

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)*, Sekretaris 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 diubah 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 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 Palaksanaannya, 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 KUHPdata bahwa hal untuk didahulukan diantara orang-orang berpiutang terbit hak istimewa, sedangkan Pasal 1134 KUHPdata 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 penjanjian 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 Publisng, Yogyakarta, 2016, hlm. 31

³⁶ Sutan Remy Sjahdeini, *Perbankan Syartiah, 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, *Filasafat 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, *Menguak 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 ingin uraikan 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

barat. 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 disepakati 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 penanggungan 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 KUHPerdara 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 pengemban 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 membedakan suku ras serta kedudukan sosialnya serta tidak membedakan 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	2. Apakah Pengadilan Agama memiliki kewenangan melakukan fiat eksekusi hak tanggungan dalam akad <i>mudharabah</i> pada perbankan syariah? 3. Bagaimana implementasi hukum terhadap eksekusi hak tanggungan akad <i>mudharabah</i>?	
2.	Priyo Handoko Universitas Ailangga	Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Atas Tanah Sebagai Pengaman Perjanjian Kredit Bank	1. Apakah UU No. 4 Tahun 1996 sebagai penjabaran UU No. 5 Tahun 1960 masih konsisten menjabarkan diri pada hukum adat? 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? 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?	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 sertifikat 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 terorinya.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 periodisasi 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- Maselis 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 Garfindo 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 Konsepsional, 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

tanggungan 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.