

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Konsep Tentang Eksekusi

Eksekusi tentang tindakan hokum yang dilakukan oleh Pengadilan kepada pihak yang kalah dalam satu perkara¹. Eksekusi dipahami dipahami sebagai suatu tata cara lanjutan dari proses pemeriksaan perkara , oleh karena itu M. Yahya Harahap memahami eksekusi tiada lain dari pada sebuah tindakan yang berkesinambungan dari keseluruhan proses hokum acara perdata². Pengertian Eksekusi meskipun pada intinya sama yaitu sebagai suatu tindakan untuk melaksanakan putusan tetapi berbeda pada redaksional, hal ini dapat terlihat dari beberapa literatur dan pendapat para ahli.

Prof. Subekti memberikan makna eksekusi sebagaimana pelaksanaan putusan³. Pengertian yang disampaikan Subekti tersebut sama dengan apa yang disampaikan oleh RetnoWulan dalam bukunya Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktek yang memberikan makna eksekusi sebagai pelaksanaan putusan secara paksa (execution force)⁴. Berdasar atas pendapat ketiga ahli tersebut M. Yahya Harahap memaknai

¹ Hakim Pengadilan Agama Semarang, disampaikan dalam work shop Ikatan Notaris Indonesia se- Indonesia di Kota Semarang, 2015.

² M. Yahya Harahap , S.H., Ruang Lingkup Permasalahan eksekusi dibidang Perdata, P.T. Gramedia , Jakarta , Cet.II, 1989, Hlm.1.

³ Subekti , Hukum Acara Perdata , Hlm. 128.

⁴ Retno Wulan Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktek , Hlm. 111.

eksekusi adalah melaksanakan isi putusan Pengadilan secara paksa⁵. Berdasar atas pendapat ketiga ahli tersebut M. Yahya Harahap memaknai eksekusi adalah melaksanakan isi putusan Pengadilan secara paksa⁶. Lebih lanjut Sudikno mengatakan bahwa eksekusi pada hakekatnya tidak lain adalah realisasi dari pada kewajiban pihak yang bersangkutan untuk memenuhi prestasi yang tercantum dalam putusan Hakim⁷.

Apabila diperhatikan pengertian –pengertian yang dikemukakan oleh para pakar hukum tersebut memberikan pemahaman bahwa eksekusi merupakan pelaksanaan putusan hakim terhadap pihak yang diharuskan untuk menyerahkan ewajiban/prestasinya sebagai hak pihak lain (lawan) secara paksa karena pihak yang wajib untuk menyerahkan tetapi tidak mau menyerahkan secara suka rela. Dengan demikian eksekusi menurut Prof.H. Abdul Manan adalah menjalankan Putusan Pengadilan yang sudah berkekuatan hukum tetap⁸.

Disamping eksekusi sebagai mana disampaikan diatas, juga terdapat istilah eksekusi yang lazim diterapkan dalam masalah hukum di masyarakat kita dan berlaku sebagai upaya paksa untuk merealisasikan kewajiban seseorang terhadap pihak lain yang sering ditemukan dalam

⁵ Sudikno Mertokusumo, Hukum Acara Perdata Indonesia , Liberty, Yogyakarta , edisi Ke-4, Cet.1, 1993, Hlm.209.

⁶ M. Yahya Harahap, S.H.Op.Cit.hlm.5.

⁷ Ibid

⁸ Penerapan Hukum Perdata di Lingkungan Peradilan Agama , Drs. H. Abdul Manan, S.H., S.IP., M. Hum, Yayasan Al-Hikmah , Jakarta, Cet.I, 2000, hlm.187.

masalah hutang –piutang dalam perbankan. Istilah eksekusi sering digunakan terhadap hal-hal yang terjadi diluar putusan Pengadilan seperti halnya debitur tidak mau melunasi atau melakukan wanprestasi terhadap kreditor, dalam hal ini kreditor dapat meminta kepada pihak yang berwenang agar harta debitur (yang telah dilakukan pengikatan dengan jaminan) agar dilakukan eksekusi, seperti eksekusi terhadap Gross Akte Hipotik, eksekusi terhadap Hak Tanggungan bagi barang tidak bergerak berupa tanah dan yang berkaitan dengan tanah, meupun eksekusi terhadap fidusia terhadap benda bergerak.

Undang-Undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan pasal 5 memperbolehkan pemegang Hak Tanggungan untuk memohon kepada Kantor Lelang agar dilakukan lelang terhadap Hak Tanggungan secara langsung tanpa melalui proses berperkara di Pengadilan. Hal inilah menimbulkan istilah eksekusi lain yang dipakai dalam dunia hukum untuk memaksa debitur melunasi hutangnya guna mengakhiri proses perikatannya, yang biasa disebut dengan Parate Eksekusi.

Dengan demikian dalam perkembangannya istilah dan konsep eksekusi tidak hanya diberlakukan dan berlaku dengan hal-hal yang berkaitan dengan putusan pengadilan semata akan tetapi istilah eksekusi juga diberlakukan dalam hal-hal yang berkaitan dengan kewajiban yang harus dipenuhi oleh salah satu seorang debitur untuk melunasi hutangnya

kepada kreditur karena debitur tidak secara suka rela melunasi hutangnya sesuai apa yang telah diperjanjikan bersama, sehingga debitur dinyatakan telah melakukan wanprestasi dan selanjutnya barang yang menjadi jaminan terhadap hutang tersebut dapat dieksekusi. Dengan demikian perlu ada istilah eksekusi yang komprehensif yang bias mengakomodir semua unsur yang terkandung dalam makna eksekusi sebagai satu hasil akhir dari proses terhadap tindakan hukum.

Untuk mengakomodir unsur-unsur eksekusi diatas barangkali pengertian yang dikemukakan oleh Muchammad Jais bias dipedomani dan sangat cocok, beliau memaknai eksekusi mengandung makna suatu upaya paksa untuk merealisasikan hak dan atau sanksi, karena pihak terhukum tidak mau melaksanakan putusan secara sukarela⁹.

B. Pengertian Putusan Pengadilan

Secara normatif, Pasal 1 angka 11 KUHAP mendefinisikan putusan pengadilan sebagai “Pernyataan Hakim yang diucapkan dalam sidang pengadilan yang terbuka yang dapat berupa Pemidanaan atau bebas lepas dari segala tuntutan hokum dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam Undang-undang ini”.

⁹ Muchammad Dja'is , S.H., CN., M. Hum., Pelaksanaan Eksekusi Hak Tanggungan, disampaikan dalam seminar “mencari model eksekusi Hak Tanggungan Yang Menguntungkan Para Pihak”, yang diselenggarakan oleh bagian keperdataan FH UNDIP, Selasa 29 Desember 2009, di Semarang, Hlm.7.

Arti putusan menurut Soeparmono, adalah pernyataan hakim sebagai pejabat Negara yang melaksanakan tugas kekuasaan kehakiman yang diberi wewenang untuk itu yang diucapkan di persidangan dan bertujuan untuk menyelesaikan suatu perkara¹⁰.

Dalam pengadilan Agama, putusan yaitu keputusan Pengadilan atas perkara gugatan berdasarkan adanya sesuatu sengketa atau perselisihan, dalam arti putusan merupakan produk pengadilan dalam perkara-perkara contentiosa. Karena adanya 2 (dua) pihak yang berlanan dalam perkara (penggugat dan tergugat)¹¹.

Prof. Dr. Sudikno mertokusumo, S.H., S.H., Putusan Hakim adalah :
“suatu pernyataan yang oleh hakim sebagai pejabat yang diberi wewenang itu, diucapkan dipersidangan dan bertujuan mengakhiri atau menyelesaikan suatu perkara atau sengketa antara para pihak¹².”

Darinurian diatas dapat ditarik kesimpulan bahwa yang dimaksud dengan putusan hakim/putusan pengadilan adalah suatu pernyataan yang dibuat dalam bentuk tertulis yang dibuat oleh hakim sebagai pejabat Negara yang diberi kewenangan untuk itu dan diucapkan di depan persidangan perkara perdata guna terciptanya kepastian hokum dan

¹⁰ Soeparmono, Hukum Acara Perdata dan Yurisprudensi. (Bandung: Mandar Maju, 2005), 146.

¹¹ Mardani, Hukum Acara Perdata Peradilan Agama dan Mahkamah Syariah. (Jakarta: Sinar Grafika, 2009).

¹² Sudikno Mertokusumo, Hukum Acara Perdata Indonesia, (Yogyakarta : liberty, 1993), 174.

keadilan bagi para pihak yang bersengketa. Perlu diingatkan kembali bahwa pembahasan mengenai putusan hakim atau putusan pengadilan dalam penulisan ini hanya akan dibatasi dalam ruang lingkup hukum acara perdata.

C. Konsep Ekonomi Syariah

Beberapa ahli mendefinisikan ekonomi islam sebagai suatu ilmu yang mempelajari perilaku manusia dalam usaha untuk memenuhi kebutuhan dengan alat pemenuhan kebutuhan yang terbatas di dalam kerangka Syariah. Ilmu yang mempelajari perilaku seorang muslim dalam suatu masyarakat Islam yang dibingkai dengan Syariah. Definisi tersebut mengandung kelemahan karena menghasilkan konsep yang tidak kompetibel dan tidak universal. Karena dari definisi tersebut mendorong seseorang terperangkap dalam keputusan yang apriori (apriory judgement), benar atau salah tetap harus diterima¹³. Definisi yang lebih lengkap harus mengakomodasi sejumlah persyaratan yaitu karakteristik dari pandangan hidup dalam syariat Islam, yaitu memasukkan nilai Syariah dalam ilmu ekonomi. Ilmu ekonomi Islam adalah ilmu social yang tentu saja tidak bebas dari nilai-nilai moral yang merupakan aspek normative yang masuk dalam menganalisa fenomena ekonomi yang dibingkai dengan nilai-nilai syariah.

¹³ Mamudin Yuliadi, *Ekonomi Islam*, (Yogyakarta: LPII, 2006), h.6.

Beberapa definisi tentang ekonomi syariah dapat diambil dari pendapat berbagai sumber ahli seperti:

1. Menurut Muhammad Abdul Manan

Islamic economics is a social science which studies the economic problems of people imbued with the values of Islam¹⁴. Jadi menurut Manan ilmu ekonomi/ Islam adalah ilmu pengetahuan social yang mempelajari masalah-masalah ekonomi masyarakat yang di ilhami oleh nilai-nilai Islam.

2. Menurut M. Umer Chapra

Islamic economics was defined as the branch of knowledge which help realize human well-being through an allocation and distribution of scarce resources that is in confinity with Islamic teaching without unduly curbing individual freedom or creting continued macroeconomic and ecological imbalance. Jadi, menurut Chapra ekonomi Islam adalah sebuah pengetahuan yang membantu upaya realisasi kebahagiaan manusia melalui alokasi dan distribusi sumber daya yang terbatas yang berada dalam koridor yang mengacu pada ajaran Islam tanpa memberikan kebebasan individu atau tanpa perilaku ekonomi makro yang berkesinambungan dan tanpa ketidakseimbangan lingkungan¹⁵.

¹⁴ Muhammad Abdul Mannan, *Islamic Economics, Theory and Practice*, (India: Idarah adabiyah, 1980), h.3.

¹⁵ Mustafa Edwin Nasution dkk, *Pengenalan Eksklusif Ekonomi Islam*, Jakarta: kencana, 2006, h.16.

3. Menurut Syed Nawab Haidar Naqvi

Bahwa ekonomi syariah merupakan kajian tentang perilaku ekonomi orang islam representatif dari masyarakat muslim modern¹⁶.

Dari beberapa definisi ekonomi Islam diatas yang relatif dapat secara lengkap menjelaskan dan mencakup kriteria dari definisi yang komprehensif adalah yang dirumuskan oleh Hasanuzzaman bahwa definisi dari konomi Syariah/Islam adalah suatu Ilmu Pengetahuan dan aplikasi dari Pemerintah dan aturan dalam syariah yaitu untuk menghindari ketidakadilan dalam perolehan dan pembagian sumberdaya material agar memberikan kepuasan manusia, sehingga memungkinkan manusia melaksanakan tanggung jawabnya terhadap Tuhan dan masyarakat (Islamic economics is the knowledge and application of injuctions and rules of the shariah that prevent injustice in the acqution and disposal of material resources in order to provide satisfaction to human beings and enable them to perform their onligations to Alloh and the society.¹⁷

¹⁶ Syed Nawab Haider Naqvi, Menggagas Ilmu Ekonomi Islam, terj.M. Saiful Anam Muhammad Ufuqul Mubin, Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2009, hlm.28.

¹⁷ Imamudin Yuliadi, *opc.cit.*,h.8.

D. Produk- produk Pembiayaan Syariah

Dalam hal penyaluran dana pada nasabah secara garis besar dibagi menjadi 4 (empat) kategori yang dibedakan berdasarkan tujuan penggunaannya, yaitu :¹⁸

1. Prinsip Jual Beli

Prinsip jual beli dilaksanakan sehubungan dengan adanya perpindahan kepemilikan barang atau benda (transfer of property). Tingkat keuntungan bank ditentukan didepan dan menjadi bagian harga atas barang yang dijual. Produk yang ditawarkan adalah :

a. *Murabahah*

Dalam prakteknya sering disebut *al Bai bitsaman ajil* yaitu akad jual beli barang dengan menyatakan harga perolehan dan keuntungan yang disepakati oleh penjual dan pembeli. *Murabahah* dapat dilakukan berdasarkan pesanan. Dalam *murabahah* berdasarkan pesanan, bank melakukan pembelian barang setelah ada pesanan dari nasabah. Dalam perbankan, *murabahah* selalu dilakukan dengan cara pembayaran cicilan.

b. *Salam*

Yaitu akad jual beli *muslam fiih* (barang pesanan) dengan penangguhan pengiriman oleh *muslam ilaihi* (penjual) dan

¹⁸ Bambang Hermanto, Hukum Perbankan Syariah, Yogyakarta, Kaukaba Dirgantara, 2014, hlm. 74

pelunasannya dilakukan segera oleh pembeli sebelum barang pesanan tersebut diterima sesuai dengan syarat-syarat tertentu. Dalam transaksi ini kualitas, kuantitas harga dan waktu penyerahan barang ditentukan secara pasti sehingga tidak seperti jual ijon.

c. *Istishna'*

Yaitu akad jual beli antara *al mustashni* (pembeli) dan *as shani* (produsen yang juga bertindak sebagai penjual). Berdasarkan akad tersebut, pembeli menugasi produsen untuk menyediakan *al mashnu* (barang pesanan) sesuai spesifikasi yang disyaratkan pembeli dan menjualnya dengan harga yang disepakati. Cara pembayaran dapat berupa pembayaran dimuka, cicilan, atau ditangguhkan sampai jangka waktu tertentu.

2. Prinsip Sewa (*ijarah*)

Transaksi ini dilandasi adanya perpindahan manfaat. *Ijarah* adalah akad sewa menyewa antara pemilik *ma'jur* (objek sewa) dan *musta'jir* (penyewa) untuk mendapat imbalan atas obyek sewa yang disewakannya.

3. Prinsip Bagi Hasil (*syirkah*)

Produk pembiayaan syariah yang didasarkan atas prinsip bagi hasil adalah sebagai berikut :

a. Musyarakah

Yaitu akad kerjasama diantara para pemilik modal yang mencampurkan modal mereka untuk tujuan mencari keuntungan. Dalam *musyarakah*, mitra dan bank sama-sama menyediakan modal untuk membiayai suatu usaha tertentu, baik yang sudah berjalan maupun yang baru. Selanjutnya mitra dapat mengembalikan modal tersebut berikut bagi hasil yang telah disepakati secara bertahap atau sekaligus kepada bank. Pembiayaan dapat diberikan dalam bentuk kas, setara kas atau aktiva non kas termasuk aktiva tidak berwujud.

b. Mudharabah

Yaitu akad kerjasama usaha antara *shahibul maal* (pemilik dana) dan *mudharib* (pengelola dana) dengan nisbah bagi hasil menurut kesepakatan dimuka. Jika usaha mengalami kerugian, maka seluruh kerugian ditanggung oleh pemilik dana, kecuali jika ditemukan adanya kelalaian atau kesalahan pengelola dana seperti penyelewengan, kecurangan dan penyalahgunaan dana.

E. JAMINAN

1. Pengertian Jaminan

Didalam Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah digunakan istilah agunan untuk memaknai suatu

jaminan, yaitu, “Agunan adalah jaminan tambahan, baik berupa benda bergerak maupun benda tidak bergerak yang diserahkan oleh pemilik agunan kepada Bank Syariah dan/atau UUS, guna menjamin pelunasan kewajiban Nasabah Penerima Fasilitas”.

Menurut aturan hukum positif, jaminan adalah sesuatu yang diberikan kepada kreditur yang diserahkan oleh debitur untuk menimbulkan keyakinan dan menjamin bahwa debitur akan memenuhi kewajiban yang dapat dinilai dengan uang yang timbul dari suatu perikatan¹⁹.

Berdasarkan definisi diatas dapat ditarik kesimpulan bahwa unsur-unsur jaminan antara lain :²⁰

- a. Difokuskan pada pemenuhan kewajiban kepada kreditur (bank)
- b. Wujud jaminan ini dapat dinilai dengan uang (jaminan materiil)
- c. Timbulnya jaminan karena adanya perikatan antara kreditur dengan debitur, sehingga dapat dikatakan bahwa perjanjian jaminan baru timbul setelah adanya perjanjian pokok, seperti perjanjian hutang piutang, kredit. Sifat perjanjian jaminan merupakan perjanjian tambahan atau ikutan (accessoir) dari perjanjian pokok.

¹⁹ Hartono Hadisoeparto, Pokok-pokok Hukum Perikatan dan Hukum Jaminan, Liberty: Yogyakarta, Ctk.ke-1, 1984, hlm. 50.

²⁰ Salim HS, Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, hlm. 22

Jaminan dalam hukum positif mempunyai kedudukan sebagai pemberi kepastian hukum kepada kreditur atas pengembalian modal/pinjaman/kredit yang ia berikan kepada debitur, dalam arti bahwa barang jaminan setiap waktu tersedia untuk dieksekusi, bila perlu dapat mudah diuangkan untuk melunasi hutang debitur. Nilai benda jaminan harus lebih tinggi dari jumlah modal/pinjaman/kredit berikut bunga yang diberikan oleh kreditur, dengan harapan ketika terjadi wanprestasi atau kredit macet maka jaminan itu dapat menutup (meng-cover) pinjaman dan bunga yang kreditur berikan.²¹

Jaminan dalam hukum positif dibedakan menjadi dua macam, yaitu:²²

- a. Jaminan yang bersifat kebendaan (materiil); jaminan kebendaan memberikan hak mendahului diatas benda-benda tertentu dan mempunyai sifat-sifat melekat dan mengikuti benda yang bersangkutan
- b. Jaminan yang bersifat perorangan (immaterial); jaminan perorangan tidak memberikan hak mendahului atas benda-benda tertentu, tetapi hanya dijamin oleh harta kekayaan seseorang melalui orang yang menjamin pemenuhan perikatan yang bersangkutan.

²¹ Ibid. hlm. 28-29

²² Ibid. hlm. 23

Macam-macam jaminan kebendaan yang masih berlaku adalah²³ :

- a. Gadai
- b. Jaminan Fidusia
- c. Hak Tanggungan
- d. Hipotek atas Kapal Laut

Istilah jaminan perorangan berasal dari kata *borgtocht*. Jaminan perorangan adalah suatu perjanjian antara seorang kreditur dengan seorang pihak ketiga yang untuk menjamin dipenuhinya kewajiban debitur.²⁴

Jaminan perorangan dapat dibagi menjadi tiga macam :

- a. Borgtocht (penanggungan hutang);
- b. Tanggung menanggung (yang serupa dengan tanggung renteng);
- c. Perjanjian Garansi (Pasal 1316 KUHPdata), yaitu bertanggungjawab guna kepentingan pihak ketiga.

Mengenai Pembagian atas jaminan perorangan ini, penulis hanya akan membahas lebih lanjut mengenai penanggungan hutang, karena dirasa relevan untuk diterapkan dalam perbankan syariah.

Penanggungan hutang adalah suatu perjanjian dimana pihak ketiga, demi kepentingan kreditur mengikatkan dirinya untuk memenuhi perikatan debitur, bila debitur itu tidak memenuhinya (Pasal 1820

²³ Ibid. hlm. 25

²⁴ Ibid. hlm. 218

KUHPerduta). Ada tiga pihak yang terkait dengan Penanggung hutang, yaitu kreditur, debitur dan pihak ketiga sebagai penanggung.

Sifat perjanjian penanggung hutang adalah bersifat *accessoir* (tambahan), sedangkan perjanjian pokoknya adalah perjanjian kredit/pinjam meminjam uang antara kreditur dan debitur.²⁵

Prinsipnya, penanggung hutang tidak wajib membayar hutang debitur kepada kreditur, kecuali jika debitur lalai membayar hutangnya, untuk membayar hutang debitur tersebut, maka barang kepunyaan debitur harus disita dan dijual terlebih dahulu untuk melunasi hutangnya (Pasal 1831 KUHPerduta). Apabila penanggung telah membayar hutang debitur kepada kreditur, maka penanggung berhak menuntut kepada debitur supaya membayar apa saja yang telah dilakukan dan dibayarkan oleh penanggung kepada kreditur. Pihak penanggung berhak pula menuntut pokok dan bunga, serta penggantian biaya kerugian dan bunga²⁶

Pasal 1381 KUHPerduta menentukan 10 (sepuluh) cara berakhirnya perjanjian penanggung hutang, yaitu : pembayaran, penawaran pembayaran tunai, diikuti dengan penyimpanan atau penitipan; pembaruan hutang; kompensasi; pencampuran hutang;

²⁵ Ibid. hlm. 219

²⁶ Ibid. hlm. 220-221

pembebasan hutang; musnahnya barang yang terhutang; kebatalan atau pembatalan; berlakunya syarat pembatalan²⁷.

Penulis selanjutnya akan membahas mengenai jaminan fidusia dan hak tanggungan, karena kedua bentuk tersebut yang sering digunakan dalam pengikatan jaminan dalam praktek perbankan syariah.

2. Jaminan menurut Hukum Islam

Berbeda dengan pengaturan dalam hukum positif, menurut pendapat Wahbah Zuhaili dalam fiqih mengenai masalah jaminan terdapat/ dikenal dua bentuk akad yang bisa menjadi dasar dalam landasan masalah jaminan yaitu akad *kafaalah* dan akad *rahn*.²⁸ Keduanya adalah akad *al-istiitsaaq* (untuk menimbulkan kepercayaan). Berikut ini akan kami paparkan uraian lebih lanjut mengenai dua bentuk akad tersebut.

a. *Kafaalah*

Kafaalah menurut bahasa (etimologi) adalah mengumpulkan, menanggung atau menjamin. Secara terminology muamalah adalah mengumpulkan tanggung jawab penjamin dengan tanggung jawab orang yang dijamin dalam masalah hak atau hutang, sehingga hak atau hutang itu menjadi tanggung jawab

²⁷ Ibid, hlm. 222

²⁸ Wahbah Zuhaili, Fiqih Islam Wa Adillatuhu 6, Jakarta : Gema Insani, 2011, hlm. 33.

penjamin. Dalam konteks hukum perdata, penanggungan hutang ini dikenal dengan istilah *borgtocht* atau *personal guaranty*.

Persoalan *kafalah* dalam wacana fiqih berkaitan dengan masalah adanya hubungan hukum (hutang piutang misalnya) antara seseorang dan pihak lain dengan melibatkan pihak ketiga sebagai penjamin. Ada dua definisi *kafalah* yang dikemukakan ulama fiqih :

Mayoritas Ulama mendefinisikan *kafalah* adalah :²⁹

“Mengumpulkan tanggung jawab penjamin dengan tanggung jawab orang yang dijamin dalam masalah tuntutan atas jiwa atau hutang atau hak, sehingga hak tanggung jawab dengan tanggung jawab lainnya dalam hal tuntutan secara mutlak, baik berkaitan dengan jiwa, hutang dan harta”.

Perbedaan definisi ini terlihat dalam persoalan objek tanggung jawab tersebut. Ulama fiqih Mazhab Hanafi mengemukakan bahwa objek *kafalah* tidak hanya menyangkut harta, melainkan juga menyangkut masalah jiwa, hutang dan harta, sedangkan definisi Jumhur Ulama menyatakan bahwa objek *kafalah* tersebut berkaitan dengan harta, seperti dalam masalah hutang piutang. Jadi dengan demikian, definisi ulama Mazhab

²⁹ Hartono Hadisoeparto, *Pokok-pokok Hukum Perikatan dan Hukum Jaminan*, Liberty: Yogyakarta, Ctk.Ke-1, 1984, hl. 50 dan Salim H.S, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, PT. Raja Grafindo Persada: Jakarta, 2004, hlm.21-22.

Hanafi lebih umum objeknya dibandingkan dengan definisi mayoritas ulama.

Menurut pendapat Wahbah Zuhaili, terdapat tiga bentuk *kafalah* yaitu :³⁰

- 1) *Kafalah bi al-Nafs*; yaitu pemberian jaminan atas jiwa (seperti menghadirkan orang pada tempat yang telah ditentukan). Jaminan dalam menghadirkan seseorang di tempat tertentu, misalnya A menjamin menghadirkan B yang sedang dalam perkara ke muka pengadilan pada waktu dan tempat yang telah ditentukan. Sebagai contoh, dalam praktik perbankan untuk bentuk *kafalah bi al-Nafs* misalnya seorang nasabah pembiayaan yang mendapat pembiayaan dengan jaminan nama baik dan ketokohan seseorang atau pemuka masyarakat. Walaupun bank secara fisik tidak memegang jaminan barang apapun, namun bank berharap tokoh tersebut dapat mengusahakan pembayaran ketika nasabah pembiayaan yang dibiayai mengalami kesulitan.
- 2) *Kafalah bi al-Dain*; *menjamin* (menanggung) untuk membayar hutang. Jaminan atas hutang seseorang, misalnya A menjamin hutang B kepada C, maka C boleh menagih piutangnya kepada A tau kepada B.

³⁰ Wahbah Zuhaili, Op.cit hlm. 37

- 3) *Kafalah bi al-'Ain*; menjamin (menanggung) untuk mengadakan barang. Jaminan dalam bentuk barang, misalnya A menjamin mengembalikan barang yang dipinjam oleh B dari C. Apabila B tidak mengembalikan barang itu kepada C, maka A wajib mengembalikan kepada C.

Berdasarkan pengertian diatas diketahui bahwa *kafalah/dhomman* dapat dan boleh diterapkan dalam berbagai bidang dalam lapangan muamalah, menyangkut jaminan atas harta benda dan jiwa manusia.

Dasar hukum diperbolehkannya *kafalah* adalah firman Allah SWT:

- 1) Penyeru-penyeru itu berkata: “Kami kehilangan piala raja, dan siapa yang dapat mengembalikannya akan memperoleh bahan makanan (seberat) beban unta, dan Aku menjamin terhadapnya.” (QS. Yusuf : 72)
- 2) Hadist Rasulullah Muhammad SAW: Dari sahabat Salmah bin al-Akwa’, ia berkata, “Ketika kami berada di hadapan Rasulullah SAW, sekelompok orang membawa jenazah seseorang dihadapan Nabi Muhammad SAW. Mereka berkata kepada Beliau: “Wahai Rasulullah, sholatkanlah jenazah ini!” Beliau bertanya, “Apakah ia meninggalkan harta benda?”

Mereka menjawab, “tidak”. Beliau bertanya lagi, apakah ia meninggalkan hutang?” Mereka menjawab, “ya, hutangnya tiga dinar”. Beliau bersabda, “sholatkanlah temanmu ini”. Abu Qatadah berkata, “sholatkanlah ia wahai Rasulullah, dan hutangnya itu saya jamin”. Kemudian Rosulullah melakukan sholat atas jenazah itu. (HR. Ahmad ibn Hambal, al-Bukhori, dan an-Nasa’i).

3) Landasan Hukum Positif Indonesia :

Kafalah dalam tataran teknis diatur dalam ketentuan Pasal 36 huruf c point ketiga PBI Nomor 6/24/PBI/2004 tentang Bank Umum yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah, yang intinya menyatakan bahwa bank wajib menerapkan prinsip syariah dan prinsip kehati-hatian dalam kegiatan usahanya yang meliputi melakukan pemberian jasa pelayanan perbankan berdasarkan akad *kafalah*.

Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 11/DSN-MUI/IV/2000, disebutkan mengenai rukun dan syarat *kafalah* adalah :

1) Rukun *kafalah*

Bagi *kafil*/Pemberi Jaminan/Penjamin/Guarantor

Berdasarkan Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 11/DSN-MUI/IV/2000:

- a) Baligh (dewasa) dan berakal sehat;
- b) Berhak penuh untuk melakukan tindakan hukum dalam urusan hartanya dan rela (*ridha*) dengan tanggungan *kafalah* tersebut.

Bagi *Makful Bih* (sesuatu yang dijadikan sebagai jaminan atau setiap hak yang boleh diwakilkan kepada orang lain, atau hutang (harta) yang dijamin/objek).

Berdasarkan dengan Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 11/DSN-MUI/IV/2000:

- a) Merupakan tanggungan pihak/orang yang berhutang, baik berupa uang, benda, maupun pekerjaan;
- b) Bisa dilaksanakan oleh penjamin
- c) Harus merupakan piutang mengikat (*lazim*), yang tidak mungkin hapus kecuali setelah dibayar atau dibebaskan;
- d) Harus jelas nilai, jumlah dan spesifikasinya;
- e) Tidak bertentangan dengan syariah (diharamkan).

Bagi *Makful Anhu* (yang meminta jaminan/orang yang dituntut dengan harta/nasabah).

Berdasarkan dengan Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 11/DSN-MUI/IV/2000:

- a) Sanggup menyerahkan tanggungannya (piutang) kepada penjamin;
- b) Dikenal oleh penjamin.

Bagi *Makful Lahu* (pihak yang menerima surat jaminan dan Kafil)

Berdasarkan dengan Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 11/DSN-MUI/IV/2000:

- a) Diketahui idenstitasnya;
- b) Dapat hadir pada waktu akad atau memberikan kuasa;
- c) Berakal sehat.

2) Syarat-syarat *Kafalah*

Bagi *kafil* (penjamin atas kewajiban *Makful Anhu*)

- a) *Kafil* akan mengeluarkan Bank Garansi apabila diminta dengan izin yang sah dari *Makful Anhu* (nasabah);
- b) Ketika *Kafil* menjamin ulang *Makful Anhu*, maka jaminan itu atas nama *Makful Anhu*;
- c) *Kafil* tidak mempunyai hutang kepada *Makful Anhu* (seolah-olah *Kafil* menjamin padahal dia sendiri mempunyai hutang kepada *Makful Anhu*)

- d) Mampu melunasi (membayar) kewajiban *Makful Anhu*;
- e) Orang yang ditanggung (dijamin) tidak bebas tanggungjawab, kecuali tanggung jawab penjaminnya bebas. Jika orang yang ditanggung bebas tanggung jawabnya, maka bebas pula tanggung jawab penjaminnya;
- f) *Kafil* diijinkan memberikan jaminan lebih dari satu pihak dan diperbolehkan sebagai penjamin kedua dari *Makful Anhu* yang sama dan juga dalam proyek/usaha yang sama;
- g) Jika dalam pertanggungan berupa harta, lalu orang yang ditanggungnya meninggal, maka *Kafil* bertanggung jawab dalam harta tersebut;
- h) Diperbolehkan memberi persyaratan khusus kepada *Makful Anhu* untuk menitipkan hartanya.

Bagi *Makful Anhu* (nasabah atau nama yang dijaminakan oleh *Kafil* dan disebut dalam surat jaminan)

- a) Dikenal secara baik oleh *Kafil* dan mempunyai reputasi yang baik sebelumnya;
- b) Mempunyai kemampuan untuk membayar dan menyerahkan hutangnya ke *Kafil*;
- c) Tidak ada jaminan, kecuali ada hak (kewajiban) atau yang akan timbul seperti akad *ju'alah* (upah);

- d) *Makful Anhu* diperbolehkan meminta lebih dari satu *kafil* (pihak yang menjaminnya)

Bagi *Makful Lahu* (penerima surat jaminan)

- a) Mempunyai hubungan yang jelas dengan *Makful Anhu*;
b) Mempunyai hak untuk menagih kewajibannya yang telah dilalaikan oleh *Makful Anhu* kepada *Kafil*.

Bagi *Makful Bih* (sesuatu yang dijadikan jaminan)

- a) Jumlah hutang dan jatuh tempo hutang harus jelas dan benar;
b) Bersifat mengikat dan tidak dapat digugurkan kecuali dengan cara membayarnya atau terjadinya pengguguran hak yang dilakukan oleh pemilik hak (Ibra`);
c) Ketika *Makful Anhu* mengalami cidera janji dengan *Makful Lahu*, maka pihak *Kafil* diperbolehkan meminta komisi (fee). Besar komisi sesuai dengan kesepakatan bersama.

Ijma' kaum muslimin juga memperbolehkan kafalah dalam bidang muamalah, k arena *kafalah* diperlukan dalam waktu-waktu tertentu. Misalnya, seseorang yang membutuhkan modal usaha dapat memperoleh modal tersebut dengan jaminan dari seseorang yang dipercaya.

Atas jaminan tersebut ia dapat membangun usahanya, sehingga kehidupannya menjadi lebih baik dari sebelumnya.³¹

b. *Rahn*

Sutan Remy Sjahdeini dalam bukunya³² menuliskan beberapa definisi tentang *rahn*, yaitu secara harfiah *rahn* berarti adalah tetap, kekal dan jaminan. *Rahn* dalam istilah hukum positif Indonesia adalah apa yang disebut dengan barang jaminan, agunan atau tanggungan.

Rahn merupakan perjanjian penyerahan barang untuk menjadi agunan dari fasilitas pembiayaan yang diberikan. Ada beberapa definisi yang dikemukakan oleh ulama fiqih. Ulama Mazhab Maliki mendefinisikan *Rahn* sebagai harta yang oleh pemiliknya dijadikan jaminan hutang yang bersifat mengikat. Ulama Mazhab Hanafi mendefinisikan *Rahn* dengan, “Menjadikan sesuatu (barang) sebagai jaminan terhadap hak (piutang) yang mungkin dijadikan sebagai pembayar hak (piutang) tersebut, baik seluruhnya maupun sebagiannya”, sedangkan Ulama Mazhab Syafi’i dan Mazhab Hambali mendefinisikan *Rahn* dalam arti akad, yaitu “Menjadikan materi (barang) sebagai

³¹ Ibid, hlm. 98-101.

³² Sutan Remy Sjahdeini, Perbankan Islam dan Kedudukannya dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia, Ctk. Kedua, PT. Kreatama: Jakarta 2005, hlm. 75

jaminan hutang yang dapat dijadikan pembayar hutang apabila orang yang berhutang tidak bisa membayar hutangnya itu.”

Rahn di tangan kreditur/pemberi hutang (al-murtahim) hanya berfungsi sebagai penjamin hutang debitur (al-Rahim). Jaminan itu baru bisa dijual/dihargai apabila dalam waktu yang disetujui oleh kedua belah pihak, hutang debitur tidak bisa dilunasi. Oleh sebab itu, hak kreditur hanya terkait dengan barang jaminan, apabila debitur tidak mampu melunasi hutang-hutangnya.

Rahn diperbolehkan berdasarkan Al-Qur'an dan Sunnah Rosulullah SAW. Dalam Surat Al-Baqarah ayat 282 dan 283, yang artinya adalah sebagai berikut :

“Hai orang-orang yang beriman, apabila kamu bermuamalah tidak secara tunai untuk waktu yang ditentukan, hendaklah kamu menuliskannya, dan hendaklah seorang penulis diantara kamu menuliskannya dengan benar dan janganlah penulis enggan menuliskannya sebagaimana Allah mengajarkannya.” (QS. Al-Baqarah : 282)

“Jika kamu dalam perjalanan (dan bermuamalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis, Maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang (oleh yang

berpiutang). Akan tetapi jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, Maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (hutangnya) dan hendaklah ia bertaqwa kepada Allah Tuhannya; dan janganlah kamu (para saksi) menyembunyikan persaksiannya, dan barang siapa yang menyembunyikannya, maka sesungguhnya ia adalah orang yang berdosa hatinya; dan Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.” (QS Al-Baqarah: 283). Sementara itu didalam hukum positif Indonesia, tatanan teknis *Rahn* diatur dalam ketentuan Pasal 36 huruf c poin keempat PBI No.6/24/PBI/2004 tentang Bank Umum yang melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah, yang intinya menyatakan bahwa bank wajib menerapkan prinsip syariah dan prinsip kehati-hatian dalam kegiatan usahanya yang meliputi melakukan pemberian jasa pelayanan perbankan berdasarkan akad *rahn*. Hukum *Rahn* adalah diperbolehkan (jaiz) menurut kesepakatan Fuqoha. Meskipun diperbolehkan, namun *Rahn* tidak diwajibkan adanya ketika terjadi suatu perjanjian hutang piutang.

Berdasarkan prinsip-prinsip *rahn* diatas, akad *rahn* diperbolehkan karena banyak kemaslahatan yang terkandung didalamnya dalam rangka hubungan antar sesama manusia, untuk

itu prinsip *rahn* ini dapat diterapkan di Lembaga Keuangan Syariah.

Dalam praktek perbankan syariah, *rahn* dapat diterapkan dalam 2 (dua) bentuk, yaitu sebagai prinsip/produk pelengkap dan sebagai produk tersendiri. Pertama, *rahn* sebagai prinsip atau produk pelengkap berupa akad tambahan pada produk lain seperti pada saat menerima pembiayaan murabahah, salam dan lain-lain. Bank menahan barang nasabah sebagai konsekuensi akad tersebut. Dalam hal ini bank biasanya tidak menahan barang secara fisik, tetapi hanya surat-suratnya saja. Hal ini dikenal dengan jaminan fidusia. Kedua, *rahn* sebagai produk tersendiri adalah bank menerima jaminan utang atas pembiayaan yang diberikan sebesar harga barang yang dijadikan jaminan utang tersebut yang telah ditetapkan bank.

Dalam *rahn* sebagai produk, terdapat resiko dan manfaat yang mungkin timbul bagi bank, yaitu : resiko tak terbayarnya utang nasabah (wanprestasi), dan resiko penurunan nilai asset yang ditahan atau rusak. Sedangkan manfaatnya bagi bank adalah menambah diversifikasi produk atau tentu saja *fee base income* dari biaya penitipan dan pemeliharaan barang yang diagunkan dengan menggunakan ijarah.

3. Jaminan Fidusia dan Hak Tanggungan

a. Jaminan Fidusia

1) Pengertian jaminan fidusia

Didalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia (UUJF) disebutkan bahwa Fidusia adalah pengalihan hak kepemilikan suatu benda atas dasar kepercayaan dengan ketentuan bahwa benda yang hak kepemilikannya dialihkan tersebut tetap dalam penguasaan pemilik benda. Sementara Pasal 1 angka 2 UUJF menyebutkan bahwa jaminan Fidusia adalah hak jaminan atas benda bergerak, baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud dan benda tidak bergerak, khususnya bangunan yang tidak dapat dibebani hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan yang tetap berada dalam penguasaan pemberi fidusia, sebagai agunan bagi pelunasan hutang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada penerima fidusia terhadap kreditur lainnya.³³

Pasal 4 UUJF menentukan bahwa: Jaminan Fidusia merupakan perjanjian ikutan dari suatu perjanjian pokok yang

³³ Dewi Nurul Musjtari, Op. Cit., hlm. 104

menimbulkan kewajiban bagi para pihak untuk memenuhi prestasi. Berdasarkan ketentuan tersebut jelaslah bahwa keberadaan jaminan fidusia tergantung dari perjanjian pokoknya. Di dalam praktek yang banyak terkait dengan jaminan fidusia adalah kredit perbankan, sehingga perjanjian pokok yang dimaksudkan adalah perjanjian kredit.

2) Dasar Hukum Jaminan Fidusia

- a) Undang-Undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.
- b) PP Nomor 86 Tahun 2000 tentang Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia dan Biaya Pembuatan Akta Jaminan Fidusia.
- c) c) Keputusan Presiden RI Nomor 139 Tahun 2000 tentang Pembentukan Kantor Pendaftaran Fidusia disetiap Ibukota Provinsi di wilayah Negara RI.

3) Objek Fidusia

Cakupan objek fidusia pada dasarnya sangat luas, yaitu meliputi segala bentuk benda bergerak yang dapat dimiliki dan dialihkan baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud, yang terdaftar maupun yang tidak terdaftar, dan benda yang tidak bergerak yang tidak dapat dibebani Hak Tanggungan dan

Hipotek. Meskipun ada kesamaan antara onjek fidusia dengan gadai, namun dalam fidusia objek tidak perlu diserahkan fisik/penguasaanya kepada bank, sehingga benda-benda bergerak yang tidak dapat diikat gadai karena tidak dapat diserahkan fisiknya kepada bank karena merupakan sarana usaha debitur, misalnya mobil taksi, dapat ditampung oleh lembaga jaminan fidusia.

Contoh benda-benda yang dapat dijadikan objek fidusia antara lain:

- a) Kendaraan bermotor/tidak bermotor
- b) Stock barang dagangan yang disimpan di gudang maupun di tempat barang diperdagangkan
- c) Peralatan kantor/tempat usaha/rumah tangga
- d) Piutang-piutang
- e) Barang elektronik
- f) Bangunan diatas tanah orang lain
- g) Kapal dengan ukuran di bawah 20 m³
- h) Pesawat terbang ringan yang tidak beregistrasi
- i) Mesin-mesin yang tidak dijadikan satu dengan fondasi bangunan

4) Pemberian Jaminan Fidusia

Agar jaminan fidusia dapat diakui secara hukum dan mengikat bagi para pihak maka pemberiannya harus melalui tiga fase sebagai berikut:

- a) Pembuatan perjanjian kredit sebagai perjanjian pokok
- b) Pembuatan perjanjian pemberian Jaminan fidusia yang menunjuk pada perjanjian pokok dengan akta notaris.
- c) Pendaftaran akta pemberian jaminan fidusia ke Kantor Pendaftaran Fidusia (KPF) dan penerbitan sertifikat jaminan fidusia oleh KPF.

5) Eksekusi Fidusia

Eksekusi jaminan fidusia dapat dilakukan melalui tiga cara, yaitu:

- a) Melalui penjualan di bawah tangan. Penjualan di bawah tangan dilakukan berdasarkan kesepakatan Pemberi dan Penerima fidusia jika dengan cara demikian dapat diperoleh dengan harga tertinggi yang menguntungkan para pihak. Pelaksanaan penjualan di bawah tangan hanya dapat dilakukan setelah melewati satu bulan sejak diumumkan dalam 2 (dua) surat kabar yang beredar di daerah yang bersangkutan

- b) Melalui kekuatan title eksekutorial yang tercantum dalam sertifikat fidusia. Eksekusi objek fidusia berdasarkan title eksekutorial (iarh-irah “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”) dengan cara mengajukan permohonan fiat eksekusi kepada Pengadilan Negeri.
 - c) Melalui kekuasaan Penerima fidusia sendiri (parate eksekusi). Eksekusi berdasarkan kekuasaan sendiri ini dengan cara mengajukan permohonan lelang langsung ke Kantor Lelang Negara.
- 6) Pelaksanaan Eksekusi Jaminan Fidusia
- a) Pada saat pelaksanaan eksekusi Fidusia, objek jaminan fidusia harus dikuasai Penerima Fidusia dan untuk itu Pemberi Fidusia wajib menyerahkan objek jaminan kepada Penerima Fidusia. Dalam hal pemberi fidusia tidak menyerahkan benda yang menjadi objek jaminan, maka penerima fidusia berhak mengambil objek benda tersebut dan apabila diperlukan dapat meminta bantuan pihak yang berwenang.
 - b) Eksekusi objek fidusia dilakukan dengan cara penjualan di muka umum melalui Kantor Lelang Negara. Untuk objek fidusia yang berupa efek di bursa, penjualannya dilakukan

di tempat tersebut sesuai dengan ketentuan yang berlaku di bursa yang bersangkutan.

7) Hapusnya Jaminan Fidusia

Jaminan fidusia harus karena hal-hal sebagai berikut:

a) Hapus atau lunasnya hutang yang dijamin dengan fidusia.

Sesuai sifatnya sebagai perjanjian aksesoir maka adanya jaminan fidusia tergantung dari adanya hutang yang dijamin, dalam hal ini perjanjian kredit/perjanjian pokoknya, sehingga apabila perjanjian kredit tersebut hapus maka demi hukum perjanjian fidusia tersebut turut hapus. Adapun perjanjian kredit akan hapus antara lain sebab-sebab sebagai berikut: karena pembayaran/pelunasan kredit; pembaruan utang (novasi); pembebasan hutang (hapus tagih); kebatalan atau pembatalan oleh pengadilan, dan kadaluwarsa (tidak dilakukan penagihan selama 30 tahun).

b) Pelepasan hak atas jaminan fidusia oleh penerima fidusia.

Fidusia diberikan semata-mata untuk kepentingan kreditur/penerima fidusia sehingga apabila penerima fidusia secara sukarela melepaskannya maka fidusia dengan sendirinya hapus.

c) Musnahnya benda yang dijadikan objek jaminan fidusia.

Dalam hal objek fidusia musnah dan benda tersebut diasuransikan maka klaim asuransi akan menjadi pengganti objek jaminan fidusia tersebut.

2. Hak Tanggungan

a. Pengertian Hak Tanggungan

Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan hutang tertentu yang memberikan kedudukan yang diutamakan terhadap kreditur-kreditur lain.

b. Dasar Hukum

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang berkaitan dengan tanah.

c. Objek Hak Tanggungan

Benda yang dapat dijadikan objek Hak Tanggungan dapat berupa tanah dan benda atau hasil karya yang terkait dengan tanah. Hak atas tanah yang dapat dibebani Hak Tanggungan adalah tanah dengan status: Hak Milik; Hak Guna Usaha; Hak Guna Bangunan; Hak Pakai Diatas Tanah Negara dan Tanah Hak Pengelolaan.

Hak kepemilikan tanah eks hukum adat yang telah ada akan tetapi proses administrasi/konversinya belum dilaksanakan seperti girik, petuk, ketitir dan lain-lain dapat juga dijadikan objek Hak Tanggungan dengan ketentuan pembebanannya dilakukan bersamaan dengan permohonan pendaftaran hak atas tanah yang bersangkutan.

Pembebanan Hak Tanggungan dapat meliputi juga benda-benda yang terkait dengan tanah dengan memperjanjikannya dalam akta Pembebanan Hak Tanggungan, seperti:

- 1) Bangunan yang berada diatas tanah maupun di bawah permukaan tanah objek hak tanggungan (basement)
- 2) Satuan rumah susun atau apartemen yang berada di atas tanah objek hak tanggungan (Hak Milik, Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, Hak Pakai diatas Tanah Negara dan Tanah Hak Pengelolaan)
- 3) Tanaman yang tumbuh diatas tanah objek hak tanggungan
- 4) Mesin-mesin yang tertanam dalam fondasi tanah objek hak tanggungan
- 5) Hasil karya lainnya yang merupakan satu kesatuan dengan hak atas tanah objek hak tanggungan dan secara
- 6) hukum dianggap sebagai benda tidak bergerak.

d. Pemberian Hak Tanggungan

Agar pembebasan Hak Tanggungan dapat diakui secara hukum dan mengikat bagi para pihak maka pemberiannya harus melalui tiga fase sebagai berikut:

- 1) Pembuatan perjanjian kredit sebagai perjanjian pokok yang didalamnya terdapat janji untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan kredit;
- 2) Pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT) yang menunjuk pada perjanjian pokok dihadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) yang wilayah kerjanya mencakup tempat di mana hak atas tanah itu berada;
- 3) Pendaftaran APHT ke Kantor Pertanahan (BPN). Pendaftaran merupakan syarat mutlak lahirnya Hak Tanggungan dan mengikatnya Hak Tanggungan terhadap pihak ketiga. Sebagai bukti pendaftaran Hak Tanggungan diterbitkan Sertifikat Hak Tanggungan (SHT) oleh Kantor Pertanahan di mana sertifikat tersebut memuat irah-irah “Demi Ketuhanan Yang Maha Esa” sehingga mempunyai kekuatan eksekutorial sebagaimana putusan pengadilan.

e. Surat Kuasa Memasang Hak Tanggungan (SKMHT)

Pada dasarnya pembebanan Hak Tanggungan wajib dilakukan sendiri oleh pemberi Hak Tanggungan, hanya apabila benar-benar diperlukan yaitu dalam hal pemberi Hak Tanggungan tidak dapat hadir dihadapan PPAT diperkenankan menggunakan Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan (SKMHT). Dalam hal pemberian Hak Tanggungan dilakukan melalui SKMHT maka kuasa yang diberikan tersebut tidak dapat ditarik kembali dan tidak dapat berakhir oleh sebab apapun kecuali kuasa tersebut telah dijalankan atau telah habis jangka waktunya.

f. Jangka Waktu SKMHT

Mengenai jangka waktu SKMHT, Undang-Undang Hak Tanggungan Atas Tanah membedakannya berdasarkan status hak atas tanah yang dibebani Hak Tanggungan dan jenis kredit yang diberikan, yaitu sebagai berikut:

- 1) SKMHT untuk objek Hak Tanggungan berupa hak atas tanah yang sudah terdaftar (Hak Milik, Hak Guna Bangunan, Hak Guna Usaha, Hak Pakai) janka waktunya ditetapkan 1 (satu) bulan setelah diberikan;

- 2) SKMHT untuk hak atas tanah yang belum terdaftar (eks tanah adat atau konversi hak lama) jangka waktunya ditetapkan 3 (tiga) bulan setelah diberikan;
- 3) SKMHT untuk kredit tertentu (Peraturan Menteri Negara Agraria Nomor 4 Tahun 1996) yaitu Kredit Usaha Kecil (Kredit kepada KUD, KUT, Koperasi Primer), Kredit Pemilikan Rumah/Rumah Susun Sederhana, dan kredit produktif dengan plafond tidak melebihi Rp. 50 juta (KUPEDES, KKU), jangka waktunya ditetapkan sampai saat berakhirnya masa berlakunya perjanjian pokok yang bersangkutan. Yang dimaksud masa berlaku perjanjian pokok tersebut adalah jangka waktu perjanjian kredit sehingga misalnya perjanjian kredit berjangka waktu 1 (satu) tahun maka SKMHT untuk kredit tersebut berlaku untuk jangka waktu 1 (satu) tahun.

g. Eksekusi Hak Tanggungan

Eksekusi Hak Tanggungan dapat dilakukan dengan tiga cara, yaitu:

- 1) Melalui penjualan di bawah tangan. Penjualan di bawah tangan dilakukan berdasarkan kesepakatan pemberi dan penerima Hak Tanggungan jika cara demikian dapat diperoleh

harga tertinggi yang menguntungkan para pihak. Pelaksanaan penjualan di bawah tangan hanya dapat dilakukan setelah melewati 1 (satu) bulan sejak diumumkan dalam 2 (dua) surat kabar yang beredar di daerah yang bersangkutan atau media massa setempat, serta tidak ada pihak yang menyatakan keberatan;

- 2) Melalui kekuatan titel eksekutorial yang tercantum dalam Sertifikat Hak Tanggungan. Eksekusi objek Hak Tanggungan berdasarkan titel eksekutorial (irah-irah “Demi Ketuhanan Yang Maha Esa”) dengan cara mengajukan permohonan fiat eksekusi Hak Tanggungan kepada Pengadilan Negeri;
- 3) Melalui kekuasaan penerima Hak Tanggungan sendiri (parate eksekusi berdasarkan pasal 6 UUHT). Eksekusi berdasarkan kekuasaan sendiri (parate eksekusi) dengan cara mengajukan permohonan lelang eksekusi terhadap objek Hak Tanggungan langsung ke Kantor Lelang Negara.

h. Hapusnya Hak Tanggungan

Hak Tanggungan hapus karena hal-hal sebagai berikut :

- 1) Hapusnya atau lunasnya hutang yang dijamin dengan Hak Tanggungan. Sesuai dengan sifat aksesoir dari Hak Tanggungan maka adanya Hak Tanggungan tergantung dari

adanya hutang yang dijamin dalam hal ini perjanjian kredit/perjanjian pokoknya, sehingga apabila perjanjian kredit tersebut hapus maka demi hukum Hak Tanggungan akan turut hapus. Adapun perjanjian kredit akan hapus antara lain oleh sebab-sebab sebagai berikut: karena pembayaran/pelunasan hutang, pembaharuan hutang (novasi), pembebasan hutang (hapus tagih) kebatalan atau pembatalan oleh Pengadilan, dan kadaluwarsa (tidak dilakukan penagihan selama 30 tahun);

- 2) Dilepaskannya Hak Tanggungan oleh pemegang Hak Tanggungan. Hak Tanggungan diberikan semata-mata untuk kepentingan kreditur/penerima Hak Tanggungan sehingga apabila penerima Hak Tanggungan secara sukarela melepaskannya maka Hak Tanggungan dengan sendirinya hapus;
- 3) Pembersihan sisa nilai Hak Tanggungan yang membebani objek Hak Tanggungan yang dijual dalam pelelangan berdasarkan penetapan Ketua Pengadilan Negeri;
- 4) Hapusnya hak atas tanah yang dibebani Hak Tanggungan. Hak atas tanah dapat hapus karena sebab-sebab yang ditentukan UUPA antara lain karena pencabutan hak oleh negara, hapus

jangka waktunya (Hak Pakai, HGB, HGU) karena pelepasan hak oleh pemiliknya, tanahnya musnah.

F. Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah

Penyelesaian perselisihan atau sengketa dalam aqad, pada prinsipnya bisa dilaksanakan melalui tiga jalan, yaitu pertama dengan jalan perdamaian (*shulhu*), yang kedua dengan jalan arbitase (*tahkim*), dan yang terakhir melalui proses peradilan (*al-Qadha*).³⁴

1. Perdamaian (*Shulhu*)

Jalan pertama yang dilakukan apabila terjadi perselisihan dalam suatu aqad ialah dengan menggunakan jalan perdamaian (*Shulhu*) antara kedua belah pihak. Dalam fiqih pengertian *shulhu* adalah suatu jenis aqad untuk mengakhiri perlawanan antara dua orang yang saling berlawanan, atau untuk mengakhiri sengketa.

Pelaksanaan *Shulhu* dapat dilakukan dengan beberapa cara, antara lain :

- a. Dengan cara *ibra* (membebaskan debitur dari sebagian kewajibannya)
- b. Dengan cara *mufadhah* (penggantian dengan yang lain).

³⁴ Ahdiana yuni Lestari Ahdiana Yuni Lestari dan Endang Heriyani, Dasar-dasar Pembuatan Aqad dan Kontrak, Yogyakarta, Lab Hukum Universitas Muhammadiyah Yogyakarta, 2008, hlm. 55.

2. Arbitrase (*Tahkim*)

Istilah *tahkim* secara literal berarti mengangkat sebagai wasit atau juru damai, sedangkan secara terminologis *tahkim* berarti pengangkatan seseorang atau lebih sebagai wasit atau juru damai oleh dua orang atau lebih yang bersengketa, guna menyelesaikan perkara yang mereka perselisihkan secara damai. Di Indonesia melalui lembaga Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS). BASYARNAS sebagai pengganti dari BAMUI yang didirikan berdasarkan SK MUI No. Kep-09/MUI XII/2003 tertanggal 24 Desember 2003. Penyelesaian dengan arbitrase adalah penyelesaian sengketa dengan cara menyerahkan kewenangan kepada pihak ketiga yang netral dan independen, yang disebut *Arbitrer*, untuk memeriksa dan mengadili sengketa dengan pada tingkat pertama dan terakhir. Arbitrase mirip dengan pengadilan dan *Arbriter* mirip dengan hakim pada proses pengadilan.

3. Proses Peradilan (*Al-Qadha*)

Al-Qadha secara harfiah berarti antara lain merumuskan atau menetapkan. Menurut istilah fiqih kata *al-Qadha* berarti menetapkan hukum syara' pada suatu peristiwa atau sengketa untuk menyelesaikan secara adil dan mengikat. Penyelesaian sengketa

melalui peradilan melewati beberapa proses, salah satu proses yang penting adalah pembuktian.

Di Indonesia jika terjadi sengketa antara bank syariah dengan nasabah dapat diselesaikan dengan cara litigasi, yaitu mengajukan penuntutan di Pengadilan Agama. Hal tersebut berdasarkan Pasal 49 UU Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Dalam Pasal 49 tersebut ditentukan bahwa : Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang ekonomi Islam. Adapun yang dimaksud dengan ekonomi syariah adalah kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah, meliputi bank syariah, lembaga keuangan mikro syariah, asuransi syariah, reasuransi syariah, reksa dana syariah, obligasi syariah dan surat berharga berjangka menengah syariah, sekuritas syariah, pembiayaan syariah, pegadaian syariah, dana pension lembaga keuangan syariah, dan bisnis syariah. Amandemen ini membawa implikasi baru dalam sejarah hukum ekonomi Indonesia. Selama ini, wewenang untuk menangani perselisihan atau sengketa dalam bidang ekonomi syariah diselesaikan di Pengadilan Negeri yang notabene belum bisa dianggap sebagai hukum syariah.

Dalam penjelasan Pasal 49 dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan “antara orang-orang yang beragama Islam” adalah termasuk orang atau badan hukum yang dengan sendirinya menundukkan diri secara sukarela kepada hukum Islam mengenai hal-hal yang menjadi kewenangan peradilan agama sesuai dengan ketentuan Pasal ini.

Sengketa di bidang ekonomi syariah yang menjadi kewenangan Pengadilan Agama adalah :

- a. Sengketa di bidang ekonomi syariah antara lembaga keuangan dan lembaga pembiayaan syariah dengan nasabahnya.
- b. Sengketa di bidang ekonomi syariah antara sesama lembaga keuangan dan lembaga pembiayaan syariah.
- c. Sengketa di bidang ekonomi syariah antar orang-orang yang beragama Islam, yang dalam akad perjanjiannya disebutkan dengan tegas bahwa perbuatan atau kegiatan usaha yang dilakukan adalah berdasarkan prinsip-prinsip syariah.

Sengketa ekonomi syariah adalah sengketa atas cedera janji/ pelanggaran terhadap poin-poin yang telah diperjanjikan dalam akad, misalnya :³⁵

- a. Kelalaian bank mengembalikan dana titipan nasabah, dalam akad *wadi'ah*;

³⁵ Dewi Nurul Musjtari, Op. Cit., hlm. 220

- b. Bank mengurangi nisbah keuntungan nasabah tanpa persetujuan yang bersangkutan, dalam akad *Mudharabah*;
- c. Nasabah melakukan kegiatan usaha minuman keras dari dana pinjamannya pada bank syariah, dalam akad *Qardh*, dll.

Pengadilan Agama berwenang menghukum pihak nasabah atau pihak bank yang melakukan cidera janji (wanprestasi) yang menyebabkan kerugian riil (real loss), bila ada tuntutan ganti rugi akibat cidera janji tersebut;

- a. Wanprestasi lahir dari suatu perjanjian antara kedua belah pihak (Pasal 1320 KUHPdt) dan perjanjian tersebut merupakan persetujuan yang didasarkan atas kehendak atau kata sepakat. Untuk dapat menyatakan telah terjadi cidera janji, harus terlebih dahulu ada pernyataan lalai (*ingebreke stelling*) sebagaimana dimaksud dengan Pasal 1243 KUHPdt.
- b. Perbuatan Melawan Hukum (PMH)

Gugatan yang berisi tuntutan ganti rugi hanya lahir dari suatu perbuatan melawan hukum atau ingkar janji/wanprestasi;

Pasal 1365 KUHPdt – syarat-syarat adanya perbuatan melawan hukum:

- 1) Adanya suatu perbuatan
- 2) Perbuatan tersebut melawan hukum

- 3) Adanya kesalahan dari pihak pelaku
- 4) Adanya kerugian bagi korban
- 5) Adanya hubungan sebab klausul antara perbuatan dengan kerugian
- 6) Bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku
- 7) Melanggar hak subyektif orang lain
- 8) Melanggar kaidah tata susila, bertentangan dengan asas kepatutan, ketelitian serta sikap hati-hati yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat atau terhadap harta benda orang lain.

Walaupun hukum materiil yang mengatur mengenai hukum ekonomi syariah belum ada, berdasarkan Pasal 16 ayat 1 UU Nomor 4 Tahun 2004, Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk mengadili dan memeriksanya, sehingga Pasal ini menjadi landasan bagi hakim untuk tidak boleh menolak perkara sengketa ekonomi syariah.

Pada dasarnya prosedur dan proses penyelesaian sengketa ekonomi di Pengadilan adalah sebagai berikut :

1) Prosedur :

Langkah-langkah yang harus dilakukan Penggugat :

- a) Mengajukan gugatan secara tertulis atau lisan kepada pengadilan (Pasal 118 HIR, 142 Rbg)
- b) Gugatan diajukan kepada Pengadilan
 - (1) Dimana daerah hukumnya meliputi kediaman hukum tergugat
 - (2) Bila tempat kediaman tergugat tidak diketahui, maka gugatan diajukan kepada pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kediaman penggugat
 - (3) Bila mengenai benda tetap, maka gugatan dapat diajukan kepada pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat letak benda tersebut. Bila benda tetap tersebut terletak dalam beberapa wilayah pengadilan, maka gugatan dapat diajukan kepada salah satu pengadilan yang dipilih oleh penggugat (Pasal 118 HIR, 142 Rbg)
- c) Membayar biaya perkara (Pasal 121 ayat (4) HIR)
- d) Penggugat dan tergugat atau kuasanya menghadiri sidang pemeriksaan berdasarkan panggilan pengadilan (Pasal 121, 124, dan 125 HIR, 145 Rbg).

2) Proses Penyelesaian Sengketa di Pengadilan Agama

- a) Calon penggugat menghadap ke meja I. Meja I yang bertugas menerima surat gugatan dan salinannya, menaksir panjar biaya perkara, dan membuat SKUM (Surat Kuasa Untuk Membayar).
- b) Calon penggugat/pemohon kemudian menghadap kepada kasir dengan menyerahkan surat gugatan/permohonan tersebut dan SKUM. Ia membayar panjar biaya perkara tersebut sesuai yang tertera pada SKUM tersebut.
- c) Pendaftaran perkara

Calon Penggugat/Pemohon kemudian menghadap pada Meja II dengan menyerahkan surat gugatan/permohonan dan SKUM yang telah dibayar tersebut.

- d) Penetapan Majelis Hakim

Dalam waktu selambat-lambatnya 7 hari, Ketua menunjuk Majelis Hakim untuk memeriksa dan mengadili perkara dalam sebuah Penetapan Majelis Hakim (Pasal 121 HIR jo Pasal 93 UU-PA).

- e) Penunjukan Panitera Sidang

Untuk membantu Majelis Hakim dalam menyelesaikan perkara ditunjuk seseorang atau lebih

panitera sidang. Penunjukan panitera sidang dilakukan oleh Panitera (Pasal 96 UU-PA)

f) Penetapan Hari Sidang

Ketua Majelis setelah menerima berkas perkara tersebut, bersama-sama hakim anggotanya mempelajari berkas perkara. Ketua kemudian menetapkan hari dan tanggal serta jam kapan perkara itu akan disidangkan serta memerintahkan agar para pihak dipanggil untuk datang menghadap pada hari, tanggal dan jam yang telah ditentukan.

g) Pemeriksaan dalam Sidang

Proses pemeriksaan perkara perdata di depan sidang Pengadilan Agama dilakukan melalui tahap-tahap dalam hukum acara perdata, setelah hakim terlebih dahulu berusaha dan tidak berhasil mendamaikan para pihak yang bersengketa.

h) Putusan Hakim

Pada tahap ini hakim merumuskan duduknya perkara dan pertimbangan hukum (pendapat hakim) mengenai perkara tersebut disertai alasan-alasannya dan dasar-dasar

hukumnya, yang diakhiri dengan putusan hakim mengenai perkara yang diperiksanya.

Sebagaimana berdasarkan UU Nomor 50 Tahun 2009, maka Pengadilan Agama diberi kewenangan untuk mengadili sengketa ekonomi syariah, maka Pengadilan Agama mempunyai kewenangan pula dalam melaksanakan eksekusi terhadap barang jaminan yang diagunkan pada bank syariah, karena pada dasarnya perjanjian jaminan adalah perjanjian yang bersifat *accessoir* terhadap perjanjian pokok. Apabila dalam suatu jenis pembiayaan (*musyarakah, mudharabah, murabahah*) dibarengi dengan perjanjian jaminan, maka perjanjian jaminan tersebut melekat pula prinsip syariah, sehingga jika terjadi sengketa, maka Pengadilan Agama berwenang menyelesaikannya, sepanjang perjanjian pokoknya dibuat berdasarkan prinsip syariah maka perjanjian tambahannya mengikuti perjanjian pokoknya sehingga Pengadilan Agama berwenang pula menyelesaikannya.³⁶

Berdasarkan pemikiran diatas, maka Pengadilan Agama mempunyai tugas untuk menyelesaikan setiap ada

³⁶ Ibid, hlm. 224

permohonan eksekusi baik eksekusi terhadap putusan yang telah berkekuatan hukum tetap, maupun eksekusi terhadap barang jaminan di perbankan syariah, yang diajukan sesuai dengan ketentuan hukum acara yang berlaku.

Saat ini perbankan syariah telah mempunyai Undang-undang tersendiri sebagai *Lex Specialis* yaitu UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Pada Pasal 55 Undang-undang tersebut mengatur mengenai penyelesaian sengketa ekonomi syariah dimana salah satunya adalah sengketa yang terjadi dalam perbankan syariah dan lembaga yang berwenang menyelesaikannya. Pasal 55 tersebut berbunyi :

- (1) Penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama
- (2) Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad.
- (3) Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah.

Dalam penjelasan dari pasal tersebut, yang dimaksud dengan “penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad” adalah upaya sebagai berikut :

- (1) Musyawarah
- (2) Mediasi perbankan
- (3) Melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) atau lembaga arbitrase lain; dan/atau
- (4) Melalui Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum.

Dengan demikian dalam hal pihak-pihak yang bersengketa adalah orang yang berbeda agama, muslim dan non-muslim, maka Undang-undang ini mengizinkan untuk menyelesaikan sengketa di Peradilan Umum, kecuali para pihak menentukan lain dalam akadnya. Jadi adanya alternatif Peradilan Umum untuk menyelesaikan sengketa didasarkan pada kemungkinan adanya nasabah bank syariah yang non-muslim, mengingat bank syariah bukan saja milik umat muslim yang nasabahnya haruslah umat muslim, tetapi bank syariah adalah bank milik bersama tanpa harus mendiskriminasi suku, agama dan ras.

Berdasarkan pemaparan di atas, dapat kita lihat bahwa terhadap sengketa yang potensial muncul antara nasabah dan bank syariah bentuknya macam-macam. Pilihan hukum dan forum sengketa sepenuhnya diserahkan pada para pihak yang terkait. Apabila kita urutkan rangkaian penyelesaian sengketa yang dapat ditempuh oleh para pihak terdiri dari musyawarah mufakat, melalui mediasi perbankan, forum arbitrase, dan apabila belum terselesaikan juga, para pihak dapat menempuh upaya litigasi yaitu penyelesaian di Pengadilan Agama sebagaimana diatur dalam UU Nomor 3 Tahun 2006 tentang Pengadilan Agama dan UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang selain memberi kewenangan pada Pengadilan Agama juga memberi kewenangan pada Peradilan Umum.