

BAB II

LEMBAGA JAMINAN PERBANKAN SYARIAH

A. Dua Sistem Perbankan

1. Perkembangan Perbankan.

Saat ini, setelah hampir setengah abad berlalu, institusi keuangan Islam merupakan sebuah bisnis dengan jaringan yang mendunia dan terdiri dari berbagai macam enterprise, sejak dari perbankan asuransi, pasar modal, reksadana dan berbagai institusi keuangan lainnya.²¹ Perbankan Islam hari ini beroperasi lebih di 75 negara bukan hanya negara Muslim tetapi telah tersebar melampaui Eropa, Amerika dan Timur Jauh, termasuk di Indonesia.²² Globalisasi sistem keuangan telah memberikan kesempatan keuangan Islam khususnya Bank Syariah menjadi maju dan pesat dan bahwa telah terjadi penyatuan antara perbankan Islam dengan perbankan konvensional. Hal ini semakin membuktikan bahwa perbankan Islam dengan konsep pengembangan mekanisme *Profit and Loss Sharing*, atau lewat cara alternatif seperti pembebanan ongkos pelayanan tetap atau dengan bertindak sebagai agen pembelian bagi nasabah telah berhasil mewujudkan sistem keuangan tanpa riba yang selama ini didominasi oleh

²¹Agus Triyanta, *Hukum Perbankan Syariah: Regulasi, Implementasi dan Formulasi kepatuhannya Terhadap Prinsip-prinsip Islam*. (Malang: Setara Press, 2016), hlm. 1.

²²*Ibid.*, hlm. 2.

perbankan konvensional yang menganut paham kapitalisme.²³ Dengan demikian, Modal keuangan Islam dalam hal ini perbankan syariah adalah tidak sekedar solusi untuk memenuhi berbagai transaksi sehari-hari yang selama ini dipenuhi moda keuangan konvensional, tetapi merupakan kebutuhan hidup dan kehidupan manusia, sebagaimana sifat Islam itu sendiri yang *Rahmatan lil 'alamin*.

Riba dalam Islam, merupakan sumber penghasilan yang tidak dapat dibenarkan. Pelarangan *riba* dalam Al-Qur'an secara tegas dan *final* diperintahkan Allah Swt. dalam QS. Al-Baqarah ayat 278-279 yang mengharamkan *riba* dan mempertegas perbedaan yang jelas antara jual beli dan *riba* dan menuntut kaum Muslimin agar menghapuskan seluruh hutang-piutang yang mengandung *riba*. Ibnu Manzur seperti dikutip oleh M. Umer Chapra mengatakan bahwa istilah *riba* berarti meningkatkan, penambahan, pengembangan, atau pertumbuhan.²⁴ Dalam syariah, secara teknis *riba* mengacu pada premi yang harus dibayar oleh peminjam kepada pemberi pinjaman bersama dengan pinjaman pokok sebagai syarat untuk memperoleh pinjaman lain atau untuk penangguhan.²⁵ Sejalan dengan hal ini, *riba* mempunyai pengertian yang sama yaitu sebagai bunga, sesuai dengan konsensus seluruh fuqaha (ahli hukum Islam) tanpa terkecuali.

²³Ibrahim Warde, *Islamic Finance*, 2000, Edinburg University Press, diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Andriyadi Ramli, dengan judul "*Keuangan Islam dalam Keuangan Global*", (Yogyakarta: Pustaka Pelajar Yogyakarta, 2009) hlm. 10.

²⁴M. Umer Chapra, *Towards A Just Monetary System*, Terjemah, Lukman Hakim, *Al-Qur'an Menuju Sistem Moneter Yang Adil*, Cetakan Pertama (Yogyakarta: Dana Bhakti Prima Yasa, 1997) hlm. 27.

²⁵*Ibid.*, hlm. 27.

Sedangkan fatwa lembaga islam nasional di Indonesia yang menyatakan bunga bank termasuk riba, antara lain:

- a. Muhammadiyah dalam Lajnah Tarjih tahun 1968 di Sidoarjo memutuskan bahwa “hukum bunga bank pemerintah adalah *Musyatabihat*;
- b. Nahdhatul Ulama dalam Lajnah Bahsul Masa’il, Munas Bandar Lampung pada tahun 1992 mengeluarkan fatwa tentang bunga bank dengan mengakomodasi tiga keputusan, yaitu bunga bank adalah haram, halal dan syubhat;
- c. Majelis Ulama Indonesia dalam lokakarya Alim Ulama di Cisarua 1991 memutuskan bahwa :
 - 1) bunga bank tidak sama dengan riba;
 - 2) bunga bank tidak sama dengan riba
 - 3) bunga bank tergolong syubhat.
- d. Lajnah Ulama Komisi Fatwa se-Indonesia, Majelis Ulama Indonesia, pada Silaknas MUI pada 16 Desember 2003 memutuskan bahwa “bunga bank sama dengan riba”;
- e. Keputusan Fatwa Majelis Ulama Indonesia Nomor 1 Tahun 2004 Tentang Bunga (*Interest/Fa’idah*);
- f. PP Muhammadiyah, Fatwa Majelis Tarjih Muhammadiyah Nomor 8 pada bulan Juni 2006 diumumkan pada Rakernas dan

BussinesGathering Majelis Ekonomi Muhammadiyah 19-21 Agustus 2006 memutuskan bahwa “bunga bank haram”.²⁶

Menurut Qardhawi, pelarangan riba memiliki hikmah yang tersembunyi, yaitu perwujudan persamaan yang adil di antara pemilik harta (modal) dengan usaha, serta pemikulan resiko dan akibatnya secara berani dan penuh rasa tanggung jawab. Prinsip keadilan ini dalam islam tidak memihak kepada salah satu pihak, melainkan keduanya berada pada posisi yang seimbang.²⁷ Lebih lanjut, praktik bunga telah merusak perekonomian masyarakat dikarenakan telah menahan kekayaan dan tidak membelanjakannya untuk membeli barang-barang masyarakat dan hasil produksinya dari pasar.

Suatu hal yang lumrah ketika pandangan hidup seorang Muslim yang melihat Islam sebagai sebuah perangkat aturan dari perilaku untuk seluruh area kehidupan termasuk aspek ekonomi khususnya mengenai pelarangan riba, menjadikan salah satu faktor kekuatan pendorong atas kelahiran perbankan Islam atau Bank Syariah. Adanya upaya awal emMandirio perbankan syariah dengan sistem *Profit Sharing* (bagi hasil) dapat diketahui pada tahun 1940-an ketika di Pakistan dan Malaysia ada pengelolaan dana jamaah haji secara nonkonvensional. Sedangkan rintisan awal secara institusi yakni lahirnya *Islamic Rural Bank* di Mesir pada tahun 1963. Tercatat sudah lebih dari 200 lembaga keuangan islam yang

²⁶Nurjihad, *Filosofi Larangan Bunga dalam Kontrak Syariah*, Jurnal Hukum Ius Quia Iustum, Edisi No. 3 Vol.20,(2013), hlm. 456.

²⁷*Ibid.*, hlm. 456.

beroperasi di seluruh dunia pada tahun 1999.²⁸ Perkembangan tersebut akhirnya berpengaruh ke Indonesia. Mulai tahun 1980-an muncul ide dari tokoh-tokoh ekonomi dan ahli hukum Islam mengenai pentingnya bank syariah sebagai pilar ekonomi Islam. Hasil eksperimen dan ujicoba pada skala yang terbatas berhasil diwujudkan dalam bentuk Baitul Tamwil-Salman dan Koperasi Ridho Gusti yang terdapat di Bandung dan Jakarta.

Sedangkan Bank Syariah Pertama di Indonesia yaitu Bank Muamalat Indonesia (BMI) hadir setelah pemberlakuan Undang-undang No. 7 tahun 1992 tentang perbankan. Sebagai bank Islam pertama di negeri ini, selama masa-masa awalnya, tidak terdapat perkembangan yang signifikan sampai pada akhir tahun 1997 ketika krisis ekonomi menghantam negeri ini, yang menyebabkan kebangkrutan sejumlah bank, namun BMI masih tetap mampu beroperasi sehingga berhasil membuktikan Eksistensi Bank Syariah dibandingkan dengan perbankan konvensional yang kebanyakan berada dalam situasi keuangan yang membahayakan.²⁹

Krisis Ekonomi 1998 mengakibatkan perubahan signifikan terhadap kebijakan perbankan Syariah di Indonesia. Undang-undang No. 7 Tahun 1992 mengalami perubahan menjadi Undang-undang No. 10 tahun 1998 tentang perbankan dimana klausula mengenai perbankan Islam dibahas

²⁸ Muhammad Syafi'I Antonio, *Bank Syariah dari Teori ke Praktik*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Gema Insani Press, 2001), hlm. 67.

²⁹ Agus Triyanta..., *OpCit*, hlm. 18.

lebih detail. Hal Spesifik mengenai perbankan syariah yang disebutkan dalam Undang-undang No. 10 Tahun 1998 tentang perbankan ini adalah³⁰:

- a. Undang-undang memberikan perlakuan yang sama antara bank Islam atau bank syariah dan bank konvensional; keduanya sebagai sesama bank komersial. Setiap bank yang berizin mempunyai hak untuk memilih satu diantara dua pilihan, apakah melaksanakan bisnis perbankan syariah atau perbankan konvensional.
- b. Untuk bank dibawahnya, Bank Perkreditan Rakyat (BPR), mereka tidak memiliki kesempatan untuk melakukan dual sistem; layanan perbankan konvensional dan perbankan syariah sekaligus. Mereka dilarang membuka “*shariah window*” berdampingan dengan bank yang layanan jasanya menggunakan basis suku bunga.

Undang-undang ini juga sangat jelas mengenai definisi “prinsip-prinsip syariah” yang diterapkan dalam bisnis perbankan. Undang-undang ini telah memberikan kejelasan tentang produk dan layanan yang dapat ditawarkan oleh bank. Selain itu amandemen Undang-undang ini memberikan kemungkinan bagi bank-bank konvensional untuk menawarkan produk dan jasa yang berdasar *syariah*. Pengaturan yang khusus ini, secara pasti mendorong pada peningkatan jumlah bank yang terlibat dengan bisnis perbankan syariah. Sejak itu, BMI tidak lagi menjadi pemain tunggal dalam perbankan syariah dan berdampak pada

³⁰*Ibid*, hlm. 33.

penambahan lembaga yakni dua bank syariah dan satu bank konvensional pada tahun 1999.

Setelah Undang-undang No. 10 tahun 1998 tentang perbankan yang di dalamnya mengandung dasar bagi beroperasinya perbankan syariah di Indonesia, baru kemudian lahirlah Undang-undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, yang secara lebih tegas dan integratif mengatur perbankan syariah di Indonesia. Kelahiran Undang-undang ini merupakan sebuah momentum atas suatu hal yang sudah lama ditunggu-tunggu oleh berbagai pihak terkait dengan pengembangan industri perbankan syariah.

Berbagai aspek yang mendapat penegasan yang cukup menonjol dalam Undang-undang ini antara lain adalah³¹:

- a. Persyaratan pendirian,
- b. Bisnis/operasional perbankan,
- c. Konversi,
- d. Aspek Prudensial,
- e. Pengawasan Syariah,
- f. Penyelesaian Sengketa

Berkembangnya industri perbankan syariah ditengah masyarakat sekarang ini tidak terlepas dari faktor kepercayaan masyarakat kepada

³¹ Agus Triyanta, *OpCit*, hlm. 23.

sistem perbankan syariah.³² Bahkan, pada perkembangan selanjutnya Bank Syariah banyak diminati nasabah non muslim. Salah satu pimpinan Bank Indonesia menyatakan Bank Syariah yang secara konsep lebih adil, fair dan terbuka atau transparan menjadi daya tarik tersendiri bagi kalangan non muslim.

Semakin berkembangnya perbankan syariah mendorong semakin berkembang pula produk produk di dalamnya. Berbagai macam produk memiliki pola-polanya , diantaranya :

- a. Pola titipan (*wadi'ah yad amanah* dan *wadi'ah yad ad-dhamanah*),
- b. Pola pinjaman seperti *mudharabah* dan *musyarakah*, pola jual beli *murabahsalam* dan *istishna'*.
- c. Pola sewa seperti *ijarah* dan *ijarah muntahia bittamlik*, dan pola lainnya seperti *wakalah*, *kafalah* dan akad *rahn* atau gadai.³³

Bank Syariah sebagai lembaga *Intermediary* keuangan memiliki kegiatan utama berupa penghimpunan dana dari masyarakat dan kemudian menyalurkannya kembali kepada masyarakat. Bank Syariah menyalurkan dana demi menggerakkan roda ekonomi dalam bentuk pembiayaan. Pembiayaan atau *Financing*, yaitu pendanaan yang diberikan oleh suatu pihak kepada pihak lain untuk mendukung investasi yang telah direncanakan. Bank Syariah membiayai setiap usaha produktif atau ide

³²<http://www.stibanks.com/detail-berita-artikel/prodi-perbankan-syariah-banyak-diminati-99.php>, "Prodi perbankan syariah banyak diminati." Akses 01 Agustus 2019.

³³ Ascarya, *Akad dan Produk Bank Syariah*, (Jakarta: PT Grafindo, 2007) hlm. 2.

kreatif dan memiliki prospek bagus para pengusaha atau calon pengusaha dalam bentuk kerjasama.

Salah satu produk pembiayaan usaha produktif oleh bank syariah adalah musyarakah. Menurut Fatwa Dewan Syariah Nasional menyebutkan musyarakah adalah pembiayaan berdasarkan akad kerjasama antara dua pihak atau lebih untuk menjalankan usaha tertentu, dimana masing-masing pihak memberikan kontribusi dana dengan ketentuan bahwa keuntungan dana dan risiko akan ditanggung bersama sesuai kesepakatan³⁴. Sedangkan ahli Ekonomi Syariah, M. Syafi'i Antonia mengatakan *Musyarakah* adalah akad kerjasama antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu, dimana masing-masing pihak memberikan kontribusi dana (*amal/ expertise*) dengan kesepakatan bahwa keuntungan dan risiko akan ditanggung bersama sesuai dengan kesepakatan.³⁵ Akad *musyarakah* ini sudah diterapkan oleh semua perbankan syariah melalui sistem pembiayaan proyek maupun modal ventura.

2. Sistem Hukum Perbankan Nasional

a. Sistem Kredit

Landasan sistem hukum perbankan konvensional dikenal dengan adalah *loan* atau sering disebut kredit. Undang-undang No. 10

³⁴[http://www.dsnmui.or.id/Fatwa Dewan Syariah Nasional No.8/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan Musyarakah](http://www.dsnmui.or.id/Fatwa_Dewan_Syariah_Nasional_No.8/DSN-MUI/IV/2000_Tentang_Pembiayaan_Musyarakah), Akses 27 Februari 2017.

³⁵Muhammad Syafi'i Antonio, *Op cit.*, hlm.90.

tahun 1998 menyebutkan bahwa kredit adalah penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga.³⁶ Hubungan hukum tersebut lazimnya disebut dengan hubungan hukum antara *Kreditur* dan *Debitur*.

b. Sistem Pembiayaan

Pada perbankan syariah tidak dikenal istilah Kreditur dan Debitur melainkan hubungan kemitraan antara pemilik atau penyandang dana (*shahibul maal*) dengan pengelola dana (*mudharib*). Dalam Bank Syariah, akad yang dilakukan memiliki konsekuensi duniawi dan *ukhrawi* karena akad yang dilakukan berdasarkan hukum Islam sehingga apabila *mudharib* melanggar atau wanprestasi pertanggungjawabannya adalah kepada Tuhan yaitu Allah Swt. Hal ini jelas berbeda dalam perjanjian yang berdasarkan hukum positif dalam perbankan konvensional. Perbankan dan Bank Syariah yang diatur dengan Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Aktivitas bank Syariah dan bank konvensional memiliki tujuan yang sama yaitu untuk mendapatkan keuntungan, yang membedakan adalah konsep dasar operasionalnya demi mendapatkan keuntungan tersebut. Bank Syariah dalam menjalankan usahanya berlandaskan pada ketentuan-ketentuan syariat Islam. Perbankan Islam

³⁶Pasal 1 angka 11 Undang-undang No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan.

(Syariah) adalah larangan mutlak terhadap unsur-unsur riba. Jadi, apabila bank konvensional melakukan perkreditan yang didasarkan pada bunga untuk mendapatkan keuntungan, maka bank Syariah melakukan pembiayaan yang keuntungannya didapat dari bagi hasil, selisih, dan lain-lain. Pembiayaan menurut Pasal 1 nomor 25 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah adalah penyediaan dana atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berupa: transaksi bagi hasil dalam bentuk *mudharabah* dan *musyarakah*, transaksi sewa-menyewa dalam bentuk *ijarah* atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiya bittamlik*. transaksi jual beli dalam bentuk piutang *murabahah*, *salam*, dan *istishna*. transaksi pinjam meminjam dalam bentuk piutang *qardh*, dan transaksi sewa-menyewa jasa dalam bentuk *ijarah* untuk transaksi multijasa. Transaksi –transaksi itu dilaksanakan berdasarkan persetujuan atau kesepakatan dan ijab Kabul antara Bank Syariah dan/atau UUS dan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai dan/atau diberi fasilitas dana untuk mengembalikan dana tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan *ujrah*, tanpa imbalan, atau bagi hasil. Bentuk kesepakatan antara Bank Syariah atau UUS dengan pihak lain tersebut untuk melakukan kegiatan pembiayaan (*bukan kredit*).

3. Landasan Hukum Perbankan Syariah.

Menurut Undang-Undang Perbankan Syariah akad adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau UUS dan pihak lain yang

memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan Prinsip Syariah.³⁷ Kata akad berasal dari bahasa Arab al-aqdu yang berarti ikatan atau simpul tali.³⁸ Berdasarkan hasil penelitian dalam praktek perbankan syariah akad digunakan sebagai kata lain dari perjanjian karena fungsinya yang sama-sama membentuk suatu perikatan. Sangat berbeda dengan pengertian berbasis perikatan islam . Perikatan yang dihasilkan dalam akad tidak hanya mengikat pihak-pihak yang membuat janji saja, tapi juga berhubungan langsung kepada Tuhan. Dalam hadis riwayat Abu Daud dari Abu Hurairah, Rasulullah SAW berkata:

“Allah SWT berfirman: ‘Aku adalah pihak ketiga dari dua orang yang bersyariat selama salah satu pihak tidak mengkhianati pihak yang lain. Jika salah satu pihak telah berkhianat, Aku keluar dari mereka’.” Allah juga berfirman dalam Surat Al-Maidah ayat (1):

“Hai, orang-orang yang beriman! Penuhilah akad-akad itu...”

Jadi, asas *pacta sunt servanda* saja tidak cukup bagi sebuah akad yang tanggung jawabnya langsung kepada Tuhan.

Fatwa DSN No:07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah dan No:08/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Musyarakah menjelaskan bahwa pernyataan ijab dan qabul harus dinyatakan oleh para pihak untuk menunjukkan kehendak mereka dalam mengadakan kontrak (akad). Berdasarkan fatwa DSN tersebut secara

³⁷Lihat Pasal 1 angka 13 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

³⁸ Mardani, *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*, (Jakarta:Sinar Grafika, 2013), hlm. 7.

harfiah dikatakan bahwa Ijab adalah pernyataan kehendak oleh suatu pihak (*mujib*) untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu.

Qabul adalah pernyataan menerima atau menyetujui kehendak mujib tersebut oleh pihak lainnya (*qabil*).³⁹ Ijab qabul adalah suatu perbuatan atau pernyataan untuk menunjukkan suatu keridhaan dalam berakad diantara dua orang atau lebih, sehingga terhindar atau keluar dari suatu ikatan yang tidak berdasarkan prinsip syariah. Oleh karena itu dalam Islam tidak semua bentuk kesepakatan atau perjanjian dapat dikategorikan sebagai akad, terutama kesepakatan yang tidak didasarkan pada keridhaan dan syariat islam.

B. Lembaga Jaminan Perbankan Syariah

1. Akad Pokok dan Accesoir

Akad dibedakan menjadi akad yang pokok (*al-'aqd al-ashli*) dan akad accesoir (*al-'aqd at-tab'i*). Akad pokok adalah akad yang berdiri sendiri. Keberadaannya tidak tergantung pada suatu hal lain, contohnya yaitu akad jual-beli, sewa-menyewa, penitipan, pinjam pakai, dan seterusnya. Sedangkan akad accesoir adalah akad yang keberadaannya tidak berdiri sendiri, melainkan tergantung kepada suatu hak yang menjadi dasar ada dan tidaknya atau sah dan tidak sahnya akad tersebut. Akad ini merupakan perjanjian untuk menjamin. Terhadap akad jenis ini berlaku

³⁹Gemala Dewi dkk, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2005), hlm.48.

kaidah hukum Islam yang berbunyi “suatu yang mengikut” (*at-tabi' tabi'*). Artinya perjanjian aksesoir ini yang mengikut kepada perjanjian pokok.⁴⁰

Akad pembiayaan yang dilakukan antara Bank Syariah dengan pihak lain termasuk dalam jenis akad pokok. Bank syariah dalam melakukan kegiatannya, termasuk pembiayaan, wajib menerapkan manajemen resiko dan menjelaskan kepada Nasabah kemungkinan timbulnya resiko kerugian sehubungan dengan transaksi yang dilakukan melalui Bank Syariah dan/atau UUS. Hal tersebut diatur dalam Pasal 1 angka 7 PBI Nomor 13/23/PBI/2011 tentang Penerapan Manajemen Resiko Bagi Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah. Oleh karena itu untuk mendapat keyakinan bahwa calon nasabah dapat memenuhi kewajibannya dalam pembiayaan, Bank Syariah dan/atau UUS wajib melakukan penilaian terhadap beberapa hal yaitu salah satunya adalah agunan.⁴¹ Agunan adalah jaminan tambahan, baik berupa benda bergerak maupun benda tidak bergerak yang diserahkan oleh pemilik agunan kepada bank syariah atau UUS, guna menjamin pelunasan kewajiban Nasabah penerima fasilitas.

⁴⁰Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2007), hlm. 77.

⁴¹Lihat Pasal 23 Undang-undang No. 10 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

2. Lembaga Jaminan Berbasis Kanonik (Kitab Hukum Perdata)

Sistem Perikatan hukum jaminan berbasis Kitab Hukum Perdata berpaham pada dua pada 2 (dua) sumber hukum yaitu undang-undang dan perjanjian.⁴²

- a. Perikatan jaminan bersumber undang-undang merupakan bentuk jaminan yang dibebankan pada debitur oleh sebab bukan perjumpaan kehendak tapi karena ketentuan Undang-undang. Norma hukum jaminan yang dilahirkan oleh undang-undang terdapat dalam ketentuan Pasal 1131 dan 1132 KUHPerdata. Dalam Pasal 1131 KUH Perdata ditentukan bahwa segala kebendaan di berutang baik yang bergerak maupun tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatannya (perjanjian) perseorangan. Pasal ini sering disebut sebagai ketentuan jaminan umum. Di samping jaminan umum dikenal juga jaminan khusus. Jaminan Khusus ini ada karena pihak kreditor merasa belum aman dan terlindungi oleh ketentuan jaminan umum tersebut
- b. Perikatan jaminan yang bersumber pada perjanjian dilahirkan dari perjanjian aksesoir, yaitu adanya perjumpaan kehendak yang kedua setelah perjanjian pokok dilakukan dalam hubungan hukum perdata.

Perikatan jaminan bersumber pada perjanjian ini dibedakan menjadi 2 (dua), yaitu berupa jaminan immateriil/perorangan dan

⁴²Agus Pandoman, *Peraturan Primer Perikatan Akta-Akta Publisitas-Non Publisitas Jilid II*, (Yogyakarta: Pasca Sarjana FH UII), hlm. 429.

materiil/kebendaan. Jaminan yang bersifat perorangan dapat berupa penanggungan yang berbentuk jaminan pribadi maupun jaminan perusahaan, sedangkan jaminan kebendaan merupakan pengikatan barang sebagai jaminan utang yang kelak akan dieksekusi apabila pihak penerima fasilitas gagal memenuhi kewajibannya. Barang/benda yang dijaminan yaitu benda bergerak maupun tidak bergerak yang sifatnya dapat beralih atau dialihkan dan memiliki hak-hak yang melekat pada benda tersebut. Jaminan kebendaan dalam hukum perdata Indonesia dikenal ada beberapa macam, yaitu:

- 1) Hak Tanggungan, diatur dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan Dengan Tanah.
- 2) Hipotik, diatur dalam Pasal 1162 sampai dengan 1178 KUHPerdata.
- 3) Gadai, diatur dalam KUHPerdata Pasal 1150 sampai dengan Pasal 1160.
- 4) Jaminan Fidusia, diatur dalam Undang-undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

Diantara keempat jaminan tersebut, jaminan Hak Tanggungan menjadi yang paling diminati oleh bank dikarenakan yang menjadi objek jaminan adalah tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah. Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Hak Tanggungan menjelaskan pengertian Hak Tanggungan adalah “hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960

tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain”.⁴³

Kemudian jaminan yang masih digunakan adalah Hipotek pasal 1168, 1171, 1175, 1176 KUHPER, yaitu adalah suatu kebendaan atas benda-benda tak bergerak untuk mengambil penggantian daripadanya bagi pelunasan suatu perikatan, atau dengan penegertian yang serupa yaitu instrument utang dengan pemberian hak tanggungan atas properti dan peminjam kepada pemberi pinjaman sebagai jaminan terhadap kewajibannya, dalam hal ini peminjam masih dapat menggunakan atau memanfaatkan property tersebut, hak tanggungan atas property gugur setelah kewajiban dibayar. Untuk saat ini kebanyakan menggunakan skema hipotek untuk saat ini adalah penjualan apartemen atau rumah susun.

3. Lembaga Jaminan Syariah

Islam menentukan jaminan kebendaan dalam bentuk *rahn* (gadai) dan didukung dengan didirikannya Pegadaian Syariah, namun dalam praktek perbankan syariah lembaga jaminan rahn tidak digunakan sebagai akad *accessoir* dalam pengikatan pembiayaan yang berbasis non hutang. Lembaga jaminan Hak Tanggungan dan Fiducia yang berbasis kanonik

⁴³Bandingkan Pengertian Hipotek – Pasal 1162 Hipotek adalah hak kebendaan atas benda-benda tak bergerak untuk mengambil penggantian dari padanya bagi penglunasan suatu perikatan.

semuanya berbasis hutang, demikian halnya lembaga gadai (*pand*). Lembaga jaminan ini sudah jelas menyimpang dari konsep hukum perbankan syariah yang berbasis non hutang. Persoalannya adalah penerapan pembebanan terhadap tanah atau barang tetap dan barang bergerak belum terwadahi dalam pengaturan yang menggunakan prinsip syariahnya. Perbankan Syariah lebih menikmati lembaga jaminan berbasis kanonik (KUH Perdata), karena lembaga ini memiliki hak preferensi sehingga dianggap akan menjadi yang paling menguntungkan ketika nanti dieksekusi sebagai pemenuhan utang debitur ketika terjadi wanprestasi. Berdasarkan hasil penelitian perbankan syariah melepaskan penggunaan lembaga Jaminan berbasis Syariah yaitu *rahn (gadai)*. Justru lebih menikmati dengan menggunakan lembaga-lembaga jaminan berbasis KUH Perdata misalnya Hak Tanggungan dan Fiducia.

Praktek perbankan syariah penggunaan lembaga jaminan ini dapat dikatakan sebagai alih fungsi lembaga jaminan dari berbasis kanonik menjadi berbasis islam dimana kontrak-kontrak dalam kepala aktanya dicantumkan lafad ayat alqur'an, sehingga yang semula akad berbasis Pembiayaan bertransformasi menjadi hutang/ Kredit.

Transformasi akad pokok yang semula transaksi pembiayaan menjadi transaksi hutang manakala telah terjadi pengikatan Agunan , misalnya bila bank syariah akan mengambil jaminan dalam bentuk tanah , maka diterapkanlah lembaga jaminan Hak Tanggungan yang berbasis hutang ini, diamana akad pokok yang substansinya adalah pembiayaan

akan berubah dalam klausula *at-taba'i* (*accessoir*)- nya yang tertuang dalam akta pembebanan hak tanggungan (APHT) berdasarkan perjanjian hutang. Akad *at-taba'i* penjaminan Hak Tanggungan ini dinamakan Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT) yang dibuat oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) yang bersifat perjanjian standar dan telah dibuatkan format aktanya oleh Badan Pertanahan Nasional (BPN). Di dalam blanko APHT dari BPN tersebut terdapat klausul yang berbunyi “ telah dibuat dan ditandatangani perjanjian utang piutang yang dibuktikan dengan”. PPAT akan mengisi bagian kosong dari blanko tersebut dengan tanggal dan nomor akad pokoknya. APHT ini kemudian didaftarkan ke BPN sebagai bukti bahwa para pihak telah setuju untuk menjaminkan tanah atau bangunan yang berada di atas tanah sebagai penjamin pelunasan utang.

Pada sistem perbankan konvensional berbasis hutang aktifitas pembuatan APHT sebagai penjamin pelunasan utang tidak menjadi masalah karena memang konsep operasional mereka adalah utang (*loan*) dari fasilitas perkreditan, yang para pihaknya adalah Bank sebagai kreditor yaitu pihak yang berpiutang dan nasabah sebagai debitor yaitu pihak yang berutang.

Kegiatan pembiayaan, *mudharabah* misalnya, menempatkan peminjam dana sebagai mitra usaha, jadi sebutan untuk para pihak dalam akad pembiayaan bukanlah kreditor dan debitor namun *shahibul maal* yaitu pemilik modal dan *mudharib* atau pengelola modal, yang dari pendapatan/keuntungan usaha itu kelak akan dibagi berdasarkan prinsip

bagi hasil. Berdasarkan hasil penelitian modal-modal yang dikeluarkan oleh bank syariah tidak kalah besar dengan bank konvensional, contohnya seperti pembiayaan jual-beli rumah. Harga sebuah rumah tentu tidak murah, yaitu mencapai ratusan juta hingga milyaran rupiah, dan sebagian besar pembeli tidak memiliki barang yang sebanding dengan harga rumah tersebut untuk dijadikan jaminan sehingga, rumah sebagai objek jual-beli itulah yang harus dijadikan jaminan. Karena rumah merupakan bangunan yang berkaitan dengan tanah maka, dibuatlah akad penjaminan Hak Tanggungan.

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 . Mengacu pada ketentuan diatas akad *at-taba'i (accessoir)* pemberian Hak Tanggungan untuk akad pembiayaan dimungkinkan tidak dapat berfungsi sebagaimana layaknya dan mengancam kekuatan eksekutorialnya atau bahkan gugur karena tidak sesuai dengan prinsip syariah. Apabila hal di atas terjadi, maka bank syariah dapat mengalami kerugian dalam hal terjadi gagal bayar oleh penerima fasilitas akad pembiayaan dikarenakan akad penjaminannya yang tidak tepat. Masalah tersebut tidak hanya menjadi perhatian pihak bank syariah saja, namun juga menjadi hal yang perlu diperhatikan oleh PPAT dalam membuat akad *at-taba'i (accessoir)* pemberian Hak Tanggungan untuk akad pembiayaan dari bank syariah agar tidak timbul masalah dikemudian hari.

C. Asas Pencatatan / Publisitas.

1. Lembaga Pencatatan

Implementasi Asas Pencatat dalam hukum Islam terdapat pada Surat Al-Baqarah ayat 282 menyebutkan dengan jelas kebutuhan tersebut:⁴⁴

“Hai orang-orang yang beriman, jika kamu bertransaksi atas dasar hutang dalam waktu yang telah ditentukan, tulislah. Hendaklah seorang penulis diantaramu menulis dengan benar, dan janganlah dia enggan menulisnya sebagaimana yang telah diajarkan Allah. Hendaklah ia menulis dan orang yang berhutang mengimlakkan...”

Pencatatan berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata terdapat dalam pasal 1868 yang kemudian di implementasikan dalam stablad tahun 1830, yang kemudian telah mengalami perubahan dengan Undang-undang No. 2 Tahun 2014⁴⁵ tentang Perubahan atas Undang-undang Jabatan Notaris No. 30 Tahun 2004 Jabatan Notaris (UUJN), saat ini yang berwenang melakukan pencatatan dan membuat akta autentik adalah notaris.

2. Pencatatan Akad oleh Notaris berbasis Hukum Kanonik

Notaris adalah pencatat yang berbasis hukum kanonik atau bersumber hukum kristiani dalam praktek perbankan syariah menjadi mitra

⁴⁴*Qur'an karim dan terjemahan artinya*, Cetakan kesepuluh. Penerjemah H. Zaini Dahlan, (Yogyakarta: UII Press, 2013), hlm. 83.

⁴⁵ Tim Redaksi Citra Umbara, *Undang-undang No. 2 Tahun 2014 tentang Jabatan Notaris*, Cetakan Kedua (Bandung: Citra Umbara, 2014), hlm. 65.

bank dalam membuat akta-akta syariah keperluan perbankan, dalam hal ini pembuatan akad-akad pembiayaan. Termasuk dalam pembuatan akta yang berkaitan dengan akad musyarakah dan penerapan agunannya. Sehubungan dengan hal tersebut diatas dalam pembuatan akad yang berhubungan dengan pembiayaan musyarakah pada Bank Syariah, notaris membuat akta mengenai akad-akad syariah bertujuan untuk membuat akad tersebut mempunyai kekuatan pembuktian sempurna.⁴⁶

Perkembangan perbankan syari'ah pada satu sisi membanggakan, tetapi di sisi lain masih sangat memprihatinkan karena belum didukung oleh instrumen hukum yang memadai sebagaimana perbankan konvensional. Diantara instrument hukum yang pada saat ini masih dirasa kurang memadai karena masih menggunakan hukum kanonik /KUH Perdata terutama yang berkaitan dengan kontrak –kontrak perbankan yang berbasis hutang .

Lembaga pencatatan yang berkaitan dengan pengikatan jaminan atau agunan dilakukan oleh pencatat yang bernama Notaris, yang lahir dari rahim hukum kanonik justru⁴⁷

Fenomena terkini menunjukkan banyak akta-akta akad perbankan syariah dibuat tidak berdasarkan konstruksi hukum yang sesuai dengan prinsip-prinsip syariah. Berbagai masalah muncul ketika sebagian notaris sebagai pencatat sekaligus pejabat berwenang yang membuat suatu akta

⁴⁶ Abdul Ghofur Anshori, *Lembaga Kenotariatan Indonesia Perspektif Hukum dan Etika*, (Yogyakarta: UII Press, 2009), hlm. 107.

⁴⁷ Laurensius Arliman, *Urgensi Notaris Syariah Dalam Bisnis Syarri'ah di Indonesia*, Jurnal Hukum Walisongo, Vol.24 No. 1, (2016), Hlm. 82.

yang berkaitan dengan akad-akad pembiayaan, termasuk akad musyarakah yang justru mengubah akta akad syariah yang berbasis *non loan* diubah menjadi berbasis *loan*. Misalnya, suatu akta akad syariah pembiayaan yang diikuti perjanjian tambahan berupa pengikatan jaminan berupa Akta Hak Tanggungan, Akta Fidusia dan sebagainya. Sedangkan dalam perspektif *fiqih*, musyarakah merupakan perjanjian bagi hasil atau kerjasama dan bukan perjanjian hutang piutang. Masalah tersebut dapat menimbulkan gugatan misalnya perihal perbuatan melawan hukum yang ditujukan kepada Bank Syariah dan notaris.

Konsep musyarakah dalam *fiqih muamalat* mengalami pergeseran pada beberapa aspek penting ketika konsep ini diimplementasikan pada operasionalisasi Bank Syariah. Kenyataan ini terjadi karena beberapa prinsip dasar yang tidak sama antara konsep musyarakah dengan kenyataan empiris pada perkembangan perbankan syariah. Dalam hal ini Bank Syariah mengalami dilematis karena harus mematuhi hukum positif tetapi juga tetap wajib melaksanakan kepatuhan syariah (*shariah compliant*).

Konsep pencatatan yang dimaksud dalam surat Al-Baqarah ayat 282 bagi transaksi non hutang itu diperlukan suatu pencatat dalam maksud pencatat yang bersifat *majelis*, sehingga instrumen hukum yang digunakan dalam akad perbankan syariah seperti *murabahah*, *musyarakah*, *mudharabah*, *ijarah* dan lain-lain didukung oleh pengaruh hukum yang berbasis norma-norma keagamaan atau norma ke-Tuhanan atau norma Islam. Sehingga dengan demikian pengaruh hukum dalam bentuk

pembuatan akta itu lebih terlindungi kepada bentuk akad yang konsep dasarnya berdasarkan *ijab qabul*. *Ijab qabul* dilakukan lebih dahulu atau kesepakatan menjadi pertentangan yang dialami oleh dunia notaris sekarang ini.

Oleh karena itu musyarakah dalam sistem perbankan syariah yang mengacu pada pertemuan modal dalam akad yang dibuat dihadapan notaris implementasinya lebih mengarah kepada proses agunan yang digunakan pada bank konvensional. Agunan dalam akad perbankan syariah sebenarnya bukan bagian dari jaminan hutang. Menurut Undang-undang No. 14 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan dengan Tanah⁴⁸ dan Undang-undang No. 19 tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia⁴⁹, prinsip hukum dari kedua undang-undang ini adalah hutang piutang. Ketika proses akad dilakukan dalam bentuk pembiayaan yang mengacu kepada non hutang maka terjadilah kontradiksi bagi pemasangan jaminan berupa agunan yang berbasis syariah.

Sering terjadi klausul pemasangan jaminan atau agunan dirubah menjadi hutang piutang oleh sebagian notaris yang tidak memahami dasar-dasar prinsip syariah. Hal tersebut tentunya mengundang perhatian terkait kepastian hukum di kemudian hari. Kepastian hukum yang dimaksud penulis di sini bukan hanya memuat absah atau tidak absahnya suatu akta otentik, melainkan juga harus mempertimbangkan kesesuaiannya dengan

⁴⁸ Pasal 1 butir 1 Undang-undang No. 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan dengan Tanah

⁴⁹ Pasal 1 butir 2 Undang-undang No. 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia

praktek bisnis yang sesuai dengan hukum ekonomi syariah. Hal ini tentunya akan menjadi sebuah ironi dan anomali apabila sebuah perjanjian antara nasabah dan bank dengan menggunakan akad syariah yang baku, namun dikodifikasikan sama halnya dengan perjanjian biasa tanpa memuat “*kesakralan*” konsep hukum ekonomi syariah.

Beberapa kelemahan-kelemahan tersebut juga dapat dilihat secara jelas bila merujuk pada sumber hukum sekunder yang telah dibentuk, yakni Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES)⁵⁰. Menurut KHES, ada empat persyaratan agar sebuah akad menjadi sah, yakni: *pertama*, harus sesuai dengan syariat islam; *kedua*, peraturan perundang-undangan; *ketiga*, ketertiban umum dan/atau; *keempat*, kesusilaan. Ketentuan yang paling utama adalah akad sesuai dengan syariat islam, maksudnya dalam penerapannya telah sesuai dengan prinsip-prinsip syariah atau *fiqih*.

Demikian dalam konteks negara hukum, Indonesia menganut prinsip *supreme of law*. Penafsiran terhadap *supreme of law* salah satunya adalah kepastian hukum. Dengan penerapan hukum ekonomi syariah, notaris yang terikat dengan praktik pembuatan akad di perbankan syariah hendaknya mampu menghadirkan akta akad yang tidak boleh melenceng dari ketentuan prinsip dan asas hukum ekonomi syariah. Jika hal tersebut tidak dilaksanakan, maka akan menimbulkan ketidakpastian hukum.

Fakta yang terjadi saat ini kebanyakan akta-akta syariah tidak sepenuhnya sesuai dengan ketentuan prinsip syariah. Sehingga hal ini

⁵⁰Pasal 20 Angka 1 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah

menimbulkan masalah serius terutama bagi pihak-pihak yang berkepentingan. Dalam hal pembuatan akta akad perbankan, notaris sebagai mitra dari Bank Syariah turut andil dalam membuat sebuah konstruksi hukum mengenai hubungan hukum yang akan dibuat. Kenyataan menunjukkan bahwa saat ini belum ada instrumen hukum pembiayaan syariah yang memadai terutama dalam hal jaminan atau agunan.