



**HAK TANGGUNGAN SEBAGAI JAMINAN PADA
AKAD MUDHARABAH DALAM PERSPEKTIF
KEPASTIAN HUKUM**

DISERTASI

**Untuk Dipertahankan Di Hadapan Tim Penguji Disertasi
Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum
Universitas Jambi**

Oleh:

**NURHAN
NIM. P3B119015**

**UNIVERSITAS JAMBI
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
JAMBI
2024**



UNIVERSITAS JAMBI
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI DOKTOR ILMU HUKUM

PERSETUJUAN DISERTASI

Disertasi ini yang diajukan oleh :

Nama Mahasiswa : **NURHAN**
Nomor Induk Mahasiswa : **P3B119015**
Program Kekhususan : **Hukum Bisnis**
Judul Disertasi : **Hak Tanggungan Sebagai Jaminan Pada Akad
Mudharabah Dalam Perspektif Kepastian Hukum**

Telah disetujui oleh Promotor dan Co Promotor pada tanggal seperti tertera
di bawah ini untuk dipertahankan di hadapan Tim Penguji Disertasi
Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum
Universitas Jambi

Jambi, 20 Mei 2024

Promotor

Co Promotor


Prof. H. Johni Najwan, S.H., M.H., Ph.D.
NIP 196202281989021002


Dr. Hj. Muskibah, S.H., M.Hum.
NIP 196512041990032001



UNIVERSITAS JAMBI
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI DOKTOR ILMU HUKUM

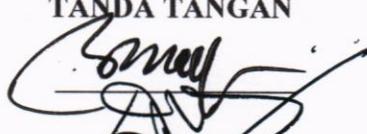
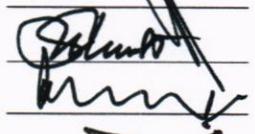
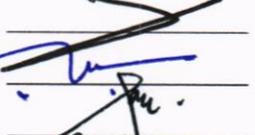
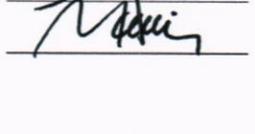
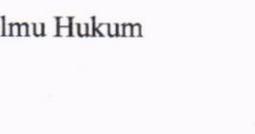
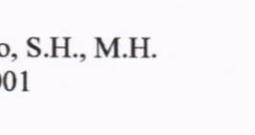
PENGESAHAN DISERTASI

Disertasi ini diajukan oleh :

Nama Mahasiswa : **NURHAN**
Nomor Induk Mahasiswa : **P3B119015**
Program Kekhususan : **Hukum Bisnis**
Judul Disertasi : **Hak Tanggungan Sebagai Jaminan Pada Akad Mudharabah Dalam Perspektif Kepastian Hukum**

Telah dipertahankan di hadapan Tim Penguji Disertasi Program Studi
Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jambi
Pada tanggal **20 Mei 2024** dan
Dinyatakan **LULUS**

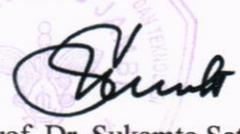
TIM PENGUJI

NAMA	JABATAN	TANDA TANGAN
Dr. H. Usman, S.H., M.H.	Ketua	
Dr. Dwi Suryahartati, S.H., M.Kn	Sekretaris	
Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H.	Penguji Utama/ Penguji Eksternal	
Prof. Dr. Sukamto Satoto, S.H., M.H.	Penguji	
Prof. Dr. Helmi, S.H., M.H.	Penguji	
Dr. H. Taufik Yahya, S.H., M.H.	Penguji	
Dr. H. Umar, S.H., M.H.	Penguji	
Prof. H. Johni Najwan, S.H., M.H., Ph.D.	Promotor	
Dr. Hj. Muskibah, S.H., M.Hum.	Co Promotor	

Mengetahui:
Dekan Fakultas Hukum Universitas Jambi


Dr. H. Usman, S.H., M.H.
NIP. 196405031990031004

Mengesahkan:
Ketua Program Doktor Ilmu Hukum


Prof. Dr. Sukamto Satoto, S.H., M.H.
NIP. 195503231984031001

telah banyak mencurahkan waktu, motivasi dan karyanya sehingga penulis dapat menyusun tahap demi tahap penulisan Disertasi ini, untuk penulis mendo'akan semoga almarhum yang mulia dan terpelajar **Prof. Dr. Bahder Johan Nasution., S.H., M.Hum** diterima segala amal ibadahnya. *Amin ya robbal alamin*. Sehubungan dengan itu, penulis juga ingin menyampaikan rasa terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya secara khusus kepada yang terhormat :

1. **Prof. Dr. Helmi, S.H., M.H.**, Rektor Universitas Jambi yang telah banyak memberikan fasilitas dan kemudahan kepada penulis selama mengikuti pendidikan di Universitas Jambi;
2. **Dr. Usman, S.H., M.H.**, Dekan Fakultas Hukum Universitas Jambi, juga sebagai dosen yang telah banyak memberikan arahan, bimbingan dan kemudahan kepada Penulis selama mengikuti perkuliahan pada Program Doktor Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Jambi;
3. **Prof. Dr. Sukanto Satoto, S.H., M.H.**, Ketua Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jambi, dan sebagai dosen yang telah banyak memberikan petunjuk dan arahan selama penulis melaksanakan perkuliahan pada Program Doktor Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Jambi.
4. **Dr. Dwi Suryahartati, S.H., M.Kn.**, Sekretaris Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jambi, yang telah banyak memberikan arahan, bimbingan dan kemudahan kepada Penulis selama mengikuti perkuliahan pada Program Doktor Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Jambi;

5. Bapak-bapak dan Ibu-ibu Dosen Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jambi yang telah banyak memberikan ilmu pengetahuan, bimbingan, petunjuk dan arahan dalam masa perkuliahan;
6. Segenap Keluarga Besar Universitas Islam Indragiri, Khususnya Fakultas Hukum yang memberi semangat dan motivasi agar cepat terselesaikannya Disertasi ini.
7. Keluarga besar Pengurus Daerah Indragiri Hilir, Ikatan Notaris Indonesia dan Ikatan Pejabat Pembuat Akta Tanah, yang turut memberikan dorongan dalam penulisan Disertasi ini.
8. Staff dan karyawan pada Program Doktor (S3) Ilmu Hukum Universitas Jambi yang telah banyak membantu penulis dalam penyelesaian administrasi.
9. Keluarga besar Penulis Terutama kepada istriku dan anak-anak ku, terkhusus untuk ananda Maita, Raihan, dan Mutiara Salsabila, yang turut memotivasi penulis untuk menyelesaikan Disertasi ini.
10. Seluruh teman-teman seperjuangan angkatan 2019 terima kasih atas kerjasamanya selama kuliah yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu.

Penulis menyadari bahwa masih banyak terdapat kekurangan-kekurangan dalam penulisan Disertasi ini, oleh sebab itu penulis mengharapkan adanya kritik dan saran-saran yang membangun sehingga penulis dapat menyempurnakan hasil penelitian ini dengan baik. Untuk itu penulis berterima kasih atas saran demi kesempurnaan hasil penelitian ini.

Jambi, Maret 2024
Penulis

Nurhan
P3B119015

ABSTRAK

Penelitian ini bertujuan untuk menganalisis dan menemukan Kepastian Hukum Hak Tanggungan di Indonesia, Bagaimana konsep dan pengaturan Hak Tanggungan pada Hukum Jaminan di Indonesia, Bagaimana kepastian hukum dalam implementasi Hak Tanggungan pada akad *mudharabah* menurut perjanjian berdasarkan prinsip syariah di Indonesia, dan Bagaimana konsep ideal perjanjian jaminan dalam akad *mudharabah* untuk mewujudkan kepastian hukum. Penelitian ini menggunakan penelitian yuridis normatif dengan pendekatan peraturan perundang-undangan yang didukung dengan pendekatan filosofi, dan konsep hukum. Hasil penelitian memperlihatkan bahwa pengaturan Hak Tanggungan dalam sistem hukum jaminan di Indonesia belum dapat memberikan kepastian hukum kepada para pihak dalam perjanjian berdasarkan akad *Mudharabah*, oleh karena pengaturan hukum jaminan Hak Tanggungan belum secara komprehensif mengatur tentang jaminan atas perjanjian yang berdasarkan prinsip syariah, demikian pula pengaturannya tentang jaminan atas suatu kerjasama bagi hasil belum berada dalam satu sistem hukum jaminan kebendaan karena dalam peraturan hukum jaminan di Indonesia tidak mengatur tentang perjanjian kerjasama bagi hasil, melainkan hanya mengatur tentang jaminan atas perjanjian utang piutang. Oleh karena itu untuk memenuhi kepastian hukum dalam perjanjian jaminan dalam akad *mudharabah* agar para pihak tidak melakukan penyimpangan, dalam perjanjian dengan akad *mudharabah* para pihak menambah satu kalsula yang mensepakiti jika terbukti terdapat kerugian akibat dari penyimpangan oleh *mudharib* maka kerugian tersebut harus diperhitungkan sebagai hutang *mudharib* hal ini sebagai landasan untuk membuat perjanjian jaminan hak tanggungan agar terpenuhinya syarat sahnya suatu perjanjian jaminan kebendaan sehingga perjanjian tersebut benar-benar dapat mengikat kedua belah pihak sebagaimana maksud Pasal 1338 KUHPerdara bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya. Selain itu kedepan perlu pengaturan hukum jaminan berdasarkan prinsip syariah yang diatur secara komprehensif dalam satu perundang-undangan jaminan syariah, dan diperlukan pembenahan serta penataan sistem hukum jaminan berdasarkan prinsip syariah yang berlaku di Indonesia untuk menempatkan pengaturan hukum jaminan, khususnya jaminan kebendaan di Indonesia dalam satu sistem yang utuh sehingga terhindar dari adanya kekosongan hukum.

Kata kunci :

Kepastian Hukum, Perjanjian Hak Tanggungan, Akad *Mudharabah*.

MORTGAGE RIGHTS AS GUARANTEE FOR MUDHARABAH CONTRACTS IN LEGAL CERTAINTY PERSPECTIVE

ABSTRACT

This research aims to analyze and find legal certainty of mortgage rights in Indonesia, how is the concept and regulation of Mortgage rights in Law of Guarantee in Indonesia, how is the legal certainty in implementing mortgage rights in mudharabah contracts according to agreements based on sharia principles in Indonesia, and what is the ideal concept of a guarantee agreement in a mudharabah contract to create legal certainty. This research uses normative juridical study with legal provisions and regulations approach supported by a philosophical approach and legal concepts. The research results show that the regulation of Mortgage Rights in the legal guarantee system in Indonesia has not been able to provide legal certainty to the parties in an agreement based on a mudharabah contract. It is because the legal regulations for mortgage guarantees do not yet comprehensively regulate guarantees for agreements based on sharia principles. Likewise, the regulation regarding guarantees for a profit sharing is not yet within a material guarantee legal system because the guarantee law regulations in Indonesia do not regulate profit sharing agreements, but only regulate guarantees for debt agreements. Therefore, to fulfill legal certainty in the guarantee agreement in the mudharabah contract, so that the parties do not make any violations, in the agreement with the mudharabah contract the parties add one clause which agrees that if it is proven that there is a loss resulting from violation by the mudharib then the loss must be calculated as a mudharib debt. This is the basis for making a mortgage guarantee agreement in order to fulfill the legal requirements for a material guarantee agreement so that the agreement can truly bind both parties as intended by Article 1338 of the Civil Code that all agreements made legally apply as a law for the parties who make them. Apart from that, in the future, it is necessary to regulate guarantee laws based on sharia principles which are regulated comprehensively in one sharia guarantee legislation, and it is necessary to improve and organize the guarantee legal system based on sharia principles that apply in Indonesia to place guarantee legal regulations, especially material guarantees in Indonesia in one a complete system to avoid legal vacuum.

Keywords:

Legal Certainty, Mortgage Rights Agreement, Mudharabah Contract

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PERSETUJUAN.....	ii
KATA PENGANTAR	iii
ABSTRAK (Bahasa Indonesia)	vi
ABSTRACT (Bahasa Inggris)	vii
DAFTAR ISI.....	viii
DAFTAR TABEL.....	xii
DAFTAR GAMBAR	xiii
DAFTAR SINGKATAN	xiv
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Perumusan Masalah.....	21
C. Tujuan dan Manfaat Penelitian	21
D. Kerangka Konseptual	22
E. Landasan Teori	29
F. Keaslian Penelitian (Orisinalitas Penelitian)	49
G. Metode Penelitian	55
H. Sistematika Penulisan.....	64
BAB II PENGATURAN HUKUM AKAD MUDHARABAH PADA PERJANJIAN BERDASARKAN PRINSIP SYARIAH DI INDONESIA	67
A. Akad Dalam Hukum Islam	67

1. Makna Akad Menurut Islam	67
2. Rukun dan Syarat Akad	69
3. Macam-Macam Akad.....	80
4. Asas-Asas Akad	85
5. Berakhirnya Akad	90
B. Akad Mudharabah Di Indonesia	93
1. Makna Akad <i>Mudharabah</i>	93
2. Dasar Hukum <i>Mudharabah</i>	97
3. Rukun dan Syarat <i>Mudharabah</i>	105
4. Prinsip-Prinsip <i>Mudharabah</i>	113
5. Berakhirnya Akad <i>Mudharabah</i>	118
6. Manfaat <i>Mudharabah</i>	119
7. Akad <i>Mudharabah</i> Dalam Praktek Perbankan Syariah di Indonesia	120
8. Kedudukan Fatwa DSN-MUI Dalam <i>Akad Mudharabah</i> di Indonesia	126
BAB III KONSEP DAN PENGATURAN HAK TANGGUNGAN DALAM HUKUM JAMINAN DI INDONESIA	133
A. Tinjauan Umum Hukum Jaminan Di Indonesia.....	133
1. Hukum Jaminan Di Indonesia	133
2. Sumber Pengaturan Hukum Jaminan	148
3. Urgensi Lembaga Jaminan	153
4. Sifat dan Bentuk Perjanjian Jaminan.....	161
5. Pembedaan Lembaga Jaminan	171

B. Lembaga Jaminan Hak Tanggungan	181
1. Makna Hak Tanggungan	182
2. Subjek Hukum Hak Tanggungan	184
3. Objek Hak Tanggungan	187
4. Sifat Hak Tanggungan.....	190
5. Pembebanan Hak Tanggungan.....	195
6. Hapusnya Hak Tanggungan	220
7. Roya Hak Tanggungan.....	222
8. Eksekusi Hak Tanggungan.....	226
 BAB IV	
KEPASTIAN HUKUM DALAM IMPLEMENTASI HAK TANGGUNGAN SEBAGAI JAMINAN PADA AKAD MUDHARABAH DI INDONESIA	230
A. Konsep Jaminan Menurut Hukum Islam	230
1. Definisi Jaminan Jaminan menurut Hukum Islam	230
2. Macam-Macam Jaminan Dalam Hukum Islam	231
B. Jaminan Dalam Akad Mudharabah Pada Lembaga Keuangan Syariah Di Indonesia	272
1. Kedudukan Jaminan Dalam Akad <i>Mudharabah</i> Pada Lembaga Keuangan Syariah di Indonesia	272
2. Kepastian Hukum Hak Tanggungan Akad <i>Mudharabah</i> Pada Lembaga Keuangan Syariah di Indonesia	279
 BAB V	
KONSEP IDEAL PERJANJIAN JAMINAN DALAM AKAD MUDHARABAH UNTUK MEWUJUDKAN KEPASTIAN HUKUM	293
A. Aspek Hukum Perjanjian Jaminan Hak Tanggungan Pada	

<i>Akad Mudharabah</i>	293
B. Kepastian Hukum Bagi Shaibul Mal Dalam <i>Akad Mudharabah</i>	309
C. Konsep Ideal Perjanjian Jamina pada <i>Akad Mudharabah</i>	324
BAB VI PENUTUP	355
A. KESIMPULAN	355
B. SARAN.....	357
DAFTAR PUSTAKA	359

DAFTAR TABEL

Halaman

Tabel 1	Orisinalitas Penelitian Terdahulu dan tentang perbedaan antara penelitian yang peneliti lakukan dengan hasil penelitian orang lain	49
---------	---	----

DAFTAR GAMBAR

	Halaman
Gambar III.1 Bagan Pembebanan Hak Tanggungan.....	218

DAFTAR SINGKATAN

APHT	: <i>Akta Pemberian Hak Tanggungan</i>
BI	: <i>Bank Indonesia</i>
BPN	: <i>Badan Pertanahan Nasional</i>
DPS	: <i>Dewan Pengawas Syariah</i>
DSN	: <i>Dewan Syariah Nasional</i>
HIR	: <i>Herzien Inlandsch Reglement</i>
HT	: <i>Hak Tanggungan</i>
KANTAH	: <i>Kantor Pertanahan</i>
KHUPer	: <i>Kitab Undang-Undang Hukum Perdata</i>
LKS	: <i>Lembaga Keuangan Syariah</i>
MUI	: <i>Majelis Ulama Indonesia</i>
NPF	: <i>Non Performing Financing</i>
OJK	: <i>Otoritas Jasa Keuangan</i>
PA	: <i>Pengadilan Agama</i>
PN	: <i>Pengadilan Negeri</i>
PK	: <i>Perjanjian Kredit</i>
PPAT	: <i>Pejabat Pembuat Akta Tanah</i>
Rbg	: <i>Rechtegemen voor de Buitengewesten</i>
SKMHT	: <i>Surat Kuasa Memasang Hak Tanggungan</i>
SHM	: <i>Sertipikat Hak Milik</i>
SHT	: <i>Sertipikat Hak Tanggungan</i>
UU	: <i>Undang-Undang</i>
UD	: <i>Undang-Undang Dasar</i>
UUHT	: <i>Undang-Undang hak Tanggungan</i>
UUS	: <i>Undang-Undang Syariah</i>
UPA	: <i>Undang-Undang Pokok Agraria</i>

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menyebutkan, bahwa “Negara Indonesia negara hukum”. Negara hukum dimaksud adalah negara yang menegakan supermasi hukum untuk menegakan kebenaran dan keadilan dan tidak ada kekuasaan yang tidak dipertanggung jawabkan.¹

Negara Hukum ialah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warga negaranya. Keadilan merupakan syarat bagi terciptanya kebahagiaan hidup untuk warga negaranya, dan sebagai dasar dari pada keadilan itu perlu diajarkan rasa sosial kepada setiap manusia agar ia menjadi warga negara yang baik. Demikian pula peraturan hukum yang sebenarnya hanya ada jika peraturan hukum itu mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup antar warga negaranya.²

Negara Indonesia yang diproklamirkan pada tanggal 17 Agustus 1945 telah menyatakan bahwa negara berdasarkan atas hukum. Pernyataan ini dengan jelas terlihat dalam penjelasan Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945, yaitu Negara berdasarkan atas hukum dan tidak berdasarkan kekuasaan belaka. Konsekwensi pengakuan ini mengisyaratkan

¹ Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Panduan Pemasyarakatan Undang-undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (Sesuai dengan Urutan Bab, Pasal dan ayat)*, Sekertaris Jendral MPR RI, Jakarta, 2010, hlm, 46

² Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Sinar Bakti, Jakarta 1988, hlm., 153.

adanya lembaga peradilan sebab lembaga peradilan ini harus ada dan merupakan syarat bagi setiap negara yang menamakan diri sebagai negara hukum atau negara berdasarkan atas hukum.³

Indonesia adalah negara agraris, sehingga tanah yang merupakan karunia Allah SWT yang sejak zaman dahulu dimanfaatkan sebagai tempat bercocok tanam atau yang lebih sering disebut sebagai lahan pertanian, seiring dengan berjalannya waktu tanah bukan saja sebagai lahan pertanian tetapi juga sebagai penggerak pembangunan dibidang ekonomi, khususnya bidang perbankan sebagai bagian dari jaminan dalam perjanjian kredit dalam bentuk hak tanggungan sebagaimana Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan. Sebelum lahirnya undang-undang ini jaminan atas tanah diatur dalam buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang dikenal dengan istilah hipotik. Tanah yang dimaksud di sini adalah hak atas tanah sebagian tertentu atas permukaan bumi, yang berbatas, berdimensi dua dengan ukuran panjang dan lebar.⁴

Pasal 1 angka 2 Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana yang telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2023 tentang Pengembangan dan penguatan Sektor Keuangan memberikan pengertian Bank adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan, dan menyalurkannya kepada masyarakat, dalam rangka meningkatkan

³ Rusli Muhammad, *Lembaga Peradilan Indonesia*, UII Press, Yogyakarta 2013, hlm. 1

⁴ Urip Santoso, *Hukum Agraria, Kajian Komprehensif*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, 2012, hlm. 11

taraf hidup rakyat banyak.⁵ Bank merupakan salah satu *financial intermediary*, sebagai lembaga perantara keuangan, bank memiliki fungsi menghimpun dana dari pihak yang kelebihan dana (*surplus of funds*). Dalam hal ini menghimpun dana dari masyarakat, kepercayaan masyarakat untuk menyimpan dananya pada bank merupakan modal utama bank.⁶ Di Indonesia terdapat 2 (dua) sistem perbankan yaitu Bank Konvensional yang diatur dalam Pasal 13 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2023 tentang Pengembangan dan Penguatan Sektor Keuangan, yang menyatakan bahwa Dalam rangka pengembangan dan penguatan sektor keuangan melalui penataan di sektor perbankan dan perbankan syariah, Undang-Undang ini mengubah, menghapus, dan/atau menetapkan pengaturan baru beberapa ketentuan yang diatur dalam :⁷

- a. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1992 Nomor 31, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 34721 sebagaimana telah beberapa kali diubah terakhir dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2022 tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2022 Nomor 238, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6841); dan
- b. Undang-Undang Nomor 2L Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan

⁵ Pasal 1 angka 2 Undang-undang 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan.

⁶ Neni Sri Imaniyati dan Panji Adam Agus Putra, *Pengantar Hukum Perbankan Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2016, hlm. 17

⁷ Pasal 13 Undang-undang 4 Tahun 2023 tentang Pengembangan dan penguatan Sektor Keuangan.

lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 48671 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2022 tentang Cipta Kerja (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2022 Nomor 238, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6841).

Berdasarkan Undang-undang tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa aktivitas perbankan, baik bank konvensional maupun bank syariah memiliki tujuan yang sama yaitu untuk mendapatkan keuntungan, yang membedakan adalah konsep dasar operasionalnya demi mendapatkan keuntungan tersebut. Pada perbankan umum peran masyarakat sangat penting dalam operasional perbankan karena bank dalam kegiatannya selalu berusaha untuk mengumpulkan dana sebanyak-banyak dari masyarakat untuk dikelola dan menyalurkannya kembali kepada masyarakat dalam bentuk pinjaman atau yang lebih sering disebut dengan penyaluran kredit. Yang dimaksud dengan kredit adalah kemampuan untuk melaksanakan suatu pembelian atau mengadakan suatu pinjaman dengan suatu janji, pembayaran akan dilaksanakan pada jangka waktu yang telah disepakati.⁸

Penyaluran kredit yang bersifat ekspansif tersebut disatu sisi sudah barang tentu sangat menguntungkan masyarakat karena akan dapat dengan mudah memperoleh dana (dalam bentuk kredit atau pinjaman bank) tanpa harus disertai dengan syarat yang rumit dan merepotkan.⁹ Berdasarkan Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan Umum sebagaimana telah dirubah dengan Undang-Undang

⁸ Zainal Asikin, *Pengantar Hukum Perbankan Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2015, hlm. 146

⁹ M. Khoidin, *Hukum Jaminan (Hak-Hak Jaminan, Hak Tanggungan, dan Eksekusi Hak Tanggungan)*, Laksbang Yustitia, Surabaya, 2017, hlm. 5

Nomor 4 Tahun 2023 tentang pengembangan dan penguatan Sektor Keuangan. Bank, jika melakukan suatu perjanjian kredit pihak perbankan wajib menjalankan prinsip-prinsip perbankan dengan jelas dan tegas, terutama prinsip kehati-hatian, serta harus mengikuti kebijakan pokok perkreditan demi menjaga keamanan, integritas, dan profesionalisme kerja bank tersebut. Oleh karena itu dalam prakteknya pemberian kredit oleh bank selalu disertai dengan penyerahan jaminan oleh debitur, yang dalam pelaksanaan dilakukan pada saat pengikatan jaminan yaitu pada saat akad kredit.

Namun berbeda pada perbankan syariah yang kegiatannya menghimpun dana dari masyarakat untuk dikelola dan menyalurkan kembali kepada masyarakat dalam bentuk akad bagi hasil ataupun akad lain yang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah, salah satunya dalam bentuk akad *mudharabah*, dalam hal ini bank syariah menghimpun dana dengan cara melakukan dengan akad kerja sama antara pihak pertama (*malik, shahibul mal*, atau Nasabah) sebagai pemilik dana dan pihak kedua (*'amil, mudharib*, atau Bank Syariah) yang bertindak sebagai pengelola dana dari masyarakat dengan membagi keuntungan usaha sesuai dengan kesepakatan yang dituangkan dalam akad kepada nasabahnya, dan kemudian bank syariah menyalurkan kembali kepada masyarakat dalam pembiayaan adalah akad kerja sama suatu usaha antara pihak pertama (*malik, shahibul mal*, atau Bank Syariah) yang menyediakan seluruh modal dan pihak kedua (*'amil, mudharib*, atau Nasabah) yang bertindak selaku pengelola dana dengan membagi keuntungan usaha sesuai dengan kesepakatan yang dituangkan dalam Akad, sedangkan kerugian ditanggung sepenuhnya oleh Bank Syariah

kecuali jika pihak kedua melakukan kesalahan yang disengaja, lalai atau menyalahi perjanjian.¹⁰ Untuk menjamin keberlangsungan kegiatan perbankan syariah tetap harus menerapkan prinsip kehati-hatian dalam penyaluran dana kepada masyarakat. Sebagai implementasi dari prinsip kehati-hatian tersebut bank dalam melaksanakan penyaluran dana kepada masyarakat harus melakukan analisis mendalam terhadap watak, kemampuan, modal, serta jaminan, dan prospek usaha dari seorang calon debitur. Salah satu dari penilaian itu, yang sering digunakan oleh pihak bank yaitu adanya jaminan atau *chollateral*.

Jaminan bertujuan untuk memperkuat posisi kreditur jika terjadinya suatu resiko tidak dikembalikannya dana yang disalurkan, oleh karena itu dapat dikatakan jaminan merupakan suatu perlindungan bagi keamanan bank sebagai kepastian atas pelunasan hutang seorang debitur atau dapat dikatakan sebagai pelaksanaan suatu prestasi debitur. Kehadiran jaminan merupakan salah satu syarat dalam rangka untuk memperkecil kemungkinan resiko bank dalam penyaluran dana kepada masyarakat yang dalam bank konvensional disebut dengan kredit sedangkan dalam bank syariah disebut dengan pembiayaan. Namun dalam hal ini, secara prinsip jaminan bukanlah syarat utama, tetapi bank memprioritaskan kelayakan usaha yang akan dibiayai sebagai jaminan utama bagi bank untuk mengembalikan dana sesuai dengan jadwal yang telah ditentukan dalam perjanjian yang telah disepakati.¹¹

¹⁰ Penjelasan Pasal 19 Undang-undang 21 Tahun 2008 tentang Tentang Perbankan Syariah, sebagaimana telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2023 tentang Pengembangan dan Penguatan Sektor Keuangan.

¹¹ Johannes Ibrahim Kosasih dan Hassanain Haykal, *Kasus Hukum Notaris di Bidang Kredit Perbankan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2021, hlm. 194

Sesuai dengan golongan terdapat dua macam jaminan, pertama jaminan perorangan yaitu suatu perjanjian penanggungan dimana adanya seseorang sebagai pihak ketiga yang bersedia menjadi penanggung (*borg*) atas hutang seorang debitur, dan atas dasar kesepakatan antara pihak kreditur lalu dibuat suatu perjanjian yang lebih dikenal dengan perjanjian penanggungan.¹² Sedangkan yang kedua adalah jaminan kebendaan yaitu suatu perjanjian dimana yang menjadi objek jaminan adalah benda, dimana seorang debitur berjanji akan menyerahkan suatu benda tertentu kepada kreditur untuk menjamin atas hutangnya.¹³ Perjanjian yang dibuat oleh debitur dan kreditur atas benda sebagai objek jaminan akan dibuat suatu perjanjian yang dikenal dengan perjanjian jaminan kebendaan yang berakibat melahirkan hak kebendaan dengan suatu wujudnya hak jaminan kebendaan.

Suatu benda pada dasarnya dapat dikelompokkan menjadi dua, kategori, yang pertama adalah benda bergerak hal ini dikatakan sebagai benda bergerak karena sifatnya dapat berpindah-pindah atau dipindahkan tempatnya (*verplaatsbaar*) tanpa harus mengubah wujud, fungsi, maupun hakekat dari benda tersebut serta karena undang-undang, sedangkan kategori yang kedua adalah benda tidak bergerak, yaitu suatu benda dikatakan sebagai benda tidak bergerak karena yang menurut sifatnya apabila benda tersebut dipindahkan tempatnya akan mengubah wujud, fungsi maupun hakikatnya, atau karena tujuan dan atau peruntukannya serta karena undang-undang.¹⁴

¹² Moch Isnaeni, *Pengantar Hukum Jaminan Kebendaan*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2017. hlm. 92

¹³ *Ibid*, hlm. 93

¹⁴ Rachmadi Usman, *Hukum Kebendaan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm. 68

Apabila benda yang menjadi objek jaminan maka dibuat suatu perikatan perjanjian jaminan yaitu :

1. Gadai adalah suatu hak yang diperoleh kreditur atas suatu barang bergerak yang diserahkan kepada debitur ataupun kuasanya, guna sebagai jaminan atas hutang kreditur dan yang memberikan wewenang kepada debitur untuk mengambil pelunasan piutangnya dari barang itu dengan mendahului kreditur-kreditur lain, dengan pengecualian biaya penjualan sebagai pelaksanaan putusan atas tuntutan mengenai kepemilikan atau penguasaan, dan biaya penyelamat barang itu karena yang dikeluarkan setelah barang diserahkan sebagai gadai dan yang harus didahulukan .¹⁵
2. Fidusia adalah hak kepemilikan suatu benda atas dasar kepercayaan dengan ketentuan bahwa benda dengan hak kepemilikannya dialihkan tetap dalam penguasaan pemilik benda, sedangkan jaminan fidusia adalah hak jaminan atas benda bergerak, baik benda berwujud maupun benda tidak berwujud dan bangunan diatas tanah orang lain, baik yang terdaftar ataupun tidak terdaftar, yang tidak dapat dibebani hak tanggungan, yang tetap berada dalam penguasaan pemberi fidusia sebagai jaminan pelunasan hutang tertentu yang memberikan kedudukan diutamakan kepada penerima fidusia terhadap krediturlainnya. ¹⁶
3. Hak tanggungan adalah jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang ada di atasnya dan

¹⁵ Imron Rosyadi, *Jaminan Kebendaan Berdasarkan Akad Syariah*, Kencana, Depok, 2017, hlm. 189

¹⁶ Zaeni Asyhadie dan Rahma Kusumawati, *Hukum Jamainan Di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2018, hlm. 158

merupakan satu kesatuan dengan tanah tersebut untuk pelunasan hutang tertentu yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur-kreditur lainnya.¹⁷

4. Hipotik adalah suatu hak kebendaan atas benda-benda tidak bergerak guna mengambil pelunasan atas suatu perjanjian hutang piutang tertentu yang berakibat kreditur memiliki hak tagih dan hak hipotik sebagai hak jaminan sebagai piutang istimewa.¹⁸

Dari keempat jaminan tersebut diatas yang sering digunakan pihak perbankan adalah hak tanggungan karena objek dari hak tanggungan adalah tanah dan atau bangunan yang berada di atasnya yang menjadi satu kesatuan dengan tanah dimaksud, hal ini dikarenakan tanah memiliki nilai ekonomis yang meningkat setiap tahunnya dan tanah merupakan suatu objek yang dianggap paling menguntungkan apabila terjadi eksekusi sebagai salah satu pemenuhan hutang debitur ketika terjadinya wanprestasi. Apabila seorang debitur mendapatkan kredit dari pihak perbankan, menjadikan tanah sebagai objek jaminan, dan secara fisik tanah tersebut tetap dalam penguasaan debitur yang bersangkutan sementara kepemilikannya tetap berada pada pemilik semula, akan tetapi karena dijadikan sebagai jaminan hutang dengan diadakannya perjanjian Hak Tanggungan, sehingga kewenangan pemberian Hak Tanggungan untuk melaksanakan perbuatan hukum dengan pihak ketiga atau perbuatannya lain yang

¹⁷ M. Khoidin, *Hukum Jaminan, (Hak-hak Jaminan, Hak Tanggungan dan Eksekusi Hak Tanggungan)*, Laksbang Yustitia, Surabaya, 2017, hlm. 75

¹⁸ Moch Isneani, *Hukum Jaminan Kebendaan, Eksekusi, Fungsi dan Pengaturannya*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2016, hlm. 142

mengakibatkan turunnya nilai jaminan itu dibatasi dengan Hak Tanggungan yang dimiliki oleh bank sebagai pemegang Hak Tanggungan tersebut.¹⁹

Budi Harsono mengatakan bahwa penguasaan hak atas tanah, yang berisi kewenangan bagi kreditur untuk berbuat sesuatu mengenai tanah yang dijadikan jaminan. Namun bukan untuk dikuasai secara fisik dan digunakan, melainkan untuk menjualnya jika suatu saat debitur ingkar janji (*wanprestasi*) dan akan mengambil dari hasil penjualannya baik seluruhnya ataupun sebagian sebagai pembayaran lunas hutang debitur kepada pihak perbankan.²⁰

Dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Hak Tanggungan selanjutnya disingkat UUHT disebutkan pengertian dari Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan dasar Pokok- Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain.²¹ Jika kita lihat dari Pasal 1 tersebut Hak Tanggungan mempunyai ciri-ciri yang mengandung *droit de preference* yaitu mempunyai hak yang didahulukan, selanjutnya dalam Pasal 7 mencerminkan adanya sifat *droit de suite* yang berarti Hak Tanggungan mengikuti benda tersebut dimanapun bendanya berada, kemudian pada Pasal 11 yang menyatakan Hak Tanggungan berasaskan

¹⁹ Andrean Sutadi, *Hukum Hak Tanggungan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm. 89

²⁰ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia*, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Palaksanakaannya, Djembatan, Bandung, 2008, hlm. 24

²¹ Pasal 1 angka 1 Undang-undang 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan.

spesialitas yang menghendaki bahwa hanya dapat dibebankan atas tanah yang ditentukan secara spesifik.²²

Melihat dari pengertian Hak Tanggungan menurut Undang-undang tersebut, perjanjian Hak Tanggungan memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu kepada kreditur lainnya ini menimbulkan hak istimewa. Sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1133 KUHPerdara bahwa hal untuk didahulukan diantara orang-orang berpiutang terbit hak istimewa, sedangkan Pasal 1134 KUHPerdara menyebutkan hak istimewa adalah suatu hak yang oleh undang-undang diberikan kepada seseorang yang berpiutang sehingga tingkatannya lebih tinggi daripada orang lainnya.

Untuk melakukan perjanjian Hak Tanggungan sebagai jaminan atas hutangnya maka harus didahului dengan membuat Akta Hak Pemberian Tanggungan selanjutnya disingkat APHT yang dibuat di hadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah selanjutnya disingkat PPAT, yang merupakan akta untuk menyerahkan hak atas tanah untuk menjadi jaminan bagi bank.²³ Keberadaan Hak tanggungan dilalui dengan dua tahapan kegiatan yaitu pemberian Hak Tanggungan dengan dibuatnya APHT oleh PPAT yang berisi janji-janji dan kewajiban yang tentunya terlebih dahulu adanya perjanjian pokok yakni perjanjian hutang piutang diantara dua pihak, hutang yang dimaksud adalah setiap hutang, baik lahir dari perjanjian hutang maupun yang lahir dari perjanjian lain, hutang yang dimaksud adalah hutang sudah ada pada saat hak tanggungan

²² H. Moch. Isneani, *Op Cit*, Pressindo, Yogyakarta, 2017, hlm. 186

²³ Salim, *Teknik Pembuatan Akta Pejabat Pembuat Akta Tanah*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2016, hlm. 312

diikatkan.²⁴ dan tahap selanjutnya adalah pendaftaran Hak Tanggungan oleh Kantor Pertanahan sebagai tanda lahirnya Hak Tanggungan dan dikeluarkannya sertifikat Hak Tanggungan sebagai bukti telah terjadi pembebanan Hak Tanggungan.²⁵ Dengan demikian sudah tentu pemberian hak tanggungan haruslah merupakan perjanjian *accessoir* dari suatu perjanjian pokok yakni perjanjian yang menimbulkan hubungan hutang piutang yang dijaminakan sebagai pelunasannya.²⁶

Pada operasional perbankan konvensional pembuatan APHT sebagai jaminan pelunasan hutang tidak menjadi permasalahan karena dalam konsep operasional perbankan konvensional adalah utang (*loan*) dari fasilitas perkreditan, yaitu para pihaknya adalah Bank sebagai kreditur atau pihak yang berpiutang sedangkan nasabah sebagai debitur atau pihak yang berutang. Namun lain halnya dengan perbankan syariah yang berkonsep *non loan*. Contohnya kegiatan pembiayaan *mudharabah*, menempatkan peminjam dana sebagai mitra usaha, Akad *mudharabah* adalah akad kerja sama suatu usaha antara pemilik modal (*malik/shahib al-mal*) yang menyediakan seluruh modal dengan pengelola (*amil/mudharib*) dan keuntungan usaha dibagi di antara mereka sesuai nisbah yang disepakati dalam akad.²⁷ Sehingga *Mudharabah* bisa dikatakan sebagai suatu kegiatan perjanjian kerja sama bidang ekonomi antara dua pihak yang mempunyai beberapa ketentuan yang harus dipenuhi dalam rangka pengikatan

²⁴ Munir Fuady, *Konsep Hukum Perdata*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2016, hlm. 89

²⁵ Arba, *Hukum Agraria Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2018, hlm. 211

²⁶ I Ketut Oka Setiawan, *Hukum Pendaftaran Tanah & Hak Tanggungan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2019, hlm. 115

²⁷ Ketentuan Umum Fatwa Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia Nomor 115/DSN-MUI/IX/2017 Tentang Akad Mudharabah

jalanan kerja sama tersebut dalam kerangka hukum.²⁸ Menurut Pasal 20 Ayat (4) Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, Akad *mudharabah* adalah kerja sama antara pemilik dana dengan pengelolaan modal untuk melakukan usaha tertentu dengan pembagian keuntungan berdasarkan nisbah. Nisbah yang dimaksudkan di sini adalah imbalan yang berhak diterima oleh kedua belak pihak dalam akad *mudharabah*.²⁹ Dalam ilmu Fiqh *mudharabah* adalah kesepakatan dua orang dengan ketentuan modal dari satu pihak, sedangkan usaha menghasilkan keuntungan oleh pihak yang lain, dan keuntungan dibagi di antara mereka.³⁰ Hal ini dapat kita lihat dalam dari empat mazhab sebagai berikut :³¹

1. Mazhab Hanafi mendefinisikan *mudharabah* adalah suatu perjanjian untuk kongsi didalam keuntungan modal dari salah satu pihak dan kerja (usaha) dari pihak lain.
2. Mazhab Maliki mendefinisikan *mudharabah* sebagai penyerahan uang dimuka oleh pemilik modal dalam jumlah uang yang ditentukan kepada seseorang yang menjalankan usaha dengan uang itu dengan imbalan sebgaiian dari keuntungannya.
3. Mazhab Syafi'i mendefinisikan *mudharabah* bahwa pemilik modal menyerahkan sejumlah uang kepada pengusaha untuk dijalankan dalam suatu usaha dagang dengan keuntungan menjadi milik bersama antara keduanya.

²⁸ Muhammad, *Bisnis Syariah, Transaksi dan Pola Pengikatannya*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2018, hlm. 165

²⁹ Moh. Mufid, *Maqashid Ekonomi Syariah, Tujuan dan Aplikasi*, Empat Dua Media, Malang, 2018, hlm. 122

³⁰ Tengku Muhammad Hasbi Ash-Shiddieqy, *Pengantar Fiqh Muamalah*, Pustaka Rizki Putra, Semarang, 2010, hlm. 87

³¹ Muhammad, *Manajemen Pembiayaan Mudharabah*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 2019, hlm. 91 – 92.

4. Mazhab Hambali mendefinisikan *mudharabah* adalah penyerahan suatu barang atau sejenisnya dengan jumlah yang jelas dan tertentu kepada orang yang mengusahakannya dengan mendapatkan bagian tertentu dari keuntungannya.

Dari keempat mazhab tersebut di atas dapat dilihat bahwa masing-masing definisi tersebut masih secara global, namun jika ditinjau dari akad, *mudharabah* terdiri atas dua pihak. Bila ada keuntungan dalam pengelolaan uang, laba dibagi dua dengan persentase yang telah disepakati. Karena bersama-sama dalam keuntungan, maka *mudharabah* juga sebagai *syirkah*.³² Menurut Salim akad *mudharabah* adalah akad kerja sama suatu usaha antara pihak pertama (*malik, shahibul maal*, atau bank syariah) yang menyediakan seluruh modal dan pihak kedua (*amil, mudharib*, atau nasabah) yang bertindak selaku pengelola dana dituangkan dalam akad, sedangkan kerugian ditanggung sepenuhnya oleh bank syariah kecuali jika pihak kedua melakukan kesalahan yang disengaja, lalai atau menyalahi perjanjian.³³ Sedangkan Zainuddin berpendapat bila terjadi kerugian di dalam menjalankan usaha tersebut akan ditanggung bersama, yaitu pihak pemilik modal akan menanggung kerugian dari modalnya dan pihak pengusaha atau yang menjalankan usaha akan menanggung kerugian tenaganya saja dan tidak dibebani kerugian lainnya.³⁴

Sebagai implementasi dari perjanjian kerjasama maka akad *mudharabah* yang konsep utamanya adalah bagi hasil, maka sepatutnya menimbulkan

³² Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010, hlm. 42

³³ Salim, *Teknik Pembuatan Akta Akad Pembiayaan Syariah*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2018, hlm. 40

³⁴ Zainudin, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, hlm. 155

konsekwensi seluruh kerugian dalam usaha yang dibiayai akan ditanggung oleh bank sebagai *shahibul mal*, kecuali kerugian tersebut dikarenakan kelalaian *mudharib* sebagai pengelola modal ataupun telah melanggar kesepakatan, oleh karena itu sudah selayaknya *shahibul mal* dan *mudharib* bekerjasama untuk mengatasi masalah.³⁵

Jika dilihat dari pendapat di atas akad *mudharabah* bukanlah suatu perjanjian hutang piutang tetapi merupakan suatu perjanjian kemitraan dimana terdapat dua pihak yang melakukan perjanjian dalam suatu perikatan kemitraan yakni antara *shaibul mal* dengan *mudharib*.³⁶ Dalam akad *mudharabah* kepercayaan merupakan unsur yang terpenting dalam transaksi, yaitu kepercayaan *shahibul mal* kepada *mudharib*, kepercayaan dikatakan merupakan unsur terpenting karena dalam transaksi *mudharabah*, *shahibul mal* tidak boleh ikut meminta jaminan atau agunan dari *mudharib*, kecuali jaminan dimaksud untuk menjaga jika *shahul mal* khawatir akan munculnya penyelewengan modal oleh *mudharib*,³⁷ *shahibul mal* juga tidak boleh ikut campur dalam pengelolaan proyek atau usaha yang *notabene* dibiayai dengan dana *shahibul mal* tersebut. Dengan demikian, *mudharib*, mengelola dan menjalankan usaha atau proyek tanpa campur tangan dari *shahibul mal*.³⁸

³⁵ Dewi Nurul Musjtari, *Penyelesaian Sengketa Akad Pembiayaan Dengan Jaminan Hak Tanggungan dalam Praktek Perbankan Syariah*, Parama Publising, Yogyakarta, 2016, hlm. 31

³⁶ Sutan Remy Sjahdeini, *Perbankan Syariaah, Produk-Produk dan Aspek-Aspek Hukumnya*, Kencana Prenandamedia Group, Jakarta, 2010, hlm. 291

³⁷ Akhmad Mujahidin, *Hukum Perbankan Syariah*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2017, hlm. 74

³⁸ Neni Sri Imaniyati, *Perbankan Syariah dalam Perspektif Hukum Ekonomi*, Mandar Maju, Bandung, 2013, hlm. 164

Berdasarkan pendapat di atas *mudharabah* bukanlah perjanjian hutang piutang tetapi adalah perjanjian pengelolaan modal dengan keuntungan akan dibagi berdasarkan kesepakatan, sedangkan Hak tanggungan didahului oleh perjanjian hutang piutang sebagaimana penjelasan umum Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan yaitu Hak Jaminan atas tanah dalam rangka menjamin pelunasan hutang tertentu.³⁹ Di sini dapat dikatakan bahwa hak tanggungan pada dasarnya adalah suatu perjanjian pelunasan hutang, dengan hak memberikan hak utama dan mendahului kepada kreditur lainnya.⁴⁰

Lebih lanjut dikatakan Moh. Mufid, *mudharabah* merupakan perjanjian kerjasama antara *shahibul mal* yang menyediakan seluruh modalnya kepada *mudharib* sebagai pengelola modal, dengan perjanjian keuntungan akan dibagi berdasarkan kesepakatan yang telah ditentukan dalam perjanjian dan apabila terdapat kerugian maka ditanggung oleh *shahibul mal* selama kerugian itu bukanlah akibat dari kelalaian *mudharib*.⁴¹ Oleh karena itu tidak sepatutnya dalam akad *mudharabah* diikuti dengan perjanjian pemberian Hak Tanggungan, bahkan sebagian ulama berpendapat bahwa *shahibul mal* tidak diperbolehkan untuk meminta jaminan berupa apapun dari *mudharib* dalam rangka pengembalian modalnya, apabila terdapat syarat dan ketentuan meminta jaminan dalam akad *mudharabah* maka akad *mudharabah* tersebut menjadi batal.⁴² Bahkan akad seperti ini bisa menjadi tidak legal (akad *fasid*), jika sifat-sifat terlarang tersebut

³⁹ Arba, *Op Cit*, hlm. 207

⁴⁰ Zaeni Asyhadie & Rahma Kusumawati, *Op Cit*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2018, hlm. 190

⁴¹ Moh. Mufid, *Kaidah Fikih Ekonomi dan Keuangan Kontemporer*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, 2019, hlm. 139

⁴² Sutan Remy Sjahdeini, *Op Cit*, hlm. 317

bertentangan dengan karakter dasar akad dan konsekuensi hukumnya.⁴³ Alasannya karena *mudharabah* merupakan suatu akad kerja sama yang saling menanggung dengan kata lain, *shaibul mal* menanggung modal dan *mudharib* menanggung kerja, dan dalam akad *mudharabah* adalah akad yang saling mempercayai, oleh karena itu jika terjadi kerugian maka semua pihak saling merasakan kerugian tersebut.⁴⁴ Maka tidak seharusnya kerugian hanya ditanggung oleh *mudharib* saja, kecuali atas penyelewengan, atau keteledoran, serta unsur kesengajaan yang dilakukan oleh *mudharib*.⁴⁵

Menurut Pasal 26 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES), akad menjadi tidak sah apabila bertentangan dengan Syariat Islam, Peraturan Perundang-undangan, ketertiban umum dan/atau, kesusilaan. Dalam hal ini syariah Islam yang didukung dengan Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan *Mudharabah (Qiradh)*, tidak terdapat norma yang mengatur tentang Hak Tanggungan dalam Pembiayaan (akad) *mudhrabah*, pada ketentuan umum angka (7) hanya menyatakan bahwa pada prinsipnya dalam pembiayaan *mudharabah* tidak ada jaminan, namun agar *mudharib* tidak melakukan penyimpangan, *shahibul mal* dapat meminta jaminan dari *mudharib* ataupun pihak ketiga, dan jaminan ini dapat dicairkan apabila *mudharib* terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad.⁴⁶ Oleh karena itu menurut penulis perjanjian dengan akad

⁴³ Oni Sahroni & M. Hasanuddin, *Fikih Muamalah, Dinamika Teori Akad dan Implementasinya dalam Ekonomi Syariah*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2017, hlm. 103

⁴⁴ Muhamad, *Manajemen Pembiayaan Mudharabah..... Op Cit*, hlm. 106

⁴⁵ *Ibid*, hlm. 118

⁴⁶ Ketentuan Umum Fatwa Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan Mudharabah (Qiradh).

mudharabah yang diikuti dengan perjanjian Hak Tanggungan belum mempunyai kepastian hukum karena Undang-Undang Hak Tanggungan menyatakan bahwa perjanjian Hak Tanggungan harus didahului dengan perjanjian hutang piutang.

Kenyataannya perjanjian dengan akad *mudharabah* masih saja diikuti dengan perjanjian jaminan Hak Tanggungan, untuk mengikat para pihak agar tidak melakukan penyimpangan. Padahal sebagaimana diketahui bahwa suatu hukum kebendaan mempunyai satu sistem tertutup, sedangkan hukum perjanjian menganut sistem terbuka. Artinya macam-macam hak atas benda adalah terbatas dan peraturan-peraturan yang mengenai hak benda itu bersifat memaksa, sedangkan hukum perjanjian memberikan kebebasan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian yang berisi apa saja, asalkan tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan. Sistem terbuka dalam KUHPerdara Pasal 1338 ayat (1) “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya”. Dari pasal tersebut seolah-olah berisikan suatu pernyataan kepada masyarakat bahwa diperbolehkan membuat perjanjian yang berupa dan berisi apa saja dan perjanjian itu akan mengikat mereka para pihak-pihak yang membuatnya seperti suatu undang-undang. Mengenai sah tidaknya suatu perjanjian telah diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara, yaitu adanya kata sepakat, cakap untuk membuat perjanjian (bertindak), adanya suatu hal tertentu, syarat adanya suatu sebab/kausa yang halal.

Syarat sahnya suatu perjanjian harus memenuhi empat syarat-syarat sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1320 KUHPerdara, yang merupakan syarat-syarat mutlak yang harus dipenuhi agar suatu perjanjian itu dianggap sah.

Walaupun dengan adanya kata sepakat atau kesesuaian di antara para pihak dalam perjanjian itu, namun dengan pembuatan perjanjian jaminan Hak Tanggungan yang digantungkan pada akad *Mudharabah* tersebut, telah melanggar ketentuan Pasal 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, yang mensyaratkan suatu perjanjian jaminan Hak Tanggungan itu merupakan hak jaminan atas tanah berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain. Kemudian Pasal 3 menyebutkan bahwa Utang yang dijamin pelunasannya dengan Hak Tanggungan dapat berupa utang yang telah ada atau yang telah diperjanjikan dengan jumlah tertentu atau jumlah yang pada saat permohonan eksekusi Hak Tanggungan diajukan dapat ditentukan berdasarkan perjanjian utang-piutang atau perjanjian lain yang menimbulkan hubungan utang-piutang yang bersangkutan. Di samping itu hal tersebut juga melanggar ketentuan Pasal 10 UUHT yang mensyaratkan bahwa Pemberian Hak Tanggungan didahului dengan janji untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu, yang dituangkan di dalam dan merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian utang-piutang yang bersangkutan atau perjanjian lainnya yang menimbulkan utang tersebut, dan Pasal 11 Ayat (1) huruf C yang menyebutkan bahwa penunjukan secara jelas utang atau utang-utang yang dijamin sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 dan Pasal 10 ayat (1).

Dengan demikian, perjanjian jaminan Hak Tanggungan yang dibuat berdasarkan perjanjian akad *mudharabah* adalah suatu perjanjian yang hanya memenuhi tiga syarat yang ditentukan dalam Pasal 1320 KUHPerdara, yaitu adanya kata sepakat, kecakapan untuk bertindak membuat perjanjian dan adanya suatu hal tertentu, namun tidak memenuhi syarat keempat yaitu adanya kausa/sebab yang halal, karena untuk pengikatan benda-benda tertentu sudah ada syarat-syarat formal yang telah diatur dalam undang-undang tersendiri. Hal ini dipertegas pula dalam pasal 1335 KUHPerdara yang menyatakan suatu persetujuan tanpa sebab, atau dibuat berdasarkan suatu sebab yang palsu atau dilarang, tidaklah mempunyai kekuatan. Oleh karena itu apabila suatu perjanjian tertentu yang obyeknya bertentangan dengan ketentuan perundang-undangannya maka perjanjian tersebut batal demi hukum. Kemudian ditinjau secara yuridis suatu perjanjian yang batal demi hukum dianggap tidak pernah ada, tidak berlaku, dan tidak sah, karena itu tujuan dari suatu perjanjian untuk melahirkan suatu perikatan dianggap tidak berarti sebab kedua belah pihak tidak bisa saling menuntut dihadapan hakim.

Berdasarkan uraian di atas, penulis akan mencoba menelusuri dan menganalisis lebih mendalam tentang Kepastian Hukum Perjanjian Hak Tanggungan pada akad *mudharabah*, dengan judul **“HAK TANGGUNGAN SEBAGAI JAMINAN PADA AKAD MUDHARABAH DALAM PERSPEKTIF KEPASTIAN HUKUM”**

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah di atas, maka rumusan permasalahan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Bagaimana konsep dan pengaturan Hak Tanggungan pada Hukum Jaminan di Indonesia?
2. Bagaimana kepastian hukum Hak Tanggungan pada akad *mudharabah* menurut perjanjian berdasarkan prinsip syariah di Indonesia ?
3. Bagaimana konsep ideal perjanjian jaminan dalam akad *mudharabah* untuk mewujudkan kepastian hukum?

C. Tujuan Dan Manfaat Penelitian

Berdasarkan pada perumusan masalah tersebut di atas, maka tujuan penelitian ini adalah :

1. Untuk menganalisis dan mengkritisi pengaturan Hak Tanggungan pada Hukum Jaminan di Indonesia.
2. Untuk menganalisis dan mengkritisi kepastian hukum Hak Tanggungan pada akad *mudharabah* menurut perjanjian berdasarkan prinsip syariah di Indonesia.
3. Untuk menemukan konsep ideal perjanjian jaminan dalam akad *mudharabah* untuk mewujudkan kepastian hukum.

Sedangkan manfaat yang diharapkan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Manfaat Teoritis :

- a. Penelitian ini akan memberikan sumbangan bagi ilmu hukum khususnya tentang masalah hak tanggungan pada akad *mudharabah*.
- b. Manfaat praktik dari penelitian ini diharapkan dapat memberikan informasi dan pengetahuan bagi kalangan akademisi dalam memperkaya wawasan keilmuan di bidang Hukum Jaminan. Tidak terkecuali juga bagi aparat penegak hukum, lembaga perbankan masyarakat umumnya sebagai pihak-pihak terkait dengan keberadaan lembaga hak tanggungan.

2. Manfaat Praktis

Penelitian ini diharapkan berguna bagi penerapan hak tanggungan khususnya dalam rangka kepastian hukum bagi debitur dan kreditur di Indonesia.

D. Kerangka Konseptual

Konsep adalah kata yang menyatakan abstraksi yang digeneralisasikan dari gejala-gejala tertentu.⁴⁷ Konsep adalah salah satu bagian terpenting dari teori. Pengembangan konsep dalam suatu penelitian hukum digunakan sebagai paradigma dalam menyusun kerangka konseptual maupun landasan kerangka teori.⁴⁸ Oleh karena itu untuk menganalisis dan memahami konsep dalam kajian ilmu hukum langkah yang dilakukan adalah menentukan isi aturan hukum yang berarti menentukan apa yang menjadi kaidah hukumnya serta merumuskan makna dari aturan hukum itu.⁴⁹ Oleh karena itu untuk menghindari pemahaman dan penafsiran yang berbeda-beda tentang judul penelitian ini, maka penulis merasa

⁴⁷ Amiruddin dan Zainal Asikin, *Op Cit*, hlm. 47

⁴⁸ Soerjono Soekanto & Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011, hlm. 9

⁴⁹ Badher Johan Nasution, *Op Cit*, hlm. 109

perlu memberikan batasan terhadap judul ini yang merupakan konseptual sebagai berikut :

1. Perjanjian

Pasal 1233 KHUPerdata mengatur bahwa tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan atau perjanjian, baik karena undang-undang. Oleh karena itu dikenal perikatan yang lahir karena perjanjian. Suatu perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.⁵⁰ Sedangkan yang dimaksud dengan perjanjian sebagaimana Pasal 1313 KHUPerdata yaitu perjanjian atau persetujuan adalah suatu perbuatan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Kata persetujuan tersebut merupakan terjemahan dari perkataan *overeenkoms* dalam bahasa Belanda yang lazim diterjemahkan juga dengan kata perjanjian.⁵¹

Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih (Pasal 1313 KUHPerdata). Pengertian perjanjian ini mengandung unsur :

- 1) Perbuatan Penggunaan kata “Perbuatan” pada perumusan tentang Perjanjian ini lebih tepat jika diganti dengan kata perbuatan hukum atau tindakan hukum, karena perbuatan tersebut membawa akibat hukum bagi para pihak yang memperjanjikan;

⁵⁰ I Ketut Oka Setiawan, *Hukum Perikatan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2018 hlm. 42.

⁵¹ Bambang Sutiyoso, *Hukum Kontrak Interpretasi dan Penyelesaian Sengketa di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2019, hlm. 9.

- 2) Satu orang atau lebih terhadap satu orang lain atau lebih. Untuk adanya suatu perjanjian, paling sedikit harus ada dua pihak yang saling berhadapan dan saling memberikan pernyataan yang cocok/pas satu sama lain. Pihak tersebut adalah orang atau badan hukum;
- 3) Mengikatkan dirinya, di dalam perjanjian terdapat unsur janji yang diberikan oleh pihak yang satu kepada pihak yang lain. Dalam perjanjian ini orang terikat kepada akibat hukum yang muncul karena kehendaknya sendiri.

Sebelum suatu perjanjian disusun perlu diperhatikan identifikasi para pihak, penelitian awal tentang masing-masing pihak sampai dengan konsekuensi yuridis yang dapat terjadi pada saat perjanjian tersebut dibuat.⁵²

2. **Hak Tanggungan.**

Menurut Budi Harso, bahwa Hak Tanggungan merupakan penguasaan hak atas dan benda-benda yang berkaitan dengan tanah, yang berisi tentang wewenang si kreditur dalam berbuat sesuatu terhadap tanah yang menjadi agunan, namun bukanlah untuk dikuasai secara fisik, tetapi untuk dijual ketika si debitur ingkar janji serta mengambil hasil dari penjualannya baik seluruhnya ataupun sebagian dalam rangka untuk pelunasan hutang debitur kepada kreditur.⁵³

Sedangkan berdasarkan ketentuan Pasal 1 Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, disebutkan yang intinya menyatakan

⁵² Salim H.S dkk, *Perancangan Kontrak dan Memorandum of Understanding (MoU)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007, hlm.124

⁵³ Boedi Harsono, *Loc Cit*, hlm. 24

Hak Tanggungan merupakan hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah dalam rangka menjamin pelunas hutang tertentu, hal ini dipertegas dalam penjelasannya angka 4 yang menyatakan bahwa Hak Tanggungan adalah hak jaminan atas tanah untuk pelunasan utang tertentu. yang memberikan kedudukan diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain.⁵⁴

3. Jaminan

jaminan merupakan terjemahan dari bahasa belanda yaitu *Zekerheid* atau *Cautie*. *Zekerheid* atau *Cautie* mencakup secara umum cara-cara kreditur menjamin dipenuhinya tagihannya disamping pertanggung jawaban umum debitur terhadap barang-barangnya. Sementara istilah hukum jaminan berasal dari terjemahan *Zakerheidsrechten* atau *Security law*. Dalam literatur juga ditemukan istilah *Zakerheidsrechten* yang bisa juga diterjemahkan menjadi hukum jaminan.⁵⁵

Sedangkan yang dimaksud dengan jaminan adalah suatu tanggungan yang dapat dinilai dengan uang, yaitu beberapa kebendaan tertentu yang diserahkan debitur kepada kreditur sebagai akibat dari suatu hubungan perjanjian utang piutang atau perjanjian lain.⁵⁶ Kemudian yang dimaksud dengan jaminan hutang adalah memberikan keyakinan kepada kreditur atas pembayaran hutang yang oleh debitur akibat dari suatu perjanjian tambahan

⁵⁴ Angka 4 Penjelasan Umum Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan.

⁵⁵ Anton Suyanto, *Kepastian Hukum Dalam Penyelesaian Kredit Macet Melalui Eksekusi Jaminan Hak Tanggungan Tanpa Proses Gugatan Pengadilan*, Kencana Pranandamedia Group, Jakarta, 2016, hlm. 81.

⁵⁶ Zaeni Asyhadie & Rahma kusumawati, *Op Cit*, hlm. 48

terhadap perjanjian pokok yakni perjanjian hutang.⁵⁷ Pada umumnya jaminan dibuat untuk memberikan keyakinan kepada kreditur bahwa debitur benar-benar dapat memenuhi kewajiban yang timbul akibat adanya perikatan di antara kreditur dan debitur khususnya hutang piutang.

Kegunaan jaminan dalam perjanjian kredit yaitu untuk memberikan kekuasaan kepada kreditur untuk mendapatkan pelunasan hutangnya, dan memberikan dorongan debitur agar memenuhi janjinya, yakni untuk membayar hutangnya pada jangka waktu yang sudah ditetapkan dalam perjanjian, khususnya mengenai pembayaran kembali sebagaimana syarat-syarat yang telah ditentukan oleh kedua belah pihak.⁵⁸

4. **Akad Mudharabah.**

Dalam kajian hukum perdata Islam, Kontrak atau Perjanjian disebut dengan istilah akad yang bermakna setiap perilaku manusia baik yang menimbulkan hak, atau mengalihkan hak, maupun mengubah hak, serta mengakhiri hak, baik bersumber dari salah satu pihak maupun dari dua belah pihak.⁵⁹

Sedangkan Yasardin berpendapat akad adalah setiap hak dan kewajiban yang ditimbulkan akibat dari sebuah perjanjian yang dibuat oleh para pihak dan untuk dipenuhi oleh para pihak pembuatnya tersebut.⁶⁰ Oleh sebab itu jika dikaitkan dengan Kitab Hukum Undang-Undang Perdata maka

⁵⁷ Munir Fuadi, *Op cit*, hlm. 53

⁵⁸ Imron Rosyadi, *Jaminan Kebendaan Berdasarkan Akad Syariah.*, Kencana Pranandamedia Group, Jakarta, 2017, hlm. 41

⁵⁹ Oni Sahroni & Hasanuddin, *Op Cit*, hlm. 5

⁶⁰ Yasardin, *Asas kebebasan Berkontrak Syariah*, Kencana Pranandamedia Group, Jakarta, 2011, hlm. 4

akad bisa dikatakan sebagai perikatan yang lahir akibat dari suatu perjanjian.⁶¹

Sementara yang dimaksud dengan *Mudharabah* adalah suatu yang bermakna penyerahan harta kekayaan biasanya dalam bentuk modal kepada orang lain untuk diusahakan (diperniagakan), tetapi keuntungannya dari usaha tersebut dibagikan di kepada para pihak yakni pemodal sebagai *shahibul mal* dan yang diberi modal sebagai *mudharib*.⁶² Oleh karena *mudharib* mengusahakan modal tersebut atas izin dari *shahibul mal* maka modal tersebut berada dalam kekuasaan *mudharib* sedangkan modal tersebut bukanlah miliknya, maka modal tersebut berkedudukan sebagai amanat yang harus dikelolanya dengan penuh tanggung jawab.⁶³

5. Kepastian Hukum

Menurut Hans Kelsen, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen* dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang *deliberative*. Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungan dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan

⁶¹ Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak Bernuansa Islam*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2013, hlm. 7

⁶² Popon Srisusilawati dan Nanik Eprianti, Penerapan Prinsip Keadilan dalam Akad Mudharabah Di Lembaga Keuangan Syariah, *Jurnal Law and Justice* Vol. 2 No. 1 April 2017, hlm. 16

⁶³ Hendi Suhendi, *Op Cit*, hlm. 141

tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.⁶⁴

Tujuan hukum yang mendekati realistik adalah kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Kaum Positivisme lebih menekankan pada kepastian hukum, sedangkan Kaum Fungsionalis mengutamakan kemanfaatan hukum, dan sekiranya dapat dikemukakan bahwa “*summon ius, summa injuria, summa lex, summa crux*” yang artinya adalah hukum yang keras dapat melukai, kecuali keadilan yang dapat menolongnya, dengan demikian kendatipun keadilan bukan merupakan tujuan hukum satu-satunya akan tetapi tujuan hukum yang substantif adalah keadilan.⁶⁵

Sementara menurut Utrecht, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu. Kepastian hukum ini berasal dari ajaran Yuridis-Dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran Positivisme di dunia hukum yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom yang mandiri, karena bagi penganut aliran ini, tujuan hukum tidak lain sekedar menjamin terwujudnya oleh hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan

⁶⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2016, hlm. 58.

⁶⁵ Dosminikus Rato, *Filosafat Hukum Mencari dan Memahami Hukum*, Presindo, Yogyakarta, 2010, hlm. 59.

hukum membuktikan bahwa hukum tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian.⁶⁶

E. Landasan Teori

Dalam penelitian hukum, adanya landasan teoretis menjadi syarat yang penting, karena dengan berlandaskan teoritis diuraikan segala sesuatu yang terdapat dalam teori sebagai suatu sistem aneka atau ajaran.⁶⁷ Teori berasal dari kata *theoria* dalam bahasa Latin yang berarti perenungan, yang pada gilirannya berasal dari kata *thea* dalam bahasa Yunani yang berarti cara atau hasil pandang adalah suatu konstruksi di alam ide *imajinatif* manusia tentang realitas yang dijumpai dalam pengalaman hidupnya.⁶⁸ Definisi dari kata Teori adalah seperangkat konstruksi (konsep), batasan, dan proposisi yang menyajikan suatu pandangan sistematis tentang fenomena dengan merinci hubungan-hubungan antar variabel, dengan tujuan memperjelas dan memprediksi gejala itu.⁶⁹ Atau suatu sistem yang tersusun oleh berbagai abstraksi yang berinterkoneksi satu sama lainnya atau berbagai ide yang memadatkan dan mengorganisasi pengetahuan.⁷⁰ Dengan teori penulis akan memberikan gambaran yang berkaitan dengan judul penelitian ini agar mendapat jawaban atas permasalahan yang ada melalui landasan teori ini.

⁶⁶ Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Citra Aditya, Bandung, 1999, hlm. 23

⁶⁷ Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011, hlm. 7

⁶⁸ Suteki & Galang Taufani, *Metodologi Penelitian Hukum (Filsafat, Teori dan Praktek)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2020, hlm. 82

⁶⁹ Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum Cetakan ke delapan*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2014, hlm. 7

⁷⁰ H.R. Otje Salman dan Anthon F. Susanto, *Teori Hukum*, Refika Aditama, Bandung, 2009, hlm. 22

Landasan teori berupa teori yang diterapkan dalam analisis permasalahan yang dibahas dalam penelitian ini, yaitu teori kepastian hukum, teori keadilan, serta teori perlindungan Hukum.

1. *Grand theory*

Grand theory yang penulis gunakan dalam penelitian ini adalah Teori kepastian hukum. Menurut Jhon Austin dan Van Kan, tujuan hukum adalah semata-mata untuk mencapai kepastian hukum. Artinya kepastian hukum disini adalah adanya melegalkan kepastian hak dan kewajiban. Van Kan berpendapat tujuan hukum adalah menjaga setiap kepentingan manusia agar tidak diganggu dan terjaminnya kepastiannya.⁷¹

Dalam kaitannya dengan teori kepastian hukum ini Teguh Prasetyo mengemukakan hukum bertujuan mengatur pergaulan hidup secara damai, hukum menghendaki perdamaian dan hukum mempertahankan perdamaian dengan menimbang kepentingan yang bertentangan secara teliti dan mengadakan keseimbangan di antaranya. Karena hukum hanya mencapai tujuan (mengatur pergaulan hidup secara damai) jika hukum adalah peraturan yang adil.⁷²

Hukum yang dipandang sebagai hukum hanya jika tidak menentang keadilan, konsekwensinya ialah peraturan yang tidak adil bukanlah hukum yang sebenarnya. Oleh karena itu, kalau suatu peraturan kehilangan arti dan maknanya sebagai hukum maka peraturan ini tidak wajib lagi dan karena

⁷¹ Tiar Ramon, *Ilmu Hukum: Suatu Pengantar*, Trussmedia Grafika, Yogyakarta, 2016, hlm 70

⁷² Teguh Prasetyo, *Pengantar Ilmu Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2018, hlm. 22.

tidak boleh lagi ditaati.⁷³ Sudikno Martokusumo mengemukakan tujuan pokok hukum adalah untuk menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Dengan tercapainya ketertiban di dalam masyarakat diharapkan kepentingan manusia akan terlindungi. Dalam mencapai tujuan yaitu hukum hukum bertugas membagi hak dan kewajiban antar perorangan di dalam masyarakat, membagi wewenang dan mengatur cara memecahkan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum.⁷⁴

Teori kepastian hukum oleh Gustav Radbruch menyatakan bahwa sesuatu yang dibuat pasti memiliki cita atau tujuan⁷⁵. Jadi, hukum dibuat pun ada tujuannya, tujuannya ini merupakan suatu nilai yang ingin diwujudkan manusia, tujuan hukum yang utama ada tiga, yaitu keadilan untuk keseimbangan, kepastian untuk ketetapan, kemanfaatan untuk kebahagiaan.

Pemikiran para pakar hukum, bahwa wujud kepastian hukum pada umumnya berupa peraturan tertulis yang dibuat oleh suatu badan yang mempunyai otoritas. Kepastian hukum sendiri merupakan salah satu asas dalam tata pemerintahan yang baik, dengan adanya suatu kepastian Hukum maka dengan sendirinya warga masyarakat akan mendapatkan perlindungan Hukum. Sudikno Mertokusumo berpendapat bahwa tujuan pokok hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Dengan tercapainya ketertiban dalam masyarakat

⁷³ Sukarno Aburaera, Muhadar dan Maskun, *Filsafat Hukum Teori dan Praktek*, Kencana Prenanda Media Grup, Jakarta, 2014, hlm. 35

⁷⁴ Muhammad Sadi Is, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenanda Media Grup, Jakarta, 2015, hlm. 177

⁷⁵ Muhamad Erwin, *Filsafat Hukum: Refleksi Krisis Terhadap Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011, hlm. 123

diharapkan kepentingan manusia akan terlindungi. Dalam tercapainya tujuannya itu hukum bertugas membagi hak dan kewajiban antar perorangan di dalam masyarakat, membagi wewenang dan mengatur cara memecahkan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum.⁷⁶ hal ini sejalan dengan pendapat Peter Mahmud Marzuki yang mengatakan bahwa terdapat dua kandungan dalam kepastian hukum, yaitu adanya aturan yang bersifat umum untuk membuat masyarakat mengetahui perbuatan mana yang boleh dilakukan dan mana yang dilarang, sedangkan yang kedua adalah keamanan hukum bagi masyarakat dari kesewenangan pemerintah akibat adanya aturan yang bersifat umum itu masyarakat dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan ataupun dilakukan oleh negara terhadap masyarakat.⁷⁷

Menurut Radbruch, gagasan hukum sebagai gagasan kultural, tidak bisa formal. Sebaliknya, ia terarah pada *rechtsidee*, yakni keadilan. Keadilan sebagai suatu cita, seperti ditunjukkan oleh Aristoteles, tidak dapat mengatakan lain kecuali : ‘yang sama diperlakukan sama, dan yang tidak sama diperlakukan tidak sama’. Keadilan menurut Aristoteles tidak boleh dipandang sama arti dengan persamarataan. Keadilan bukan berarti bahwa tiap-tiap orang memperoleh bagian yang sama. Untuk mengisi cita keadilan ini dengan isi yang konkret, kita harus menengok pada segi finalitasnya. Dan untuk melengkapi keadilan dan finalitas itu, dibutuhkan kepastian. Jadi

⁷⁶ Salim, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011, hlm. 45

⁷⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prananda Media Grup, Jakarta, 2016, hlm. 137

menurut Radbruch, hukum memiliki tiga aspek, yakni keadilan finalitas dan kepastian⁷⁸

Dalam literatur lain ketiga aspek ini disebut sebagai tiga ide dasar hukum yang diidentikkan sebagai tiga tujuan hukum, yaitu keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Bagi Radbruch, ketiga ide dasar hukum itu merupakan tujuan hukum secara bersama-sama, yaitu keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Namun demikian Radbruch menyadari bahwa ketiganya bisa terjadi benturan atau ketegangan. Misalnya hakim dalam keputusannya dirasa adil menurut persepsi keadilan yang dianut oleh hakim bagi penggugat atau tergugat, bagi terdakwa, maka akibatnya sering merugikan kemanfaatan bagi masyarakat luas. Sebaliknya, kalau kemanfaatan masyarakat luas dipuaskan, maka perasaan keadilan bagi orang tertentu terpaksa dikorbankan. Menghadapi situasi yang demikian maka menurut Radbruch kita harus menggunakan asas prioritas, dimana prioritas pertama adalah keadilan, kedua adalah kemanfaatan dan terakhir barulah kepastian hukum. Kemanfaatan dan kepastian hukum tidak boleh bertentangan dengan keadilan, demikian juga kepastian hukum tidak boleh bertentangan dengan kemanfaatan.⁷⁹

Untuk mencapai suatu kepastian hukum dalam suatu perjanjian, Buku III KHUPerdata telah mengatur tentang perikatan, dalam Pasal 1233 menyebutkan bahwa tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena (perjanjian)

⁷⁸ Bernard L. dkk, *Op Cit.* 130.

⁷⁹ Achmad Ali, *Menguk Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence) Volume I Pemahaman Awal.* Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, hlm. 288-289

atau karena undang-undang, Jika dikaitkan teori kepastian hukum dalam suatu perjanjian sesuai pasal 1313 KUHPerdara menyebutkan suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Tujuan dari dibuatnya suatu perjanjian adalah agar para pihak yang membuat perjanjian mentaati kesepakatan yang telah dibuat dalam suatu perjanjian tersebut, yang hak dan kewajiban dalam perjanjian dengan menekankan pada penafsiran dan sanksi yang jelas agar suatu perjanjian, sehingga dapat memberikan kedudukan yang sama antara subjek hukum yang terlibat dalam perjanjian. Kepastian memberikan kejelasan dalam melakukan perbuatan hukum saat pelaksanaan suatu perjanjian dalam bentuk prestasi bahkan saat perjanjian tersebut wanprestasi atau salah satu pihak ada yang dirugikan maka sanksi dalam suatu perjanjian tersebut harus dijalankan sesuai kesepakatan dalam perjanjian, hal ini sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1338 KUHPerdara yang menyatakan semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

Oleh karena itu dapat disimpulkan bahwa hukum perjanjian merupakan suatu perangkat kaidah hukum yang mengatur tentang hubungan hukum antara dua orang atau lebih untuk yang satu mengikatkan diri kepada yang lain, atau diantara keduanya saling mengikatkan diri yang mengakibatkan timbulnya hak dan kewajiban diantara para pihak yang

mengikatkan dirinya tersebut baik untuk melakukan sesuatu ataupun tidak melakukan sesuatu.⁸⁰

Kemudian untuk mencapai kepastian hukum dalam suatu perjanjian hukum perjanjian memberlakukan beberapa asas terhadap suatu hukum perjanjian yaitu asas kebebasan berkontrak dimana asas ini mengajarkan bahwa jika ingin membuat suatu perjanjian maka para pihak secara hukum diberi kebebasan untuk menentukan hal-hal apa saja yang mereka inginkan dalam perjanjian tersebut sesuai dengan kesepakatan para pihak sehingga apa yang diperjanjikan oleh para pihak tersebut mengikat apa saja yang telah para pihak sebutkan dalam perjanjian tersebut.

Dengan asas kebebasan berkontrak tersebut maka siapapun bebas membuat suatu perjanjian asalkan saja dilakukan dengan koridor hukum sebagai berikut :⁸¹

- a. Memenuhi syarat sahnya perjanjian sebagaimana yang disebutkan dalam Pasal 1320 KUHperdata.
- b. Tidak dilarang oleh undang-undang
- c. Tidak melanggar kebiasaan yang berlaku, dan
- d. Dilaksanakan sesuai itikat baik.

Konsep kebebasan berkontrak dalam hukum Islam dikaitkan dengan prinsip utama bahwa tidak ada kontrak yang dapat mengesampingkan prinsip-prinsip syariah. Hal ini menunjukkan bahwa asas kebebasan berkontrak berlawanan dengan kebebasan berkontak yang dipahami menurut hukum

⁸⁰ Munir Fuadi, *Konsep Hukum Perdata*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2016, hlm. 180

⁸¹ *Ibid*, hlm. 181

bat. Para pihak dalam suatu transaksi keperdataan hanya memiliki kebebasan untuk menentukan isi dan objek perjanjian mereka yang tunduk pada batasan yang ditentukan syariah, oleh karena itu perjanjian yang mengandung unsur riba disahkan.⁸²

Kemudian dapat diketahui bahwa hukum dapat dibagi dalam dua kategori yakni hukum memaksa (*dwingend rech, mandatory law*) dan hukum mengatur (*aanvullen rech, optional law*). Jika dilihat dari asas hukum perjanjian bersifat mengatur maka prinsipnya hukum perjanjian tersebut sebagaimana yang diatur dalam undang-undang baru berlaku manakala dan sepanjang para pihak dalam perjanjian tersebut tidak mengaturnya sendiri secara lain dari apa yang diatur dalam undang-undang. Artinya jika para pihak dalam perjanjian tersebut ternyata mengaturnya secara lain dalam perjanjian yang berbeda dari yang diatur dalam undang-undang, maka yang berlaku adalah ketentuan yang dibuat oleh para pihak dalam perjanjian tersebut, bukan ketentuan yang berlaku dalam undang-undang.⁸³

Selanjutnya dalam hukum perjanjian dikenal dengan asas kekuatan mengikat atau yang dikenal dengan asas *pacta sunt servanda*. Dalam asas ini suatu perjanjian yang telah disepakai oleh para pihak maka para pihak terikat dengan apa-apa yang telah disepakati dalam perjanjian yang mereka buat, hal ini dipertegas dalam Pasal 1338 ayat (1) KHUPerdata. Terikatnya para pihak pada perjanjian tidak semata-mata terbatas pada apa yang

⁸² Ridwan Khairandy, *Kebebasan Berkontrak & Pacta Sunservanda Versus Iktikad Baik*, UII Press, Yogyakarta, 2015, hlm. 34

⁸³ *Op Cit*, Munir Fuadi, hlm. 182

diperjanjian, tetapi juga terhadap beberapa unsur lain sepanjang dikehendaki oleh kebiasaan dan kepatutan serta moral.⁸⁴

Selanjutnya yang dimaksud dengan asas konsensual dalam suatu perjanjian adalah bahwa suatu perjanjian sudah sah dan mengikat ketika tercapainya suatu kesepakatan, selama syarat-syarat sahnya suatu perjanjian sudah terpenuhi. Dengan telah tercapainya kesepakatan maka pada prinsipnya perjanjian tersebut sudah sah dan mengikat serta mempunyai akibat hukum kepada para pihak yang membuatnya dengan konsekuensi yuridisnya adalah bahwa sejak saat itu lahirlah hak dan kewajiban sebagaimana yang disebut dalam perjanjian tersebut, walaupun perjanjian itu tidak dibuat secara tertulis.⁸⁵ Namun terhadap beberapa jenis perjanjian, hukum mensyaratkan untuk dibuat secara tertulis, baik dibuat oleh atau dihadapan pejabat khusus yang ditunjuk oleh peraturan perundang-undangan sebagai perjanjian formal yang sebenarnya pengecualian dari asas konsensual ini seperti perjanjian penanggung terhadap tanah yang diharuskan dibuat oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT).

2. *Middle Theory*

Middle Theory yang penulis gunakan dalam penelitian adalah teori Keadilan karena negara Indonesia merupakan negara hukum sebagaimana termaktub dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum yang bertujuan untuk menciptakan keadilan sosial bagi seluruh rakyat

⁸⁴ Mariam darus Badruzaman, *Hukum Perikatan dalam KUHPerduta Buku Ketiga*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2015, hlm. 89.

⁸⁵ Munir Fuadi, *Ibid*, hlm. 183

Indonesia sebagaimana sila kelima Pancasila. Oleh karena itu keadilan merupakan salah satu tujuan dari negara hukum. Tujuan hukum memang tidak hanya keadilan, tetapi juga mengenai kepastian hukum dan kemanfaatannya. Pakar teori keadilan yaitu Aristoteles menyatakan bahwa kata adil mengandung lebih dari satu arti. Adil dapat berarti menuntut hukum, dan apa yang sebanding yaitu yang semestinya.⁸⁶

Keadilan dalam bahasa Arab, *salaf* yang merupakan sinonim dari *al mizan* atau keseimbangan ataupun moderasi. tetapi dalam Al-Qur'an keadilan kadang disamakan dengan *al-qist*. *Al mizan* yang berarti keadilan di dalam Al-Qur'an keadilan pada umumnya terdapat dalam suarh *al-Syura'* (42):17 dan *al-Hadiid* (57):25. Keadilan adalah dimana seseorang memperoleh apa yang menjadi haknya dan setiap orang memperoleh bagian yang sama dari kekayaan bersama.⁸⁷ Term keadilan pada umumnya berkonotasi dalam penetapan hukum atau kewajiban, akan tetapi dalam hukum Islam meliputi berbagai aspek prinsip keadilan ketika dimaknai sebagai prinsip modernisasi, penggunaan term keadilan dalam Al-Qur'an diantaranya sebagai berikut :

1. Surah *al-An'am* (6) : 152, perintah kepada manusia agar berlaku adil dalam segala hal terutama kepada mereka yang mempunyai kekuasaan atau yang berhubungan dengan kekuasaan dan dalam bermuamalah atau berdagang.

⁸⁶ Darji Darmadiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum (apa dan bagaimana filsafat hukum Indonesia)*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2005, hlm.156.

⁸⁷ Izomiddin, *Pemikiran dan Filsafat Hukum Islam*, Kencana Prenanda Media Group, Jakarta, 2018, hlm.64.

2. Surah *al-Maidah* (5) : 8 manusia yang memiliki kecenderungan mengikuti hawa nafsu, adanya kecintaan dan kebencian memungkinkan manusia tidak bertindak adil dan mendahulukan kebatilan daripada kebenaran.
3. Surah *al-Hujaraat* (49) : 9, yaitu keadilan sesama muslim.
4. Surah *al-An'aam* (6) : 52, Keadilan yang berarti keseimbangan antara kewajiban yang harus dipenuhi manusia (*mukallaf*) dengan kemampuan manusia untuk menunaikan kewajiban tersebut.

Dari prinsip keadilan inilah lahir kaidah yang menyatakan hukum Islam dalam praktiknya dapat berbuat sesuai dengan ruang dan waktu yakni suatu kaidah yang menyatakan elastisitas hukum Islam dalam keadilan, artinya perkara-perkara dalam hukum Islam apabila telah menyempit maka menjadi luas, dan apabila perkara-perkara itu telah meluas maka akan kembali menyempit.⁸⁸

Disini ditunjukkan bahwa seseorang dikatakan berlaku tidak adil apabila mengambil bagian lebih dari bagian yang semestinya. Orang yang tidak menghiraukan hukum juga tidak adil, karena semua hal yang didasarkan kepada hukum dapat dianggap sebagai adil.⁸⁹

Thomas Aquinas selanjutnya membedakan keadilan atas dua kelompok yaitu: keadilan umum (*Justitia generalis*) dan keadilan khusus. Keadilan umum adalah keadilan menurut kehendak undang-undang, yang

⁸⁸ *Ibid*

⁸⁹ Darji Darmadiharjo dan Shidarta, *Op Cit*, hlm.156.

harus ditunaikan demi kepentingan umum. Selanjutnya keadilan khusus adalah keadilan atas dasar kesamaan atau proporsionalitas.⁹⁰

Teori *Rawls* sendiri dapat dikatakan berangkat dari pemikiran-pemikiran seperti Jeremy Bentham, J.S. Mill dan Hume. Rawls berpendapat perlu adanya keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan bersama. Hukum menurut *Rawls* persepsikan sebagai wasit yang memihak dan tidak bersimpati dengan orang lain melainkan hukum justru harus menjadi penuntut agar orang dapat mengambil posisi dengan tetap memperhatikan kepentingan individunya.⁹¹

Menurut Robert Nozick, keadilan bukan merupakan perhatian utama Nozick. Robert Nozick lebih memperdebatkan pembatasan peran negara bahwa negara minimal (*minimal state*) dan hanya negara minimal adalah satu-satunya yang bisa dijustifikasi. Keadilan kemudian muncul karena keadilan distributif seperti dibayangkan *Rawls* sering dianggap sebagai rasionalisasi bagi Negara yang lebih dari minimal, dalam upayanya menunjukkan bahwa keadilan distributif tidak menyediakan rasionalisasi yang kuat bagi Negara yang lebih dari minimal.⁹²

Gustav Radbruch mematrikan kembali nilai keadilan sebagai mahkota dari setiap tata hukum dan berusaha mengatasi dualisme antara *Sein* dan *Sollen*, antara ‘materi’ dan ‘bentuk’. Jika Stammler dan Kelsen terperangkap dalam dualisme itu sehingga yang dipentingkan dalam hukum hanyalah

⁹⁰ *Ibid*

⁹¹ *Ibid*, hlm. 161

⁹² Karen Lebacqz, *Teori-Teori Keadilan, Six Theories of Justice*, Nusa Media, Bandung, 1999, hlm 89

dimensi formal atau 'bentuk'-nya, maka Radbruch tidak mau terjatuh dalam kesesatan yang sama. Radbruch memandang Sein dan Sollen, 'materi' dan 'bentuk', sebagai dua sisi dari satu mata uang. 'materi' mengisi 'bentuk', dan 'bentuk' melindungi 'materi'. Itulah kira-kira frase yang tepat untuk melukiskan teori Radbruch tentang hukum dan keadilan. Nilai keadilan adalah 'materi' yang harus menjadi isi aturan hukum sedangkan aturan hukum adalah 'bentuk' yang harus melindungi nilai keadilan⁹³

Hukum sebagai pengemban nilai keadilan, menurut Radbruch menjadi ukuran bagi adil tidak adilnya tata hukum. Tidak hanya itu nilai keadilan juga menjadi dasar dari hukum sebagai hukum. Dengan demikian, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Ia normatif, karena berfungsi sebagai prasyarat trasendental yang mendasari tiap hukum positif yang bermartabat. Ia menjadi landasan moral hukum dan sekaligus tolok ukur sistem hukum positif. Kepada keadilan-lah, hukum positif berpangkal. Sedangkan konstitutif, karena keadilan harus menjadi unsur mutlak bagi hukum sebagai hukum. Tanpa keadilan sebuah aturan tidak pantas menjadi hukum.⁹⁴

Jika terjadi hak maka terdapat kewajiban, jadi hak dan kewajiban dapat terjadi bila diperlukan suatu peristiwa yang oleh hukum dihubungkan sebagai suatu akibat. Demikian pula pendapat dari Soedjono Dirdjosisworo

⁹³ Bernard L. dkk, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Genta Publishing : Yogyakarta, 2010,129.

⁹⁴ *Ibid*

bahwa “hak dan kewajiban timbul bila adanya suatu peristiwa hukum”⁹⁵. Peristiwa hukum adalah “semua peristiwa atau kejadian yang dapat menimbulkan akibat hukum, antara pihak-pihak yang mempunyai hubungan hukum”.⁹⁶

Berbicara keadilan dalam hukum Islam adalah perintah Allah SWT yang ditegaskan dalam Al-Qur’an surah *Al Maidah* yang artinya, : *Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat dengan ketakwaan*. Oleh karena itu keadilan menjadi sendi utama dalam sebuah perjanjian yang dibuat oleh para pihak.⁹⁷ tidak terkecuali pada akad *mudharabah*. Dalam Kitab *Bidayatul Mujtahid* Karya Ibnu Rasyid Sayyid Sabiq yang diterjemahkan oleh Agus Hidayatullah, ketika akad *mudharabah* terlaksana dan *mudharib* sudah menerima harta (modal), maka *mudharib* saat itu juga adalah seorang pengembal amanah dan tidak wajib bertanggung jawab kecuali jika berbuat zalim. Oleh karena apabila terjadi kerugian atas apa yang diperjanjikan dalam akad *mudharabah* dan kerugian itu bukan karena perbuatan zalim *mudharib* maka tidak ada tuntutan baginya.⁹⁸

Makna keadilan dalam sebuah akad *Mudharabah* dapat dilihat pada tingkat keuntungan dan pembagian resiko dari kedua belah pihak yang sedang melakukan kerjasama sesuai dengan kesepakatan yang telah dibuat. Oleh karena itu kedua belah pihak tentu akan mendapat keuntungan secara

⁹⁵ Soedjono Dirdjosisworo, *Pengantar Ilmu Hukum*, Raja Grafindo Persada, cetakan keenam, Jakarta, 2000, hlm. 130.

⁹⁶ *Ibid*

⁹⁷ Ahmadi Miru, *Op Cit*, hlm. 19.

⁹⁸ Sayyid Sabiq, *Fiqih Sunnah Jilid 5*, diterjemahkan oleh Agus Hidayatullah, Manida Adipustaka, cetakan Kedua, Depok, 2014, hlm. 133.

proporsional, jika kerjasama tersebut menghasilkan keuntungan. Namun sebaliknya, jika terjadi kerugian maka kedua belah pihak tentu akan menerima kerugian secara proporsional pula. Dari aspek *Shahibul Mal* tentu risikonya adalah kehilangan modal yang telah diberikan kepada *mudharib*, sedangkan dari pihak *mudharib* akan menerima resiko kehilangan daya pikir dan tenaga serta waktu dalam mengelola modal dari *shahibul mal*.⁹⁹

3. *Applied Theory*

Applied Theory yang penulis gunakan dalam penelitian ini adalah teori Perjanjian. Istilah perjanjian berasal dari bahasa Belanda yaitu *overeenkomst*. Pasal 1313 KUH Perdata menyebutkan bahwa suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.

Pasal 1313 KUHPerdata mengatur bahwa suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lainnya. Pasal ini menerangkan secara sederhana tentang pengertian perjanjian yang menggambarkan tentang adanya dua pihak yang saling mengikatkan diri. Pengertian ini sebenarnya tidak begitu lengkap, tetapi dengan pengertian ini sudah jelas bahwa dalam perjanjian itu terdapat satu pihak mengikatkan dirinya kepada pihak lain.¹⁰⁰

Subekti mengemukakan bahwa perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seseorang lain atau dimana dua orang itu

⁹⁹ Popon Srisusilawati dan Nanik Eprianti, *Op Cit*, hlm. 19

¹⁰⁰ Ahmadi Miru dan Sakka Pati, *Hukum Perikatan, Penjelasan Makna Pasal 1233 Sampai 1456 BW*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2011, hlm. 63.

saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.¹⁰¹ sementara itu, menurut Sudikno Mertokusumo perjanjian adalah hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum.¹⁰²

Wirdjono Prodjodikoro mengartikan perjanjian sebagai suatu hubungan hukum mengenai harta benda antar kedua belah pihak, dalam mana suatu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melakukan sesuatu hal, sedangkan pihak lain berhak menuntut pelaksanaan janji itu.¹⁰³ Sementara itu Menurut Black's Law Dictionary, perjanjian adalah suatu persetujuan antara dua orang atau lebih. Perjanjian ini menimbulkan sebuah kewajiban untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu secara sebagian". Inti definisi yang tercantum dalam *Black's Law Dictionary* adalah bahwa kontrak dilihat sebagai persetujuan dari para pihak untuk melaksanakan kewajiban, baik melakukan atau tidak melakukan secara sebagian.¹⁰⁴

Menurut Sudikno Mertokusumo, perjanjian adalah suatu hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum. Maksudnya, kedua pihak tersebut sepakat untuk menentukan peraturan atau kaidah atau hak dan kewajiban yang mengikat mereka untuk ditaati dan dilaksanakan. Kesepakatan tersebut adalah untuk menimbulkan akibat hukum, yaitu menimbulkan hak dan kewajiban, sehingga

¹⁰¹ R. Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, PT. Intermasal, Jakarta, 2002, hlm. 5.

¹⁰² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberti, Yogyakarta, 1986. hlm. 103.

¹⁰³ Wirdjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Perjanjian*, .Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm. 5.

¹⁰⁴ Salim, *Perkembangan Hukum Kontrak Innominaat di Indonesia*, , Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hlm. 16.

apabila kesepakatan itu dilanggar maka akan ada akibat hukumnya atau sanksi bagi si pelanggar.¹⁰⁵

Di Indonesia suatu perjanjian bertujuan untuk melindungi terhadap harkat dan martabat manusia yang bersumber pada Pancasila dan prinsip Negara Hukum yang berdasarkan Pancasila. Perlindungan Hukum diberikan kepada Warga Negara Indonesia sangat diperlukan demi terciptanya peraturan Umum dan Kaidah Hukum yang berlaku Umum.¹⁰⁶

Demi terciptanya fungsi hukum sebagai masyarakat yang tertib diperlukan ketersediaan hukum dalam arti kaidah atau peraturan serta jaminan atas terwujudnya kaidah hukum dimaksud dalam praktek hukum dengan kata lain adanya jaminan penegakan hukum yang baik dan adil bagi seluruh rakyat Indonesia tanpa membeda-bedakan suku ras serta kedudukan sosialnya serta tidak membeda-bedakan gender.¹⁰⁷

Suatu perjanjian juga dimaksudkan memecahkan permasalahan, yaitu mengenai perlindungan hukum bagi kreditur dan debitur dalam hubungannya dengan fungsi hak tanggungan atas tanah. Teori perjanjian tersebut diharapkan dapat terpenuhi dengan adanya pengaturan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHP), Undang-Undang Agraria, Undang-undang Hak Tanggungan dan hal-hal yang mengikat lainnya sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

¹⁰⁵ Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit.*, hlm. 97-98

¹⁰⁶ Romi Atmasasmita, *Teori Hukum Interaktif*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2013, hlm. 13

¹⁰⁷ Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis (Paradigma Ketidakberdayaan Hukum)*, Citra Aditya Bakti, Cet. 1, Bandung, 2003, hlm. 40.

Pasal 1131 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer) diletakkan asas umum hak seorang kreditur terhadap debiturnya, dalam mana ditentukan bahwa: "Segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada dikemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan."¹⁰⁸ Jaminan seperti itu diberikan kepada setiap kreditur dan karenanya disebut jaminan umum. Setiap kreditur menikmati hak jaminan umum seperti itu.

Kemudian Pasal 1132 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer) memberikan pengecualian, yaitu dalam hal seorang kreditur kedudukan yang lebih baik dibanding kreditur lain dalam pelunasan hutangnya. Hak jaminan khusus dan jaminan umum ini tidak memberikan jaminan bahwa tagihannya pasti akan dilunasi, tetapi hanya memberikan kepada kreditur kedudukan yang lebih baik dalam penagihannya, atau lebih terjamin dalam pemenuhan tagihannya.¹⁰⁹

Salah satu jenis jaminan adalah jaminan kebendaan, jaminan yang bersifat kebendaan adalah jaminan yang berupa hak mutlak atas sesuatu benda, yang mempunyai ciri-ciri mempunyai hubungan langsung atas benda tertentu dari debitur, dapat dipertahankan terhadap siapa pun, selalu mengikuti bendanya dan dapat diperalihkan (contoh: hipotek, hak tanggungan gadai, dan lain-lain).

¹⁰⁸ Achmad Ali, *Menguak Hukum, Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Gunung Agung, Jakarta, 2002, hlm. 83.

¹⁰⁹ J. Satrio, *Hukum Jaminan, Hak-hak Jaminan Kebendaan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 4

Jaminan kebendaan dapat berupa jaminan benda bergerak dan benda tidak bergerak. Benda bergerak adalah kebendaan yang karena sifatnya dapat berpindah atau dipindahkan atau karena undang-undang dianggap sebagai benda bergerak, seperti hak-hak yang melekat pada benda bergerak.

Benda bergerak dibedakan lagi atas benda berwujud atau bertubuh. Pengikatan jaminan benda bergerak berwujud dengan gadai atau fidusia, sedangkan pengikatan jaminan benda bergerak tidak berwujud dengan gadai, *cessie*, dan *account receivable*.

Jaminan kebendaan diatur dalam Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer) serta Undang-undang lainnya, dengan bentuk, yaitu:

- a) Gadai diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer) Buku II Bab XX Pasal 1150-1161, yaitu suatu hak yang diperoleh seorang kreditur atas suatu barang bergerak yang diserahkan oleh debitur untuk mengambil pelunasan dan barang tersebut dengan mendahulukan kreditur dari kreditur lain.
- b) Hipotik diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer) Buku II Bab XXI Pasal 1162-1232, yaitu kredit yang diberikan atas dasar jaminan berupa benda tidak bergerak. Kedua, hipotek merupakan surat pernyataan berutang untuk jangka panjang yang berisi ketentuan bahwa kreditur dapat memindahkan sebagian atau seluruh hak tagihannya kepada pihak ketiga.

- c) Hak tanggungan; Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996, yaitu jaminan yang dibebankan hak atas tanah, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan suatu ketentuan dengan tanah untuk pelunasan hutang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan pada kreditur terhadap kreditur lain.
- d) Fidusia, Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999, yaitu hak jaminan atas benda bergerak baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud dan benda tidak bergerak khususnya bangunan yang tidak dibebani hak tanggungan sebagai agunan bagi pelunasan hutang tertentu yang memberikan kedudukan utama pada kreditur terhadap kreditur lain.

Adapun jaminan-jaminan kebendaan di atas bersifat *assesoir* dari perjanjian pokok atau dengan kata lain hanya “jaminan tambahan” semata-mata, yakni tambahan atas jaminan utamanya berupa jaminan atas barang yang dibiayai dengan kredit tersebut.¹¹⁰

Salah satu bentuk dari jaminan kebendaan di Indonesia adalah Hak Tanggungan atas tanah dan benda di atasnya. Keberadaan hak tanggungan ini sangat membantu perbankan dalam memenuhi prinsip kehati-hatian dalam menyalurkan modalnya kepada nasabahnya.

Lahirnya Undang-Undang nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan tentu membawa angin segar bagi dunia perbankan karena memudahkannya pihak debitur untuk melakukan eksekusi jika terjadinya wanprestasi. Sejak lahirnya undang-undang hak tanggungan ini pengikatan

¹¹⁰ Munir Fuady, *Hukum Perbankan Modern*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999. hlm. 69-70

jaminan atas hutang yang berupa tanah atau benda-benda yang terkait dengan tanah tersebut dengan memberikan kedudukan yang diutamakan ataupun mendahulukan kepada pemegang hak tanggungan tersebut. Oleh karena itu pemegang hak tanggungan sebagai kreditur memperoleh hak yang didahulukan daripada kreditur lainnya untuk menerima pembayaran atas piutang dari hasil penjualan atau lelang objek jaminan yang diperjanjikan dengan pemberian hak tanggungan.¹¹¹

F. Keaslian Penelitian (Originalitas Penelitian)

Disertasi dengan judul Hak Tanggungan Sebagai Jaminan Pada Akad *Mudharabah* dalam Perspektif Kepastian Hukum telah melalui proses peninjauan atau penelusuran kepustakaan, dan belum ada penulis temukan orang lain yang melakukan penelitian ini, tetapi ada beberapa penelitian dengan tema Hak Tanggungan, namun perspektifnya tidak dihubungkan sebagai jaminan pada akad *mudharabah*. Dari penelusuran kepustakaan penulis, diketahui antara lain sebagai mana tabel berikut :

Tabel I.1

Orisinalitas Penelitian Terdahulu dan tentang perbedaan antara penelitian yang peneliti lakukan dengan hasil penelitian orang lain

No.	Nama	Judul	Rumusan Masalah	Tahun
1.	Abd. Hamid Pulungan Universitas	Kewenangan Pengadilan Agama Dalam Eksekusi Hak Tanggungan Akad	1. Bagaimana kedudukan akad <i>mudharabah</i> dalam sistem ekonomi syariah?	2018

¹¹¹ M. Bahsan, *Hukum Jaminan dan Jaminan Perbankan Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2014, hlm. 22

	Jambi	<i>Mudharabah</i> pada Perbankan Syariah	<p>2. Apakah Pengadilan Agama memiliki kewenangan melakukan fiat eksekusi hak tanggungan dalam akad <i>mudharabah</i> pada perbankan syariah?</p> <p>3. Bagaimana implementasi hukum terhadap eksekusi hak tanggungan akad <i>mudharabah</i>?</p>	
2.	Priyo Handoko Universitas Ailangga	Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Atas Tanah Sebagai Pengaman Perjanjian Kredit Bank	<p>1. Apakah UU No. 4 Tahun 1996 sebagai penjabaran UU No. 5 Tahun 1960 masih konsisten menjabarkan diri pada hukum adat?</p> <p>2. Apakah UU No.4 mampum memberikan iklim yang kondusif dalam arti dapat menghindari terjadinya ekonomi biaya tinggi bagi dunia perbankan dalam kegiatan penyaluran kredit pada nasabah?</p> <p>3. Apabila terjadi kredit macet, apakah eksekusi objek hak tanggungan sebagaimana UU No. 4 tahun 1996 dapat menjamin kepastian hukum bagi kreditur untuk memperoleh percepatan pelunasan pinjaman yang telah disalurkan?</p>	2013
3.	Marliyah	Pembiayaan <i>Mudharabah</i> Sektor	1. Bagaimana kendala yang dihadapi	

	Universitas Islam Negeri Sumatera Utara	Usaha Mikro, Kecil, Dan Menengah (UMKM): Studi Kasus Perbankan Syariah Di Sumatera Utara	perbankan dalam penerapan pembiayaan <i>mudharabah</i> bagi UMKM? 2. Bagaimana solusi yang dapat digunakan dalam mengatasi kendala pembiayaan <i>mudharabah</i> ? 3. Bagaimana strategi yang tepat dalam menerapkan pembiayaan <i>mudharabah</i> untuk mengembangkan usaha yang dikelola oleh UMKM?	
--	---	--	---	--

Berdasarkan tabel di atas dapat diketahui beberapa perbedaan dan persamaan dengan penelitian yang peneliti tulis sebagai berikut :

1. Abd. Hamid Pulungan dengan disertasi berjudul Kewenangan Pengadilan Agama Dalam Eksekusi Hak Tanggungan Akad *Mudharabah* pada Perbankan Syariah, 2018, Universitas Jambi.

Hasil penelitian yang dilakukan oleh Hamid Pulungan menunjukkan bahwa kewenangan eksekusi hak tanggungan akad *mudharabah* dan kewenangan mengadili perkara ekonomi syariah bersifat mutlak berada pada Pengadilan Agama, karena dalam pelaksanaan eksekusi hak tanggungan sama halnya dengan eksekusi putusan-putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap.¹¹²

¹¹² Hamid Pulungan, *Kewenangan Pengadilan Agama Dalam Eksekusi Hak Tanggungan Akad Mudharabah Pada Perbankan Syariah*, Disertasi Doktor Ilmu Hukum, Universitas Jambi, Jambi, 2018, hlm. 330

Hamid Pulungan berpendapat Akad *Mudharabah* merupakan salah satu akad pembiayaan syariah. Dalam kesimpulan disertasinya dikatakan bahwa hubungan hukum yang terjadi antara nasabah dengan bank syariah dilakukan dengan benar yang berdasarkan prinsip syariah maupun menurut Undang-undang yang berlaku di Indonesia. Sedangkan perjanjian Hak Tanggungan merupakan akad tambahan yang lahir setelah adanya *akad mudharabah* dan merupakan bagian dari perjanjian hutang piutang yang menimbulkan hutang tersebut.¹¹³

Dilihat dari analisis disertasi Hamid Pulungan tersebut di atas, terdapat persamaan dan perbedaan dengan penelitian yang dilakukan penulis.

Persamaannya dengan penelitian yang dilakukan oleh Hamid Pulungan dengan penelitian ini adalah sama-sama bertema tentang Hak Tanggungan pada *Akad Mudharabah*, sedangkan perbedaannya adalah penelitian Hamid Pulungan mengkritisi dan mengkaji tentang kewenangan Pengadilan Agama dalam eksekusi Hak Tanggungan pada *Akad Mudharabah*, sedangkan penelitian penulis lebih mengkritisi tentang penerapan perjanjian Hak Tanggungan pada *Akad Mudharabah* apakah sudah mempunyai kepastian hukum sebagaimana Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.

¹¹³ *Ibid*, hlm. 331

2. Priyo Handoko dengan disertasi berjudul Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Atas Tanah Sebagai Pengaman Perjanjian Kredit Bank, 2003, Universitas Airlangga.

Dalam penelitian Priyo Handoko ini menunjukkan bahwa salah satu usaha perbankan adalah penyaluran kredit kepada masyarakat yang membutuhkan dana dalam rangka pemenuhan untuk modal usaha dengan pihak perbankan sebagai pemodal yang dibuat dalam sebuah perjanjian kredit. Namun dalam perjanjian kredit tersebut bank selalu mensyaratkan adanya suatu perjanjian tambahan yaitu perjanjian jaminan kebendaan, padahal perjanjian jaminan kebendaan bukanlah suatu syarat yang mutlak jika pihak perbankan memiliki keyakinan terhadap calon debitur mampu untuk melunasi hutangnya.¹¹⁴

Ketentuan tentang eksekusi terhadap hak tanggungan diperlukan apabila terjadinya suatu peristiwa kredit macet menurut Priyo Handoko belum dapat menjamin kepastian hukum sebagaimana yang diatur dalam Pasal 20 Undang-Undang Hak Tanggungan yang pada prinsipnya dilakukan dengan tiga cara, yakni, dengan *parate* eksekusi, dengan titel eksekutorial yang terdapat pada sertipikat hak tanggungan, dan dengan cara penjualan di bawah tangan.¹¹⁵

¹¹⁴ Priyo Handoko, *Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Atas Tanah Sebagai Pengaman Perjanjian Kredit Bank*, Disertasi Doktor Ilmu Hukum, Universitas Airlangga, Surabaya, 2003, hlm. 338

¹¹⁵ *Ibid*, hlm. 340

Melihat pada analisis disertasi Priyo Handoko tersebut di atas, terdapat persamaan dan perbedaan dengan penelitian yang dilakukan penulis.

Persamaannya dengan penelitian yang dilakukan oleh Priyo Handoko dengan penelitian ini adalah sama-sama mengambil tema tentang Hak Tanggungan, sedangkan perbedaannya adalah penelitian Priyo Handoko lebih menitik beratkan pada Jaminan Hak Tanggungan sebagai pengaman perjanjian kredit bank, sementara penelitian ini lebih menitik beratkan pada penerapan perjanjian Hak Tanggungan pada Akad *Mudharabah*.

Selain itu perbedaan penelitian Priyo Handoko dengan penelitian ini adalah penelitian Priyo Handoko menggunakan satu disiplin ilmu hukum perdata, sedangkan penelitian ini menggunakan dua disiplin ilmu, yaitu disiplin ilmu hukum dan disiplin ilmu hukum perdata dan disiplin ilmu hukum syariah sebagai landasan hukum perdata Islam dalam penerapan prinsip-prinsip syariah.

3. Marliyah dengan disertasi berjudul Strategi Pembiayaan *Mudharabah* Sektor Usaha Mikro, Kecil, Dan Menengah (UMKM): Studi Kasus Perbankan Syariah Di Sumatera Utara, 2016, Universitas Islam Sumatera Utara.

Menurut Marliyah Strategi pembiayaan *mudharabah* strategi dapat dilaksanakan secara optimal jika pemerintah dan otoritas yang mempunyai kewenangan memberikan dukungan serta komitmen yang penuh untuk

rangka mengembangkan lembaga-lembaga keuangan dengan prinsip-prinsip syariah dan membuat regulasi maupun aturan khusus untuk menimbulkan rasa cinta pada perbankan syariah dan mengaplikasikannya dalam pembiayaan *mudharabah* terutama kepada para pengusaha UMKM. Maka dengan adanya dukungan dari pemerintah dengan cara membuat regulasi dan aturan khusus tentang pembiayaan *mudharabah* maka akan semakin memotivasi industri perbankan syariah untuk berkomitmen dalam mengembangkan pembiayaan dengan model bagi hasil yang pada hakikatnya merupakan produk inti dari perbankan syariah itu.¹¹⁶

Dari analisis disertasi Marliyah tersebut di atas, terdapat persamaan dan perbedaan dengan penelitian yang dilakukan penulis.

Persamaannya dengan penelitian yang dilakukan oleh Marliyah dengan penelitian ini adalah sama-sama mengambil tema tentang *Akad Mudharabah*, sedangkan perbedaannya adalah penelitian Marliyah adalah penelitian ekonomi sosial dalam rangka menemukan strategi pembiayaan *Mudharabah*, sementara penelitian ini lebih adalah penelitian hukum dalam rangka menemukan formulasi kedepan pengaturan jaminan dalam akad *mudharabah*.

G. Metode Penelitian

Metode adalah proses, prinsip-prinsip dan tata cara memecahkan suatu masalah, sedangkan penelitian adalah pemeriksaan secara hati-hati, tekun dan

¹¹⁶ Marliyah, *Strategi Pembiayaan Mudharabah Sektor Usaha Mikro, Kecil, Dan Menengah (UMKM): Studi Kasus Perbankan Syariah di Sumatera Utara, Disertasi Doktor Ekonomi Syariah, Universitas Islam Sumatera Utara*, 2016, hlm. 207

tuntas terhadap suatu gejala untuk menambah pengetahuan manusia, maka metode penelitian dapat diartikan sebagai proses prinsip-prinsip dan tata cara untuk memecahkan masalah yang dihadapi dalam melakukan penelitian.¹¹⁷

Berdasarkan perumusan masalah dan tujuan penelitian maka penelitian yang digunakan dalam penulisan disertasi ini adalah jenis penelitian dengan menggunakan metode penelitian normatif, yaitu peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan permasalahan yang dibahas.¹¹⁸ Sedangkan dilihat dari sifatnya, penulisan ini bersifat deskriptif yaitu memberikan gambaran disertai penjelasan secara sistematis tentang hal-hal yang berkaitan dengan permasalahan yang dihadapi,¹¹⁹ yang berkaitan dengan hak tanggungan pada akad *mudharabah*.

Menurut Badher Johan Nasution hal yang paling prinsip dan mendasar dalam penelitian ilmu hukum normatif adalah bagaimana seorang peneliti menyusun dan merumuskan masalah penelitiannya secara tepat dan tajam, serta bagaimana seorang peneliti memilih metode untuk menentukan langkah-langkahnya dan bagaimana ia melakukan perumusan dalam membangun teorinya.¹²⁰

1. Tipe Penelitian.

Penelitian dalam penulisan disertasi ini adalah penulisan hukum normatif, yaitu penelitian hukum yang meletakkan hukum sebagai sebuah

¹¹⁷ Soejono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 2009, hlm. 6

¹¹⁸ Rony Hanitijo Soemitro, *Metode Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2011, hlm. 9

¹¹⁹ *Ibid*

¹²⁰ Badher Johan Nasution, *Metode Penelitian Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2016, hlm. 88

bangunan sistem norma mengenai asas-asas, kaidah dari peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan, perjanjian serta doktrin.¹²¹ Untuk mengkaji permasalahan hukum, para ilmuwan hukum telah lama menggunakan metode penelitian hukum normatif yang meliputi pengkajian mengenai Asas-asas hukum, Sistematika hukum, Taraf sinkronisasi hukum, Perbandingan hukum, dan Sejarah hukum.¹²²

Dalam penelitian ini dilakukan pendekatan terhadap hukum positif atau peraturan perundang-undangan, maksudnya adalah merupakan pendekatan dengan memaparkan, menganalisis dan mengevaluasi peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan masalah kepastian hukum perjanjian hak tanggungan sebagai jaminan pada akad *mudharabah*, dan sebagai usaha mendekati masalah yang diteliti dengan pendekatan hukum yaitu berusaha menelaah peraturan-peraturan yang berlaku dalam masyarakat dan sekaligus sesuai dengan kenyataan yang terjadi di tengah-tengah dalam masyarakat.

2. Pendekatan Penelitian.

Dalam penelitian ilmu hukum normatif terdapat banyak pendekatan yang digunakan oleh peneliti, baik secara terpisah-pisah dengan berdiri sendiri ataupun secara kolektif sesuai dengan isu dan permasalahan yang akan dibahas.¹²³ Menurut Peter Mahmud Marzuki, peneliti akan mendapatkan

¹²¹ Mukti Fajar & Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif & Empiris*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2010, hlm. 34

¹²² Badher Johan Nasution, *Op Cit*, hlm. 86

¹²³ *Ibid*, hlm. 92

informasi dari berbagai aspek mengenai isu hukum yang akan dicari jawabannya.¹²⁴

Penelitian terhadap Hak Tanggungan Sebagai Jaminan Pada Akad *Mudharabah* Dalam Perspektif Kepastian Hukum dalam penulisan ini dilakukan beberapa pendekatan antara lain :

- a. Pendekatan peraturan perundang-undangan, yaitu dengan pendekatan dari sudut pada sinkronisasi peraturan perundang-undangan.

Dalam penelitian Hak Tanggungan Sebagai Jaminan Pada Akad *Mudharabah* Dalam Perspektif Kepastian Hukum, peneliti akan mengumpulkan peraturan perundang-undangan yang menjadi fokus penelitian, kemudian meneliti, mendalami dan menelaah konsep secara horizontal sejauh mana peraturan perundang-undangan tentang jaminan, khususnya Undang-Undang Hak Tanggungan mempunyai hubungan fungsional secara konsisten terhadap akad *Mudharabah*, sehingga mendapat data lengkap dan menyeluruh mengenai peraturan perundang-undangan terkait dan mengungkapkan kelemahan-kelemahan yang ada pada peraturan perundang-undangan tersebut. Dengan demikian peneliti dapat merekomendasikan agar peraturan perundang-undangan tersebut dilakukan amandemen.¹²⁵

- b. Pendekatan Konseptual yaitu pendekatan terhadap konsep-konsep hukum.

Penelitian dengan pendekatan konseptual ini meneliti berbagai konsep-konsep hukum yang terdiri dari sumber hukum, fungsi hukum,

¹²⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Pranandamedia Grup, Jakarta, 2014, hlm. 133

¹²⁵ Amiruddin & Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2014, hlm. 129

lembaga hukum, dan sebagainya. Konsep hukum ini berada pada tiga ranah atau tataran sesuai tingkatan ilmu hukum itu sendiri, yaitu tataran ilmu hukum dogmatik konsep hukumnya teknis yuridis, teori hukum konsep hukumnya konsep umum dan filsafat hukum konsep hukumnya konsep dasar.¹²⁶

Bahwa secara konseptual Hak Tanggungan adalah perjanjian tambahan (*assesoir*) karena perjanjian hak tanggungan tidak bisa berdiri sendiri tanpa bergantung kepada perjanjian pokok. Untuk memperdalam kajian penelitian ini maka penulis mengkaji secara khusus tentang Hak tanggungan yang digantungkan pada akad *mudharabah* sebagai perjanjian pokoknya. Hal ini untuk mendapatkan kepastian hukum tentang Hak Tanggungan Sebagai Jaminan Pada Akad *Mudharabah* dalam Perspektif Kepastian Hukum.

- c. Pendekatan Sejarah (historis) yaitu pendekatan yang dilakukan dengan menelaah latar belakang terbentuknya suatu hukum.

Pendekatan sejarah (historis) adalah penelitian atau pengkajian terhadap perkembangan produk-produk hukum berdasarkan urutan-urutan perodesasi atau kenyataan sejarah yang melatarbelakanginya.¹²⁷ Dengan penelitian sejarah maka akan terungkap mengenai fakta hukum masa silam dalam hubungan dengan fakta hukum masa kini.

Dalam hubungannya dengan penelitian kepastian hukum Hak Tanggungan Sebagai Jaminan Pada Akad *Mudharabah* penulis akan

¹²⁶ Badher Johan Nasution, *Op Cit*, hlm. 92

¹²⁷ *Ibid*

mempelajari dan perkembangan isu hukum yang digunakan untuk penelusuran sejarah Hak Tanggungan yang menjadi dasar perjanjian jaminan kebendaan pada akad *mudharabah*.

3. Pengumpulan Bahan Hukum.

Pengumpulan bahan hukum merupakan hal yang sangat erat hubungannya dengan sumber hukum, karena melalui pengumpulan bahan hukum ini akan memperoleh bahan-bahan hukum yang diperlukan untuk selanjutnya dianalisis sesuai dengan yang diharapkan.

Penelitian ini menggunakan jenis bahan hukum yang mendukung keterangan atau menunjang kelengkapan penelitian yang diperoleh dari perpustakaan dan koleksi pustaka pribadi Penulis yang dilakukan dengan cara studi pustaka atau *literature*. Bahan hukum terdiri dari:

- a. Bahan-bahan hukum primer, meliputi:
 1. Al-Qur'an
 2. Hadits
 3. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata;
 4. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Pokok-Pokok Agraria;
 5. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan;
 6. Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah;
 7. Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan;

8. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999 Tentang Bank Indonesia;
9. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 1999 Tentang Bank Indonesia;
10. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris;
11. Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah;
12. Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2009 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999 Tentang Bank Indonesia Menjadi Undang-Undang;
13. Undang-Undang Nomor 2 tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 tahun 2004 tentang Jabatan Notaris;
14. Undang-Undang Nomor 4 tahun 2023 tentang Pengembangan dan Penguatan Sektor Keuangan.
15. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999 Tentang Bank Indonesia;
16. Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah;
17. Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 1998 tentang Peraturan Jabatan Pembuat Akata Tanah;

18. Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 1998 tentang Peraturan Jabatan Pembuat Akta Tanah;
 19. Peraturan Bank Indonesia Nomor 6/24/PBI/2004 tentang Bank Umum yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip-prinsip Syariah;
 20. Fatwa Dewan pengawas Syariah- Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) nomor 11/DSN-MUI tentang *Kafalah*;
 21. Fatwa DSN-MUI Nomor 7/DSN-MUI/IV/2000, tentang *Mudharabah (Qiradh)*;
- b. Bahan-bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisa dan memahami bahan hukum primer, meliputi:
1. Literatur-literatur yang berkaitan dengan dengan Hak Tanggungan baik menurut bank konvensional maupun menurut bank syariah; dan
 2. Makalah dan artikel, meliputi makalah tentang dengan Hak Tanggungan baik menurut bank konvensional maupun menurut bank syariah.

Dalam penelitian hukum, data sekunder mencakup bahan primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat; bahan sekunder, yaitu yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer; bahan hukum

tersier yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.¹²⁸

4. Analisis Bahan Hukum

Bahan hukum yang diperoleh baik dari berbagai peraturan perundang-undangan maupun studi pustaka pada dasarnya merupakan bahan hukum yang dianalisis secara analisis normatif, yaitu bahan hukum yang terkumpul dan dituangkan dalam bentuk uraian logis dan sistematis, selanjutnya dianalisis untuk memperoleh kejelasan penyelesaian masalah. Kemudian ditarik kesimpulan secara deduktif, yaitu dari hal yang bersifat umum menuju ke hal yang bersifat khusus.¹²⁹

Secara spesifikasi penelitian ini adalah deskriptif analitis yaitu penelitian yang pada umumnya bertujuan untuk mendeskripsikan secara sistematis, faktual dan akurat mengenai sifat-sifat karakteristik-karakteristik atau faktor-faktor tertentu,¹³⁰ sehingga untuk melakukan analisis dalam penelitian ini diawali dengan mengelompokkan data dan informasi yang sama menurut sub aspek dan selanjutnya melakukan interpretasi untuk memberikan makna terhadap tiap sub aspek dan hubungannya satu sama lain.¹³¹ Dalam penelitian ini penulis bermaksud untuk menggambarkan dan melaporkan secara rinci, sistematis dan menyeluruh mengenai segala sesuatu yang berkaitan dengan kepastian hukum hak tanggungan pada akad *mudharabah* yang dihubungkan dengan peraturan perundang-undangan di

¹²⁸ Soejono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, *Op. cit.* hlm. 52

¹²⁹ *Ibid*, hlm. 20

¹³⁰ Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2018, hlm. 35

¹³¹ Badher Johan Nasution, *Op Cit*, hlm. 174

Indonesia. Kemudian setelah itu dilakukan analisis atau interpretasi keseluruhan aspek untuk memahami makna hubungan antara aspek yang satu dengan lainnya dengan keseluruhan aspek yang menjadi permasalahan penelitian yang dilakukan secara induktif sehingga memberikan gambaran hasil secara utuh.¹³²

H. Sistematika Penulisan

Secara konkrit tulisan ini terdiri dari beberapa bab, dimana antara yang satu dengan lainnya yang berkaitan, demikian pula antara satu sub bab dengan sub bab yang lain, uraian lengkap mengenai sistematika penulisan disertasi ini.

Bab Pertama, Pendahuluan, bab ini akan menguraikan beberapa pokok antara lain : Latar Belakang, Perumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Manfaat Penelitian, Metode Penelitian, Originalitas Penelitian, Kerangka Konseptual, Kerangka Teoritis, Sistematika Penulisan, dan Jadwal Penelitian.

Bab kedua, membahas tentang pengaturan hukum akad *mudharabah* pada perjanjian berdasarkan prinsip syariah di Indonesia, yang pada intinya memuat substansi analisis pembahasan tentang akad dalam hukum Islam yaitu : makna akad menurut hukum Islam, rukun dan syarat akad, macam-macam akad dan asas-asas akad serta berakhirnya suatu akad, selanjutnya dalam bab ini juga membahas tentang penerapan akad *mudharabah* di

¹³² *Ibid*

Indonesia yang meliputi makda akad *mudharabah*, dasar hukum *mudharabah*, rukun dan syarat serta berakhirnya akad *mudharabah*. Kemudian membahas tentang akad *mudharabah* dalam praktek pada perbankan syariah yang berdasarkan pada Fatwa DSN-MUI di Indonesia.

Bab ketiga membahas tentang konsepsi dan pengaturan Hak Tanggungan dalam hukum jaminan di Indonesia, yang pada intinya membahas tentang hukum jaminan di Indonesia, sumber hukum jaminan, urgensi lembaga jaminan, sifat dan bentuk perjanjian jaminan serta perbedaan lembaga jaminan, di samping itu juga bab ini membahas tentang lembaga jaminan Hak Tanggungan, yang pada intinya memuat tentang makna Hak Tanggungan, subjek dan objek hukum Hak Tanggungan, sifat pembebanannya dan hapusnya Hak Tanggungan serta bagaimana eksekusi objek Hak Tanggungan.

Bab keempat diberi judul Kepastian Hukum Hak Tanggungan Sebagai Jaminan Pada Akad *Mudharabah* Di Indonesia, Pada bab ini intinya memuat substansi analisis yuridis atas rumusan pembahasan yang lebih lanjut dan dianalisa beberapa hal pokok yaitu bagaimana konsep jaminan menurut hukum Islam dan jaminan dalam akad *mudharabah* pada lembaga keuangan syariah di Indonesia.

Bab kelima membahas bagaimana konsep ideal perjanjian jaminan dalam akad *mudharabah* untuk mewujudkan kepastian hukum, dalam bab ini pada intinya memuat substansi analisis yuridis atas rumusan pembahasan yang lebih lanjut dan dianalisa beberapa hal pokok yaitu hukum jaminan Hak

tanggung pada akad *mudharabah* menurut hukum Indonesia dan kepastian bagi *shahibul maal* dalam akad *mudharabah*, serta bagaimana konsep ideal perjanjian jaminan pada akad *mudharabah* untuk mewujudkan kepastian hukum.

Bab keenam merupakan bagian penutup yang memuat kesimpulan tentang Jaminan Hak Tanggungan dalam sistem hukum jaminan di Indonesia yang pada umumnya mengatur tentang jaminan atas perjanjian hutang piutang dan belum mengatur tentang jaminan dalam perjanjian bagi hasil dengan prinsip syariah khususnya pada akad *mudharabah*. Bab ini juga membuat tentang saran dari hasil penelitian agar perjanjian bagi hasil dengan prinsip syariah khususnya pada akad *mudharabah* mempunyai kepastian hukum perlu adanya pengaturan norma tentang Hak Tanggungan dalam perjanjian jaminan dengan prinsip syariah.

BAB II

PENGATURAN HUKUM AKAD MUDHARABAH PADA PERJANJIAN BERDASARKAN PRINSIP SYARIAH DI INDONESIA

A. Akad Dalam Hukum Islam

1. Makna Akad Menurut Islam

Suatu akad merupakan ikatan secara hukum yang dilakukan oleh dua orang atau beberapa orang yang sama-sama berkeinginan untuk mengikatkan diri.¹³³ Secara etimologis akad adalah *al-rabtu baita athraf al-syai* yang dipahami bahwa akad merupakan kesepakatan yang saling mengikatkan diantara para pihak, atau pertemuan *ijab* dan *qabul* yang menimbulkan akibat hukum pada objek akad.¹³⁴ Oleh sebab itu suatu pembicaraan tertentu diantara para pihak akan menjadikan bukti kehendak untuk berakad. Dalam hukum Islam, suatu akan baru lahir setelah dilaksanakan pernyataan kehendak penawaran (*ijab*) dan pernyataan kehendak persetujuan (*qabul*).¹³⁵ Sedangkan menurut istilah akad mempunyai dua makna, yaitu makna khusus dan makna umum.

Makna khusus akad adalah *ijab* dan *qabul* yang melahirkan hak dan tanggung jawab terhadap objek akad (*ma'qud alaih*). Pada umumnya setiap akad itu berarti *ijab* dan *qabul* (serah terima) kecuali ada dalil yang menunjukkan makna lain. Sedangkan makna umum akad adalah setiap perilaku

¹³³ Muhammad, *Bisnis Syariah, TransaksiOp Cit*, hlm. 123.

¹³⁴ Neni Sri Imaniyati, *Perbankan Syariah Dalam Prespektif Hukum ekonomi*, Mandar Maju, Bandung, 2013, hlm. 75.

¹³⁵ Moh. Mufid, *Kaidah Fikih Ekonomi dan Keuangan Kontemporer*, Kencana Perandamedia Group, Jakarta, 2019, hlm. 109.

yang melahirkan hak, atau mengalihkan atau mengakhiri hak, baik itu bersumber dari suatu pihak ataupun dua pihak.¹³⁶

Dalam terminologi hukum Islam, akad berarti perikatan, perjanjian, dan permufakatan (*al-ittifaq*) yaitu pertalian *ijab* (pernyataan melakukan ikatan) dan *qabul* (pernyataan penerimaan ikatan) sesuai dengan kehendak syariat yang berpengaruh kepada objek perikatan. *Ijab* dan *qabul* bermaksud untuk menunjukkan adanya keinginan dan kerelaan timbal balik para pihak yang bersangkutan terhadap isi kontrak. Oleh karena itu, *ijab* dan *qabul* menimbulkan hak dan kewajiban atas masing-masing pihak secara timbal balik. *Ijab* adalah pernyataan pihak pertama mengenai isi perikatan yang diinginkan, sedangkan *qabul* adalah pernyataan pihak kedua untuk menerimanya.¹³⁷

Pencantuman kata-kata yang “sesuai dengan kehendak syariat” dari definisi diatas adalah bahwa setiap perjanjian yang dilakukan oleh dua pihak atau lebih tidak dianggap sah apabila tidak sejalan dengan kehendak syariat Islam. Misalnya, kesepakatan untuk melakukan transaksi riba, menipu orang lain, atau merampok kekayaan orang lain. Apabila *ijab* dan *qabul* telah dilakukan sesuai syarat-syarat dan sesuai kehendak syariat Islam maka muncullah akibat hukum dari perjanjian tersebut.¹³⁸

Pasal 20 angka (1) Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah yang dimaksud dengan akad adalah kesepakatan dalam suatu perjanjian antara dua

¹³⁶ Oni Sahroni & M. Hasanuddin, *Op Cit*, hlm. 4.

¹³⁷ *Ibid*, hlm. 5

¹³⁸ Abdul Rahman Ghazaly, *Fiqh Muamalat*, Kencana Perandamedia Group, Jakarta, 2010, hlm. 51.

pihak atau lebih untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan hukum tertentu.¹³⁹ Bahkan sebagian ulama fiqh kontemporer menyatakan bahwa akad merupakan ikatan, keputusan, pengikatan, perjanjian atau kesepakatan yang dapat diartikan sebagai komitmen terbingkai dengan nilai-nilai syariah yang menjadi tekad seseorang untuk melaksanakan, baik muncul dari satu pihak seperti wakaf, talah dan sumpah,¹⁴⁰ maupun yang muncul dari dua pihak, dari suatu akad yang menimbulkan kewajiban dalam perjanjian yang telah dibuat seperti jual beli, sewa, wakalah dan sebagainya.¹⁴¹ Dengan demikian dapat disimpulkan akad adalah perjanjian yang menimbulkan kewajiban berprestasi pada salah satu pihak dan hak bagi pihak lain atas prestasi tersebut secara timbal balik.¹⁴² Oleh karena akad merupakan kontrak antara dua belah pihak, maka akad mengikat kedua belah pihak yang saling sepakat, yakni masing-masing pihak terikat untuk melakukan kewajiban mereka masing-masing yang telah disepakati.¹⁴³

2. Rukun dan Syarat Akad

a. Rukun Akad

Dalam ajaran Islam untuk sahnya suatu akad, harus dipenuhinya rukun dan syarat dari suatu akad. Rukun adalah hal yang mutlak yang

¹³⁹ Pusat Pengkajian Hukum Islam dan Masyarakat Madani, *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, Kencana Perandamedia Group, Jakarta, 2020, hlm. 15.

¹⁴⁰ Ascarya, *Akad & Produk Bank Syariah*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2015, hlm. 35.

¹⁴¹ Yasardin, *Op Cit*, Perandamedia Group, Jakarta, 2018, hlm. 4.

¹⁴² Khotibun Umam & Setiawan Budi Utomo, *Perbankan Syariah*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2017, hlm. 47.

¹⁴³ Adiwarmanto A. Karim, *Bank Islam, Analisis Fiqih dan Keuangan*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2019, hlm. 65.

harus dipenuhi dalam suatu hal, peristiwa ataupun tindakan.¹⁴⁴ Karena rukun akad adalah sesuatu yang mutlak dan harus ada dan merupakan esensi dalam setiap akad. Jika salah satu rukun akad tidak ada, maka secara Syariah akan dipandang tidak pernah ada.¹⁴⁵ Menurut ulama hanafiyah rukun akad adalah apa saja yang eksistensi akan bergantung kepadanya dan merupakan unsur esensi dari akad tersebut.¹⁴⁶ oleh karena itu ulama hanafiyah berpendapat bahwa yang menjadi rukun akad adalah *shighat aqad*, yaitu *ijab* dan *qabul* karena hakikat dari akad adalah ikatan antara *ijab* dan *qabul*.¹⁴⁷ Sedangkan ulama lainnya berpendapat bahwa rukun akad itu adalah segala sesuatu yang mengungkapkan kesepakatan dua kehendak atau yang menempati tempat keduanya baik berupa perbuatan, isyarat, atau tulisan.¹⁴⁸ Suatu perjanjian dalam hukum Islam sah apabila memenuhi rukun dan syarat-syarat. Syarat adalah persyaratan yang harus dipenuhi oleh rukun-rukun tersebut.¹⁴⁹

Adapun yang menjadi rukun akad menurut mayoritas ulama fikih, rukun akad terdiri atas tiga unsur yakni *shighat*, yaitu *aqidan* dan *ma'qun*. Rukun-rukun akad sebagai berikut:¹⁵⁰

1) *Aqid*, ialah orang yang melakukan akad, terkadang masing-masing

¹⁴⁴ Khotibun Umam & Setiawan Budi Utomo, *Op Cit*, hlm. 47.

¹⁴⁵ Dewi Nurul Musjtari, *Penyelesaian Sengketa Akad Pembiayaan Dengan Jaminan Hak Tanggungan Dalam Praktek Perbankan Syariah*, Parama Publishing, Yogyakarta, 2016, hlm. 4.

¹⁴⁶ Moh. Mufid, *Filsafat Hukum Ekonomi Syariah..... Op Cit*, hlm. 90.

¹⁴⁷ Rozalinda, *Fikih Syariah, Prinsip dan Implementasinya Pada Sektor Keuangan Syariah*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2019, hlm. 47.

¹⁴⁸ Ahmad Wardi Muslich, *Fiqh Muamalat*, Amzah, Jakarta, 2021, hlm. 114.

¹⁴⁹ Abd Shomad, *Hukum Islam Pernormaam Prinsip Syariah Dalam Hukum Indonesia*, Kencana Perandamedia Group, Jakarta, 2010, hlm. 180.

¹⁵⁰ Hendi Suhendi, *Op Cit*, hlm. 47.

pihak terdiri dari satu orang, terkadang terdiri dari beberapa orang, seseorang yang berakad terkadang orang yang memiliki haq (*aqid Ashli*) dan terkadang merupakan wakil dari yang memiliki haq.

- 2) *Ma'qud 'alaih*, ialah benda-benda yang diakadkan, seperti benda-benda yang dijual dalam akad jual-beli. Dalam akad hibah (pemberian), dalam akad gadai, utang yang dijamin seseorang dalam akad kafalah.
- 3) *Maudhu'al'aqh*, ialah tujuan atau maksud pokok mengadakan akad. Berbeda akad maka berbedalah tujuan pokok akad.
- 4) *Shighat al'aqd*, ialah *ijab* dan *kabul*. Yang dimaksud dengan *ijab* ialah permulaan penjelasan yang keluar dari salah seorang yang berakad sebagai gambaran kehendaknya dalam mengadakan akad. Sedangkan yang dimaksud dengan *kabul* ialah perkataan yang keluar dari pihak yang berakad pula yang diucapkan setelah adanya *ijab*.

Ijab dan *qabul* itu diadakan dengan maksud untuk menunjukkan adanya sukarela timbal balik terhadap perikatan yang dilakukan oleh dua belah pihak yang bersangkutan, dan menimbulkan kewajiban atas masing-masing secara timbal balik.¹⁵¹

Beberapa hal yang harus diperhatikan dalam *shighat al'aqd* sebagai berikut :¹⁵²

- 1) *Shighat al-aqd* harus jelas pengertiannya. Kata-kata dalam *ijab* *kabul* harus jelas dan tidak memiliki banyak pengertian.

¹⁵¹ H. A. Syafii Jafri, *Fiqh Muamalah*, Suska Press, Pekanbaru, 2008, hlm. 32

¹⁵² Abdul Rahman Ghazaly, *Op.Cit.*, hlm. 53

- 2) Harus bersesuaian antara *ijab* dan *kaabul*. Antara yang berijab dan menerima tidak boleh berbeda lafal, misalnya seseorang berkata: “Aku serahkan benda ini kepadamu sebagai titipan”, tetapi yang mengucapkan kaabul berkata: “Aku terima benda ini sebagai pemberian”.
- 3) Menggambarkan kesungguhan kemauan dari pihak-pihak yang bersangkutan, tidak terpaksa, dan tidak karena diancam atau ditakuti oleh orang lain.

b. Syarat Akad

Setiap pembentukan akad mempunyai syarat yang ditentukan oleh syara' yang wajib disempurnakan, syarat-syarat terjadinya akad ada dua macam, yaitu :

- 1) *Akid*, yaitu orang yang berakad.

Pelaku akad yang dimaksud bisa satu orang atau banyak orang, bisa orang perorangan maupun badan hukum, baik selaku pelaku akad langsung maupun wakil dari pelaku akad. Syarat *Akid* untuk melakukan akad adalah yang mempunyai kemampuan (*ahliyah*) dan kewenangan (*wilayah*) untuk melakukan akad. Yang dimaksud dengan *ahliyah* adalah kemampuan atau kepantasan seseorang untuk menerima tanggung jawab/beban *syara'* berupa hak-hak dan kewajiban serta keabsahan tindakan hukumnya, seperti berakal dan *mumayiz*. Sedangkan yang dimaksud dengan *wilayah* adalah kewenangan atau kekuasaan secara *syara'* yang memungkinkan

pemiliknya melakukan akad dan tindakan hukum yang menimbulkan akibat hukum.¹⁵³

2) *Ma'qud'alaih*, yaitu objek akad.

Objek akad yaitu harga atau barang yang menjadi objek transaksi seperti objek jual beli dalam bentuk akad jual beli (*bai'*), hadiah dalam akad hibah, barang yang digadaikan dalam akad *rahn*, utang yang dijamin dalam bentuk *kafalah*.

Yang menjadi syarat-syarat objek akad (*ma'qud'alaih*) adalah sebagai berikut :

a) Objek yang legal (*masyru'*)

Objek akad adalah sesuatu yang dibolehkan dalam syariat atau barang yang legal (halal), suci, tidak najis atau benda *mutanajis* (benda yang bercampur dengan najis). Objek merupakan sesuatu yang menurut hukum Islam sah dijadikan objek akad, yaitu harta yang dimiliki serta halal dimanfaatkan (*mutaqawwim*). Syarat yang disepakati oleh seluruh ulama dan berlaku dalam akad *mu'awadhat* (bisnis) dan akad *tabarru'at* (sosial). Oleh karena itu setiap objek yang dianggap harta yang bernilai atau harta yang dibolehkan *syara'* seperti bangkai atau yang tidak boleh dimanfaatkan, seperti *khamar* itu tidak boleh menjadi objek akad.¹⁵⁴

b) Objek yang dapat diserahkan terimakan waktu akad.

¹⁵³ Neneng Nurhasanah & Panji Adam, *Hukum Perbankan Syariah, Konsep dan Regulasi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2017, hlm. 138.

¹⁵⁴ *Ibid*, hlm. 141.

Objek akad harus dapat diserahkan ketika terjadinya akad, namun tidak berarti harus diserahkan seketika. Objek yang diserahkan itu tidak boleh menjadi objek transaksi, walaupun objek tersebut dimiliki penjual. Seluruh ulama sepakat bahwa syarat ini berlaku dalam akad *mu'awadhah*, dan menurut mayoritas ulama, syarat ini berlaku untuk akad *tabarru'at*, kecuali malikiyah yang membolehkan harta yang dinfakkan itu tidak bisa diserahkan. Menurut mereka, karena karakter akad ini adalah sosial (*ihsan*), dan jika objek itu tidak jadi diinfakkan, maka akan merugikan pihak yang penerima *tabarru'* (dana sosial).¹⁵⁵

c) Objek jelas diketahui oleh para pihak

Objek akad harus jelas atau dapat ditentukan (*ma'ayyan*) dan diketahui oleh kedua belah pihak yang berakad. Keharusan mengetahui objek yang akan diadakan ini menurut para fuqaha adalah untuk menghindari terjadinya perselisihan antara para pihak yang berakad. Hal ini berdasarkan pada larangan yang terdapat dalam hadis nabi yang melarang jual beli *gharar* dan jual beli *mujhul* (bendanya tidak diketahui).¹⁵⁶

d) Objek harus ada pada waktu akad.

Objek akad harus sudah ada secara konkret ketika akad dilangsungkan atau diperkirakan ada pada masa akan datang dalam akan-akad tertentu seperti dalam akad *salam*, *istishna'*,

¹⁵⁵ Oni Sahroni & M. Hasanuddin, *Op Cit*, hlm. 37.

¹⁵⁶ Rozalinda, *Op Cit*, hlm. 50.

ijarah, dan *musaqah*. Artinya keempat macam akad ini tetap dinyatakan sah walaupun objek akad, ketika akad dilaksanakan belum ada. Hal ini dimaksudkan untuk memberi kemudahan (*al-taysir*).¹⁵⁷

3) *Shighat* akad.

Shighat merupakan sesuatu yang bersumber dari dua orang atau lebih yang melakukan akad, para ulama berpendapat bahwa *shighat* ini merupakan hal yang sangat penting, karena *shighat* menunjukkan keinginan para dan ridha pelaku akad. Jika *ijab* dan *qabul* tidak ada, maka diasumsikan pelaku akad tidak ridha melakukan akad. Yang dimaksud dengan *shighat* adalah *ijab* dan *qabul* atau serah terima, baik diungkapkan dengan *ijab* dan *qabul* atau dengan *ijab* saja yang menunjukkan *qabul* dari pihak lain secara otomatis.¹⁵⁸ Sementara yang dimaksud dengan *ijab* adalah pernyataan yang menunjukkan kerelaan yang terjadi lebih awal dari salah seorang yang berakad. Sedangkan yang dimaksud dengan *qabul* adalah sesuatu yang disebutkan kemudian yang disebutkan kemudian yang berasal dari salah satu pihak yang beraakad sebagai jawaban dari ucapan pertama.¹⁵⁹ Oleh karena itu *ijab* dan *qabul* disyaratkan memenuhi hal-hal sebagai berikut :¹⁶⁰

a) Pernyataan tersebut harus jelas menunjukkan *ijab* dan *qabul*.

¹⁵⁷ Yasardin, *Op Cit*, hlm. 20.

¹⁵⁸ Oni Sahroni & M. Hasanuddin, *Op Cit*, hlm. 27.

¹⁵⁹ Rozalinda, *Op Cit*, hlm. 51.

¹⁶⁰ Moh. Mufid, *Kaidah Fikih Ekonomi Dan Keuangan Op Cit*, hlm. 111.

- b) Pernyataan kedua belah pihak yang berakad bersesuaian antara *ijab* dan *qabul*.
- c) Bersambungnya pernyataan *ijab* dan *qabul*, serta keinginan untuk melakukan akad pada saat terjadinya transaksi.

Untuk terciptanya bersambungan antara *ijab* dan *qabul* ini dipersyaratkan sebagai berikut :¹⁶¹

- a) Bersatunya majelis (temat) *ijab* dan *qabul*.
- b) Tidak muncul dari salah seorang yang berakad sikap berpaling dari akad.
- c) *Ijab* tidak ditarik kembali sebelum ada *qabul* dari pihak lain.

Dalam prakteknya, akad bisa terjadi pembatalan sebelum dilaksanakannya akad, ada beberapa sebab pembatalan *ijab*, sebagai berikut :¹⁶²

- a) Pembatalan oleh pembuat penawaran.
- b) Kematian salah satu pihak atau hilangnya kemampuan salah satu pihak.
- c) Penolakan penawaran yang dilakukan dengan ucapan atau tindakan.
- d) Berakhirnya tempat perjanjian.
- e) Kerusakan objek yang ditransaksikan baik sebagian atau seluruhnya.

¹⁶¹ Rozalinda, *Op Cit*, hlm. 52.

¹⁶² Asep Saepudin Jahar, Euis Nurlaelawati & Jaenal Aripin, *Hukum Keluarga, Pidana & Bisnis, Kajian Perundang-undangan Indonesia, Fikih dan Hukum Internasional*, Kencana Pernandamedia Group, Jakarta, 2013, hlm. 262.

Dari beberapa syarat-syarat akad yang dikemukakan di atas, kemudian para *fukaha* menyatakan syarat-syarat akad itu dapat dibagi menjadi empat macam yaitu :

1) Syarat terjadinya akad (*in'aqad*).

Syarat *in'aqad* adalah syarat terwujudnya akad yang menjadikan akad ini sah atau batal menurut *syara'*. Apabila syaratnya terpenuhi maka akan itu sah, jika tidak terpenuhi maka akad itu menjadi batal.¹⁶³ Syarat ini ada dua macam, yaitu :

a) Syarat-syarat yang bersifat umum, yaitu syarat-syarat yang wajib sempurna wujudnya dalam berakad.

Syarat-syarat umum yang harus terdapat dalam segala macam syarat adalah, sebagai berikut :¹⁶⁴

- 1) *Ahliyatul'aqidaini* (kedua belah pihak cakap berbuat)
- 2) *Qabiliyatul mahallil aqdi li hukmini* (yang dijadikan objek akad, dapat menerima hukumnya).
- 3) *Al wilyatus syari'iyah fi maudlu'il aqdi* (akad itu diizinkan oleh *syara'*, dilakukan oleh orang yang mempunyai hak melakukannya dan melaksanakannya, walaupun dia bukan si *aqid* sendiri).
- 4) *Alla yakunal 'aqdu au maudlu'uhu mamnu'an binashshin syar'iyin* (janagnlah akad itu akad yang dilarang *syara'*).
- 5) *Kaunul 'aqdi mufidan* (akad itu memberi faedah).

¹⁶³ *Ibid*, hlm. 52.

¹⁶⁴ Teungku Muhammad Hasbi Ash-Shiddieqy, *Op Cit*, hlm. 30.

6) *Baqaul ijabi shalihan ila mauqu'il qabul* (*ijab* itu berjalan terus, tidak dicabut, sebelum terjadi *qabul*).

7) *Ittihadu majlis 'aqdi* (bertemu dimajlis akad).

b) Syarat-syarat yang bersifat khusus, yaitu syarat-syarat yang wujudnya wajib ada dalam sebgayaan akad. Syarat khusus ini bisa juga disebut syarat *idhafi* (tambahan) yang harus ada disamping syarat-syarat umum, seperti syarat adanya saksi dalam pernikahan.¹⁶⁵

2) Syarat Sah.

Syarat sah adalah syarat yang ditetapkan oleh syara¹⁶⁶ untuk timbulnya akibat-akibat hukum dari suatu akad. Apabila syarat tersebut tidak ada maka akadnya menjadi *fasid*, akan tetapi tetap sah dan terwujud.¹⁶⁶

3) Syarat Kelangsungan Akad

Untuk kelangsungan suatu akad minimal diperlukan dua syarat sebagai berikut :

1) Adanya kepemilikan atau kekuasaan. Artinya orang yang melakukan akad harus pemilik barang yang menjadi objek akad, atau mempunyai kekuasaan (perwakilan). Apabila tidak ada kepemilikan dan tidak ada kekuasaan (perwakilan), maka akad tidak bisa dilangsungkan, melainkan *mauqu'f* (ditangguhkan), bahkan menurut imam Syāfi¹⁶⁷ dan Ahmad akadnya batal.

¹⁶⁵ Hendi Suhendi, *Op Cit*, hlm. 49.

¹⁶⁶ Rozalinda, *Op Cit*, hlm. 53.

2) Di dalam objek akad tidak ada hak orang lain. Apabila di dalam barang yang menjadi objek akad terdapat hak orang lain, maka akadnya *mauqūf*, tidak *nāfiz*.¹⁶⁷

4) Syarat Lazim

Pada dasarnya setiap akad itu sifatnya mengikat (lazim). Untuk mengikatnya suatu akad, seperti jual beli, disyaratkan tidak adanya kesempatan *khiyār* (pilihan), yang memungkinkan di *fasakh* nya akad oleh salah satu pihak. Apabila di dalam akad tersebut terdapat *khiyār*, maka akad tersebut tidak mengikat (lazim) bagi orang yang memiliki hak *khiyār* tersebut. Dalam kondisi seperti itu ia boleh membatalkan akad atau menerimanya.¹⁶⁸

Menurut ulama Mazhab Az-Zahiri semua syarat yang telah disepakati oleh kedua belah pihak yang berakad, apabila tidak sesuai dengan Al-Qurʿan dan Sunnah Rasulullah adalah batal. Sedangkan menurut jumhur ulama fiqh, selain Mazhab az-Zahiri, pada dasarnya pihak-pihak yang berakad itu mempunyai kebebasan untuk menentukan syarat-syarat tersendiri dalam suatu akad. Kebebasan menentukan syarat-syarat dalam akad tersebut, ada yang bersifat mutlak, tanpa batas selama tidak ada larangan di dalam al-Qurʿan dan Sunnah, sebagaimana yang dikemukakan oleh ulama Mazhab Hanbali dan Maliki.¹⁶⁹

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Ahmad Wardi Muslich, *Fiqh Muamalat*, Amzah, Jakarta, 2010, hlm. 152.

¹⁶⁹ M. Ali Hasan, *Berbagai Macam Transaksi dalam Islam*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2004, hlm. 109

3. Macam-Macam Akad

Para ulama fiqh mengemukakan bahwa akad itu dapat dibagi dari sudut pandang yang berbeda, yaitu :

1) Dilihat dari sifat akad secara syariat, akad terbagi dua, yaitu :

a) Akad *shahih*.

Akad *shahih* adalah akad yang sempurna rukun dan syaratnya menurut syariat, sehingga memiliki akibat hukum yang ditimbulkan oleh akad dan mengikat secara pasti kepada pihak yang berakad.¹⁷⁰

Menurut Hafiyah dan Malikiah akad ini terbagi dua, yaitu:¹⁷¹

a. Akad *nafiz*, yaitu akad yang dilakukan oleh orang yang mampu dan mempunyai kewenangan untuk melakukan akad tersebut. Akad ini memunculkan implementasi hukum terhadap para pihak dan objek akad.

b. Akad *mauquf*, yaitu akad yang berasal dari orang yang mampu tetapi ia tidak mempunyai kekuasaan untuk melakukan akad tersebut, misalnya akad yang dilangsungkan oleh anak kecil yang telah *mumayyiz*. Akad ini bisa berakibat hukum apabila mendapat izin dari walinya.

b) Akad *ghairu shahih*.

Akad *ghairu shahih* atau disebut juga akad *faihah*, yaitu akad yang cacat atau cedera karena kurang salah satu syarat-syaratnya, baik

¹⁷⁰ Moh. Mufid, *Kaidah Fikih Ekonomi Dan Keuangan*, *Op Cit*, hlm. 112.

¹⁷¹ Rozalinda, *Op Cit*, hlm. 56.

syarat umum maupun syarat khusus.¹⁷² Ulama Hanafiah membagi dua, yaitu :¹⁷³

- a. Akad *batil*, yaitu akad yang tidak sesuai dengan rukun dan akadnya (ketentuan asal /pokok dan sifatnya).
- b. Akad *fasid*, yaitu akad yang sesuai dengan ketentuan *syara'* asal/pokok (syarat dan rukun), tetapi tidak sesuai dengan ketentuan *syara'* pada sifatnya.

2) Dilihat dari bernama (*qismah*) atau tidaknya suatu akad, terbagi menjadi dua, yaitu :¹⁷⁴

- a) Akad *musammah*, yaitu akad yang telah ditetapkan *syara'* dan diberikan hukum-hukumnya, seperti jual beli, hibah, ijarah, dan lain-lain.
- b) Akad *gairu musammah*, yaitu akad yang belum diberikan istilah-istilah dan belum ditetapkan hukumnya. Akad ini muncul karena kebutuhan manusia dan perkembangan masyarakat.

3) Dilihat dari tujuan suatu akad, akad ini terbagi beberapa diantaranya :¹⁷⁵

- a) *Al-tamlikat*, yaitu akad yang bertujuan untuk pemilikan sesuatu, baik benda atau manfaatnya, seperti jual beli dan ijarah.
- b) *Al-isqathat*, yaitu akad yang bertujuan menggugurkan hak-hak, seperti *thalaq*, dan pemaafan *qisas*.
- c) *Al-ithlaqat*, yaitu akad yang bertujuan menyerahkan kekuasaan kepada

¹⁷² Hendi Suhendi, *Op Cit*, hlm. 52.

¹⁷³ Moh. Mufid, *Kaidah Fikih Ekonomi Dan Keuangan*, *Op Cit*, hlm. 113.

¹⁷⁴ Teungku Muhammad Hasbi Ash-Shiddieqy, *Op Cit*, hlm. 95.

¹⁷⁵ Rozalinda, *Op Cit*, hlm. 59.

- orang lain dalam suatu pekerjaan, seperti *wakalah*.
- d) *Al-taqyidat*, yaitu terhalangnya seseorang melakukan transaksi karena kehilangan kemampuan seperti *hajru* atau menahan seseorang untuk melakukan transaksi karena gila, bodoh.
- e) *Al-tautsiqat*, yaitu akad yang bertujuan untuk menanggung atau memberi kepercayaan terhadap utang, seperti *kafalah*, *hiwalah*, dan *rahn*.
- f) *Al-isytirak*, yaitu akan yang bertujuan untuk berserikat pada pekerjaan atau keuntungan, seperti akad *syirkah*, *mudharabah*, dan sejenisnya.
- g) *Al-hafz*, yaitu akad yang bertujuan untuk memelihara harta pemiliknya, seperti *wadi'ah*.
- 4) Dilihat dari sifat bendanya, terbagi menjadi dua, yaitu : ¹⁷⁶
- a) Akaq *'ainiyah*, yaitu akad yang untuk kesempurnaannya dengan menyerahkan barang yang diakadkan, seperti *hibah*, *ariyah*, *wadi'ah*, *rahn*, dan *qiradh*.
- b) Akad *ghairu 'ainiyah*, yaitu akad yang hasilnya semata-mata akad. Akad ini disempurnakan dengan tepat *shighat* akad. Menimbulkan pengaruh akad tanpa butuh serah terima barang, ia mencakup seluruh akad selain akad *ainiyah*, seperti akad amanah.
- 5) Dilihat dari bentuk akadnya, akad ini dibagi atas : ¹⁷⁷
- a) Akad *syakliyah (formalistik)*, yaitu akad yang harus memenuhi syarat-syarat *formalistik* seperti ada kewajiban adanya saksi dan lain-lain.

¹⁷⁶ *Ibid*, hlm. 60.

¹⁷⁷ Oni Sahroni & M. Hasanuddin, *Op Cit*, hlm. 71.

- b) Akad *ridhaiyah*, yaitu akad yang tidak mengharuskan memenuhi syarat-syarat *formalistik* tetapi cukup dengan *tarodhi* saling *ridha* maka akad itu menjadi sah, sebagaimana mayoritas akad-akad fikih.
- 6) Dilihat dari berlakunya akad, akad ini dibagi menjadi :¹⁷⁸
- a) Akad *nafidz*, yaitu akad yang tidak bergantung pada keputusan pihak akad lain atau larangan lain (langsung berlaku efektif).
- b) Akad *mauquf*, yaitu akad yang tidak langsung berlaku efektif tetapi bergantung pada *ridha* dan keputusan pihak lain seperti akad *faduli*, misalnya menjual barang milik orang lain tanpa seizinnya.
- 7) Dilihat dari *luzum*, akad ini dibagi menjadi empat bagian, yaitu :¹⁷⁹
- a) Akad *lazim, bihaqqith*, akad ini tidak dapat dibatalkan atau *fasakh* oleh pihak akad yang lain dengan cara *iqolah*, yaitu *aqduzziwaj*, kecuali dengan jalan yang telah ditetapkan dengan *syara'*, misalnya talak.
- b) Akad *lazimah bi haqqith tharafaini*, tetapi *difaskh* dengan *iqalah*, atas persetujuan kedua belah pihak, seperti jual beli.
- c) Akad *lazimah bihaqqi ahadit tharafaini*, seperti *rahn, kafalah* yang merupakan keharusan bagi si *rahin* dan si *kafil*, tidak merupakan keharusan dipenuhi oleh si *murtahin* atau si *makful lahu*. Si *murtahin* boleh melepaskan *rahn* kapan saja dia menghendaki.
- d) Akad *lazimah bihaqqi kilath tharafaini*, yaitu akad yang boleh ditarik kembali oleh masing-masing pihak tanpa menunggu persetujuan dari

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Teungku Muhammad Hasbi Ash-Shiddieqy, *Op Cit*, hlm. 97.

pihak kedua, seperti *wakalah*.

- 8) Dilihat dari segi tukar menukar hak, dari segi ini dibagi menjadi dua bagian, yaitu: ¹⁸⁰
- a) Akad *mu'awadlah*, yaitu akad yang berlaku atas dasar timbal balik, seperti jual beli, sewa menyewa, dan lain-lain.
 - b) Akad *tabrru'at*, yaitu akad yang berdasarkan pemberian dan pertolongan, contohnya, hibah.
 - c) Akad yang mengandung *tabarru'* pada permulaannya tetapi menjadi *mu'awadlah* pada akhirnya, seperti *qaradl* dan *kafalah*.
- 9) Dilihat kepada harus dibayar ganti dan tidanya, maka dari segi ini dibagi menjadi tiga golongan, anatar lain :¹⁸¹
- a) Akad *dhoman*, yaitu akad di mana objek akad ketika berpindah kepemilikan kepada pihak lain, maka disertai tanggung jawab atas resiko.
 - b) Akad *amanah*, yaitu akad di mana objek akad yang berpindah kepemilikan kepada pihak lain itu menjadi amanah di tangannya atau tidak bertanggung jawab atas barang tersebut.
 - c) Akad yang terdiri *dhoman* dan *amanah* seperti akad *ijarah* dan *rahn* di mana objek sewa menjadi amanah bagi penyewa tetapi manfaat barang tersebut menjadi tanggung jawabnya.
- 10) Dilihat dari target atau tujuan akadnya, akad ini terbagi menjadi lima

¹⁸⁰ *Ibid*, hlm. 98.

¹⁸¹ Oni Sahroni & M. Hasanuddin, *Op Cit*, hlm. 72 – 73.

golongan, yaitu :¹⁸²

- a) Akad yang bertujuan *tamaluk* (memiliki objek akad) seperti jual beli, hibab dan wasiat.
- b) Akad yang bertujuan bagi hasil, seperti akad *syirkah* dan *maudharabah*.
- c) Akad yang bertujuan sebagai jaminan (*tautsiq*), seperti akad *rahn* dan *kafalah*.
- d) Akad yang bertujuan untuk memberikan kewenangan pada pihak lain (Itafwidh) seperti *kafalah*.
- e) Akad yang bertujuan untuk memelihara objek akad seperti akad *wadiah*.

11) Dilihat dari segi keberlangsungannya, akad ini terbagi dua, yaitu :¹⁸³

- a) Akad *fauriah*, yaitu akad yang berlaku seketika setelah akad.
- b) Akad *mustamirah*, yaitu akad yang memerlukan waktu tertentu.

12) Dilihat dari berdasarkan inti atau pelengkap, akad ini dibagi menjadi :¹⁸⁴

- a) Akad inti, yaitu akad yang berdiri sendiri dan tidak bergantung kepada akad lain.
- b) Akad pelengkap, yaitu setiap akad yang berfungsi melengkapi akad lain.

4. Asas-Asas Akad

Secara etimologis yang dimaksud dengan istilah asas adalah sesuatu yang menjadi dasar tumpuan berpikir atau berpendapat.¹⁸⁵ Adapun penjelasan

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid*, hlm. 74.

¹⁸⁴ *Ibid.*

mengenai pengertian asas menurut Paton, asas adalah suatu alam pikiran yang dirumuskan secara luas dan mendasari adanya suatu norma hukum.¹⁸⁶ Sebagaimana hukum perjanjian menurut KUHperdata yang mengenal asas kebebasan berkontrak, asas personalitas, dan asas itikad baik, sedangkan dalam hukum adat mengenal asas terang, tunai dan rill, dalam hukum Islam juga mengenal asas-asas dalam berakad sebagai berikut :

a. *Hurriyah* (kebebasan)

Dengan adanya asas ini tampak bahwa hukum Islam mengakui ada kebebasan berakad, yaitu bahwa setiap orang dapat membuat akad jenis apapun tanpa terkait kepada jenis-jenis akad yang telah ditentukan dalam undang-undang syariah dan mamukan klasul apa saja ke dalam akad yang dibuatnya sesuai dengan kepentingannya sejauh tidak berakibat makan harta sesama dengan jalan yang *bathil*, Bebas dalam menentukan objek akad dan bebas menentukan dengan siapa dia membuat akad, serta bebas menentukan bagaimana cara menyelesaikan sengketa jika terjadi sengketa dikemudian hari.¹⁸⁷

b. *Al ibahah* (ibahah)

Asas ibahah menjadi landasan kebebasan berakad, asas ini pada dasarnya menyatakan bahwa orang dapat membuat transaksi atau mengadakan akad apapun sepanjang tidak ada ketentuan yang melarangnya. Asas ini didasari pada maksimal bahwa pada dasarnya

¹⁸⁵ Yasardin, *Op Cit*, hlm. 70.

¹⁸⁶ *Ibid*, hlm. 75.

¹⁸⁷ Neni Sri Imaniyati, *Op Cit*, hlm. 78.

sesuatu diperbolehkan kecuali ada ketentuan atau dalil yang melarangnya.¹⁸⁸

c. *Al Musawah* (persamaan atau kesetaraan)

Asas ini mengandung pengertian bahwa para pihak mempunyai kedudukan (*bergaining position*) yang sama, sehingga dalam menentukan *tren and condition* dari suatu akad setiap pihak mempunyai kesetaraan atau kedudukan yang seimbang.¹⁸⁹

d. *Al'adalah* (keadilan)

Asas keadilan dalam arti kedua belah pihak yang melakukan akad harus berlaku dan diperlakukan secara adil dalam konteks pengertian luas dan kongkrit. Hal ini didasarkan pada sejumlah ayat Al-Qur'an yang sangat menjunjung tinggi keadilan dan kezaliman, termasuk dalam kezaliman hal melakukan akad.¹⁹⁰

e. *Al ridha* (kerelaan)

Dalam Islam, setiap akad atau transaksi yang dilakukan dengan sesama manusia harus dilakukan atas dasar suka sama suka atau kerelaan. Hal ini dilakukan agar setiap transaksi tidak menimbulkan paksaan dan intimidasi pada salah satu pihak atau pihak lain, dan tidak boleh ada unsur paksaan, tekanan, penipuan dan *misstatement*.¹⁹¹

f. *Ash shidiq* (kebenaran atau kejujuran)

¹⁸⁸ Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia Dalam Perspektif Perbandingan*, UII Presss, Yogyakarta, 2014, hlm. 95.

¹⁸⁹ Khotibul Umam & Setiawan Budi Utomo, *Op Cit*, hlm. 53.

¹⁹⁰ Neni Sri Imaniyati & Panji Adam Agus Putra, *Op Cit*, hlm. 54.

¹⁹¹ Rozalinda, *Op Cit*, hlm. 7.

Agama Islam melarang manusia melakukan kebohongan dan penipuan, karena dengan adanya kebohongan dan penipuan sangat berpengaruh pada keabsahan akad. Akad yang di dalamnya mengandung kebohongan atau penipuan memberikan hak pada pihak lain untuk menghentikan proses pelaksanaan akad tersebut.¹⁹²

g. *Al kitabah* (tertulis)

Bahwa setia akad hendaknya dibuat secara tertulis, lebih berkaitan demi kepentingan pembuktian jika dikemudian hari terjadi sengketa. QS. Al Baqarah (2) : 282-283 mengisyaratkan agar akad yang dilakukan benar-benar berada dalam kebaikan bagi semua pihak. Bahkan juga di dalam pembuatan akad hendaknya disertai dengan adanya saksi-saksi dan prinsip tanggung jawab individu.¹⁹³

h. *Al manfa'ah* (kemanfaatan)

Asas ini berarti bahwa akad dilakukan oleh para pihak bertujuan untuk mewujudkan kemaslahatan bagi mereka dan tidak boleh menimbulkan kerugian (*mudharrat*) atau keadaan memberatkan (*masyaqaat*). Kemanfaatan ini antara lain berkenaan dengan objek akad.¹⁹⁴

Sementara menurut Pasal 21 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah terdapat tiga belas asas dalam berakad, sebagai berikut :

- a. *Ikhtiyari*/kerelaan, setiap akad dilakukan atas dasar kehendak para pihak, terhindar dari keterpaksaan karena tekanan salah satu pihak atau pihak lain.

¹⁹² Dewi Nurul Musjtari, *Op Cit*, hlm. 9.

¹⁹³ Nenang Nurhasanah & Panji Adam, *Op Cit*, hlm. 147.

¹⁹⁴ Yasardin, *Op Cit*, hlm. 102.

- b. Amanah/menepati janji, setiap akad wajib dilaksanakan oleh para pihak sesuai dengan kesepakatan yang telah ditetapkan oleh yang bersangkutan dan pada saat yang sama terhindar dari cidera janji.
- c. *Ikhtiyati*/kehati-hatian, setiap akad dilakukan dengan pertimbangan yang matang dan dilaksanakan secara tepat dan cermat.
- d. *Luzum*/tidak berubah, setiap akad dilakukan dengan tujuan yang jelas dan perhitungan yang cermat, sehingga terhindar dari praktek spekulasi atau *maisir*.
- e. Saling menguntungkan, setiap akad dilakukan untuk memenuhi kepentingan para pihak sehingga tercegah dari praktek manipulasi dan merugikan salah satu pihak.
- f. *Taswiyah*/kesetaraan, para pihak dalam setiap akad memiliki kedudukan yang sama serta mempunyai hak dan kewajiban yang seimbang.
- g. Transparansi, setiap akad dilakukan dengan pertanggungjawaban para pihak secara terbuka.
- h. Kemampuan, setiap akad dilakukan sesuai dengan kemampuan para pihak, sehingga tidak menjadi beban berlebihan bagi yang bersangkutan.
- i. *Taisir*/kemudahan, setiap akad dilakukan dengan saling memberikan kemudahan kepada masing-masing pihak untuk dapat dilaksanakan sesuai dengan kesepakatan.
- j. Itikat baik, setiap akad dilakukan dalam rangka menegakan kemaslahatan, tidak mengandung unsur jebakan dan perbuatan buruk lainnya.
- k. Sebab yang halal, tidak bertentangan dengan hukum, tidak dilarang oleh

hukum dan tidak haram.

l. *Al-hurriyah* (kebebasan berkontrak)

m. *Al-kitabah* (tertulis)

5. Berakhirnya Akad

Dalam fiqh ditemukan konsep berakhirnya akad melalui dua kategori, yaitu *fasakh*, adalah pihak-pihak akad sepakat membatalkan akad, dan *infasakh*, adalah membatalkan akad karena adanya sebab-sebab darurat.¹⁹⁵

a. Berakhirnya akad karena *fasakh*.

Yang dimaksud dengan *fasakh* adalah melepaskan perikatan kontrak/akad atau menghilangkan atau menghapuskan hukum kontak/akad secara total seakan-akan kontrak/akad tidak pernah terjadi.¹⁹⁶ Dengan *fasakh* para pihak yang berakad kembali kestatus semula sebelum akad terjadi, demikian pula, objek akad. Berakhirnya akad karena *fasakh* ini dapat terjadi karena keputusan akan oleh para pihak dengan dasar kerelaan (*al-taradhi*) dan dapat pula terjadi secara paksa atas dasar putusan hakim (*al-qadhai*). Menurut para ulama Fikih *fasakh* terbagi menjadi dua, yaitu :¹⁹⁷

1) *Fasakh* wajib, ini dilakukan dalam rangka menghormati ketentuan syariah, misalnya *fasakh* terhadap akad yang *fasid* (rusak). Dalam hal ini *fasakh* dilakukan guna menghilangkan penyebab kefasidan akad, menghormati ketentuan-ketentuan syariah, melindungi kepentingan umum maupun khusus (*mashlahah*), menghilangkan bahaya atau

¹⁹⁵ Oni Sahroni & M. Hasanuddin, *Op Cit*, hlm. 185.

¹⁹⁶ *Ibid*, hlm. 186.

¹⁹⁷ *Ibid*.

kerugian (*gharar*), dan menghindari perselisihan akibat pelanggaran terhadap syarat-syarat yang ditetapkan syariah.

- 2) *Fasakh jaiz* (boleh), *fasakh* ini dilakukan atas dasar keinginan para pihak yang melakukan akad, misalnya *fasakh* yang disebabkan karena *khiyar* dan *fasakh* yang didasarkan karena kesepakatan seperti *iqadah*.

Sebab- sebab terjadinya *fasakh* adalah sebagai berikut :

- a) Akad yang tidak lazim

Akad tidak lazim adalah akad yang memungkinkan para pihak akad untuk membatalkan akad, walaupun tanpa persetujuan pihak akad lainnya selama tidak terkait hak pihak lain, tetapi jika pembatalan ini merugikan pihak lain dan melanggar kesepakatan, maka tidak boleh difasakhkan.¹⁹⁸ Contohnya *rahn* dan *kafalah* bisa *fasakh* dengan keinginan yang tidak lazim.

- b) *Khiyar*.

Khiyar adalah kondisi dimana para pihak yang berakad memiliki hak untuk memilih antara melanjutkan atau mengakhiri suatu akad. Pihak yang punya hak *khiyar* boleh menfasakhkan akad, akan tetapi, pada *khiyar aibi* kalau sudah serah terima menurut Hanafiah tidak boleh difasakhkan akad, melainkan atas kerelaan atau berdasarkan keputusan hakim.¹⁹⁹

- c) *Iqalah*.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Rozalinda, *Op Cit*, hlm. 61.

Iqalah adalah kesepakatan bersama antara kedua belah pihak yang berakad untuk memutuskan atau menarik kembali akad yang telah disepakati. Apabila salah satu pihak yang berakad merasa menyesal di kemudian hari, ia boleh menarik kembali akad yang dilakukan berdasarkan keridhaan pihak lain.²⁰⁰

d) *Uyub ridha* (cacat ridha).

Akad juga bisa difasakhkan karena salah satu pihak tidak *ridha*, seperti ketika terjadi *tadis*, *ghoban*, *galth*, maka pihak yang dirugikan itu memiliki hak untuk menfasakhkan akad atau melanjutkannya, jika yang dipilihnya adalah *fasakh*, maka akad yang telah disepakati itu berakhir.²⁰¹

b. Berakhirnya akad karena *infisakh*.

Infisakh adalah suatu akad yang dinyatakan putus dengan sendirinya, baik dinyatakan putus maupun putus demi hukum. Suatu akad dinyatakan putus apabila isi akad tidak mungkin dilaksanakan (*istihalah al tanfidz*) yang disebabkan adanya *force majeure* (*afat samawiyah*).²⁰²

Sebab- sebab terjadinya *infisakh* adalah sebagai berikut :

a) Selesai masa akad (jatuh tempo).

Akad berakhir dengan sendirinya apabila waktu yang ditentukan telah habis atau jatuh tempo atau telah terwujudnya tujuan akad.²⁰³

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Oni Sahroni & M. Hasanuddin, *Op Cit*, hlm. 188.

²⁰² *Ibid*, hlm. 190.

²⁰³ Rozalinda, *Op Cit*, hlm. 61.

b) Akad tidak mungkin dilanjutkan.

Akad berakhir ketika akad tidak mungkin lagi dilanjutkan, sebagai contoh pada akad jual beli yang objeknya rusak ditangan penjual sebelum objek diserahkan kepada pembeli. Maka akad tidak mungkin lagi dilanjutkan, maka akad itu akan berakhir dengan sendirinya.²⁰⁴

c) Akad yang *fasid*

Akad yang *fasid* adalah akad yang terdapat unsur tipuan, atau salah satu rukun atau syaratnya tidak terpenuhi.²⁰⁵ Syamsul Anwar menyatakan bahwa menurut ahli-ahli hukum mazhab Hanfi, akad *fasid* adalah akan yang menurut syark sah pokoknya, tetapi tidak sah sifatnya, sedangkan S.E. rayner menyebutkan *fasid* sebagai suatu perjanjian atau akad selain rukun dan kuasa yang cacat, sehingga pernjanjian yang cacat kehendak digolongkan sebagai akad atau perjanjian yang *batil*.²⁰⁶

B. Akad *Mudharabah* Di Indonesia

1. Makna Akad *Mudharabah*

Mudharabah adalah akad *musammah*, yaitu akad yang telah disebutkan *syara'* sendiri namanya, demikian pula aturan-aturannya secara umum. *Mudharabah* adalah akad kerja sama dalam perniagaan yang telah ada sejak zaman sebelum Nabi Muhammad S.A.W diangkat menjadi Rasul

²⁰⁴ Oni Sahroni & M. Hasanuddin, *Op Cit*, hlm. 191.

²⁰⁵ Abdul Rahman Ghazaly, *Op.Cit.*, hlm.59

²⁰⁶ Ridwan khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2014, hlm. 214.

Allah SWT. Kemudian *muamalah* ini diadopsi oleh Islam, karena mengandung manfaat dan tidak bertentangan dengan tujuan *syari'at* Islam. Sebaliknya *muamalah* ini mengandung unsur tolong menolong dan saling melengkapi antar manusia satu dengan manusia lainnya.²⁰⁷

Menurut Pasal 20 ayat (4) Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, *mudharabah* adalah akad kerjasama antara pemilik dana atau penanam modal dengan pengelola modal untuk melakukan usaha tertentu dengan bagi hasil.²⁰⁸ Yang dimaksud dengan bagi hasil di sini adalah bagi hasil berdasarkan *nisab* yaitu imbalan yang berhak diterima kedua belah pihak yang melakukan akad *mudharabah*. *Mudharib* (pengelola modal) mendapat imbalan atas kerjanya, sedangkan *shahibul mal* (pemilik modal) mendapat imbalan atas pernyataan modalnya. Hal ini karena *mudharabah* merupakan kerjasama usaha antara dua pihak dimana pihak pertama adalah *shahibul mal* yang menyediakan seluruh modal, sedangkan pihak lainnya sebagai *mudharib* yang mengelola modal sedangkan keuntungan usaha secara *mudharabah* dibagi menurut kesepakatan yang dituangkan dalam kontrak, namun apabila terjadi kerugian akan ditanggung sepenuhnya oleh pemilik modal selama kerugian itu bukan akibat kelalaian pihak pengelola modal. Sebaliknya jika kerugian itu diakibatkan karena kecurangan atau kelalaian pihak pengelola, maka pihak pengelola harus bertanggung jawab atas kerugian tersebut.²⁰⁹

²⁰⁷ Neneng Nurhasanah, *Mudharabah Dalam Teori dan Praktek*, Refika Aditama, Bandung, 2015, hlm. 65.

²⁰⁸ Pusat Pengkajaian Hukum Islam dan Masyarakat Madani, *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, Kencana Perandamedia Group, Jakarta, 2020, hlm. 15.

²⁰⁹ Moh Mufid, *Maqashid Ekonomi Syariah, Tujuan dan Aplikasi*, Empatdua Media, Malang, 2018, hlm. 122.

Untuk lebih mengetahui lebih mendalam lagi tentang definisi *mudharabah*, menurut para fuqaha *mudharabah* secara terminologis adalah akad antara dua pihak saling menanggung, salah satu pihak menyerahkan hartanya kepada pihak lain untuk diperdagangkan dengan bagian yang telah ditentukan dari keuntungan, seperti setengah, atau sepertiga dengan syarat-syarat yang telah ditentukan. Kemudian dapat dilihat dari empat madzhab ulama besar yang pertama madzhab Hanafi mengatakan bahwa *mudharabah* adalah memandang tujuan dan pihak yang berakad yang berserikat dalam keuntungan (laba), karena harta diserahkan kepada yang lain dan yang lain punya jasa mengelola harta itu, maka *mudharabah* ialah akad *syirkah* dalam lama, satu pihak pemilik harta dan pihak lain pemilik jasa. Sementara madzhab Maliki menyebutkan bahwa *mudharabah* adalah akad perwakilan, dimana pemilik harta mengelurakan hartanya kepada pihak lain untuk diperdagangkan dengan pembayaran yang ditentukan. Kemudian madzhab Hanbali berpendapat *mudharabah* adalah ibarat pemilik harta menyerahkan hartanya dengan ukuran tertentu kepada orang yang berdagang dengan bagian dari keuntungan yang diketahui. Sedangkan madzhab Syafi'i mengatakan bahwa *mudharabah* adalah akad yang menentukan seseorang menyerahkan hartanya kepada yang lain untuk ditijarkan.²¹⁰

Selain keempat madzhab tersebut diatas terdapat pula beberapa pendapat ulama lainnya. Menurut Sayaid Sabiq dalam bukunya Fiqh Sunnah secara kata bahasa, *mudharabah* diambil dari kalimat *draba fil ardh* yang

²¹⁰ Hendi Suhendi. *Op Cit.* hlm 136-137

berarti melakukan perjalanan dalam rangka berdagang, *mudharabah* dinamakan pula *qiradh* yang berasal dari kata *al-qardh*, yang berarti potongan karena pemilik harta memotong sebagian hartanya untuk diperdagangkan dan mendapat sebagian dari keuntungannya. Selain itu *mudharabah* juga dinamakan dengan *mu'amalah*. Sehingga beliau berkesimpulan bahwa *mudharabah* adalah akad yang dilakukan dua pihak yang mengharuskan salah satunya untuk menyerahkan sejumlah uang kepada yang lain untuk diperdagangkan dengan catatan keuntungannya dibagi sesuai dengan kesepakatan keduanya.²¹¹

Kemudian Wahbah Az Zuhaily mengemukakan *mudharabah* termasuk diantara berbagai macam perserikatan. Menurut bahasa Irak dinamakan dengan *mudharabah* dan bahasa Hijaz ia dinamakan dengan *qiradh* yang diambil dari kata *al-qardh*, artinya potongan. Karena pemilik harta memotong sebagian hartanya untuk diserahkan kepada pengusaha yang mengelola harta tersebut. kemudian pekerja memberi pemilik harta sebagian dari keuntungan yang diperoleh.²¹² Sementara Sulaiman Rasjid berpendapat bahwa *qiradh* adalah memberikan modal dari seseorang kepada orang lain untuk modal usaha, sedangkan keuntungan untuk keduanya menurut perjanjian antara keduanya sewaktu akad, bagi dua dana atau dibagi tiga seumpamanya, akad *qiradh* ini merupakan akad saling percaya, maka apabila ada barang yang hilang, yang bekerja tidak diwajibkan mengganti, kecuali jika terjadi kelalaiannya, namun apabila terdapat kerugian hendaklah

²¹¹ Sayyad Sabiq, *Op Cit*, hlm. 131.

²¹² Rozalinda, *Op Cit*, hlm. 205.

ditutup dengan atau diganti dengan keuntungan, kalau masih juga terdapat kerugian, kerugian itu hendaklah dipikul oleh yang punya modal sendiri, oleh karena itu yang bekerja tidak dapat dituntut untuk mengganti kerugian.²¹³

Berdasarkan beberapa pendapat tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud *mudharabah* adalah akad antara dua pihak, pihak pertama sebagai pemilik modal dan pihak yang lain sebagai pelaksana modal atau seseorang yang ahli dalam berdagang untuk mengoperasikan modal tersebut dalam usaha-usaha produktif dan keuntungan dari usaha tersebut dibagi dua sesuai dengan kesepakatan. Dan jika terjadi kerugian, maka kerugian ditanggung oleh pemberi modal, sedangkan bagi pihak pelaksana modal kerugiannya adalah kehilangan waktu, pikiran dan jerih payah yang telah dicurahkan serta manejerial.

2. Dasar Hukum *Mudharabah*

Mudharabah adalah termasuk macam syarikat yang paling lama dan paling banyak beredar dikalangan masyarakat, dan telah dikenal oleh bangsa Arab sebelum Islam serta telah dijalankan oleh Rasulullah SAW sebelum kenabiannya yakni Beliau pernah memperdagangkan harta milik Khadijah, R.A dan membawanya pergi ke Syam sebelum diangkat sebagai nabi. Khadijah R.A memberi modal atau barang dagangan Nabi Muhammad SAW, dan juga kepada orang lain, kemudian Nabi Muhammad SAW menjalankan modal itu dengan cara berdagang, sedangkan keuntungan yang diperoleh dari usaha tersebut dibagi antara pelaksana usaha dan

²¹³ Sulaiman Rasjid, *Fiqh Islam, Cetakan ke 40*, Sinar Baru, Bandung, 2007, hlm. 299 - 300.

pemilik modal yang jumlahnya sesuai dengan perjanjian yang sudah disepakati. Oleh karena itu kerjasama ini merupakan kebiasaan yang baik, dan diadopsi oleh Islam yang dikenal hingga sekarang dengan nama *mudharabah* dengan berlandaskan :

1. Al-Qur'an.

Dalam Al-Qur'an tidak disebutkan dengan jelas tentang *mudharabah*, nama para ulama di kalangan kaum muslimin telah menyepakati tentang bolehnya melakukan kerjasama semacam perniagaan ini. Istilah *mudharabah* sebenarnya telah ada pada masa Nabi Muhammad SAW, dan sebelum Nabi Muhammad SAW lahirpun sebenarnya sudah ada. Kerjasama perniagaan semacam ini sudah ada sejak zaman Jahiliyah telah dikenal dan kemudian dilestarikan oleh Islam karena bertujuan untuk saling membantu antara pemilik modal dan seseorang yang ahli dalam berusaha atau berdagang.²¹⁴ *Mudharib* sebagai orang atau pelaku usaha yang melakukan perjalanan untuk mencari karunia dan ridha Allah SWT. Sebagaimana Firman Allah SWT²¹⁵

“Dan orang-orang yang berjalan dimuka bumi mencari sebagian karunia Allah SWT.” (QS Al-Muzammil (73):20)

“Apabila telah ditunaikan salat maka bertebaranlah kamu di muka bumi dan carilah karunia Allah SWT.” (QS. Al-Jum'ah, (62):10).

²¹⁴ Muhammad, *Bisnis Syariah, Transaksi* Op Cit, hlm. 166.

²¹⁵ *Ibid*,

“*Tidak ada dosa bagi kamu untuk mencari karunia Tuhanmu (rizki hasil perniagaan).*” (QS. Al-Baqarah (2):198).

Dalam ayat-ayat tersebut di atas tidak langsung menyebutkan tentang *mudharabah*, tetapi maksud dari ayat-ayat tersebut dapat digunakan sebagai dasar yang melandasi diperbolehkannya *mudharabah*. Ayat-ayat tersebut menjelaskan bahwa sebagai manusia yang hidup dimuka bumi ini, hendaknya senantiasa mencari karunia Allah SWT atau mencari rezeki dengan bermuamalah, salah satunya dengan kerjasama sesama manusia. Dengan demikian pelaksanaan *mudharabah* dapat diambil kesimpulan bahwa untuk bekerjasama dalam bentuk *mudharabah* diperbolehkan.

Selain ayat-ayat tersebut di atas dasar hukum syariah *akad mudharabah* dapat dilihat pada ayat berikut ini :

“*Hai orang-orang yang beriman! Patuhilah akad-akad itu....*”
(QS. Al-Ma'idah (5):1).

Surah ini diawali dengan perintah kepada setiap orang yang beriman agar memenuhi janji-janji yang telah diikrarkan, baik janji kepada Allah SWT maupun janji kepada sesama manusia, seperti yang bertalian dengan perkawinan, perdagangan dan sebagainya, selama janji itu tidak melanggar syariat Allah.²¹⁶

Selain pada ayat tersebut di atas dapat pula ditemukan pada Surah Al-Baqarah yang artinya :

²¹⁶ Bachtiar Surin, *AZ-Zikra, Al-Qur'an dan Tafsir beserta Penjelasannya, Cetakan ke 10*, Angkasa, Bandung, 2004, hlm. 299 - 300.

“.....maka, jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya dan hendaklah ia bertaqwa kepada Allah Tuhan-Nya....” (QS. Al-Baqarah (2):283).

Menurut Salim terdapat dua hal yang diatur dalam ayat tersebut yang meliputi :²¹⁷

- 1) Perlu adanya kepercayaan di antara umat, dan
- 2) Perintah bertaqwa kepada Allah SWT.

Kepercayaan adalah keyakinan antara umat yang satu dengan yang lain, bahwa para pihak akan menunaikan amannya. Bertaqwa artinya bahwa umat atau para pihak harus melaksanakan segala hak dan kewajibannya serta perintah Allah SWT., dan menjauhi segala larangan-larangannya.²¹⁸

2. Hadits Nabi Muhammad SAW.

Selain Al-Qu’ran, landasan hukum *mudharabah* adalah hadits Nabi yang merupakan sebagai salah satu sumber hukum Islam juga memberikan landasan tentang *mudharabah*, atau *Qiradh*. Ketetapan hukum Islam berkaitan dengan *muamalah* sebagian merupakan penetapan dan penegasan atas praktik-praktik yang telah berlangsung pada masa sebelum Islam. Hal ini disebabkan praktik *muamalah*

²¹⁷ Salim, Teknik pembuatan Akta.....*Op Cit*, hlm. 44.

²¹⁸ *Ibid*.

tersebut sejalan dengan prinsip dasar ajaran Islam, selain itu dalam praktik *muamalah* terkandung manfaat yang sangat besar.²¹⁹

Untuk menegaskan lebih lanjut bahwa *mudharabah* sebagai bentuk *muamalah* yang diperbolehkan dalam Islam, dapat kita lihat dalam hadits Nabi Muhammad SAW yang menyebutkan :

“Tiga macam (bentuk usaha) yang di dalamnya terdapat berkah : muqaradhah/mudharabah, jual beli secara tangguh, mencampur gandum dengan tepung untuk keperluan rumah, bukan untuk dijual.” (HR. Ibnu Majah).

Hadits ini menganalisis tentang keberkahan. Keberkahan diartikan sebagai karunia Allah SWT., yang mendatangkan kebaikan dan keuntungan bagi umat manusia. Ada tiga keberkahan yang meliputi, jual beli tidak tunai, *mudharabah*, dan mencampurkan gandum dengan *jawawut* untuk keperluan rumah tangga.²²⁰

Selain hadits tersebut di atas dapat pula kita lihat pada hadits berikut :

“Rahmat Allah SWT tercurah atas dua pihak yang bekerjasama selama mereka tidak melakukan pengkhianatan, manakala berkhianat maka bisnisnya akan tercela dan keberkahanpun akan sirna daripadanya (HR. Abu Daud, Baihaqi, dan Al Hakam).²²¹

Hadits ini menerangkan bahwa jika dua orang bekerjasama dalam satu bisnis, maka Allah ikut menemani dan memberikan berkah-Nya, selama tidak ada teman yang mengkhianatinya.

²¹⁹ Neneng Nurhasanah, *Op Cit*, hlm. 71.

²²⁰ Salim, Teknik pembuatan Akta.....*Op Cit*, hlm. 44.

²²¹ Muhammad, *Bisnis Syariah, Transaksi, Op Cit*, hlm. 166.

3. Ijma' Ulama.

Dasar *mudharabah* yang ketiga adalah Ijma', Berdasarkan Ijma' golongan sahabat yang sesungguhnya tidak menolak harta anak yatim untuk dilakukan *mudharabah* yang berdasarkan pada *ijtihad* Umar bin Khatab. Diriwayatkan oleh Abdillah bin Zaid bin Aslam yang mengatakan bahwa Abdullah dan Ubaidillah Putra-putra Umar bin Khatab R.A. keluar bersama pasukan Irak. Ketika mereka kembali, mereka singgah pada bawahan Umar, yaitu Musa Al-Asya'ri, Gubernur Bashrah ia menerima mereka dengan senang hati dan berkata, sekiranya aku dapat memberikan pekerjaan kepada kalian yang bermanfaat, aku akan melakukannya kemudian ia berkata: sebetulnya bagian ini adalah sebagian dari harta Allah yang aku ingin kirimkan kepada Amirulmu'minin. Aku pinjamkan kalian untuk dipakai membeli barang yang ada di Irak. Kemudian kalian jual di Madinah. Kalian serahkan modal pokoknya kepada Amirulmu'minin, dengan demikian kalian mendapatkan keuntungan keduanya berkata; kami senang melakukannya, kemudian Abu Musa melakukannya dan menulis surat kepada Umar agar beliau mengambil harta dari keduanya. Setelah mereka tiba, mereka menjual barang tersebut dan mendapatkan keuntungan, Umar berkata: Adakah semua pasukan telah pinjamkan uang seperti kamu? Mereka menjawab tidak, kemudian Umar berkata: Dua anak Amirulmu'minin, karena mereka meminjamkan kepada keduanya, serahkanlah harta dan labanya. Abdullah diam saja, tetapi

Ubaidillah menjawab Wahai Amirulmu'minin, kalau harta itu binasa (habis) kami menjaminnya. Umar terus berkata: serahkanlah, Abdullah diam saja Dan Ubaidillah tetap mendebatkannya. Salah seorang yang hadir di majelis Umar tersebut berkata: Wahai Amirulmu'minin, bagaimana sekiranya harta itu anda anggap *Qiradh*? Umar lantas menyetujui pendapat ini dan mengambil modal berfikut setengah dari labanya.²²²

4. Qiyas.

Dasar *mudharabah* yang keempat adalah Qiyas. *mudharabah* dapat diqiyaskan sebagai bentuk interaksi antara sesama manusia sebagai makhluk sosial. Sebagai makhluk sosial, kebutuhan akan kerjasama antara satu pihak dengan pihak lain guna meningkatkan taraf perekonomian dan kebutuhan hidup, atau keperluan-keperluan lain, tidak bisa diabaikan. Kenyataan menunjukkan bahwa diantara sebagian manusia memiliki modal, tetapi tidak bisa menjalankan usaha- usaha produktif, tetapi berkeinginan membantu orang lain yang kurang mampu dengan jalan mengalihkan sebagian modalnya kepada pihak yang memerlukan. Di sisi lain, tidak jarang pula ditemui orang-orang yang memiliki keahlian dan kemampuan berusaha secara produktif, tetapi tidak memiliki atau keterangan modal usaha. Berdasarkan kenyataan itu, sangat diperlukan adanya kerjasama pemilik modal dengan orang-orang yang tidak mempunyai atau kekurangan modal. Pada bentuk kerjasama

²²² Zuhaily, Al Wahbah, hlm 839

seperti ini, pihak miskin yang kekurangan modal itu akan sangat terbantu, dan para pemilik modalpun tidak pula dirugikan karena pemindahan modalnya kepada pihak lain tersebut.²²³

Berdasarkan hal tersebut di atas, kaum muslimin sepakat bahwa *mudharabah* itu adalah salah satu bentuk kerjasama dalam bidang *muamalah* yang diperbolehkan, karena membawa kemaslahatan, dan bahkan bisa dipandang sebagai satu bentuk kerja sama yang perlu dilakukan. Pada zaman sekarang, Dimensi Filosofis yang melandasi *mudharabah* adalah adanya penyatuan antara modal (*capital*) dan usaha (*skill dan enterprenership*) yang dapat membuat pemodal (*shahib al-mal*) dan pengusahanya *mudharib* berada dalam kemitraan usaha yang lebih *fair* dan terbuka serta kegiatan ekonomi ini lebih mengarah pada aspek solidaritas modal. Karena dalam kehidupan keadaan seperti ini memang tidak bisa dihindarkan.²²⁴

Manurut Abraham L. Udovitch, bahwa istilah *mudharabah* muncul sebagai kerjasama bangsa semenanjung Arab yang berkembang dalam konteks perdagangan pada khalifah Arab sebelum Islam. Istilah itu berkembang luas ketika dalam sejarah bangsa ini berhasil menaklukkan beberapa wilayah seperti negara-negara yang termasuk dalam wilayah Timur Dekat, Afrika Utara dan sampai pada Eropa Selatan. Keluasan wilayah bagi perkembangan istilah *mudharabah* ini membuat setiap bangsa menyebutkan dengan term yang berbeda. Masyarakat Irak, misalnya

²²³ Helmi Karim, *Fiqih Mu'amalah*. Rajagrafindo Persada, Jakarta 1993, hlm 12

²²⁴ *Ibid.* hlm. 13

menyebutkan dengan *mudharabah* atau kadang-kadang *muamalah*, masyarakat Hijaz, meliputi Madinah, Makkah dan kota disekelilingnya dengan *Commenda*.²²⁵

Pembicaraan Nabi Muhammad SAW terhadap *mudharabah* mengidentifikasi bahwa kerjasama dua pihak dengan mempertemukan modal dan usaha merupakan kerjasama yang sangat penting dalam kehidupan manusia. Ketidaktegasan Nabi Muhammad menjadi tanda bahwa kerjasama, ekonomi tersebut akan selalu berubah dari masa ke masa. Apabila Nabi Muhammad menegaskan keharamannya atau keharusan *mudharabah* dikhawatirkan justru akan menghambat kemajuan umat manusia itu sendiri. Oleh karena itu sikap atas *pluralitas* dan *fleksibilitas mudharabah* untuk dapat masuk dalam segala sistem ekonomi yang berkembang dengan sebutan apapun dalam rangka mengangkat kehidupan manusia ke arah yang lebih baik. Maka dari itu memberlakukan sistem *mudharabah* harus tidak diikuti dengan pelaksanaan kehendak dan mempersalahkan bentuk-bentuk kerjasama ekonomi lainnya yang mungkin juga termasuk dalam model kerjasama juga.²²⁶

3. Rukun dan Syarat *Mudharabah*

Mudharabah disyariatkan berdasarkan *ijma* atau kesepakatan para sahabat dan berdasarkan kesepakatan para imam yang menyatakan kebolehanannya. Hal ini, didasarkan pada dalil yang mengungkapkan bahwa tolong menolong dalam kebaikan dan saling mencegah dalam kemungkar,

²²⁵ *Ibid*

²²⁶ *Ibid*

tetapi tetapi berprinsip pada ketentuan dalam hukum perdata Islam sebagai berikut :²²⁷

- a. Harus dilakukan antara sesama muslim yang sudah dianggap melakukan akad.
- b. Modal harus jelas jumlahnya.
- c. Bagian pengelola (keuntungan pengelola) harus ditetapkan.
- d. Tidak merugikan sesama muslim.
- e. Keuntungan tidak dibagikan selama perjanjian masih tetap ada, kecuali kedua belah pihak setuju untuk melakukan pembagian.
- f. Apabila hubungan kerja telah putus, namun masih ada harta yang masih menjadi hak orang lain, maka pihak pemilik uang memohon agar barang tersebut diuangkan.
- g. Laporan dan pengakuan pihak pengelola mengenai kerusakan dan kerugian barang dapat diterima bila dia membawa bukti-bukti dan mau bersumpah, bila tidak demikian, maka laporan tidak bisa diterima.

Dalam menetapkan mengenai rukun *mudharabah* terdapat perbedaan pendapat diantara para ulama. Menurut ulama Hanafiyah, rukun *mudharabah* adalah *ijab* dan *qabul* yang diucapkan oleh orang yang berakad, tetapi tidak dipersyaratkan lafal tertentu, tetapi akad sudah sempurna dengan lafal yang menunjukkan pengertian *mudharabah*. Sedangkankan rukun *mudharabah* menurut pandangan Jumhur yaitu *aqidain* (dua orang yang berakad) yang terdiri dari pemodal dan pengelola modal, *mu'qud alaih* (objek akad), yaitu modal,

²²⁷ Zainuddin, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, hlm. 156.

usaha dan keuntungan, *shighat* (*ijab* dan *qabul*). Sementara menurut kalangan ulama syafi'iyah, rukun *mudharabah* yakni harta, pekerjaan, keuntungan, *shighat*, dan dua orang yang berakad.²²⁸ Oleh karena itu akad *mudharabah* itu menjadi sah karena telah memenuhi rukunnya.

Dari penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa secara umum, *jumhur ulama'* menyatakan bahwa rukun *mudharabah* adalah sebagai berikut :

1. *Ijab* dan *qabul*

Rukun *mudharabah* adalah *ijab* dan *qabul* yang keluar dari mulut kedua orang yang mampu untuk melakukan akad. Tidak dipersyaratkan penggunaan lafal tertentu. Artinya, akad bisa dengan semua lafal yang menunjukkan makna *mudharabah* kerana dalam akad adalah tujuan dan makna, bukan lafal struktur kata.²²⁹ Yang dimaksud *ijab* dan *qabul* adalah yaitu persetujuan kedua belah pihak, merupakan konsekuensi dari prinsip *antaradhin minkum* (sama-sama rela). Disini kedua belah pihak secara rela bersepakat untuk mengikatkan diri dalam akad *mudharabah*. Si pemilik dana setuju dengan perannya untuk berkontribusi dana, sementara pelaksana usaha setuju dengan perannya untuk berkontribusi kerja.²³⁰ Pernyataan kehendak yang berupa *Ijab* dan *Qabul* antara kedua belah pihak memiliki syarat-syarat yaitu :

a. *Ijab* dan *Qabul* itu harus jelas menunjukkan maksud untuk

²²⁸ Rozalinda, *Op Cit*, hlm. 208.

²²⁹ Sayyad Sabiq, *Op Cit*, hlm. 132.

²³⁰ Adiwarmarman Karim, *Op Cit*, hlm 182

melakukan kegiatan *mudharabah*. Dalam menjelaskan maksud tersebut bisa menggunakan kata *Mudharabah*, *Qiradh*, *Muqaradhah*, Muamalah, atau semua kata yang semakna dengannya.

- b. *Ijab* dan *Qabul* harus bertemu, artinya penawaran pihak pertama sampai dan diketahui oleh pihak kedua, artinya *ijab* yang diucapkan pihak pertama harus diterima dan disetujui oleh pihak kedua sebagai ungkapan kesediaannya.
- c. *Ijab* dan *Qabul* harus sesuai maksud pihak pertama cocok dengan keinginan pihak kedua.²³¹

2. Dua orang yang melakukan kerjasama (*al- 'Aqidain*)

Dalam akad *mudharabah* harus ada minimal dua pelaku. Pihak pertama bertindak sebagai pemilik modal (*Shahib al-mal*), sedangkan pihak kedua bertindak sebagai pelaksana usaha (*Mudharib* atau '*Amil*). Tanpa dua pelaku ini, maka akad *mudharabah* tidak ada.²³²

Para pihak (*shahib al-mal* dan *mudharib*) disyaratkan :²³³

- a. Cakap bertindak hukum secara Syar'i, artinya *shahib al-mal* memiliki kapasitas untuk menjadi pemodal dan *mudharib* memiliki kapasitas menjadi pengelola.
- b. Memiliki kewenangan mewakilkan atau memberi kuasa dan menerima pemberian kuasa, karena penyerahan modal oleh pihak

²³¹ Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah Dari Teori Ke Praktek*. Gema Insani, Cetakan Pertama, Jakarta, 2001, hlm 59

²³² Helmi Karim, *Op Cit*, hlm 181

²³³ Muhammad Syafi'i Antonio, *Op Cit*. hlm 60

pemberi modal kepada pihak pengelola modal merupakan suatu bentuk pemberian kuasa untuk mengolah modal tersebut.

- c. Pemilik modal (*shahib al-mal*) adalah orang yang mempunyai kebebasan memilih, artinya tidak dalam keadaan terpaksa atau kehendaknya sendiri. Sedangkan bagi orang yang menjalankan pekerjaannya (*mudharib*) selain cakap, seperti yang telah disebutkan di atas, ia juga harus merupakan orang yang jujur dan pandai berdagang, diharuskan juga sebab ia memegang uang dengan izin pemilik modal, dengan kata lain ia adalah orang yang membawa amanah dari orang yang memiliki harta tersebut.

3. Adanya modal, adapun dalam modal disyaratkan, diantaranya : ²³⁴

- a. Modal harus jelas jumlah dan jenisnya dan diketahui oleh kedua belah pihak pada waktu dibuatnya akad *mudharabah* sehingga tidak menimbulkan sengketa dalam pembagian laba karena ketidakjelasan jumlah.
- b. Harus berupa uang (bukan barang). Mengenai modal harus berupa uang dan tidak boleh berupa barang adalah pendapat mayoritas ulama'. Mereka beralasan *mudharabah* dengan barang dapat menimbulkan kesamaran. Karena barang tersebut umumnya bersifat fluktuatif.
- c. Uang bersifat tunai (bukan hutang).
- d. Modal diserahkan kepada pengelola secara langsung, tidak dengan

²³⁴ *Ibid*, hlm 62 - 64

cara diangsur.

- e. Modal harusnya ditentukan dan merupakan hak pemilik untuk memungkinkannya terus memberinya kepada *mudharib* dan seharusnya modal diserahkan kepada *mudharib* supaya dia tidak dapat menggunakannya sendiri.

4. Adanya pekerjaan atau usaha (*Al- 'aml*)

Mengenai jenis usaha pengelolaan ini sebagian ulama, khususnya Syafi'i dan Maliki, mensyaratkan bahwa usaha itu hanya berupa usaha dagang (*commercial*). Mereka menolak kegiatan usaha yang berjenis kegiatan industri (*manufacture*). Dengan anggapan bahwa kegiatan industri itu termasuk dalam kontrak persewaan (*ijarah*) yang mana semua kerugian dan keuntungan ditanggung oleh pemilik modal (*investor*). Sementara para pegawainya digaji secara tetap.²³⁵

Tetapi Abu Hanifah membolehkan usaha apa saja selain berdagang, termasuk kegiatan kerajinan atau industri. Seseorang dapat memberikan modalnya kepada pekerja yang akan digunakannya untuk membeli bahan mentah untuk dibuat sebuah produk dan kemudian dijualnya. Ini memang tidak termasuk jenis perdagangan murni yang mana seseorang hanya terlibat dalam pembelian dan penjualan. Tetapi hal tersebut dapat dibenarkan sebab persekutuan antara modal dan tenaga terjadi dalam kegiatan ini, bahkan mengenai keuntungan kadang-kadang lebih dapat dipastikan sehingga bagi hasil akan selalu dapat

²³⁵ Muhammad, *Manajemen Pembiayaan* *Op Cit*, hlm. 100.

diwujudkan. Kalau ditarik lebih jauh ke era moderen ini, makna perdagangan menjadi luas.

Semua kerja ekonomi yang mengandung kegiatan membuat atau membeli produk atau jasa kemudian menjualnya atau menjadikannya produk atau jasa tersebut menjadi sebuah keuntungan merupakan arti dari perdagangan jual dan beli maka hal itu termasuk berdagang. Oleh karena itu tampaknya semua kegiatan ekonomi itu mengandung unsur perdagangan. Jadi sesungguhnya, dalam hal ini dapat dikatakan bahwa jenis usaha yang diperbolehkan adalah semua jenis usaha. Tentu saja tidak hanya menguntungkan. Tetapi harus sesuai dengan ketentuan Syari'ah sehingga merupakan usaha yang halal. Dalam menjalankan usaha ini *shahib al-maal* tidak boleh ikut campur dalam teknis operasional dan menejemen usaha dan tidak boleh membatasi usaha *mudharib* sedemikian rupa sehingga mengakibatkan upaya perolehan keuntungan maksimal tidak tercapai. Tetapi dilain pihak pengelola harus senantiasa menjalankan usahanya dalam ketentuan syari'ah secara umum. Dalam usaha itu dijalankan dibawah akad mudharabah terbatas, maka ia harus memenuhi *klausul-klausul* yang ditentukan oleh *shahib al-mal*.²³⁶

5. *Nisbah* (perhitungan) keuntungan

Nisbah (perhitungan) ini mencerminkan imbalan yang berhak diterima oleh kedua pihak yang bermudharabah. *Mudharib*

²³⁶ Muhammad Syafi'i Antonio, *Op Cit*, hlm 64

mendapatkan imbalan atas kerjanya, sedangkan *shahib al-mal* mendapat imbalan atas penyertaan modalnya. Nisbah keuntungan inilah yang akan mencegah terjadinya perselisihan antara kedua belah pihak mengenai cara pembagian keuntungan. Mengenai keuntungan disyaratkan:

- a. Keuntungan dalam perjanjian *mudharabah* disyaratkan harus jelas ketentuannya, misalnya setengah atau seperempat dari keuntungan. Hal ini diharapkan ada kejelasan dan kepastian diantara kedua belah pihak. Selain itu *mudharib* akan menerima bagiannya dari keuntungan bukan dari jumlah modal.
- b. Keuntungan dikhususkan kepada kedua belah pihak yang melakukan kerja sama oleh karena itu tidak sah apabila sebagian keuntungan tersebut untuk orang yang selain mereka (dua pihak) kecuali untuk kedua orang dari budak mereka apa yang disyaratkan untuk salah satu dari dua orang budak haruslah dipadukan kepada apa yang disyaratkan untuk tuanya. Demikian menurut madzhab Syafi'i.

Adapun yang menjadi syarat dalam akad *mudharabah* juga terdapat perbedaan pendapat dikalangan para ulama, Wahab Az-Zuhaily berpendapat, untuk sahnya suatu akad *mudharabah* harus memenuhi syarat sebagai berikut dibawah ini :

- a. Syarat yang terakad dengan orang berakad, ialah cakap untuk berwakil, menerima wakil, dan tidak disyaratkan keduanya muslim.
- b. Syarat modal, yaitu :

- a) Modal berbentuk uang, seperti dirham, dinar, dan sejenisnya.
 - b) Modal harus diketahui jumlahnya.
 - c) Modal harus tunai, tidak berupa utang.
 - d) Modal harus diserahkan kepada pekerja.
- c. Syarat yang terkait dengan laba harus diketahui jumlahnya dan laba dibagi menurut ukuran tertentu sesuai dengan kesepakatan seperti sepertiga, seperempat atau seperdua.²³⁷

Sedangkan Abdurahman Al Zaziri berpendapat untuk melakukan akad *mudharabah* harus memenuhi syarat sebagai berikut :

- a. Bagi pihak yang berakad harus cakap bertindak hukum dan cakap diangkat sebagai sebagai wakil bagi *mudharib*.
- b. Yang terkaid dengan modal harus berbentuk uang yang jelas jumlahnya yang diserahkan dalam bentuk tunai dan diserahkan sepenuhnya kepada *mudharib*.
- c. Pembagian keuntungan harus jelas diambil dari keuntungan, misalnya $\frac{1}{2}$.
- d. Akad mengikuti syaratnya sebuah akad pada umumnya, yaitu harus jelas *shighatnya* dan ada kesesuaian antara *ijab* dan *qabul*.²³⁸

4. Prinsip-Prinsip *Mudharabah*

Berdasarkan ketentuan *muamalah*, terdapat prnsip-prinsip akad *mudharabah* sebagai berikut :

²³⁷ Rozalinda, *Op Cit*, hlm. 208.

²³⁸ Nenang Nurhasanah, *Op Cit*, hlm. 76.

- 1) Prinsip bagi keuntungan di antara pihak yang melakukan akad *mudharabah*.

Dalam akad *mudharabah*, keuntungan harus dibagi antara *shahibul maal* dan *mudharib* berdasarkan suatu proporsi yang adil sebagaimana yang telah disepakati yang telah diperjanjikan secara eksplisit dalam akad *mudharabah*. Pembagian keuntungan tidak boleh dilakukan sebelum kerugian yang ditutupi dan ekuitas *shahibul maal* sepenuhnya dikembalikan. Semua kerugian yang terjadi dalam kegiatan usaha harus ditutupi dengan keuntungan sebelum hal itu ditutup dengan ekuitas *shahibul maal*. Adapun kerugian bersih harus ditanggung oleh *shahibul maal*, sementara bentuk kerugian *mudharib* adalah hilangnya waktu, tenaga, dan usahanya. Jika disepakati, bahwa keseluruhan keuntungan akan dinikmati *mudharib* atau modal yang diberikan harus dikembalikan secara utuh. Dalam hal ini, *shahibul maal* dipandang sebagai pemberi pinjaman sehingga *mudharib* dituntut untuk menanggung risiko dan mengembalikan modalnya kesepakatan seperti ini dikenal dengan istilah *al-qordh* atau dalam implementasi perbankan syariah disebut dengan *akad qordhul hasan* atau perjanjian pinjaman kebijakan. Dengan demikian, harus dibedakan antara muamalah yang bertujuan mencari keuntungan dan yang bersifat sosial semata.²³⁹

Selain itu *mudharabah* juga berbeda dengan *ijarah* (upah) sehingga apabila akad *mudharabah*, *shahibul maal* menetapkan bagian keuntungan

²³⁹ Nenang Nurhasanah, *Op Cit*, hlm. 78.

tertentu sebagai upah untuk *mudharib*, maka dalam *akad mudharabah* seperti ini terdapat kesamaran. Hal ini disebabkan *mudharib*, tidak bertanggung jawab atas kerugian yang terjadi. Dalam keadaan usahanya rugi, *mudharib* tetap mendapat bagian. Oleh karena itu, berbagi keuntungan bersama-samaa diantara pihak-pihak yang berakad *mudharabah* merupakan prinsip *mudharabah*.²⁴⁰ Hal ini karena *mudharabah* merupakan perjanjian kerjasama yang didasari untuk mencari keuntungan, sehingga keuntungan menjadi hak pihak-pihak yang melakukan akad *mudharabah* sesuai dengan proposisi yang telah disepakati.

2) Prinsip bagi kerugian di antara pihak yang melakukan akad *mudharabah*.

Dalam *mudharabah*, asas keseimbangan dan keadilan terletak pada pembagian kerugian diantara pihak-pihak yang berakad. Kerugian finansial seluruhnya dibebankan kepada pihak *shaibul maal*, kecuali terbukti ada kelalaian, kesalahan, atau kecurangan yang dilakukan *mudharib*. Sementara itu, pihak *mudharib* menanggung kerugian berupa waktu, tenaga, dan jerih payah yang dilakukannya, sehingga *mudharib* tidak memperoleh apapun dari kerja kerasnya.

Disinilah bedanya *mudharabah* dengan pinjaman kredit di bank konvensional yang menjamin keselamatan uang/harta yang dikelolanya. Dalam *mudharabah*, *mudharib* berfungsi sebagai pemegang amanah, bukan penjamin. *Mudharib* bertanggung jawab terhadap harta/modal

²⁴⁰ Panji Adam, *Op Cit*, hlm. 122.

hanya apabila lalai atau curang. Seandainya dimasukan dalam persyaratan, bahwa *mudharib* menjamin keselamatan uang/harta *mudharabah*, maka akan mengakibatkan batalnya akad *mudharabah* dan hilangnya legalitasnya.²⁴¹

3) Prinsip kejelasan.

Dalam *mudharabah*, masalah jumlah modal yang akan diberikan *shahibul maal*, persentase keuntungan yang akan dibagikan, syarat-syarat yang dikehendaki masing-masing pihak, dan jangka waktu perjanjiannya harus disebutkan dengan jelas dan tegas. Kejelasan merupakan prinsip yang harus ada dalam akad *mudharabah* ini, untuk itu perjanjian tertulis harus dilaksanakan dalam akad *mudharabah*. Hal ini sesuai dengan firman Allah SWT dalam QS. Al-Baqarah (2) : 282-283 yang berbunyi :

Hai orang-orang yang beriman, apabila kamu bermuamalah tidak secara tunai untuk waktu yang ditentukan, hendaklah kamu menuliskannya.. Dan persaksikanlah dua orang saksi dari orang-orang laki-laki di antaramu. Dan janganlah kamu jemu menulis hutang itu, baik kecil maupun besar sampai batas waktu membayarnya. Yang demikian itu lebih adil di sisi Allah dan lebih dapat menguatkan persaksian dan lebih dekat kepada tidak (menimbulkan) kerugianmu (tulislah muamalah itu) kecuali jika muamalah itu perdagangan tunai yang kamu jalankan di antara kamu, maka tidak ada dosa bagi kamu, (jika) kamu tidak menulisnya. Dan persaksikanlah apabila kamu jual beli.

²⁴¹ Nenang Nurhasanah, *Op Cit*, hlm. 80.

Firman Allah tersebut menunjukkan pentingnya perjanjian (kontrak) dalam Islam. Umat Islam harus menuliskan semua urusan pekerjaan mereka di hadapan saksi-saksi, baik urusan kecil maupun urusan besar, baik jumlah pihak yang kecil itu besar atau kecil, untuk kontrak jangka panjang atau pendek, kecuali perdagangan yang dilakukan secara tunai. Semua langka-langka itu diambil untuk menghindari perselisihan dan menjaga serta melindungi harta milik individu.²⁴²

4) Prinsip kepercayaan dan Amanah.

Masalah kepercayaan, terutama dari pihak pemilik modal merupakan unsur penentu terjadinya akad *mudharabah*. Jika tidak ada kepercayaan dari *shahibul maal* maka transaksi *mudharabah* tidak akan terjadi. Untuk itu, *shahibul maal* dapat mengakhiri perjanjian dengan akad *mudharabah* secara sepihak apabila dia tidak memiliki kepercayaan lagi kepada *mudharib*.²⁴³

5) Prinsip kehati-hatian.

Sikap hati-hati merupakan prinsip yang penting dan mendasar dalam akad *mudharabah*. Jika sikap hati-hati tidak dilakukan oleh pihak *shahibul maal* selaku pemilik modal, maka dia bisa tertipu dan mengalami kerugian finansial, jika sikap hati-hati tidak dimiliki oleh *mudharib* selaku pengelola, maka usahanya akan mengalami kerugian, di samping akan kehilangan keuntungan finansial, kerugian waktu, tenaga, dan jerih payah

²⁴² Afzalurrahman, *Ekonomi doctrines of Islam, Doktrin Ekonomi Islam, Alih Bahasa Soeroyo*, Nastagin, Dana Bakti Wakaf, Yogyakarta, 1995, Jilid I, hlm. 300.

²⁴³ Sutan Remi Syahdeini, *Perbankan Islam dan Kedudukannya Dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*. Pustaka Utama Grafitri, Jakarta, 1999, hlm 28.

yang telah didedikasikannya. Dan dia juga akan kehilangan kepercayaan.²⁴⁴

5. Berakhirnya Akad *Mudharabah*

Akad *mudharabah* dinyatakan batal dalam hal-hal sebagai berikut :²⁴⁵

1. Masing-masing pihak menyatakan akad batal, pekerja dilarang untuk bertindak hukum terhadap modal yang diberikan, atau pemilik modal menarik modalnya
2. Salah seorang yang berakad meninggal dunia. Jika pemilik modal yang wafat, menurut jumhur ulama, akad tersebut batal, karena akad *mudharabah* sama dengan akad *wakalah* (perwakilan yang gugur disebabkan wafatnya orang yang mewakilkan. Di samping itu, jumhur ulama berpendapat bahwa akad *mudharabah* tidak bisa diwariskan. Akan tetapi ulama madzhab Maliki berpendapat bahwa jika salah seorang yang berakad itu meninggal dunia, akadnya tidak batal, tetapi tidak dilanjutkan oleh ahli warisnya karena, menurut mereka akad *mudharabah* bisa diwariskan.
3. Salah seorang yang berakad gila, karena orang yang gila tidak cakap lagi bertindak hukum.
4. Pemilik modal murtad (keluar dari agama Islam), menurut Imam Abu Hanifah, akad *mudharabah* batal.
5. Modal habis ditangan pemilik modal sebelum dikelola oleh pekerja.

²⁴⁴ Nenang Nurhasanah, *Op Cit*, hlm. 81.

²⁴⁵ M. Ridwan, *Manajemen Baitul Maal wa Tamwil*. UII press, Yogyakarta, 2004, hlm 99.

Demikian juga halnya, *mudharabah* batal apabila modal tersebut dibelanjakan oleh pemilik modal sehingga tidak ada lagi yang bisa dikelola oleh pemilik modal sehingga tidak ada lagi yang bisa dikelola oleh pekerja.

6. Manfaat *Mudharabah*

Transaksi pembiayaan dengan skema *mudharabah*, sangat strategis dalam upaya mengembangkan ekonomi Nasional. Manfaat dan kerjasama *mudharabah* dapat dirasakan oleh kedua belah pihak secara adil.

Kemanfaatan *mudharabah* meliputi:

1. Bagi *mudharib*

- a. *Mudharib* tidak harus memiliki modal dalam bentuk uang atau barang, *mudharib* cukup memiliki keahlian dan kepiawaian dalam berusaha dan dapat menguasai peluang pasar saja sudah dapat berusaha. Ia tidak harus menyediakan modal.
- b. *Mudharib* dapat menikmati harga jual yang lebih rendah. Biaya bagi hasil hanya akan diperhitungkan setelah *mudharib* membukukan usahanya. Sehingga *mudharib* tidak menanggung beban tetap diawal. Biaya bagi hasil tidak dapat diperhitungkan sebagian dari biaya produksi, karena beban bagi hasil sangat tergantung dengan penjualan. Berbeda dengan bunga, yang jumlahnya sudah pasti, peminjam akan menghitung beban bunga sebagai bagian dari harga pokok produk, sehingga harga jual ditingkat konsumen lebih tinggi.
- c. *Mudharib* lebih terpacu untuk berusaha. BMT akan memberikan kepercayaan penuh kepada *mudharib* untuk mengembangkan usahanya. BMT hanya akan menerima laporan secara periodik terhadap perkembangan usaha.
- d. *Mudharib* tidak akan membayar bagi hasil jika usahanya mengalami kerugian. Bahkan dengan bunga, yang tidak memandang usaha anggota yang dibiayai. Bagi hasil hanya akan dibayarkan jika metode perhitungan yang digunakan menggunakan pendekatan untung-rugi, maka jika usahanya merugi, *mudharib* tidak akan membayar bagi hasil.²⁴⁶

²⁴⁶ *Ibid*, hlm 47 - 49

2. Bagi *shahib al-mal*
 - a. *Shahib al-mal* akan menikmati pendapatan bagi hasil seiring dengan meningkatnya pendapatan *mudharabib*.
 - b. *Shahib al-mal* tidak akan membayar biaya bagi hasil kepada anggota penabungnya, jika usaha yang dibiayai dengan akad *mudharabah muqayyadah* dalam kondisi merugi.
 - c. *Shahib al-mal* akan lebih selektif dalam memberikan pembiayaan.
 - d. *Shahib al-mal* akan mendapatkan anggota yang lebih loyal.²⁴⁷

7. Akad *Mudharabah* Dalam Praktek Perbankan Syariah di Indonesia

Akad *Mudharabah* merupakan salah satu tonggak ekonomi syariah yang mewakili prinsip Islam untuk mewujudkan keadilan masyarakat melalui sistem bagi hasil. Akad *mudharabah* adalah akad di antara pihak pemilik modal (*shahib al-mal*) dengan pengelolanya (*mudharib*) untuk memperoleh pendapatan atau keuntungan yang kemudian pendapatan atau keuntungan tersebut dibagi berdasarkan *nisbah* (pembagian/pembatasan) yang telah disepakati di awal akad. Pada sisi penyaluran dana, *mudharabah* dapat dibagi menjadi *mudharabah mutlaqah* dan *mudharabah muqayyadah* berdasarkan kewenangan yang diberikan kepada *mudharib*.

Landasan hukum mengenai keberadaan akada *mudharabah* sebagai salah satu produk perbankan syariah di Indonesia terdapat dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, terdapat beberapa pasal dalam undang-undang tersebut menyebutkan bahwa akad *mudharabah* merupakan salah satu produk dari perbankan syariah di Indonesia, antara lain Pasal 1 ayat (21,22,24,dan 25), Pasal 19 dan Pasal 21

²⁴⁷ *Ibid*

yang secara jelas menyebutkan akad *mudharabah* adalah bagian dari kegiatan perbankan syariah.

Pada prinsipnya akad *mudharabah* sifatnya mutlak dimana *shahibul mal* tidak menentukan restriksi atau syarat-syarat tertentu kepada *mudharib*, akad *mudharabah* ini disebut dengan *mudharabah mutlaqah* yaitu akad kerja antara dua orang atau lebih, atau *shahib al-maal* selaku *investor* dengan *mudharib* selaku pengusaha yang berlaku secara luas. Artinya dalam akad tersebut tidak ada batasan tertentu, baik dalam jenis usaha, daerah bisnis, waktu usaha maupun yang lain. Intinya pengusaha memiliki kewenangan penuh untuk menjalankan usahanya, sesuai dengan peluang bisnis yang ada.²⁴⁸ Dalam *mudharabah mutlaqah* harus menggunakan modal berupa uang tunai dan apabila modal diserahkan secara bertahap, tahapannya harus jelas setelah disepakati terlebih dahulu. Hasil dari pengelolaan modal pembiayaan *mudharabah* dapat diperhitungkan dengan dua cara, yaitu: dari hasil perhitungan atas pendapatan proyek (*revenue sharing*) ataupun dari perhitungan atas keuntungan proyek (*profit sharing*). Mengenai praktik akad *mudharabah muqayadah* pada sisi penyaluran dana ini adalah pada umumnya sama dengan pada akad *mudharabah mutlaqah*, baik dari sisi persyaratan modal maupun cara pembagian keuntungannya. Yang membedakan antara keduanya hanyalah dari tujuan penyediaan modal yaitu hanya untuk

²⁴⁸ M. Ridwan, *Op Cit*, hlm 98 - 99.

kegiatan tertentu dan dengan syarat yang sepenuhnya ditetapkan oleh bank.²⁴⁹

Secara teknis, *al-mudharabah* adalah akad kerja sama usaha antara dua pihak di mana pihak pertama (*shahibul maal*) menyediakan seluruh (100%) modal, sedangkan pihak lainnya menjadi pengelola. Keuntungan usaha secara mudharabah dibagi menurut kesepakatan yang dituangkan dalam kontrak, sedangkan apabila rugi ditanggung oleh pemilik modal selama kerugian itu bukan akibat kelalaian si pengelola. Seandainya kerugian itu diakibatkan karena kecurangan atau kelalaian si pengelola, si pengelola harus bertanggung jawab atas kerugian tersebut.²⁵⁰

Kontrak *mudharabah* digunakan dalam perbankan syari'ah untuk tujuan dagang jangka pendek dan untuk suatu kongsi khusus. Kontrak tersebut seperti jual beli barang yang menunjukkan sifat dagang dari kontrak ini. *Mudharib*, setelah menerima dukungan pendanaan dari bank, membeli sejumlah atau senilai tertentu dari barang yang sangat spesifik dari seorang penjual dan menjualnya kepada pihak ketiga dengan suatu laba. Sebelum disetujuinya pendanaan, *mudharib* memberikan kepada bank segala perincian mendetail yang terkait dengan barang, sumber dimana barang dapat dibeli serta semua biaya yang terkait dengan pembelian barang tersebut. Kepada bank, *mudharib* menyajikan pernyataan-pernyataan finansial yang disyaratkan menyangkut harga jual yang diharapkan, arus kas, batas laba, yang akan dikaji oleh bank sebelum

²⁴⁹ Gemala Dewi, *Aspek-aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransian Syariah di Indonesia*, Kencana Prenada Media, 2006, hlm. 234 - 235

²⁵⁰ Muhammad Syafi'i Antonio, *Op Cit*, hlm 95

diambil keputusan apapun tentang pendanaan. Biasanya bank akan memberikan dana yang diperlukan jika telah cukup puas dengan batas laba yang diharapkan atas dana yang diberikan.²⁵¹

Kontrak *mudharabah* bank syari'ah menentukan jumlah modal yang digunakan dalam kongsi. Tidak ada dana tunai yang diberikan kepada *mudharib*. Jumlah modal diangsur ke dalam rekening *mudharabah* yang oleh bank dibuka untuk tujuan pengelolaan *mudharabah*. *Mudharabah* untuk tujuan pembelian barang-barang tertentu, maka bank sendirilah yang melakukan pembayaran kepada penjual.

Mudharib menjalankan *mudharabah* dan mengatur pembelian, penyimpanan, pemasaran, dan penjualan barang. *Mudharib* harus mematuhi syarat-syarat terinci dari kontrak dalam kaitannya dengan manajemen kongsi, syarat-syarat yang mana umumnya ditentukan oleh pihak bank. Kontrak *mudharabah* umumnya digunakan untuk tujuan jangka pendek, maka jangka waktunya dengan mudah dapat diperkirakan dan umumnya ditetapkan oleh bank Syari'ah. Karena batas laba dari dana bank dihitung dengan mempertimbangkan jatuh tempo kontrak, maka sangat penting bagi bank syari'ah agar *mudharabah* diklirkan dan modal bank beserta keuntungannya diserahkan pada waktu yang telah ditentukan dalam kontrak.²⁵²

Pembahasan mengenai *mudharabah* sebagaimana yang dipraktikkan dalam bank syari'ah menunjukkan bahwa kebanyakan

²⁵¹ Abdullah Saeed, *Bank Islam Dan Bunga Bank, Studi Kritis dan Interpretasi Kontemporer tentang Riba dan Bunga*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2003. hlm, 83.

²⁵² *Ibid*, hlm. 84

mudharabah digunakan untuk tujuan jangka pendek dan hasilnya hampir pasti dapat ditentukan. Tidak ada transfer modal yang nyata kepada *mudharib* untuk dipakai berdagang secara bebas. Bank secara mendetail menetapkan bagaimana ia harus menjual barang. Segala bentuk pelanggaran terhadap kontrak bisa menjadikan *mudharib* bertanggungjawab terhadap semua resiko. Bank juga menentukan jangka waktu kontrak. Dalam pembagian laba rugi, secara teori bank menanggung semua resiko, akan tetapi dalam praktiknya dikarenakan sifat kontrak *mudharabah* bank syari'ah dan syarat-syarat yang ada di dalamnya, kerugian akan jarang terjadi.²⁵³

Seorang peneliti tamu pada *Oxford Centre for Islamic Studies* sebagaimana dikutip oleh Adiwarmanto Karim, mengidentifikasi adanya 5 (lima) hal yang menyebabkan pembiayaan bagi hasil ini tidak menarik bagi bank Islam, yakni:²⁵⁴

1. Sumber dana bank Islam yang sebagian besar berjangka pendek tidak dapat digunakan untuk pembiayaan bagi hasil yang biasanya berjangka panjang.
2. Pengusaha dengan bisnis yang memiliki tingkat keuntungan tinggi cenderung enggan menggunakan sistem bagi hasil. Bagi mereka lebih menguntungkan kredit dengan bunga yang sudah pasti jumlahnya.
3. Pengusaha dengan bisnis beresiko rendah juga enggan meminta pembiayaan bagi hasil.

²⁵³ *Ibid*, hlm. 88

²⁵⁴ *Ibid*, hlm 83

4. Untuk meyakinkan bank bahwa proyeknya akan memberikan keuntungan tinggi, pengusaha akan terdorong membuat proyeksi bisnis yang terlalu optimistis. Hal ini akan menyulitkan pihak bank di kemudian hari.
5. Banyak pengusaha yang mempunyai dua pembukuan. Pembukuan yang diberikan kepada bank adalah yang tingkat keuntungannya kecil, sehingga porsi keuntungan yang harus diberikan kepada bank juga kecil, padahal pada pembukuan yang sebenarnya, si pengusaha membukukan keuntungan yang besar.

Dalam istilah ekonomi, masalah kedua, ketiga dan keempat disebut *adverse selection*, sedangkan masalah kelima disebut *moral hazard*. Dalam pemberian kredit atau suatu pembiayaan, maka pihak bank sebelum memutuskan apakah suatu permohonan dapat diterima atau ditolak, maka langkah yang harus dilakukan adalah melakukan analisis terhadap permohonan yang diajukan oleh debitor atau nasabah. Pentingnya untuk melakukan analisis ini adalah untuk menghindari resiko kemungkinan terjadinya kredit atau pembiayaan yang macet. Sebagaimana dimaklumi, pembayaran kredit atau suatu pembiayaan selalu terjadi di masa yang akan datang, maka yang memberikan pinjaman, dalam hal ini pihak bank harus menilai terlebih dahulu apakah harapan debitor atau nasabah tentang kesanggupannya untuk membayar kembali adalah cukup wajar.

Menurut Sentosa Sembiring, untuk menganalisis suatu permohonan kredit atau pembiayaan pada umumnya digunakan kriteria 5 C atau *The*

Five C's, yakni *Character* (Sifat), *Capacity* (Kemampuan), *Capital* (Modal), *Collateral* (Jaminan), *Condition of economy* (Kondisi Ekonomi).²⁵⁵ Kriteria tersebut adalah yang secara umum dilakukan dalam praktek pemberian kredit oleh perbankan konvensional. Namun dalam dunia perbankan modern yang variabelnya sangat kompleks, maka ternyata dalam realitas bisnis perbankan Syariah adalah bahwa dalam memberikan pembiayaan *mudharabah*, bank-bank syariah selaku pemilik modal (*shahib al-mal*) mensyaratkan adanya jaminan pula. Dalam perjanjian pembiayaan *mudharabah* ditentukan bahwa pelaku usaha (*mudharib*) diwajibkan memberikan jaminan kepada pihak perbankan syariah selaku pemilik modal (*shahib al-mal*) atas dana yang telah dicairkan dalam membiayai suatu kegiatan bisnis.

Adanya kewajiban *mudharib* untuk memberikan jaminan kepada *shahib al-mal* dalam perjanjian *mudharabah* tersebut menimbulkan pertanyaan tentang boleh atau tidaknya atau sah atau tidaknya perjanjian *mudharabah* dalam dunia perbankan syariah. Dalam kerjasama *mudharabah* telah terkandung adanya prinsip kepercayaan dan kejujuran bagi kedua pihak yang mengadakan perjanjian.

8. Kedudukan Fatwa DSN-MUI Dalam Akad Mudharabah di Indonesia

Majelis Ulama Indonesia selanjutnya disingkat MUI adalah suatu organisasi sebagai wadah berkumpulnya para ulama, *zu'ama*, dan cendekiawan Islam di Indonesia dalam rangka untuk membimbing, dan

²⁵⁵ Sentosa Sembiring, *Hukum Perbankan*. Mandar Maju, Bandung, 2008, hlm 68

membina serta mengayomi umat Islam di Indonesia. MUI didirikan pada tanggal, 7 Rajab 1395 Hijriah, bertepatan dengan tanggal 26 Juli 1975 di Jakarta, Indonesia yang dibentuk oleh pemerintahan orde baru.²⁵⁶ kehadiran perbankan syariah membawa MUI dikenal sebagai organisasi yang mengeluarkan fatwa sebagai salah satu landasan hukum perbankan syariah di Indonesia.

Secara etimologis kata fatwa berasal dari bahasa Arab *al-fatwa*. Menurut Ibnu Manzhur kata fatwa ini merupakan bentuk *mashdar* dari kata *fata*, *yaftu*, *fatwan*, yang bermakna muda, baru, penjelasan, penerangan. Pendapat ini hampir sama dengan pendapat al-Fayumi, yang menyatakan bahwa *al-fatwa* berasal dari kata *al-fata*, artinya pemuda yang kuat. Sehingga seorang yang mengeluarkan fatwa dikatakan *mufti*, karena orang tersebut diyakini mempunyai kekuatan dalam memberikan penjelasan (*al-bayan*) dan jawaban terhadap permasalahan yang dihadapinya sebagaimana kekuatan yang dimiliki oleh seorang pemuda.²⁵⁷ Sedangkan secara terminologis, sebagaimana dikemukakan oleh Zamakhsyari adalah penjelasan hukum *syara'* tentang suatu masalah atas pertanyaan seseorang atau kelompok. Menurut *as-Syatibi*, fatwa dalam arti *al-iftaa* berarti keterangan-keterangan tentang hukum *syara'* yang tidak mengikat untuk diikuti.²⁵⁸ Sementara menurut arti bahasa (*lughawi*) fatwa adalah jawaban suatu kejadian yang memberikan jawaban yang tegas terhadap segala

²⁵⁶ Sarip, Diana Fitriana, Elya Kusuma Dewi, Mendudukan Fatwa Majelis Ulama Indonesia Sebagai Doktrin Perundang-Undangan, *Jurnal Legalisasi Indonesia* Vol. 16 No. 3 September 2019, hlm. 290.

²⁵⁷ Ma'ruf Amin, *Fatwa MUI Dalam Hukum Islam*. Elsas, Jakarta, 2008, hlm 19

²⁵⁸ *Ibid*, hlm 20

peristiwa yang terjadi dalam masyarakat. Kemudian fatwa menurut syariat adalah suatu penjelasan hukum syariat dalam menjawab suatu perkara yang diajukan oleh seseorang yang bertanya, baik penjelasan itu jelas atau ragu-ragu dan penjelasan itu mengarah pada dua kepentingan, yakni kepentingan pribadi atau kepentingan masyarakat banyak.²⁵⁹

Oleh karena itu fatwa merupakan sebuah upaya ulama untuk merespon masalah yang dihadapi masyarakat yang memerlukan keputusan hukum dengan berlandaskan al-Quran, Hadits dan *Ijtihad* terdahulu Hal ini untuk merespon permasalahan hukum yang terus berkembang ditengah masyarakat seiring dengan lajunya perkembangan teknologi dan semakin kompleknya kebutuhan masyarakat. Menurut Ehrlich perkembangan hukum berpusat pada masyarakat, bukan pada pembentukan hukum oleh negara, putusan hakim, ataupun pada pengembangan ilmu hukum. Eugen Ehrlich berbicara tentang masyarakat yang merupakan sumber utama hukum.²⁶⁰ Hukum tidak dapat dilepaskan dari masyarakatnya maka *living law* yang mendominasi kehidupan walaupun belum dimasukkan ke dalam *state law*. Eugen Ehrlich sendiri sebagaimana Roscoe Pound mengembangkan *sociological jurisprudence* sebagai salah satu cabang filsafat hukum yang memiliki aliran sosiologis di bidang hukum.²⁶¹ Aliran tersebut ternyata sangat kental di Indonesia berkenaan dengan falsafah bangsa Indonesia yakni Pancasila.

²⁵⁹ Rohadi Abdul Fatah, *Analisis Fatwa Keagamaan Dalam Fikih Islam*, Bumi Aksara, Jakarta, 2006, hlm 7

²⁶⁰ Sarip, Diana Fitriana, Elya Kusuma Dewi, *Ibid*, hlm. 292.

²⁶¹ *Ibid*,

Di Indonesia nilai-nilai Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum, dalam arti materiil yang menjiwai peraturan perundang-undangan yang bersifat *ius constitutum* dimana harus mencerminkan lima ketentuan sebagaimana sila Pancasila. Perundang-undangan sendiri merupakan produk hukum tertulis yang dibentuk oleh pejabat berwenang untuk membentuk hukum dan keberlakukannya bersifat *ius constitutum*. Suatu peraturan perundang-undangan untuk menjadi *ius constitutum* harus mempertimbangkan nilai Pancasila, adat istiadat, dan hukum yang hidup ditengah masyarakat.

Sumber hukum secara umum sebagai sesuatu yang menimbulkan aturan-aturan mengikat dan memaksa, apabila dilanggar maka akan menimbulkan sanksi yang tegas bagi para pelanggarnya. Menurut C.F. Strong sumber hukum terdiri dari tiga sumber, yaitu: ²⁶²

- 1) Adat istiadat atau kebiasaan yaitu, hukum tidak tertulis yang bisa diberlakukan karena sering dipraktikan;
- 2) Keputusan tertulis dari keputusan-keputusan pengadilan sebelumnya yang sering disebut sebagai kasus (*case law*) atau hukum yang dibuat oleh hakim;
- 3) Hukum tertulis yaitu undang-undang yang dibuat oleh lembaga legislatif (*legislative power*) atau parlemen dalam suatu negara.

Berdasarkan penjelasan diatas bagaimana kedudukan fatwa MUI dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, khususnya sebagai

²⁶² *Ibid*,

landasan peraktek perbankan syariah di Indonesia. Fatwa MUI yang menandai hubungan antara syariah (hukum Islam) dan dunia konkret manusia sekaligus menjadi titik temu (*meeting point*) antara hukum dan kenyataan.²⁶³ Sejalan dengan pendapat Ma'ruf Amin bahwa fatwa sebagai instrumen untuk menetapkan suatu hukum sangat penting posisinya dalam memberikan legitimasi terhadap legalitas segala sesuatu.²⁶⁴ Fatwa MUI sebagaimana Hukum Islam di Indonesia bukan merupakan *ius constitutum* maupun *ius contituendum*, melainkan lebih pada *living law*.²⁶⁵ Fatwa MUI dapat juga dikatakan sebagai sumber yang tidak mendapatkan pengakuan secara formal, sehingga tidak dapat diterima secara langsung sebagai hukum melainkan hanya merupakan sumber kesejahteraan masyarakat.²⁶⁶ Fatwa MUI merupakan sumber sosial, disebut sebagai sumber bahan dan lebih disebabkan karena kekuatannya tidak otoritatif melainkan bersifat persuasif.²⁶⁷

Jika lihat pada Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dapat kita temukan dalam Pasal 26 ayat 2 jelas secara eksplisit memberikan mandat pada Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia, selanjutnya disingkat DSN-MUI untuk mengeluarkan fatwa sebagai penjabaran prinsip syari'ah. Sekaligus pemberian mandat untuk memformulasikan hukum Islam lebih lanjut dalam bentuk fatwa. Namun

²⁶³ *Ibid*, hlm. 293

²⁶⁴ Niki Alma Febriana Fauzi, Fatwa di Indonesai: Perubahan Sosial, Perkembangan, dan Keberagamaan, *Jurnal Novelty* Vol. 8 No. 1 Februari 2017, hlm. 111.

²⁶⁵ Sarip, Diana Fitriana, Elya Kusuma Dewi, *Ibid*, hlm. 293.

²⁶⁶ *Ibid*,

²⁶⁷ *Ibid*,

dalam Pasal 15 angka (2) Bagian Ketiga, Bab IV Undang-Undang Nomor 4 tahun 2023 tentang Pengembangan dan Penguatan Sektor Keuangan menyebutkan bahwa Prinsip Syariah ditetapkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah. Hal ini dapat juga ditemukan dalam Peraturan Bank Indonesia Nomor 10/32/PBI/2008 tentang Komite Perbankan Syariah, dalam peraturan ini dijelaskan dalam pasal 5 ayat (1 dan 2) yang menyatakan bahwa kewenangan Komite Perbankan Syariah bertugas menafsirkan dan memberikan masukan dalam rangka implementasi fatwa ke dalam Peraturan Bank Indonesia sebagaimana Peraturan Bank Indonesia Nomor 10/32/PBI/2008.

Oleh karena itu, fatwa DSN-MUI diakui dan diamanatkan untuk menjabarkan prinsip syari'ah yang merupakan unsur esensial dalam operasional perbankan syari'ah, sedangkan Peraturan Bank Indonesia diperintahkan untuk mengatur lebih lanjut implementasi fatwa DSN-MUI. Artinya, keduanya merupakan pengaturan lebih lanjut dan mendapatkan amanat dari Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang perbankan Syariah, sebagaimana telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 4 tahun 2023 tentang Pengembangan dan Penguatan Sektor Keuangan. Dengan kata lain, baik DSN-MUI maupun BI merupakan regulator. DSN-MUI merupakan regulator khusus bidang hukum Islam, sedangkan BI

merupakan regulator bidang pengawasan dan pengaturan perbankan syariah pada umumnya.²⁶⁸

Dengan demikian, perbankan syariah dalam menyelenggarakan kegiatan usaha perbankan syariah harus berpedoman pada prinsip syariah. Prinsip Syariah yang dimaksud oleh Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang perbankan Syariah sebagaimana telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 4 tahun 2023 tentang Pengembangan dan Penguatan Sektor Keuangan ini tertuang pada Pasal 1 angka 12 yaitu “Prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah”. Prinsip-prinsip hukum Islam yang dijadikan dasar penyelenggaraan kegiatan perbankan syariah ini ditentukan bahwa terdapat dalam fatwa yang dibuat oleh lembaga yang berwenang yakni DSN-MUI.

²⁶⁸ Abdul Haris Simal, Relevansi Fatwa Dalam Regulasi Perbankan Syariah Sebagai Landasan Operasional Perbankan Syariah, *Jurnal J-HES* Vol. 3 No. 2 Juli – Desember 2019, hlm. 161.

BAB III
KONSEP DAN PENGATURAN HAK TANGGUNGAN DALAM HUKUM
JAMINAN DI INDONESIA

A. Hukum Jaminan Di Indonesia.

Hukum jaminan terdiri dari dua kata yaitu hukum dan jaminan. Hukum menurut Soedikno Mertokusumo adalah keseluruhan kumpulan peraturan-peraturan atau kaedah-kaedah dalam suatu kehidupan bersama, keseluruhan peraturan tingkah laku yang berlaku dalam suatu kehidupan bersama, yang dapat dipaksakan pelaksanaannya dengan suatu sanksi. Sedangkan pengertian tentang jaminan adalah rumusan atau definisi yang tegas tentang jaminan tidak ditemukan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.²⁶⁹

1. Hukum Jaminan Di Indonesia.

Istilah hukum jaminan merupakan terjemahan dari istilah *security of law*, *zekerheidsstelling*, atau *zekerheidsrechten*. Dalam seminar Hukum Jaminan yang ditaja oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman yang bekerja sama dengan Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada yang dilaksanakan pada tanggal 9 sampai dengan 11 Oktober 1978 di Yogyakarta menyimpulkan, bahwa istilah "hukum jaminan" itu meliputi pengertian baik jaminan kebendaan maupun perorangan. Berdasarkan kesimpulan tersebut, pengertian hukum jaminan yang diberikan didasarkan kepada pembagian jenis lembaga hak jaminan, artinya tidak memberikan perumusan pengertian hukum jaminan,

²⁶⁹ Soedikno Mertokusumo, *Hukum Jaminan dan Jaminan Kredit di Indonesia*, Bina Cipta Pers, Jakarta, 2007, hlm. 10

melainkan memberikan bentang lingkup dari istilah hukum jaminan itu, yaitu meliputi jaminan kebendaan dan jaminan perseorangan.²⁷⁰

Namun berdasarkan beberapa pendapat pakar hukum, jaminan dapat diartikan sebagai sesuatu yang diberikan debitur kepada kreditur untuk menimbulkan keyakinan bahwa debitur akan memenuhi kewajiban yang dapat dinilai dengan uang yang timbul dari suatu perikatan²⁷¹. Sri Soedewi Mascjhoen Sofwan mengemukakan pengertian hukum jaminan adalah mengatur konstruksi yuridis yang memungkinkan pemberian fasilitas kredit, dengan menjaminkan benda-benda yang dibelinya sebagai jaminan. Peraturan demikian harus cukup meyakinkan dan memberikan kepastian hukum bagi lembaga-lembaga kredit, baik dari dalam negeri maupun luar negeri. Adanya lembaga jaminan dan lembaga demikian, kiranya harus dibarengi dengan adanya lembaga kredit dalam jumlah yang besar dengan jangka waktu yang lama dan bunga yang relatif rendah²⁷².

Apa yang dikatakan Sri Soedewi Mascjhoen Sofwan ini adalah sebuah konsep yuridis yang terkait dengan penyusunan peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang jaminan pada dimasa yang akan datang. Oleh karena itu serang ini telah kita jumpai berbagai peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang jaminan. Kemudian J. Satrio mengartikan hukum jaminan adalah segala peraturan hukum yang mengatur jaminan-jaminan piutang seorang atau lebih kreditur terhadap

²⁷⁰ Rachmadi Usman, *Hukum Jaminan Keperdataan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hlm 1

²⁷¹ Hartono Hadisaputro, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan dan Hukum Jaminan*, Liberti, Yogyakarta, 1984, hlm. 20.

²⁷² Indrawati Soewarso, *Aspek Hukum Jaminan Kredit*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 2002, hlm. 9

seorang atau lebih debitur.²⁷³ Sedangkan Mariam Darus Badruzaman merumuskan jaminan sebagai suatu tanggungan yang diberikan oleh seorang debitur atau pihak ketiga kepada kreditur untuk untuk menjamin kewajibanya dalam suatu perikatan.²⁷⁴

Menurut Salim bahwa hukum jaminan hanya semata-mata memfokuskan pada pengaturan pada hak-hak kreditur saja, namun tidak memperhatikan hak-hak debitur. Padahal jelas subjek kajian hukum jaminan tidak hanya menyangkut persoalan kreditur semata, namun juga sangat berkaitan erat dengan debitur. Dan yang menjadi objek kajiannya adalah benda jaminan. Oleh karena itu Salim mendefinisikan hukum jaminan adalah keseluruhan dari kaidah-kaidah hukum yang mengatur hubungan hukum antara pemberi dan penerima jaminan dalam kaitannya dengan pembebanan jaminan untuk mendapatkan fasilitas kredit.²⁷⁵

Berdasarkan definisi tersebut di atas terdapat beberapa unsur di dalamnya yaitu :

Pertama terdapat unsur kaidah hukum, dalam kajian jaminan, terdapat dua perbedaan kaidah hukum yaitu kaidah hukum jaminan tertulis dan kaidah hukum jaminan tidak tertulis. Dalam kaidah hukum jaminan tertulis ialah kaidah-kaidah hukum yang terdapat dalam berbagai peraturan perundang-undangan, traktat, dan yurisprudensi. Sedangkan kaidah hukum jaminan tidak tertulis ialah kaidah-kaidah hukum jaminan yang tumbuh dan hidup serta berkembang dalam kehidupan di masyarakat,

²⁷³ J. Satrio, *Hak Jaminan Kebendaan*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2002, hlm.3.

²⁷⁴ Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, Alumni, Bandung, 2005, hlm 12.

²⁷⁵ Salim, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia..... Op Cit*, hlm. 6.

yang sering kita lihat pada gadai tanah dalam kehidupan masyarakat yang dilakukan secara lisan.

Kedua terdapat unsur pemberi dan penerima jaminan, yang dimaksud pemberi jaminan adalah orang ataupun badan hukum yang menyerahkan objek benda jaminan kepada penerima jaminan. Dalam hal ini yang bertindak selaku pemberi jaminan adalah orang ataupun badan hukum yang membutuhkan fasilitas kredit, yang dikenal dengan istilah debitur. Sedangkan yang dimaksud dengan penerima jaminan adalah orang ataupun badan hukum yang menerima objek benda jaminan dari pemberi jaminan. Badan hukum sebagai lembaga yang memberikan fasilitas kredit, bias berupa lembaga perbankan dan atau lembaga keuangan nonbank, seperti Lembaga pembiayaan, dan lain-lain, istilah ini dikenal dengan sebutan kreditur.

Ketiga adanya unsur jaminan, salah satu jaminan yang diserahkan kepada kreditur pada prinsipnya merupakan jaminan materiil dan imateriil. Jaminan materiil merupakan jaminan yang berupa hak-hak kebendaan, seperti jaminan atas benda bergerak dan benda tidak bergerak. Jaminan imateriil merupakan jaminan non kebendaan.

Keempat terdapat unsur fasilitas kredit, pembebanan jaminan yang dilakukan oleh pemberi jaminan biasanya bertujuan untuk memperoleh uang dengan fasilitas kredit dari suatu bank atau lembaga keuangan nonbank. Pemberian kredit merupakan pemberian uang berdasarkan kepercayaan, dalam arti bank atau lembaga keuangan nonbank percaya

bahwa debitur mampu untuk mengembalikan pokok pinjaman dan bunganya. Begitu juga debitur percaya bahwa bank atau lembaga keuangan nonbank dapat memberikan kredit kepadanya.

Dari unsur-unsur jaminan di atas dapat disimpulkan bahwa jaminan adalah suatu perjanjian yang bersifat *accessoir*, yaitu merupakan perjanjian yang dikaitkan dengan perjanjian pokok, berupa perjanjian pemberian kredit atau perjanjian membuka kredit oleh Bank. Kedudukan perjanjian penjaminan yang dikonstruksikan sebagai perjanjian *accessoir* itu menjamin kuatnya lembaga jaminan tersebut bagi pemberian kredit oleh kreditur. Perjanjian jaminan sebagai perjanjian yang bersifat *accessoir* memperoleh akibat-akibat hukum, antara lain :²⁷⁶

- a. Adanya perjanjian pokok;
- b. Hapusnya tergantung pada perjanjian pokok;
- c. Jika perjanjian pokok batal- ikut batal;
- d. Ikut beralih dengan beralihnya perjanjian pokok;
- e. Jika perhutangan pokok beralih karena *cessi*, *subrogasi* maka ikut beralih juga tanpa adanya penyerahan khusus.

Lebih tegasnya lagi bahwa perikatan-perikatan dalam suatu perjanjian yang sifatnya tergantung pada suatu perjanjian pokok, tidak bisa melebihi perikatan-perikatan yang diterbitkan oleh perjanjian pokok itu.

²⁷⁶ M. Bahsan, *Op Cit*, hlm. 132

Jaminan dapat digolongkan dalam beberapa klasifikasi berdasarkan sudut pandang tertentu, misalnya cara terjadinya, sifatnya kebendaan yang dijadikan obyek jaminan, dan lain sebagainya.

Jaminan karena Undang-Undang adalah jaminan yang dilahirkan atau diadakan oleh seperti jaminan umum, hak *privilege* dan hak *retensi* yang tercantum dalam Pasal 1132 dan Pasal 1134 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Sedangkan jaminan karena perjanjian adalah jaminan yang dilahirkan atau diadakan oleh perjanjian yang diadakan para pihak, seperti gadai, hipotek, hak tanggungan, fidusia dan hak jaminan resi gudang.

Dalam jaminan yang bersifat umum, semua kreditur mempunyai kedudukan yang sama terhadap kreditur-kreditur yang lain, tidak ada kreditur yang diutamakan atau diistimewakan dari kreditur-kreditur lain. Karena jaminan umum kurang menguntungkan bagi kreditur, maka diperlukan penyerahan harta kekayaan tertentu untuk diikat secara khusus sebagai jaminan pelunasan utang debitur, sehingga kreditur yang bersangkutan mempunyai kedudukan yang diutamakan daripada kreditur-kreditur lain dalam pelunasan utangnya. Jaminan yang seperti ini memberikan perlindungan keadaan kreditur dan di dalam perjanjian akan diterangkan mengenai hal ini. Jaminan khusus memberikan kedudukan mendahului (*preferen*) bagi pemegangnya.

Jaminan yang bersifat kebendaan adalah jaminan yang berupa hak mutlak atas sesuatu benda, yang mempunyai ciri-ciri hubungan langsung

atas benda tertentu dari debitur, dapat dipertahankan terhadap siapapun, selalu mengikuti bendanya dan dapat diperalihkan. Sedangkan jaminan perorangan adalah jaminan yang menimbulkan hubungan langsung pada perseorangan tertentu, hanya dapat dipertahankan terhadap debitur tertentu, terhadap harta kekayaan debitur umumnya.

Dari rumusan Pasal 1131 dan 1132 KUHPerdara tersebut, dapat disimpulkan bahwa ada 2 macam bentuk jaminan yaitu:

a) Jaminan Umum

Definisi dari jaminan umum adalah jaminan yang diberikan bagi kepentingan semua kreditur yang menyangkut semua harta kekayaan debitur²⁷⁷. Dari definisi tersebut dapat dilihat bahwa benda-benda jaminan tidak hanya diperuntukkan untuk kreditur tertentu, akan tetapi hasil dari penjualan benda yang menjadi jaminan akan dibagi secara seimbang untuk seluruh kreditur sesuai dengan jumlah hutang yang dimiliki oleh debitur.

Dalam jaminan umum ini tidak akan terjadi masalah jika hasil penjualan benda jaminan mencukupi seluruh hutang debitur kepada kreditur, akan tetapi jika hasil penjualan benda jaminan tidak mencukupi hutang debitur kepada kreditur maka hasil penjualan benda jaminan akan dibagi berdasarkan presentase piutang yang dimiliki oleh kreditur kepada debitur. Hal ini akan tetap menjadi masalah, karena hutang debitur tetap tidak dapat dibayar secara lunas sehingga akan

²⁷⁷ Frieda Husni Hasbullah, *Hukum Kebendaan Perdata, Hak-Hak Yang Memberikan Jaminan* (jilid 2), Indo Hill-Co, Jakarta, 2005, hlm.8

menimbulkan kerugian terhadap kreditur. Jadi jaminan umum masih belum memberikan keamanan bagi kreditur untuk mendapatkan pelunasan atas piutangnya secara penuh. Untuk memberikan keamanan terhadap pelunasan hutang kepada debitur dibutuhkan suatu bentuk jaminan yang memberikan hak kepada kreditur untuk menjadi kreditur *preferent* yaitu kreditur yang harus didahulukan dalam pembayaran diantara kreditur-kreditur lainnya jika debitur melakukan wanprestasi. Oleh karena itu dibentuklah bentuk jaminan lain, yaitu bentuk jaminan khusus. Adapun ciri-ciri dari jaminan umum adalah:

- 1) Para kreditur mempunyai kedudukan yang sama atau seimbang, artinya tidak ada yang didahulukan dalam pemenuhan piutangnya dan disebut sebagai kreditur yang konkruen.
- 2) Ditinjau dari sudut haknya, para kreditur konkruen mempunyai hak yang bersifat perorangan, yaitu hak yang hanya dapat dipertahankan terhadap orang-orang tertentu.
- 3) Jaminan umum timbul karena undang-undang, artinya antara para pihak tidak diperjanjikan terlebih dahulu. Dengan demikian para kreditur konkruen secara bersama-sama memperoleh jaminan umum berdasarkan undang-undang.

b) Jaminan Khusus

Bentuk jaminan khusus muncul sebagai usaha untuk mengatasi kelemahan yang ada pada bentuk jaminan umum. Dalam Pasal 1132 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata terdapat kalimat yang

berbunyi “kecuali diantara para kreditur ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan”. Dengan adanya kalimat tersebut dalam Pasal 1132 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, terdapat kemungkinan diadakan perjanjian yang menyimpang dari pengaturan jaminan umum. Bentuk jaminan khusus ditentukan secara terbatas dan tegas pada Pasal 1133 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyatakan bahwa “Hak untuk didahulukan diantara orang-orang berpiutang terbit dari hak istimewa, dari gadai, dan dari hipotek”. Jadi adanya alasan untuk dapat didahulukan dapat terjadi karena ketentuan undang-undang, dapat juga terjadi karena diperjanjikan antara debitur dan kreditur.

Namun menurut J. Satrio, jaminan khusus tidak memberikan jaminan bahwa tagihan pasti akan dilunasi akan tetapi hanya memberikan kepada yang tidak memegang jaminan khusus atau dengan kata lain relatif lebih terjamin dalam pemenuhan tagihan²⁷⁸. Oleh karena itu dalam doktrin masih dikenal mengenai pembagian bentuk jaminan yang lain, yaitu: yang pertama adalah Hak jaminan kebendaan (*zakelijke zekerheidsrechten*), yang kedua adalah Hak jaminan perorangan (*personalijkezekerheidsrechten*), kemudian yang ketiga adalah Hak jaminan yang lain.

Jaminan kebendaan adalah jaminan yang memberikan kepada kreditur atas suatu kebendaan milik debitur hak untuk memanfaatkan

²⁷⁸ J. Satrio, *Op Cit*, hlm.10.

benda tersebut jika debitur melakukan wanprestasi. Dalam jaminan kebendaan ini, benda milik debitur yang dapat dijamin dapat berupa benda bergerak maupun benda tak bergerak. Untuk benda bergerak, dapat dijamin dengan gadai dan fidusia. Sedangkan untuk benda yang tidak bergerak, dapat dijamin dengan hak tanggungan, adapun ciri-ciri dari jaminan kebendaan adalah :

- 1) Merupakan hak mutlak atas suatu benda.
- 2) Kreditur mempunyai hubungan langsung dengan benda-benda tertentu milik debitur.
- 3) Dapat dipertahankan terhadap tuntutan oleh siapapun.
- 4) Selalu mengikuti benda di tangan siapapun benda tersebut berada (*droit de suite/Zakaaksqevolg*).
- 5) Mengandung asas prioritas, yaitu hak kebendaan lebih dulu terjadi akan lebih diutamakan daripada yang terjadi kemudian (*droit de preference*).
- 6) Dapat diperalihkan secara hipotik bersifat perjanjian tambahan (*accessoir*).

Dengan adanya hak jaminan kebendaan ini diharapkan dapat memberikan kepada kreditur kedudukan yang lebih baik, karena :²⁷⁹

1. Kreditur didahulukan dan dimudahkan dalam mengambil pelunasan atas tagihannya atas hasil penjualan benda tertentu atau sekelompok benda tertentu milik debitur dan/atau;
2. Ada benda tertentu milik debitur yang dipegang oleh kreditur atau terikat kepada hak kreditur, yang berharga bagi debitur dan dapat memberikan suatu tekanan psikologis kepada debitur untuk

²⁷⁹ J. Satrio, *Ibid* , hlm.12

memenuhi kewajibannya dengan baik terhadap kreditur. Disini adanya semacam tekanan psikologis kepada debitur untuk melunasi hutang-hutangnya adalah karena benda yang dipakai sebagai jaminan umumnya merupakan barang yang berharga baginya. Sifat manusia untuk berusaha mempertahankan apa yang berharga dan telah dianggap atau telah diakui menjadi miliknya, menjadi dasar hukum jaminan.

Selain dikenal jaminan kebendaan adapula yang dikenal dengan jaminan perorangan yaitu suatu perjanjian antara seorang yang berpiutang atau kreditur dengan seorang ketiga yang menjamin dipenuhinya kewajiban-kewajiban yang berhutang atau debitur.²⁸⁰ Oleh karena itu jaminan perorangan sering disebut dengan penanggungan (perjanjian penanggungan) memberikan ciri bahwa dalam perjanjian tersebut ada pihak yang menanggung pihak lainnya yang bertanggung. Dalam perjanjian penanggungan yang ditanggung adalah utang-utang prestasinya. Istilah penanggungan mengandung kelemahan karena pengertian menanggung hutang juga digunakan untuk mereka yang menjamin perikatan orang lain dengan benda tertentu miliknya.²⁸¹ Jaminan perorangan ini tidak memberikan hak untuk didahulukan pada benda-benda tertentu, karena harta kekayaan pihak ketiga hanyalah merupakan jaminan bagi terselenggaranya suatu perikatan seperti *borgtocht*²⁸². Dasar hukum dari jaminan perorangan atau penanggungan diatur dalam pasal 1820 KUHPerdara yang berbunyi : Suatu perjanjian dengan mana seorang pihak ketiga

²⁸⁰ Rio Christiawan & Januar Agung Saputra, *Jaminan Hak Tanggungan*, Refika Aditama, Bandung, 2015, hlm. 21

²⁸¹ D.Y. Witanto, *Hukum Jaminan Fidusia Dalam Perjanjian Pembiayaan Konsumen*, Mandar Maju, Bandung, 2015, hlm. 59

²⁸² Frieda Husni Hasbullah, *Op. Cit*, hlm. 12

guna kepentingan si berhutang mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan si berhutang manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya.

Kemudian pada Pasal 1822 KUHPerdota menyatakan Seorang penanggung tidak dapat mengikatkan diri untuk lebih, maupun dengan syarat-syarat yang lebih berat, daripada perikatan si berhutang.

Adapun penanggungan boleh diadakan untuk hanya sebagian saja dari hutangnya atau dengan syarat-syarat yang kurang. Jika penanggungan diadakan untuk lebih dari hutangnya, atau dengan syarat-syarat yang kurang jika penanggungan diadakan untuk lebih dari hutangnya, atau dengan syarat-syarat yang lebih berat, maka perikatan itu tidak sama sekali batal, melainkan ia adalah hanya untuk apa yang diliputi oleh perikatan pokoknya.

Jadi dalam perjanjian penanggungan, kewajiban dari penanggung kurang ataupun sama dari perjanjian pokoknya, maka perjanjian penanggungan dapat dilaksanakan. Namun, apabila kewajiban penanggung lebih besar dari pada perjanjian penanggungan batal, akan tetapi kewajiban dari penanggung hanya sebatas pada jumlah yang disyaratkan pada perjanjian pokok. Kedudukan dari perjanjian penanggungan merupakan perjanjian yang bersifat *accessoir*, yang artinya jika perjanjian pokok batal, maka perjanjian penanggungan juga akan batal. Akan tetapi dalam Pasal 1821 KUHPerdota memberikan ruang untuk terjadinya pengecualian. Pasal 1821 KUH Perdata menyatakan:

Tiada penanggungan jika tidak ada suatu perikatan pokok yang sah. Namun dapatlah seorang mengajukan diri sebagai penanggung untuk suatu perikatan, biarpun perikatan itu dapat dibatalkan dengan suatu tangkisan yang hanya mengenai dirinya pribadi si berhutang, misalnya dalam hal kebelumdewasaan.

Dalam Pasal 1821 KUHPerdata menerangkan bahwa, dapatlah suatu perjanjian penanggungan dapat tetap sah meskipun perjanjian pokoknya dibatalkan jika berhubungan dengan diri pribadi seseorang misalnya dalam hal belum dewasa. Adapun ciri-ciri dari jaminan perorangan adalah:

1. Mempunyai hubungan langsung dengan orang tertentu.
2. Hanya dapat dipertahankan terhadap debitur tertentu.
3. Seluruh harta kekayaan debitur menjadi jaminan pelunasan hutang misalnya *borgtocht*.
4. Menimbulkan hak perseorangan yang mengandung hak kesamaan atau keseimbangan (*konkruen*) artinya tidak membedakan mana piutang yang terjadi kemudian. Dengan demikian tidak mengindahkan urutan terjadinya karena semua kreditur mempunyai kedudukan yang sama terhadap harta kekayaan debitur.
5. Jika suatu saat terjadi kepailitan, maka hasil penjualan dari benda-benda jaminan dibagi antara para kreditur seimbang dengan besarnya piutang masing-masing.

Macam jaminan yang terakhir menurut klasifikasi J. Satrio selain jaminan kebendaan dan jaminan perorangan adalah jaminan yang lain. Hal ini merupakan pengembangan dari jaminan kebendaan.

Benda-benda yang dapat dijaminkan adalah yang mempunyai hak ekonomis dan bisa diperjualbelikan, sedangkan dalam praktek banyak terdapat perjanjian yang menjadikan benda-benda yang tidak mempunyai nilai ekonomis menjadi jaminan, misalnya ijazah, surat keterangan pengangkatan pegawai, dan surat pension. Benda-benda ini bersifat sangat pribadi sehingga sulit untuk dimasukkan dalam jaminan kebendaan. Meskipun benda-benda ini sangat berharga bagi pemiliknya akan tetapi akan sulit dieksekusi karena benda-benda ini tidak mempunyai nilai ekonomis untuk orang lain dan tidak dapat dijual sehingga tidak dapat dikatakan sebagai suatu jaminan kebendaan

c) Manfaat Jaminan

Secara yuridis, fungsi jaminan adalah untuk memberikan kepastian hukum pelunasan hutang di dalam perjanjian hutang piutang atau kepastian realisasi atau prestasi dalam suatu perjanjian, dengan mengadakan perjanjian penjaminan melalui lembaga-lembaga jaminan yang dikenal dalam hukum Indonesia²⁸³. Sedangkan menurut Thomas Suyanto, fungsi jaminan dalam pemberian kredit adalah :²⁸⁴

- 1) Memberikan hak dan kekuasaan kepada bank untuk mendapatkan pelunasan dengan barang-barang jaminan (agunan) tersebut, bilamana nasabah melakukan cidera janji yaitu tidak membayar kembali hutangnya pada waktu yang telah ditetapkan dalam perjanjian.
- 2) Menjamin agar nasabah berperan serta di dalam transaksi untuk membiayai usaha atau proyeknya sehingga kemungkinan untuk mennggalakan usaha atau proyeknya dengan merugikan diri sendiri dapat dicegah atau sekurang-kurangnya kemungkinan untuk dapat

²⁸³ Irma Devita Purnamasari, *Hukum Jaminan Perbankan*, Mizan Pustaka, Bandung, 2014, hlm.18

²⁸⁴ *Ibid*

berbuat demikian diperkecil terjadinya.

- 3) Memberi dorongan kepada debitur (tertagih untuk) memenuhi perjanjian kredit, khususnya mengenai pembayaran kembali (pelunasan) sesuai dengan syarat-syarat yang telah disetujui agar tidak kehilangan kekayaan yang telah dijamin kepada bank.

Kemudian menurut Frieda Husni Hasbullah, manfaat atau kegunaan dari jaminan khusus adalah :²⁸⁵

- 1) Jaminan khusus dapat menjamin terwujudnya perjanjian pokok atau perjanjian hutang piutang.
- 2) Jaminan khusus melindungi kreditur (bank) dari kerugian jika debitur wanprestasi.
- 3) Menjamin agar kreditur (bank) mendapatkan pelunasan dari benda-benda yang dijamin.
- 4) Menjamin agar debitur melaksanakan prestasi yang diperjanjikan sehingga dengan sendirinya dapat menjamin bahwa hutang-hutang debitur dapat dibayar lunas.
- 5) Menjamin debitur (nasabah) berperan serta dalam transaksi yang dibiayai pihak kreditur.

Dari keseluruhan manfaat dan fungsi jaminan dari berbagai sumber yang disampaikan di atas, maka pada dasarnya fungsi jaminan adalah:

- 1) Memberikan kepastian hukum bagi kreditur dan debitur. Bagi kreditur yaitu kepastian hukum untuk memperoleh pengembalian pokok kredit dan bunganya, dan bagi debitur kepastian hukum untuk membayar kembali pokok kredit dan bunga yang telah ditentukan.
- 2) Untuk memberi kemudahan dalam memperoleh kredit bagi debitur, dan debitur tidak khawatir dalam mengembangkan usahanya.
- 3) Memberikan keamanan terhadap suatu perjanjian hutang piutang

²⁸⁵ Frieda Husni Habullah, *Op. Cit*, hlm. 20

yang disepakati bersama.

2. Sumber Pengaturan Hukum Jaminan

Dalam kajian berbagai literatur menunjukkan bahwa sistem pengaturan hukum dapat dibedakan dalam dua macam yaitu sistem tertutup (*closed system*) dan sistem terbuka (*open system*). Pengaturan hukum jaminan yang termuat dalam Buku II KUH Perdata menganut sistem tertutup (*closed system*), dalam arti hak-hak jaminan kebendaan diatur secara limitatif dan tidak enunsiatif, di mana seseorang tidak dapat secara bebas menciptakan hak jaminan kebendaan. Penciptaan hak jaminan kebendaan hanya dapat dilakukan dengan atau melalui penunjukan undang-undang atau yurisprudensi.²⁸⁶

Dianutnya sistem tertutup oleh Buku II KUHPerdata, maka tertutup kemungkinan untuk dapat memperjanjikan hak jaminan kebendaan di luar dari Buku II KUHPerdata. Dalam pengertian lain, ketentuan-ketentuan dalam pasal-pasal Buku II KUHPerdata bersifat memaksa, harus dipatuhi, dan tidak boleh disimpangi dengan mengadakan ketentuan baru mengenai hak-hak kebendaan. Hal ini dimaksudkan untuk menjaga adanya kepastian hukum. Sifat absolut dari hak kebendaan ini merupakan salah satu ciri hak kebendaan, yang mengharuskan setiap orang untuk menghormati hak tersebut.²⁸⁷

²⁸⁶ Rachmadi Usman, *Op Cit*, hlm 26

²⁸⁷ Djuhaendah Hasan, *Lembaga Jaminan Kebendaan Bagi Tanah dan Benda Lain Yang Melekat Pada Tanah dalam Konsepsi Penerapan Asas Pemisahan Horisontal*. Citra Aditya, Bandung, 1996, hlm 53-54

Adapun pengaturan hukum perikatan yang termuat dalam Buku III KUHPerdato menganut sistem terbuka (*open system*), dalam arti, siapa saja dapat membuat perjanjian, baik sudah dikenal di dalam Buku III KUH Perdato maupun perjanjian baru di luar Buku III KUHPerdato. Perjanjian yang dikenal dalam KUHPerdato seperti jual beli, sewa menyewa, tukar menukar, pinjam meminjam uang, perjanjian kerja, kongsi dan pemberian kuasa termasuk jenis perjanjian *nominaat*. Di samping itu terdapat perjanjian *innominaat* yang lahir dari kebutuhan masyarakat misalnya *leasing*, beli sewa, *franchise*, kontrak rahim yang tidak diatur dalam KUHPerdato.²⁸⁸

Oleh karena hukum perjanjian menganut sistem terbuka maka pasal-pasal dalam Buku III KUHPerdato menganut asas kebebasan dalam membuat perjanjian, asas ini dapat dilihat pada Pasal 1338, yang menyatakan bahwa segala perjanjian yang dibuat secara sah, berlaku sebagai undang-undang bagi sipembuatnya. Dari pernyataan pasal ini dapat ditarik kesimpulan bahwa setiap orang leluasa untuk membuat suatu perjanjian apa saja, asal tidak melanggar ketertiban umum yang diatur dalam bagian Buku III KUHPerdato, tetapi pada umumnya juga diperbolehkan menyampingkan peraturan-peraturan yang terbuat dalam Buku III KUHPerdato manakala dikehendaki oleh para pihak yang

²⁸⁸ Salim, *Perkembangan Hukum Kontrak Diluar KUHPerdato*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 13

membuat suatu perjanjian. Para pihak diperbolehkan membuat ketentuan sendiri yang menyimpang dari pasal-pasal hukum perjanjian.²⁸⁹

Berbicara tentang sumber hukum Jaminan, maka yang dimaksudkan di sini adalah sumber hukum sebagai tempat ditemukannya hukum positif yang mengatur tentang jaminan dan segala sesuatu yang berkaitan dengan jaminan. Menurut Joeniarto sebagaimana dikutip oleh, sumber hukum dipergunakan dalam tiga pengertian yang berbeda satu dengan lainnya, meskipun sebenarnya antara pengertian yang satu dengan yang lain mempunyai hubungan yang erat, bahkan menyangkut substansi yang sukar dipisahkan, yakni :²⁹⁰

- 1) sumber hukum dalam penggunaan pengertian sebagai asalnya hukum positif, wujudnya dalam bentuk yang konkret, yakni berupa keputusan dari yang berwenang untuk mengambil keputusan mengenai soal yang bersangkutan;
- 2) sumber hukum dalam pengertiannya sebagai tempat ditemukan aturan dan ketentuan hukum positif merupakan pula yang penting bagi setiap orang yang ingin mengetahui atau menyelidiki hukum positif dari suatu tempat pada waktu tertentu. Dengan kata lain sumber hukum di sini diartikan bentuk-bentuk hukum positif di mana merupakan tempat dapat diketemukan . aturan dan ketentuan hukum positif dan wujudnya berupa peraturan atau ketetapan, baik tertulis atau tidak tertulis;
- 3) sumber hukum dalam artian ketiga, yakni hal-hal yang seharusnya dijadikan pertimbangan oleh penguasa yang berwenang di dalam nanti akan menentukan isi hukum positifnya. Juga harus memperhatikan faktor-faktor politis, agama, hubungan internasional dan lain-lainnya.

Ketentuan yang secara khusus atau yang berkaitan dengan jaminan, dapat ditemukan dalam Buku II KUHPerdara, yaitu tentang gadai, dan hipotik, khusus untuk hipotik yang berkaitan dengan tanah sudah tidak

²⁸⁹ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata, cetakan ke XXXI*. Intermedia, Jakarta, 2003, hlm 127-128

²⁹⁰ Rachmadi Usman, *Op Cit*, hlm 3

berlaku lagi karena berlakunya Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah. Ketentuan hukum jaminan secara umum dapat dijumpai dalam Buku KUHPerdota yang mengatur mengenai hukum kebendaan. Ditilik dari sistematika KUHPerdota, pada prinsipnya hukum jaminan merupakan bagian dari hukum kebendaan. Dalam Buku II KUHPerdota diatur mengenai pengertian, cara membedakan benda dan hak-hak kebendaan, baik yang memberikan kenikmatan dan jaminan.

Dalam Buku II KUHPerdota selain mengatur jaminan hak kebendaan, diatur juga mengenai jaminan hak perseorangan, yaitu penanggungan utang (*borgtochf*) dan perikatan tanggung-menanggung. Jaminan hak perseorangan ini tidak diatur dalam Buku II KUHPerdota, melainkan diatur dalam Buku III KUHPerdota, yakni pada Bab ketujuh belas dengan tentang penanggungan utang, yang dimulai dari Pasal 1820 sampai dengan Pasal 1850, yang terdiri dari bagian pertama mengatur mengenai pengertian dan sifat penanggungan utang, bagian kedua mengatur tentang akibat-akibat penanggungan utang antara si berhutang dan sipenanggung utang, kemudian pada bagian ketiga mengatur tentang akibat-akibat penanggungan antara si berhutang dengan dipenanggung, dan antara penanggung sendiri, dan bagian keempat tentang hapusnya penanggungan utang.²⁹¹

Dengan demikian ketentuan-ketentuan hukum jaminan dalam KUHPerdota tidak hanya bersumber kepada Buku II, tetapi juga

²⁹¹ Subenti & Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2006, hlm. 462-468

bersumber kepada Buku III, yaitu mengatur hak jaminan kebendaan dan hak jaminan perseorangan.

Pengaturan hukum jaminan Hak Tanggungan ditemui juga dalam Pasal 51, Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960, Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, sebagai amanat dari Pasal 51 tersebut maka lahir lah Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, menurut Pasal 10 ayat (1) menyatakan bahwa Pemberian Hak Tanggungan didahului dengan janji untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu, yang dituangkan di dalam dan merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian utang-piutang yang bersangkutan atau perjanjian lainnya yang menimbulkan utang tersebut. Selanjutnya dalam ayat (2) menyatakan Pemberian Hak Tanggungan dilakukan dengan pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan oleh PPAT sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Kemudian dalam Pasal 13 menegaskan pemberian Hak Tanggungan wajib didaftarkan pada Kantor Pertanahan, selambat-lambatnya 7 (tujuh) hari kerja setelah penandatanganan Akta Pemberian Hak Tanggungan PPAT wajib mengirimkan Akta Pemberian Hak Tanggungan yang bersangkutan dan warkah lain yang diperlukan kepada Kantor Pertanahan. Pendaftaran Hak Tanggungan dilakukan oleh Kantor Pertanahan dengan membuat buku-tanah Hak Tanggungan dan mencatatnya dalam buku-tanah hak atas tanah yang menjadi obyek Hak

Tanggungan serta menyalin catatan tersebut pada sertipikat hak tas tanah yang bersangkutan. Tanggal buku-tanah Hak Tanggungan adalah tanggal hari ketujuh setelah penerimaan secara lengkap surat-surat yang diperlukan bagi pendaftarannya dan jika hari ketujuh itu jatuh pada hari libur, buku-tanah yang bersangkutan diberi bertanggal hari kerja berikutnya. Hak Tanggungan lahir pada hari tanggal buku-tanah Hak Tanggungan.

Sebagai tanda bukti adanya Hak Tanggungan, Kantor Pertanahan menerbitkan sertipikat Hak Tanggungan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dalam sertipikat hak tanggungan memuat irah-irah dengan kata-kata "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA". Hal ini menunjukkan bahwa sertipikat hak tanggungan mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap dan berlaku sebagai pengganti *Grosse* akta hipotik sepanjang mengenai tanah, kecuali apabila ada perjanjian lain. Oleh karena itu kedudukan sertipikat hak tanggungan sangat penting artinya bagi penerima jaminan atau bagi pihak pemberi kredit dalam melindungi kepentingannya.

3. Urgensi Lembaga Jaminan

Istilah jaminan merupakan terjemahan dari bahasa Belanda yaitu *zekerheid* atau *cautie*. *Zekerheid* atau *cautie* yaitu untuk kemampuan debitur untuk memenuhi atau melunasi perutangannya kepada kreditur, yang

dilakukan dengan cara menahan benda tertentu yang mempunyai nilai ekonomis sebagai tanggungan atas utang yang diterima debitur terhadap kreditur.²⁹² Jaminan yang dimaksud di sini merupakan pemberian keyakinan kepada pihak kreditur atas pembayaran utang yang telah diberikan kepada debitur, baik yang terjadi karena hukum, maupun yang terbit akibat dari suatu perjanjian yang bersifat *accessoir* terhadap perjanjian pokoknya.²⁹³

Masyarakat Indonesia pada umumnya menyamakan istilah jaminan dengan istilah agunan. Padahal dalam perspektif hukum perbankan di Indonesia, istilah jaminan ini dibedakan dengan istilah agunan. Sebagaimana yang termaktub dalam Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1967 tentang Pokok-Pokok Perbankan, tidak dikenal adanya istilah agunan, namun yang ada istilah adalah jaminan. Sementara dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998, memberikan pengertian yang tidak sama dengan istilah jaminan menurut Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1967.²⁹⁴

Arti jaminan menurut Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1967 diberi istilah agunan atau tanggungan, sedangkan jaminan menurut Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, diberi arti lain, yaitu keyakinan atas itikad dan kemampuan serta kesanggupan

²⁹² Zaeni Asyhadie & Rahma Kusumawati, *Op Cit*, hlm. 2

²⁹³ Munir Fuady, *Konsep Hukum Perdata*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2015, hlm. 53

²⁹⁴ Rachmadi Usman, *Op Cit*, hlm 66

nasabah debitur untuk melunasi utangnya atau mengembalikan pembiayaan dimaksud sesuai dengan yang diperjanjikan.

Sehubungan dengan hal tersebut diatas, Penjelasan Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Perbankan Nomor 10 Tahun 1998, menjelaskan sebagai berikut untuk mengurangi risiko tersebut, jaminan pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah dalam arti keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan nasabah debitur untuk melunasi kewajibannya sesuai dengan diperjanjikan merupakan faktor penting yang harus diperhatikan oleh bank. Untuk memperoleh keyakinan tersebut, sebelum memberikan kredit, bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan, dan prospek usaha dari nasabah debitur.

Sedangkan istilah agunan berdasarkan ketentuan dalam Pasal 1 angka 23 Undang-Undang Perbankan, yang dimaksud dengan agunan adalah jaminan tambahan yang diserahkan nasabah debitur kepada bank dalam rangka pemberian fasilitas kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip Syariah.

Dengan demikian berarti, istilah agunan sebagai terjemahan dari istilah *collateral* merupakan bagian dari istilah jaminan pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah. Artinya pengertian jaminan lebih luas daripada pengertian agunan, karena agunan berkaitan dengan barang, sementara jaminan tidak hanya berkaitan dengan barang, tetapi berkaitan pula dengan *character, capacity, capital* dan *condition of*

economy dari nasabah debitur yang bersangkutan.²⁹⁵

Dalam Seminar Badan Pembinaan Hukum Nasional yang diselenggarakan bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Gajah Mana pada tanggal 9 sampai dengan tanggal 11 Oktober 1978, disimpulkan bahwa istilah hukum jaminan meliputi pengertian, baik jaminan kebendaan maupun perorangan, sehingga dalam seminar tersebut memberikan perumusan pengertian jaminan berdasarkan pada pembagian jenis lembaga hak jaminan.²⁹⁶

Pandangan para ahli hukum mendukung konstruksi definisi jaminan tersebut sebagaimana definisi yang dikemukakan oleh Hartono Hadisoeperto dalam sebagaimana yang dikutip oleh Salim, bahwa jaminan adalah sesuatu yang diberikan kepada kreditur untuk menimbulkan keyakinan bahwa debitur akan memenuhi kewajiban yang dapat dinilai dengan uang yang timbul dari suatu perikatan”.²⁹⁷ Menurut jaminan adalah “Segala sesuatu yang diterima kreditur dan diserahkan debitur untuk menjamin suatu utang piutang dalam masyarakat”.²⁹⁸

Jaminan merupakan aset yang dijanjikan oleh peminjam kepada pemberi pinjaman sampai pinjaman dibayar kembali. Jika peminjam tidak melakukan kewajibannya maka kreditur memiliki hak untuk menyita

²⁹⁵ Rachmadi Usman, *Op Cit*, hlm. 67

²⁹⁶ *Ibid*, hlm. 1

²⁹⁷ Salim, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia..... Op Cit*. hlm. 22

²⁹⁸ M. Bahsan, *Loc cit*,

agunan dan menjualnya untuk melunasi pinjaman.²⁹⁹ Dari sudut pandang pemberi pinjaman, fungsi jaminan pada dasarnya untuk melayani kepentingan pemberi pinjaman, perlindungan terhadap resiko dan sebagai perangkat *screening* (penyaringan). Selain fungsi-fungsi utama tersebut, jaminan juga berfungsi untuk menempatkan pemberi pinjaman dalam posisi istimewa terhadap kreditur lain dimana peminjam harus menjadi pailit untuk mendapatkannya.³⁰⁰

Untuk menanggung atau menjamin pembayaran atau pelunasan utang tertentu, debitur umumnya menyediakan jaminan berupa agunan (kebendaan tertentu) yang dapat dinilai dengan uang, berkualitas tinggi, dan mudah dicairkan yang nilainya minimal sebesar jumlah utang yang diberikan kepadanya. Untuk itu sudah seharusnya bila pihak perbankan dan lembaga keuangan lainnya atau bahkan perseorangan meminta kebendaan jaminan dengan maksud jika debitur tidak dapat melunasi utangnya atau dinyatakan pailit, maka kebendaan jaminan tersebut dapat dicairkan atau diuangkan guna menutupi pelunasan atau pengembalian utang yang tersisa. Ini berarti, bahwa tidak semua kebendaan atau hak-hak (piutang-piutang) dapat dijadikan sebagai jaminan utang, terkecuali kebendaan jaminan yang bersangkutan telah memenuhi persyaratan untuk dijadikan sebagai jaminan utang.³⁰¹

Suatu hal yang penting dari keberadaan jaminan yaitu, bahwa yang

²⁹⁹ Balkenhol, B and H. Schutte, *finance Programme, Working paper No.26, Collateral, Collateral Law, and Collateral Substitutes 2 nd Edition, Employment Sector International Labour Office Geneva, 2001*, hlm. 7

³⁰⁰ *Ibid*, hlm 13

³⁰¹ Rachmadi Usman, *Op Cit*, hlm. 70

dijamin selalu pemenuhan suatu kewajiban yang dapat dinilai dengan uang. Realisasi penjaminan ini juga selalu berupa mencairkan benda-benda jaminan dan mengambil dari hasil penguangan benda jaminan itu bagian yang menjadi hak pihak yang mengutangkan (kreditur). Oleh karena itu, barang yang dapat dijadikan jaminan haruslah suatu benda atau suatu hak yang dapat dinilai ke dalam uang. Untuk mencairkan benda jaminan perlu bahwa benda itu dialihkan kepada pihak lain. Oleh karena itu, juga barang yang dapat dijadikan, jaminan haruslah benda atau hak yang boleh dialihkan kepada orang lain.³⁰²

Kemudian menurut Subekti terdapat beberapa syarat-syarat benda jaminan yang baik dan ideal yaitu:³⁰³

- 1) Dapat secara mudah membantu perolehan kredit itu oleh pihak yang memerlukannya;
- 2) Tidak melemahkan potensi (kekuatan) si pencari kredit untuk melakukan atau meneruskan usahanya;
- 3) Memberikan kepastian kepada si kreditur, dalam arti bahwa barang jaminan setiap waktu tersedia untuk dieksekusi, bila perlu dapat mudah diuangkan untuk melunasi hutangnya si penerima (pengambil) kredit.

Menurut Isnaeni jaminan mempunyai kedudukan dan manfaat yang sangat penting dalam menunjang pembangunan ekonomi, karena keberadaan lembaga ini dapat memberikan manfaat bagi kreditur dan debitur yaitu mewujudkan keamanan terhadap transaksi dagang yang

³⁰² Neni SrinImaniyati & Panji Adam Agus Putra, *Pengantar Hukum Perbankan Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2016, hlm. 148

³⁰³ *Ibid*

ditutup dan memberikan kepastian hukum bagi kreditur.³⁰⁴

Sedangkan bagi debitur dengan adanya benda jaminan itu dapat memperoleh fasilitas kredit dari bank dan tidak khawatir dalam mengembangkan usahanya. Bagi kreditur jaminan memberikan keamanan terhadap modal yang diserahkan kepada debitur sehingga kreditur tidak merasa takut atau khawatir tidak dikembalikannya modal tersebut. Memberikan kepastian hukum adalah memberikan kepastian bagi pihak kreditur dan debitur. Kepastian bagi kreditur adalah kepastian untuk menerima pengembalian pokok kredit dan bunga dari debitur, sedangkan bagi debitur adalah kepastian untuk mengembalikan pokok kredit dan bunga yang ditentukan. Di samping itu, bagi debitur adalah adanya kepastian dalam berusaha, karena dengan modal yang dimilikinya dapat mengembangkan bisnisnya lebih lanjut. Apabila debitur tidak mampu dalam mengembalikan pokok kredit dan bunga, bank atau pemilik modal dapat melakukan eksekusi terhadap benda jaminan.³⁰⁵

Terdapat beberapa kegunaan kebendaan jaminan adalah sebagai berikut :³⁰⁶

- a. memberikan hak dan kekuasaan kepada kreditur untuk mendapat pelunasan dari agunan apabila debitur melakukan cidera janji, yaitu untuk membayar kembali utangnya pada waktu yang telah ditetapkan dalam perjanjian;

³⁰⁴ Moch Isnaeni, *Hipotek Pesawat Udara di Indonesia*. Dharma Muda, Surabaya, 1996 hlm.

³⁰⁵ Salim, *Perkembangan Hukum Jaminan..... Op Cit*, hlm. 28

³⁰⁶ Rachmadi Usman, *Op Cit*, hlm. 71

- b. menjamin agar debitur berperan serta dalam transaksi untuk membiayai usahanya, sehingga kemungkinan untuk meninggalkan usaha atau proyeknya dengan merugikan diri sendiri atau perusahaannya dapat dicegah atau sekurang-kurangnya kemungkinan untuk berbuat demikian dapat diperkecil;
- c. memberikan dorongan kepada debitur untuk memenuhi janjinya, khususnya mengenai pembayaran kembali sesuai dengan syarat-syarat yang telah disetujui agar debitur dan/atau pihak ketiga yang ikut menjamin tidak kehilangan kekayaan yang telah dijamin.

Setiap pemberian kredit pihak perbankan, pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah yang diberikan oleh bank itu mengandung risiko, oleh karena itu bank harus memperhatikan sas-asas perkreditan atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah yang sehat dan perinsip kehati-hatian, oleh karena itu selain didasarkan kepada penilaian agunan (*collateral*) yang disediakan, pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah, bank juga didasarkan kepada watak (*character*), kemampuan (*capacity*), modal (*capital*), dan prospek usaha (*condition of economy*) dari nasabah debiturnya, yang lazim dinamakan dengan *the five C of credit analysis* atau Prinsip 5 C's. Prinsip ini sejalan dengan ketentuan yang berlaku bagi perbankan di seluruh dunia, seperti ditetapkan oleh *Bank for international Settlements (BIS)*.³⁰⁷ Selain menerapkan prinsip 5 C's bank juga menerapkan apa yang dinamakan

³⁰⁷ Uswatun Hasanah, *Hukum Perbankan*, Setara Press, Malang, 2017, hlm. 72

dengan prinsip 5P, yaitu para pihak (*party*), tujuan (*purpose*), pembayaran (*payment*), perolehan laba (*profitability*), dan perlindungan (*protection*).³⁰⁸

Prinsip 5 C's dapat ditemui dalam penjelasan Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Perbankan yang menjelaskan demikian : Untuk memperoleh keyakinan tersebut, sebelum memberikan kredit, bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan, dan prospek usaha dari nasabah debitur.

4. Sifat dan Bentuk Perjanjian Jaminan

Perjanjian jaminan tidak dapat berdiri sendiri tanpa adanya perjanjian pendahuluan atau pokok yang mendahuluinya. Oleh karena itu perjanjian jaminan merupakan perjanjian *accessoir* (*accessoir*), tambahan, atau ikutan. Sebagai perjanjian *accessoir*, eksistensi perjanjian jaminan ditentukan oleh ada dan hapusnya perjanjian pendahuluan atau .perjanjian pokoknya. Pada umumnya biasanya perjanjian pendahuluan ini berupa perjanjian utang piutang, perjanjian pinjam meminjam uang, perjanjian kredit, atau perjanjian lainnya yang menimbulkan hubungan hukum utang piutang.

Adanya perjanjian utang piutang tersebut menjadi dasar timbulnya perjanjian jaminan, atau sebaliknya dengan berakhirnya perjanjian pendahuluan, berakhir pula perjanjian jaminan. Dalam perjanjian utang piutang, diperjanjikan pula antara debitur dan kreditur bahwa pinjamannya tersebut dibebani pula dengan suatu jaminan, yang

³⁰⁸ *Ibid*, hlm. 73

selanjutnya diikuti dengan pengikatan jaminan, yang dapat berupa pengikatan jaminan kebendaan atau jaminan perseorangan.³⁰⁹

Akibat hukum berkaitan dengan sifat *assesoir* dari perjanjian jaminan maka tanpa ada hak tagih, tidak ada hak jaminan. Demikian pula terkait dengan peralihan hak jaminan, apabila perjanjian pokoknya beralih, maka tidak perlu dipenuhi syarat peralihan pada umumnya seperti yang ditentukan dalam undang-undang.³¹⁰ Senada dengan Neiroop, Pitlo mengatakan bahwa hak jaminan tidak dapat dipindah tangankan tersendiri terlepas dari perjanjian pokoknya.³¹¹

Sifat *assesoir* dari hak jaminan tersebut dapat menimbulkan akibat hukum tertentu, sebagai berikut :³¹²

- 1) ada dan hapusnya perjanjian jaminan itu tergantung dan ditentukan oleh perjanjian pendahuluannya;
- 2) bila perjanjian pendahuluannya batal, maka dengan sendirinya perjanjian jaminan sebagai perjanjian tambahan juga menjadi batal;
- 3) bila perjanjian pendahuluannya beralih atau dialihkan, maka dengan sendirinya perjanjian jaminan ikut beralih;
- 4) bila perjanjian pendahuluannya beralih karena *cessie*, *subrogatie*, maka perjanjian jaminan ikut beralih tanpa penyerahan khusus;
- 5) bila perjanjian jaminannya berakhir atau hapus, maka perjanjian pendahuluan tidak dengan sendirinya berakhir atau hapus pula.

³⁰⁹ Rachmadi Usman, *Op Cit*, hlm. 8

³¹⁰ Neiroop, 1937:27

³¹¹ Neiroop, Pitlo (1949:463)

³¹² Rachmadi Usman, *Op Cit*, hlm. 86

Sebagai perjanjian ikutan, eksistensi perjanjian jaminan amat tergantung kepada perjanjian pendahuluannya yang menjadi dasar timbulnya pengikatan jaminan. Artinya perjanjian jaminan dimaksudkan untuk mengubah kedudukan kreditur-krediturnya menjadi kreditur yang preferent, sehingga kreditur (pemberi pinjaman) akan merasa aman dan memperoleh kepastian hukum atas pelunasan pinjaman yang diberikan olehnya kepada debitur, karena diikuti dengan diperjanjikan pemberian jaminan oleh debitur kepada krediturnya. Untuk itulah dikatakan bahwa perjanjian jaminan merupakan perjanjian tambahan dari perjanjian pendahuluannya, yaitu perjanjian yang akan lebih memperkuat perjanjian pendahuluannya.

Than memberikan rumusan terhadap pengertian perjanjian jaminan sebagai berikut :³¹³

A secured transaction is a matter in which there is a loan in which the Creditor/Secured Party is given rights in collateral that secures the loan and there rights can be enforced in the event the loan is not repaid according to its term. If the loan is repaid according to its term, then the Secured Party's ability to claim an interest in the collateral is extinguished.

(Perjanjian jaminan adalah suatu kondisi yang mana terdapat suatu pinjaman dimana Kreditur/Pihak Terjamin memperoleh hak-hak atas barang jaminan yang akan menjamin hutang tersebut dan hak-hak ini dapat dipaksakan berlakunya apabila hutang tersebut tidak dibayar kembali sesuai dengan yang diperjanjikan, jika hutang sudah dibayar kembali sesuai perjanjian, maka kemampuan kreditur untuk mengajukan tuntutan atas kepentingannya terhadap jaminan menjadi hapus)

³¹³ Thain, Gerald G. 1998. *A Basic Outline of The Law of Secured Transaction. Artikel Dalam, Seri dasar Hukum Ekonomi 4- Hukum Jaminan Indonesia*. Proyek Elips, Jakarta, 1998, hlm. 153

Jika terjadi perjanjian jaminan, maka hak atas barang jaminan tetap dimiliki oleh debitur, sedang kreditur hanya memiliki hak jaminan atas harta kekayaan debitur berdasarkan perjanjian jaminan yang dibuat bersama. Kreditur berhak menjual barang-barang jaminan tersebut jika debitur mengalami kegagalan (*default*) dalam pembayaran hutang-hutang dan bunganya kepada kreditur.³¹⁴

Selanjutnya Than memberikan gambaran tentang barang jaminan, adalah *Collateral is something of value that the Debtor has included in the transaction in order to secure debt. Without the involvement of collateral, there would simply be a contract for loan or debt and an obligation to repay it.* (Barang jaminan adalah sesuatu yang mempunyai nilai dari debitur yang disertakan dalam perjanjian, dalam rangka untuk menjamin hutangnya. Tanpa disertai barang jaminan, maka yang akan terjadi semata-mata hanyalah suatu kontrak atas hutang atau atas piutang dan suatu kewajiban untuk memenuhinya):³¹⁵

Apabila dicermati, maka kegunaan dari barang-barang jaminan itu menurut Chalik sebagai berikut :³¹⁶

- a. untuk memberikan hak dan kekuasaan kepada bank untuk mendapatkan pelunasan dengan barang-barang jaminan tersebut bilamana nasabah cidera janji.
- b. memberikan dorongan kepada debitur agar :

³¹⁴ *Ibid*, hlm. 154

³¹⁵ *Ibid*, hlm. 153

³¹⁶ Marhainis Abdul Hay Chalik, *Beberapa Segi Hukum di Bidang Perkreditan*, Badan Penerbit Unit Penerbitan Yayasan Pembinaan Keluarga UPN Veteran, Jakarta, 1982, hlm. 67

- a) Betul-betul menjalankan usaha/proyeknya yang dibiayai dengan kredit bank, karena kalau hal tersebut diabaikannya risikonya adalah hak miliknya yang dijaminkannya akan hilang;
- b) Betul-betul memenuhi ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam perjanjian kredit.

Perjanjian pembebanan jaminan dapat dilakukan dalam bentuk lisan dan tertulis. Perjanjian pembebanan dalam bentuk lisan, biasanya dilakukan dalam kehidupan masyarakat pedesaan, masyarakat yang satu membutuhkan pinjaman uang kepada masyarakat yang ekonominya lebih tinggi. Biasanya pinjaman itu cukup dilakukan secara lisan. Seseorang yang ingin mendapatkan pinjaman cukup menyerahkan surat tanahnya. Setelah surat tanah diserahkan, maka uang pinjaman diserahkan oleh pemberi pinjaman kepada yang meminjam. Sejak terjadinya konsensus kedua belah pihak, sejak saat itulah terjadinya perjanjian pembebanan jaminan.

Dalam prakteknya biasanya lembaga perbankan, lembaga keuangan nonbank maupun lembaga pegadaian setiap perjanjian pembebanan jaminan dibuat dalam bentuk tertulis,³¹⁷ Apabila perjanjian pembebanan jaminan dilakukan dalam bentuk tertulis, maka bisa dilakukan dengan menggunakan akta di bawah tangan dan akta autentik. Akta di bawah tangan adalah suatu akta yang dibuat dan ditandatangani oleh para pihak saja dengan tanpa bantuan seorang pejabat umum atau akta

³¹⁷ Salim, *Perkembangan Hukum Jaminan..... Op Cit*, hlm. 31

yang dibuat oleh atau di hadapan pejabat umum yang tidak berwenang. Sementara itu, akta autentik adalah suatu akta yang dibuat oleh atau di hadapan seorang pejabat umum yang berwenang untuk itu, seperti notaris, di mana bentuk aktanya juga telah ditentukan oleh undang-undang.

Secara yuridis perumusan pengertian akta autentik tersebut terdapat dalam ketentuan Pasal 165 HIR/RBG sebagai berikut;

Akta autentik adalah suatu akta yang dibuat oleh atau di hadapan pejabat yang diberi wewenang untuk itu, merupakan bukti yang lengkap antara pihak dari para ahli warisnya dan mereka yang mendapat hak daripadanya tentang yang tercantum di dalamnya dan bahkan sebagai pemberitahuan belaka, akan tetapi yang terakhir ini hanya diberitahukan itu berhubungan langsung dengan perihal pada akta itu.

Selanjutnya ketentuan dalam Pasal 1868 KUHPerdata menegaskan bahwa akta autentik adalah akta yang di dalam bentuk yang ditentukan oleh undang-undang, dibuat oleh atau di hadapan pegawai umum yang berkuasa untuk itu di tempat di mana akta dibuatnya.

Berdasarkan kepada ketentuan di atas, suatu akta dikatakan sebagai akta autentik apabila :³¹⁸

- 1) akta tersebut dibuat oleh atau di hadapan seorang pejabat umum yang berwenang untuk itu; dan
- 2) bentuk aktanya dan tata cara pembuatannya telah ditentukan oleh atau dalam undang-undang.

Biasanya perjanjian pembebanan jaminan dengan menggunakan akta di bawah tangan dilakukan pada lembaga pegadaian. Bentuk, isi, dan

³¹⁸ *Ibid*

syarat-syaratnya telah ditentukan oleh Perum Pegadaian secara sepihak, sedangkan nasabah tinggal menyetujui isi dari perjanjian tersebut. Hal-hal yang kosong dalam Surat Bukti Kredit (SBK) meliputi nama, alamat, barang jaminan, jumlah taksiran, jumlah pinjaman, tanggal kredit dan tanggal jatuh tempo.³¹⁹

Bagi perjanjian pembebanan jaminan lainnya disyaratkan atau diharuskan dengan menggunakan akta autentik, bila tidak menggunakan akta autentik, diancam dengan kebatalan demi hukum. Dengan sendirinya pemberian pembebanan jaminannya harus dilakukan di muka dan di hadapan pejabat umum yang berwenang untuk itu. Pada umumnya Notaris yang menjadi pejabat umum yang berwenang untuk membuat akta autentik sejauh pembuatan akta autentik tertentu tidak dikhususkan bagi pejabat umum lainnya, seperti di antaranya Pejabat Pembuat Akta Tanah; Pejabat Pendaftar dan Balik nama Kapal.

Beberapa pembebanan perjanjian lembaga hak jaminan lainnya yang diwajibkan atau diharuskan dilakukan dengan akta autentik, yaitu :

- 1) Akta Hipotek Kapal untuk pembebanan perjanjian jaminan hipotek atas kapal, yang dibuat oleh Pejabat Pendaftar dan Pencatat Balik nama Kapal;
- 2) Surat Kuasa Membebaskan Hipotek (SKMH), yang dibuat oleh atau di hadapan Notaris;
- 3) Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT), yang dibuat oleh Pejabat

³¹⁹ *Ibid.*

Pembuat Akta Tanah;

- 4) Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (SKMHT), yang dibuat oleh Notaris atau Pejabat Pembuat Akta Tanah;
- 5) Akta Jaminan Fidusia (AJF), yang dibuat oleh Notaris.

Kedudukan Notaris sebagai pejabat umum yang mempunyai kewenangan dalam membuat akta otentik secara jelas diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris. Dalam beberapa peraturan perundang-undangan tentang jabatan Notaris yang diberlakukan sebelumnya, juga mengatur tentang kewenangan notaris dalam membuat akta otentik. Peraturan perundang-undangan tersebut :

- 1) Het Reglement op Het Notarisambt in Indonesie, yang lazim disebut Peraturan Jabatan Notaris Staatsblad 1860 Nomor 3 sebagaimana telah diubah terakhir dalam Lembaran Negara Tahun 1954 Nomor 101;
- 2) Ordonantie 16 September 1931 tentang Honorarium Notaris;
- 3) Undang-Undang Nomor 33 Tahun 1954 tentang Wakil Notaris dan Wakil Notaris Sementara;
- 4) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004;
- 5) Peraturan Pemerintah Nomor 11 Tahun 1949 tentang Sumpah/Janji Jabatan Notaris.

Mengenai kedudukan dan fungsi Notaris, ketentuan dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 menentukan bahwa

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

Kemudian ketentuan dalam Pasal 15 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 mengatur mengenai fungsi dan kewenangan Notaris yaitu sebagai berikut :

- a. Notaris berwenang membuat akta autentik 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, semuanya itu sepanjang pembuatan akta-akta itu tidak juga ditugaskan atau dikecualikan kepada pejabat lain atau orang lain yang ditetapkan oleh undang-undang.
- b. Notaris berwenang pula :
- c. mengesahkan tanda tangan dan menetapkan kepastian tanggal surat di bawah tangan dengan mendaftar dalam buku khusus;
 - a) membukukan surat-surat di bawah tangan dengan mendaftar dalam buku khusus;
 - b) membuat fotokopi dari asli surat-surat di bawah tangan berupa salinan yang memuat uraian sebagaimana ditulis dan digambarkan dalam surat yang bersangkutan;
 - c) melakukan pengesahan kecocokan fotokopi dengan surat aslinya;

- d) memberikan penyuluhan hukum sehubungan dengan pembuatan akta;
 - e) membuat akta yang berkaitan dengan pertanahan; atau
 - f) membuat akta risalah lelang.
- d. Selain kewenangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2), Notaris mempunyai kewenangan lain yang diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 1 angka 1 serta dihubungkan dengan ketentuan dalam Pasal 15 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004, dapat diketahui mengenai kedudukan, fungsi, dan kewenangan seorang Notaris, yaitu :

- a. Notaris berkedudukan sebagai pejabat umum;
- b. Notaris merupakan satu-satunya pejabat yang berwenang dalam membuat akta otentik dan kewenangan lainnya, sepanjang pembuatan akta otentik itu tidak ditugaskan atau dikecualikan kepada pejabat lain atau orang lain yang ditetapkan oleh undang-undang;
- c. Akta-akta otentik dimaksudkan berkaitan dengan perbuatan, perjanjian dan ketetapan yang diharuskan oleh peraturan perundang-undangan dan/ atau yang dikehendaki oleh yang berkepentingan (para pihak) untuk dinyatakan dalam akta otentik;
- d. adanya kewenangan dari Notaris untuk :
 - a) menjamin kepastian tanggal pembuatan akta;
 - b) menyimpan akta;

- c) memberikan *grosse*;
 - d) memberikan salinan dan kutipan akta.
- e. terhadap pembuatan akta-akta otentik tersebut oleh undang-undang tidak juga ditugaskan atau dikecualikan kepada pejabat lain atau orang lain;
- f. berwenang melakukan:
- a) mengesahkan tanda tangan dan menetapkan kepastian surat di bawah tangan;
 - b) membukukan surat-surat di bawah tangan;
 - c) membuat kopi dari asli surat-surat di bawah tangan;
 - d) melakukan pengesahan kecocokan fotokopi dengan surat aslinya;
 - e) memberikan penyuluhan hukum sehubungan dengan pembuatan akta;
 - f) membuat akta yang berkaitan dengan pertanahan; atau
 - g) membuat akta risalah lelang.
- g. melakukan kewenangan lain yang diatur dalam peraturan perundang-undangan, misalnya membuat akta pendirian perseroan terbatas, akta pendirian yayasan, atau akta pendirian koperasi.

5. Pembedaan Lembaga Jaminan

Adapun yang dimaksud dengan pembedaan lembaga jaminan di sini adalah berdasarkan sifat dari jaminan dihubungkan dengan ketentuan Pasal 1131 dan 1132 KUHPerduta. Ketentuan dalam Pasal 1131 KUHPerduta menegaskan bahwa :

Segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan.

Kemudian dalam Pasal 1132 KUHPerdara menentukan :

Kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan padanya; pendapatan penjualan bendabenda itu dibagi-bagi menurut keseimbangan, yaitu menurut besar kecilnya piutang masing-masing, kecuali apabila di antara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan.

Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 1131 dan Pasal 1132 KUHPerdara, pembedaan (lembaga hak) jaminan berdasarkan sifatnya, yaitu :

- 1) hak jaminan yang bersifat umum;
- 2) hak jaminan yang bersifat khusus.

Jaminan yang bersifat umum ditujukan kepada seluruh kreditur dan mengenai segala kebendaan debitur. Setiap kreditur mempunyai hak yang sama untuk mendapatkan pelunasan utang dari hasil pendapatan penjualan segala kebendaan yang dipunyai debitur. Dalam hak jaminan yang bersifat umum ini, semua kreditornya mempunyai kedudukan yang sama terhadap kreditur lain (kreditur konkruen), tidak ada kreditur yang diutamakan, diistimewakan dari kreditur lain. Para kreditur tersebut tidak mendapatkan hak *preferensi*, karenanya pelunasan utang mereka dibagi secara "seimbang" berdasarkan besar kecilnya jumlah tagihan dari masing-masing kreditur dibandingkan dengan jumlah keseluruhan utang debitur.

Hak jaminan yang bersifat umum ini dilahirkan atau timbul karena undang-undang, sehingga hak jaminan yang bersifat umum tidak perlu diperjanjikan sebelumnya. Ini berarti, kreditur konkruen secara bersamaan memperoleh hak jaminan yang bersifat umum disebabkan oleh undang-undang. Ditinjau dari sudut sifat haknya, para kreditur konkruen ini mempunyai hak yang bersifat perseorangan, yaitu hak yang hanya dapat dipertahankan terhadap orang tertentu saja.³²⁰

Apabila terdapat lebih dari satu kreditur dan hasil penjualan harta benda debitur cukup untuk menutupi utang-utangnya kepada kreditur, maka mana yang harus didahulukan dalam pembayarannya di antara para kreditur tidaklah penting karena walaupun semua kreditur sama atau seimbang kedudukannya, masing-masing akan mendapatkan bagiannya sesuai dengan piutang-piutangnya. Adanya beberapa kreditur, baru menimbulkan masalah jika hasil penjualan harta kekayaan debitur tidak cukup untuk melunasi utang-utangnya; dalam hal ini akan tampak betapa pentingnya menjadi kreditur yang *preferent*, yaitu kreditur yang harus didahulukan dalam pembayarannya di antara kreditur lainnya jika debitur melakukan wanprestasi.³²¹

Oleh karena jaminan umum menyangkut seluruh harta benda debitor, ketentuan dalam Pasal 1131 KUHPerdara tersebut dapat menimbulkan dua kemungkinan. Kemungkinan pertama, bahwa kebendaan tersebut sudah cukup memberikan jaminan kepada kreditur jika

³²⁰ Rachmadi Usman, *Op Cit*, hlm. 74

³²¹ Frieda Husni Hasbullah, *Op. Cit*, hlm. 8

kekayaan debitur paling sedikit (minimal) sama ataupun melebihi jumlah utang-utangnya artinya hasil bersih penjualan harta kekayaan debitur dapat menutupi atau memenuhi seluruh utang-utangnya, sehingga semua kreditur akan menerima pelunasan piutang masing-masing karena pada prinsipnya semua kekayaan debitur dapat dijadikan pelunasan utang. Kemudian kemungkinan kedua, bahwa harta benda debitur tidak cukup memberikan jaminan kepada kreditur dalam hal nilai kekayaan debitur itu kurang dari jumlah utangnya atau bila pasivanya melebihi aktivasinya. Hal ini dapat terjadi mungkin karena harta kekayaannya menjadi berkurang nilainya atau apabila harta kekayaan debitur dijual kepada pihak ketiga sementara utangnya belum dibayar lunas. Atau dapat juga terjadi ada lebih dari seorang kreditur melaksanakan eksekusi, sementara nilai kekayaan debitur hanya cukup untuk menutupi satu piutang kreditur. Jika hanya ada satu kreditur saja, ia dapat melaksanakan eksekusi atas kekayaan debitur secara bertahap sampai piutangnya terlunasi semuanya atau sampai harta benda debitur habis terjual.³²²

Dalam praktik perkreditan, jaminan umum ini tidak memuaskan bagi kreditur, karena kurang menimbulkan rasa aman dan terjamin bagi kredit yang diberikan.³²³ Dengan jaminan umum tersebut, kreditur tidak mengetahui secara persis berapa jumlah harta kekayaan debitur yang ada sekarang dan yang akan ada di kemudian hari, serta kepada siapa saja debitur itu berutang, sehingga khawatir hasil penjualan harta kekayaan

³²² Frieda Husni Hasbullah, *Op. Cit.*, hlm. 8 - 9

³²³ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Jaminan di Indonesia : Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, Liberty, Yogyakarta, 1980, hlm, 45

debitur nantinya tidak cukup untuk melunasi utang-utangnya.³²⁴ Untuk itu, kreditur memerlukan adanya benda-benda tertentu yang ditunjuk bagi kredit atau pinjaman tersebut. Dengan lain perkataan memerlukan adanya jaminan yang dikhususkan baginya, baik yang bersifat kebendaan maupun perseorangan.³²⁵

Agar seorang kreditur mempunyai kedudukan yang lebih baik dibandingkan kreditur konkuren, utang kreditur dapat diikat dengan hak jaminan yang bersifat khusus, sehingga krediturnya memiliki hak *preferensi* dalam pelunasan piutangnya. Apabila diperhatikan klausul terakhir dari ketentuan dalam Pasal 1132 KUHPerdara, yaitu kata-kata "kecuali apabila di antara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan", maka memberikan kemungkinan sebagai pengecualian adanya kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur. Adapun kreditur yang diutamakan tersebut, yaitu kreditur yang mempunyai hak jaminan yang bersifat khusus, dinamakan pula kreditur preferent.³²⁶

Siapa saja yang menjadi kreditur *preferent* tersebut dinyatakan dalam Pasal 1133 KUHPerdara yaitu hak untuk didahulukan di antara orang-orang yang berpiutang terbit dari hak istimewa, dari gadai dan dari hipotek.

³²⁴ Gatot Supramono, *Perbankan dan Masalah Kredit Suatu Tinjauan Yuridis*, Djambatan, Jakarta, 1995, hlm 59

³²⁵ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Op Cit*, hlm, 45-46

³²⁶ Rachmadi Usman, *Op Cit*, hlm. 75

Dari ketentuan dalam Pasal 1133 KUHPerdara, diketahui bahwa hak jaminan yang bersifat khusus itu terjadi karena :

- a. diberikan atau ditentukan oleh undang-undang sebagai piutang yang diistimewakan (Pasal 1134 KUHPerdara);
- b. diperjanjikan antara debitur dan kreditur, sehingga menimbulkan hak preferensi bagi kreditur atas benda tertentu yang diserahkan debitur (Pasal 1150 dan Pasal 1162 KUHPerdara, Pasal 1 angka 1 *juncto* Pasal 20 sub 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 dan Pasal 1 sub 2 *juncto* Pasal 27 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 dan Pasal 1820 KUHPerdara).

Kedudukan kreditur terhadap pelunasan piutangnya tergantung dan ditentukan oleh hak jaminan yang dipegangnya. Kreditur yang memegang hak jaminan yang bersifat khusus akan jauh lebih baik kedudukannya dibandingkan dengan kreditur yang memegang hak jaminan yang bersifat umum. Kreditur yang mempunyai hak jaminan yang bersifat khusus adalah kreditur yang piutangnya ditentukan oleh undang-undang sebagai piutang yang diistimewakan dan piutang yang diikat dengan kebendaan tertentu atau dijamin oleh seseorang. Hak jaminan yang bersifat khusus ini timbul karena diperjanjikan secara khusus antara debitur dan kreditur.

Hak jaminan yang bersifat khusus dapat berupa atau dibedakan atas dua, yaitu : ³²⁷

- a. hak jaminan yang bersifat kebendaan (*zakelijke zekerheidsrechten*),

³²⁷ Amran Suadi, *Eksekusi Jaminan Dalam Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah*, Kencana Prananda Media Group, Jakarta, 2019, hlm 8.

yaitu adanya suatu kebendaan tertentu yang dibebani dengan utang, baik benda tetap maupun benda tidak tetap (benda bergerak);

- b. hak jaminan yang bersifat perseorangan (*persoonlijke zekerheidsrechten*), yaitu adanya seseorang tertentu (*personal guaranty*) atau badan hukum (*corporate guaranty*) yang bersedia menjamin pelunasan utang tertentu bila debitur wanprestasi.

Pada Seminar Hukum Jaminan yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional bekerja sama dengan Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dari tanggal 9 sampai dengan 11 Oktober 1978 di Yogyakarta disepakati pula, bahwa sistem hukum jaminan (mendatang) meliputi jaminan kebendaan dan jaminan perorangan. Jaminan kebendaan mempunyai ciri-ciri "kebendaan" dalam arti memberikan hak mendahului di atas benda-benda tertentu dan mempunyai sifat melekat dan mengikuti benda-benda yang bersangkutan. Adapun jaminan perorangan tidak memberikan hak mendahului atas benda-benda tertentu, tetapi hanyalah dijamin oleh harta kekayaan seseorang lewat orang yang menjamin pemenuhan perikatan yang bersangkutan.³²⁸

Kemudian Sri Soedewi Masjchoen Sofwan sebagaimana yang dikutip oleh Salim memberikan pengertian jaminan materil (kebendaan) adalah jaminan yang berupa hak mutlak atas suatu benda yang mempunyai ciri-ciri mempunyai hubungan langsung atas benda tertentu, dapat dipertahankan terhadap siapapun, selalu mengikuti bendanya dan dapat

³²⁸ Rachmadi Usman, *Op Cit*, hlm. 76

dialihkan. Sedangkan jaminan imateriil (perorangan) adalah jaminan yang menimbulkan hubungan langsung pada perorangan tertentu, hanya dapat dipertahankan terhadap debitur tertentu, terhadap harta kekayaan debitur umumnya.³²⁹

Hak jaminan kebendaan adalah hak yang memberikan kepada seorang kreditur kedudukan yang lebih baik, karena :³³⁰

- a. kreditur didahulukan dan dimudahkan dalam mengambil pelunasan atas tagihannya atas hasil penjualan benda tertentu atau sekelompok benda tertentu milik debitur dan/atau
- b. ada benda tertentu milik debitur yang dipegang oleh kreditur atau terikat kepada hak kreditur, yang berharga bagi debitur dan dapat memberikan suatu tekanan psikologis terhadap debitur untuk memenuhi kewajibannya dengan baik terhadap kreditur. Di sini adanya semacam tekanan psikologis kepada debitur untuk melunasi utang-utangnya karena benda yang dipakai sebagai jaminan umumnya merupakan barang yang berharga baginya. Sifat manusia untuk berusaha mempertahankan apa yang berharga dan telah dianggap atau diakui telah menjadi miliknya, menjadi dasar hukum jaminan.

Di samping itu, hak jaminan kebendaan, sesuai dengan sifat-sifat hak kebendaan, ia memberikan warna tertentu yang khas, yaitu :³³¹

- a. mempunyai hubungan langsung dengan/atas benda tertentu milik debitur;

³²⁹ Salim, *Perkembangan Hukum Jaminan..... Op Cit*, hlm. 24

³³⁰ J. Satrio, *Op Cit*, hlm.13

³³¹ *Ibid*, hlm.14

- b. dapat dipertahankan maupun ditujukan kepada siapa saja (semua orang);
- c. mempunyai sifat *droit de suite*, artinya hak tersebut mengikuti bendanya di tangan siapa pun berada;
- d. yang lebih tua mempunyai kedudukan yang lebih tinggi;
- e. dapat dipindahtangankan/dialihkan kepada orang lain.

Adapun hak jaminan perorangan adalah hak yang memberikan kepada kreditur suatu kedudukan yang lebih baik, karena adanya lebih dari seorang debitur yang dapat ditagih. Kata "lebih baik" di sini adalah lebih baik daripada kreditur yang tidak mempunyai hak jaminan (khusus) atau lebih baik dari jaminan umum. Adanya lebih dari seorang debitur, bisa karena ada debitur serta tanggung menanggung atau karena adanya orang pihak ketiga yang mengikatkan dirinya sebagai *borg*.³³²

Jaminan kebendaan itu dapat berupa jaminan kebendaan bergerak dan jaminan kebendaan tidak bergerak. Untuk kebendaan bergerak, dapat dibebankan dengan lembaga hak jaminan gadai dan fidusia sebagai jaminan utang, sementara untuk kebendaan tidak bergerak, dapat dibebankan dengan hipotek dan hak tanggungan sebagai jaminan utang. Kebendaan tidak bergerak lainnya dapat dibebankan dengan fidusia. Adapun jaminan perseorangan ini dapat berupa penjaminan utang atau *borgtocht* (*personal guarantee*), jaminan perusahaan (*corporate guarantee*), perjanjian tanggung menanggung, dan garansi bank (*bank*

³³² *Ibid*

guarantee). Dalam *borgtocht*, pemberi jaminannya pihak ketiga secara perseorangan, sebaliknya pada *corporate guarantee*, pemberi jaminannya badan usaha yang berbadan hukum. Garansi bank diberikan oleh bank guna menjamin pembayaran suatu jumlah tertentu apabila pihak yang dijamin wanprestasi.

Jaminan yang merupakan cara menurut hukum untuk pengamanan pembayaran utang dapat juga dibedakan atas jaminan dengan menguasai bendanya dan jaminan dengan tanpa menguasai bendanya. Jaminan yang diberikan dengan menguasai bendanya seperti gadai. Adapun jaminan yang diberikan dengan tanpa menguasai bendanya dijumpai pada hipotek, fidusia dan hak tanggungan. Penjaminan dengan menguasai bendanya dan tanpa menguasai bendanya demikian dikenal di seluruh perundang-undangan modern sekarang ini, hanya bentuknya yang agak berbeda.³³³

Jaminan dengan menguasai bendanya bagi kreditur lebih aman terutama jika tertuju pada benda bergerak, yang gampang dipindahkan dan berubah nilainya. Di sini kreditur menguasai bendanya dan memberikan perlindungan terhadap pihak ketiga atas gambaran yang salah mengenai tidak berwenangnya debitur atas bendanya. Kewenangan kreditur menjualnya atas kekuasaan sendiri jika terjadi wanprestasi karena benda jaminan berada dalam tangan kreditur.³³⁴

Jaminan dengan menguasai bendanya terutama pada gadai tertuju terhadap benda bergerak memberikan hak preferensi (*droit de preference*)

³³³ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Op Cit*, hlm, 57

³³⁴ *Ibid*

dan hak yang senantiasa mengikuti bendanya (*droit de suite*). Juga pemegang gadai mendapat perlindungan terhadap pihak ketiga seperti seolah-olah pemiliknya sendiri dari benda tersebut. Ia mendapat perlindungan jika menerima benda tersebut dengan itikad baik (*te goeder trouw; in good faith*), yaitu mengira bahwa debitur tersebut pemilik yang sesungguhnya dari benda itu.³³⁵

Jaminan dengan tanpa menguasai bendanya dalam praktik banyak terjadi. Hal ini menguntungkan debitur pemilik benda jaminan, yang justru memerlukan untuk memakai benda jaminan itu. Tetapi tidak gampang menjaminkan sesuatu benda dengan tetap menguasai benda itu oleh debitur, tanpa menimbulkan risiko bahaya bagi kreditur jika tidak disertai dengan tindakan pengamanan lainnya.³³⁶

B. Lembaga Jaminan Hak Tanggungan.

Sebelum berlakunya Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan bahwa yang berlaku atas jaminan kebendaan atas hak tanah hipotik sebagaimana yang diatur dalam KUHPerdara. Hal ini sesuai dengan Pasal 57 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Pokok-Pokok Agraria, dan kemudian Pasal 29 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 menyatakan :

Dengan berlakunya Undang-undang ini, ketentuan mengenai Credietverband sebagaimana tersebut dalam Staatsblad 1908-542 jo. Staatsblad 1909-586 dan Staatsblad 1909-584 sebagai yang telah diubah dengan Staatsblad 1937-190 jo. Staatsblad 1937-191 dan ketentuan mengenai Hypotheek sebagaimana tersebut dalam Buku II

³³⁵ *Ibid*

³³⁶ *Ibid*, hlm, 58

Kitab Undang-undang Hukum Perdata Indonesia sepanjang mengenai pembebanan Hak Tanggungan pada hak atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah dinyatakan tidak berlaku lagi.

Berdasarkan Pasal 26 tersebut di atas maka khusus jaminan hipotik atas tanah dinyatakan tidak berlaku lagi, dan sejak itulah jaminan hak atas tanah menjadi jaminan tersendiri yang dikenal dengan Hak Tanggungan. Sedangkan yang dimaksud dengan hak tanggungan adalah suatu hak kebendaan yang harus dibuat dengan sebuatan akta otentik dan didaftarkan serta bersifat *assessoris* dan *eksekutorial*, yang dibeikan oleh debitur kepada kreditur sebagai jaminan atas pembayaran hutang-hutangnya, yang objeknya tanah beserta segala sesuatu yang ada di atas tanah tersebut, dengan memberikan hak prioritas kepada pemegangnya untuk mendapatkan pembayaran utangnya terlebih dahulu daripada kreditur lainnya, tetapi walaupun tidak harus mendapat yang pertama, yang dapat dieksekusi melalui pelelangan umum atau dibawah tangan, atas segala tagihan-tagihan dari kreditur pemegang hak tanggungan, yang mengikuti benda objek jaminan kemanapun objek hak tanggungan itu berada.³³⁷

1. Makna Hak Tanggungan

Mengingat perkembangan Lembaga keuangan, baik Lembaga perbankan maupun Lembaga keuangan nonperbankan yang meminjamkan jumlah uang dalam jumlah yang cukup besar kepada debitur sehingga membutuhkan jaminan kebendaan dari debitur tersebut sebagai bukti kesanggupan debitur untuk membayar kembali hutangnya kepada kreditur

³³⁷ Munir Fuady, *Konsep Hukum Perdata..... Op Cit*, hlm. 85

tersebut. Sebagai implementasi dari Pasal 33, Pasal 39, Pasal 51 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Pokok-Pokok Agraria pemerintah membuat Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak tanggungan Atas Tanah Beserta Benda- Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.

Menurut ketentuan Pasal 1 Undang-Undang ini yang dimaksud dengan hak tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok- Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lainnya. Sedangkan menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) diartikan sebagai barang yang dijadikan jaminan, sedangkan jaminan adalah tanggungan atas pinjaman yang diterima.³³⁸ Sementara I Ketut Oka Setiawan Hak tanggungan adalah hak-hak penguasaan atas tanah yang beraspek perdata yang meberikan kewenangan kepada kreditur untuk menjual lelang tanah tertentu yang dijadikan agunan, jika debitur ingkar janji, kreditur berwenang untuk mengambil seluruh atau sebagian hasil pelelangan tersebut guna melunas piutangnya, dengan hak mendahului dari kreditur lainnya.³³⁹

Dari rumusan pengertian hak tanggungan di atas dapat diketahui bahwa pada umumnya suatu hak tanggungan merupakan bentuk jaminan

³³⁸ Arba & Diman Ade Mulada, *Op Cit*, hlm 3

³³⁹ I Ketut Oka Setiawan, *Hukum Pendaftaran Tanah & Hak Tanggungan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2019, hlm 98

atas pelunasan utang, yang mempunyai hak mendahului, daripada kreditur lainnya dengan objek jaminannya berupa hak atas tanah.

2. Subjek Hukum Hak Tanggungan

1) Pemberi Hak Tanggungan

Pemberi hak tanggungan adalah orang perseorangan atau badan hukum yang mempunyai kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum terhadap objek hak tanggungan yang bersangkutan. Kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum terhadap objek hak tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus ada pada pemberi hak tanggungan pada saat pendaftaran hak tanggungan dilakukan.

Penyebutan “orang perseorangan” atau “badan hukum” adalah berlebihan, karena dalam pemberian hak tanggungan objek yang dijaminakan pada pokoknya adalah tanah, dan menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, yang bisa mempunyai hak atas tanah adalah baik orang perseorangan maupun badan hukum -vide Pasal 21, Pasal 30, Pasal 36, dan Pasal 45 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria. Untuk masing-masing hak atas tanah, sudah tentu pemberi hak tanggungan sebagai pemilik hak atas tanah harus memenuhi syarat pemilikan tanahnya, seperti ditentukan sendiri-sendiri dalam undang-undang.

Selanjutnya syarat, bahwa pemberi hak tanggungan harus mempunyai kewenangan untuk mengambil tindakan hukum atas objek

yang dijaminan adalah kurang lengkap, karena yang namanya tindakan hukum bisa meliputi, baik tindakan pengurusan atau *beschikkingsdaden*, padahal tindakan menjaminkan merupakan tindakan pemilikan bukan pengurusan, yang tercakup oleh tindakan pengurusan. Jadi, lebih baik disebutkan, bahwa syaratnya adalah pemberi hak tanggungan harus mempunyai kewenangan tindakan pemilikan atas benda jaminan.

Kewenangan tindakan pemilikan itu baru disyaratkan pada saat pendaftaran hak tanggungan menurut Pasal 8 ayat (2) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah. Jadi, tidak tertutup kemungkinan, bahwa orang menjanjikan hak tanggungan pada saat benda yang akan dijaminan belum menjadi miliknya, asal nanti pada saat pendaftaran hak tanggungan, benda jaminan telah menjadi milik pemberi hak tanggungan. Ini merupakan upaya pembuat undang-undang untuk menampung kebutuhan praktik, dimana orang bisa menjaminkan persil, yang masih akan dibeli dengan uang kredit dari kreditur.

Praktiknya, sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah banyak Kantor Pertanahan yang ragu-ragu atau menolak pendaftaran hipotik jika kreditur merupakan orang perorangan. Hal ini rupanya diantisipasi oleh pembentuk Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, sehingga kini orang perorangan

dimungkinkan secara tegas sebagai penerima hak tanggungan. Walaupun demikian sejauh mungkin harus dicegah adanya praktik rentenir, yang menyalahgunakan peraturan hak tanggungan ini.³⁴⁰

2) Pemegang Hak Tanggungan

Pemegang hak tanggungan adalah orang perseorangan atau badan hukum yang berkedudukan sebagai pihak yang berpiutang.³⁴¹ Penerima hak tanggungan, yang sesudah pemasangan hak tanggungan akan menjadi pemegang hak tanggungan, yang adalah juga kreditur dalam perikatan pokok, juga bisa orang perseorangan maupun badan hukum. Di sini tidak ada kaitannya dengan syarat pemilikan tanah, karena pemegang hak tanggungan memegang jaminan pada dasarnya tidak dengan maksud untuk nantinya, kalau debitur wanprestasi, memiliki persil jaminan. Dalam Pasal 9 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah disebutkan bahwa yang dapat bertindak sebagai pemegang hak tanggungan adalah orang perseorangan atau badan hukum, yang berkedudukan sebagai kreditur. Menentukan siapa yang bisa menjadi pemegang hak tanggungan tidak sesulit menentukan siapa yang bisa bertindak sebagai pemberi hak tanggungan. Karena seorang pemegang hak tanggungan tidak berkaitan dengan pemilikan tanah dan pada dasarnya bukan orang yang bermaksud untuk memiliki objek hak tanggungan bahkan memperjanjikan. Bahwa objek hak tanggungan akan menjadi milik pemegang hak tanggungan,

³⁴⁰ H. M. Ridhwan Indra, *Mengenal Undang-Undang Hak Tanggungan*, Trisula, Jakarta, 1997, hlm. 22.

³⁴¹ Pasal 9 Ayat (1), Undang-Undang Hak Tanggungan, *Op. Cit.*,

kalau debitor wanprestasi adalah batal demi hukum sesuai Pasal 12 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.

Dari penegasan bahwa yang bisa bertindak sebagai pemegang hak tanggungan adalah “orang-perseorangan” atau “badan hukum”, kita bisa menyimpulkan bahwa yang bisa menjadi pemegang hak tanggungan adalah orang alamiah ataupun badan hukum. Yang namanya badan hukum bisa Perseroan Terbatas, Koperasi, dan Perkumpulan yang telah memperoleh status sebagai badan hukum ataupun yayasan. Diatas tidak disebutkan Perseroan Komanditer atau *commanditer venootschap*. Ini membawa persoalan lain, yaitu apakah Perseroan Komanditer bisa bertindak sebagai pemegang hak tanggungan, mengingat bahwa Perseroan Komanditer di indonesia belum secara resmi diakui sebagai badan hukum, sekalipun harus diakui, dalam praktik sehari-hari kita melihat adanya pengakuan secara tidak resmi dari anggota masyarakat, seakan-akan Perseroan Komanditer bisa mempunyai hak dan kewajiban sendiri.³⁴²

3. Objek Hak Tanggungan

Pasal 4 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, menyebutkan bahwa yang menjadi Objek Hak Tanggungan adalah sebagai berikut :

³⁴² J. Satrio, *Hukum Jaminan, Hak Jaminan Kebendaan, Op Cit*, hlm. 268.

- a. Hak milik;
- b. Hak guna usaha;
- c. Hak guna bangunan;
- d. Hak pakai atas tanah negara, yang menurut ketentuan yang berlaku wajib didaftar dan menurut sifatnya dapat dipindahtangankan dapat juga dibebani dengan hak tanggungan.

Walaupun tidak disebutkan secara tegas, tetapi mengingat hak tanggungan merupakan bagian dari pengaturan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (vide Pasal 51 juncto Pasal 57 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria), maka kiranya bisa kita simpulkan, bahwa hak-hak atas tanah yang menjadi objek hak tanggungan, sebagaimana yang disebut diatas, adalah hak-hak atas tanah menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.²³ Disamping itu, menurut Pasal 4 ayat (4) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah berbunyi:

“Hak tanggungan dapat juga dibebankan pada hak atas tanah berikut bangunan, tanaman, dan hasil karya yang telah ada dan yang akan ada yang merupakan satu kesatuan dengan tanahnya, dan yang merupakan milik pemegang hak atas tanah yang pembebanannya dengan tegas dinyatakan di dalam akta pemberian hak tanggungan yang bersangkutan.”

Oleh karena itu selain tanah, bangunan, tanaman dan hasil karya yang merupakan satu kesatuan dengan tanahnya dapat dijadikan objek

hak tanggungan. Perhatikan baik-baik syarat “merupakan satu-kesatuan” dengan tanahnya. Namun, perlu diperhatikan dengan baik bahwa penyebutannya adalah: “juga dapat dibebankan “pada hak atas tanah....”, dari cara penyebutan mana kita tahu, bahwa bangunan, tanaman dan hasil karya itu hanya bisa menjadi objek hak tanggungan kalau tanah di atas mana bangunan itu berdiri, tanaman itu tumbuh dan hasil karya itu berada juga dijamin dengan hak tanggungan. Benda-benda di luar tanah, yang disebutkan dalam Pasal 4 ayat (4) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah tidak bisa dijamin dengan Hak Tanggungan terlepas dari tanahnya.³⁴³

Penyebutan “yang merupakan satu-kesatuan dengan tanah tersebut” mengingatkan kita pada syarat “dipersatukan secara permanen atau *nagelvast*” dan “dengan akar tertancap dalam tanah atau *wortelvast*” pada hipotik. Jadi, walaupun Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria menganut asas hukum adat dan karenanya menganut asas pemisahan horisontal, namun di sini disyaratkan harus merupakan satu-kesatuan dengan tanahnya.²⁵ Kalau kita biasa membayangkan apa yang menjadi satu-kesatuan dengan tanah adalah apa yang berada di atas tanah, maka menurut penjelasan Pasal 4 ayat (4) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah

³⁴³ *Ibid.*, hlm. 275

ternyata meliputi juga bangunan yang ada di permukaan tanah, seperti basement. Jadi, yang ada di bawah tanah hanya meliputi bangunan, atau bagian dari bangunan, yang ada di bawah tanah, dan ada hubungannya dengan tanah yang ada di atasnya. Karenanya, tambang dan mineral tidak termasuk di dalamnya.

4. Sifat Hak Tanggungan

Hak tanggungan sebagai lembaga jaminan atas tanah yang kuat dan mampu memberikan kepastian hukum bagi para pihak, mempunyai dengan ciri-ciri sebagai berikut :

- a. Memberikan kedudukan yang diutamakan atau mendahului kepada pemegangnya (kreditur tertentu)

Dari definisi mengenai hak tanggungan sebagaimana dikemukakan di atas, diketahui bahwa hak tanggungan memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur terhadap kreditur-kreditur lain. Yang dimaksud dengan “kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain”, dapat dijumpai dalam Penjelasan Umum angka 4 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, yaitu :

“.... Bahwa jika debitur cidera janji, maka kreditur pemegang Hak Tanggungan berhak menjual tanah yang dijadikan jaminan melalui pelelangan umum, menurut ketentuan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan, dengan hak mendahului daripada kreditur-kreditur lain....”³⁴⁴

³⁴⁴ Penjelasan Umum., Angka 4, Undang-Undang Hak Tanggungan, *Op. Cit.*

Ciri ini dalam ilmu hukum dikenal dengan istilah *droit de preference*.

- b. Selalu mengikuti objek yang dijaminakan di tangan siapapun objek itu berada.

Ketentuan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah menyatakan bahwa hak tanggungan tetap mengikuti objeknya dalam tangan siapapun objek tersebut berada,³⁴⁵ sehingga hak tanggungan tidak akan berakhir sekalipun objek hak tanggungan itu beralih ke pihak lain oleh sebab apa pun juga. Asas yang disebut *droit de suite* memberikan kepastian kepada kreditur mengenai haknya untuk memperoleh pelunasan dari hasil penjualan atas tanah - penguasaan fisik atau Hak Atas Tanah penguasaan yuridis, yang menjadi objek hak tanggungan bila debitur wanprestasi, sekalipun tanah atau hak atas tanah yang menjadi objek hak tanggungan itu dijual oleh pemiliknya atau pemberi hak tanggungan kepada pihak ketiga.³⁴⁶

- c. Memenuhi asas spesialitas dan asas publisitas, sehingga dapat mengikat pihak ketiga dan memberikan kepastian hukum kepada pihak yang berkepentingan.

³⁴⁵ *Ibid.*, Pasal 7.

³⁴⁶ Sutan Remy Sjahdeini, *Hak Tanggungan Azas-Azaz Ketentuan-Ketentuan Pokok dan Masalah yang Dihadapi oleh Perbankan, Suatu Kajian Mengenai Undang-Undang Hak Tanggungan*, Alumni, Bandung, 1999, hlm.8.

Asas spesialisitas diaplikasikan dengan cara pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah. Sedangkan asas publisitas diterapkan pada saat pendaftaran pemberian hak tanggungan di Kantor Pertanahan. Pendaftaran tersebut merupakan syarat mutlak untuk lahirnya hak tanggungan tersebut dan mengikatnya hak tanggungan terhadap pihak ketiga hal ini diatur dalam Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang hak Tanggungan.

d. Mudah dan pasti pelaksanaan eksekusinya.

Keistimewaan lain dari hak tanggungan yaitu bahwa hak tanggungan merupakan hak jaminan atas tanah yang mudah dan pasti pelaksanaan eksekusinya. Apabila debitur wanprestasi tidak perlu ditempuh cara gugatan perdata biasa yang memakan waktu dan biaya. Bagi kreditur pemegang hak tanggungan disediakan cara-cara khusus, sebagaimana yang telah diatur dalam pasal 20 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.

Dari beberapa sifat hak tanggungan di atas apabila dirinci lebih lanjut, terdapat beberapa unsur penting yang merupakan ciri-ciri dari Hak Tanggungan tersebut, adalah sebagai berikut :

- a. Hak jaminan kebendaan;
- b. Objek Hak Tanggungan adalah hak atas tanah, baik yang melekat atau tidak melekat benda-benda lain yang berkaitan dengan tanah yang merupakan satu kesatuan dengan tanah yang

bersangkutan;

- c. Diperuntukkan untuk menjamin pelunasan utang tertentu;
- d. Memberikan kedudukan yang diistimewakan kepada Kreditur pemegang Hak Tanggungan.

Menurut Prof. Ny. Arie S. Hutagalung, S.H., MLI. Dengan ciri-ciri tersebut di atas, maka diharapkan sektor perbankan yang mempunyai pangsa kredit yang paling besar dapat terlindungi dalam menyalurkan dana kepada masyarakat dan secara tidak langsung dapat menciptakan iklim yang kondusif dan lebih sehat dalam pertumbuhan dan perkembangan perekonomian.³⁴⁷

Di samping memiliki empat ciri di atas hak tanggungan juga mempunyai beberapa sifat, seperti :

- a. Hak Tanggungan tidak dapat dibagi-bagi.

Maksud dari hak tanggungan tidak dapat dibagi-bagi, yaitu hak tanggungan membebani secara utuh objeknya dan setiap bagian dari padanya. Pelunasan sebagian utang yang dijamin tidak membebaskan sebagian objek dari beban hak tanggungan. Hak tanggungan yang bersangkutan tetap membebani seluruh objek untuk sisa utang yang belum dilunasi.³⁴⁸

Akan tetapi seiring berkembangnya kebutuhan akan perumahan, ketentuan tersebut ternyata menimbulkan permasalahan

³⁴⁷ Arie. S. Hutagalung, *Serba Aneka Masalah Tanah Dalam Kegiatan ekonomi, Suatu Kumpulan Karangan, Cetakan Kedua*, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok, 2002, hlm.255.

³⁴⁸ Boedi Harsono, *Op.Cit.*, hlm.420.

yaitu dalam hal suatu proyek perumahan atau rumah susun ingin diadakan pemisahan. Apabila tanahnya dibebankan hak tanggungan, ketentuan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah akan menyulitkan penjualan rumah atau satuan rumah susun yang telah dibangun tersebut.

Oleh karenanya untuk mengatasi permasalahan, maka ketentuan Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah membuka kesempatan untuk menyimpangi sifat tersebut, jika hak tanggungan dibebankan pada beberapa Hak Atas Tanah dan pelunasan utang yang dijamin dilakukan dengan angsuran sebesar nilai masing-masing Hak Atas Tanah yang merupakan bagian dari objek hak tanggungan yang akan dibebaskan dari hak tanggungan tersebut. Dengan demikian hak tanggungan hanya akan membebani sisa objek untuk sisa hutang yang belum dilunasi. Agar hal ini dapat berlaku, maka harus diperjanjikan dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan.

b. Hak tanggungan merupakan perjanjian *accessoir*.

Hak tanggungan diberikan untuk menjamin pelunasan hutang debitur kepada kreditur, oleh karena itu hak tanggungan merupakan perjanjian *accessoir* pada suatu perjanjian yang menimbulkan hubungan hukum utang-piutang sebagai perjanjian pokok. Kelahiran,

eksistensi, peralihan, eksekusi, berakhir dan hapusnya hak tanggungan dengan sendirinya ditentukan oleh peralihan dan hapusnya piutang yang dijamin pelunasannya. Tanpa ada suatu piutang tertentu yang secara tegas dijamin pelunasannya, maka menurut hukum tidak akan ada hak tanggungan.³⁴⁹

5. Pembebanan Hak Tanggungan

Pembebanan hak tanggungan merupakan suatu proses yang terdiri atas dua tahap, yaitu tahap pemberian hak tanggungan dan pendaftaran hak tanggungan.³⁵⁰ Pertama adalah pemberian hak tanggungan yang didahului dengan janji akan memberikan hak tanggungan, janji tersebut wajib dituangkan dan merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan dari perjanjian-perjanjian piutang. Perjanjian pemberian hak tanggungan harus dilakukan dihadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah yang berwenang, dengan pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan, sebagai penentu terhadap syarat spesialisasi dari hak tanggungan tersebut.

Dan yang kedua adalah tahap pendaftaran hak tanggungan pada kantor pertanahan kabupaten/kota dimana tanah terdaftar, dengan pembuatan buku tanah hak tanggungan dan Sertipikat Hak Tanggungan, untuk memenuhi syarat publisitas. Hal ini telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah. Dimana tata cara

³⁴⁹ Boedi Harsono, *Op.Cit.*, hlm.423.

³⁵⁰ Sutardja Sudrajat, *Pendaftaran Hak Tanggungan dan Penerbit Sertifikatnya*, Mandar Maju, Bandung. 1995, hlm. 54.

pembebanan hak tanggungan ini wajib memenuhi syarat-syarat yang telah ditetapkan oleh undang-undang.

a. Tahap Pembebanan Hak Tanggungan

Menurut pasal 10 Ayat (2) Undang-undang Hak Tanggungan, setiap pemberian hak tanggungan atas tanah sebagai jaminan utang wajib dibuat dengan Akta Pemberian Hak Tanggungan oleh PPAT, sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) adalah pejabat umum yang berwenang membuat akta pemindahan hak atas tanah dan akta lain dalam rangka pembebanan hak atas tanah, sebagai bukti perbuatan hukum tertentu mengenai tanah yang terletak dalam daerah kerjanya masing-masing.

Pembuatan akta ini dimaksudkan untuk memberikan jaminan kepastian hukum dan hak atas perbuatan hukum tersebut bagi para pihak. Akta tersebut berfungsi sebagai alat bukti bahwa telah terjadinya suatu perbuatan hukum pemberian hak tanggungan atas utang debitur terhadap kreditur. Jika debitur lalai maka dengan akta tersebut sebagai bukti kreditur untuk melakukan eksekusi.³⁵¹

Istilah akat dalam bahasa Belanda disebut *acte*, dalam dalam bahasa Inggris disebut *Act* atau *deed*. Berdasarkan kamus besar bahasa Indonesia akta didefinisikan sebagai surat tanda bukti pernyataan, keterangan, pengakuan, keputusan dan sebagainya

³⁵¹ Arba & Diman Ade Mulada. *Op Cit*, hlm. 80.

tentang peristiwa hukum yang dibuat menueurt peraturan yang berlaku, disaksikan dan disahkan oleh pejabat resmi.³⁵² Menurut Djamanat Samosir akta atau akte adalah surat yang diberi tanda tangan yang memuat peristiwa-peristiwa yang menjadi dasar suatu haka tau perikatan, yang dibuat sejak semula dengan sengaja untuk pembuktian.³⁵³ Sedangkan menurut Riduan Syahrani akta merupakan suatu tulisan yang dibuat dengan sengaja untuk dijadikan sebagai alat bukti tentang suatu peristiwa hukum dan ditanda tangani oleh sepembuatnya.³⁵⁴

Berdasarkan pendapat tersebut, maka dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud dengan akta adalah :³⁵⁵

- a) Perbuatan (*handling*) atau perbuatan hukum (*rechtshanding*);
- b) Suatu tulisan yang dibuat untuk dipergunakan sebagai alat bukti perbuatan hukum tersebut, yaitu berpua tulisan yang dijadikan suatu pembuktian sesuatu.

Dari beberapa pengertian tentang akta tersbut diatas Bachrudin menyimpulkan terdapat beberapa unsur akta, sebagai berikut :³⁵⁶

- a) Sebagai suatu bukti, baik bukti atas suatu perbuatan hukum,

³⁵² Bachrudin, *Hukum Kenotarian, Teknik Pembuatan Akta dan Bahasa Akta*, Rafika Aditama, Bandung, 2019, hlm. 50.

³⁵³ Djamanat Samosir. *Hukum Acara Perdata, Tahap-Tahap Penyelesaian Perkara Perdata*, Nuansa Aulia, Bandung, 2011, hlm. 222.

³⁵⁴ Chatib Rasyid & Syaifuddin. *Hukum Acara Perdata Dalam Teori dan Praktek*, UII Press, Yogyakarta, 2009, hlm. 108.

³⁵⁵ Arba & Diman Ade Mulada. *Op Cit*, hlm. 81

³⁵⁶ Bachrudin. *Op Cit*, hlm. 52

- peristiwa hukum, hubungan hukum maupun identitas hukum.
- b) Bukti tersebut dapat berisi tentang pernyataan, keterangan, ketetapan, perjanjian maupun pengadministrasian.
 - c) Substansi akta bisa berupa rumusan hak dan kewajiban (prestasi dan kontra prestasi), pernyataan, keterangan atau ketetapan mengenai hal tertentu, atau sekedar pengadministrasian mengenai hal tertentu.
 - d) Dasar pembuatan akta adalah peraturan hukum yang diadakan khusus untuk setiap akta.
 - e) Adanya penyaksian oleh pejabat yang berwenang atas pembuatan akta tersebut.

Akta merupakan tulisan yang menyatakan kebenaran suatu peristiwa atau perbuatan hukum. Isi akta berupa pernyataan kebenaran resmi artinya bahwa apa yang tertulis dalam akta merupakan pernyataan yang sah dari pejabat atau para pihak. Dibuat menurut peraturan-peraturan yang berlaku, artinya bahwa akta dibuat di muka pejabat atau dibuat oleh para pihak, didasarkan kepada peraturan perundang-undangan yang berlaku.³⁵⁷ Oleh karena itu akta mempunyai dua fungsi penting, yaitu akta sebagai fungsi formal yang mempunyai arti bahwa suatu perbuatan hukum akan menjadi lebih lengkap apabila dibuat suatu akta, dan fungsi sebagai alat bukti karena akta sebagai alat pembuktian dimana dibuatnya akta tersebut

³⁵⁷ Salim. *Teknik Pembuatan Akta Satu (konsep Teoritis, Kewenangan Notaris, Bentuk dan Minuta Akta)*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2015, hlm. 6.

sebagai para pihak yang terkait dalam suatu perjanjian ditujukan untuk pembuktian dikemudian hari. Terdapat pembagian akta yaitu akta autentik dan akta di bawah tangan.

a. Akta Autentik

Akta autentik adalah akta Akta autentik menurut Pasal 1868 KUHPerdara adalah suatu akta yang dibuat dalam bentuk yang ditentukan undang-undang oleh atau di hadapan pejabat umum yang berwenang untuk itu di tempat akta itu dibuat. Sedangankan menurut Urip Santoto akta autentik adalah akta yang bentuknya ditetapkan oleh undang-undang, akta dibuat oleh dan dihadapan pejabat umum yang berwenang, dan akta dibuat di daerah kerja pejabat yang berwenang tersebut.³⁵⁸ Lebih lanjut kita lihat yang dimaksud dengan akta menurut Pasal 101 huruf (a) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986 sebagaimana yang telah dilakukan dua kali perubahan, yang pertama dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004, dan yang kedua dengan Undang-Undang Nomor 51 tahun 2009, adalah surat yang dibuat oleh atau dihadapan seorang pejabat umum, yang meneurut peraturan perundang-undangan berwenang membuat surat itu dengan maksud untuk digunakan sebagai alat bukti tentang peristiwa atau peristiwa hukum yang tercantum didalamnya.

³⁵⁸ Urip Santoso, *Pejabat Pembuat Akta Tanah, Perspektif Regulasi, Wewenang, dan Sifat Akta*, Kencana Prananda Group, Jakarta, 2016, hlm. 129.

Berdasarkan pengertian di atas dapat disimpulkan bahwa akta autentik mempunyai kekuatan pembuktian yang sempurna bagi para pihak, sehingga apabila suatu pihak mengajukan akta autentik, hakim harus menerimanya dan menganggap apa yang dituliskan di dalam akta tersebut.

b. Akta dibawah tangan

Akta dibawah tangan adalah akta yang dibuat serta ditandatangani oleh para pihak yang bersepakat dalam perikatan atau antara para pihak yang berkepentingan saja. Lebih lanjut menurut Sudikno Mertokusumo menyatakan bahwa akta dibawah tangan adalah akta yang sengaja dibuat untuk pembuktian oleh para pihak tanpa bantuan dari seorang pejabat, dah hanya semata-mata dibuat oleh para pihak yang berkepentingan saja.³⁵⁹ Hal ini selaras dengan Pasal 1874 KUHPerdara menyatakan sebagai tulisan-tulisan dibawah tangan dianggap sebagai akta yang ditandatangani dibawah tangan, surat-surat register, surat-surat urusan rumah tangga dan lain-lain tulisan yang dibuat tanpa perantara seorang pejabat umum.

Berdasarkan Pasal 10 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996, yang menetapkan bahwa proses pemberian Hak Tanggungan harus diawali dengan pembuatan APHT oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah PPAT dalam wilayah kerjanya. Proses

³⁵⁹ Arba & Diman Ade Mulada, *Op Cit*, hlm. 83.

pemberian Hak Tanggungan tersebut dilakukan dengan pemberian janji untuk mengikat Hak Tanggungan hak atas tanah sebagai jaminan pelunasan utang tertentu. Janji atas Hak Tanggungan tersebut dituangkan dan tidak terpisahkan dari perjanjian utang piutang atau perjanjian lainnya yang mengakibatkan utang tersebut. Hal ini sebagaimana yang diatur dalam Pasal 10 Undang-Undang Hak Tanggungan Nomor 4 Tahun sebagai berikut :

“Pemberian Hak Tanggungan didahului dengan janji untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu, yang dituangkan di dalam dan merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian utang piutang yang bersangkutan atau perjanjian lainnya yang menimbulkan utang tersebut.”

Ketentuan tersebut di atas dapat dikatakan bahwa pemberian hak tanggungan harus diperjanjikan terlebih dahulu dan selanjutnya janji-janji tersebut harus menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari perjanjian utang piutang atau perjanjian lainnya sebagai dasar terjadinya utang tersebut, artinya setiap janji untuk memberikan hak tanggungan harus dituangkan dalam perjanjian utang piutangnya, sehingga sebelum Akta Pemberian Hak Tanggungan dibuat, perjanjian utang piutang harus mencantumkan “janji-janji” pemberian Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang mengingat sifat pengikatan Hak Tanggungan merupakan perjanjian *accessoir*.

Kemudian Pasal 10 ayat (2) Undang Undang Hak Tanggungan Nomor 4 tahun 1996 ini menyatakan bahwa pemberian Hak Tanggungan dilakukan dengan perjanjian tertulis, yang disajikan dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT). Akta Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) tersebut berisi pemberian Hak Tanggungan kepada Kreditur untuk jaminan pelunasan piutangnya. Ketentuan dalam Pasal 10 ayat (2) Undang-undang Hak Tanggungan menyatakan bahwa pemberian Hak Tanggungan dilakukan dengan pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan oleh PPAT sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

Pembuatan APHT sebagai *patij acte* wajib dihadiri oleh pemberi Hak Tanggungan, kreditor sebagai penerima Hak Tanggungan dan 2 orang saksi. Tugas pokok dari Pejabat Pembuat Akta Tanah adalah melaksanakan sebagian kegiatan pendaftaran tanah dengan membuat akta sebagai bukti dilakukannya perbuatan hukum tertentu mengenai hak atas tanah yang akan dijadikan dasar bagi pendaftaran perubahan data pendaftaran tanah yang diakibatkan oleh perbuatan hukum itu.

Dalam rangka pemenuhan asas spesialisitas dari Hak Tanggungan, baik subjek dan objek serta utang yang dijamin, berdasarkan ketentuan Pasal 11 ayat (1) Undang-undang Hak

Tanggungjawab, dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT) harus berisi hal-hal sebagai berikut :³⁶⁰

- a. Nama dan identitas dari pemberi Hak Tanggungan;
- b. omisili pihak-pihak dari pemberi Hak Tanggungan;
- c. Penunjukan secara jelas terhadap utang-utang yang dijamin, mengenai nama dan identitas debitur ;
- d. Nilai Hak Tanggungan;
- e. Uraian mengenai objek Hak Tanggungan.

Selanjutnya Pasal 11 ayat (1) Undang-Undang Hak Tanggungan mengatur bahwa isi dalam klausula Akta Pemberian Hak Tanggungan tersebut, merupakan syarat mutlak untuk sahnya Akta Pemberian Hak Tanggungan. apabila tidak mencantumkan secara lengkap tentang hal-hal yang merupakan syarat mutlak dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan mengakibatkan Akta Pemberian Hak Tanggungan menjadi batal demi hukum. Akibat hukumnya dengan tidak disajikannya secara lengkap terhadap hal-hal yang disebutkan dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang Hak Tanggungan Pasal 11 ayat (1) Undang-undang Hak Tanggungan tersebut, sebaiknya disajikan sebagai salah satu Ayat atau Pasal dalam Batang Tubuh Undang-undang Hak Tanggungan dan tidak hanya disampaikan dalam

³⁶⁰ Purwahid Patrik dan Kashadi, *Hukum Jaminan Edisi Revis Dengan UUHT*, Remaja Rosda Karya, Bandung, 2008, hlm. 66-68

penjelasannya.³⁶¹ Untuk memberikan kepastian hukum, nama dan identitas para pihak dalam perjanjian pemberian Hak Tanggungan harus dicantumkan suatu syarat yang jelas, mengingat tanpa identitas yang jelas, Pejabat Pembuat Akta Tanah tidak mengenal siapa yang menghadap kepadanya, akibatnya tidak tahu siapa yang menandatangani aktanya, apakah para pihak cakap untuk melakukan tindakan hukum, mempunyai kewenangan bertindak terhadap objek agunan yang diserahkan. Hal tersebut berhubungan dengan masalah kepastian hukum dan asas spesialisitas dari hak tanggungan.³⁶²

Pemberian Hak Tanggungan akan terjadi apabila telah dilakukan pembuatan perjanjian pokok, sebagai dasar timbulnya hubungan hukum utang piutang yang pelunasannya dijamin dengan pemberian hak tanggungan, yang merupakan perjanjian *accessoir* dari perjanjian jaminan Hak Tanggungan. Hal ini telah ditegaskan dalam Undang-undang Hak Tanggungan Pasal 3 ayat (1) yakni, sebagai berikut:

“Utang yang dijamin pelunasannya dengan Hak Tanggungan dapat berupa utang yang telah ada atau yang telah diperjanjikan dengan jumlah tertentu atau jumlah pada saat permohonan eksekusi hak tanggungan diajukan dapat ditentukan berdasarkan perjanjian utang piutang atau perjanjian lain yang menimbulkan hubungan utang piutang yang bersangkutan.”

Pasal 3 ayat (1) Undang-undang Hak Tanggungan tersebut di atas, mengatur bahwa utang yang pelunasannya dijamin dengan Hak

³⁶¹ J. Satrio, *Hukum Jaminan, Hak Jaminan Kebendaan, Op Cit*, hlm.144

³⁶² *Ibid*

Tanggungan tidak selalu dalam jumlah yang tetap, tetapi jumlahnya dapat ditentukan kemudian. Adapun utang tersebut, yakni sebagai berikut:³⁶³

- a. Utang yang telah ada, dengan jumlah tertentu;
- b. Utang yang belum ada, tetapi telah diperjanjikan, dengan jumlah tertentu, contohnya utang yang timbul dari pembayaran yang dilakukan oleh kreditur untuk kepentingan debitur dalam rangka pelaksanaan bank garansi;
- c. Jumlahnya tertentu atau ditetapkan kemudian pada saat permohonan eksekusi hak tanggungan diajukan, contohnya utang bunga atas pinjaman pokok dan ongkos-ongkos lain yang jumlahnya baru dapat ditentukan kemudian;
- d. Berdasarkan cara perhitungan yang telah ditentukan dalam:
 - a) Perjanjian utang-piutang;
 - b) Perjanjian lain yang menimbulkan hubungan utang-piutang yang bersangkutan, berupa perjanjian pinjam-meminjam maupun perjanjian lain, contohnya dalam perjanjian pengelolaan harta kekayaan orang yang belum dewasa atau yang berada di bawah pengampuan.

Yang dimaksud dengan utang yang telah ada adalah utang yang benar-benar sudah direalisasikan dengan jumlah uang yang sudah diberikan kepada debitur atau dengan istilah lain, sudah terutang

³⁶³ Rachmadi Usman, *Op.Cit.*, hlm. 412

sejumlah uang tertentu, berupa utang murni. Dalam utang murni hanya disebutkan besarnya kewajiban pokok utang dan bunga yang harus dibayar. Dalam praktik sering ditemukan perjanjian utang piutang dengan mensyaratkan jangka waktu dan untuk berapa lama utang tersebut diberikan, dengan mengacu pada asas Pasal 1349 KUHPerdara, yang mengatur bahwa dalam perjanjian utang piutang, ketentuan waktu harus dimaknai untuk kepentingan debitur, kecuali ditentukan lain, Kreditor tidak bisa menagih kembali utang tersebut sebelum waktu yang ditentukan, namun debitur dapat sewaktu-waktu melunasinya dan biasanya dalam perjanjian utang piutang telah disepakati adanya kesempatan debitur untuk mempercepat pelunasan, baik dengan denda atau tidak.³⁶⁴

Dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan, dapat dimasukkan klausula janji-janji sebagaimana yang diatur dalam Pasal 11 ayat (2) Undang undang Hak Tanggungan Nomor 4 tahun 1996. Janji-janji tersebut merupakan upaya Kreditor untuk mengamankan agar objek jaminan tersebut mempunyai nilai yang tetap tinggi, apabila objek jaminan tersebut dilakukan eksekusi.

Menurut Pasal 11 ayat (2) Undang undang Hak Tanggungan Nomor 4 tahun 1996 telah mengatur tentang janji-janji yang akan

³⁶⁴ J. Satrio, *Hukum Jaminan, Hak Jaminan Kebendaan, Op Cit*, hlm.151

dituangkan dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan, yaitu sebagai berikut:³⁶⁵

- a. Janji membatasi kewenangan pemberi Hak Tanggungan untuk menyewakan objek Hak Tanggungan, kecuali telah mendapat persetujuan terlebih tertulis dahulu dari penerima Hak Tanggungan;
- b. Janji yang membatasi kewenangan pemberi Hak Tanggungan untuk merubah bentuk objek Hak Tanggungan, kecuali telah mendapat persetujuan tertulis dari penerima Hak Tanggungan;
- c. Janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang Hak Tanggungan untuk mengelola objek Hak Tanggungan berdasarkan penetapan Ketua Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi letak objek Hak Tanggungan apabila debitur cidera janji;
- d. Janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang Hak Tanggungan untuk mengamankan objek Hak Tanggungan, apabila diperlukan untuk pelaksanaan eksekusi atau untuk mencegah hapusnya hak yang menjadi objek Hak Tanggungan karena dilanggarnya ketentuan Undang-Undang;
- e. Janji bahwa pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual atas kekuasaan sendiri atas objek Hak Tanggungan apabila debitur cidera janji;

³⁶⁵ Purwahid Patrik dan Kashadi, *Op.Cit.*, hlm. 69-70

- f. Janji yang diberikan oleh pemegang Hak Tanggungan pertama bahwa objek Hak Tanggungan tidak akan dibersihkan dari Hak Tanggungan;
- g. Janji bahwa pemberi Hak Tanggungan tidak akan melepaskan haknya atas objek Hak Tanggungan tanpa persetujuan tertulis lebih dahulu dari Hak Tanggungan;
- h. Janji bahwa penerima Hak Tanggungan akan memperoleh seluruh atau sebagian dari ganti rugi yang diterima pemberi Hak Tanggungan untuk pelunasan piutangnya apabila objek Hak Tanggungan dilepaskan haknya oleh pemberi Hak Tanggungan atau dicabut haknya untuk kepentingan umum.
- i. Janji bahwa penerima Hak Tanggungan akan memperoleh seluruh atau sebagian dari uang asuransi yang diterima pemberi Hak Tanggungan untuk pelunasan piutangnya, jika objek Hak Tanggungan diasuransikan;
- j. Janji bahwa pemberi Hak Tanggungan akan mengosongkan objek Hak Tanggungan pada waktu eksekusi Hak Tanggungan;
- k. Janji yang dimaksud dalam Pasal 14 ayat (4).

Sedangkan janji yang dilarang dimasukkan dalam klausula Akta Pemberian Hak Tanggungan adalah janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang Hak Tanggungan untuk memiliki objek Hak Tanggungan apabila debitur wanprestasi dan apabila tindakan tersebut terjadi maka perjanjian tersebut dinyatakan batal

demikian hukum hal ini telah diatur dalam Pasal 12 Undang-undang Hak Tanggungan Nomor 4 tahun 1996 yang berbunyi :

“Janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang Hak Tanggungan untuk memiliki obyek Hak Tanggungan apabila debitur cidera janji, batal demi hukum”.

b. Tahap Pendaftaran Hak Tanggungan

Menurut Pasal 13 ayat (1) Undang-undang Hak Tanggungan, pemberian Hak Tanggungan wajib didaftarkan pada Kantor Pertanahan. Pasal 13 ayat (2) menyatakan selambat-lambatnya tujuh (7) hari kerja setelah penandatanganan Akta Pemberian Hak Tanggungan, Pejabat Pembuat Akta Tanah wajib mengirimkan Akta Pemberian Hak Tanggungan yang bersangkutan dan warkah lain yang diperlukan kepada Kantor Pertanahan. Warkah yang dimaksud meliputi surat-surat bukti yang berkaitan dengan obyek hak tanggungan dan identitas pihak-pihak yang bersangkutan, termasuk didalamnya sertifikat hak atas tanah dan/atau surat-surat keterangan mengenai obyek hak tanggungan. Pejabat Pembuat Akta Tanah wajib melaksanakan hal tersebut karena jabatannya dan sanksi atas pelanggaran hal tersebut akan ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang jabatan PPAT.³⁶⁶

³⁶⁶ *Ibid.*

Pendaftaran Hak Tanggungan dilakukan oleh Kantor Pertanahan dengan membuat buku tanah Hak Tanggungan dan mencatatnya dalam buku tanah hak atas tanah yang menjadi obyek Hak Tanggungan serta menyalin catatan tersebut pada sertipikat hak atas tanah yang bersangkutan. Menurut ketentuan pasal 14 ayat (1) Undang-undang Hak Tanggungan dijelaskan bahwa sebagai bukti adanya hak tanggungan, Kantor Pertanahan menerbitkan sertipikat Hak Tanggungan. Hal ini berarti sertipikat Hak Tanggungan merupakan bukti adanya Hak Tanggungan. Oleh karena itu maka sertipikat Hak Tanggungan dapat membuktikan sesuatu yang pada saat pembuatannya sudah ada atau dengan kata lain yang menjadi patokan pokok adalah tanggal pendaftaran atau pencatatannya dalam buku tanah Hak Tanggungan.³⁶⁷

Proses pendaftaran Hak Tanggungan tersebut di atas sebagaimana telah diatur dalam Pasal 14 Undang-undang Hak Tanggungan Nomor 4 tahun 1996, yang menyatakan bahwa :

- a. Sebagai bukti pembebanan Hak Tanggungan, Kantor Pertanahan menerbitkan sertipikat Hak Tanggungan sesuai dengan ketentuan peraturan Perundang-undangan yang berlaku;
- b. Dalam Sertipikat Hak Tanggungan mencantumkan irah-irah dengan kata-kata “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”;

³⁶⁷ Boedi Harsono dan Sudarianto. *Konsepsi Pemikiran tentang UUHT*, Makalah Seminar Nasional, Bandung 1996, hlm. 17.

- c. Sertipikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) mempunyai kekuatan eksekutorial, artinya sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dan berlaku sebagai pengganti *grosse akta hypotheek*.
- d. Dikecualikan, apabila diperjanjikan lain, sertipikat hak atas tanah yang telah dibubuhi catatan pembebanan Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 ayat (3) dikembalikan pada hak atas tanah yang bersangkutan.
- e. Sertipikat Hak Tanggungan diberikan kepada pemegang Hak Tanggungan.

Irah-irah “ Demi Keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa “ yang tertuang pada sertipikat Hak Tanggungan mempunyai tujuan untuk menegaskan adanya kekuatan eksekutorial pada sertipikat Hak Tanggungan, sehingga apabila debitur wanprestasi, otomatis objek jaminan yang sudah diikat dengan Hak Tanggungan dapat dieksekusi yang dapat dimaknai seperti putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, melalui lembaga *parate executie*, sebagaimana diatur dalam peraturan Hukum Acara Perdata, artinya Sertipikat Hak Tanggungan mempunyai makna sebagai bukti adanya pengikatan Hak Tanggungan sehingga sertipikat Hak Tanggungan dapat membuktikan bahwa pada saat pembuatannya sudah ada atau

dengan kata lain yang dapat menjadi patokan pokok adalah tanggal pendaftaran atau pencatatannya dalam buku tanah Hak Tanggungan.³⁶⁸

Jika dilihat dalam Pasal 3 Peraturan pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah, pendaftaran Hak Tanggungan secara umum sebagai berikut :

1. Untuk memberikan kepastian hukum kepada pemberi dan penerima hak tanggungan dan memberikan perlindungan hukum manakala salah satu pihak mengadakan tindakan-tindakan yang merugikan pihak lainnya. Salah satu contohnya adalah jika pemberi Hak Tanggungan tidak dapat melunas utangnya yang dipinjam dari pemegang Hak Tanggungan, maka dengan pendaftaran Hak Tanggungan, pemegang Hak Tanggungan mempunyai kekuatan hukum yang kuat untuk mendapatkan pembayaran atas piutangnya dengan cara mengeksekusi tanah yang dibebani Hak Tanggungan.
2. Untuk menyediakan informasi kepada pihak-pihak yang berkepentingan termasuk pemerintah agar mudah dapat memperoleh data yang diperlukan dalam mengadakan perbuatan hokum mengenai bidang-bidang tanah yang sudah terdaftar dengan hak tanggungan sehingga pemerintah maupun masyarakat dapat dengan mudah meperoleh informasi tentang data fisik dan data yuridis di Kantor Pertanahan apabila akan mengadakan suatu

³⁶⁸ *Ibid*

perbuatan hokum mengenai bidang-bidang tanah dan sautuan rumah susun yang sudah terdaftar dengan Hak Tanggungan.

3. Untuk terselenggaranya tertib adimistrasi pertanahan. Program pemerintah di bidang pertanahan dikenal dengan catur tertib pertanahan, yaitu tertib hukum pertanahan, tertib admistrasi pertanahan, tertib penggunaan tanah, dan tertib pemeliharaan tanah dan kelestarian lingkungan. Untuk mencapai tertib admistrasi pertanahan salah satunya dilakukan dengan menyelenggarakan kegiatan pedaftaran hak tanggungan yang bersifat *rechtcadaster*.

Sedangkan fungsi dilakukannya pendaftaran Hak Tanggungan bagia para pihak dalam perjanjian Hak Tanggungan adalah sebagai berikut :

1. Bagi pemberi hak tanggungan.

Dengan dilakukan pendaftaran hak tanggungan maka pemberi hak tanggungan dapat memperoleh pinjaman kredit dari kreditur, krena lahirnya hak tanggungan itu ketika telah dilakukanya pendaftaran terhadap tahan sebagai objek hak tanggungan. Hal ini dibuktikan dengan berikannya sertipikat hak tanggungan sebagai tanda bukti telah adanya, hak tanggungan yang diberikan oleh kantor pertanahan kepada pemegang hak tanggungan.

2. Bagi penerima hak tanggungan.

Memberikan rasa aman bagi pemegang hak tanggungan apabila dikemudia hari ternyata pemberi hak tanggungan tidak

melaksanakan kewajibannya sebagaimana yang telah disepakati, sehingga oleh pemegang hak tanggungan tanah yang menjadi objek hak tanggungan dapat dilakukan eksekusi untuk menyelesaikan kewajibannya dari pemberi hak tanggungan.

Saat ini prosedur pendaftaran Hak Tanggungan dapat melalui dua tahap, yakni :

1. Pendaftaran Hak Tanggungan secara Konvensional.

Untuk pendaftaran Hak Tanggungan secara konvensional dapat dilakukan dengan beberapa tahap, sebagai berikut :

- (1) Perjanjian utang-piutang yang mengandung janji untuk memberikan Hak Tanggungan.

Perjanjian ini bersifat *obligatoir* (*pactum de contrahendo*). Arti dari bersifat *Obligatoir* adalah kewajiban debitur untuk memberikan atau menyerahkan objek Hak Tanggungan kepada kreditur. Perjanjian ini mengandung klausula untuk memberi Hak Tanggungan ini merupakan perjanjian perorangan (*persoonlijke overeenkomst*) dan merupakan perjanjian pokok (*principal*).

- (2) Pemberihan Hak Tanggungan

Dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, terdapat 2 (dua) cara pemberian hak tanggungan, yaitu :

- a. Pemberian Hak Tanggungan secara langsung oleh pemberi

Hak Tanggungan.

Pemberian Hak Tanggungan secara langsung oleh pemberi Hak Tanggungan telah diatur dalam Pasal 10 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 sebagai berikut :

- a) Didahului janji untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan atas pelunasan utang tertentu, yang merupakan tak terpisahkan dengan perjanjian utang piutang;
- b) Dilakukan dengan pembuatan Akta Hak pemberian Hak Tanggungan oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- c) Objek Hak Tanggungan berupa hak atas tanah yang berasal dari konversi hak lama yang telah memenuhi syarat didaftarkan, tetapi belum dilakukan pendaftarannya, pemberian Hak Tanggungan dilakukan Bersama-sama dengan permohonan pendaftaran hak atas tanah yang bersangkutan.

- b. Pemberian Hak Tanggungan dengan pemberian kuasa pembebanan Hak Tanggungan oleh pemberi Hak Tanggungan.

Dalam Pasal 15 Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996, mengatur tentang pemberian Hak Tanggungan dengan

pemberian kuasa Pembebanan Hak Tanggungan sebagai berikut :

a) Wajib dibuat dengan akta Notaris atau akta PPAT dengan ketentuan sebagai berikut :

(1) Tidak memuat kuasa untuk melakukan perbuatan hokum lain daripada membebankan Hak Tanggungan;

(2) Tidak memuat kuasa substitusi;

(3) Mencantumkan secara jelas objek Hak Tanggungan, jumlah utang dan nama serta identitas krediturnya, nama dan indentitas debitur apabila debitur bukan pemberi Hak Tanggungan.

b) Tidak dapat diatarik kembali atau tidak dapat berakhir oleh sebab apapun kecuali karena kuasa tersebut telah dilaksanakan atau karena telah habis jangka waktunya.

c) Surat kuasa membebankan Hak tanggungan mengenai ha katas tanah yang sudah didaftar wajib diikuti dengan pembuatan Akta Pemberihan Hak Tanggungan selambat-lambatnya 1 (satu) bulan sesudah diberikan.

d) Surat kuasa membebankan Hak Tanggungan mengenai hak atas tanah yang belum terdaftar wajib diikuti dengan pembuatan Akta Pemberihan Hak tanggungan selambat-lambatnya 3 (tiga) bulan sesudah diberikan.

2. Pendaftaran Hak Tanggungan secara elektronik.

Sistem Hak Tanggungan Elektronik adalah serangkaian proses pelayanan hak tanggungan dalam rangka pemeliharaan data pendaftaran tanah yang diselenggarakan melalui sistem elektronik yang terintegrasi.³⁶⁹ Pelaksanaan pendaftaran Hak Tanggungan Elektronik ini diselenggarakan oleh Kantor Pertanahan Kabupaten/Kota dimana hak atas tanah yang menjadi objek Hak Tanggungan terdaftar dan kemudian diberikan sertifikat secara elektronik kepada pemohon Hak Tanggungan melalui Pejabat Pembuat Akta Tanah dalam wilayah kewenangannya.

Untuk melakukan pendaftaran Hak tanggungan secara elektronik, pengguna harus terlebih dahulu terdaftar dengan ketentuan sebagai berikut :

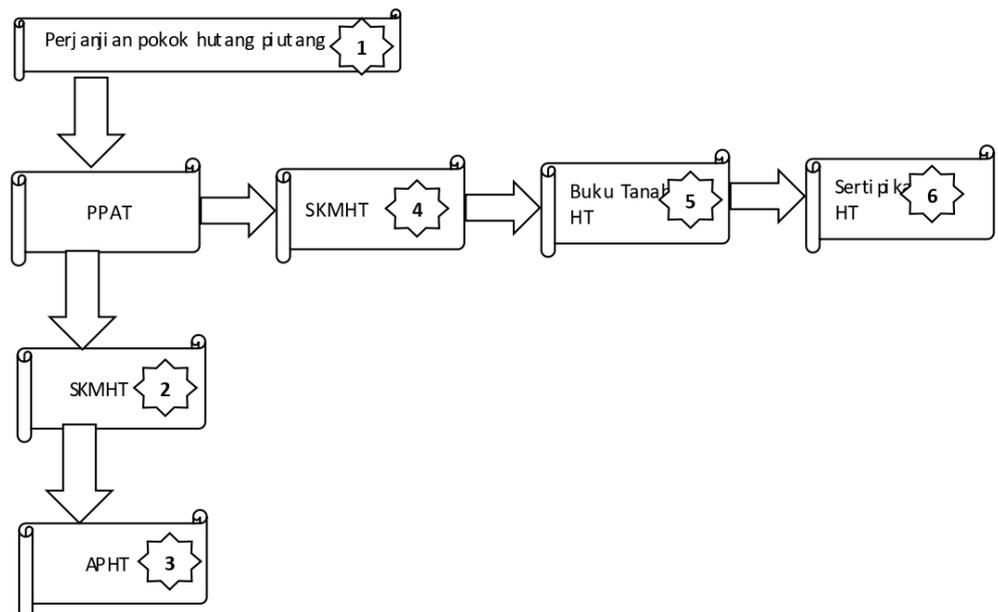
- a. Pengguna layanan sistem Hak Tanggungan elektronik terdiri dari perseorangan/badan hukum selaku kreditur dan Aparatur Sipil Negara Kementerian yang bertugas melayani Hak Tanggungan;
- b. Terhadap perseorangan atau badan hukum sebagaimana dimaksud sebelumnya harus menjadi pengguna terdaftar pada sistem Hak Tanggungan Elektronik, dengan persyaratan sebagai berikut :
 - a) Mempunyai domisili elektronik;

³⁶⁹ Pasal 1 angka (6) Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 9 Tahun 2019

- b) Surat keterangan terdaftar di Otoritas Jasa Keuangan;
 - c) Pernyataan pemenuhan persyaratan dan kriteria serta persetujuan ketentuan sebagai pengguna terdaftar;
 - d) Syarat lainnya yang ditentukan oleh kementerian;
- c. Kementerian melakukan verifikasi atas pendaftaran dan berhak menolak pendaftaran dimaksud;

Berdasarkan penjelasan tersebut di atas, maka dapat digambarkan suatu bagan dan mekanisme pembebanan hak tanggungan sebagai berikut :

Gambar III. 1
Bagan Pembebanan Hak Tanggungan



Melihat gambar di atas maka dapat diuraikan sebagai berikut :

- 1) Dalam pembebanan Hak Tanggungan, diawali dengan perjanjian hutang piutang sebagai perjanjian pokok, perjanjian pokok ini

dapat dibuat oleh para pihak di bawah tangan maupun dengan akta autentik. Perjanjian pokok ini wajib memuat klausula tentang hal yang menimbulkan perjanjian *assesoir*, bahwa jika debitur tidak membayar hutangnya pada saat jatuh tempo, maka debitur menunjuk aset yang berupa tanah dan atau bangunan sebagai jaminan pelunasan hutangnya.

- 2) Jika debitur wanprestasi, maka undang-undang mewajibkan debitur memberi kuasa kepada kreditur untuk membebaskan Hak Tanggungan yang sering disingkat SKMHT.
- 3) Setelah PPAT atau Notaris membuat SKMHT maka PPAT yang berada dalam wilayah kerja objek Hak Tanggungan akan membuat APHT sesuai dengan peraturan perundang-undangan.
- 4) Paling lambat 7 (tujuh) hari kerja setelah penandatanganan APHT, maka PPAT wajib mengirimkan APHT beserta warkahnya ke kantor Pertanahan sesuai dengan wilayah kerjanya. Hak Tanggungan lahir pada hari buku tanah tersebut.
- 5) Kantor Pertanahan akan membuat buku tanah Hak Tanggungan dan menuliskan atau mencatatkan beban hutang tersebut pada buku tanah objek Hak Tanggungan pada sertipikat hak atas tanah.
- 6) Kantor Pertanahan menyalin buku tanah Hak Tanggungan atau menerbitkan sertipikat Hak Tanggungan.

6. Hapusnya Hak Tanggungan

Hak Tanggungan merupakan suatu perjanjian yang melahirkan perikatan, menurut hukum perdata ada beberapa penyebab hapusnya suatu perikatan dan begitu pula dengan perjanjian pemberian Hak Tanggungan juga dibisa dihapus. menurut Pasal 18 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan, karena :

a. hapusnya utang yang dijamin dengan Hak Tanggungan;

Hak Tanggungan merupakan jaminan utang yang pembebanannya untuk kepentingan kreditur sebagai pemegang Hak Tanggungan, hal ini logis bila Hak Tanggungan hanya dapat dihapus oleh kreditur. Sesuai dengan sifatnya hak tanggungan yang *accessoir*, karena Hak Tanggungan keberadaannya bergantung kepada adanya piutang yang dijamin pelunansannya dengan hak tersebut. Oleh karena itu apabila piutangnya itu hapus karena dilunasi oleh debitur ataupun karena sebab-sebab lainnya, maka dengan sendirinya Hak Tanggungan yang bersangkutan menjadi hapus.

b. dilepaskannya Hak Tanggungan oleh pemegang Hak Tanggungan;

Hapusnya Hak Tanggungan karena dilepaskan oleh pemegangnya dilakukan dengan pemberian pernyataan tertulis mengenai dilepaskannya Hak Tanggungan tersebut oleh pemegang Hak Tanggungan kepada pemberi Hak Tanggungan. Suatu utang dianggap hapus karena pihak kreditur membebaskan segala

tagihannya kepada debitur, dimana menurut hukum, pembebasan utang ini harus dilakukan dengan tegas, jadi tidak dapat dipersangkakan.

Pemegang Hak Tanggungan yang melepaskan haknya atas Hak Tanggungan membuat pernyataan tertulis kepada pemberi Hak Tanggungan. Tanpa adanya pernyataan tegas bebas dari kreditur terhadap debitur, maka utang debitur tetap masih harus dipenuhi oleh debitur kepada kreditur. Demikian pula dengan suatu Hak Tanggungan, tanpa adanya pernyataan tegas atas pelepasan Hak Tanggungan oleh pegang Hak Tanggungan kepada pemberi Hak Tanggungan, maka Hak Tanggungan tidak pernah hapus.

- c. pembersihan Hak Tanggungan berdasarkan penetapan peringkat oleh Ketua Pengadilan Negeri;

Hapusnya Hak Tanggungan karena pembersihan Hak Tanggungan berdasarkan penetapan peringkat oleh Ketua Pengadilan Negeri terjadi karena permohonan pembeli hak atas tanah yang dibebani Hak Tanggungan tersebut agar hak atas tanah yang dibelinya itu dibersihkan dari beban Hak Tanggungan hal ini terjadi apabila Hak Tanggungan dibebani lebih dari satu Hak Tanggungan dan tidak terdapat kesepakatan diantara pemegang Hak Tanggungan tersebut mengenai pembersihan objek Hak Tanggungan dari beban yang melebihi harga pembeliannya, maka pembeli objek Hak Tanggungan tersebut dapat mengajukan

permohonan kepada Ketua Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi letak objek Hak Tanggunganyang bersangkutan untuk menetapkan pembersihan itu sekaligus menetapkan ketentuan mengenai pembagian hasil penjualan lelang diantara para kreditur dan peringkat, hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 19 Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan.

d. hapusnya hak atas tanah yang dibebani Hak Tanggungan.

Suatu perikatan dapat menjadi hapus karena objek yang menjadi perikatan tersebut musnah, tidak dapat diperdagangkan, atau hilang, sehingga tidak dapat lagi diketahui keberadaannya. Perikatan tersebut menjadi hapus asalkan hilangnya atau musnahnya objek perikatan tersebut di luar salahnya debitur dan tidak ada wanprestasi di pihak debitur. Oleh karena itu jika suatu Hak Tanah yang dibebani Hak Tanggungan itu hapus maka dengan sendirinya Hak Tanggungan atas tanah tersebut juga hapus.

7. **Roya Hak Tanggungan**

Roya adalah pencoretan Hak Tanggungan pada buku tanah dan sertipikatnya sehingga Hak Tanggungan menjadi hapus. Setelah Hak Tanggungan hapus, maka Kantor Pertanahan dimana objek tanahnya terdaftar melakukan pencoretan terhadap catatan tentang Hak Tanggungan tersebut pada buku tanah hak atas tanah dan sertipikat

hak atas tanahnya. Dengan hapusnya Hak Tanggungan, maka sertipikat Hak Tanggungan yang bersangkutan ditarik kembali Bersama-sama buku tanahnya dinyatakan tidak berlaku lagi. Permohonan pencoretan Hak tanggungan diajukan oleh pihak yang berkepentingan dengan melampirkan sertipikat Hak Tanggungan yang telah diberi catatan oleh kreditur bahwa Hak Tanggungan hapus karena hutang telah dilunasi, atau pernyataan tertulis dari kreditur bahwa Hak Tanggungan telah hapus karena piutang yang dijamin telah lunas, atau karena kreditur melepaskan Hak Tanggungan yang bersangkutan.³⁷⁰

Pencoretan Hak Tanggungan di diatur dalam Pasal 22 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 yang menyebutkan bahwa :

- 1) Setelah Hak Tanggungan hapus sebagaimana dimaksudkan dalam Pasal 18, Kantor Pertanahan mencoret catatan Hak Tanggungan tersebut pada buku-tanah hak atas tanah dan sertipikatnya. Pencoretan catatan atau royas Hak Tanggungan dilakukan demi ketertiban administrasi dan tidak mempunyai pengaruh hukum terhadap Hak Tanggungan yang bersangkutan yang sudah hapus;
- 2) Dengan hapusnya Hak Tanggungan, sertipikat Hak Tanggungan yang bersangkutan ditarik dan bersama-sama buku-tanah Hak Tanggungan dinyatakan tidak berlaku lagi oleh Kantor Pertanahan;

³⁷⁰ M. Khoidin, *Op Cit*, hlm. 93

- 3) Apabila sertipikat Hak Tanggungan karena sesuatu sebab tidak dikembalikan pada Kantor Pertanahan, hal tersebut dicatat pada buku-tanah Hak Tanggungan;
- 4) Permohonan pencoretan tersebut diajukan oleh pihak yang berkepentingan dengan melampirkan sertipikat Hak Tanggungan yang telah diberi catatan oleh kreditur bahwa Hak Tanggungan hapus karena piutang yang dijamin pelunasannya dengan Hak Tanggungan itu sudah lunas, atau pernyataan tertulis dari kreditur bahwa Hak Tanggungan telah hapus karena piutang itu telah lunas atau karena kreditur melepaskan Hak Tanggungan yang bersangkutan. ;
- 5) Apabila kreditor tidak bersedia memberikan pernyataan tertulis tersebut, pihak yang berkepentingan dapat mengajukan permohonan perintah pencoretan kepada Ketua Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi tempat Hak Tanggungan yang bersangkutan didaftar;
- 6) Apabila permohonan perintah pencoretan timbul dari sengketa yang sedang diperiksa oleh Pengadilan Negeri lain, permohonan tersebut harus diajukan kepada Ketua Pengadilan Negeri yang memeriksa perkara yang bersangkutan;
- 7) Permohonan pencatatan Hak Tanggungan berdasarkan perintah Pengadilan Negeri tersebut diajukan kepada Kepala Kantor Pertanahan dengan melampirkan salinan penetapan atau putusan

Pengadilan Negeri yang bersangkutan;

- 8) Kantor Pertanahan melakukan pencoretan catatan Hak Tanggungan menurut tata cara yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam waktu 7 (tujuh) hari kerja terhitung sejak diterimanya permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (4) dan ayat (7);
- 9) Apabila pelunasan utang dilakukan dengan cara angsuran sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (2), hapusnya Hak Tanggungan pada bagian obyek Hak Tanggungan yang bersangkutan dicatat pada buku-tanah dan sertipikat Hak Tanggungan serta pada buku-tanah dan sertipikat hak atas tanah yang telah bebas dari Hak Tanggungan yang semula membebaninya.

Dalam penjelasan Pasal 22 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996, menyebutkan bahwa pencoretan royas Hak Tanggungan merupakan suatu tindakan administrative yang perlu dilakukan agar data mengenai tanah selalu sesuai dengan kenyataan yang ada. Hak Tanggungan bukan hapus karena Royas, tetapi karena Hak Tanggungan Sudah hapus maka perlu diikuti dengan melakukan pencoretan beban Hak Tanggungan dalam catatan buku tanah dan sertipikat hak atas tanah tersebut, hal demikian dilakukan agar tercapai ketertiban administrasi pertanahan.

8. Eksekusi Hak Tanggungan

Sebelum membahas mengenai Eksekusi Hak Tanggungan, maka perlu dijelaskan terlebih dahulu mengenai pengertian dari eksekusi itu sendiri. Pengertian lebih lanjut mengenai eksekusi menurut beberapa ahli hukum, akan penulis kemukakan pada sub-sub selanjutnya. Namun untuk memberikan pemahaman tentang pengertian eksekusi ini penulis mengambil pendapat Salim yang memberikan pengertian eksekusi sebagai pelaksanaan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap. Objek dari eksekusi adalah salinan putusan dan *grosse* akta (salinan pertama dari akta otentik). *Grosse* akta dapat disamakan kekuatannya dengan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap.³⁷¹

Sudikno Mertokusumo juga mengartikan eksekusi sebagai pelaksanaan putusan. Menurut beliau terdapat beberapa jenis pelaksanaan putusan (eksekusi) yaitu sebagai berikut³⁷²:

- (1) Eksekusi putusan yang menghukum pihak yang dikalahkan untuk membayar sejumlah uang. Prestasi yang diwajibkan adalah membayar sejumlah uang. Eksekusi ini diatur dalam Pasal 196 HIR (Pasal 208 RBg);
- (2) Eksekusi putusan yang menghukum orang untuk melakukan suatu perbuatan. Hal ini diatur dalam Pasal 225 HIR (pasal 259 RBg).
Orang tidak dapat dipaksakan untuk memenuhi prestasi yang berupa

³⁷¹ Salim HS. *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia,Op Cit.* hlm. 188.

³⁷² Sudikno Mertokusumo. *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1998, hlm. 240.

perbuatan. Akan tetapi pihak yang dimenangkan dapat minta kepada hakim agar kepentingan yang akan diperolehnya dinilai dengan uang.

- (3) Eksekusi riil. Eksekusi riil merupakan pelaksanaan prestasi yang dibebankan kepada debitur oleh putusan hakim secara langsung. Jadi eksekusi riil itu adalah pelaksanaan putusan yang menuju kepada hasil yang sama seperti apabila dilaksanakan secara sukarela oleh pihak yang bersangkutan. Dengan eksekusi riil maka yang berhaklah yang menerima prestasi. Prestasi yang terhutang seperti yang telah kita ketahui misalnya pembayaran sejumlah uang, melakukan suatu perbuatan tertentu, tidak berbuat, menyerahkan benda. Dengan demikian maka eksekusi mengenai ganti rugi dan uang paksa bukan merupakan eksekusi riil. Eksekusi riil ini tidak diatur dalam HIR tetapi diatur dalam 1033 RV. Yang dimaksudkan dengan eksekusi riil oleh pasal 1033 RV adalah pelaksanaan putusan hakim yang memerintahkan pengosongan benda tetap tidak mau memenuhi surat perintah hakim, maka hakim akan memerintahkan dengan surat kepada jurusita supaya dengan bantuan alat kekuasaan Negara, agar barang tetap itu dikosongkan oleh orang yang dihukum beserta keluarganya. HIR hanya mengenal eksekusi riil dalam penjualan lelang sebagaimana diatur dalam pasal 200 ayat 11 HIR, Pasal 218 ayat 2 RBg.

- (4) Eksekusi Langsung. Disamping ketiga jenis eksekusi di atas, masih dikenal apa yang dinamakan "*parate executie*" atau eksekusi

langsung. *Parate executie* terjadi apabila seorang kreditur menjual barang-barang tertentu milik debitur tanpa mempunyai titel eksekutorial (Pasal 1155, 1175 ayat 2 KUHPerdara). Eksekusi Hak Tanggungan sendiri diatur dalam Pasal 20 Undang-undang Hak Tanggungan, yang menyatakan sebagai berikut:

Pasal 20 Ayat (1) :

“Apabila debitur cidera janji, maka berdasarkan:

- a. hak pemegang Hak Tanggungan pertama untuk menjual obyek HakTanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6, atau
- b. titel eksekutorial yang terdapat dalam sertipikat HakTanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14 ayat (2), obyek Hak Tanggungan dijual melalui pelelangan umum menurut tata cara yang ditentukan dalamperaturan perundang-undangan untuk pelunasan piutang pemegang Hak Tanggungan dengan hak mendahului dari pada kreditur-kreditur lainnya”.

Pasal 20 Ayat (2) :

“Atas kesepakatan pemberi dan pemegang Hak Tanggungan. Penjualan obyek Hak Tanggungan dapat dilaksanakan di bawah tangan jika dengan demikian itu akan dapat diperoleh harga tertinggi yang menguntungkan semua pihak.

Pasal 20 Ayat (3) :

“Pelaksanaan penjualan sebagaimana dimaksud pada ayat (2)hanya dapat dilakukan setelah lewat waktu 1 (satu) bulan sejak diberitahukansecara tertulis oleh pemberi dan/atau pemegang Hak Tanggungan kepada pihak-pihak yang berkepentingan dan diumumkan sedikit-dikitnya dalam 2 (dua) surat kabar yang beredar di daerah yang bersangkutan dan/atau media massa setempat, serta tidak ada pihak yang menyatakan keberatan”.

Berdasarkan ketentuan Pasal 20 Undang-undang Hak Tanggungan tersebut Eksekusi Hak Tanggungan dapat dilakukan melalui 3 (tiga) cara, yaitu :

1. Pemegang Hak tanggungan pertama untuk menjual hak tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 Undang-undang Hak Tanggungan.
2. Eksekusi atas titel eksekutorial yang terdapat pada Sertifikat Hak Tanggungan, sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 14 ayat (2). Irah-irah (kepala putusan) yang dicantumkan pada Sertifikat Hak Tanggungan memuat kata-kata “*DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA*”, dimaksudkan untuk menegaskan adanya kekuatan eksekutorial pada sertifikat Hak Tanggungan, sehingga apabila debitur cidera janji, siap untuk dieksekusi seperti halnya suatu putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, melalui tata cara dan dengan menggunakan lembaga *parate executie* sesuai dengan Hukum Acara Perdata, atau;
3. Eksekusi di bawah tangan, yaitu penjualan objek Hak Tanggungan yang dilakukan oleh Pemberi Hak Tanggungan, berdasarkan kesepakatan dengan pemegang Hak Tanggungan, jika dengan cara ini akan diperoleh harga yang tertinggi.

BAB IV

KEPASTIAN HUKUM HAK TANGGUNGAN SEBAGAI JAMINAN PADA

AKAD MUDHARABAH DI INDONESIA

A. Konsep Jaminan Menurut Hukum Islam

1. Definisi Jaminan Jaminan menurut Hukum Islam

Jaminan dalam Hukum Ekonomi Islam dikenal dengan istilah *dhaman* yang berarti jaminan utang, atau dengan kata lain menghadirkan seseorang atau barang ke tempat tertentu untuk diminta pertanggungjawabannya atas barang jaminan.³⁷³

Dalam istilah fikih, jaminan adalah suatu jenis perjanjian dengan cara memberikan barang yang dijadikan sebagai penguat kepercayaan dalam masalah utang-piutang.³⁷⁴ Apabila ditinjau dari segi istilah disebut dengan *dhaman*, dalam hukum positif di Indonesia sama dengan penanggungan hutang, yaitu suatu perjanjian dimana pihak ketiga mangguhkan tempo guna kepentingan berutang, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatannya si berutang manakala tidak mampu memenuhinya.

Dalam syariat Islam mengenai jamina diperbolehkan. Sebagai landasan hukum syariah yang memperbolehkannya jaminan adalah sebagai berikut :³⁷⁵

1) Al-Qur'an.

Jika kamu dalam perjalanan (dan bermuamalah tidak secara tunai) sedangkan kamu tidak memperoleh seorang penulis, Maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang (oleh yang berpiutang). Akan tetapi,

³⁷³ Neneng Nurhasanah & Panji Adam, *Op Cit*, hlm. 204.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ Zaeni Asyhadie & Rahma Kusumawati, *Op Cit*, hlm. 6 - 7.

jika sebageian kamu mempercayai sebageian yang lain, maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (utangnya) dan hendaklah ia bertaqwa kepada Allah Tuhannya, dan janganlah kamu (para saksi) menyembunyikan persaksian dan barang siapa yang menyembunyikannya. Maka sesungguhnya ia adalah orang berdosa hatinya, dan Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan. (QS Al-Baqarah (2) : 283).

2) Hadis

Dari Aisyah r.a menjelaskan bahwa Rasulullah SAW, pernah membeli makanan dari orang yahudi dan beliau menggadaikan kepadanya baju besi beliau (HR. Bukhori)

3) Ijtihad

Kalangan ulama bersepakan bahwa Rahn boleh dilakukan dalam perjaalanan ataupun tidak, asalkan barang jaminan itu langsung dikuasai (*AL-Qabdh*) secara hukum oleh pemberi piutang.

2. Macam-Macam Jaminan Dalam Hukum Islam

Berbeda dengan pengaturan hukum positif, menurut pendapat Wahbah Al-Zuhaili dalam fikih mengenai masalah jaminan, terdapat atau dikenal dua bentuk akad yang bisa menjadi dasar dalam landasan masalah jaminan, yaitu akad *kafalah/dhamanah* dan akad *rahn*. Keduanya adalah akad *al-istitsaq*, yaitu akan untuk menimbulkan kepercayaan. Dua jenis jaminan tersebut adalah sebagai berikut :

a. *Kafalah/dhaman*

a) Pengertian *Kafalah*

Dari terminologi *syara'* *kafalah* dimaksudkan sebagai ungkapan pengumpulan tanggung orang yang dijamin, kepada tanggung jawab penjamin dalam tuntutan jiwa, utang, harta benda, atau

pekerjaan. Hal ini merupakan pendapat para ulama fuqaha Hanafiyah, sedangkan pendapat ulama lain menyatakan bahwa *kafalah* adalah pengumpulan dua tanggung jawab dalam hal penuntutan utang piutang, namun bisa *kafalah* bisa juga disebut dengan *hammalah* (penanggungan), *dhamanah* (tanjung jawab), dan *za'amah* (jaminan), yang menuntut adanya *kafil* (penjamin), dan *ashil* (yang dijamin), *mukflul lah* (yang diberi manfaat jaminan), dan *makful bih* (barang jaminan).³⁷⁶

Selanjutnya kafalah/dhaman menurut etimologis adalah mengumpulkan, menanggung atau menjamin. Secara terminologis muamalah adalah mengumpulkan tanggung jawab penjamin dengan tanggung jawab orang yang dijamin dalam masalah hak atau utang sehingga hak atau utang itu menjadi tanggung jawab penjamin. Dalam konteks hukum perdata, penanggungan utang ini dikenal dengan istilah *bargtoct* atau *personal guarantee*.³⁷⁷

Persoalan *kafalah* dalam wacana fikih berkaitan dengan masalah adanya hubungan hukum antara seseorang dan pihak lain dengan melibatkan pihak ketiga sebagai penjamin. Ada dua definisi *kafalah* yang dikemukakan ulama fikih. Mayoritas ulama mendefinisikan *kafalah* sebagai berikut :

Mengumpulkan tanggung jawab penjamin dengan tanggung jawab orang yang dijamin dalam masalah tuntutan atas jiwa atau utang

³⁷⁶ Sayyad Sabiq, *Op Cit*, hlm. 277.

³⁷⁷ Dewi Nurul Musjtari, *Op Cit* hlm. 139.

atau hak sehingga hak tanggung jawab dengan tanggung jawab lainnya dalam hal tuntutan secara mutlak, baik berkaitan dengan jiwa, utang dan harta.³⁷⁸

Perbedaan definisi ini terlihat dalam persoalan objek tanggung jawab tersebut. Ulama fikih mazham Hanafi mengemukakan bahwa objek *kafalah* tidak hanya menyangkut harta, melainkan juga menyangkut masalah jiwa, utang dan harta, sedangkan definisi mayoritas ulama menyatakan bahwa objek *kafalah* tersebut berkaitan dengan harta, seperti dalam masalah utang-piutang. Jadi dengan demikian, definisi lama mazham Hanafi lebih umum objeknya dibandingkan dengan definisi mayoritas ulama.

Pelaksanaan *kafalah* dapat dilaksanakan dengan tiga macam, sebagai berikut :³⁷⁹

- 1) *Munjaz* adalah tanggungan yang ditunaikan seketika atau langsung.
- 2) *Mu'allaq* adalah menjamin sesuatu dikaitkan dengan sesuatu.
- 3) *Muwaqqat* adalah tanggungan yang harus dibayar dikaitkan dengan waktu.

Menurut Wahabah al-Zuhaili, terdapat tiga bentuk *kafalah*, sebagai berikut :

- 1) *Kafalah bi al nafs*, yaitu perjanjian jaminan atas jiwa (menghadirkan orang pada tempat yang telah ditentukan), jaminan dalam menghadirkan seseorang di tempat tertentu.

³⁷⁸ Neneng Nurhasanah & Panji Adam, *Op Cit*, hlm. 205

³⁷⁹ Abu Azam Al Hadi, *Fikih Muamalah Kontemporer*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2019, hlm. 113.

- 2) *Kafalah bi al-dain*, menjamin atau menanggung untuk membayar utang. Jaminan atas dasar seseorang.
- 3) *Kafalah bi al-'ain*, menjamin atau menanggung untuk mengadakan barang jaminan dalam pengadaan barang.

Sementara Sayyid Sabiq dalam Kitab Fiqih Sunnah Jidil 5, yang diterjemahkan oleh Rijalul Qolam dan kawan-kawan menyebutkan bahwa *kafalah* terbagi atas dua, yaitu :

1) Jaminan Jiwa

Jaminan jiwa dikenal juga sebagai tanggungan diri, yaitu kesediaan si penjamin untuk menghadirkan seseorang yang dijamin kepada *makful lah* atau orang yang diberi manfaat jaminan. Jaminan jiwa ini tidak mempersyaratkan harus diketahui kadar harta pada si *makful*, sebab jaminan ini merupakan jaminan badan, bukan harta.³⁸⁰

2) Menjamin Harta

Menjamin harta adalah si penjamin menyanggupi kesediaan harta benda, terdapat tiga macam jaminan ini, sebagai berikut :³⁸¹

- a. Jaminan utang, yaitu menjamin utang yang ada dalam tanggungan orang lain. Ada beberapa syarat dalam utang, antara lain :
 - a) Syarat yang pertama utangnya benar-benar harus ada disaat penjaminan.

³⁸⁰ Sayyad Sabiq, *Op Cit*, hlm. 229.

³⁸¹ *Ibid*, hlm. 231.

- b) Utangnya harus jelas, sehingga tidak sah menjamin utang yang tidak jelas, disebabkan ada unsur *gharar* atau penipuan.
- b. Jaminan barang atau jaminan menyerahkan, yaitu menyanggupi diri untuk menyerahkan harta benda tertentu yang sudah ada ditangan orang lain.
- c. Jaminan susulan, yaitu menanggung bahaya bahaya yang akan menimpa harta jual karena beberapa hal yang ada sebelum jual beli. Artinya ada jaminannya atau menanggung hak si pembeli dihadapan penjual jika ternyata barang yang dijual tidak menjadi haknya, sebagaimana jika barang yang dijual ternyata milik orang lain atau barang gadai.

Berdasarkan pengertian diatas, diketahui bahwa *kafalah* dapat dan boleh diterapkan dalam berbagai bidang dalam lapangan *muamalah*, menyangkut jaminan atas harta dan jiwa manusia, dengan syarat dan rukun sebagai berikut :³⁸²

- 1) *Dhamin, kafil, atau za'im*, yaitu orang yang menjamin dimana ia disyaratkan sudah baligh, berakal, tidak dicegah membelanjakan hartanya (*mahjur*), dan dilakukan dengan kehendaknya sendiri.
- 2) *Madmun lah*, yaitu orang yang berpiutang, syaratnya ialah bahwa yang berpiutang diketahui oleh orang yang menjamin.
- 3) *Madmun 'anhu atau makful'anhu*, yaitu orang yang berutang.

³⁸² Hendi Suhendi, *Op Cit*, hlm. 191.

- 4) *Madmun bih* atau *makful bih*, yaitu utang, barang atau orang, disyaratkan pada *makful bih* dapat diketahui dan tetap keadaannya, baik sudah tetap maupun akan tetap.
- 5) *Lafadz*, disyaratkan keadaan *lafadz* itu berarti menjamin, tidak digantungkan kepada sesuatu dan tidak berarti sementara.

Dasar hukum diperbolehkannya *kafalah* di Indonesia adalah sebagai berikut :

- 1) Al-Qur'an
 - 2) Hadits
 - 3) Ijma' ulama
 - 4) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah.
 - 5) Peraturan Bank Indonesia Nomor : 6/24/PBI/2004 tentang bank umum yang melaksanakan usaha kegiatan usaha berdasarkan prinsip-prinsip syariah dan kehati-hatian dalam kegiatan usahanya
 - 6) Fatwa Dewan pengawas Syariah- Maselis Ulama Indonesia (DSN-MUI) nomor 11/DSN-MUI tentang *Kafalah*.
- b) Rukun dan Syarat-Syarat tentang *Kafalah*.

Menurut ulama Hanafiyah dan Muhammad, rukun *kafalah* adalah *ijab* dan *qabul*, yaitu *ijab* berasal *kafil* (orang yang menjamin, sedangkan *qabul* berasal dari orang yang berhutang. Namun mayoritas

ulama fikih berpendapat, bahwa rukun akad *kafalah* hanya *ijab*, sedangkan *qabul* tidak termasuk rukun *kafalah*.³⁸³

Namun ada beberapa pendapat ulama yang menyatakan bahwa rukun *kafalah* terdiri atas *sighat kafalah* (*ijab qabul*), *makful bih* (objek tanggungan), *kafil* (penjamin), *makful" anhu* (tertanggung), *makful lahu* (penerima hak tanggungan). Sebagai berikut :³⁸⁴

- 1) *Sighat kafalah*, bisa diekspresikan dengan ungkapan yang menyatakan adanya kesanggupan untuk menanggung sesuatu, sebuah kesanggupan untuk menunaikan kewajiban. Seperti ungkapan “aku akan menjadi penjagamu” atau “saya akan menjadi penjamin atas kewajibanmu atas seseorang” atau ungkapan lain yang sejenis. Ulama tidak mensyaratkan kalimat verbal yang harus diungkapkan dalam akad *kafalah*, semuanya dikembalikan pada akad kebiasaan. Intinya, ungkapan tersebut menyatakan kesanggupan untuk menjamin sebuah kewajiban.
- 2) *Makful bihi*. objek pertanggungan harus bersifat mengikat terhadap diri tertanggung, dan tidak bisa dibatalkan tanpa adanya sebab *syar"i*, selain itu objek tersebut harus merupakan tanggung jawab penuh pihak tertanggung. Seperti menjamin harga atas pihak transaksi barang sebelum serah terima, menanggung beban hutang yang bersifat mengikat terhadap diri seseorang. Selain itu, nominal objek tertanggung harus jelas, tidak diperbolehkan menanggung

³⁸³ Panji Adam, *Fikih Muamalah Maliyah, Konsep, Regulasi, dan Implementasi*, Refika Aditama, Bandung, 2017, hlm. 324.

³⁸⁴ Hendi Suhendi, *Op Cit*, hlm.191

sesuatu yang tidak jelas (*majhul*). Namun demikian sebagian ulama fiqh membolehkan menanggung objek pertanggungan yang dijamin oleh Rasulullah, “barang siapa dari orang-orang mukmin yang meninggalkan tanggungan hutang, maka pembayarannya menjadi kewajibanku”. Berdasarkan hadits ini, nilai objek pertanggungan yang dijamin oleh Rasulullah bersifat *majhul*, dengan demikian diperbolehkan.

- 3) *Kafil*. Ulama fiqh mensyaratkan seorang *kafil* haruslah orang yang berjiwa *filantropi*, orang yang terbiasa berbuat baik demi kemaslahatan orang lain. Selain itu, ia juga orang yang baligh dan berakal. Akad *kafalah* tidak boleh dilakukan oleh anak kecil, orang-orang *safih* ataupun orang yang terhalang untuk melakukan transaksi. Karena bersifat *charity*, akad *kafalah* harus dilakukan oleh seorang *kafil* dengan penuh kebebasan, tanpa adanya paksaan. Ia memiliki kebebasan penuh guna menjalankan pertanggungan. Karena dalam akad ini, *kafil* tidak memiliki hak untuk merujuk pertanggungan yang telah ditetapkan.
- 4) *Makful"Anhu*. Syarat utama yang harus melekat pada diri tertanggung (*makful"anhu*) adalah kemampuannya untuk menerima objek pertanggungan, baik dilakukan oleh diri pribadinya atau orang lain yang mewakilinya. Selain itu *makful"anhu* harus dikenal baik oleh pihak *kafil*.
- 5) *Makful lahu*. Ulama mensyaratkan *makful lahu* harus dikenali oleh

kafil, guna meyakinkan pertanggungan yang menjadi bebannya dan mudah untuk memenuhinya. Selain itu, ia juga disyaratkan untuk menghadiri majlis akad. Ia adalah orang yang baligh dan berakal, tidak boleh orang gila atau anak kecil yang belum berakal.

- 6) *Lafadz*, disyaratkan keadaan *lafadz* itu berarti menjamin, tidak digantungkan pada sesuatu yang berarti sementara.

Dalam kafalah ada beberapa syarat yang berkenaan dengan *Kafil* (penjamin), *Ashil/Makful'anhu* (yang berhutang), *Makful Lahu* (yang memberikan utang/berpiutang) dan *Makful Bih* (harta/batang yang dijamin).

1. Pihak Penjamin (*Kafil*)

Menurut Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 11/DSN-MUI/VI/2000 tentang *Kafalah*, Rukun dan Syarat *kafalah* adalah sebagai berikut :

- 1) Baligh (dewasa) dan berakal sehat.
- 2) Berhak penuh untuk melakukan tindakan hukum dalam urusan hartanya dan rela (*ridha*) dengan tanggungan kafalah tersebut.

Sedangkan menurut pendapat beberapa ulama Fikh klasik adalah sebagai berikut :³⁸⁵

- 1) *Kafil* diminta *makful'anhu* dan ia meridhoi permintaan tersebut
- 2) Ketika menjamin utang *makful'anhu*, si *kafil* menyatakan jaminan itu atas nama *makful'anhu*

³⁸⁵ Ismail Nawawi, *Fiqh Muamalah Klasik dan Kontemporer* Ghalia Indonesia, Bogor , 2012, hlm. 217-218

- 3) *Kafil* tidak mempunyai utang kepada *makful'anh*
 - 4) *Kafil* mampu melunasi (membayar) kewajiban utang tersebut
 - 5) Tanggung jawab *kafil* tetap eksis, selama *makful'anh* memiliki utang kepada *makful lahu*. Jika *makful'anh* sudah terbebas dari utang, barulah *kafil* bebas tanggung jawab
 - 6) *Kafil* boleh dari Satu
 - 7) Jika dalam *kafalah bil mal* (jaminan berupa harta), lalu *makful'anh* meninggal, maka *kafil* bertanggung jawab.
2. Pihak Orang yang berutang (*Ashiiil, Makfuul 'anh*)

Menurut Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 11/DSN-MUI/VI/2000 tentang *Kafalah*, Rukun dan Syarat *kafalah* adalah sebagai berikut :

- 1) Sanggup menyerahkan tanggungannya (piutang) kepada penjamin.
- 2) Dikenal oleh penjamin.

Sedangkan menurut pendapat beberapa ulama Fikh klasik adalah sebagai berikut :³⁸⁶

- 1) Sanggup untuk menyerahkan tanggungannya (utang), adakalanya dengan dirinya atau penggantinya. Dan syarat ini khusus menurut Abu Hanifah, maka tidak sah *kafalah* utang dari mayat yang bangkrut dan tidak meninggalkan sesuatu untuk melunasi utangnya, karena dia adalah utang yang gugur,

³⁸⁶ Hendi Suhendi, *Op Cit*, hlm.192

maka tidak sah menjaminnya, seperti jatuhnya tanggungan dengan kebebasan dan arena tanggungan mayit hilang karena mati. Menurut dua sahabat Abu Hanifah, yaitu Abu Yusuf dan Muhammad as Syabani, dan Jumah Fuqaha. sah menjamin utang dari mayit yang bangkrut dan arena utang si mayit adalah utang yang tetap ada, maka sah menjaminnya seperti kalau dia mundur melunasi utangnya karena tidak sanggup. Dan atas adanya utang-utang ini sesungguhnya kalau *tabarru'* seseorang dalam melunasinya maka boleh bagi pemilik utang menerimanya. begitu juga kalau dijaminnya ketika masih hidup, kemudian mati, tidaklah lepas tanggungan penjamin, dari apa yang menunjukkan bahwa dia tidak lepas dari tanggungan orang yang dijaminnya.

- 2) Yang terutang adalah orang yang dikenal oleh penjamin. Maka apabila penjamin berkata, “saya menjamin salah seorang dari manusia”, tidak sah *kafalahnya*, karena manusia tidak mengenalnya, dan syarat ini adalah untuk mengenal yang berutang (*makful'anhu*). Apakah ia dalam kelapangan atau termasuk orang-orang yang bersegera *mengqadha* utangnya, atau berhak membuat pengakuan atau tidak. Dan tidak disyaratkan hadirnya orang yang berutang, maka boleh *kafalah* terhadap orang yang tidak hadir atau orang yang masih dalam tahanan, karena dalam keadaan seperti ini sangat dibutuhkan

adanya *kafalah*. Menurut madzhab Syafi'i tidak disyaratkan untuk mengetahui orang yang akan dijamin *diqiyaskan* dengan ridhanya, yang mana ridhanya juga tidak merupakan syarat dalam *kafalah*. Karena mengerjakan pekerjaan itu untuk orang yang berhak (pantas menerimanya) atau tidak.

3. Pihak Orang yang Berpiutang (*Makfuul Lahu*)

Menurut Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 11/DSN-MUI/VI/2000 tentang *Kafalah*, Rukun dan Syarat *kafalah* adalah sebagai berikut :

- 1) Diketahui identitasnya.
- 2) Dapat hadir pada waktu akad atau memberikan kuasa.
- 3) Berakal sehat.

Sementara menurut pendapat beberapa ulama Fikh klasik adalah sebagai berikut :³⁸⁷

- 1) Diketahui identitas dirinya, tidak boleh memberikan jaminan terhadap orang yang tidak diketahui identitasnya, karena hal tersebut tidak mencerminkan tujuan utama dari *kafalah* (jaminan), yaitu memberikan rasa saling mempercayai diantara pihak-pihak yang terkait. Hal ini sesuai dengan pendapat yang terkuat dalam madzhab Syafi'i, karena orang-orang yang berpiutang biasanya memiliki cara-cara tersendiri dalam menagih hutangnya, ada yang kasar dan adapula yang lemah

³⁸⁷ Hendi Suhendi, *Op Cit*, hlm.192

lembut.

Sedangkan madzhab Maliki dan Hambali membolehkan jaminan terhadap orang yang tidak diketahui identitasnya, misalnya “saya jamin utang si zaid terhadap siapa saja”.

- 2) Orang yang berpiutang hadir di tempat akad. Menurut pendapat Abu Hanifah dan Muhammad, ini merupakan syarat untuk diterimanya akad *kafalah*. Kalau ada seseorang.
 - 3) Berakal sehat
 - 4) *Makful lahu* mempunyai hak (misalnya: piutang atau tanggung jawab) kepada *makful'anh*.
4. Obyek Penjaminan (*Makful Bihi*)

Menurut Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 11/DSN-MUI/VI/2000 tentang *Kafalah*, Rukun dan Syarat *kafalah* adalah sebagai berikut :

- 1) Merupakan tanggungan pihak/orang yang berutang, baik berupa uang, benda, maupun pekerjaan.
- 2) Bisa dilaksanakan oleh penjamin.
- 3) Harus merupakan piutang mengikat (*lazim*), yang tidak mungkin hapus kecuali setelah dibayar atau dibebaskan.
- 4) Harus jelas nilai, jumlah dan spesifikasinya.
- 5) Tidak bertentangan dengan syari'ah (diharamkan).

c) Macam-macam *Kafalah*.

Menurut Sayyid Sabiq *kafalah* terbagi menjadi dua pertama jaminan jiwa, yaitu kesediaan si penjamin untuk menghadirkan seseorang yang dijamin kepa *makful lah* atau orang yang diberi manfaat jaminan.³⁸⁸ Dan yang kedua adalah jaminan harta yaitu penjamin menyanggupi kesediaan harta bendanya sebagai jaminan. Jaminan harta ini menurut Sayyid Sabiq terbagi menjadi tiga, antara lain :³⁸⁹

- 1) Jaminan utang, yaitu menjamin utang yang ada dalam tanggungan orang lain dengan syarat utang itu benar-benar ada di saat penjaminan, jika utangnya tidak ada, maka tidak sah, sehingga menjamin utang yang belum ada itu tidak sah, dan syarat lain dari utang itu adalah utangnya harus jelas, sehingga tidak sah menjamin utang yang tidak jelas, karena bisa disebabkan ada unsur *gharar* (penipuan).
- 2) Jaminan barang atau penyerahan, yaitu menyanggupi diri untuk menyerahkan harta benda tertentu yang sudah ada ditangan orang lain, dengan syarat barang itu harus ditanggung oleh penjamin, jika harta bendanya tidak ditanggung, seperti pinjaman atau titipan, maka jaminan tidak sah.
- 3) Jaminan susulan, yaitu menanggung bahaya-bahaya yang akan menimpa harta jual kepada beberapa hal yang ada sebelum jual

³⁸⁸ Sayyad Sabiq, *Op Cit*, hlm. 299.

³⁸⁹ *Ibid*, hlm. 231

beli, artinya jaminannya, atau menanggung hak pembeli dihadapan penjual jika ternyata barang jual tidak miliknya, sebagaimana jika barang jual ternyata milik orang lain.

Sementara itu bentuk *kafalah* yang umum di dunia perdagangan adalah sebagai berikut :³⁹⁰

- 1) *Daman al darak*, yaitu jaminan terhadap harga yang mana hak pihak penjual dan penjamin terhadap barang yang dijual menjadi hak pembeli.
- 2) Penjaminan pasar, yaitu pihak penjamin menjamin utang yang akan menjadi tanggungan pihak pedagang dan jaminan barang-barang tanggungan yang akan diserahkan kepadanya.
- 3) Jaminan terhadap kekurangan akibat ketidakakuratan timbangan, takaran, atau ukuran.

Kemudian Rozalinda membagi *kafalah* menjadi tiga bagian, antara lain sebagai berikut :³⁹¹

- 1) *Kafalah bi ad-dain* (tanggungan utang), yaitu pihak pertama menanggung utang pihak kedua sehingga kewajiban membayar menjadi tanggung jawabnya.
- 2) *Kafalah bi al-mal* (tanggungan terhadap benda), yaitu tanggungan untuk menyerahkan harta tertentu yang ada pada orang lain.
- 3) *Kafalah bi al-nafs* atau *kafalah bi al-wajh* (tanggungan terhadap badan atau tanggungan wajah), yaitu merupakan akad yang

³⁹⁰ Panji Adam, *Op Cit*, hlm.328

³⁹¹ Rozalinda, *Op Cit*, hlm.275

memberikan jaminan atas diri, *kafalah* jenis ini merupakan bentuk komitmen penanggung untuk menghadirkan pihak tertanggung. *Kafalah bi al-wajh* adalah keharusan pihak penjamin (*kafil*) untuk menghadirkan orang yang ia tanggung kepada orang yang ia janjikan tanggungan.

Sedangkan Syafi'i Antonio, membagi lima jenis *kafalah*, sebagai berikut .³⁹²

- 1) *Kafalah bi nafs*, yaitu seseorang nasabah yang mendapat pembiayaan dengan jaminan nama orang lain dengan akad yang memberikan jaminan atas *personal guarantee*.
- 2) *Kafalah bi mal*, merupakan jaminan pembayaran barang atau pelunasan hutang.
- 3) *Kafalah but taslim*, yaitu *kafalah* yang biasa digunakan untuk menjamin pengembalian atas barang yang disewa, pada masa berakhirnya sewa.
- 4) *Kafalah al-munjazah*, adalah jaminan mutlak yang tidak dibatasi oleh jangka waktu dan kepentingan atau tujuan tertentu. Sebagai contoh jaminan dalam bentuk *performance bonds* (jaminan prestasi).
- 5) *Kafalah al-muallaq*, yaitu bentuk jaminan yang merupakan penyederhanaan dari *kafalah al-muzajzah*, baik oleh industri perbankan maupun asuransi.

³⁹² Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah dari Teori ke Praktek*, Gema Insani Press, Jakarta, 2001, hlm. 124.

d) Akibat hukum *kafalah*.

Apabila syarat-syarat *kafalah* terpenuhi, maka akad dipandang sah dan berimplementasi hukum sebagai berikut :³⁹³

- 1) Apabila *kafalah bi al-mal*, kaitannya dengan utang (*dain*), maka orang yang berpiutang (*dian*) statusnya sebagai *makful lah* berhak menuntut (menagih) *kafil* agar membayar utang *makful' anhu*.
- 2) Apabila *kafalah bi al-mal*, kaitannya dengan zat barang, maka *kafil* apabila menjamin zat barang, maka haruslah menyerahkan barang selama barang itu masih utuh, namun jika rusak, maka *kafil* harus menggantinya dengan barang yang semisalnya atau menyerahkan harga yang sebanding dengan harga barang.
- 3) Apabila *kafalah bi al-nafs*, maka *kafil* harus menghadirkan *makful' anhu* di majlis hukum.

e) Implementasi *kafalah* dalam perbankan syariah di Indonesia.

Dalam konteks hukum di Indonesia telah ditentukan beberapa produk yang berkaitan dengan *kafalah* ini, baik dalam bentuk peraturan perundang-undangan maupun dalam bentuk fatwa yang dikeluarkan oleh DSN-MUI. Penggunaan *kafalah* dalam undang-undang lebih dirincikan dalam Pasal 19 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah disebutkan, bahwa kegiatan usaha bank umum syariah dan unit usaha syariah adalah membeli, menjual, atau menjamin resiko sendiri surat berharga

³⁹³ Panji Adam, *Op Cit*, hlm. 331

pihak ketiga yang telah diterbitkan atas dasar transaksi nyata berdasarkan prinsip syariah, antara lain akad *ijarah*, *musyarakah*, *mudharabah*, *kafalah* atau *hawalah*.

Sementara itu dalam pada Pasal 3 Peraturan Bank Indonesia nomor 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Perhimpunan Dana dan Pengaliran Dana serta pelayanan Jasa Bank Syariah menyebutkan bahwa pemenuhan prinsip syariah dalam kegiatan pelayanan jasa dengan mempergunakan antara lain akad *kafalah*, *hawalah*, dan *sharf*.

Selain berdasarkan peraturan diatas, *Kafalah* di Indonesia diterapkan perbankan syariah berdasarkan Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 11/DSN-MUI/VI/2000 tentang *Kafalah*. Perbankan syariah di Indonesia mengimplementasikan akad *kafalah* dalam bentuk *bank guarantee*, *letter of credit* dan *syariah card*. Fungsi *kafalah* adalah pemberian jaminan oleh bank bagi pihak yang terkait untuk menjalankan bisnis mereka secara lebih aman dan terjamin, sehingga adanya kepastian dalam bertransaksi, karena dalam jaminan ini bank berarti akan mengambil alih resiko dan kewajiban nasabahnya, apabila nasabahnya wanprestasi atau lalai dalam memenuhi kewajibannya.³⁹⁴

Jika kita lihat konteks hukum di Indonesia di atas maka *khafalah* bukanlah suatu lembaga jaminan kebendaan dalam rangka

³⁹⁴ Rozalinda, *Op Cit*, hlm.276

pelunasan hutang apalagi jika digunakan sebagai jaminan dalam akad *mudharabah*.

f) Berakhirnya *Kafalah*

Akad *kafalah* akan berakhir dengan hal-hal berikut :³⁹⁵

- 1) Hutang atau hak wajib terlunasi, baik dari yang berhutang (*al-madhmûn 'anhu*) atau penjamin (*dhamin*) atau orang lain.
- 2) Pemaafan dari pemilik piutang atas hutang orang yang dijamin dan dari penjaminnya.
- 3) Apabila penjamin (*kafil*) berdamai dengan pemilik hak wajib (*makfûl lahu*) dari hutang dengan kompensasi tertentu.
- 4) Pengalihan hutang dari *Kafil* kepada orang lain dengan benar atau pengalihan hutang oleh pemilik hutang kepada orang lain dengan benar, karena pengalihan hutang seperti serah terima.
- 5) Apabila ada kegagalan hutang yang dijamin atau gugur. Dengan sebab hilangnya tanggung jawab pemilik hutang, maka tanggung jawab penjamin juga hilang. Dengan ini berarti akad *kafalah* telah selesai.
- 6) Hilangnya harta tertentu yang *dikafalah* atau barang yang dijadikan jaminan hancur bukan karena perbuatan manusia. Apabila akibat perbuatan manusia maka *dhaman* tidak selesai dan wajib bagi yang merusak atau menghilangkannya untuk menggantinya.
- 7) Pemilik piutang wafat dan seluruh harta warisnya menjadi hak

³⁹⁵ *Ibid*, hlm.282 - 283

orang yang berhutang, maka *kafil* lepas dari *kafalahnya*.

- 8) Apabila *kafil* melunasi hutang dan pemilik hutang memiliki piutang pada *kafil* dengan nominal yang sama dengan hutangnya, sehingga selesailah *kafalah* dengan hal itu. Seakan-akan ada barter antara hutangnya dengan piutangnya yang ada pada *kafil*.
- 9) *Kafalah an-nafsi* berakhir apabila *kafil* telah menyerahkan yang dijamin kepada yang menuntutnya di tempat yang mampu digapai oleh penuntut untuk menghadirkannya di persidangan.
- 10) Kematian *kafil* mengakhiri akad *kafalah* apabila tidak ada kecerobohan atau sikap tidak benar. Apabila ada indikasi kecerobohan semasa hidupnya maka *kafalah* tetap berjalan dan diambilkan dari harta warisannya dalam rangka menjaga hak pemilik piutang.
- 11) Dalam *kafalah an-nafsi*, kematian orang yang dijamin menghilangkan *kafalahnya*, karena *kafil* hanya diharuskan menghadirkan yang dijamin dan itu tidak mungkin dengan kematiannya

b. Jaminan Utang (*Rahn*)

a) Pengertian *Rahn*

Menurut bahasa, *rahn* adalah ketetapan dan keabadian, sebagaimana juga berarti penahanan, yang dimaksud pada arti pertama adalah perkataan meraka *ni'mah rahinah* maksudnya adalah nikmat

abadi yang berarti ketetapan yang pasti.³⁹⁶ Menurut syara' para ulama mendefinisikan *rahn* dengan penetapan suatu barang sebagai jaminan utang sekira utang tersebut tidak bisa dibayar dengannya diambilkan sebagaian darinya.³⁹⁷ Sedangkan menurut istilah *rahn* adalah menjadikan benda yang bernilai harta dalam pandangan syara' sebagai jaminan utang yang memungkinkan untuk melunasi utang dari harta itu atau sebagainya.³⁹⁸ Hal ini sebgaimana yang dikemukakan oleh Abdurrahman al-Jaziri. Berbeda dengan apa yang dikemukakan oleh Wahab al-Zuhaili yang mengatakan bahwa *rahn* adalah menahan hak milik yang dapat dijadikan pelunas utang, artinya menajadikan suatu benda yang mempunyai nilai harta dalam pandangan syara' untuk kepercayaan suatu utang sehingga memungkinkan mengambil seluruh atau sebagaian utang dari benda tersebut.³⁹⁹ Kemudian dalam Mausuh Fatawa Al Muamalat al Malikiyah *rahn* adalah harta yang dijadikan sebagai jaminan utang yang dapat dijadikan pembayar utang sesuai dengan nilainya jika orang yang berutang tidak bisa membayar uatangnya.⁴⁰⁰ Sementara itu menurut Sutan Remy Sjahdeini *rahn* dalam hukum positif di Indonesia adalah apa yang disebut dengan barang jaminan, anggunan, runggahan, cagar atau cagaran, dan tanggungan.⁴⁰¹

³⁹⁶ Sayyad Sabiq, *Op Cit*, hlm. 101.

³⁹⁷ *Ibid*

³⁹⁸ Rozalinda, *Op Cit*, hlm. 251.

³⁹⁹ *Ibid*, hlm. 252.

⁴⁰⁰ *Ibid*.

⁴⁰¹ *Ibid*

Rahn merupakan perjanjian penyerahan barang untuk menjadi agunan dari fasilitas pembiayaan yang diberikan.. ada beberapa-beberapa definisi yang dikemukakan oleh ulama fikih. Ulama Mazhab Maliki mendefinisikan *rahn* yang sebagai harta yang oleh pemiliknya yang dijadikan jaminan utang yang bersifat mengikat. Ulama mazhab Hanafi mendefinisikan *rahn* dengan menjadikan sesuatu barang sebagai jaminan hak piutang yang mungkin dijadikan sebagai pembayar hak piutang tersebut, baik seluruhnya maupun sebagainya, sedangkan mazhab Syafi'i dan hambali mendefinisikan *rahn* dalam arti akad yaitu menjadikan materi barang sebagai jaminan utang yang dapat dijadikan pembayar utang apabila orang yang berutang tidak membayar utangnya itu.

Rahn di tangan kreditur/pemberi utang (*murtahin*) hanya berfungsi sebagai penjamin utang dibetur (*al rahin*), jaminan itu harus bisa dijual/dihargai apabila dalam waktu yang disetujui oleh kedua belah pihak, utang debitur tidak bisa dilunasi. Oleh sebab itu, hak kreditur hanya terkait dengan barang jaminan, apabila tidak mampu melunasi utang-utangnya.

Rahn diperbolehkan berdasarkan Qs. Al-Baqarah (2);283 dan sunnah Rasulullah SAW. Sementara itu didalam hokum positif Indonesia, tataran teknis *rahn* diatur dalam ketentuan Pasal 36 huruf c angkat (4) Peraturan Bank Indonesia Nomor 6/24/PBI/2004 tentang Bank Umum yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip-

prinsip Syariah, yang intinya menyatakan bank wajib menerapkan prinsip-prinsip Syariah dan prinsip kehati-hatian dalam kegiatan usahanya, yang meliputi melakukan pemberian jasa pelayanan perbankan berdasarkan akad *rahn*. Hukum *rahn* adalah diperbolehkan (*jaiz*) menurut kesepakatan para ulama. Meskipun diperbolehkan, namun *rahn* tidak wajib ketika terjadi suatu perjanjian utang-piutang.

b) Rukun dan Syarat *Rahn*.

Rahn memiliki empat rukun: *rahin*, *murtahin*, *marhun* dan *marhun bih*. *Rahin* adalah orang yang memberikan gadai. *Murtahin* adalah orang yang menerima gadai. *Marhun* atau *rahn* adalah harta yang digadaikan untuk menjamin utang. *Marhun bih* adalah utang. Menurut jumhur ulama, rukun gadai ada empat, yaitu: *aqid*, *shighat*, *marhun*, dan *marhun bih*. Ada beberapa syarat yang terkait dengan gadai. Dalam fiqh empat mazhab rukun gadai terdiri dari :

1) *Aqid*

Syarat yang harus dipenuhi oleh *aqid* dalam *rahn* yaitu *rahin* dan *murtahin* adalah *ahliyah* (kecakapan). Kecakapan menurut Hanafiah adalah kecakapan untuk melakukan jual beli. Sahnya gadai, pelaku disyaratkan harus berakal dan *mumayyiz*.

2) *Shighat*

Menurut Hanafiah, *shighat rahn* tidak boleh digantungkan dengan syarat, dan tidak disandarkan kepada masa yang akan datang. Hal ini karena akad *rahn* menyerupai akad jual beli, dilihat dari aspek

pelunasan utang. Apabila akad *rahn* digantungkan dengan syarat atau disandarkan kepada masa yang akan datang, maka akad akan *fasid* seperti halnya jual beli. Sedangkan Syafi'iyah berpendapat bahwa syarat *rahn* sama dengan syarat jual beli, karena *rahn* merupakan akad *maliyah*.⁴⁰²

3) Syarat *Marhun*

Para ulama sepakat bahwa syarat-syarat *marhun* sama dengan syarat-syarat jual beli. Artinya, semua barang yang sah diperjualbelikan sah pula untuk *rahn*. Secara rinci Hanafiah mengemukakan syarat-syarat *marhun* adalah sebagai berikut :⁴⁰³

- a. Barang *rahn* bisa dijual, yakni barang tersebut harus ada pada waktu akad dan mungkin untuk diserahkan. Apabila barangnya tidak ada maka akad *rahn* tidak sah.
- b. Barang *rahn* harus berupa *maal* (harta). Dengan demikian, tidak sah hukumnya *rahn* barang yang tidak bernilai harta.
- c. Barang *rahn* harus *haal mutaqawwin*, yaitu barang yang boleh diambil manfaatnya menurut syara', sehingga memungkinkan dapat digunakan untuk melunasi utangnya.
- d. Barang *rahn* harus diketahui (jelas), seperti halnya dalam jual beli.
- e. Barang tersebut dimiliki oleh *rahin*. Tidak sah menggadaikan barang milik orang lain tanpa ijin pemiliknya.

⁴⁰² Muhammad Sholekul Hadi, *Pegadaian Syariah*, Selemba Diniyah, Jakarta, 2003, hlm. 52

⁴⁰³ Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalah*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2000, hlm. 254.

- f. Barang *rahn* harus kosong, yakni terlepas dari hak *rahin*. Tidak sah *rahn* pohon kurma yang ada buahnya tanpa menyertakan buahnya itu.
- g. Barang *rahn* harus sekaligus bersama-sama dengan pokoknya (lainnya). Tidak sah *rahn* buah-buahan saja tanpa disertai dengan pohonnya, karena tidak mungkin menguasai buah-buahan tanpa menguasai pohonnya.
- h. Barang *rahn* harus terpisah dari hak milik orang lain, yakni bukan milik bersama. Akan tetapi menurut Malikiyah, Syafi'iyah dan Hanafiyah, barang milik bersama boleh digadaikan.

Sedangkan berdasarkan fatwa dari Dewan Syariah Nasional (DSN)- MUI No. 25/DSN-MUI/III/2002, tanggal 22 Juni 2002, bahwa semua barang dapat diterima sebagai agunan pinjaman. Akan tetapi mempunyai pengkhususan pada barang-barang yang tidak dapat diterima sebagai *marhun*, yaitu :

- a. Barang milik pemerintah.
- b. Mudah membusuk.
- c. Berbahaya dan mudah terbakar.
- d. Barang yang dilarang peredarannya oleh peraturan yang berlaku dan atau hukum Islam.
- e. Cara memperoleh barang tersebut dilarang oleh hukum Islam.
- f. Serta ketentuan khusus sebagai berikut barang yang disewa-

belikan, barang tersebut masih berupa hutang dan belum lunas, barang tersebut dalam masalah, berupa pakaian jadi, pemakaiannya sangat terbatas, hewan ternak, dan barang yang kurang nilai *rahn*-nya dibawah biaya invest gadai

Ketentuan-ketentuan tersebut diberlakukan mengingat keterbatasan tempat, sumber daya, fasilitas. Chatamarrasid menambahkan barang yang tidak dapat digadaikan yaitu barang-barang karya seni yang nilainya relatif sukar ditaksir.⁴⁰⁴

4) Syarat *Marhun Bih*.

Marhun bih adalah suatu hak yang karenanya barang gadaian diberikan sebagai jaminan kepada *rahin*. Menurut ulama Hanafiah, *marhun bih* harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :⁴⁰⁵

- a. *Marhun bih* harus berupa hak yang wajib diserahkan kepada pemiliknya, yaitu *rahin*, karena tidak perlu memberikan jaminan tanpa ada barang yang dijaminnya.
- b. Pelunasan utang memungkinkan untuk diambil dari *marhun bih*. Apabila tidak memungkinkan pembayaran utang dari *marhun bih*, maka *rahn* hukumnya tidak sah.
- c. Hak *marhun bih* harus jelas (*ma'lum*), tidak boleh *majhul* (samar/tidak jelas).

c) Pemanfaatan *Marhun* (barang gadai)

⁴⁰⁴ Chatamarrasid, *Hukum Perbankan Nasional Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm. 15

⁴⁰⁵ Nasrun Haroen, *Op.Cit.* hlm. 254.

Pemanfaatan barang *rahn* juga merupakan tuntutan *syara'* dalam rangka menjaga keutuhan fisik maupun manfaatnya. Seperti kendaraan misalnya kalau dipakai dan dibiarkan nanti tidak dihidupkan malah akan membuat mesin berkarat dan akhirnya menjadi rusak, begitu juga dengan tanah, sawah, rumah dan sebagainya. Berdasarkan logika rasional ini maka pemanfaatan barang gadai bertujuan untuk menjaga keutuhan nilai daripada barang gadai.

Permasalahannya adalah pihak manakah yang berhak atas pemanfaatan *marhun* tersebut? sedangkan hak dan kewajiban masing-masing pihak dibatasi oleh pihak lain, dan sampai sejauh mana pemanfaatan itu dibolehkan.

Berikut akan dijelaskan beberapa pendapat para ulama fikih mengenai pemanfaatan barang gadai.

1) Pemanfaatan barang gadai oleh *rahin*.

Status *rahin* dalam perjanjian gadai adalah pemilik barang. Namun kepemilikannya itu dibatasi oleh hak *habsu* (hak menahan barang) oleh *murtahin*. Oleh karena itu dalam perjanjian gadai *rahin* tidak mempunyai hak penuh untuk memanfaatkan barang miliknya yang telah digadaikan. Mengenai pemanfaatan *rahin* atas *marhun* ini para ulama berbeda pendapat.

Para ulama melarang jenis pemanfaatan dalam transaksi seperti ini, misalnya ulama Syafi'iyah membolehkan sepanjang pemanfaatannya itu tidak membahayakan *marhun*.

Berikut ini akan saya paparkan sejumlah perbedaan pendapat tersebut dengan argumentasi masing-masing.

Ulama Hanafiyah berpendapat bahwa *rahin* selaku pihak yang menggadaikan barang tidak boleh memanfaatkan barang gadai (*marhun*), baik mengendarai, memakai pakaian, menempati rumah atau mengolah tanah yang menjadi barang gadaian. Mereka melarang pemanfaatan seperti ini karena hak penahanan *marhun* oleh *murtahin* merupakan hak yang tetap selamanya sampai akad *rahn* itu berakhir. Jadi ketika *rahin* memanfaatkan *marhun* tanpa seijin *murtahin* berarti ia telah melakukan *ghasab*. Apabila ini diteruskan dan terjadi kerusakan pada barang gadai, maka *rahin* yang bertanggung jawab atas kerusakannya sementara kewajiban membayar hutang tetap pada *rahin* walaupun barang rusak atau hilang.⁴⁰⁶

Apabila *marhun* termasuk barang yang harus secara terus menerus dimanfaatkan dan sedangkan *murtahin* tidak sempat memanfaatkannya seperti mesin jahit, atau alat-alat produksi lainnya, maka *murtahin* bisa menyewakannya kepada pihak yang bisa memanfaatkannya.

Hasil atau upah yang diperoleh dari barang tersebut menjadi hak *rahin*, karena hasil maupun manfaat dari barang gadai berdasarkan Hadits Nabi di atas adalah hak *rahin*.

⁴⁰⁶ Wahbah az-auhaily, *Op.cit.*, hlm.254.

Ulama Hanafiah berpendapat sama dengan ulama Hanafiah, bagi mereka, penelantaran barang gadai bertentangan dengan syara'. Oleh karena itu *rahin* dan *mzu-tahin* harus melakukan kesepakatan-kesepakatan dalam pemanfaatan barang gadai (*marhun*).

Menurut ulama Hanafiah *rahin* tidak berhak memanfaatkan *marhun* seperti mengendarai, menempati rumah, mengambil susu binatang ternak dan lain sebagainya yang masih dalam perjanjian tanpa seijin *murtahin*.

Ketika *rahin* dan *murtahin* tidak mencapai kesepakatan dalam penentuan batas-batas kebolehan pemanfaatan, maka barang gadai harus dibiarkan karena ia merupakan barang yang tertahan dari pemanfaatan sampai *rahin* melunasi hutangnya. Bahwa barang gadaian dan seluruh manfaatnya adalah harta yang tertahan (*mahbusuh*)⁴⁰⁷

Ulama Malikiyah mempunyai pandangan yang keras tentang pelarangan pemanfaatan barang gadai oleh *rahin*. meskipun pihak *murtahin* mengizinkan pemanfaatan barang tersebut hal itu tetap terlarang. Apabila *murtahin* memberi ijin kepada *rahin* untuk memanfaatkan bmg gadai maka menurut mereka akad gadai menjadi batal karena tidak terpenuhinya kondisi penahanan terhadap barang gadai. Untuk memanfaatkan barang

⁴⁰⁷ *Ibid*, hlm 254

gadai menurut ulama Malikiyah bisa dilakukan oleh *murtahin* sebagai wakil atau ganti dari *rahin*.⁴⁰⁸

Ulama Syafi'iyah mempunyai pandangan yang berbeda dengan para ulama. Menurut mereka *rahin* boleh memanfaatkan marhun sepanjang tidak mengurangi atau merusak nilai materil dari barang gadai seperti mengendarai kendaraan, menempati rumah, memakai baju dan lain sebagainya dari barang gadaian. Kebolehan ini berdasarkan dalil bahwa manfaat dan hasil dari barang gadai tersebut adalah milik *rahin* dan tidak bisa dikaitkan dengan hutang yang ditanggungnya.

Jenis pemanfaatan barang gadai yang dilarang menurut mereka adalah pemanfaatan yang dapat mengurangi nilai barang gadai, seperti membangun gedung atau mengolah tanah yang masih dalam status gadai. Namun pemanfaatan jenis inipun menurut mereka dibolehkan apabila *murtahin* mengijinkannya.

Bagi ulama Syafi'iyah bila barang yang digadaikan itu sesuatu yang sangat berarti bagi hidup *rahin* seperti rumah atau kendaraan yang setiap hari dipakai maka *rahin* boleh memanfaatkan barang-barang tersebut sampai kebutuhannya terpenuhi.⁴⁰⁹

Dari beberapa pendapat ulama di atas dapat diambil kesimpulan bahwa penelantaran barang gadai tanpa dimanfaatkan

⁴⁰⁸ *Ibid*, hlm 255

⁴⁰⁹ *Ibid*, hlm 255

adalah bertentangan dengan tujuan syari'at Islam. Bahkan bisa mengurangi atau merusak nilai materi dari barang gadai (*marhun*) tersebut, oleh karena itu pemanfaatan atas barang gadai merupakan sesuatu yang seharusnya dilakukan. Para ulama hanya berbeda pendapat dalam mekanismenya saja, dimana dalam pemanfaatan tersebut tidak merugikan hak masing-masing pihak. Karena dalam akad *rahn*, *rahin* tetap memiliki hak milik atas *marhun*, sedangkan *murtahin* memiliki hak menahan *marhun* sebagai jaminan pelunasan hutang. Dengan demikian pemanfaatan *rahin* atas *marhun* digantungkan pada ijin dari *murtahin* ketika *murtahin* mengizinkan dan menganggap pemanfaatan yang dilakukan *rahin* tersebut tidak akan menghilangkan kepemilikan dari *marhun*, maka yang dilakukan *rahin* tersebut dibolehkan menurut syara'.

2) Pemanfaatan barang gadai oleh *murtahin*.

Murtahin berstatus sebagai pihak yang berhak menahan barang gadai tersebut, sebagai jaminan terpenuhinya hutang *rahin*. Dalam perjanjian *rahn* menurut kebanyakan ulama disyaratkan adanya penyerahan (*qabd*) *marhun* oleh *rahin* kepada *murtahin*.

Dalam hal ini berarti barang gadai berada ditangan *murtahin*. Ketika *murtahin* memegang barang yang hanya boleh ditahan tapi bukan miliknya, maka bagaimana status pemanfaatan yang dilakukannya atas barang gadai tersebut. Dalam hal ini para ulama berbeda pendapat dalam hukum pemanfaatan oleh *murtahin*.

Golongan Hanafiyah berbeda pendapat bahwa *murtahin* tidak boleh memanfaatkan barang gadai, baik mengendarai kendaraan, mengambil susu binatang ternak dan lain sebagainya, kecuali atas ijin *rahin*. Apabila *murtahin* diijinkan oleh *rahin* ulama Hanafiyah membaginya menjadi dua pendapat.

Pertama, membolehkannya secara mutlak, kedua menurut pendapat yang lebih kuat walaupun diijinkan oleh *rahin* tetapi *murtahin* mensyaratkannya diawal akad, maka hal itu tidak dibolehkan karena hal itu bisa menjerumuskan pada riba. Namun apabila *murtahin* tidak mensyaratkan awal akad, menurut ulama Hanafiyah pemanfaatan dibolehkan, karena ia termasuk *tabarru'* (kebaikan) yang dilakukan oleh *murtahin*.⁴¹⁰

Ulama Malikiyah merinci hukum pemanfaatan *murtahin* atas *marhun* ini menjadi dua bagian. Pertama dalam hutang yang bersifat *qard*. Kedua dalam hutang piutang jual beli atau transaksi *mu 'awadhah* (pertukaran).

Dalam bentuk yang pertama ulama Malikiyah melarang segala bentuk pemanfaatan *murtahin* atas *marhun* walaupun itu merupakan *tabarru'* dari *rahin* kepada *murtahin*.

Pemanfaatan *marhun* oleh *murtahin* ini tidak boleh dipersyaratkan di awal akad, tetapi lain halnya jika *rahin* mengijinkannya, maka hal itu diperbolehkan. Karena hak milik

⁴¹⁰ *Ibid*, hlm.256

atas *marhun* adalah ditangan *rahin*, oleh karena itu ia boleh secara bebas mengizinkan siapa saja yang dikehendaki untuk memanfaatkan *marhun*.

Bagi ulama Hanabilah pemanfaatan atas barang gadai itu hams dipisahkan antara benda mati dan hewan. Ketika *marhun* berupa barang-barang selain hewan yang tidak memerlukan biaya pemeliharaan seperti rurnah, perhiasan dan lain-lain, maka *murtahin* dilarang memanfaatkan barang-barang tersebut tanpa seijin *rahin*. Dan walaupun ada ijin dari *rahin* pemanfaatan yang dilakukan *murtahin* atas *marhun* jenis ini menurut ulama Hanabilah haram hukumnya karena ia merupakan hutang yang mengharapkan manfaat sedangkan apabila gadai itu merupakan harga barang jualan, atau sewa rumah, maka ketika *murtahin* mengizinkan pemanfaatan atas *marhun* hal ini dibolehkan.⁴¹¹ Sedangkan dalam perjanjian gadai berupa hewan ternak atau tunggangan, menurut ularna Hanabilah *murtahin* boleh mengambil manfaatnya yang sepadan dengan nafkah yang dikeluarkan, untuk merawat atau memelihara *marhun*, walaupun *rahin* tidak mengijinkannya.⁴¹²

Menurut ulama Hanabilah persyaratan *murtahin* untuk memanfaatkan *marhun* ketika akad gadai dilaksanakan, merupakan syarat yang *fasid* dan tidak sesuai dengan tujuan dari *rahn* sendiri,

⁴¹¹ *Ibid*, hlm.259

⁴¹² Imam Muhamamd bin Ismail a1 Kahlani, *Subulul ar-salam, Juz III*, Daar a1 fikr, hlm.51.

yaitu akad yang bersifat tolong menolong (kebajikan). Sedangkan akad gadai yang terjadi dalam jual beli, maka pemanfaatan *murtahin* atas *marhun* dibolehkan karena hal itu merupakan akad jual beli.⁴¹³

d) Pemeliharaan *Marhun* (barang gadai)

Berdasarkan pengertian *rahn* dari segi bahasa, maka barang gadai adalah barang yang tertahan, hak memegang barang gadai (*marhun*) adalah implikasi dari ikatan hutang, karena *akad rahn* ini tidak sempurna kecuali dengan memegang sesuatu yang dapat dijadikan sebagai jaminan hutang, yang dalam hal ini adalah barang gadai (*marhun*).

Ulama Hanafiah berpendapat syarat sah akad gadai adalah *al Qabd* yaitu penyerahan barang gadai oleh *murtahin* dalam bentuk yang kekal, dan *rahin* tidak diperbolehkan menarik barang gadai (*marhun*) kecuali setelah melunasi hutangnya karena pensyariatian akad *rahn* adalah sebagai jaminan hutang.⁴¹⁴

Oleh karena itu maka status kepemilikan barang gadai adalah milik *rahin*. Sedangkan *murtahin* hanya mempunyai hak menahan barang gadai sampai waktu pelunasan hutang, dan penguasaan *murtahin* terhadap barang tersebut hanya senilai uang yang dihutangkan (*marhun bihi*), sedangkan sisanya adalah amanat.⁴¹⁵

⁴¹³ Wahbah az Zuhaily, *Op.cit.*, hlm.260

⁴¹⁴ Imam Muhammad bin Ismail al-kahlani, *Op.cit.*, hlm.52.

⁴¹⁵ Wahbah az-zuhaily, *Op.cit.*, hlm.248.

Sedangkan jumhur ulama berpendapat bahwa *rahn* diadakan dengan tujuan pelunasan hutang, tuntutan pelunasan yang dimaksud disini adalah dari segi nilai harta bukan harta itu sendiri dan hak memegang barang gadai bukan suatu kemutlakan. *Rahin* masih bisa mengambil manfaat dengan syarat tidak mennyebabkan kerusakan pada *marhun*, jadi *rahin* masih mempunyai hak sepenuhnya atas *marhun* baik dari segi memegang dan mengambil manfaat.

Jika kita lihat pendapat dari ulama Hanafi adalah lebih tepat karena sesuai dengan konsep *rahn* yaitu menahan, dan ditambah lagi dengan pendapat dari ulama Hambali dan Maliki yang menyatakan bahwa *marhun* diterima dan dipegang oleh *murtahin* sampai hutangnya dilunasi. *Murtahin* berhak memelihara dan memegang *marhun* sebagaimana memegang dan memelihara hartanya sendiri. Sedangkan status *marhun* ditangan mereka hanyalah sebagai amanat atau barang titipan karena hak kepemilikan barang masih ditangan *rahin*.⁴¹⁶

Biaya pemeliharaan barang gadai (*marhun*), para ulama sepakat bahwa biaya atas barang gadai menjadi kewajiban *rahin*, karena *rahin* yang menanggung resiko maupun mendapatkan hasil dari barang gadai tersebut. Namun mereka berbeda berpendapat tentang biaya-biaya mana saja yang harus dipikul oleh *rahin*, dan biaya apakah yang dipikul oleh *murtahin*.

⁴¹⁶ *Ibid.*, hlm.250.

Ulama Hanafiah pada umumnya membagi biaya-biaya ini kepada *rahin* dan *murtahin*. *Rahin* berkewajiban memikul biaya selayaknya ia sebagai pemilik barang. Sedangkan bagi *murtahin* berkewajiban memikul biaya selayaknya sebagai penjaga barang gadaian tersebut.

Segala biaya yang diperlukan untuk menjaga kemaslahatan barang gadai dan kelangsungannya, menjadi tanggung jawab *rahin*, karena barang tersebut adalah miliknya. Sedangkan segala biaya yang dikeluarkan untuk menjaga atau memelihara barang gadai tersebut untuk kepentingannya, maka ia yang menanggung resikonya. Berdasarkan hal tersebut diatas maka adalah merupakan tanggung jawab *rahin* untuk memberi makan dan minum hewan gadai atau upah menggembalakan, atau biaya menyiram tanaman (pengairan), penyerbukan, panen (pemetikan) dan menangani segala kemaslahatan tanaman, pajak dan lain-lain karena seluruh yang disebutkan di atas adalah untuk menjaga kelangsungan hidup barang milik penggadai, dan seluruh beban biaya untuk suatu barang dikembalikan kepada pemiliknya.⁴¹⁷ Sedangkan bagi *murtahin* biaya pemeliharaan, seperti untuk penjaga atau tempat penyimpanan barang gadai, sewa kandang hewan, atau sewa gudang penyimpanan barang gadai, karena uang sewa adalah beban pemeliharaan menjadi tanggung jawab *murtahin*, dan berdasarkan hal tersebut tidak boleh disyaratkan pada akad gadai

⁴¹⁷ *Ibid.*, hlm.251.

memberi upah kepada *murtahin* untuk pemeliharaan barang gadai karena hal itu sudah menjadi kewajibannya.⁴¹⁸

Sementara itu jumbuh ulama yaitu Malikiyyah, Syafi'iyah, dan Hanabillah berpendapat bahwa semua biaya *marhun* baik biaya peralatan maupun biaya penjagaan menjadi tanggungan *rahin*, karena *rahin* adalah pemilik barang tersebut dan yang menanggung resiko ataupun menikrntati hasilnya.⁴¹⁹

Berdasarkan pendapat para ularna tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa gadai sebagai akad *tabarru'* (kebajikan) yang bertujuan untuk menolong pihak yang kekurangan dana dengan cara menggadaikan harta bendanya, dan karena harta benda yang digadaikan itu diserahkan ke tangan *murtahin*, maka tentu saja *murtahin* memerlukan biaya untuk menjaga agar nilai barang tersebut tidak berkurang. Untuk itu sudah sewajarnya apabila biaya-biaya perawatan maupun penjagaan barang menjadi tanggung jawab *rahin*. Karena *rahin* pemilik *marhun* yang sebenarnya, sedangkan *murtahin* hanya mempunyai hak penahanan atas *marhun* sebagai jaminan hutangnya.

e) Pertumbuhan dan Pertambahan *Marhum*

Pertumbuhan dan pertambahan barang gadai setelah digadaikan, kadang kala bergabung dan kadang kala terpisah, bila tergabung seperti (bertambah) gemuk, bulu domba, maka itu termasuk

⁴¹⁸ *Ibid.*, hlm.252.

⁴¹⁹ *Ibid.*

dalam barang gadai dengan kesepakatan ulama. Sedangkan apabila terpisah seperti anak yang dilahirkan, terjadi perbedaan pendapat ulama.

Ulama Hanafiah berpendapat masuk kedalam *rahn* setiap penambahan yang dilahirkan dari harta pokok baik yang tergabung, seperti buah, susu, bulu, ataupun terpisah, seperti anak, maka itu termasuk barang gadai karena itu mengikut kepadanya. Namun tidak termasuk *rahn* penambahan yang tidak dilahirkan seperti sewa. Hanya saja itu menjadi haknya *rahin*.⁴²⁰

Sedangkan ulama Malikiyah berpendapat, masuk pada *rahn* setiap yang dilahirkan yang bergabung dan tidak terpisah, seperti lemak, tulang, maupun yang terpisah, seperti anak yang dilahirkan dan sejenisnya. Sementara ulama Syafi'iyah berpendapat, masuk kedalam *rahn* penambahan yang berhubungan seperti lemak, tulang, buah, karena itu mengikut pada pokoknya, namun tidak termasuk kedalam *rahn* penambahan yang terpisah seperti anak, bulu, susu, sewa rumah.⁴²¹ Ulama Hanafiah berpendapat, sesungguhnya semua pertumbuhan dari *rahn* berhubungan maupun terpisah, yang dilahirkan atau tidak, termasuk kepada *rahn* yang berada dalam kekuasaan *murtahin*.⁴²²

f) Resiko Kerusakan *Marhum*.

⁴²⁰ Rozalinda, *Op.cit.*, hlm. 262.

⁴²¹ *Ibid*, hlm. 263.

⁴²² *Ibid*.

Bila *marhun* hilang atau rusak di bawah penguasaan *murtahin*, maka *murtahin* tidak wajib menggantinya, kecuali bila rusak atau hilang karena kelalaian *murtahin*, atau karena disia-siakan. Menurut ulama Hanafiah, *murtahin* menanggung segala resiko kerusakan atau kehilangan *marhun* bila *marhun* itu rusak atau hilang baik karena kelalaian maupun tidak.⁴²³

Sementara menurut ulama Syafi'iyah *murtahin* menanggung resiko kehilangan atau kerusakan *marhun* bila *marhun* itu rusak atau hilang akibat dari disia-siakan *murtahin*. Ulama Syafi'iyah dan Hanafiah berpendapat bahwa *murtahin* tidak bertanggung jawab atas rusaknya barang gadai jika tidak disengaja.⁴²⁴

g) Implementasi akad *Rahn* Pada Lembaga keuangan Syariah di Indonesia

Sebagai bentuk jasa pelayanan keuangan menjadi kebutuhan masyarakat adalah pinjaman dengan menggadaikan barang sebagai jaminan utang yang dikenal dengan *rahn*. Lembaga keuangan Syariah dapat memenuhi kebutuhan masyarakat tersebut, di Indonesia akad ini diatur dalam ketentuan Fatwa Dewan Syariah Nasional nomor 25/DSN-MUI/III/2022, tentang *Rahn*, sebagai berikut :⁴²⁵

1. *Murtahin* (penerima barang) mempunyai hak untuk menahan *Marhun* (barang) sampai semua utang *Rahin* (yang menyerahkan barang) dilunasi.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ Wahbah az-zauhaily, *Op.cit.*, hlm.271.

⁴²⁵ Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor : 25/DSN-MUI/III/2002, tentang *Rahn*

2. *Marhun* dan manfaatnya tetap menjadi milik *Rahin*. Pada prinsipnya, *Marhun* tidak boleh dimanfaatkan oleh *Murtahin* kecuali seizin *Rahin*, dengan tidak mengurangi nilai *Marhun* dan pemanfaatannya itu sekedar pengganti biaya pemeliharaan dan perawatannya.
1. Pemeliharaan dan penyimpanan *Marhun* pada dasarnya menjadi kewajiban *Rahin*, namun dapat dilakukan juga oleh *Murtahin*, sedangkan biaya dan pemeliharaan penyimpanan tetap menjadi kewajiban *Rahin*.
2. Besar biaya *pemeliharaan* dan penyimpanan *Marhun* tidak boleh ditentukan berdasarkan jumlah pinjaman.
3. Penjualan *Marhun* :
 - 1) Apabila jatuh tempo, *murtahin* harus memperingatkan *Rahin* untuk segera melunasi utangnya.
 - 2) Apabila *Rahin* tetap tidak dapat melunasi utangnya, maka *Marhun* dijual paksa/dieksekusi melalui lelang sesuai syariah.
 - 3) Hasil penjualan *Marhun* digunakan untuk melunasi utang, biaya pemeliharaan dan penyimpanan yang belum dibayar serta biaya penjualan.
 - 4) Kelebihan hasil penjualan menjadi milik *Rahin* dan kekurangannya menjadi kewajiban *Rahin*.

Jika melihat pada Fatwa Dewan Syariah Nasional nomor 25/DSN-MUI/III/2022, tentang *Rahn* maka jelas bahwa *rahn* adalah suatu akad yang didahului dengan perjanjian hutang piutang bukan perjanjian kerjasama modal atau akad *mudharabah* oleh karena itu menurut penulis *rahn* sebagai perjanjian *accessoir* tidak dapat digantungkan pada akad *mudharabah*.

h) Berakhirnya Akad *Rahn*.

Menurut ketentuan syaratan bahwa apabila masa yang telah diperjanjikan untuk membayar utang telah terlewati maka si berhutang tidak punya kemauan untuk mengembalikan pinjaman hendaklah ia memberikan izin kepada pemegang gadai untuk menjual barang gadaian. Dan seandainya izin tidak diberikan oleh si pemberi gadai untuk melunasi hutangnya atau memberikan izin kepada si penerima gadai untuk menjual barang gadaian tersebut.⁴²⁶

Apabila pemegang gadai telah menjual barang gadaian tersebut dan ternyata ada kelebihan dari yang seharusnya dibayar oleh si penggadai, maka kelebihan tersebut harus diberikan kepada si penggadai. Sebaliknya sekalipun barang gadaian telah dijual dan ternyata belum melunasi hutang si penggadai, maka si penggadai masih punya kewajiban untuk membayar kekurangannya.

Sayid Sabiq mengatakan jika terdapat klausula *murtahin* berhak menjual barang gadai pada waktu jatuh tempo perjanjian gadai,

⁴²⁶ Abdul Ghofur Anshori, *Gadai Syariah di Indonesia*, Gadjah Mada, Yogyakarta, 2005, hlm. 96

maka ini dibolehkan. Argumentasi yang diajukan adalah bahwa menjadi haknya pemegang gadaian untuk menjual barang gadaian tersebut. Pendapat ini berbeda dengan pendapat Imam As Syafi‘I yang memandang dicantumkan klausula tersebut dalam perjanjian gadai adalah batal demi hukum.

Berdasarkan pendapat tersebut diatas akad *rahn* berakhir dengan hal-hal sebagai berikut :⁴²⁷

1. Barang telah diserahkan kembali kepada pemiliknya.
2. *Rahin* membayar hutangnya.
3. Dijual dengan perintah hakim atas perintah *rahin*.
4. Pembebasan hutang dengan cara apapun, meskipun tidak ada persetujuan dari pihak *rahin*.

B. Jaminan Dalam Akad Mudharabah Pada Lembaga Keuangan Syariah Di Indonesia

1. Kedudukan Jaminan Dalam Akad Mudharabah Pada Lembaga Keuangan Syariah di Indonesia.

Dalam praktek di Indonesia Lembaga Keuangan Syariah hukum formal yang mengatur hubungan hukum antara Lembaga Keuangan Syariah dan nasabah sampai saat sekarang masih diatur dalam berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan peraturan perundang-undangan yang bersifat konvensional. Termasuk di dalamnya tentang hal-hal yang berkaitan

⁴²⁷ Sayyid Sabiq, *Op Cit*, hlm. 145.

dengan jaminan, bentuk-bentuk jaminan yang berlaku. Hal ini dikarenakan Lembaga Keuangan Syariah, khususnya perbankan syariah harus disesuaikan dengan ketentuan-ketentuan yang berlaku di wilayah Republik Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Satu-satunya hukum positif yang mengatur tentang Lembaga Keuangan Syariah hanya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Dalam Undang-Undang Perbankan Syariah telah diatur mengenai ketentuan jaminan yang diterapkan pada perbankan Syariah dalam bertansaksi dengan nasabahnya atau mitranya sebagaimana Pasal 1 ayat 26 yang menyebutkan bahwa agunan adalah jaminan tambahan, baik berupa benda bergerak maupun benda tidak bergerak yang diserahkan oleh pemilik Agunan kepada Bank Syariah dan/atau UUS, guna menjamin pelunasan kewajiban Nasabah Penerima Fasilitas. Ketentuan di perbankan Syariah ini tidaklah berbeda dengan ketentuan pada bank konvensional, dimana pada bank konvensional juga menggunakan benda bergerak ataupun benda tidak bergerak sebagai jaminan.

Walaupun dalam perbankan Syariah bentuk jaminan yang diterapkan sama dengan bank konvensional, yaitu jaminan perorangan (*bartoch*) dan jaminan kebendaan, namun kedudukan jaminan berbeda antara perbankan konvensional dengan perbankan syariah, karena pada perbankan syariah posisi jaminan bukanlah hal yang sentral dalam penyaluran pembiayaan. Oleh karena itu perbankan syariah dalam memberikan pembiayaan berdasarkan

prinsip investasi, dimana setiap investasi mempunyai kemungkinan untung atau rugi. Sehingga bank syariah lebih mengedepankan kelayakan usaha setiap calon mitra pembiayaan dan aspek kemitraan.

Berdasarkan Fatwa DSN-MUI Nomor 7/DSN-MUI/IV/2000, tentang *Mudharabah (Qiradh)*, adanya jaminan dalam perbankan syariah khususnya dalam pembiayaan *mudharabah* hanya untuk memberikan kepastian hukum agar *mudharib* tidak melakukan penyimpangan, Lembaga Keuangan Syariah dapat meminta jaminan dari *mudharib* atau pihak ketiga. Jaminan ini hanya dapat dicairkan apabila *mudharib* terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad.

Berdasarkan ketentuan tersebut diatas maka kedudukan jaminan bukanlah untuk mengcover atas modal yang diluarkan oleh *shahibul mal* dan jaminan bukanlah hal yang pokok pada pembiayaan berdasarkan akad *mudharabah*, dengan kata lain pembiayaan berdasarkan akad *mudharabah* tanpa jaminan sudah dapat disetujui dan berlaku. Oleh sebab itu dapat dikatakan bahwa kedudukan jaminan menurut fatwa DSM-MUI tersebut hanya untuk menghindari terjadinya penyimpangan dan moral *hazard* dalam pembiayaan berdasarkan akad *mudharabah*.

Pada prinsipnya akad *mudharabah* sifatnya mutlak, yaitu pemilik modal selaku *shahibul mal* tidak menetapkan syarat tertentu kepada *mudharib*, hal ini disebut dengan *mudharabah mutlaqah*. Namun jika dipandang perlu, maka *shahibul mal* sebagai pemilik modal boleh menetapkan batasan-batasan atau syarat-syarat guna menyelamatkan

modalnya dari resiko kerugian. Syarat-syarat ini harus dipenuhi oleh *mudharib*. Jika *mudharib* melanggar maka harus bertanggung jawab atas kerugian yang timbul, jenis *mudharabah* ini disebut dengan *mudharabah maqayyadah*.

Pembiayaan berdasarkan akad *mudharabah* ini telah diatur melalui fatwa DSN-MUI Nomor 7/DSN-MUI/IV/2000, tentang *Mudharabah (Qiradh)*, lahirnya fatwa ini dilatarbelakangi untuk mengembangkan dan meningkatkan dana Lembaga Keuangan Syariah, pihak Lembaga Keuangan Syariah dapat menyalurkan dananya kepada pihak lain dengan cara *mudharabah*, yaitu akad kerjasama suatu usaha antara dua belah pihak dimana pihak pertama *shahibul mal* sebagai pemilik modal yang menyediakan seluruh modal, sedangkan pihak kedua selaku *mudharib* yang bertindak selaku pengelola dan keuntungan usaha dibagi diantara mereka sesuai kesepakatan yang dituangkan dalam suatu kontrak.⁴²⁸

Berdasarkan fatwa tersebut terdapat beberapa ketentuan dalam pembiayaan berdasarkan akad *mudharabah* sebagai berikut :

- a. Ketentuan penyaluran dana berdasarkan akad *mudharabah*, sebagai berikut :
 - 1) Pembiayaan *Mudharabah* adalah pembiayaan yang disalurkan oleh LKS kepada pihak lain untuk suatu usaha yang produktif.
 - 2) Dalam pembiayaan ini LKS sebagai *shahibul maal* (pemilik dana) membiayai 100% kebutuhan suatu proyek (usaha), sedangkan

⁴²⁸ Khotibun Umam & Setiawan Budi Utomo, *Op Cit*, hlm. 133-134

pengusaha (nasabah) bertindak sebagai *mudharib* atau pengelola usaha.

- 3) Jangka waktu usaha, tatacara pengembalian dana, dan pembagian keuntungan ditentukan berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak (LKS dengan pengusaha).
- 4) *Mudharib* boleh melakukan berbagai macam usaha yang telah disepakati bersama dan sesuai dengan syari'ah; dan LKS tidak ikut serta dalam manajemen perusahaan atau proyek tetapi mempunyai hak untuk melakukan pembinaan dan pengawasan.
- 5) Jumlah dana pembiayaan harus dinyatakan dengan jelas dalam bentuk tunai dan bukan piutang.
- 6) LKS sebagai penyedia dana menanggung semua kerugian akibat dari *mudharabah* kecuali jika *mudharib* (*nasabah*) melakukan kesalahan yang disengaja, lalai, atau menyalahi perjanjian.
- 7) Pada prinsipnya, dalam pembiayaan *mudharabah* tidak ada jaminan, namun agar *mudharib* tidak melakukan penyimpangan, LKS dapat meminta jaminan dari *mudharib* atau pihak ketiga. Jaminan ini hanya dapat dicairkan apabila *mudharib* terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad.
- 8) Kriteria pengusaha, prosedur pembiayaan, dan mekanisme pembagian keuntungan diatur oleh LKS dengan memperhatikan fatwa DSN.
- 9) Biaya operasional dibebankan kepada *mudharib*.

10) Dalam hal penyandang dana (LKS) tidak melakukan kewajiban atau melakukan pelanggaran terhadap kesepakatan, *mudharib* berhak mendapat ganti rugi atau biaya yang telah dikeluarkan.

b) Ketentuan Rukun dan Syarat penyaluran dana berdasarkan akad *mudharabah*, sebagai berikut :

- 1) Penyedia dana (*shahibul maal*) dan pengelola (*mudharib*) harus cakap hukum.
- 2) Pernyataan *ijab* dan *qabul* harus dinyatakan oleh para pihak untuk menunjukkan kehendak mereka dalam mengadakan kontrak (akad), dengan memperhatikan hal-hal berikut:
 - a. Penawaran dan penerimaan harus secara eksplisit menunjukkan tujuan kontrak (akad).
 - b. Penerimaan dari penawaran dilakukan pada saat kontrak.
 - c. Akad dituangkan secara tertulis, melalui korespondensi, atau dengan menggunakan cara-cara komunikasi modern.
- 3) Modal ialah sejumlah uang dan/atau aset yang diberikan oleh penyedia dana kepada *mudharib* untuk tujuan usaha dengan syarat sebagai berikut:
 - a. Modal harus diketahui jumlah dan jenisnya.
 - b. Modal dapat berbentuk uang atau barang yang dinilai. Jika modal diberikan dalam bentuk aset, maka aset tersebut harus dinilai pada waktu akad.
 - c. Modal tidak dapat berbentuk piutang dan harus dibayarkan

kepada *mudharib*, baik secara bertahap maupun tidak, sesuai dengan kesepakatan dalam akad.

- 4) Keuntungan *mudharabah* adalah jumlah yang didapat sebagai kelebihan dari modal. Syarat keuntungan berikut ini harus dipenuhi:
 - a. Harus diperuntukkan bagi kedua pihak dan tidak boleh disyaratkan hanya untuk satu pihak.
 - b. Bagian keuntungan proporsional bagi setiap pihak harus diketahui dan dinyatakan pada waktu kontrak disepakati dan harus dalam bentuk prosentasi (*nisbah*) dari keuntungan sesuai kesepakatan. Perubahan nisbah harus berdasarkan kesepakatan.
 - c. Penyedia dana menanggung semua kerugian akibat dari *mudharabah*, dan pengelola tidak boleh menanggung kerugian apapun kecuali diakibatkan dari kesalahan disengaja, kelalaian, atau pelanggaran kesepakatan.
- 5) Kegiatan usaha oleh pengelola (*mudharib*), sebagai perimbangan (*muqabil*) modal yang disediakan oleh penyedia dana, harus memperhatikan hal-hal berikut:
 - a. Kegiatan usaha adalah hak eksklusif *mudharib*, tanpa campur tangan penyedia dana, tetapi ia mempunyai hak untuk melakukan pengawasan.
 - b. Penyedia dana tidak boleh mempersempit tindakan pengelola sedemikian rupa yang dapat menghalangi tercapainya tujuan *mudharabah*, yaitu keuntungan.

- c. Pengelola tidak boleh menyalahi hukum Syari'ah Islam dalam tindakannya yang berhubungan dengan *mudharabah*, dan harus mematuhi kebiasaan yang berlaku dalam aktifitas itu.

2. Kepastian Hukum Hak Tanggungan Akad Mudharabah Pada Lembaga Keuangan Syariah di Indonesia

Akad *mudharabah* adalah akad antara pemilik modal selaku *shaibul mal* dengan pengelola modal selaku *mudharib* untuk diperdagangkan atau dikembangkan usaha yang dibenarkan menurut syariat Islam, sedangkan keuntungan akan dibagi sesuai dengan kesepakatan yang telah disepakati diawal akad, sedangkan kerugian ditanggung sepenuhnya oleh pemilik modal selaku *shaibul mal*. *Mudharib* selaku pengelola modal tidak ikut menanggung kerugian yang diderita karena *mudharib* telah menanggung kerugian berupa tenaga dan waktu.

Akad *mudharabah* diperbolehkan dalam Islam karena mengandung kemaslahatan dan keadilan bagi para pihak yang terlibat dalam akad ini. Pada zaman Rasulullah SAW, akad *mudharabah* mampu menjembatani pihak yang secara finansial berlebihan, tetapi tidak memiliki keahlian atau kesempatan mengembangkan usaha dengan pihak yang memiliki keahlian dan kesempatan, tetapi tidak memiliki modal untuk mengembangkan usaha. Keadilan dan mempertemukan kedua belah pihak yang saling membutuhkan sehingga memungkinkan kekayaan tidak berputar dikalangan orang kaya saja, inilah yang menjadi keistimewaan akad *mudharabah*. Dari hal tersebut adalah

ajaran yang diperintahkan dalam agama Islam, keadilan dan kesenjangan antara si kaya dan si miskin.

Di era pembangunan modern seperti sekarang ini untuk menggerakkan sektor riil dan investasi yang belum bergerak, Lembaga Keuangan Syariah dalam upaya untuk mencapai pembangunan tersebut berupaya memberikan dukungan untuk menyalurkan pembiayaan kepada masyarakat dan memberikan fasilitas jasa-jasa keuangan untuk menunjang ekonomi kerakyatan tersebut.

Selain itu, salah satu peranan lembaga Keuangan Syariah di Indonesia adalah sebagai sarana menghimpun dana dari masyarakat dan kembali menyalurkannya kepada masyarakat secara efektif dan efisien yang tentunya menghasilkan keuntungan yang ingin dicapai bersama, sebagai contohnya adalah penyaluran pembiayaan berdasarkan akad *mudharabah*. Salah satu ciri khas dari akad *mudharabah* adalah saling percaya antara Lembaga Keuangan Syariah pemodal selaku *shahibul mal* dengan *mudharib* selaku pengelola modal, kenyataan ini menjadikan pembiayaan berdasarkan akad *mudharabah* sebagai pembiayaan yang beresiko tinggi terhadap permasalahan.

Dalam praktek di Indonesia Lembaga Keuangan Syariah, selaku pemodal yang bertindak sebagai *shahibul mal*, dalam pembiayaan dan penyaluran modalnya kepada *mudharib* selaku pengelola modal, Lembaga Keuangan Syariah selalu meminta bukti kepemilikan jaminan kepada nasabahnya selaku *mudharib*. Padahal jelas fatwa DSN-MUI menyatakan bahwa pada prinsipnya pembiayaan *mudharabah* tidak ada jaminan. Namun

agar *mudharib* tidak melakukan penyimpangan, Lembaga Keuangan Syariah dapat meminta dari *mudharib* atau pihak ketiga. Jaminan ini hanya dapat dicairkan apabila *mudharib* terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati.

Besarnya modal yang dikeluarkan oleh Lembaga Keuangan Syariah selaku *shahibul mal* menjadikan pembiayaan berdasarkan akad *mudharabah* berisiko tinggi karena Lembaga keuangan Syariah selaku *shahibul mal* akan selalu menghadapi permasalahan *assymmetric informasion* yaitu salah satu pihak memiliki informasi yang lebih dari pada pihak lain, dan *moral hazard* dari *mudharib* selaku pengelola modal yang melakukan hal-hal yang menguntungkan *mudharib* saja dan merugikan *shahibul mal* selaku pemilik modal. Hal inilah yang menjadi dasar Lembaga Keuangan Syariah dalam menyalurkan pembiayaan berdasarkan akad *mudharabah* meminta penetapan agunan berupa aset sebagai jaminan untuk mencegah *mudharib* melakukan penyimpangan karena jaminan yang diberikannya itu menjadi harga dari penyelewengan perilakunya.

Untuk mengantisipasi resiko yang tinggi tersebut Lembaga Keuangan Syariah dalam menyalurkan pembiayaan berdasarkan akad *mudharabah* biasanya meminta dan menetapkan agunan berupa harta tidak bergerak, salah satunya dengan membuat perjanjian pembebanan Hak Tanggungan atas tanah, mengingat tanah mempunyai nilai ekonomis yang tinggi dan cenderung terus meningkat harganya.

Menurut Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, yang dimaksud dengan Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana yang dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1996 Tentang Peraturan Dasar pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lainnya.

Selanjutnya dalam penjelasan umum Undang-Undang Hak Tanggungan dikatakan bahwa Hak Tanggungan adalah hak jaminan atas tanah untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur lain. Ini mengartikan bahwa, jika debitur cidera janji, kreditur pemegang hak tanggungan berhak untuk menjual melalui pelelangan umum tanah yang dijadikan objek jaminan menurut ketentuan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan, dengan mendahului daripada kreditur-kreditur yang lainnya. Kedudukan yang diutamakan tersebut sudah barang tentu tidak mengurangi preferensi piutang-piutang negara menurut ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku.⁴²⁹

Hak tanggungan sebagai lembaga hak jaminan atas tanah yang mempunyai ciri-ciri sebagai berikut :

- a. Memberikan kedudukan yang utama atau mendahului kepada

⁴²⁹ Arba, *Hukum Agraria Indonesia*, *Op Cit*, hlm. 208.

pemegangnya.

- b. Selalu mengikuti objek yang dijaminakan dalam tangan siapapun objek berada.
- c. Memenuhi asas spesialitas dan publisitas sehingga dapat mengikuti pihak ketiga dan memberikan kepastian hukum kepada pihak-pihak yang berkepentingan.
- d. Mudah dan pasti eksekusinya.

Berdasarkan ciri-ciri tersebut di atas, maka dalam Hak Tanggungan terdapat beberapa prinsip pokok, yaitu sebagai berikut :

- a. Kedudukan kreditur pemegang Hak tanggungan mempunyai hak diutamakan atau mendahului dari pada kreditur-kreditur lainnya (*droit de preference*).
- b. Hak Tanggungan tetap membebani objek Hak Tanggungan di tangan siapapun benda tersebut berada (*droit de suite*).
- c. Hak Tanggungan mempunyai sifat tidak dapat dibagi-bagi, yang berarti bahwa Hak Tanggungan membebani secara utuk objeknya dan setiap bagian dari padanya. Penyimpangan terhadap asas ini hanya dapat dilakukan apabila hal tersebut diperjanjikan secara tegas.
- d. Hak tanggungan pada hakikatnya merupakan ikutan atau perjanjian tambahan (*accessoir*) pada perjanjian pokok, dengan demikian maka keberadaannya, peralihan dan hapusnya Hak Tanggungan tergantung pada utang yang dijaminakan pelunasannya tersebut.
- e. Pemegang Hak Tanggungan tetap berhak untuk mengambil pelunasan

piutangnya atau segala hal yang diperolehnya menurut UUHT walaupun debitur pailit.

- f. Kemudahan dan kepastian dalam eksekusi, jika debitur cidera janji tanpa melalui gugatan pedata melalui pengadilan. Ketentuan ini berdasarkan Pasal 20 UUHT yaitu dengan cara menjual objek Hak Tanggungan melalui pelelangan umum menurut Pasal 6 UUHT atau ditempuh dengan cara yang dikenal dengan istilah *parate executie* berdasarkan Pasal 224 RIB dan 158 RRBgw.
- g. Kepastian tanggal kelahiran Hak Tanggungan.

Sedangkan keberadaan Hak Tanggungan ditentukan melalui pemenuhan tata cara pembebanannya yang meliputi dua tahapan sebagai berikut :

- 1) Tahap pemberian Hak Tanggungan dengan dibuatkannya akta pemberian Hak Tanggungan oleh PPAT, yang memuat substansi yang bersifat wajib dan janji-janji yang bersifat fakultatif yang didahului dengan perjanjian pokok, yakni perjanjian utang piutang.
- 2) Tahap pendaftaran Hak Tanggungan oleh kantor pertanahan yang menandakan kelahiran Hak Tanggungan. Arti pentingnya pendaftaran Hak Tanggungan tampak sehubungan dengan mulainya kedudukan *preferent* bagi kreditur, penentuan perikat Hak Tanggungan, dan berlakunya Hak Tanggungan terhadap pihak ketiga.

Apabila beralihnya hak atas tanah yang menjadi objek Hak Tanggungan, baik karena perbuatan hukum, peristiwa hukum, ataupun karena

sebab-sebab lain, peralihan tersebut harus dicatat oleh kantor pertanahan, demikian pula apabila Hak Tanggungan hapus karena utangnya telah dilunasi atau sebab-sebab lainnya, maka kantor pertanahan akan melakukan pencoretan atau yang dikenal dengan sebutan *roya* catatan Hak Tanggungan tersebut.

Berdasarkan penjelasan tersebut di atas maka jelas dan terang bahwa Hak Tanggungan merupakan perjanjian ikutan atau tambahan (*accessior*) dari perjanjian pokok, yakni perjanjian utang piutang, sedangkan akan *mudharabah* bukanlah perjanjian utang piutang, melainkan suatu akad Akad kerjasama suatu usaha antara *shahibul mal* yang menyediakan seluruh modal dan *mudharib* yang bertindak selaku pengelola modal dengan membagi keuntungan sesuai dengan kesepakatan yang dituangkan dalam akad, sementara kerugian ditanggung sepenuhnya oleh bank syariah, kecuali jika pihak kedua melakukan kesalahan yang disengaja, lalai atau menyalahi perjanjian⁴³⁰. Hal ini dipertegas sebagaimana yang dimaksud Fatwa DSN-MUI No : 07/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan *Mudharabah (Qiradh)*.

Dalam hukum perdata yang dimaksud dengan perjanjian ikutan atau tambahan (*accessoir*) adalah perjanjian yang merupakan tambahan dari perjanjian lainnya dan tidak dapat berdiri sendiri dan bergantung pada perjanjian pokok, sedangkan yang dimaksud dengan perjanjian pokok adalah

⁴³⁰ Deni Rahmatillah dan Nuryanti, Telaah Konsep Akad Mudharabah Di Indonesia (Tinjauan Pelaksanaan Akad Mudharabah Di Bank Syariah Indonesia), *Jurnal Islamic Business and Finance (IBF)*, Vol.2, No.2, Oktober 2021, hlm. 169

perjanjian yang dapat berdiri sendiri dan tidak bergantung pada perjanjian-perjanjian lainnya.⁴³¹

Jika kita melihat pada penjelasan umum Pasal 1 Undang-Undang Hak Tanggungan dikatakan bahwa Hak Tanggungan adalah hak jaminan atas tanah untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur lain, maka jelas yang dimaksud dalam Undang-Undang ini hak tanggungan adalah jaminan tanah dalam rangka untuk pelunasan utang tertentu. Oleh karena itu hak tanggungan menurut sifatnya merupakan ikutan atau *accessoir* pada suatu piutang tertentu, yang didasarkan pada suatu perjanjian utang-piutang atau perjanjian lain, maka kelahiran dan keberadaannya ditentukan oleh adanya piutang yang dijamin pelunasannya.⁴³²

Kemudian penjelasan Pasal 3 ayat (1) Undang-undang Hak Tanggungan menjelaskan bahwa utang yang dijamin dengan Hak Tanggungan dapat berupa utang yang sudah ada maupun yang belum ada tetapi sudah diperjanjikan, misalnya utang yang timbul dari pembayaran yang dilakukan oleh kreditur untuk kepentingan debitur dalam rangka pelaksanaan bank garansi. Jumlahnya pun dapat ditentukan secara tetap di dalam perjanjian yang bersangkutan dan dapat pula ditentukan kemudian berdasarkan cara perhitungan yang ditentukan dalam perjanjian yang menimbulkan hubungan

⁴³¹ Tiar Ramon, *Hukum Perdata Indonesia*, Trussmedia Grafika, Yogyakarta, 2016, hlm. 20.

⁴³² Penjelasan Pasal 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan dan atas Tanah beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah.

utang-piutang yang bersangkutan, misalnya utang bunga atas pinjaman pokok dan ongkos-ongkos lain yang jumlahnya baru dapat ditentukan kemudian.⁴³³

Perjanjian yang dapat menimbulkan hubungan utang-piutang dapat berupa perjanjian pinjam meminjam maupun perjanjian lain, misalnya perjanjian pengelolaan harta kekayaan orang yang belum dewasa atau yang berada di bawah pengampuan, yang diikuti dengan pemberian Hak Tanggungan oleh pihak pengelola.⁴³⁴

Pasal 10 Undang-Undang Hak Tanggungan menjelaskan bahwa sesuai dengan sifat *accessoir* dari Hak Tanggungan, pemberiannya haruslah merupakan ikutan dari perjanjian pokok, yaitu perjanjian yang menimbulkan hubungan hukum utang-piutang yang dijamin pelunasannya. Perjanjian yang menimbulkan hubungan utang-piutang ini dapat dibuat dengan akta di bawah tangan atau harus dibuat dengan akta otentik, tergantung pada ketentuan hukum yang mengatur materi perjanjian itu. Dalam hal hubungan utang-piutang itu timbul dari perjanjian utang-piutang atau perjanjian kredit, perjanjian tersebut dapat dibuat di dalam maupun di luar negeri dan pihak-pihak yang bersangkutan dapat orang perseorangan atau badan hukum asing sepanjang kredit yang bersangkutan dipergunakan untuk kepentingan pembangunan di wilayah negara Republik Indonesia.⁴³⁵

Kemudian pada penjelasan Pasal 11 ayat (1) huruf c menyebutkan bahwa penunjukan utang atau utang-utang yang dijamin sebagaimana

⁴³³ *Ibid.* Penjelasan Pasal 3 ayat (1)

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ *Ibid.* Penjelasan Pasal 10

dimaksud pada huruf c ini meliputi juga nama dan identitas debitur yang bersangkutan.⁴³⁶

Mencermati penjelasan Undang-Undang Hak Tanggungan di atas dapat di ditarik kesimpulan bahwa Hak Tanggungan adalah suatu jaminan utang untuk memberi keyakinan kepada pihak kreditur dan pihak yang berpiutang atas pembayaran utang yang diberikannya kepada debitur, yang lahir akibat dari suatu perjanjian tambahan (*accessior*) terhadap perjanjian pokok. Oleh karena itu menurut hebat penulis Hak Tanggungan yang digantungkan pada akad *mudharabah* dapat dikatakan belum tepat karena akad *mudharabah* bukanlah perjanjian utang piutang, dan bukan pula perjanjian yang dapat menimbulkan utang dikemudian hari.

Namun dalam prakteknya, Lembaga Keuangan Syariah di Indonesia khususnya perbankan syariah dalam penyaluran dana melalui akad *mudharabah* selalu diiringi dengan pembebanan Hak Tanggungan, hal ini dilakukan untuk memenuhi prinsip kehati-hatian bank agar *mudharib* tidak menyelewengkan atau menyalahgunakan modal yang telah diberikan oleh bank sebagai Lembaga Keuangan Syariah (*shahibul mal* atau pemilik modal).⁴³⁷ Dengan adanya jaminan akan mencegah *mudharib* melakukan penyelewengan karena jaminan yang sudah diberikan itu menjadi harga dari penyelewengan pelakunya (*character risk*).⁴³⁸

Praktek pengenaaan jaminan untuk pembiayaan dalam akad *mudharabah* ini didasari pada Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang

⁴³⁶ *Ibid.* Penjelasan Pasal 10

⁴³⁷ Fatwa Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah (Qiradh)

⁴³⁸ Adiwarmam A. Karim, *Op Cit*, hlm. 215

Pebankan, maupun menurut Peraturan Bank Indonesia, bahkan Majelis Ulama Indonesia melalui lembaga Dewan Syariah Nasional juga membolehkan adanya jaminan tersebut, padahal jelas yang dimaksud dengan akad *mudharabah* menurut fikih Islam merupakan salah satu bentuk kerjasama antara *shaibul mal* dengan seorang pihak kedua sebagai *mudharib* yang berfungsi sebagai pengelola dalam usaha.⁴³⁹

Bank Indonesia sebagai pegang otoritas perbankan di Indonesia telah mengatur persyaratan-persyaratan yang harus dipenuhi oleh bank syariah yang hendak menyalurkan dananya kepada masyarakat melalui akad *mudharabah* ini. Pengaturan dilakukan dengan mengeluarkan Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/OBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Perhimpunan Dana dan Penyaluran Dana Serta Jasa Bank Syariah, sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Bank Indonesia Nomor 10/16/PBI/2008, dimana dalam Pasal 1 angka 3 disebutkan bahwa pembiayaan adalah penyediaan dana atau tagihan/piutang yang dapat dipersamakan dengan itu transaksi investasi yang didasarkan antara lain atas akad *mudharabah* dan/atau *musyarakah*.⁴⁴⁰

Jika dilihat definisi dari oleh para fukaha fikih muamalah menyebutkan bahwa *mudharabah* adalah akad antara dua orang yang saling menanggung, salah satu pihak menyerahkan hartanya kepada pihak lain untuk diperdagangkan dengan bagian yang telah ditentukan dari keuntungan, seperti setengah atau sepertiga dengan syarat-syarat yang telah ditentukan.⁴⁴¹

⁴³⁹ Neneng Nurhasanah & Panji Adam, *Op Cit*, hlm. 213

⁴⁴⁰ Khotibun Umam & Setiawan Budi Utomo, *Op Cit*, hlm. 141.

⁴⁴¹ Hendi Suhendi, *Op Cit*, hlm. 136.

Sedangkan yang dimaksud dengan akad menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah adalah kesepakatan dalam suatu perjanjian antara dua pihak atau lebih untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan tertentu.⁴⁴² Menurut Pasal 1 angka (13) Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, akad adalah kesepakatan tertulis antara bank syariah atau UUS dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan prinsip syariah.⁴⁴³

Mencermati pengertian akad di atas dapat disimpulkan bahwa *mudharabah* merupakan suatu kesepakatan dalam suatu perjanjian, sedangkan yang dimaksud dengan perjanjian adalah suatu perbuatan hukum yang terjadi antara satu orang atau lebih yang mengikatkan dirinya kepada satu orang atau lebih dimana keduanya saling mengikat dirinya.⁴⁴⁴

Salah satu hal terpenting dalam suatu perjanjian adalah menentukan keabsahan suatu perjanjian, dalam KUHPerdota mengukur keabsahan suatu perjanjian itu dengan syarat-syarat suatu perjanjian yang dirumuskan dalam Pasal 1320, yang terdiri dari kesepakatan, kecakapan, suatu hal tertentu dan kausa yang halal. Berbeda dengan KUHPerdota, hukum Islam para fukaha menempatkan keabsahan suatu perjanjian dengan penekanan dan pendekatan antara lain *muwafaqah (al-ridha)*, *majils al aqd*, *alhliyyah*, *al-ma'qud alaihi* dan *consederation*.⁴⁴⁵

⁴⁴² Pasal 20 angka (1), *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*.

⁴⁴³ Pasal 1 angka (13), *Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah*.

⁴⁴⁴ Ridwan Khairandy, *Op Cit*, hlm. 59.

⁴⁴⁵ *Ibid*, hlm. 168 - 211.

Keempat syarat dalam Pasal 1320 KUHPerdara tersebut di atas terdapat penjelasan lebih lanjut mengenai konsekuensi jika tidak terpenuhinya masing-masing syarat tersebut, pertama jika syarat kesepakatan dan kecakapan yang merupakan unsur subjektif karena berkenaan dengan diri orang yang membuat perjanjian, kedua syarat objektif tertentu dan kausa yang halal merupakan unsur objektif dari suatu perjanjian.

Suatu perjanjian yang tidak memenuhi syarat sahnya suatu perjanjian sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara, baik syarat subjektif maupun objektif akan mempunyai akibat sebagai berikut :⁴⁴⁶

- a. *Nonesksistensi*, apabila tidak ada kesepakatan maka tidak timbul perjanjian.
- b. *Vernertigbaar*, atau dapat dibatalkan, apabila perjanjian tersebut lahir karena adanya cacat kehendak (*wilsgebreke*) atau kerana ketidakcakapan (*Onbekwaamheid*).

Pasal 1320 KUHPerdara ayat (1) dan (2), berarti hal ini terkait dengan unsur subjektif, sehingga berakibat perjanjian tersebut dapat dibatalkan jika tidak terpenuhinya syarat ini.

- c. *Nietig*, atau batal demi hukum, apabila terdapat perjanjian yang tidak memenuhi syarat objektif tertentu atau mempunyai causa atau causanya tidak diperbolehkan.

Pasal 1320 ayat (3) dan (4), berarti hal ini terkait dengan unsur objektif, sehingga berakibat perjanjian batal demi hukum.

⁴⁴⁶ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2013, hlm. 160.

Sebagaimana KUHPerdara, dalam hukum Islam juga mengenal perjanjian sah atau valid (*sahih*), dan perjanjian batal demi hukum (*batil*), serta perjanjian yang dapat dibatalkan (*fasid*). Dalam sistem hukum Islam keabsahan dan pembatalan perjanjian dibedakan menjadi dua tingkat derajat, yaitu derajat hukum dan derajat religius. Konsep hukum Islam dikenal dengan istilah *masrhu* yang literal berarti diakui secara hukum. Dalam konsep ini, keabsahan suatu perjanjian secara hukum menyangkut tiga perbedaan antara *sahih* (valid), dan *batil* (batal demi hukum), dan *fasid* (dapat dibatalkan).⁴⁴⁷ Dalam hukum perjanjian Islam, derajat hukum tersebut tidak pernah dipisahkan derajat religiusnya. Secara religius dikenal kategori perjanjian yang haram dan perjanjian makruh.⁴⁴⁸

Perbedaan antara perjanjian *batil* dan *fasid* diperkenalkan dan hanya diakui oleh mazhab Hanafi, sedangkan mazhab-mazhab yang tidak membedakan perjanjian *batil* dan *fasid*. Bagi mereka keduanya adalah sama, yaitu sama-sama merupakan perjanjian yang batal dan tidak ada wujudnya, sehingga tidak memberikan akibat hukum apapun.⁴⁴⁹ Akad *Batil* adalah akad yang tidak memenuhi rukun atau syarat pembentukan akad, sedangkan akad *fasid* adalah akan yang memenuhi rukun akadnya, tetapi tidak memenuhi syarat keabsahan akad.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ Ridwan Khairandy, *Op Cit*, hlm. 213.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ *Ibid*, hlm. 214

BAB V

**KONSEP IDEAL PERJANJIAN HAK TANGGUNGAN SEBAGAI
JAMINAN DALAM AKAD MUDHARABAH UNTUK
MEWUJUDKAN KEPASTIAN HUKUM**

A. Perjanjian Jaminan Hak Tanggungan Pada Akad *Mudharabah*

Eksistensi lembaga jaminan Hak Tanggungan Atas Tanah dalam sistem hukum jaminan Indonesia dimaksudkan adalah dalam rangka mengetahui dan memahami fungsi dan kegunaan jaminan Hak Tanggungan Atas Tanah yang terkandung dalam keseluruhan perangkat peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang Hak Tanggungan Atas Tanah atau peraturan yang terkait dengan Hak Tanggungan Atas Tanah. Perangkat peraturan perundang-undangan dimaksud, ada yang masih berasal dari produk hukum semasa pemerintah kolonial dan ada pula produk hukum bentukan bangsa Indonesia sendiri.

Masih berlakunya peraturan perundang-undangan bentukan kolonial merupakan hal sangat wajar terjadi di Indonesia hal ini terjadi karena konstitusi Indonesia masih memberikan ruang untuk itu. Dalam Pasal I Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945 Pascaamandemen menyatakan bahwa : “Segala peraturan perundang-undangan yang ada masih tetap berlaku selama masih belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini”. Hal ini jika kita hubungkan dengan capaian Program Legislasi Nasional oleh pemerintah belum signifikan untuk melakukan perubahan produk hukum

nasional yang baru untuk menggantikan produk hukum peninggalan kolonial Belanda.

Peran sejarah kehidupan bangsa Indonesia di masa lampau yang menjadi bagian yang tidak dapat dikesampingkan dalam mempengaruhi proses perkembangan tata hukum Indonesia. Memperhatikan perkembangan sistem hukum Indonesia, akan terlihat adanya ciri-ciri yang spesifik dan menarik untuk dikaji. Sebelum pengaruh hukum dari penjajahan Belanda di Indonesia, berlaku hukum adat dan hukum Islam yang berbeda-beda dari berbagai masyarakat adat di Indonesia dari setiap kerajaan dan etnik yang berbeda. Setelah masuk penjajah Belanda membawa hukumnya sendiri yang sebagian besarnya merupakan konkordansi dengan hukum yang berlaku di Belanda yaitu hukum tertulis dan perundang-undangan yang bercorak *positifisme*. Walaupun demikian Belanda menganut politik hukum adat, yaitu membiarkan hukum adat itu berlaku bagi golongan masyarakat Indonesia asli dan hukum Eropa berlaku bagi kalangan golongan Eropa yang bertempat tinggal di Indonesia (Hindia Belanda). Dengan demikian pada masa Hindia Belanda berlaku *pluralisme* hukum. Perkembangan hukum di Indonesia menunjukkan kuatnya pengaruh hukum kolonial dan meninggalkan hukum adat.⁴⁵¹ Tetapi tidak ada salah jika hukum produk peninggalan Kolonial Belanda tetap eksis dan berlaku asalkan masih relevan dalam mewujudkan keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan. Menurut Sudikno Metrokusumo

⁴⁵¹ Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum, Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Gunung Agung, Jakarta, 2002, hlm. 20

ada beberapa pertimbangan yang mendasari keberlakuan hukum produk dan peninggalan Belanda antara lain :⁴⁵²

- 1) Para ahli tidak pernah mempersoalkan secara mendalam tentang mengapa “hukum Belanda” masih berlaku di Indonesia. Tatanan hukum Indonesia hendaknya tidak dilihat sebagai kelanjutan dari tata hukum Belanda, tetapi sebagai tata hukum nasional;
- 2) Sepanjang hukum tersebut tidak bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945, peraturan perundang-undangan serta dibutuhkan; dan
- 3) Apabila hukum tersebut bertentangan, maka menjadi tidak berlaku lagi.

Dari beberapa peraturan perundang-undangan bentukan kolonial tersebut yang masih berlaku di bidang jaminan Hak Tanggungan Atas Tanah, maka sebagai dasar hukum materil yaitu mengenai hak-hak dan kewajiban-kewajiban dari adanya hubungan hukum jaminan, asas-asas, janji-janji dalam jaminan dan sebagainya masih mengacu pada KUHPerdara Buku II Bab XXI. Sedangkan secara formal terkait dengan pembebanan Hak Tanggungan Atas Tanah mengacu pada Undang-Undang Nomor 5 tahun 1960 Tentang Pokok-Pokok Agraria dan Undang-Undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan beserta peraturan-peraturan pelaksanaannya.

Melihat filosofi yang terkandung dari jaminan Hak Atas Tanah dalam akad *mudharabah* adalah membantu *mudharib* untuk menumbuhkan rasa percaya kepada bank sebagai *shaibul mal* untuk memberikan modahnya kepada *mudharib*, selain itu juga memberi rasa aman bagi *shaibul mal* akan

⁴⁵² Sudikno Metrokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1986, hlm. 13

pengembalian modal oleh *mudharib*. Tetapi hal tersebut juga melainkan berdasarkan sifat dari Hak Tanggungan atas tanah adalah sebagai hak jaminan kebendaan menempatkan Hak Tanggungan sebagai lembaga jaminan yang kuat dan ampuh dalam memberikan kepastian hukum bagi *shaibul mal*.

Dalam kerangka hukum jaminan nasional di Indonesia, Hak tanggungan merupakan jaminan kebendaan (*Zakelijke Zekerheidsrechten*), yang lahirnya karena diperjanjikan atau berdasarkan perjanjian antara debitur dan kreditur, dalam akad *mudharabah* tentunya perjanjian antara *shaibul mall* dengan *mudharib*. Walaupun masih ada bentuk jaminan kebendaan lainnya yang diakui keberadaannya dalam praktik jaminan di Indonesia yaitu Hipotik, Fidusia dan Gadai. Hipotik objeknya adalah kapal laut, sedangkan Fidusia dan Gadai objeknya adalah sama yaitu benda bergerak. Perbedaannya hanya pada penguasaan dari benda yang dijadikan jaminan, dimana untuk fidusia benda jaminan tetap berada dalam penguasaan pemberi fidusia sedangkan untuk gadai benda jaminan dikuasai oleh penerima gadai.

Sebagai jaminan kebendaan, Hak Tanggungan memberikan hak kebendaan kepada kreditur yang bertujuan untuk melindungi kreditur dalam pemenuhan akan kewajiban debitur dalam melunasi hutangnya. Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah secara tegas menyebutkan pengertian Hak Tanggungan, adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut

benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain.

Yang dimaksud dengan kreditur menurut Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan adalah pihak yang berpiutang dalam suatu hubungan utang-piutang tertentu, sedangkan yang dimaksud dengan debitor adalah pihak yang berutang dalam suatu hubungan utang-piutang tertentu. Jika kita hubungan dengan perjanjian pembiayaan berdasarkan prinsip Syariah sebagaimana yang dimaksud pada Pasal 1 angka 25 huruf a, Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah menyebutkan bahwa pembiayaan adalah penyediaan dana atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berupa transaksi bagi hasil dalam bentuk *mudharabah* dan *musyarakah* tidak mengikat dikarenakan akad *mudharabah* dan akad *musyarakah* bukanlah perjanjian utang piutang melainkan akad kerjasama.

Dibandingkan dengan pengertian yang diberikan Pasal 1162 KUHPerdara yang menggunakan istilah hak kebendaan, pada prinsipnya tidak berbeda pengertiannya dengan istilah hak agunan kebendaan dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah. Jika membaca selengkapnya isi Pasal 1162 maka hak kebendaan merujuk pada hak jaminan kebendaan yang melekat pada benda tidak bergerak. Hanya saja Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah

menggunakan istilah hak agunan kebendaan yang sudah tentu terkandung di dalamnya pengertian sebagai hak jaminan kebendaan.

Beberapa prinsip yang melekat pada jaminan Hak Tanggungan telah membentuk karakter jaminan Hak Tanggungan sebagai lembaga jaminan yang bertujuan memberikan perlindungan hukum bagi kreditur sebagai pemegang Hak Tanggungan. Karakter Hak Tanggungan sebagai jaminan kebendaan memberikan kepada kreditur hak kebendaan yang bersifat khusus di antaranya yakni hak absolut atau mutlak yang memberikan kekuasaan langsung dan dapat dipertahankan terhadap setiap orang atas tanah yang dijadikan jaminan walaupun secara fisik tanahnya tidak dalam penguasaan kreditur.

Analisis ciri-ciri hak kebendaan yang melekat pada Hak Tanggungan sebagai jaminan kebendaan yang memberikan perlindungan hukum kepada kreditur dapat peneliti paparkan sebagai berikut :

a. Bersifat mutlak (*absolut*)

Sebagai hak yang bersifat mutlak atau absolut maka kreditur sebagai pemegang Hak Tanggungan mempunyai hubungan langsung atas tanah yang dijadikan jaminan dan dapat dipertahankan terhadap siapapun juga. Namun demikian terhadap hak kepemilikan dan penguasaan fisik atas tanah masih tetap dalam tangan debitor atau pihak pemberi Hak Tanggungan. Jika suatu tanah dijadikan sebagai jaminan dalam pemenuhan kewajiban pembayaran utang, hal ini berarti ada sebagian kekuasaan yang harus dilepaskan oleh pemegang hak atas tanah. Pada

asasnya yang harus dilepaskan itu adalah kekuasaan untuk mengalihkan hak atas tanah seperti misalnya menjual, menukarkan dan menghibahkan.

Namun berbeda halnya pada jaminan dalam bentuk benda bergerak dalam hal ini untuk lembaga gadai, berdasarkan Pasal 1152 ayat (2) KUHPerdara menentukan bahwa barang yang dijadikan jaminan harus ditarik dari kekuasaan fisik debitur. Mengingat sifat dari barang bergerak sebagai jaminan dalam gadai tentunya tidak menjadi masalah sehingga memungkinkan barang jaminan dikuasai secara fisik oleh kreditur dan ini pula menjadi semacam ciri khas dalam lembaga gadai. Sebaliknya dalam hal jaminan benda tak bergerak pada Hak Tanggungan mengingat sifat dan ciri benda jaminan, kreditur tidak dapat secara fisik menguasai objek jaminan.

Penguasaan secara fisik benda jaminan dalam Hak tanggungan tidaklah berarti dalam kaitan dengan upaya pemindahan hak milik atas tanah sebab yang menentukan untuk itu adalah perbuatan administratif seperti balik nama. Oleh karena itu yang relevan untuk diperhatikan adalah mencegah terjadinya balik nama yang dapat berakibat hukum terjadinya peralihan hak atas tanah. Kekhawatiran terjadinya peralihan kepemilikan benda jaminan sebenarnya tidak menimbulkan persoalan mengingat salah satu sifat dari hak kebendaan adalah sebagaimana terdapat dalam Pasal 1163 ayat (2) .

b. Bersifat *droit de suite*.

Sebagai jaminan kebendaan, Hak Tanggungan memiliki hak kebendaan yang bersifat *droit de suite* yakni selalu mengikuti bendanya di dalam tangan siapapun benda itu berada. Sifat yang demikian dari hak kebendaan Hak Tanggungan menutup kemungkinan pihak ketiga untuk memiliki hak atas tanah yang telah di bebani Hak Tanggungan. Dengan kata lain pihak debitor tidak diperkenankan mengalihkan kepemilikan hak atas tanah kepada pihak ketiga selama hak atas tanah tersebut masih dibebani Hak Tanggungan, sebab hak kebendaan Hak Tanggungan yang memberikan jaminan bagi pelunasan utang debitor tetap akan mengikuti di dalam tangan siapapun hak atas tanah itu berada. Dengan demikian akan membawa kerugian bagi pihak ketiga jika membeli hak atas tanah yang sedang dijamin oleh karena peralihan hak atas tanah tidak akan menghapuskan berlakunya Hak Tanggungan.

Oleh karena itu untuk mengatasi persoalan ini maka penting peran dari asas publisitas yang terkandung dalam jaminan Hak Tanggungan, artinya Hak Tanggungan dapat mengikat pihak ketiga dan memberikan kepastian hukum kepada pihak yang berkepentingan, jika telah didaftarkan pada Kantor Pertanahan sehingga melalui asas ini terbuka kesempatan kepada masyarakat untuk mengetahui status hukum sebuah hak atas tanah apakah telah ada pembebanan hak lain di atasnya dengan jaminan Hak Tanggungan atau tidak sebelum diadakan perbuatan hukum terhadap hak atas tanah tersebut. Asas publisitas mensyaratkan bahwa setiap perubahan

terhadap status hukum dari suatu hak atas tanah, apakah terkait dengan kepemilikan atau pengikatan dengan hak jaminan Hak Tanggungan, haruslah didaftarkan di Kantor Pertanahan/Badan Pertanahan Nasional oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah dimana hak atas tanah tersebut berada, hal ini telah dipertegas dalam Pasal 13 Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan.

- c. Pemegang Hak Tanggungan mempunyai kedudukan yang diutamakan (*droit de preference*)

Menurut Pasal 1 Angka 1 Undang-Undang nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan menyatakan bahwa hak kebendaan jaminan Hak Tanggungan memberikan kedudukan yang istimewa bagi kreditur yang bersifat preferen. Dalam kedudukan sebagai kreditur preferen ketika debitor tidak dapat memenuhi kewajibannya yang mengakibatkan kredit macet, maka kreditur mempunyai hak yang utama atau didahulukan untuk memperoleh pelunasan dari hasil penjualan objek jaminan. Kedudukan kreditur preferen lebih terjamin kedudukannya dibandingkan kreditur konkruen yakni kreditur yang tidak dijamin dengan hak kebendaan dalam jaminan umum. Namun demikian menurut peneliti sebagai kreditur preferen bisa saja hak didahulukan atau diutamakan tidak dapat diberlakukan bagi semua kreditur preferen. Hal ini dapat terjadi oleh karena ketika suatu hak atas tanah diikat dalam beberapa Hak Tanggungan akibat dari adanya tingkatan Hak Tanggungan, maka hak kreditur preferen

untuk didahulukan akan ditentukan oleh Hak tanggungan yang lebih dulu ada atau yang lebih tua.

d. Adanya tingkatan atau peringkat Hak Tanggungan.

Adapun yang dimaksud dengan adanya tingkatan yakni dalam hubungan dengan diperbolehkannya hak atas tanah dibebankan dengan beberapa Hak tanggungan. Hak Tanggungan yang lebih dulu ada atau yang lebih tua mempunyai peringkat yang lebih tinggi dari Hak tanggungan yang ada kemudian demikian seterusnya sesuai dengan urutan pendaftaran. Tingkatan-tingkatan ini merupakan realisasi dari suatu asas yang berasal dari Hukum Romawi di dalam hak kebendaan yaitu mendahulukan hak yang lebih tua dari yang lebih muda. Dengan demikian dalam hal debitur melakukan wanprestasi maka Hak Tanggungan yang tertua atau yang lebih dulu ada lebih diutamakan dalam mendapatkan pembayaran atau pelunasan utang yang menjadi kewajiban debitur demikian untuk seterusnya. Hal ini sebagaimana yang dinyatakan dalam Pasal 5 Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan yang menyatakan bahwa suatu objek Hak Tanggungan dapat dibebani dengan lebih dari satu Hak Tanggungan guna menjamin pelunasan lebih dari satu utang. Apabila suatu objek Hak Tanggungan dibebani dengan lebih dari satu Hak Tanggungan, peringkat masing-masing Hak Tanggungan ditentukan menurut tanggal pendaftarannya pada Kantor Pertanahan. Peringkat Hak Tanggungan yang didaftar pada tanggal yang sama ditentukan menurut tanggal pembuatan Akta Pemberian Hak

Tanggungannya yang bersangkutan. Kemudian Pasal 6 menyebutkan apabila debitur cidera janji, pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual obyek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut.

Sejalan dengan ketentuan dalam Pasal 5 di atas, St. Remy Sjahdeini mengatakan bahwa ketentuan mengenai penentuan dari urutan peringkat dari beberapa Hak Tanggungan yang telah dibukukan pada tanggal yang sama sebagaimana dikemukakan di atas merupakan perbaikan dari ketentuan mengenai penentuan peringkat dari beberapa Hipotek yang dibukukan pada tanggal yang sama sebagaimana dalam Pasal 1181 ayat (2) KUHPerdara. Dalam Pasal 1181 KUH Perdata tersebut dinyatakan bahwa mereka yang dibukukan pada hari yang sama, bersama-sama mempunyai suatu Hipotek yang bertanggal sama, tidak peduli pada jam mana pembukuan itu dilakukan, sekalipun jam dilakukan pembukuan itu dicatat oleh pegawai penyimpan Hipotek.⁴⁵³

e. Pengalihan Hak Tanggungan.

Hak Tanggungan sebagai bagian dari hak atas harta kekayaan (*vermogensrecht*) dapat dialihkan kepada pihak yang lain. Sebagai hak *accessoir*, pengalihannya tidak dapat terjadi terlepas dari utang pokoknya. Jadi di sini yang terjadi adalah pengalihan pemegang Hak tanggungan (kreditur) sedangkan hutangnya tetap ada. Jadi ketika seorang kreditur

⁴⁵³ Remy Sjahdeini, *Hak Tanggungan, Asas, Ketentuan-Ketentuan Pokok dan Masalah yang Dihadapi Oleh Perbankan (Suatu Kajian Mengenai Undang-Undang Hak Tanggungan)*, Alumni, Bandung, 1999, hlm. 125

pemegang Hak Tanggungan mengalihkan (misalnya menjual) Hak Tanggungan kepada pihak lain maka di samping menerima piutang, pemegang Hak Tanggungan yang baru juga menerima pengalihan Hak Tanggungan.

Peralihan Hak Tanggungan dapat dilihat dalam pasal 16 UUHT sebagai berikut :

- 1) Jika piutang yang dijamin dengan Hak Tanggungan beralih karena *cessie*, *subrogasi*, pewarisan, atau sebab-sebab lain, Hak Tanggungan tersebut ikut beralih karena hukum kepada kreditor yang baru.
- 2) Beralihnya Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib didaftarkan oleh kreditor yang baru kepada Kantor Pertanahan.
- 3) Pendaftaran beralihnya Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilakukan oleh Kantor Pertanahan dengan mencatatnya pada buku tanah Hak Tanggungan dan buku tanah hak atas tanah yang menjadi obyek Hak Tanggungan serta menyalin catatan tersebut pada sertipikat Hak Tanggungan dan sertipikat hak atas tanah yang bersangkutan.
- 4) Tanggal pencatatan pada buku tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (3) adalah tanggal hari ketujuh setelah diterimanya secara lengkap surat-surat yang diperlukan bagi pendaftaran beralihnya Hak Tanggungan dan jika hari ketujuh itu jatuh pada hari libur, catatan itu diberi bertanggal hari kerja berikutnya.
- 5) Beralihnya Hak Tanggungan mulai berlaku bagi pihak ketiga pada hari

tanggal pencatatan sebagaimana dimaksud pada ayat (4).

Sebagai suatu benda maka peralihan hak atas tanah harus memenuhi ketentuan Pasal 584 KUHPerdata yaitu hak milik atas suatu barang tidak dapat diperoleh selain dengan pengambilan untuk dimiliki, dengan perlekatan, dengan lewat waktu, dengan pewarisan, baik menurut undang-undang maupun menurut surat wasiat, dan dengan penunjukan atau penyerahan berdasarkan suatu peristiwa perdata untuk pemindahan hak milik, yang dilakukan oleh orang yang berhak untuk berbuat terhadap barang itu. Dalam hal peralihan hak milik didahului dengan suatu peristiwa perdata yang bertujuan untuk mengalihkan hak milik, maka ketentuan yang diatur dalam Pasal 613 dan Pasal 616 KUHPerdata untuk dilaksanakan.

Dalam Pasal 613 KUHPerdata menyebutkan bahwa penyerahan piutang-piutang atas nama dan barang-barang lain yang tidak bertubuh, dilakukan dengan jalan membuat akta otentik atau di bawah tangan yang melimpahkan hak-hak atas barang-barang itu kepada orang lain. Penyerahan ini tidak ada akibatnya bagi yang berutang sebelum penyerahan itu diberitahukan kepadanya atau disetujuinya secara tertulis atau diakuinya. Penyerahan surat-surat utang atas tunjuk dilakukan dengan memberikannya; penyerahan surat utang atas perintah dilakukan dengan memberikannya bersama endosemen surat itu.

Kemudian Pasal 616 KUHPdata menyatakan bahwa penyerahan atau penunjukan barang tak bergerak dilakukan dengan pengumuman akta yang bersangkutan dengan cara seperti yang ditentukan dalam Pasal 620.

f. Hak kebendaan (*zakelijke*)

Pemegang Hak Tanggungan berhak untuk menggugat apabila terjadi gangguan atas hak-hak yang dimilikinya. Bentuk-bentuk gugatan dapat diajukan oleh pemegang Hak Tanggungan misalnya penuntutan kembali, gugatan untuk menghilangkan gangguan atas haknya, gugatan untuk pemulihan dalam keadaan semula dan gugatan untuk penggantian kerugian. Bentuk gugatan tersebut mempunyai keterkaitan dengan hambatan-hambatan yang muncul dalam pemenuhan hak-hak dari kreditur dan juga bisa terkait dengan benda jaminan.

Hak-hak kebendaan yang melekat pada Hak Tanggungan sebagaimana telah di bahas di atas tidak secara langsung dimiliki oleh kreditur sebagai pemegang hak Tanggungan walaupun Akta Pembebanan Hak Tanggungan (APHT) telah selesai dibuat dan ditandatangani dihadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah. Berlakunya hak kebendaan Hak Tanggungan yaitu pada saat diadakan pencatatan Hak Tanggungan dalam buku tanah oleh Kantor Pertanahan di wilayah kerja dimana objek hak atas tanah yang menjadi Hak Tanggungan berada. Pembukuan di dalam buku tanah Hak Tanggungan dilakukun oleh Kepala Kantor Pertanahan, begitu juga pendaftaran Hak Tanggungan juga dilakukan oleh Kepala Kantor Pertanahan atas dasar data yang terdapat dalam Akta Pembebanan Hak

Tanggungan (APHT) serta berkas pendaftaran yang diterimanya dari Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT).⁴⁵⁴

Proses terjadinya Hak Tanggungan harus melewati beberapa fase yakni fase perjanjian kredit sebagai perjanjian pokok, fase pengikatan perjanjian jaminan Hak Tanggungan sebagai perjanjian *assesoir* dengan membuat Akta Pembebanan Hak Tanggungan (APTH) yang dibuat dihadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) dan terakhir fase pendaftaran APHT. Ketiga fase ini merupakan satu kesatuan yang utuh tidak dapat di pisah-pisahkan satu dengan yang lain yang membentuk apa yang disebut sebagai sistem hukum jaminan Hak Tanggungan yang menjadi bagian tak terpisahkan dari sistem hukum jaminan nasional. Selanjutnya dengan dibuatnya APHT di hadapan PPAT menyampaikan atau mengirimkan APHT tersebut kepada Kantor Pertanahan untuk dilakukan pencatatan dalam buku tanah maka pada saat itu melahirkan Hak Tanggungan dan akan menimbulkan implikasi hukum dalam hal pembuktian lahirnya Hak Tanggungan untuk pihak ketiga.

Setelah di buat APHT dalam waktu paling lambat 7 (tujuh) hari, PPAT wajib menyampaikan kepada kantor pertanahan untuk diadakan pencatatan hak tanggungan dan akan diikuti dengan penerbitan sertifikat hak tanggungan yang diberikan kepada pemegang hak tanggungan. Sertifikat hak tanggungan mempunyai kekuatan eksekutorial dengan

⁴⁵⁴ I Kutut Oka Setiawan, *Op Cit*, hlm. 147

dicantumkan irah-irah “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” pada kedua sertifikat tersebut.

Implikasi hukum yang timbul dengan adanya pencantuman irah-irah tersebut menjadikan kedua sertifikat tersebut dipersamakan dengan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap. Sehingga jika debitur atau pemberi hak tanggungan melakukan wanprestasi, kreditur atau pemegang hak tanggungan dapat mengeksekusi objek jaminan tanpa melalui gugatan di pengadilan.

Titel eksekutorial yang dicantumkan menurut peneliti diakibatkan oleh landasan hukum yang menjadi dasar dicantulkannya judul eksekutorial pada jaminan Hak Tanggungan tersebut. Pencantuman judul eksekutorial dalam sertifikat hak tanggungan ini mengadopsi ketentuan hipotek yang terdapat dalam Pasal 1186 KHUPerdata dan Pasal 19 UUPA Nomor 5 Tahun 1960 beserta peraturan turunannya yang terdapat dalam Pasal 22 ayat (4) PP 10 Tahun 1961 jo Pasal 7 ayat (1) PMA No.15 Tahun 1961. Undang-Undang Hak Tanggungan dalam Pasal 14 menempatkan sertifikat hak tanggungan sebagai pengganti *grosse* akta hipotek sepanjang mengenai hak atas tanah.

Pasal 1186 KHUPerdata menyebutkan bahwa untuk pelaksanaan pembukuan, si berpiutang, sendiri atau dengan perantara orang ketiga, harus menyerahkan kepada pegawai penyimpan hipotik dari wilayah dimana letak benda-benda yang bersangkutan, suatu salinan otentik dari akta dalam mana hipotek yang bersangkutan telah diletakan beserta dua

lembar iktisar, yang ditandatangani oleh si berpiutang atau orang ketiga tersebut di atas, diantara mana lembar yang satu harus ditulis pada salinan dari atas hak yang telah dikeluarkan. sementara Pasal 19 UUPA menyebutkan bahwa untuk menjamin kepastian hukum oleh Pemerintah diadakan pendaftaran tanah di seluruh wilayah Republik Indonesia menurut ketentuan-ketentuan yang diatur dengan Peraturan Pemerintah.

B. Kepastian Hukum Bagi *Shaibul Mal* dalam Akad *Mudharabah*.

Salah satu fasilitas yang diberikan oleh Undang-Undang Hak Tanggungan adalah mudah dan pasti pelaksanaan eksekusinya jika pemberi Hak Tanggungan sebagai debitur tidak memenuhi kewajiban sebagaimana yang telah diperjanjikan, hal ini telah dijelaskan dalam penjelasan umum angka 9 Undang-Undang Hak Tanggungan. Mengenai tata cara eksekusi Hak Tanggungan diatur dalam Pasal 20 Undang-undang Hak Tanggungan yang pada pokoknya memuat tiga cara eksekusi yaitu :

- 1) Eksekusi berdasarkan janji untuk menjual objek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri;
- 2) Eksekusi berdasarkan titil eksekutorial yang terdapat pada sertipikat Hak Tanggungan;
- 3) Eksekusi melalui penjualn objek Hak Tanggungan dibawah tangan berdasarkan kesepakatan yang dibuat antara pemberi dan pemegang Hak Tanggungan.

Sebelum lahirnya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan, pelaksanaan eksekusi Hak Tanggungan yang digunakan yaitu pasal 224 HIR dan Pasal 258 RBg (Reglement Acara Hukum Perdata Untuk Daerah Luar Jawa dan Madura). Menurut Khoidin mengatakan Pasal 224 HIR bersifat limitatif artinya dapat dieksekusi secara paksa atas perintah pengadilan hanyalah *grosse* akta hipotik dan surat-surat utang, dimana kepalanya memakai kalimat “Demi Keadilan Berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa” mempunyai kekuatan yang sama dengan putusan hakim. Pengaturan ini dimaksudkan untuk memperlancar agar pelaku usaha segera dapat menyelesaikan permasalahan utang-piutang dan kredit macet secara cepat sehingga dapat menekan biaya perkara di pengadilan. Adanya Pasal 224 HIR ini dapat mengurangi beban hakim karena tidak lagi memeriksa perkara melalui persidangan. Dengan demikian Pasal 224 HIR mengambil sebagian wewenang hakim dalam menerbitkan putusan perkara yang mempunyai kekuatan eksekutorial.

Lahirnya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan bertujuan untuk memudahkan mengambil pelunasan atas kembalinya uang dengan mudah, murah dan cepat, sehingga apabila debitur cidera janji maka sebagaimana yang dimaksud Pasal 6 Undang-Undang Hak Tanggungan yang menyatakan apabila debitur cedera janji, pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual obyek Hak Tanggungan

atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut.⁴⁵⁵

Jika dianalisis pasal ini terdapat kekuasaan sendiri tanpa ada perjanjian melalui kuasa lagi untuk melakukan eksekusi obyek Hak Tanggungan, hal ini dikarenakan adanya kewenangan atribusi yang diberikan oleh undang-undang melalui *parate eksekusi*, yang bertujuan untuk memberikan kepastian hukum dari kreditur selaku pemegang Hak tanggungan yang secara tegas dapat menjual atas kekuasaan sendiri diberikan pada pemegang pertama hak tanggungan tersebut sesuai *asas preferent*.

Namun dalam penjelasan Pasal 6 tersebut justru terjadi kerancuan yang menyatakan bahwa hak untuk menjual obyek Hak tanggungan atas kekuasaan sendiri merupakan salah satu perwujudan dari kedudukan diutamakan yang dimiliki oleh pemegang Hak Tanggungan pertama dalam hal terdapat lebih dari satu pemegang Hak Tanggungan. Hak tersebut didasarkan pada janji yang diberikan oleh pemberi Hak Tanggungan bahwa apabila debitur cidera janji, pemegang Hak Tanggungan berhak menjual obyek Hak Tanggungan melalui pelelangan umum tanpa memerlukan persetujuan lagi dari pemberi Hak Tanggungan dan selanjutnya mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan itu lebih dahulu daripada kreditor-kreditor yang lain. Sisa hasil penjualan tetap menjadi hak pemberi Hak Tanggungan.⁴⁵⁶

Dalam bunyi Pasal 6 UUHT dan penjelasan dari Pasal 6 UUHT tersebut terdapat kerancuan, pada Pasal 6 UUHT terdapat kekuasaan sendiri

⁴⁵⁵ Pasal 6 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan

⁴⁵⁶ Penjelasan Pasal 6

untuk menjual obyek hak tanggungan yang diberikan oleh undang-undang (*ex lege*), merupakan hak *preferent* yang dimiliki oleh pemegang hak tanggungan. Kewenangan untuk menjual atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum, tetapi menurut penjelasan Pasal 6 UUHT berdasarkan pada janji yang diberikan oleh pemberi hak tanggungan apabila debitur cidera janji, ini menunjukkan adanya kesepakatan atau janji antara kedua belah pihak yang mengikat satu sama lain yang dibuat secara sah dan berlaku sebagai undang-undang sebagaimana maksud Pasal 1338 KHUPerdata yang kemudian dikenal asas *pacta sunt servanda*, oleh karena perjanjian tidak dapat ditarik kembali selain dengan kata sepekat kedua belah pihak atau karena alasan undang-undang yang dinyatakan untuk itu, sehingga perjanjian tersebut harus dilaksanakan dengan itekad baik.⁴⁵⁷ Hal ini agar dalam pelaksanaannya tidak boleh ada yang dirugikan oleh para pihak.

Kemudian Pasal 1178 KUHPerdata yang mengatur kewenangan untuk menjual atas kekuasaan sendiri obyek Hak Tanggungan untuk mengambil pelunasan atas hutang dengan persyaratan hal ini telah diperjanjikan terlebih dahulu, sehingga janji atau kesepakatan menjadi suatu norma yang mengikat, dan janji tersebut harus dilaksanakan menurut sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1211 KUHPerdata. Hal ini dapat dikaitkan dengan penjelasan Pasal 11 ayat (2) huruf e Undang-Undang Hak Tanggungan mengatakan bahwa untuk dipunyainya kewenangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 di dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT) harus dicantumkan janji ini. Namun

⁴⁵⁷ Ridwan Khairandy, *Kebebasan Berkontrak & Pacta Sunt Servanda Versus Iktikad Baik*, UII Press, Yogyakarta, 2015, hlm. 16-17

ternyata kentutan itu bersifat *overlapping* dan kelebihan (*overbodig*), yakni satu sisi diatur sebagai janji yang dibuat oleh para pihak, namun di sisi lain ditentukan oleh undang-undang.⁴⁵⁸

Jika dihubungkan dengan Pasal 1 Angka (1) UUHT dan Pasal 1178 KUHperdata dengan prinsip syariah maka tidak sepatutnya Hak Tanggungan digantungkan pada akad *mudharabah*, karena akad *mudharabah* bukanlah suatu perjanjian hutang piutang melainkan suatu akad perjanjian kerjasama yang didasari oleh tujuan mencari keuntungan bersama antara *shaibul mal* dengan *mudharib*. Oleh karena itu, keuntungan menjadi hak pihak-pihak yang melakukan akad *mudharabah* sesuai dengan proposisi yang telah disepakati para pihak.⁴⁵⁹ Jika *shahibul mal* tidak ingin menanggung kerugian maka akad yang tepat adalah akad *al-qardhu* yaitu suatu akad transaksi pinjaman murni tanpa bunga, oleh karena itu ketika peminjam mendapatkan uang tunai sebagai modal dari pemilik dana dan hanya wajib mengembalikan pokok utang pada waktu tertentu dimasa yang akan datang sesuai dengan perjanjian.⁴⁶⁰

Dengan demikian penjelasan Pasal 6 Undang-Undang Hak Tanggungan sifatnya tidak mempunyai kekuatan berlaku mengikat sehingga kewenangan *shaibul mall* karena *sahibul mal* bukanlah kreditur sebagaimana maksud pada Pasal 6 UUHT untuk menjual obyek hak tanggungan diberikan oleh undang-undang.

⁴⁵⁸ M. Koidin, *Hukum Jaminan, (Hak-hak Jaminan, Hak Tanggungan dan Eksekusi Hak Tanggungan)*, Laksbang Perssindo, Surabaya, 2017, hlm. 134

⁴⁵⁹ Panji Adam, *Op Cit*, hlm. 121

⁴⁶⁰ *Ibid.* hlm. 236

Seiring dengan Pasal 6 UUHT menyatakan pelaksanaan *parate executie* melalui pelelangan umum dengan pejabat kantor lelang negara tanpa memerlukan fiat Ketua Pengadilan Negeri. *Parate executie* ini atur dalam Pasal 6 dan Pasal 11 ayat (2) huruf (e) UUHT adanya janji yang dibuat kedua belah pihak. Tidak ketinggalan pula dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan terdapat janji untuk menjual obyek hak tanggungan atas kekuasaan sendiri dan selanjutnya didaftarkan kepada Kantor Pertanahan agar mempunyai kekuatan mengikat para pihak dan pihak ketiga, sehingga bila debitur wanprestasi maka penjualannya dilakukan melalui pelelangan umum oleh Kantor Lelang Negara.

Kenyataannya Kantor Lelang Negara tidak melaksanakan yang diamanahkan Pasal 6 UUHT karena dengan alasan bahwa harus ada terlebih dahulu fiat Ketua Pengadilan Negeri berdasarkan penjelasan umum angka 9 juncto penjelasan Pasal 14 ayat (2) dan (3) UUHT yang mana pelaksanaan *parate executie* yang mendasarinya adalah Pasal 224 HIR/Pasal 258 RBg, peruntukannya bagi *grosse acte hipotik* dan *grosse acte pengakuan hutang*. Kedua *grosse acte* tersebut memang terdapat irah-irah yang mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan.

Menurut Pasal 14 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan menyebutkan bahwa sebagai tanda bukti adanya Hak Tanggungan, Kantor Pertanahan menerbitkan sertipikat Hak Tanggungan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pada sertipikat Hak Tanggungan dicantumkan titel eksekutorial dalam wujud irah-irah yang

berbunyi DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA pada Sertipikat Hak Tanggungan hal ini diatur dalam Pasal 14 ayat (2). Irah-irah yang dicantumkan pada sertipikat Hak Tanggungan dan dalam ketentuan pada ayat ini, dimaksudkan untuk menegaskan adanya kekuatan eksekutorial pada sertipikat Hak Tanggungan, sehingga apabila debitur cidera janji, siap untuk dieksekusi seperti halnya suatu putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, melalui tata cara dan dengan menggunakan lembaga *parate executie* sesuai dengan peraturan Hukum Acara Perdata.

Apabila dihubungkan antara penjelasan umum angka 9 dan penjelasan pasal 14 ayat (2) UUHT dengan pasal 6 UUHT bahwa pelaksanaan *parate executie* disamakan dengan prosedur eksekusi sertifikat hak tanggungan terdapat kendala yaitu menurut penjelasan umum angka 9 dan penjelasan pasal 14 ayat (2) UUHT menghendaki pelaksanaan menjual lelang obyek hak tanggungan atas kekuasaan sendiri (*parate executie*) berdasarkan Pasal 224 HIR/Pasal 258 RBg yang mana harus mendapatkan fiat dari Ketua Pengadilan Negeri, sedangkan menurut Undang-undang Peradilan Agama menghendaki segala sengketa ekonomis syariah menjadi kewenangan Pengadilan Agama, kemudian Pasal 6 UUHT menghendaki *parate executie* dilaksanakan tanpa meminta fiat dari Ketua Pengadilan.

Kemudian menurut Pasal 49 huruf (i) Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama menyatakan bahwa Pengadilan Agama bertugas dan

berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang ekonomi syariah.⁴⁶¹ Sedangkan sampai saat sekarang ini bagi Pengadilan Agama belum ada undang-undang yang mengatur secara khusus tentang fiat eksekusi hak Tanggungan berdasarkan prinsip syariah. Hal ini akan menimbulkan ketidakpastian hukum dalam pelaksanaan eksekusi obyek hak tanggungan.

Pelaksanaan eksekusi pada sertifikat hak tanggungan pada akad *mudharabah* bila masih memerlukan fiat Ketua Pengadilan Negeri berarti menyimpang dari prinsip-prinsip syariah dan pasal 6 UUHT yang merupakan peraturan yang bersifat substantif serta bertentangan apa yang dikehendaki oleh Pasal 20 UUHT yang menyangkut pelaksanaan *parate executie* yang diperuntukkan kreditur pemegang hak tanggungan saat melaksanakan eksekusi yang bersifat cepat, mudah dan biaya murah.

Penjelasan umum angka 9 UUHT bukanlah suatu norma melainkan penafsiran atau penjelasan tentang sertifikat hak tanggungan, bukan menjelaskan pelaksanaan *parate executie* sehingga tidak berlaku mengikat seperti Pasal 6 UUHT sebagai aturan yang melaksanakan *parate eksekusi* melalui pelelangan umum oleh Kantor Lelang Negara tanpa menggunakan prosedur hukum acara perdata dan tidak memerlukan fiat Ketua Pengadilan Negeri. Pelaksanaan *parate eksekusi* tidak berdasarkan pada Pasal 224 HIR dan 258 RBg seperti penjelasan umum angka 9 dan penjelasan pasal 14 dan 26 UUHT sehingga pelaksanaan *parate eksekusi* tanpa meminta fiat eksekusi atau

⁴⁶¹ Pasal 49 huruf (i) *Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama*

penetapan Ketua Pengadilan Negeri terlebih dahulu. Kedudukan hukum dari penempatan irah-irah pada sertifikat hak tanggungan tersebut sesuai dengan kewenangan yang diberikan oleh undang-undang kepada kreditur pertama yang mempunyai hak *preferent* sebagaimana yang diatur dalam Pasal 6 UUHT. Pernyataan tersebut menjadi berlebihan dikarenakan disatu sisi pengaturannya melalui janji, sedangkan di sisi yang lain dengan kewenangan yang diberikan oleh undang-undang.

Sertifikat itu sendiri menurut Pasal 32 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 adalah sertifikat merupakan tanda bukti hak yang berlaku sebagai alat pembuktian yang kuat mengenai data fisik dan data yuridis yang termuat didalamnya. Ini berarti sepanjang tidak dapat dibuktikan sebaliknya, maka data yang tercantum di dalamnya sebagai data yang benar dalam perbuatan hukum dan berperkara di Pengadilan. Perbuatan hukum yang dimaksud adalah salah satunya kewenangan pemberian hak tanggungan dan pemberian kuasa membebaskan hak tanggungan⁴⁶². Sertifikat hak tanggungan ini dilekatkan irah-irah “Demi Keadilan Berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa” yang mempunyai implikasi dapat melaksanakan eksekusi, baik secara sukarela maupun melalui upaya eksekusi oleh pengadilan bila pihak yang dinyatakan kalah tidak melaksanakan putusan tersebut secara sukarela. Apabila sertifikat hak tanggungan tersebut tidak mempunyai titel eksekutorial, maka tidak dapat dieksekusi.

⁴⁶² Samun Ismaya, *Hukum Administrasi Pertanahan*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2013, hlm. 179.

Pengalihan titel eksekutorial dari *grosse* akta hipotik ke sertifikat hipotik lalu ke sertifikat hak tanggungan merupakan penyimpangan terhadap pasal 224 HIR yang bersifat memaksa.⁴⁶³ Menurut Pasal 224 HIR sertifikat hak tanggungan tidak dibuat oleh pejabat umum yaitu Pejabat Pembuat Akta Tanah dan bukan salinan minuta akta yang dibuat dan disimpan oleh pejabat umum. Meskipun ada Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tetapi merupakan hukum materiil yang mengatur hak dan kewajiban saja tidak mengatur tata cara melaksanakan hukum materiil tersebut.

Pasal 224 HIR menyatakan *grosse* akta hipotik dan surat hutang yang dibuat dihadapan notaris yang kepalanya atau yang menggunakan irah-irah “Demi Keadilan Berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa” mempunyai kekuatan yang sama dengan putusan hakim sehingga hakim tidak perlu memeriksa perkara melalui persidangan, namun kewenangan notaris menerbitkan *grosse* akta berada pengawasan hakim. Di sini terjadi pemisahan kekuasaan secara mutlak tetapi tidak sepenuhnya dapat dilaksanakan seperti teori *Trias Politica* dari John Locke yang dikembangkan oleh Montesquieu dengan ajaran pemisahan secara mutlak dalam arti materiil, sedangkan dalam arti formil yaitu pemisahan kekuasaan tidak dilakukan secara tegas. Teori pemisahaan kekuasaan negara yang dikenal dengan istilah *Trias Politica* oleh Montesquieu, menurut Crince Le Roy yang dikutip oleh Imam Anshori Saleh mengatakan teori tersebut harus ditinggalkan karena negara merupakan organisasi kekuasaan dengan objek penertiban suatu masyarakat secara

⁴⁶³ Adrian Sutedi, *Op. Cit*, hlm. 120.

menyeluruh dengan menggunakan kekuasaannya. Dengan penertiban itu disusunlah lembaga negara yang bebas dan terpisah ditambah dengan suatu sistem pengawasan untuk menghindarkan salah satu alat kekuasaan yang absolut, ini yang disebut *sistem checks and balances*.⁴⁶⁴ Meskipun kedudukan irah-irah sudah diatur dalam pasal 224 HIR dengan pelaksanaan *parate eksekusi* pada *grosse* akta hipotik dan surat utang masih mengikut sertakan pengadilan untuk menilai kekeliruan dan kesalahan pada akta tersebut atau dengan kata lain masih memerlukan fiat pengadilan, maka hakim dapat menolak untuk menjalankan eksekusi. Pasal tersebut mengandung arti tentang fungsi kontrol, menurut Muchsan berpendapat bahwa pengawasan adalah kegiatan untuk menilai pelaksanaan tugas secara *defacto*, sedangkan tujuan pengawasan hanya terbatas pada pencocokan apakah kegiatan yang dilaksanakan sesuai dengan tolak ukur yang telah ditetapkan.⁴⁶⁵

Kekuasaan lembaga negara tersebut yaitu lembaga eksekutif yang menerbitkan produk hukum yang dikeluarkan oleh Kantor Pertanahan sebagai pejabat administrasi negara yaitu berupa sertifikat hak tanggungan dengan penempatan irah-irah “Demi Keadilan Berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa” yang merupakan titel eksekutorial, hal ini bertentangan dengan sistem hukum apabila dikaitkan dengan fungsi lembaga yudikatif yaitu pengadilan yang mempunyai fungsi sebagai institusi pemberi fiat eksekusi. Seperti yang kita ketahui bahwa sertifikat hak tanggungan berisi pernyataan konstitutif dari

⁴⁶⁴ Imam Anshori Saleh, *Konsep Pengawasan Kehakiman. Upaya Memperkuat Kewenangan Konstitusional Komisi Yudisial Dalam Pengawasan Peradilan*. Malang, Setara Press. 2014. hlm. 21.

⁴⁶⁵ Muchsan, *Sistem Pengawasan terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1992, hlm. 37.

pejabat kantor pertanahan tentang subyek, obyek dan besaran utang yang dijamin. Dari pernyataan itu tidak memerlukan tindakan eksekusi karena sudah mengikat sejak pernyataan jaminan utang dibuat. Jika terdapat pernyataan yang mengartikan bahwa sertifikat hak tanggungan dengan diberikan irah-irah pada sampulnya, tidak bisa disamakan dengan putusan hakim yang mempunyai kekuatan hukum tetap. Di sini kedudukan hukum sertifikat Hak Tanggungan adalah sama kualitasnya dengan putusan *deklaratoir*.

Putusan *deklaratoir* adalah putusan yang mengandung amar pernyataan tentang keadaan atau kedudukan hukum diantara para pihak. Dalam praktik kita sering mendengar pernyataan putusan *deklaratoir* yaitu gugatan diterima, ditolak maupun tidak dapat diterima, dengan demikian belum ada pernyataan dapat dilakukan eksekusi. Di dalam sertifikat Hak Tanggungan tidak terdapat pernyataan atau klausul yang bersifat *condemnatoir* yaitu putusan yang didalamnya mengandung amar penghukuman, menghukum kepada salah satu pihak atau kedua belah pihak untuk melakukan atau tidak melakukan perbuatan hukum sehingga sertifikat hak tanggungan tidak perlu diberikan irah-irah sebagai titel eksekutorial, meskipun demikian jika sertifikat Hak Tanggungan diberikan irah-irah tetap tidak bisa dilakukan eksekusi terhadap obyek Hak Tanggungan. Agar Hak Tanggungan dapat dieksekusi maka titel eksekutorial dicantumkan pada Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT) yang dikeluarkan oleh pejabat umum yaitu PPAT sesuai dengan pasal 224 HIR.

Apabila APHT diberi titel eksekutorial dan diberikan catatan bahwa hak tanggungan telah didaftarkan untuk memenuhi asas publisitas yang ditandatangani oleh pejabat kantor pertanahan maka kantor pertanahan tidak perlu membuat buku tanah lagi seperti yang ada saat ini. Hal ini sesuai dengan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah, dimana sistem pendaftaran akta diganti dengan sistem pendaftaran hak. Pendaftaran hak ini hanya berfungsi sebagai tanda bukti lahirnya Hak Tanggungan, maka irah-irah atau titel eksekutorial tidak perlu dicantumkan pada sertifikat Hak Tanggungan, maka titel eksekutorialnya dicantumkan pada APHT bukan pada sertifikatnya. Jadi proses pendaftarannya dilaksanakan lebih cepat dikarenakan hanya mencatat adanya Hak Tanggungan pada buku tanah dan sertifikat hak tanah, tanpa membuat buku tanah dan sertifikat Hak Tanggungan sehingga menghemat biaya.

Dengan demikian dari prosedur dan proses diterbitkan sertifikat Hak Tanggungan oleh kantor pertanahan sebagai proses pendaftaran hak yang isinya hanya salinan buku tanah saja tanpa salinan APHT. Pada APHT tersebut diberikan catatan bahwa Hak Tanggungan tersebut sudah didaftarkan dan APHT diberi irah-irah sebagai titel eksekutorial dan selanjutnya diserahkan pada pemegang Hak Tanggungan dengan menyebutkan nama kreditur yang mempunyai hak *preferent*.

Proses di atas sertifikat Hak Tanggungan dapat dilakukan eksekusi berdasarkan Pasal 224 HIR, yang dieksekusi adalah APHT-nya yang dibuat pejabat umum dan sertifikat Hak Tanggungan digunakan untuk permintaan

fiat eksekusi kepada pengadilan. Dari sinilah tidak terjadi pemisahan kekuasaan antar lembaga negara yang mutlak dalam arti materil tetapi di sini merupakan ajaran pemisahan kekuasaan dilaksanakan tidak secara tegas dalam arti formil, di Indonesia lebih dikenal dengan ajaran *distribution of power* yaitu pembagian kekuasaan yang menekankan pada pembagian fungsi sehingga melahirkan istilah *checks and balances system* yaitu sistem yang saling mengawasi dan perimbangan antar kekuasaan negara diantara ketiga lembaga negara tersebut.

Berdasarkan uraian tersebut memberikan pengertian bahwa kedudukan hukum irah-irah pada sertifikat Hak Tanggungan tidaklah tepat, dikarenakan konstruksi sertifikat Hak Tanggungan bersifat *deklaratoir* bukan *condemnatoir* sehingga tidak dapat dieksekusi, oleh karena itu eksekusi sertifikat Hak Tanggungan harus dengan perintah dan dibawah pengawasan Ketua Pengadilan Negeri dan Ketua pengadilan Agama bagi yang dilahirkan dari perjanjian-perjanjian dengan prinsip syariah sebagaimana yang dimaksudkan dengan *parate eksekusi*.

Parate eksekusi yang dimaksudkan tersebut yang sesuai dengan undang-undang adalah Pasal 6 UUHT dan penjelasannya sedangkan pada penjelasan umum butir 9 dan penjelasan Pasal 14 ayat (2) dan (3) serta penjelasan Pasal 26 UUHT adalah tergolong *grosse acta* yang tidak termasuk dalam *parate eksekusi* dikarenakan masih meminta persetujuan dan pengawasan Ketua Pengadilan Negeri Ketua Pengadilan Negeri dan Ketua pengadilan Agama bagi yang dilahirkan dari perjanjian-perjanjian dengan

prinsip syariah, sehingga terjadi campur aduk kewenangan tanpa memahami perbedaan ketentuan *parate eksekusi* pada pasal 1178 BW dengan ketentuan eksekusi *grosse* akte hipotik pada Pasal 224 HIR/258 RBg yang muncul dalam Undang-Undang Hak Tanggungan. Hal ini akan berimplikasi pada penempatan irah-irah yang dicantumkan di sertifikat Hak Tanggungan, dimana irah-irah tersebut mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, sehingga apabila debitur wanprestasi maka dapat dieksekusi melalui *parate eksekusi*. Oleh karena itu kekuatan eksekutorial (*titel eksekutorial*) yang melekat pada sertifikat hak tanggungan ada pada irah-irah “Demi Keadilan Berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa”, tidak ada maka sertifikat Hak Tanggungan tersebut tidak dapat dieksekusi.

Eksekusi berdasarkan Pasal 224 HIR dilakukan oleh kreditur dengan cara mengajukan permohonan kepada Pengadilan Negeri agar sertifikat Hak Tanggungan dieksekusi, hal ini bertujuan agar kreditur tidak memerlukan mengajukan gugatan perdata yang memakan waktu yang panjang dan biaya yang besar seperti perkara perdata pada umumnya. Permohonan eksekusi hanya diajukan oleh kreditur dengan menyerahkan kepada Ketua pengadilan Negeri agar diterbitkan fiat atas perintah sehingga eksekusi dapat dijalankan secara paksa.⁴⁶⁶

Melihat penjelasan diatas sangat jelas tergambar bahwa yang dimaksud Pasal 224 HIR adalah eksekusi sertifikat Hak Tanggungan yang dilahirkan

⁴⁶⁶ M. Khoidin, *Hukum Eksekusi Bidang Perdata*, Laksbang Justisia, Yogyakarta, 2018, hlm. 146

akibat dari perjanjian hutang piutang, dimana dijelaskan secara disebutkan hubungan hukum antara kreditur dan debitur sedangkan dalam perjanjian dengan akad *mudharabah* bukanlah suatu perjanjian hutang piutang melainkan akad kerja sama antara dua pihak di mana pihak pertama (*sahibul mal*) menyediakan seluruh (100%) modal, sedangkan pihak lainnya menjadi pengelola. Keuntungan usaha secara *mudharabah* dibagi menurut kesepakatan yang dituangkan dalam perjanjian, sedangkan apabila rugi ditanggung oleh pemilik modal selama kerugian itu bukan akibat kelalaian si pengelola. Seandainya kerugian itu diakibatkan karena kecurangan atau kelalaian si pengelola harus bertanggung jawab atas kerugian tersebut.⁴⁶⁷ Oleh sebab itu akad *mudharabah* bukan suatu perjanjian kredit tetapi suatu perjanjian kerjasama yang tentunya tidak menimbulkan hutang piutang.

C. Konsep Ideal Perjanjian Hak Tanggungan Pada Akad *Mudharabah*

Manusia untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan hidupnya dalam pergaulan dimasyarakat sering kali mengadakan hubungan hukum dan perjanjian yang berdasarkan persesuaian kehendak dari para pihak. Dari perjanjian ini timbul akibat hukum yang mengikat para pihak dari suatu perjanjian itu. Menurut Hukum di Indonesia Perjanjian merupakan sumber hukum perikatan, hal ini dapat dilihat pada Pasal 1233 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyatakan bahwa suatu perikatan dapat dilahirkan dari suatu perjanjian ataupun karena Undang-Undang. Dalam hukum perikatan,

⁴⁶⁷ Fadhilah Mursid, Kajian Fatwa Dewan Syariah Nasional Tentang Mudharabah, *Jurnal of Sharia Economic Law*, Vol. 3 No. 1 Maret 2020, hlm. 110.

hubungan hukum yang sering terjadi adalah berdasarkan perjanjian, oleh karena itu dapat kita katakan bahwa perjanjian sarat berperan penting dalam suatu perikatan.⁴⁶⁸

Perjanjian dalam sistem hukum perdata di Indonesia diatur dalam Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, dalam Pasal 1313 menyatakan bahwa :

Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.

Pasal ini menjelaskan secara sederhana tentang pengertian perjanjian serta menggambarkan tentang adanya dua pihak yang saling mengikatkan dirinya. Namun pengertian ini sebenarnya tidak begitu lengkap, tetapi dengan pengertian ini, sudah menjelaskan bahwa dalam perjanjian itu terdapat satu pihak yang mengikatkan dirinya kepada pihak lain.⁴⁶⁹

Pengertian ini sebenarnya seharusnya menerangkan juga tentang adanya dua pihak yang saling mengikatkan dirinya tentang sesuatu hal. Artinya kalau hanya disebutkan bahwa satu pihak mengikatkan dirinya kepada pihak lain, maka tampak seolah-olah yang dimaksud hanyalah perjanjian sepihak saja, tetapi kalau disebutkan juga tentang adanya dua pihak yang saling mengikatkan dirinya, maka pengertian perjanjian ini meliputi baik perjanjian sepihak maupun perjanjian dua pihak.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ Rudyanti Dorotea Tobing, *Hukum Lembaga pembiayaan*, Laksbang Perssindo, Surabaya, 2017, hlm. 79

⁴⁶⁹ Ahmadi Niru dan Saka Pati, *Hukum Perikatan, Penjelasan Makna Pasal 1233 Sampai 145 BW*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2008, hlm. 63

⁴⁷⁰ *Ibid*, hlm. 64

Hubungan antara dua pihak tersebut adalah suatu hubungan hukum dimana hak dan kewajiban diantara para pihak tersebut dijamin oleh hukum. Suatu perjanjian dapat menimbulkan perikatan, yang dalam bentuk suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji atau kesanggupan yang diucapkan dengan lisan maupun tulisan.⁴⁷¹ Perikatan adalah suatu perbuatan hukum antara dua pihak, berdasarkan mana pihak satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak lain, dan pihak lain yang berkewajiban untuk memenuhi tuntutan tersebut dari pihak lain. Pihak yang berhak menuntut sesuatu disebut dengan kreditur, sedangkan yang memenuhi tuntutan tersebut disebut dengan debitur.⁴⁷²

C.J.H. Brunner dan G.T. de Jong, sebagaimana dikutip oleh Ridwan Khairandy menjelaskan perikatan sebagai hubungan hukum (*rehsverhoungding*) antara dua pihak berdasarkan satu pihak, yakni debitur (*schuldernaar* atau *debitur*), memiliki suatu prestasi yang terletak dibidang kekayaan (*vermogen*), dan kreditor (*schuldeiser* atau *crediteur*) memiliki hak untuk menuntut pemenuhan prestasi tersebut.⁴⁷³

Lebih lanjut Hofmann dalam R. Setiawan berpendapat Perikatan adalah suatu hubungan hokum anantara sejumlah terbatas subyek-subyek hukum sehubungan dengan itu seorang atau beberapa orang daripadanya mengikatkan dirinya untuk bersikap menuntut cara-cara tertentu terhadap pihak lain, yang berhak atas sikap yang demikian itu. Kemudian dengan mengutip pendapat Abdul Kadir Muhammad bahwa Perikatan adalah suatu

⁴⁷¹ Rudyanti Dorotea Tobing, *Op Cit*, hlm. 80

⁴⁷² *Ibid*

⁴⁷³ Ridwan Khairandy, *Op Cit*, hlm. 4

hubungan hukum yang terjadi antara satu pihak dengan pihak yang lain karena perbuatan, peristiwa, atau keadaan.⁴⁷⁴

Hukum Islam memiliki istilah sendiri tentang perikatan, yaitu *'aqdun* atau *akad*, yang dimaksud dengan akad menurut pendapat ahli *fiqh*, bahwa akad adalah suatu yang dengannya akan sempurna perpaduan antara dua macam kehendak, baik dengan kata atau yang lain, dan kemudian karenanya timbul ketentuan/kepastian pada dua sisinya.⁴⁷⁵ Oleh karena, merupakan suatu hubungan hukum, maka suatu akad ini dapat timbul karena perjanjian, yakni kedua belah pihak saling mengemukakan janjinya mengenai prestasi.

Dalam praktek di Indonesia hukum perikatan mengaju pada buku III KUHPerduta yang menganut sistem terbuka, artinya bahwa pasal-pasal dalam buku III KUHPerduta tersebut merupakan hukum pelengkap (*aanvullendrecht*) yang berarti bahwa para pihak dalam suatu perjanjian diperbolehkan mengesampingkan peraturan-peraturan yang termuat dalam buku III KUHPerduta. Para pihak diberi kebebasan untuk mengadakan suatu perjanjian yang apa saja yang dikehendakinya sepanjang tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan.⁴⁷⁶

Sebagai implementasi dari sistem terbuka dalam hukum perjanjian terkandung dalam suatu asas kebebasan untuk membuat suatu perjanjian, hal ini dapat dilihat pada Pasal 1313 KUH Perdata menyatakan bahwa Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih

⁴⁷⁴ Tiar Ramon, *Hukum Hukum Perdata Indonesia*, Trusmedia, Yogyakarta, 2016, hlm. 259

⁴⁷⁵ *Ibid*, hlm. 260

⁴⁷⁶ Rudyanti Dorotea Tobing, *Hukum Perjanjian Kredit*, Laksbang Grafika, Yogyakarta, 2014, hlm. 200

mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Jika dilihat dari rumusan pasal 1313 ini sangat luas, hal mana dapat dilihat dari kata “perbuatan”, yang berarti perbuatan apa saja dapat diperjanjian dan diserahkan kepada pihak pihak yang akan mengadakan perjanjian. Meskipun demikian, rumusan yang luas itu tidak perlu dibatasi karena pihak-pihak yang mengadakan perjanjian harus memperhatikan asas-asas hukum perjanjian dan mengikuti syarat-syarat sahnya perjanjian.

Berdasarkan penjelasan di atas, dapat diketahui bahwa unsur dari perjanjian adalah :

1. Adanya pihak-pihak sedikitnya dua orang
2. Adanya persetujuan antara pihak-pihak itu
3. Adanya tujuan yang akan di capai
4. Adanya prestasi yang akan dilaksanakan
5. Adanya bentuk lisan dan tulisan
6. Adanya syarat-syarat tertentu sebagai isi perjanjian

Kemudian jika kita lihat dari bentuknya perjanjian dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu perjanjian tertulis adalah perjanjian yang dibuat oleh para pihak dalam bentuk tulisan, dan perjanjian lisan adalah suatu perjanjian yang dibuat oleh para pihak wujud lisan (cukup kesepakatan para pihak).⁴⁷⁷ Pada hakikatnya perjanjian tidak terikat pada suatu bentuk tertentu karena ada dalam suatu perjanjian, Ridwan Khairandy berpendapat terdapat empat asas yang saling berkaitan dalam suatu perjanjian, yaitu asas

⁴⁷⁷ Salim, H. S, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2012, hlm. 61

konsensualisme (*the principles of consensualism*), asas kekuatan mengikat kontrak (*the principle of the binding force of contract*) dan asas kebebasan berkontrak (*the principle of the freedom of the contract*), serta asas iktikat baik (*principle of good faith*).⁴⁷⁸ Oleh sebab itu, setiap perjanjian harus memenuhi asas utama dari suatu perikatan dan ketentuan syarat sahnya perjanjian sebagaimana yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 1318 jo Pasal 1320 KUHPerduta. Dengan dipenuhinya ketentuan syarat tersebut, maka perjanjian tersebut akan sah dan mengikat para pihak yang membuatnya.

Dalam hukum perjanjian dikenal ada beberapa macam asas yaitu:

1. Asas Konsensualisme, adalah kesepakatan, maka asas ini menetapkan bahwa terjadinya suatu perjanjian setelah terjadinya kata sepakat dari kedua belah pihak yang mengadakan perjanjian. Dengan kesepakatan maka perjanjian menjadi sah dan mengikat kepada para pihak dan berlaku sebagai undang-undang bagi mereka. Asas ini dijumpai dalam Pasal 1320 KUHPerduta.
2. Asas Kebebasan Berkontrak, Asas ini menyebutkan bahwa setiap orang mempunyai kebebasan untuk mengadakan suatu perjanjian yang berisikan apa saja dan macam apa saja, asalkan perjanjiannya tidak bertentangan dengan kepatutan, kebiasaan, dan undang-undang. Dalam KUHPerduta asas konsensualisme terdapat dalam Pasal 1339. Dengan asas konsensualisme mempengaruhi terhadap sifat hukum perjanjian, yaitu bersifat terbuka.

⁴⁷⁸ Ridwan Khairandy, *Kebebasan Berkontrak & Pacta Sunt Servanda Versus Iktikad Baik*, UII Press, Yogyakarta, 2015, hlm. 18

3. Asas Kepribadian, Menurut asas kepribadian, seseorang hanya diperbolehkan mengikatkan diri untuk kepentingan dirinya sendiri dalam suatu perjanjian. Asas ini terdapat dalam Pasal 1315 KUHPerdara. Konsenkuensi dari asas kepribadian adalah, pihak ketiga tidak dapat dimasukkan dalam perjanjian karena pihak tersebut berada diluar perjanjian dan tidak mungkin memberikan kata sepakat. Pihak ketiga yang dimasukkan ke dalam perjanjian maka perjanjian bertentangan dengan asas konsensualisme.
4. Asas Itikad Baik, Dalam asas itikad baik di dalam hukum perjanjian hanya terdapat pada waktu melaksanakan perjanjian. Dalam Pasal 1338 Ayat (3) KUHPerdara menyebutkan, bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Apa pun yang telah diperjanjikan oleh para pihak harus dilaksanakan dengan penuh kejujuran sesuai dengan maksud dan tujuannya. Sesungguhnya asas itikad baik tidak hanya ada pada waktu pelaksanaan perjanjian, akan tetapi pada waktu membuat perjanjian juga dilandasi dengan itikad baik, sehingga itikad baik antara pada waktu membuat perjanjian dengan pelaksanaan perjanjian menjadi sinkron.
5. Asas Keadilan, dalam asas keadilan lebih tertuju pada isi dari perjanjian bahwa isi perjanjian harus mencerminkan adanya keadilan pada kedua belah pihak yang berjanji. Isi perjanjian harus seimbang antara hak dan kewajiban masing-masing pihak. Tidak ada perbuatan penekanan fisik maupun psikis sewaktu membuat perjanjian. Asas ini diatur pada pasal 1320 KUHPerdara.

6. Asas Kepatutan, Suatu perjanjian dibuat bukan hanya semata-mata memperhatikan ketentuan undang-undang, akan tetapi kedua belah pihak harus memperhatikan pula tentang kebiasaan, kesopanan, dan kepatutan yang berlaku di masyarakat sehingga perjanjian itu dibuat secara patut. Asas kepatutan diatur dalam Pasal 1337 KUHPerdota.
7. Asas Kepercayaan, menurut asas kepercayaan dalam perjanjian juga tidak kalah pentingnya dengan asas-asas yang lain tersebut. Dalam asas ini para pihak yang melakukan perjanjian masing-masing harus saling percaya satu sama lain. Kepercayaan itu menyangkut saling memenuhi kewajibannya seperti yang diperjanjikan.

Suatu perjanjian disebut sah apabila telah memenuhi syarat-syarat yang ditetapkan oleh Pasal 1320 KUHPerdota. Syarat-syarat yang dimaksudkan dalam pasal tersebut terdapat empat macam, yaitu kata sepakat, kecakapan, hal tertentu dan sebab yang halal. Keempat syarat itu harus terpenuhi seluruhnya adalah sebagai berikut :

1. Kata Sepakat

Kata sepakat dalam suatu perjanjian merupakan suatu keadaan yang menunjukkan kehendak kedua belah pihak saling dapat diterima satu sama lain. Kedua belah pihak sama-sama tidak menolak apa yang diinginkan oleh masing-masing pihak. Dengan adanya kata sepakat maka perjanjian itu telah terjadi atau terwujud. Sejak itu pula perjanjian menjadi mengikat kedua belah pihak dan dapat dilaksanakan.

Sehubungan dengan hal tersebut, Pasal 1338 Ayat (3) KUHPerdara pada prinsipnya kekuatan mengikat perjanjian setelah tercapainya kata sepakat sangat kuat sekali, karena perjanjian itu tidak dapat ditarik kembali secara sepihak, atau karena alasan-alasan yang diperbolehkan oleh undang-undang.

Untuk mengetahui kapan terjadinya kata sepakat ternyata KUHPerdara tidak mengaturnya, tetapi dalam ilmu pengetahuan terdapat sejumlah teori, yaitu:⁴⁷⁹

1. Teori Kehendak (*wilstheorie*)

Dalam teori ini kata sepakat dianggap telah terjadi manakala para pihak menyatakan kehendaknya untuk mengadakan suatu perjanjian.

2. Teori Kepercayaan (*vetrouwenstheorie*)

Berdasarkan teori kepercayaan, kata sepakat dalam suatu perjanjian dianggap telah terjadi pada saat pernyataan salah satu pihak dapat dipercaya secara objektif oleh pihak yang lainnya.

3. Teori Ucapan (*uitingstheorie*)

Menurut teori ini landasan kata sepakat didasarkan pada ucapan atau jawaban pihak debitur. Kata sepakat dianggap telah terjadi pada saat debitur mengucapkan persetujuannya terhadap penawaran yang dilakukan oleh kreditur.

4. Teori Pengiriman (*verzendingstheorie*)

⁴⁷⁹ *Ibid*, hlm. 170-171

Dalam teori pengiriman, kata sepakat dianggap telah terjadi pada saat debitur mengirimkan surat jawaban terhadap penawaran kreditur.

5. Teori Penerimaan (*onvangstheorie*)

Menurut teori penerimaan, kata sepakat dianggap telah terjadi pada saat kreditur menerima surat jawaban atau menerima jawaban lisan melalui telepon dari debitur.

6. Teori Pengetahuan (*vernemingstheorie*)

Dalam teori ini kata sepakat dianggap telah terjadi pada saat kredit mengetahui bahwa debitur telah menyatakan menerima penawarannya. Teori ini lebih luas karena teori pengetahuan memandang kredit mengetahui baik secara lisan maupun tulisan.

Dari teori-teori tersebut diatas, yang digunakan untuk mengetahui kata sepakat didalam perjanjian jaminan Hak Tanggungan dalam akad *mudharabah* adalah teori kepercayaan. Sebagaimana berdasarkan prinsip *the five of credit analysis*, bahwa permohonan pembiayaan berdasarkan akad *mudharabah* dari *mudharib* tidak langsung disetujui oleh *shaibul mal* karena *shaibul mal* harus memberikan analisis data-data calon *mudharib*, dan jika hasilnya memberikan keyakinan pada *shaibul mal* atas kemampuan dan kesanggupan calon *mudharib* untuk mengelola modal sesuaikan yang diperjanjikan maka pada saat itulah dianggap pembiayaan berdasarkan akad *mudharabah* telah terjadi.

Masalah kepercayaan, terutama dari *shaibul mal* selaku pemilik modal merupakan unsur penentu terjadinya akad *mudharabah*. Jika tidak ada kepercayaan dari *shaibul mal* maka transaksi *mudharabah* tidak akan terjadi. Untuk itu *shaibul mal* dapat mengakhiri perjanjian dengan akad *mudharabah* secara sepihak apabila dia tidak memiliki kepercayaan lagi kepada *mudharib*.⁴⁸⁰ Kepercayaan ini harus diimbangi dengan sikap amanah dari *mudharib*. Namun pada pelaksanaannya bank selaku *shahibul maal* dalam perjanjian berdasarkan *akad mudharabah* untuk menumbuhkan kepercayaan maka *shahibul maal* meminta jaminan yang merupakan barang yang akan diserahkan oleh *mudharib* kepada *shahibul maal*. Hal ini agar terpenuhinya kewajiban *mudharib* kepada *shahibul maal*.

2. Kecakapan.

Yang dimaksud dengan kecakapan adalah kemampuan para pihak bertindak membuat perjanjian. Pada prinsipnya semua orang mampu memuat perjanjian karena para pihak bebas menentukan perjanjian secara lisan atau tertulis. Dalam KUHPerdara tidak menentukan orang yang cakap bertindak secara hukum, namun sebaliknya menentukan orang-orang yang tidak memiliki kecakapan.

Untuk itu Pasal 1330 KUH Perdata menyebutkan bahwa orang-orang yang tidak cakap membuat perjanjian adalah sebagai berikut :

⁴⁸⁰ Panji Adam, *Op Cit*, hlm. 124

- 1) Orang-orang yang belum dewasa;
- 2) Mereka yang dibawah pengampuan;
- 3) Orang-orang perempuan, dalam hal-hal yang ditetapkan oleh undang-undang, dan pada umumnya semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat perjanjian-perjanjian tertentu.

Sejalan dengan itu jumbuh ulama menyatakan, bahwa rukun *mudharabah* bagi pihak yang berakad, haruslah cakap bertindak hukum dan cakap diangkat sebagai wakil bagi *mudharib* sebagai orang yang mengelola modal.

3. Hal Tertentu

Syarat ketiga mengenai sahnya perjanjian adalah hal tertentu. Di sini yang dimaksudkan bahwa objek perjanjian harus tertentu. Ketentuan Pasal 1333 KUHPdata memberi petunjuk, bahwa dalam perjanjian yang menyangkut tentang barang, paling sedikit ditentukan tentang jenisnya, sedangkan mengenai jumlahnya dapat ditentukan kemudian. Dari ketentuan tersebut juga menunjukkan bahwa dalam perjanjian harus jelas apa yang menjadi objeknya, dengan tujuan supaya perjanjian dapat dilaksanakan dengan baik.

Suatu perjanjian yang tidak memenuhi syarat ketiga ini berakibat batal demi hukum. Oleh karena itu perjanjiannya dianggap tidak pernah ada (terjadi).

Dalam perjanjian jaminan dalam akad *mudharabah* jelas terlihat adalah yang menjadi objek nilai modal yang diberikan oleh bank syariah selaku *shahibul mal* kepada nasabahnya selaku *mudharib* sebagai pengelola modal, hal ini menunjukkan bahwa yang menjadi objek perjanjian jaminan dalam akad *mudharabah* kurang tepat, karena sebagaimana kita ketahui bahwa yang dimaksud pada Pasal 1 Undang-undang nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah adalah atas utang tertentu, baik berupa utang yang telah ada atau yang telah diperjanjikan dengan jumlah tertentu atau jumlah yang pada saat permohonan eksekusi Hak Tanggungan diajukan dapat ditentukan berdasarkan perjanjian utang-piutang atau perjanjian lain yang menimbulkan hubungan utang-piutang yang bersangkutan, sedangkan akad *mudharabah* bukanlah berjanjian utang-piutang melainkan suatu perjanjian kerjasama.

Dalam praktek Lembaga keuangan di Indonesia perjanjian utang-piutang disebut dengan istilah perjanjian kredit. Namun dalam rumusan dan pengertian tentang perjanjian kredit belum secara eksplisit tercantum dalam perundang-undangan. Tetapi dalam Pasal 1 angka 11 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998, kredit diartikan sebagai penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak

peminjam untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga.⁴⁸¹ Berdasarkan pengertian tersebut, perjanjian kredit dapat diartikan sebagai perjanjian pinjam-meminjam antara bank sebagai kreditur dengan pihak lain sebagai debitur yang mewajibkan debitur untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga, sedangkan pada lembaga keuangan syariah muncul istilah yang disebut dengan perjanjian pembiayaan.

Pasal 1 angka 25 Undang-undang nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah menyebutkan Pembiayaan adalah penyediaan dana atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berupa

- a. transaksi bagi hasil dalam bentuk *mudharabah* dan *musyarakah*;
- b. transaksi sewa-menyewa dalam bentuk ijarah atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiya bittamlik*;
- c. transaksi jual beli dalam bentuk piutang *murabahah*, *salam*, dan *istishna'*;
- d. transaksi pinjam meminjam dalam bentuk piutang *qardh*; dan
- e. transaksi sewa-menyewa jasa dalam bentuk ijarah untuk transaksi multijasa;

berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara Bank Syariah dan/atau UUS dan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai dan/atau diberi fasilitas dana untuk mengembalikan dana tersebut

⁴⁸¹ Pasal 1 Angka 11 Undang-Undang No 10 Tahun 1998 tentang Perbankan

setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan *ujrah*, tanpa imbalan, atau bagi hasil.

Kemudian Pasal 19 ayat (1) huruf c menyebutkan kegiatan usaha bank syariah meliputi menyalurkan Pembiayaan bagi hasil berdasarkan Akad *mudharabah*, Akad *musyarakah*, atau Akad lain yang tidak bertentangan dengan Prinsip Syariah. Kemudian Peraturan Bank Indonesia nomor 7/46/PBI/2005 Tentang Akad Penghimpunan Dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah, menugaskan bahwa akad *Mudharabah* adalah penanaman dana dari pemilik dana (*shahibul maal*) kepada pengelola dana (*mudharib*) untuk melakukan kegiatan usaha tertentu, dengan pembagian menggunakan metode bagi untung dan rugi (*profit and loss sharing*) atau metode bagi pendapatan (*revenue sharing*) antara kedua belah pihak berdasarkan nisbah yang telah disepakati sebelumnya.⁴⁸²

Lebih lanjut dalam praktek perbankan syariah di Indonesia Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *Mudharabah (Qiradh)* menyatakan Pembiayaan *Mudharabah* adalah pembiayaan yang disalurkan oleh LKS kepada pihak lain untuk suatu usaha yang produktif. Sedangkan yang maksud dengan *mudharabah* adalah akad kerjasama usaha di antara dua pihak dimana pihak pertama (*shahibul mal*) menyediakan seluruh modal,

⁴⁸² Pasal 1 angka 5, Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/46/PBI/2005 Tentang Akad Penghimpunan Dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah.

sedangkan pihak lainnya menjadi pengelola (*mudharib*), dengan keuntungan usaha dibagi menurut kesepakatan yang dituangkan dalam kontrak. Apabila mengalami kerugian, maka kerugian tersebut ditanggung oleh sipemilik modal selama kerugian itu bukan akibat dari kelalaian pengelola, tetapi jika kerugian itu diakibatkan karena kecurangan atau kelalaian pengelola, maka pengelola wajib bertanggung jawab atas kerugian tersebut.⁴⁸³

4. Sebab yang halal

Untuk mengetahui sebab yang halal, adalah dengan melihat dasar timbulnya sebuah perjanjian. Bagaimana sebuah perjanjian dapat terjadi. Apa yang menjadi latar belakang sampai terjadinya perjanjian. Hal yang dimaksud oleh KUHPerdara, padahal yang sesungguhnya adalah persoalan itikad baik dalam membuat perjanjian.

Sehubungan dengan syarat keempat, dalam ketentuan Pasal 1335 KUHPerdara telah memerinci adanya perjanjian tanpa sebab, perjanjian yang dibuat dengan sebab yang palsu, atau perjanjian yang dibuat karena sebab yang terlarang. Dari ketentuan tersebut telah menggambarkan apa yang disebut dengan sebab yang tidak halal.

Semua perjanjian yang tidak memenuhi sebab yang halal akibatnya batal demi hukum. Untuk dapat menyatakan demikian diperlukan formalitas tertentu, yaitu dengan putusan pengadilan. Hal ini menyangkut kepercayaan, karena perjanjian yang dinyatakan batal

⁴⁸³ Panji Adam, *Op Cit*, hlm. 96

demikian hukum oleh pengadilan berakibat semua orang menjadi percaya pada putusan tersebut.

Perjanjian Hak Tanggungan adalah suatu perjanjian ikutan (*accessoir*) dari suatu perjanjian yang didahului dengan perjanjian utang-piutang, sehingga sebab terjadinya perjanjian Hak Tanggungan tentunya disebabkan oleh perjanjian pokoknya yaitu perjanjian utang-piutang. Konsep akad *mudharabah* adalah akad kerjasama yang tidak menimbulkan utang-piutang melainkan akad kerjasama yang didasari oleh tujuan mencari keuntungan kedua belah pihak dengan pembagian hasil sesuai kesepakatan yang telah ditentukan diawal akad.

Kemudian Fatwa DSN Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000, tentang Pembiayaan *Mudharabah (Qiradh)*, pada prinsipnya, dalam pembiayaan *mudharabah* tidak ada jaminan, namun agar *mudharib* tidak melakukan penyimpangan, Lembaga Keuangan Syariah dapat meminta jaminan dari *mudharib* atau pihak ketiga. Jaminan ini hanya dapat dicairkan apabila *mudharib* terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad.

Berdasarkan Fatwa DSN tersebut diatas dapat disimpulkan bahwa dalam akad *mudharabah* pada prinsipnya tidak ada jaminan, namun jika dikehendaki maka *shaibul mal* dapat meminta jaminan dari *mudharib*, hal ini dilakukan semata-mata untuk menghindari terjadinya penyimpangan, jaminan ini tentunya akan disepakati oleh kedua belah pihak dengan membuat suatu perjanjian.

Untuk menghindari terjadinya penyimpangan oleh *mudharib* sebaiknya dalam perjanjian dengan akad *mudharabah* hendaknya para pihak menambah satu klausula yang mensepakati jika terbukti terdapat kerugian akibat dari penyimpangan oleh *mudharib* maka kerugian tersebut harus diperhitungkan sebagai hutang *mudharib* hal ini nanti sebagai landasan untuk membuat perjanjian jaminan hak tanggungan agar terpenuhinya syarat sahnya suatu perjanjian jaminan kebendaan sehingga perjanjian tersebut benar-benar dapat mengikat kedua belah pihak sebagaimana maksud Pasal 1338 KUHPerdara bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya.

Suatu perjanjian terjadi dengan sah apabila masing-masing pihak bebas mengikatkan dirinya, namun jika dalam suatu perjanjian tidak terdapat kebebasan kehendak, maka perjanjian itu dapat dibatalkan oleh para pihak. Suatu perjanjian dapat dianggap tidak ada kebebasan kehendak apabila terjadinya suatu paksaan (*dwang*), kekeliruan (*dwaling*), dan penipuan (*bedrog*).

Dalam Pasal 1320 KUHPerdara menyebutkan sahnya suatu perjanjian apabila telah terjadinya kesepakatan kedua belah pihak untuk mengikatkan dirinya, kecakapan untuk melakukan suatu perikatan, dan adanya hal tertentu serta adanya suatu sebab yang halal. Unsur kesepakatan dan kecakapan tersebut merupakan unsur subjektif dalam sebuah perjanjian, sementara unsur suatu hal dan sebab yang halal merupakan unsur objektif suatu perjanjian, oleh karena merupakan objek dalam suatu perjanjian. Keempat unsur ini saling

mendukung satu sama lainnya, sehingga apabila salah satu unsur objektif tidak terpenuhi dalam suatu perjanjian, maka perjanjian tersebut dikatakan batal demi hukum. Sedangkan jika suatu perjanjian tidak terpenuhinya unsur subjektif suatu perjanjian maka perjanjian tersebut dapat dimintakan pembatalannya.

Kemudian dalam perjanjian dikenal dengan beberapa asas yang berlaku hukum perjanjian yang diantaranya adalah asas kebebasan berkontak, asas konsensualisme, asas kekuatan mengikat, dan asas itikat baik. Rumusan asas kebebasan berkontak dapat ditemukan pada Pasal 1338 KUHPerdara yang menunjukkan bahwa para pihak dalam memnuat suatu perjanjian dapat membuat ketentuan-ketentuan sendiri dengan ketentuan tidak boleh melanggar ketertiban umum dan kesusialaan.⁴⁸⁴ Asas konsensualisme dapat ditemukan dalam Pasal 1320 KHUPerdara yang menyatakan bahwa salah satu syarat sahnya suatu perjanjian yaitu kata sepakat para pihak yang mengikatkan dirinya. Asas kekuatan mengikat dapat ditemukan dalam Pasal 1338 KUHPerdara yang menyatakan bahwa suatu perjanjian yang dibuat secara sah akan mengikat para pihaknya sebagaimana mengikatnya undang-undang.⁴⁸⁵ Sedangkan asas itikat baik dapat ditemukan dalam Pasal 1338 KUHPerdara yang menyatakan bahwa perjanjian harus dilakukan dengan itikat baik. Ketentuan ini sangat abstrak, tidak ada pengertian dan tolak ukurnya itikat baik dalam KUHPerdara.⁴⁸⁶ Apa yang dimaksud dengan itikat baik (*te goeder*

⁴⁸⁴ Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, 2010, hlm. 14

⁴⁸⁵ *Ibid*

⁴⁸⁶ Ridwan Khairandy, *Kebebasan Berkontrak & Pacta*, hlm. 51

trouw; good faith) perundang-undangan tidak mendefinisikan yang tegas dan jelas.⁴⁸⁷

Itikat baik jika dihubungkan dengan jamina pada akad *mudharabah* yang menyatakan bahwa pada prinsipnya tidak ada jaminan, namun jika dikendaki maka *shaibul mal* dapat meminta jaminan dari *mudharib*, hal ini dilakukan semata-mata untuk menghindari terjadinya penyimpangan. Penyimpangan disini boleh dikatakan sebagai itikat yang tidak baik, kemudian dalam lembaga keuangan syariah dikenal dengan istilah moral *hazard* yang menunjuk pada situasi tertentu yang memperlihatkan/meningkatkan kemungkinan terjadinya hal-hal yang akan menimbulkan kerugian.⁴⁸⁸ Dalam lapangan kajian tentang akhlak, moral *hazard* lazim disebut dengan akhlak buruk (*akhlak al-madzumah*), Imam al-Ghazali menyebutkan bahwa *hazard* itu termasuk sifat-sifat *muhlikat*, yakni segala tingkah laku manusia yang dapat membawanya kepada kebinasaan.⁴⁸⁹

Pada dasarnya moral *hazard* itu merupakan maksiat karena maksiat itu adalah meninggalkan atau melupakan suatu ketaatan. Maksiat itu adalah meninggalkan atau melupakan suatu ketaatan atau bisa dikatakan meninggalkan perintah dan mengerjakan apa yang dilarang.⁴⁹⁰ Sedangkan moral *hazard* dalam Lembaga keuangan Syariah merupakan bentuk insentif

⁴⁸⁷ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian, Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Kencana Media Group, Jakarta, 2013, hlm. 134

⁴⁸⁸ Abudin Nata, *Akhlak Tasawuf*, cet. II, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm. 90

⁴⁸⁹ *Ibid*

⁴⁹⁰ Qismu al Buhutsi wal Manhaj bi Daarinnajah, *At Tauhid*, Qismu Buhutsiwal Manhaj Bidaarinnajah, Jakarta, 1416 H/1995 M, hlm. 19

yang memiliki agenda dan tindakan tersembunyi yang berlawanan dengan etika bisnis dan hukum yang berlaku karena untuk keuntungan dirinya.⁴⁹¹

Moral *hazard* pada *mudharib* dalam akad *mudharabah*, yang mana pada akad ini *shahibul maal* tidak mensyaratkan jaminan dan juga memberikan hak penuh pada *Mudharib* untuk menjalankan usaha tanpa campur tangan *shahibul maal* hal ini mengakibatkan akad *mudharabah* ini sangat rawan terhadap permasalahan moral *hazard* serta kurang hati-hati Lembaga Keuangan Syariah dalam menyalurkan modalnya.

Sebagai akad yang penuh dengan resiko, sebelum penyaluran modal dalam bentuk akad *mudharabah*, hendaknya lembaga keuangan syariah harus melakukan analisis yang seksama, teliti dan cermat dengan didasarkan pada data yang aktual dan akurat, sehingga lembaga keuangan syariah tidak akan keliru dalam mengambil keputusannya. Oleh karena itu, setiap pembiayaan dalam bentuk akad *mudharabah* tentunya telah memenuhi ketentuan pada lembaga keuangan syariah dan sesuai dengan asas pembiayaan yang sehat. Demikian pula pemberian pembiayaan juga harus didasarkan pada penilaian yang jujur, objektif dan terlepas dari pengaruh pihak-pihak yang berkepentingan dengan pemohon pembiayaan dengan akad *mudharabah*. Lembaga keuangan syariah harus meyakini bahwa pembiayaan yang diberikan dengan akad *mudharabah* tersebut dapat dijalankan oleh *mudharib* dan tidak berkembang menjadi pembiayaan bermasalah.

⁴⁹¹ T. Guritno, Kamus Ekonomi Bisnis Perbankan: Inggris-Indonesia, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 1995, hlm. 137.

Untuk menganalisis suatu permohonan pembiayaan pada umumnya digunakan kriteria 5 C atau *The Five C's*, yakni : *Character* (Sifat), *Capacity* (Kemampuan), *Capital* (Modal), *Collateral* (Jaminan), *Condition of economy* (Kondisi Ekonomi).⁴⁹² Kriteria tersebut adalah yang secara umum dilakukan dalam praktek pemberian kredit oleh lembaga keuangan ataupun perbankan konvensional. Kemudian dalam lembaga keuangan ataupun perbankan di era modern sekarang persoalannya semakin kompleks, sebagai contoh dalam realitas lembaga keuangan atau perbankan Syariah dalam memberikan pembiayaan dalam bentuk akad *mudharabah*, lembaga keuangan atau perbankan syariah sebagai pemilik modal yang bertindak selaku *shahib al-mal* mensyaratkan adanya jaminan.. Dalam perjanjian pembiayaan dengan akad *mudharabah* ditentukan bahwa nasabah yang bertindak selaku *mudharib* diwajibkan memberikan jaminan kepada pihak lembaga keuangan atau perbankan syariah selaku pemilik modal yang bertindak sebagai *shahib al-mal* atas modal yang telah diberikan dalam suatu kegiatan usaha.

Dengan adanya kewajiban nasabah sebagai *mudharib* untuk memberikan jaminan kepada lembaga keuangan atau perbankan syariah tersebut sebagai *shahib al-mal* dalam perjanjian dengan akad *mudharabah* tersebut tentunya menimbulkan pertanyaan tentang boleh atau tidaknya atau sah atau tidaknya perjanjian dengan akad *mudharabah* dalam lembaga keuangan atau perbankan syariah, karena dalam perjanjian dengan akad

⁴⁹² Sentosa Sembiring, *Hukum Perbankan*, Mandar Maju, Bandung, 2008, hlm. 68

mudharabah telah terkandung adanya prinsip kepercayaan dan kejujuran bagi kedua pihak yang mengadakan akad tersebut.

Namun kenyataan dilapangan bahwa lembaga keuangan atau perbankan syariah dalam perjanjian dengan akad *mudharabah* selalu meminta jaminan dengan alasan agar nasabah selaku *mudharib* tidak melanggar perjanjian dalam akad *mudharabah* yang telah disepakati tersebut. Jaminan dalam perjanjian dengan akad *mudharabah* berfungsi sebagai penjamin tidak adanya pelanggaran oleh nasabah selaku *mudharib*. Oleh karena itu jika nasabah selaku *mudharib* menderita kerugian yang disebabkan adanya pelanggaran perjanjian dalam akad *mudharabah*, maka jaminan dapat disita untuk membayar kerugian yang timbul dalam perjanjian dengan akad *mudharabah* yang telah dikeluarkan oleh lembaga keuangan perbankan Syariah selaku *shahibul mal* beserta bagian keuntungan yang menjadi haknya. Karena kerugian yang dideritanya berdasarkan kesalahan nasabah selaku *mudharib*.

Namun yang menjadi problematika jaminan di dalam realitas perjanjian pembiayaan dengan akad *mudharabah* belum adanya konstruksi hukum yang mengatur tentang lembaga jaminan kerjasama di Indonesia. Sebagaimana kita ketahui bahwa akad *mudharabah* adalah suatu perjanjian kerjasama modal bukanlah suatu perjanjian hutang piutang sebagaimana pada umumnya diatur dalam hukum jaminan di Indonesia. Oleh karena itu menurut peneliti jika suatu akad *mudharabah* yang diikuti dengan suatu perjanjian Hak Tanggungan tidaklah tepat, sehingga peneliti merekomendasikan kepada

Pemerintah bersama DPR untuk menerbitkan Undang-Undang khusus tentang jaminan dalam kegiatan yang berdasarkan prinsip syariah atau menambahkan kalimat akad *mudharabah* dan *musyarakat* setiap kata jaminan utang pada undang-undang jaminan.

Pengaturan lembaga hukum jaminan di Indonesia pada umumnya adalah perjanjian jaminan terhadap perjanjian jaminan atas hutang piutang dapat digolongkan menurut terjadinya, sifatnya, objeknya, kewenangan menguasainya dan lain-lain. Lembaga jaminan yang dikenal dalam praktek di Indonesia jaminan pokok dan jaminan tambahan. Model pembagian demikian hanya dikenal dalam undang-undang perbankan yakni pada Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 jonto Undang-Undang Nomo 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, sedangkan dalam literatur hukum jaminan sebagaimana yang dikemukakan para ahli hukum tidak dikenal model jaminan demikian. Yang dimaksud dengan jaminan pokok adalah jaminan berupa sesuatu atau benda yang berkaitan langsung dengan kredit. Jaminan ini dapat berupa barang, proyek atau hak tagih yang dibiayai dengan kredit yang bersangkutan. Sedangkan yang dimaksud dengan jaminan tambahan adalah jaminan yang tidak terkait langsung dengan kredit yang diminta oleh debitur. Jaminan tambahan ini dapat berupa jaminan kebendaan atau jaminan perorangan.⁴⁹³

Kemudian melihat jaminan berdasarkan prinsip syariah terdapat dua jenis jaminan yaitu, *rahn* dan *kafalah*. Yang dimaksud dengan *rahn* adalah perjanjian penyerahan barang sebagai bentuk jaminan atas utang sehingga

⁴⁹³ M. Koidin, hlm. 10

orang yang bersangkutan boleh mengambil utang, dengan demikian tampak bahwa fungsi dari barang jaminan adalah untuk memberikan keyakinan, ketenangan, dan keamanan atau utang yang dipinjamkan.⁴⁹⁴ Sedangkan yang dimaksud dengan *kafalah* adalah jaminan atau garansi yang diberikan oleh suatu pihak kepada pihak lain berupa pemenuhan kewajiban yang harus dilaksanakan oleh pihak yang seharusnya bertanggung jawab.⁴⁹⁵

Kenyataannya perjanjian dengan akad *mudharabah* masih saja diikuti dengan perjanjian jaminan Hak Tanggungan, untuk mengikat para pihak agar tidak melakukan penyimpangan, padahal suatu hukum kebendaan mempunyai suatu sistem tertutup, sedangkan hukum perjanjian menganut sistem terbuka. Artinya macam-macam hak atas benda adalah terbatas dan peraturan-peraturan yang mengenai hak benda itu bersifat memaksa, sedangkan hukum perjanjian memberikan kebebasan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian yang berisi apa saja, asalkan tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan. Sistem terbuka dalam KUHPerdara Pasal 1338 ayat (1) “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya”. Dari pasal tersebut seolah-olah berisikan suatu pernyataan kepada masyarakat bahwa diperbolehkan membuat perjanjian yang berupa dan berisi apa saja dan perjanjian itu akan mengikat mereka para pihak-pihak yang membuatnya seperti suatu Undang-Undang. Mengenai sah tidaknya suatu perjanjian telah diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara, yaitu adanya kata sepakat, cakap untuk membuat

⁴⁹⁴ Panji Adam, *Op Cit*, hlm. 253

⁴⁹⁵ *Ibid*, hlm. 320

perjanjian (bertindak), adanya suatu hal tertentu, syarat adanya suatu sebab/kausa yang halal.

Syarat sahnya suatu perjanjian harus memenuhi empat syarat-syarat sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1320 KUHPerdara, yang merupakan syarat-syarat mutlak yang harus dipenuhi agar suatu perjanjian itu dianggap sah. Walaupun dengan adanya kata sepakat atau kesesuaian di antara para pihak dalam perjanjian itu, namun dengan pembuatan perjanjian jaminan Hak Tanggungan yang digantungkan pada akad *Mudharabah* tersebut, telah melanggar ketentuan Pasal 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, yang mensyaratkan suatu perjanjian jaminan Hak Tanggungan itu merupakan hak jaminan atas tanah berikutan atau tidak berikutan benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain. Kemudian Pasal 3 menyebutkan bahwa Utang yang dijamin pelunasannya dengan Hak Tanggungan dapat berupa utang yang telah ada atau yang telah diperjanjikan dengan jumlah tertentu atau jumlah yang pada saat permohonan eksekusi Hak Tanggungan diajukan dapat ditentukan berdasarkan perjanjian utang-piutang atau perjanjian lain yang menimbulkan hubungan utang-piutang yang bersangkutan. Di samping itu hal tersebut juga melanggar ketentuan Pasal 10 UUHT yang mensyaratkan bahwa Pemberian Hak Tanggungan didahului dengan janji untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan

utang tertentu, yang dituangkan di dalam dan merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian utang-piutang yang bersangkutan atau perjanjian lainnya yang menimbulkan utang tersebut, dan Pasal 11 Ayat (1) huruf C yang menyebutkan bahwa penunjukan secara jelas utang atau utang-utang yang dijamin sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 dan Pasal 10 ayat (1).

Dengan demikian, perjanjian jaminan Hak Tanggungan yang dibuat berdasarkan perjanjian akad *mudharabah* adalah suatu perjanjian yang hanya memenuhi tiga syarat yang ditentukan dalam Pasal 1320 KUHPerduta, yaitu adanya kata sepakat, kecakapan untuk bertindak membuat perjanjian dan adanya suatu hal tertentu, namun tidak memenuhi syarat keempat yaitu adanya kausa/sebab yang halal, karena untuk pengikatan benda-benda tertentu sudah ada syarat-syarat formal yang telah diatur dalam undang-undang tersendiri.

Di samping asas kebebasan berkontrak, semua perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik, sebagaimana yang dinyatakan dalam Pasal 1338 KUHPerduta, semua persetujuan yang dibuat sesuai dengan undang-undang berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang ditentukan oleh undang-undang dan persetujuan itu harus dilaksanakan dengan itikad baik. Selanjutnya menurut ayat (3) Pasal 1338 KUHPerduta ini, itikad baik atau "*togoeder truw*" ini adalah merupakan salah satu unsur terpenting yang diharapkan ada dalam suatu perjanjian.

Semua perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Maksud dari itikad baik adalah bahwa cara untuk membuat dan melaksanakan isi dari suatu perjanjian tidak boleh bertentangan dengan nilai kepatutan dan keadilan. Mengenai asas itikad baik dalam hal membuat perjanjian R. Subekti mengatakan bahwa: “Itikad baik di waktu membuat suatu perjanjian berarti kejujuran. Orang yang beritikad baik menaruh kepercayaan sepenuhnya kepada pihak lawan, yang dianggapnya jujur dan tidak menyembunyikan sesuatu yang buruk, yang di kemudian hari dapat menimbulkan kesulitan-kesulitan”. Oleh karena itu suatu hal dikatakan adil, apabila segala sesuatu yang dilakukan dengan itikad baik mendapat perlindungan hukum.

Kalau itikad baik pada waktu membuat suatu perjanjian yang berarti kejujuran, maka itikad baik dalam tahap pelaksanaannya adalah kepatutan, yaitu suatu penilaian baik terhadap tindak tanduk suatu pihak dalam hal melaksanakan apa yang telah diperjanjikan.⁴⁹⁶

Dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara juga memberikan kekuasaan pada hakim untuk mengawasi pelaksanaan suatu perjanjian jangan sampai pelaksanaannya itu melanggar kepatutan dan keadilan. Di samping itu, hakim juga berkuasa mencegah suatu pelaksanaan perjanjian yang terlalu amat menyinggung rasa keadilan.

Dengan demikian, dalam kesepakatan pada suatu perjanjian perlu terlebih dahulu ditetapkan apa yang dimaksudkan oleh para pihak dengan ucapan atau tulisan tersebut. Jika dalam suatu penafsiran dalam perjanjian

⁴⁹⁶ Subekti, *Pokok-pokok hukum...*, *op. cit.*, hal. 27

sudah jelas maksudnya, maka bagi para pihak yang berjanji tidak dibenarkan untuk menyimpang dari apa yang telah disepakati.

Hubungan antara asas kebebasan berkontrak dengan isi perjanjian, terlihat dari apa dan dengan siapa perjanjian itu diadakan, serta ketiga unsur dari norma yang mengikuti isi perjanjian tersebut yakni hukum dan undang-undang, agama, dan kepatutan atau kesusilaan, seperti halnya juga dalam undang-undang tentang jaminan Hak Tanggungan, kebiasaan dan kepatutan juga merupakan norma yang harus diperhatikan.

Berdasarkan paparan diatas, jika kita berpijak pada ketentuan jaminan menurut prinsip syariaah yaitu *rahn* dan *kafalah* jelas Hak Tanggungan tidak masuk pada kedua kategori tersebut diatas ini didasarkan pada *rahn* yang digunakan sebagai jaminan untuk memenuhi prinsip kehati-hatian dalam perjanjian hutang piutang berjangka dengan cara menjaminkan suatu barang kepada orang yang berpiutang.

Sementara itu *kafalah* jaminan yang diberikan pihak ketiga sebagai personal garansi dalam rangka untuk memenuhi kewajiban yang harus ditanggung oleh pihak yang harus bertanggung jawaab, hal ini sejalan dengan Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 11/DSN-MUI/IV/2000, tentang *Kafalah*. Pada umumnya *kafalah* pada perbankan syariah diimplemtasikan dalam bentuk bank garansi, *letter of credit*, dan *syariah card* yang diawali dengan dengan pemenuhan fasilitas yang ditentukan oleh bank syariahatas dasar evaluasi terhadap nasabah yang akan diberikan fasilitas tersebut.

Jika melihat fungsi dari *kafalah* sebagai pemberi jaminan oleh bank bagi pihak-pihak yang melakukan bisnis secara lebih aman dan terjamin agar adanya kepastian dalam bertansaksi karena dengan bank garansi yang berarti bank telah menjamin akan mengambil alih resiko dan kewajiban nasabah apabila wanprestasi, ini dapat di terapkan pada perjanjian dengan akad *mudharabah*. Bank garansi dilakukan dengan cara bank sebagai *kafil* menerbitkan surat tanggungan kepada *shahibul maal* atas permintaan *mudharib* sesuai dengan transaksi pada akad *mudharabah* yang telah disepakati antara *shahibul maal* dan *mudharib*, tatapi jika terjadi kerugian dalam melaksanakan akad *mudharabah* tersebut yang diakibatkan oleh kelalaian atau penyimpangan dari *mudharib* berdasarkan surat jaminan yang dikeluarkan oleh bank sebagai *khafil* maka *shaibul maal* dapat mengajukan klaim kepada bank penerbit garansi.

Selain dengan jaminan garansi bank tidak tertutup kemungkinan dalam jaminan berdasarkan *khafalah* juga dapat berupa *personal garansi* yaitu jaminan pihak ketiga atas transaksi jaminan yang diberikan oleh *khafil* kepada *shaibul maal* untuk memenuhi kewajiban *mudharib*, mekanisme perjanjian jaminan dengan *kafalah* sebagai berikut :

- a. Bank (bank garansi) atau orang (*personal garansi*) sebagai pemberi jaminan atas pemenuhan kewajiban *mudharib* terhadap *shahibul maal*.
- b. Akad jaminan memuat kesepakatan antara bank (bank garansi) atau orang (*personal garansi*) dan *mudharib* yang dijamin dan dilengkapi dengan persaksian oleh *shahibul maal* sebagai penerima jaminan.

- c. Objek jaminan harus merupakan kewajiban yang meminta jaminan, jelas nilainya, jumlahnya dan spesifikasinya termasuk jangka waktu perjaminan yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah.
- d. Bank untuk menerbitkan garansi bank dapat meminta jaminan kepada *mudharib* sebagaimana syarat-syarat penerbitan bank garansi pada umumnya yang tidak bertentangan dengan prinsip syariaah, dan atau jika orang sebagai personal garansi juga dapat meminta jaminan kepada *mudharib* dengan catatan sesuai dengan akad yang sesuai dengan prinsip syariah.
- e. Dalam akad *mudharabah* terdapat kerugian yang diakibatkan kelalaian atau akibat penyimpangan *mudharib*, maka *shahibul maal* dapat meminta kepada penjamin selaku *kafil* untuk melakukan pemenuhan kewajibannya sebagaimana yang telah di perjanjikan.

BAB VI

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan yang telah diuraikan, maka peneliti dapat menarik kesimpulan sebagai berikut :

1. Konsep dan pengaturan Hak Tanggungan dalam sistem hukum jaminan di Indonesia belum dapat memberikan kepastian hukum kepada para pihak dalam perjanjian bagi hasil yang berdasarkan prinsip syariah, khususnya pada akad *mudharabah* oleh karena pengaturan hukum jaminan Hak Tanggungan belum secara komprehensif mengatur tentang jaminan atas perjanjian yang berdasarkan prinsip syariah, demikian pula pengaturannya tentang jaminan atau suatu kerjasama bagi hasil belum berada dalam satu sistem hukum jaminan kebendaan karena dalam peraturan hukum jaminan di Indonesia tidak mengatur tentang perjanjian kerjasama bagi hasil, melainkan hanya mengatur tentang jaminan atas perjanjian utang piutang.
2. Di Indonesia dalam pembiayaan dan penyaluran modal dengan perjanjian berdasarkan akad *mudharabah*, selalu diikuti dengan perjanjian Hak Tanggungan. Hal ini tidak sesuai dengan makna Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, yang menyatakan bahwa yang dimaksud dengan Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah berikut atau tidak benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu,

namun fatwa DSN-MUI menyatakan bahwa pada prinsipnya pembiayaan *mudharabah* tidak ada jaminan, namun agar *mudharib* tidak melakukan penyimpangan, Lembaga Keuangan Syariah dapat meminta jaminan dari *mudharib* atau pihak ketiga. Hal ini menunjukkan ketidakpastian dalam perjanjian jaminan Hak Tanggungan pada perjanjian yang berdasarkan Akad *Mudharabah*, karena norma hukum yang terdapat dalam Undang-undang Hak Tanggungan merumuskan bahwa jaminan yang dimaksud adalah jaminan atas hutang sehingga terjadinya ketidaksesuaian antara pengaturan hukum yang ada dan implementasinya oleh Lembaga Keuangan Syariah (LKS) di Indonesia.

3. Untuk memenuhi kepastian hukum dalam perjanjian jaminan dalam akad *mudharabah* agar para pihak tidak melakukan penyimpangan, dalam perjanjian dengan akad *mudharabah* para pihak menambah satu klausula yang mensepakiti jika terbukti terdapat kerugian akibat dari penyimpangan oleh *mudharib* maka kerugian tersebut harus diperhitungkan sebagai hutang *mudharib* hal ini sebagai landasan untuk membuat perjanjian jaminan hak tanggungan agar terpenuhinya syarat sahnya suatu perjanjian jaminan kebendaan sehingga perjanjian tersebut benar-benar dapat mengikat kedua belah pihak sebagaimana maksud Pasal 1338 KUHPerdara bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya.

B. Saran

Berdasarkan kesimpulan di atas, maka peneliti memberikan saran sebagai berikut :

1. Perlunya pengaturan hukum jaminan berdasarkan prinsip syariah yang diatur secara komprehensif dalam satu perundang-undangan jaminan syariah, baik jaminan hutang maupun atas jaminan bagi hasil, dan diperlukan pembenahan serta penataan sistem hukum jaminan berdasarkan prinsip syariah yang berlaku di Indonesia untuk menempatkan pengaturan hukum jaminan, khususnya jaminan kebendaan di Indonesia dalam satu sistem yang utuh sehingga tidak terjadi kekosongan hukum.
2. Perlunya penyesuaian pengaturan norma hukum yang terdapat dalam Undang-undang Hak Tanggungan dan harus dirumuskan secara jelas tentang jaminan atas perjanjian bagi hasil (*mudharabah*) dan pengaturan tentang eksekusi atas objek jaminan Hak Tanggungan sehingga memberikan kepastian hukum pada implementasinya oleh Lembaga Keuangan Syariah (LKS), khususnya perbankan syariah di Indonesia.
3. Dalam upaya memberikan kepastian hukum sebaiknya dalam perjanjian dengan akad *mudharabah* hendaknya para pihak menambah satu klausula yang mensepakiti jika terbukti terdapat kerugian akibat dari penyimpangan oleh *mudharib* maka kerugian tersebut harus diperhitungkan sebagai hutang *mudharib* hal ini nanti sebagai landasan untuk membuat perjanjian jaminan hak tanggungan agar terpenuhinya syarat sahnya suatu perjanjian jaminan kebendaan sehingga perjanjian tersebut benar-benar dapat

mengikat kedua belah pihak sebagaimana maksud Pasal 1338 KUHPerdara bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku - Buku

- Abd Shomad, 2010, *Hukum Islam Pernormaam Prinsip Syariah dalam Hukum Indonesia*, Kencana Perandamedia Group, Jakarta.
- Abdul Ghofur Anshori, 2005, *Gadai Syariah di Indonesia*, Gadjah Mada, Yogyakarta.
- Abdul Rahman Ghazaly, 2010, *Fiqh Muamalat*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Abdullah Saeed, 2003, *Bank Islam Dan Bunga Bank, Studi Kritis dan Interpretasi Kontemporer tentang Riba dan Bunga*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- Abu Azam Al Hadi, 2019, *Fikah Muamalah Kontemporer*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- Abudin Nata, 1997, *Akhlaq Tasawuf*, cet. II, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- Achmad Ali, 2009, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence) Volume I Pemahaman Awal*. Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- , 2012, *Menguak Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Gunung Agung, Jakarta.
- Adiwarman A. Karim, 2019, *Bank Islam, Analisi Fiqih dan Keuangan*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- Afzalurrahman, 1995, *Ekonomi Doctrines of Islam, Doktrin Ekonomi Islam, Alih Bahasa Soeroyo, Nastagin*, Jilid I, Dana Bakti Wakaf, Yogyakarta.
- Agus Yudha Hernoko, 2013, *Hukum Perjanjian*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Ahmad Wardi Muslich, 2021, *Fiqh Muamalat*, Amzah, Jakarta.
- Ahmadi Miru, 2008, *Hukum Perikatan*,, *Penjelasan makna Pasal 1233 Sampai d1456 BW*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.

- , 2013, *Hukum Kontrak Bernuansa Islam*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Akhmad Mujahidin, 2017, *Hukum Perbankan Syariah*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Amiruddin & Zainal Asikin, 2014, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- Amran Suadi, 2019, *Eksekusi Jaminan Dalam Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Andrean Sutadi, 2010, *Hukum Hak Tanggungan*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Arba, 2018, *Hukum Agraria Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta.
- & Diman Ade Mulada, 2020, *Hukum Hak Tanggungan*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Arie. S. Hutagalung, 2002, *Serba Aneka Masalah Tanah dalam Kegiatan Ekonomi, Suatu Kumpulan Karangan, Cetakan Kedua*, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok.
- Ascarya, 2015, *Akad & Produk Bank Syariah*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- Asep Saepudin Jahar, Euis Nurlaelawati & Jaenal Aripin, 2013, *Hukum Keluarga, Pidana & Bisnis, Kajian Perundang-undangan Indonesia, Fikih dan Hukum Internasional*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta.
- Bachrudin, 2019, *Hukum Kenotarian, Teknik Pembuatan Akta dan Bahasa Akta*, Rafika Aditama, Bandung.
- Bachtiar Surin, 2004, *AZ-Zikra, Al-Qur'an dan Tafsir beserta Penjelasannya, Cetakan ke 10*, Angkasa, Bandung.
- Badher Johan Nasution, 2016, *Metode Penelitian Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung.
- Balkenhol, B and H.Schutte, 2001, *finance Programme, Working paper No.26, Collateral, Collateral Law, and Collateral Subtitutes 2 nd Edition, Employment Sector International Labour Office Geneva*.
- Bambang Sunggono, 2018, *Metode Penelitian Hukum*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.

- Bambang Sutiyoso, 2019, *Hukum Kontrak Interpretasi dan Penyelesaian Sengketa di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta.
- Bernard L. dkk, 2010, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Genta Publishing, Yogyakarta.
- Boedi Harsono dan Sudarianto. 1996, *Konsepsi Pemikiran tentang UUHT*, Makalah Seminar Nasional, Bandung.
- , 2008, *Hukum Agraria Indonesia*, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya, Djembatan, Bandung.
- Chatamarrasid, 2008, *Hukum Perbankan Nasional Indonesia*, Kencana, Jakarta.
- Chatib Rasyid & Syaifuddin, 2009, *Hukum Acara Perdata Dalam Teori dan Praktek*, UII Press, Yogyakarta.
- Darji Darmadiharjo dan Shidarta, 2005, *Pokok-pokok Filsafat Hukum (apa dan bagaimana filsafat hukum Indonesia)*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.
- Dewi Nurul Musjtari, 2016, *Penyelesaian Sengketa Akad Pembiayaan Dengan Jaminan Hak Tanggungan dalam Praktek Perbankan Syariah*, Parama Publising, Yogyakarta.
- Djamanat Samosir. 2011, *Hukum Acara Perdata, Tahap-Tahap Penyelesaian Perkara Perdata*, Nuansa Aulia, Bandung.
- Djuhaendah Hasan, 1996, *Lembaga Jaminan Kebendaan Bagi Tanah dan Benda Lain Yang Melekat Pada Tanah dalam Konsepsi Penerapan Asas Pemisahan Horisontal*. Citra Aditya, Bandung.
- Dosminikus Rato, 2010, *Filasafat Hukum Mencari dan Memahami Hukum*, Presindo, Yogyakarta
- D.Y. Witanto, 2015, *Hukum Jaminan Fidusia Dalam Perjanjian Pembiayaan Konsumen*, Mandar Maju, Bandung.
- Frieda Husni Hasbullah, 2005, *Hukum Kebendaan Perdata, Hak-Hak Yang Memberikan Jaminan* (jilid 2), Indo Hill-Co, Jakarta.
- Gatot Supramono, 1995, *Perbankan dan Masalah Kredit Suatu Tinjauan Yuridis*, Djembatan, Jakarta.

- Gemala Dewi, 2006, *Aspek-aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransian Syariah di Indonesia*, Kencana Prenada Media.
- Hartono Hadisaputro, 1984, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan dan Hukum Jaminan*, Liberti, Yogyakarta.
- H. A. Syafii Jafri, 2008, *Fiqh Muamalah*, Suska Pres, Pekanbaru.
- Hendi Suhendi, 2010, *Fiqh Muamalah*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- H. M. Ridhwan Indra, 1997, *Mengenal Undang-Undang Hak Tanggungan*, Trisula, Jakarta.
- H.R. Otje Salman dan Anthon F. Susanto, 2009, *Teori Hukum*, Refika Aditama, Bandung.
- I Ketut Oka Setiawan, 2018, *Hukum Perikatan*, Sinar Grafika, Jakarta.
- , 2019, *Hukum Pendaftaran Tanah & Hak Tanggungan*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Imam Anshori Saleh, 2014, *Konsep Pengawasan Kehakiman. Upaya Memperkuat Kewenangan Konstitusional Komisi Yudisial Dalam Pengawasan Peradilan*. Malang.
- Imam Muhamamd bin Ismail al Kahlani, *Subulul ar-salam, Juz III*, Daar al fikr.
- Imron Rosyadi, 2017, *Jaminan Kebendaan Berdasarkan Akad Syariah*, Kencana, Depok.
- Indrawati Soewarso, 2002, *Aspek Hukum Jaminan Kredit*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta.
- Irma Devita Purnamasari, 2014, *Hukum Jaminan Perbankan*, Mizan Pustaka, Bandung.
- Ismail Nawawi, 2012, *Fiqh Muamalah Klasik dan Kontemporer* Ghalia Indonesia, Bogor.
- Izomiddin, 2018, *Pemikitan dan Filsafat Hukum Islam*, Kencana Prananda Media Group, Jakarta.
- J. Satrio, 1993, *Hukum Jaminan, Hak-hak Jaminan Kebendaaan*, Citra Aditya Bakti, Bandung.

- , 2003, *Hak Jaminan Kebendaan*, Citra Aditya Bhakti, Bandung.
- Johannes Ibrahim Kosasih dan Hassanain Haykal, 2021, *Kasus Hukum Notaris di Bidang Kredit Perbankan*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Karen Lebacqz, 1999, *Teori-Teori Keadilan, Six Theories of Justice*, Nusa Media, Bandung.
- Khotibun Umam & Setiawan Budi Utomo, 2017, *Perbankan Syariah*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, 2010, *Panduan Pemasyarakatan Undang-undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (Sesuai dengan Urutan Bab, Pasal dan ayat)*, Sekertaris Jendral MPR RI, Jakarta.
- Ma'ruf Amin, 2008, *Fatwa MUI Dalam Hukum Islam*. Elsas, Jakarta.
- Marhainis Abdul Hay Chalik, 1982, *Beberapa Segi Hukum di Bidang Perkreditan*, Badan Penerbit Unit Penerbitan Yayasan Pembinaan Keluarga UPN Veteran, Jakarta.
- Mariam Darus Badruzaman, 2005, *Aneka Hukum Bisnis*, Alumni, Bandung.
- , 2015, *Hukum Perikatan Dalam KUHPerdara Buku Tiga*, Citra Aditya Persada, Bandung.
- M. Ali Hasan, 2004, *Berbagai Macam Transaksi dalam Islam*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- M. Bahsan, 2014, *Hukum Jaminan dan Jaminan Perbankan Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- M. Khoidin, 2017, *Hukum Jaminan (Hak-Hak Jaminan, Hak Tanggungan, dan Eksekusi Hak Tanggungan)*, Laksbang Yustitia, Surabaya.
- , 2018, *Hukum Eksekusi Bidang Perdata*, Laksbang Justisia, Yogyakarta.
- M. Ridwan, 2004, *Manajemen Baitul Maal wa Tanwil*. UII press, Yogyakarta.
- Moch Isnaeni, 1996, *Hipotek Pesawat Udara di Indonesia*. Dharma Muda, Surabaya.

- , 2016, *Hukum Jaminan Kebendaan, Eksekusi, Fungsi dan Pengaturannya*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta.
- Moch Isnaeni, 2017, *Pengantar Hukum Jaminan Kebendaan*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta.
- Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, 1988, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Sinar Bakti, Jakarta.
- Moh. Mufid, 2018, *Maqashid Ekonomi Syariah, Tujuan dan Aplikasi*, Empat Dua Media, Malang.
- , 2019, *Kaidah Fikih Ekonomi dan Keuangan Kontemporer*, Kencana Prenandamedia Group, Jakarta.
- Muchsan, 1992, *Sistem Pengawasan terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia*, Liberty, Yogyakarta.
- Muhammad, 2018, *Bisnis Syariah, Transaksi dan Pola Pengikatannya*, Raja grafindo persada, Jakarta.
- , 2019, *Manajemen Pembiayaan Mudharabah*, Remaja Rosdakarya, Bandung.
- Muhamad Erwin, 2011, *Filsafat Hukum: Refleksi Krisis Terhadap Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Muhammad Sadi Is, 2015, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenanda Media Grup, Jakarta.
- Muhammad Sholekul Hadi, 2003, *Pegadaian Syariah*, Selemba Diniyah, Jakarta.
- Muhammad Syafi'i Antonio, 2001, *Bank Syariah Dari Teori Ke Praktek*. Gema Insani, Cetakan Pertama, Jakarta.
- Mukti Fajar & Yulianto Achmad, 2010, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif & Empiris*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- Munir Fuady, 1999, *Hukum Perbankan Modern*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- , 2003, *Aliran Hukum Kritis (Paradigma Ketidakberdayaan Hukum)*, Citra Aditya Bakti, Cet. 1, Bandung.

- , 2016, *Konsep Hukum Perdata*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Nasrun Haroen, 2000, *Fiqh Muamalah*, Gaya Media Pratama, Jakarta.
- Neneng Nurhasanah, 2015, *Mudharabah Dalam Teori dan Praktek*, Refika Aditama, Bandung.
- & Panji Adam, 2017, *Hukum Perbankan Syariah, Konsep dan Regulasi*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Neni Sri Imaniyati, 2013, *Perbankan Syariah dalam Perspektif Hukum Ekonomi*, Mandar Maju, Bandung.
- & Panji Adam Agus Putra, 2016, *Pengantar Hukum Perbankan Indonesia*, Refika Aditama, Bandung.
- Ni'matul Huda, 2013, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- Nomensen Sinamo, 2014, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Permata Aksara, Jakarta.
- Oni Sahroni & M. Hasanuddin, 2017, *Fikih Muamalah, Dinamika Teori Akad dan Implementasinya dalam Ekonomi Syariah*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- Panji Adam, 2017, *Fikih Muamalah Maliyah, Konsep, Regulasi, dan Implementasi*, Refika Aditama, Bandung.
- Peter Mahmud Marzuki, 2014, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta.
- , 2016, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prananda Media Grup, Jakarta.
- Pusat Pengkajian Hukum Islam dan Masyarakat Madani, 2020, *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta.
- Purwahid Patrik dan Kashadi, 2008, *Hukum Jaminan Edisi Revisi dengan UUHT*, Remaja Rosda Karya, Bandung.
- Rachmadi Usman, 2008, *Hukum Jaminan Keperdataan*, Sinar Grafika, Jakarta.
- , 2011, *Hukum Kebendaan*, Sinar Grafika, Jakarta.

- Riduan Syahrani, 1999, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Citra Aditya, Bandung.
- Ridwan Khairandy, 2014, *Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan*, UII Presss, Yogyakarta.
- , 2015, *Kebebasan Berkontrak & Pacta Sunt Servanda Versus Iktikad Baik*, UII Press, Yogyakarta.
- Rio Christiawan & Januar Agung Saputra, 2015, *Jaminan Hak Tanggungan*, Refika Aditama, Bandung.
- Rohadi Abdul Fatah, 2006, *Analisis Fatwa Keagamaan dalam Fikih Islam*, Bumi Aksara, Jakarta.
- Romi Atmasasmita, 2013, *Teori Hukum Interaktif*, Genta Publishing, Yogyakarta.
- Rony Hanitijo Soemitro, 2011, *Metode Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Rozalinda, 2019, *Fikih Syariah, Prinsip dan Implementasinya Pada Sektor Keuangan Syariah*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- Rudyanti Dorotea Tobing, 2014, *Hukum Perjanjian Kredit*, Laksbang Grafika, Yogyakarta.
- , 2017, *Hukum Lembaga pembiayaan*, Laksbang Perssindo, Surabaya.
- Rusli Muhammad, 2013, *Lembaga Peradilan Indonesia*, UII Press, Yogyakarta.
- Salim, 2006, *Perkembangan Hukum Kontrak Diluar KUHPerdara*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- , *Perancangan Kontrak dan Memorandum of Understanding (MoU)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007, hlm.124
- , 2011, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- , 2014, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.

- , 2015, *Teknik Pembuatan Akta Satu (konsep Teoritis, Kewenangan Notaris, Bentuk dan Minuta Akta)*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- , 2016, *Teknik Pembuatan Akta Pejabat Pembuat Akta Tanah*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- , 2018, *Teknik Pembuatan Akta Akad Pembiayaan Syariah*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- Samun Ismaya, 2013, *Hukum Administrasi Pertanahan*, Graha Ilmu, Yogyakarta.
- Sayyid Sabiq, 2014, *Fiqih Sunnah Jilid 5*, diterjemahkan oleh Agus Hidayatullah, Manida Adipustaka, cetakan Kedua, Depok.
- Sentosa Sembiring, 2008, *Hukum Perbankan*. Mandar Maju, Bandung.
- Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, 1980, *Hukum Jaminan di Indonesia : Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, Liberty, Yogyakarta.
- Sudikno Mertokusumo. 1998, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta.
- , 2007, *Hukum Jaminan dan Jaminan Kredit di Indonesia*, Bina Cipta Pers, Jakarta.
- Soedjono Dirdjosisworo, 2000, *Pengantar Ilmu Hukum*, Rajagrafindo Persada, cetakan keenam, Jakarta
- Soejono Soekanto, 2009, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta.
- & Sri Mamudji, 2011, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Subekti, 2003, *Pokok-Pokok Hukum Perdata, cetakan ke XXXI*. Intermedia, Jakarta.
- & Tjitrosudibio, 2006, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta.
- Sukarno Aburaera, Muhadar dan Maskun, 2014, *Filsafat Hukum Teori dan Praktek*, Kencana Prenanda Media Grup, Jakarta.

- Sulaiman Rasjid, 2007, *Fiqh Islam, Cetakan ke 40*, Sinar Baru, Bandung.
- Sutan Remy Sjahdeini, 1999, *Hak Tangungan Azas-Azas Ketentuan-Ketentuan Pokok dan Masalah yang Dihadapi oleh Perbankan, Suatu Kajian Mengenai Undang-Undang Hak Tangungan*, Alumni, Bandung.
- , 1999, *Perbankan Islam dan Kedudukannya Dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*. Pustaka Utama Grafitri, Jakarta.
- , 2010, *Perbankan Syariah, Produk-Produk dan Aspek-Aspek Hukumnya*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta.
- Sutardja Sudrajat, 1995, *Pendaftaran Hak Tangungan dan Penerbit Sertifikatnya*, Mandar Maju, Bandung.
- Suteki & Galang Taufani, 2020, *Metodologi Penelitian Hukum (Filsafat, Teori dan Praktek)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Thain, Gerald G. 1998. *A Basic Outline of The Law of Secured Transaction. Artikel Dalam, Seri dasar Hukum Ekonomi 4- Hukum Jaminan Indonesia*. Proyek Elips, Jakarta.
- T. Guritno, 1995, *Kamus Ekonomi Bisnis Perbankan: Inggris-Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta.
- Teguh Prasetyo, 2018, *Pengantar Ilmu Hukum*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- Tengku Muhammad Hasbi Ash-Shiddieqy, 2010, *Pengantar Fiqh Muamalah*, Pustaka Rizki Putra, Semarang.
- Tiar Ramon, 2016, *Ilmu Hukum: Suatu Pengantar*, Trussmedia Grafika, Yogyakarta.
- , 2016, *Hukum Perdata Indonesia*, Trussmedia Grafika, Yogyakarta.
- Urip Santoso, 2012, *Hukum Agraria, Kajian Komprehensif*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta.
- , 2016, *Pejabat Pembuat Akta Tanah, Perspektif Regulasi, Wewenang, dan Sifat Akta*, Kencana Prananda Group, Jakarta.
- Qismu al Buhutsi wal Manhaj bi Daarinnajah, 1416/1995, *At Tauhid*, Qismu Buhutsiwal Manhaj Bidaarinnajah, Jakarta.

Yasardin, 2011, *Asas kebebasan Berkontrak Syariah*, Kencana Pranandamedia Group, Jakarta.

Zainal Asikin, 2015, *Pengantar Hukum Perbankan Indonesia*, Rajagrafindo Persada, Jakarta.

Zainudin, 2009, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta.

Zaeni Asyhadie dan Rahma Kusumawati, 2018, *Hukum Jamainan Di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta.

B. Jurnal

Abdul Haris Simal, 2019, *Relevansi Fatwa dalam Regulasi Perbankan Syariah Sebagai Landasan Operasional Perbankan Syariah*, Jurnal J-HES Vol. 3 No. 2 Juli – Desember 2019.

Deni Rahmatillah dan Nuryanti, 2021, *Telaah Konsep Akad Mudharabah di Indonesia (Tinjauan Pelaksanaan Akad Mudharabah Di Bank Syariah Indonesia)*, Jurnal Islamic Business and Finance (IBF), Vol.2, No.2, Oktober 2021.

Fadhilah Mursid, 2020, *Kajian Fatwa Dewan Syariah Nasional Tentang Mudharabah*, Jurnal of Sharia Economic Law, Vol. 3 No. 1 Maret 2020.

Mahmudatus Sa'diyah dan Meuthiya Athifa Arifin, *Mudharabah dalam Fiqih dan Perbankan Syari'ah*, Jurnal Equilibrium, Vol. 1, No.2, Desember 2013

Niki Alma Febriana Fauzi, 2017, *Fatwa di Indonesai: Perubahan Sosial, Perkembangan, dan Keberagamaan*, Jurnal Novelty Vol. 8 No. 1 Februari 2017.

Popon Srisusilawati dan Nanik Eprianti, *Penerapan Prinsip Keadilan dalam Akad Mudharabah Di Lembaga Keuangan Syariah*, Jurnal Law and Justice, Vol. 2 No. 1 April 2017.

Sarip, Diana Fitriana, Elya Kusuma Dewi, *Mendudukan Fatwa Majelis Ulama Indonesia Sebagai Doktrin Perundang-Undangan*, Jurnal Legalisasi Indonesia, Vol. 16 No. 3 September 2019

Sofhian, *Pemahaman Fiqih Terhadap Mudharabah (Implementasi Pembiayaan Pada Perbankan Syariah)*, Jurnal Al-‘Adl, Vol. 9 No. 2, Juli 2016

C. Disertasi, Tesis, Skripsi dan Makalah

Abd. Hamid Pulungan, 2018, *Kewenangan Pengadilan Agama dalam Eksekusi Hak Tanggungan Akad Mudharabah pada Perbankan Syariah*, Disertasi, Pascasarjana Universitas Jambi.

Marliyah, 2016, *Strategi Pembiayaan Mudharabah Sektor Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah (UMKM): Studi Kasus Perbankan Syariah Di Sumatera Utara*, Disertasi, Pascasarjana Universitas Islam Sumatera Utara.

Priyo Handoko, 2003, *Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Atas Tanah Sebagai Pengaman Perjanjian Kredit Bank*, Disertasi, Pascasarjana Universitas Airlangga.

D. Peraturan Perundang-Undangan

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Pokok – Pokok Agraria.

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.

Undang-undang 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan.

Undang-undang 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan.

Undang-undang Nomor 23 Tahun 1999 Tentang Bank Indonesia.

Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 1999 Tentang Bank Indonesia;

Undang-Undang Nomor 30 tahun 2004 tentang Jabatan Notaris;

Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama.

Undang-undang 21 Tahun 2008 tentang Tentang Perbankan Syariah.

Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2009 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Perubahan Kedua Atas Undangundang Nomor 23 Tahun 1999 Tentang Bank Indonesia Menjadi Undang-Undang; Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan;

Undang-Undang Nomor 2 tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 tahun 2004 tentang Jabatan Notaris;

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2023 Tentang Pengembangan dan Penguatan Sektor Keuangan;

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999 Tentang Bank Indonesia;

Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah.

Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 1998 tentang Peraturan Jabatan Pejabat Pembuat Akta Tanah.

Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 9 Tahun 2019

Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/46/PBI/2005 Tentang Akad Penghimpunan Dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah

Fatwa Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan Mudharabah (Qiradh).

Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor : 25DSN-MUI/III/2002, tentang Rahn

Fatwa Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia Nomor 115/DSN-MUI/IX/2017 Tentang Akad Mudharabah.