok tentang perjanjian tersebut, tidak hanya sepakat untuk mengikatkan diri tetapi juga sepakat untuk mendapatkan prestasi. Dengan demikian apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu dikehendaki pula oleh pihak yang lain (terjadi kesesuaian kehendak). Sepakat dapat dinyatakan secara lisan dan dapat pula dinyatakan secara diam-diam.

2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;

Setiap subyek hukum selaku pengemban hak dan kewajiban memiliki kewenangan dan dianggap cakap untuk melakukan tindakan hukum sepanjang tidak ditentukan lain oleh undang-undang. Dan yang dapat dan boleh bertindak mengikatkan diri adalah mereka yang cakap bertindak dan mampu untuk melakukan suatu tindakan hukum yang membawa akibat hukum.

¹⁰⁷ *Ibid.*, hal. 73.

3. Suatu hal tertentu; dan

Syarat ketiga untuk sahnya suatu perjanjian bahwa perjanjian harus mengenai suatu hal tertentu. Hal ini berarti dalam perjanjian harus ada suatu hal atau suatu barang yang cukup jelas, yang menjadi hak dan kewajiban para pihak dalam perjanjian. Suatu perjanjian harus mempunyai obyek tertentu, sekurang-kurangnya dapat ditentukan. Obyek yang tertentu itu dapat berupa benda yang ada sekarang atau nanti akan ada.

4. Suatu sebab yang halal.

Didalam suatu perjanjian, oleh undang-undang disyaratkan adanya suatu sebab yang halal. Yang dimaksud dengan suatu sebab yang halal adalah isi dan tujuan atau maksud didalam suatu perjanjian tidak bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan atau dengan kesusilaan atau dengan ketertiban umum. Dalam Pasal 1337 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dinyatakan bahwa:

“Suatu sebab adalah terlarang apabila dilarang oleh undang-undang atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum.”

Syarat yang pertama dan kedua adalah merupakan syarat subyektif yaitu syarat hukum atau orangnya. Sedangkan syarat ketiga dan keempat merupakan syarat obyektif, yaitu syarat mengenai obyek hukum atau bendanya. Keempat syarat sahnya suatu perjanjian diatas harus benar-benar dipatuhi atau dipenuhi dalam suatu perjanjian.

Apabila syarat pertama dan kedua (syarat subyektif) tidak dipenuhi, maka akibat yang akan timbul adalah perjanjian tersebut dapat dibatalkan. Artinya salah satu pihak dapat meminta kepada hakim agar perjanjian itu dibatalkan dan selama perjanjian itu belum dibatalkan, perjanjian itu masih mengikat para pihak. Sedangkan jika syarat ketiga dan keempat (syarat obyektif) tidak dipenuhi akan membawa akibat perjanjian itu batal demi hukum. Yang artinya sejak semula perjanjian itu telah batal.

5. PERAN NOTARIS DALAM PELAKSANAAN WAKAF BAGI NAZHIR YANG TIDAK BERBADAN HUKUM

5.1. Peran Notaris.

Notaris dalam menjalankan jabatannya berpedoman pada ketentuan Undang-Undang Jabatan Notaris dan Kode Etik Notaris. Ketentuan-ketentuan tersebut menjabarkan antara lain mengenai kewajiban dan kewenangan seorang Notaris. Notaris bukan hanya sekedar pejabat umum pembuat akta, namun seorang Notaris juga dituntut memiliki pengetahuan serta wawasan yang luas mengenai peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia agar dapat memberikan pelayanan hukum kepada masyarakat yang membutuhkan jasanya. Peraturan-peraturan yang ditetapkan oleh lembaga eksekutif dan legislatif selaku penyelenggara negara bertujuan untuk terpenuhinya seluruh hak dan kewajiban setiap individu warganegaranya dalam memenuhi kebutuhan hidup yang beragam.

Wakaf sebagai salah satu lembaga agama yang hidup berkembang serta telah diatur ketentuan pelaksanaannya di Indonesia berperan penting dalam upaya peningkatan kesejahteraan umat Islam sebagai mayoritas penduduk di Indonesia. Perjalanan pelaksanaan wakaf di Indonesia dimulai jauh sebelum adanya peraturan hukum positif yang berlaku, berkembang bersama kesadaran dan kebutuhan masyarakat akan adanya lembaga wakaf itu sendiri.

Yayasan sebagai salah satu pengelola wakaf atau yang disebut juga dengan nazhir, memiliki kesamaan dengan lembaga wakaf jika ditinjau dari maksud dan tujuannya. Yayasan tersebut harus memenuhi persyaratan-persyaratan selaku nazhir yang ditentukan dalam Undang-Undang Wakaf sebelum dapat melaksanakan pengelolaan terhadap harta benda wakaf. Bukan hanya sekedar yayasan yang telah berdiri atau didirikan dengan adanya akta pendirian Yayasan yang dibuat oleh Notaris, namun status Yayasan sebagai badan hukumnya pun harus telah ada barulah Yayasan tersebut dapat menjadi nazhir.

Sebagaimana ditentukan oleh Undang-Undang Yayasan, bahwa Yayasan memperoleh status badan hukum dengan melalui proses pengesahan oleh Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia seperti yang tercantum dalam Pasal 11 ayat (1) Undang-Undang Yayasan. Proses pengesahan tersebut membutuhkan waktu yang relatif lama dalam pelaksanaannya.

Sebagai akibat dari lamanya waktu yang dibutuhkan untuk mendapatkan status badan hukum Yayasan tersebut, maka pelaksanaan wakaf pun menjadi tertunda sampai dengan diperolehnya status badan hukum sebagaimana disyaratkan dalam Undang-Undang Wakaf. Hal ini secara tidak langsung menghambat atau bahkan dapat terjadi tidak terlaksananya tujuan wakaf dan pada akhirnya menjadi permasalahan tersendiri dalam kehidupan sehari-hari masyarakat di Indonesia.

Pada prinsipnya suatu aturan hukum positif harus dapat semaksimal mungkin memfasilitasi kebutuhan subyek hukumnya, namun sering kali ketidaksempurnaan hukum positif yang berlaku justru menjadi penyebab tidak terpenuhinya kebutuhan tersebut sehingga diperlukan pemikiran-pemikiran yang menghadirkan solusi bagi permasalahan ini.

Apabila dilihat lebih jauh mengenai pengaturan status badan hukum Yayasan baik oleh Undang-Undang Yayasan ataupun oleh Undang-Undang Wakaf, ada suatu tujuan yang ingin dicapai oleh masing-masing undang-undang tersebut yaitu tertib administrasi hukum guna tercapainya kepastian hukum bagi pihak-pihak yang berkepentingan.

Nazhir sebagaimana ditentukan dalam Undang-Undang Wakaf merupakan salah satu unsur wakaf yang harus ada agar wakaf dapat dilaksanakan. Pentingnya peran nazhir dalam wakaf sehingga peraturan perundang-undangan menempatkan nazhir sebagai salah satu unsur wakaf dapat dipahami mengingat bahwa nazhir-lah yang nantinya akan mengelola dan mengembangkan harta benda wakaf. Berawal dari pemahaman demikian maka seharusnya nazhir disini harus memiliki kemampuan atau keahlian atau terdiri dari sumber daya manusia yang

memiliki kualitas tertentu sesuai dengan bentuk benda wakaf yang akan dikelolanya. Sebagai contoh misalkan ada wakaf benda bergerak yang ditentukan bahwa tujuannya adalah untuk pengembangan pendidikan yang bernuansa Islam maka nazhir yang memenuhi kualitas untuk mengelolanya adalah lembaga pendidikan (dalam bentuk Yayasan) yang menjalankan maksud dan tujuan dibidang pendidikan Islam. Sedangkan latar belakang pemilihan badan hukum Yayasan sebagai nazhir wakaf oleh wakif, selain dari maksud dan tujuan Yayasan yang sesuai dengan tujuan dan fungsi Wakaf, yaitu bahwa bentuk lembaganya lebih jelas (berstatus badan hukum), ada mekanisme pengawasan pelaksanaan maksud dan tujuan di dalamnya (Pengawas selaku bagian dari organ Yayasan) dan adanya pertanggungjawaban pelaksanaan maksud dan tujuan serta kegiatan dari Yayasan tersebut oleh Pengurus Yayasan.

Sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku maka Yayasan yang telah berdiri di Indonesia sebelum adanya Undang-Undang Yayasan dan kehilangan status badan hukumnya tidak dapat menjadi nazhir wakaf, dan diharuskan untuk mendapatkan kembali status badan hukumnya sebelum dapat menerima wakaf dari masyarakat. Yayasan-yayasan ini secara nyata tetap menjalankan maksud dan tujuannya walaupun status badan hukumnya tidak ada, namun untuk menerima wakaf tidak lagi dapat dilaksanakan.

Notaris dalam menjalankan jabatan kesehariannya berinteraksi dengan masyarakat secara langsung, sebenarnya dapat menawarkan suatu solusi terhadap permasalahan wakaf tersebut, yaitu dengan cara memfasilitasi tercapainya tujuan wakaf. Notaris disini dapat memberikan saran kepada calon wakif untuk membuat suatu perikatan yang jelas dengan dasar hukum yang kuat agar keinginan untuk melaksanakan wakaf tersebut dapat terpenuhi. Pelaksanaan suatu perikatan tersebut lebih ditujukan kepada pemenuhan kebutuhan calon wakif, dengan harapan bahwa setelah dibuatnya perikatan tersebut kehendak dari calon wakif telah terpenuhi sehingga hal lainnya yang dimungkinkan akan menghambat atau menghalangi pelaksanaan wakaf tersebut dikemudian

hari dapat dihindari. Hal yang mungkin dapat menghambat atau menghalangi pelaksanaan wakaf dikemudian hari tersebut antara lain dapat disebutkan berupa:

1. calon wakif berubah pikiran dengan alasan apapun sehingga membatalkan niatnya untuk berwakaf; atau
2. calon wakif meninggal dunia sehingga wakaf tidak memenuhi rukun dan unsurnya.

Manfaat lain dibuatnya suatu pengikatan wakaf berkaitan dengan belum terpenuhinya rukun dan unsur wakaf, dapat disebutkan antara lain berkaitan dengan harta benda wakaf yang telah dimiliki oleh wakif secara sah namun belum selesai proses pendaftaran atau perubahan pencatatan pemilikannya pada instansi yang berwenang.

Masih berkaitan dengan harta benda wakaf, terdapat pula harta benda yang hendak diwakafkan namun akan dapat lebih bernilai ekonomi atau lebih dapat memenuhi fungsi sesuai tujuan wakaf, apabila benda tersebut dialihkan haknya terlebih dahulu dan hasilnya baru diwakafkan. Sebagai contoh misalnya wakif memiliki sebidang tanah di daerah tertentu yang hendak diwakafkan dengan peruntukan wakaf ditujukan bagi pengembangan pendidikan Islam, maka dengan pengikatan wakaf tanah tersebut dialihkan haknya terlebih dahulu oleh pengelola harta benda wakaf dan hasil kompensasi pengalihan tersebut digunakan untuk pengembangan pendidikan Islam. Pengembangan pendidikan Islam dimaksud dapat dilaksanakan dengan cara antara lain membangun sarana dan prasarana sekolah Islam atau peningkatan sumber daya manusia yang berperan dalam suatu sekolah Islam tersebut.

5.2. Akta Pengikatan Wakaf.

Akta pengikatan wakaf diartikan sebagai akta otentik mengenai hubungan hukum yang timbul akibat suatu perbuatan hukum berupa persetujuan antara dua pihak atau lebih berkaitan dengan wakaf yang hendak dilaksanakan.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Definisi penulis mengenai akta pengikatan wakaf.

Akta pengikatan wakaf sebagai salah satu bentuk perjanjian, merupakan suatu perikatan antara pemilik harta yang akan diwakafkan dengan pengelola harta wakaf.

Perjanjian pada umumnya sebagaimana diatur dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata jika dikaitkan dengan perjanjian pengikatan wakaf disini berarti suatu perbuatan yang dilakukan oleh pemilik harta yang mengikatkan dirinya kepada pengelola harta. Perbuatan disini diartikan sebagai perbuatan hukum yaitu perbuatan yang bertujuan menimbulkan akibat hukum dalam hal ini berupa peralihan hak kepemilikan atas harta benda yang akan diwakafkan.

Pengikatan wakaf sebagai suatu perjanjian dapat diuraikan berdasarkan unsur-unsur perjanjian yang meliputi:

1. Adanya kata sepakat berupa pernyataan kehendak dari pihak pemilik harta benda untuk melepaskan hak kepemilikan atas harta benda yang akan diwakafkan, kemudian pernyataan kehendak dari pihak pengelola untuk melaksanakan pengelolaan atas harta benda yang dilepaskan haknya tersebut.
2. Kata sepakat yang tercapai bergantung kepada para pihak, dalam hal ini pihak pemilik harta benda menyetujui bahwa harta benda yang akan dilepaskan haknya nanti dikelola oleh pihak pengelola, dan pihak pengelola setuju untuk mengelola harta benda yang dilepaskan hanya tersebut.
3. Pernyataan kehendak dari para pihak tersebut bertujuan menimbulkan akibat hukum berupa peralihan hak kepemilikan atas harta benda yang akan diwakafkan.
4. Akibat hukum yang timbul adalah untuk kepentingan pihak pengelola harta benda yang akan dilepaskan haknya dan atas beban pemilik harta benda tersebut.
5. Dibuat dengan mengindahkan ketentuan perundang-undangan, dalam hal ini perbuatan hukum tersebut tidak diwajibkan untuk dilakukan dalam bentuk akta notaris, akan tetapi dikarenakan perbuatan tersebut mengenai peralihan hak dan berkaitan dengan

pembuktian maka sewajarnya perbuatan hukum tersebut dituangkan dalam bentuk akta notaris.

Pengikatan wakaf sebagai suatu perjanjian dikatakan sah apabila memenuhi syarat untuk sahnya suatu perjanjian sebagai berikut:

1. Adanya kata sepakat antara pemilik harta benda dengan pengelola harta benda untuk mengikatkan diri dan melaksanakan suatu prestasi-prestasi tertentu, dalam hal ini berupa melepaskan hak atas harta benda, serta pendaftaran dan pengelolaan harta benda tersebut, dan tindakan lainnya yang diperlukan untuk terlaksananya perbuatan hukum wakaf.
2. Para pihak dalam pengikatan wakaf adalah mereka yang cakap bertindak dan mampu untuk melakukan tindakan hukum yang membawa akibat hukum.
3. Mengenai suatu hal tertentu dalam hal ini berupa harta benda yang akan dilepaskan haknya serta pengelolaan atas harta benda tersebut nantinya.
4. Isi, maksud dan tujuan dari pengikatan wakaf tidak bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan atau kesusilaan atau ketertiban hukum yang berlaku.

Bentuk akta pengikatan wakaf terdiri dari bagian-bagian sebagaimana diatur dalam Pasal 38 Undang-Undang Jabatan Notaris, terdiri dari:

1. Awal akta, memuat judul akta yaitu “Akta Pengikatan Wakaf” atau “Akta Pengikatan Ikrar Wakaf”, nomor akta, jam, hari, tanggal, bulan dan tahun, serta nama lengkap dan tempat kedudukan Notaris.
2. Badan akta, memuat:
 - a. *Komparisi*, yaitu keterangan mengenai identitas para pihak (para penghadap) dan kedudukan bertindak masing-masing pihak, berisi identitas dari pihak yang hendak melepaskan hak atas harta bendanya dan identitas dari pihak yang nantinya akan bertindak selaku pengelola harta benda tersebut.

- b. *Premisse*, yaitu keterangan pendahuluan setelah komparasi, mengenai hal-hal berupa alasan atau latar belakang pembuatan hukum pengikatan wakaf dan pernyataan kehendak para pihak terhadap harta benda yang hendak dilepaskan haknya.
 - c. Keterangan-keterangan yang diberikan oleh para pihak dalam akta, dalam hal ini berkaitan dengan jaminan-jaminan terhadap keadaan harta benda yang akan dilepaskan haknya (benar miliknya, tidak sedang dan akan dijaminakan atau dialihkan dengan cara apapun juga), dan apa yang akan diperbuat terhadap harta benda yang akan dilepaskan haknya tersebut.
3. Akhir akta, memuat keterangan dari notaris mengenai waktu dan tempat akta dibuat serta selanjutnya keterangan mengenai para saksi, dihadapan siapa akta dibuat, dan akhirnya tentang pembacaan dan perubahan terhadap akta yang dibuat serta penandatanganan dari akta tersebut. Pembacaan dan penandatanganan akta harus dinyatakan dengan tegas pada akhir atau penutup akta.

Berdasarkan hasil wawancara dengan notaris diketahui bahwa suatu perikatan dengan bentuk pengikatan wakaf belum pernah ditemui sebelumnya namun hal tersebut bukan merupakan suatu hal baru karena bentuk akta-akta pengikatan telah dikenal oleh notaris dalam menjalankan tugas dan jabatannya di Indonesia, sebagai contoh adanya akta pengikatan jual beli dan pengikatan hibah yang telah dibuat oleh notaris. Pengikatan wakaf sebagaimana dimaksud tersebut dapat dibuat berdasarkan permintaan penghadap guna memenuhi kebutuhan wakaf yang hendak dilaksanakan dan dapat digunakan sebagai dasar peralihan hak.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Wawancara dengan Fauzah Askar, S.H., Notaris di Jakarta, pada tanggal 13 Juli 2012 di Jakarta, dan wawancara dengan Kun Hidayat, S.H., Notaris di Jakarta, pada tanggal 16 Juli 2012 di Jakarta.

BAB III

PENUTUP

1. SIMPULAN

- 1.1. Peran Notaris dalam wakaf dengan Nazhir yang tidak atau belum memiliki status badan hukum didasarkan pada kewajiban dan kewenangan Notaris dalam hal memberikan penyuluhan hukum sebagai bagian dari tugas dan jabatan Notaris yang diatur dalam Undang-Undang Jabatan Notaris yang berlaku di Indonesia. Berdasarkan pemikiran tersebut Notaris dapat menyarankan dibuatnya suatu bentuk perikatan antara pihak yang akan mewakafkan harta bendanya dan pihak yang nantinya akan mengelola harta benda tersebut.
- 1.2. Bentuk perikatan yang dibutuhkan antara pihak yang akan mewakafkan harta bendanya dengan pihak yang nantinya akan mengelola harta benda tersebut sebaiknya dibuat dalam bentuk akta otentik berupa suatu akta perjanjian yang dibuat oleh Notaris sehingga kekuatan pembuktiannya menjadi sempurna dan dapat dilaksanakan.

2. SARAN

- 2.1. Perbaikan terhadap hukum positif berupa peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia dan pelaksanaan serta penerapan aturan hukum tersebut sangat dibutuhkan agar hak dan kewajiban setiap subyek hukum yang ada dapat terpenuhi dengan baik. Pembentuk undang-undang hendaknya lebih peka terhadap kebutuhan yang ada didalam masyarakat. Apabila menetapkan suatu ketentuan hukum dalam bentuk Undang-Undang yang didalamnya mengatur tentang adanya Peraturan Pemerintah untuk teknis pelaksanaan suatu aturan hukum tersebut, maka Peraturan Pemerintah tersebut segera dibuat dan diberlakukan. Begitu pula dengan bentuk peraturan perundang-undangan lainnya.

- 2.2. Hukum positif yang berlaku tidak dapat diimplementasikan tanpa peran serta yang maksimal dari pemerintah selaku penyelenggara negara, baik di tingkat pusat maupun daerah, dari segi sumber daya manusia dan kemauan untuk meningkatkan pengetahuan serta kesadaran bahwa jabatan yang disandangnya merupakan tugas dan tanggung jawab yang luar biasa pentingnya. Pejabat pemerintah dalam menjalankan jabatan hendaknya terus mengembangkan dan menambah wawasan serta pengetahuan mengenai aturan hukum yang berlaku dilingkungan masing-masing, memperhatikan perkembangan kebutuhan masyarakat, serta meningkatkan pelayanan demi perbaikan terhadap pemenuhan kebutuhan masyarakat.
- 2.3. Masyarakat selaku subyek hukum diharuskan mematuhi peraturan perundang-undangan yang berlaku, kepatuhan disini berarti mengerti dan memahami serta memenuhi ketentuan yang telah diatur tersebut, mencari informasi serta mengikuti perkembangan ketentuan hukum sehingga tercapai tujuan diadakannya aturan tersebut yaitu ketertiban dan kepastian hukum.
- 2.4. Pemikiran-pemikiran baru dibidang hukum khususnya yang berkaitan dengan pelaksanaan tugas dan jabatan seorang Notaris perlu untuk terus dikembangkan sejalan dengan berkembangnya kebutuhan akan hak dan kewajiban setiap individu dalam masyarakat di Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdurrahman. *Masalah Perwakafan Tanah Milik dan Kedudukan Tanah Wakaf di Negara Kita*. Bandung: Alumni, 1984.
- Adjie, Habib. *Merajut Pemikiran dalam Dunia Notaris dan PPAT*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2011.
- _____. *Sanksi Perdata dan Administratif Terhadap Notaris Sebagai Pejabat Publik*. Bandung: Refika Aditama, 2008.
- _____. *Hukum Notaris Indoensia, Tafsiran Tematik Terhadap UU No.3 Tahun 2004 Tentang Jabatan Notaris*. Bandung: Refika Aditama, 2008.
- Ais, Chatamarrasjid. *Badan Hukum Yayasan (Suatu Analisa Mengenai Yayasan Sebagai Suatu Badan Hukum Sosial)*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2002.
- _____. *Tujuan Sosial Yayasan dan Kegiatan Usaha Bertujuan Laba*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001.
- Al-Qaradhawi, Yusuf, *Fiqih Praktis bagi Kehidupan Modern*. Jakarta: Gema Insani, 2002.
- Ali, Mohammad Daud. *Sistem Ekonomi Islam Zakat dan Wakaf*. Jakarta: UI Press, 1988.
- _____. *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*. Cet. 4. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 1994.
- Andasasmita, Komar. *Notaris I*. Bandung: Sumur Bandung, 1981.
- Anshori, Abdul Ghofur. *Hukum dan Praktik Perwakafan di Indonesia*, Yogyakarta: Pilar Media, 2006.
- Black, Henry Campbell, M. A. *Black's Law Dictionary*. St. Paul Minnesota : West Publishing Co., 5th edition, 1979.
- Budiono, Herlien. *Kumpulan Tulisan Hukum Perdata di Bidang Kenotariatan*, Bandung : Citra Aditya Bakti, 2008.
- Darmabrata, Wahyono. *Tinjauan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan beserta Undang-Undang dan Peraturan Pelaksanaannya*. Jakarta: Rizkita Jakarta, 2008.
- Departemen Agama Republik Indonesia. *Al-Quran Dan Terjemahnya Dengan Transliterasi Arab-Latin (Rumy)*. Semarang: Asy-Syifa, 2001.

- Hadjon, Philipus M. *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia*. Surabaya: Bina Ilmu, 1987.
- _____. *Pemerintah Menurut Hukum (Wet-en Rechtmatig Bestuur)*. Surabaya: Yuridika, 1993.
- _____. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction To The Indonesia Administrative Law)*. Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2002.
- _____. *Penalaran Hukum (Legal Reasoning)*. Fakultas Hukum Universitas Airlangga, tanpa tahun.
- Hasan, A. *Al-Fara'id*. Surabaya: Pustaka Progressif, 2006.
- _____. *Kumpulan Tulisan Hukum Perdata di Bidang Kenotariatan – Buku Kedua*. Bandung : Citra Aditya Aditya Bakti, 2010.
- Hutagalung, Mura P. *Hukum Islam Dalam Era Pembangunan*. Cet. 1. Jakarta: Ind.Hill-co, 1985.
- Jawad Mughniyah, Muhammad. *Fiqih Lima Mazhab*. Diterjemahkan oleh Masykur AB, Afif Muhammad dan Idrus Al-Kaff. Jakarta: Lentera, 2007.
- Kansil, C.S.T; Cristine S.T. Kansil. *Pokok-Pokok Badan Hukum*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2002.
- Kohar, Abdul. *Notaris Dalam Praktek Hukum*. Bandung: Alumni, 1983.
- Mamudji, Sri. *Et.al. Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum UI, 2005.
- Manan, Bagir. *Hukum Positif Indonesia*. Yogyakarta: UII Press, 2004.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana, 2005.
- Mertokusumo, Sudikno. *Penemuan Hukum: sebuah pengantar*. Yogyakarta: Liberty Yogyakarta, 2007.
- Munsiy, Alif Danya. *Bahasa Menunjukkan Bangsa*. Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia, 2005.
- Nico. *Tanggung Jawab Notaris Selaku Pejabat Umum*. Yogyakarta: Center for Documentation and Studies of Business Law (CDSBL), 2003.
- Notodisoerjo, R. Soegondo. *Hukum Notariat di Indonesia: Suatu Penjelasan*. Jakarta: Rajawali, 1982.

- Patton, George Whitecross. *A Text Book of Jurisprudence*. Oxford at the Clarendon Press, 1953.
- Prihatini, Farida; Uswatun Hasanah; dan Wirdyaningsih. *Hukum Islam Zakat & Wakaf: Teori Dan Prakteknya Di Indonesia*. Jakarta: Papas Sinar - Badan Penerbit FHUI, 2005.
- Prodjodikoro, Wirjono. *Azas-azas Hukum Perjanjian*. Bandung: Bale Bandung – Sumur Bandung, 1989.
- Rasjid, Sulaiman. *Fiqh Islam*. Cet. 22. Bandung: Sinar Baru, 1989.
- Rido, Ali. *Badan Hukum dan Kedudukan Badan Hukum Perseroan, Perkumpulan, Koperasi, Yayasan, Wakaf*. Cet. 4. Bandung: Alumni, 1986.
- Satrio, J. *Hukum Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1998.
- Setiawan, R. *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*. Bandung: Bina Cipta, 1979.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*. Cet. 5. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001.
- Soerodjo, Irawan. *Kepastian Hukum Hak Atas Tanah di Indonesia*. Surabaya: Arkola, 2003.
- Subekti, R. *Hukum Perikatan*. Jakarta : Intermasa, 1983.
- Tan, Thong Kie. *Studi Notariat: Serba-Serbi Praktek Notaris*. Jakarta: Ichtiar Baru van Hoeve, 2000.
- Tobing, G.H.S. Lumban. *Peraturan Jabatan Notaris*. Cet.3. Jakarta: Erlangga, 1996.
- Toer, Pramoedya Ananta, *Saya Terbakar Amarah Sendirian!*. Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia, 2006.
- Utrecht, E. *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*. Jakarta: Ichtiar, 1963.
- Widyadharma, Ignatius Ridwan. *Badan Hukum Yayasan (Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001)*. Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2001.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Indonesia. *Undang-Undang Tentang Yayasan*. No. 16 Tahun 2001. LN No. 112 Tahun 2001, TLN NO. 4132.

_____. *Undang-Undang Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 Tentang Yayasan*. No. 28 Tahun 2004, LN No. 115 Tahun 2004.

_____. *Undang-Undang Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*. UU No. 10 Tahun 2004, LN No. 53 Tahun 2004, TLN Nomor 4389.

_____. *Undang-Undang Tentang Jabatan Notaris*. No. 30 Tahun 2004. LN No. 117 Tahun 2004, TLN NO. 4432.

_____. *Undang-Undang Tentang Wakaf*. No. 41 Tahun 2004, LN No. 159 Tahun 2004, TLN NO. 4459.

_____. *Peraturan Pemerintah Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf*. No. 42 Tahun 2006, LN No. 105 Tahun 2006, TLN NO. 4667.

_____. *Instruksi Presiden Tentang Kompilasi Hukum Islam*. No. 1 Tahun 1991.

_____. *Keputusan Menteri Agama Tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam*. No. 154 Tahun 1991.

INTERNET

Administrator. *Pengertian Wakaf*.

http://bwi.or.id/index.php?option=com_content&view=article&id=58&Itemid=54&lang=in. Diunduh 20 Maret 2012.