

**AKAD AT-TABA'I (ACCESOIR) PEMBERIAN HAK TANGGUNGAN
DALAM SISTEM HUKUM PERBANKAN SYARIAH**

TESIS



OLEH :

NAMA : IZANA YASMININGTYAS, SH

NO. POKOK MHS : 15921014

BKU : KENOTARIATAN

**PROGRAM MAGISTER KENOTARIATAN
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
YOGYAKARTA**

2017



**AKAD AT-TABA'I PEMBERIAN HAK TANGGUNGAN DALAM SISTEM
HUKUM PERBANKAN SYARIAH**

OLEH:

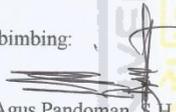
NAMA MHS. : IZANA YASMININGTYAS, S.H.

NO. POKOK MHS. : 15921014

BKU : KENOTARIATAN

Telah diperiksa dan disetujui oleh Dosen Pembimbing untuk diajukan Kepada
Tim Penguji dan Ujian Akhir/Tesis

Pembimbing:


Dr. Agus Pandoman, S.H., M.Kn., CMB

Yogyakarta, 20 Juli 2017

Mengetahui

Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia


Drs. Agus Triyanta, M.A., M.H., Ph.D.



**AKAD AT-TABA'I (ACCESOIR) PEMBERIAN HAK TANGGUNGAN
DALAM SISTEM HUKUM PERBANKAN SYARIAH**

OLEH:

NAMA MHS. : IZANA YASMININGTYAS, S.H.

NO. POKOK MHS. : 15921014

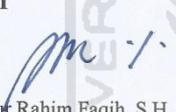
BKU : KENOTARIATAN

Telah diujikan dihadapan Tim Penguji dalam Ujian Akhir/Tesis dan dinyatakan
LULUS pada:

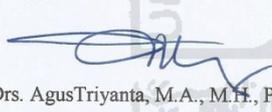
Pembimbing:


Dr. Agus Pandoman, S.H., M.Kn., CMB. Yogyakarta, 28 September 2017

Penguji I


Dr. Aunur Rahim Faqih, S.H., M.Hum Yogyakarta, 28 September 2017

Penguji II


Drs. Agus Triyanta, M.A., M.H., Ph.D. Yogyakarta, 28 September 2017

Mengetahui
Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia


Drs. Agus Triyanta, M.A., M.H., Ph.D.

SURAT PERNYATAAN

ORISINILITAS KARYA TULIS ILMIAH/TUGAS AKHIR MAHASISWA
PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS ISLAM
INDONESIA

Bismillahirrohmanirrohim

Yang bertandatangan di bawah ini, saya:

Nama : IZANA YASMININGTYAS, S.H.

No. Mhs. : 15921014

Adalah benar-benar mahasiswa Magister Kenotariatan Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta yang telah melakukan penulisan Karya Tulis Ilmiah (Tugas Akhir) berupa Tesis dengan judul:

AKAD AT-TABA'I (ACCESOIR) PEMBERIAN HAK TANGGUNGAN

DALAM SISTEM HUKUM PERBANKAN SYARIAH

Karya Ilmiah ini akan saya ajukan kepada Tim Penguji dalam Ujian Pendadaran yang diselenggarakan oleh Pascasarjana Fakultas Hukum UII.

Sehubungan dengan hal tersebut, dengan ini Saya menyatakan:

1. Bahwa karya tulis ilmiah ini adalah benar-benar hasil karya saya sendiri yang dalam penyusunannya tunduk dan patuh terhadap kaidah, etika, dan norma-norma penulisan sebuah karya tulis ilmiah sesuai dengan ketentuan yang berlaku;
2. Bahwa saya menjamin hasil karya ilmiah ini adalah benar-benar asli (orisinil), bebas dari unsur-unsur yang dapat dikategorikan sebagai melakukan perbuatan penjiplakan karya ilmiah (*plagiat*);
3. Bahwa meskipun secara prinsip hak milik atas karya ilmiah ini ada pada saya, namun demi untuk kepentingan-kepentingan yang bersifat akademik dan pengembangannya, saya memberikan kewenangan kepada perpustakaan Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia dan perpustakaan di lingkungan Universitas Islam Indonesia untuk mempergunakan karya ilmiah tersebut.

Selanjutnya berkaitan dengan hal di atas (terutama pernyataan pada butir no 1 dan 2), saya sanggup menerima sanksi baik sanksi administratif, akademik, bahkan sanksi pidana, jika saya terbukti secara sah dan meyakinkan telah melakukan perbuatan yang menyimpang dari pernyataan tersebut.

Demikian Surat Pernyataan ini saya buat dengan sebenar-benarnya, dalam kondisi sehat jasmani dan rohani, dengan sadar serta tidak ada tekanan dalam bentuk apapun dan oleh siapa pun.

Dibuat di : Yogyakarta

Pada Tanggal : 20 Juli 2017

at Pernyataan



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Indonesia merupakan negara berkembang yang saat ini telah banyak mengikuti keadaan di negara-negara maju, yang paling terlihat adalah meningkatnya perkembangan teknologi, pembangunan infrastruktur, bisnis dan ekonomi. Seiring dengan meningkatnya hal-hal tersebut, masyarakat menjadi semakin banyak kebutuhan dan keinginan. Untuk mewujudkannya, masyarakat tentu membutuhkan dana yang terkadang tidak sedikit. Hal tersebut kemudian menyebabkan masyarakat mengikuti program perkreditan, menggadaikan barang, bahkan meminjam sejumlah dana dari perorangan maupun dari lembaga keuangan. Bank merupakan lembaga keuangan yang paling menunjang untuk memenuhi keadaandi atas. Bank adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kembali kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan/atau bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak.¹

Terdapat 2 (dua) macam jenis Bank di Indonesia yang diatur dalam 2 (dua) sistem perbankan yaitu Bank Konvensional yang diatur dengan Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang 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,

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

yang membedakan adalah konsep dasar operasionalnya demi mendapatkan keuntungan tersebut. Bank Syariah dalam menjalankan usahanya berlandaskan pada ketentuan-ketentuan syariat Islam. Sebagaimana kita ketahui masyarakat Indonesia sebagian besar menganut agama Islam, tentunya sebagai umat muslim pasti memiliki keinginan untuk menjalankan kehidupan sesuai dengan syariat Islam di Negeri yang penuh dengan keberagaman suku, ras, dan agama ini, tak terkecuali dalam bidang perbankan. Maka dari itu dengan adanya peraturan tentang perbankan Syariah ini kemudian menjadi suatu pencerahan bagi umat Islam di Indonesia yang ingin dapat tetap memegang teguh prinsipnya untuk mengikuti ajaran Islam di bidang perbankan yang selama ini selalu di bawah pengaruh hukum barat atau konvensional.

Persoalan pokok dalam perbankan Islam (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

berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara Bank Syariah dan/atau UUS dan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai dan/atau diberi fasilitas dana untuk mengembalikan dana tersebut 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 biasanya disebut akad. 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.² Kata akad berasal dari bahasa Arab *al-aqdu* yang berarti ikatan atau simpul tali.³ Akad biasanya digunakan sebagai kata lain dari perjanjian karena fungsinya yang sama-sama membentuk suatu perikatan, namun 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

²Lihat Pasal 1 angka 13 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

³ Mardani, *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*, (Jakarta:Sinar Grafika, 2013), hlm. 7.

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). 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*).⁴ 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.

Akad dibedakan menjadi akad yang pokok (*al-'aqd al-ashli*) dan akad aksesoir (*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 aksesoir 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 kaidah hukum Islam yang berbunyi “suatu yang mengikut” (*at-tabi' tabi'*). Artinya perjanjian aksesoir ini yang mengikut kepada perjanjian

⁴Gemala Dewi dkk, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2005), hlm.48.

pokok.⁵

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.⁶ 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.

Perikatan jaminan dalam sistem hukum jaminan dibagi berdasarkan 2 (dua) sumber hukum yaitu undang-undang dan perjanjian.⁷ 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 KUHPerdara. Perikatan jaminan yang bersumber pada perjanjian dilahirkan dari perjanjian accesoir, yaitu adanya perjumpaan kehendak yang kedua setelah perjanjian pokok dilakukan dalam

⁵Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2007), hlm. 77.

⁶Lihat Pasal 23 Undang-undang No. 10 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

⁷Agus Pandoman, *Peraturan Primer Perikatan Akta-Akta Publisitas-Non Publisitas Jilid II*, (Yogyakarta: Pasca Sarjana FH UII), hlm. 429.

hubungan hukum perdata. Perikatan jaminan bersumber pada perjanjian ini dibedakan menjadi 2 (dua), yaitu berupa jaminan immateriil/perorangan dan 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 dijaminakan 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 UU 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”.

Tanah memiliki nilai yang terus meningkat setiap tahunnya sehingga dianggap akan menjadi yang paling menguntungkan ketika nanti dieksekusi sebagai pemenuhan utang debitur ketika terjadi wanprestasi. Perbuatan penjaminan Hak Tanggungan ini kemudian dituangkan dalam akta tersendiri yang berbentuk akta notariil dan bersifat sebagai akad *at-taba'i* (*accessoir*). 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.

Dalam bank konvensional 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 debitur yaitu pihak yang berutang. Lain halnya dengan bank syariah yang berkonsep *non loan*. 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.

Pada prakteknya 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:

- a. Syariat Islam
- b. Peraturan perundang-undangan
- c. Ketertiban umum dan/atau
- d. Kesusilaan

Syariah Islam menentukan jaminan kebendaan dalam bentuk *rahn* (gadai) dan didukung dengan didirikannya Pegadaian Syariah, namun jaminan Hak Tanggungan tidak ada pengaturan dengan prinsip syariahnya, akibatnya 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.

Berdasarkan uraian problematika diatas, penulis berkeinginan untuk membuat penelitian yang berjudul **“AKAD AT-TABA'I PEMBERIAN HAK TANGGUNGAN DALAM SISTEM HUKUM PERBANKAN SYARIAH”**

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas maka didapat rumusan masalah sebagai berikut:

1. Bagaimanakah bentuk akta pengikatan akad *at-taba'i* (*accessoir*) Pemberian Hak Tanggungan berdasarkan akad pembiayaan?
2. Apakah praktek pembuatan akad *accessoir* pada Notaris sudah sesuai dengan prinsip-prinsip hukum syariah Islam?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan yang ingin dicapai dengan penelitian ini adalah:

- a) Untuk mengetahui dan memberi jawaban tentang bentuk akta pengikatan jaminan Pemberian Hak Tanggungan pada perbankan syariah.
- b) Untuk mengetahui dan memberi jawaban mengenai penerapan akad *accessoir* pada Notaris berkaitan dengan kesesuaiannya dengan prinsip-prinsip hukum syariah Islam.

D. Manfaat Penelitian

Nilai yang terkandung dari suatu penelitian tidak terlepas dari besarnya manfaat yang akan diperolehnya. Dengan adanya penelitian ini, maka manfaat yang diperoleh adalah:

Manfaat Teoritis

Penelitian ini diharapkan dapat menambah pengetahuan tentang akad *at-taba'i* (*accessoir*) untuk perbankan syariah.

Manfaat Praktis

Penelitian ini diharapkan dapat memberi masukan kepada para calon Notaris dan Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT), mahasiswa program kenotariatan dan juga masyarakat tentang bentuk akad *at-tab'i* (*accessoir*) dalam perbankan syariah.

E. Orisinalitas Penelitian

Dengan ini saya menyatakan bahwa tesis ini adalah hasil pekerjaan saya sendiri dan di dalamnya tidak terdapat karya yang telah diajukan untuk memperoleh gelar kesarjanaan di suatu perguruan tinggi dan lembaga pendidikan lainnya. Pengetahuan yang diperoleh sumbernya dijelaskan di dalam tulisan dan daftar pustaka.

F. Kerangka Teori

1. Sumber Perikatan Jaminan

Perikatan jaminan dalam sistem hukum jaminan dibagi berdasarkan 2 (dua) sumber hukum yaitu:⁸

- a. Undang-undang

Ketentuan-ketentuan yang digunakan sebagai norma hukum jaminan dilahirkan

⁸ *Ibid*

bukan karena kehendak para pihak atau perjumpaan kehendak dari sesuatu yang dibuat sebelumnya sebagai perjanjian pokok, akan tetapi merupakan bentuk jaminan yang dibebankan pada debitur oleh sebab bukan perjumpaan kehendak tapi karena ketentuan undang-undang, maka pelaksanaan ketentuan norma hukum demikian dalam lingkungan hukum perikatan disebut sebagai *by the operation of law* yaitu ketentuan-ketentuan umum terjadinya perikatan karena kearifan negara dalam menjaga ketertiban lalu lintas hukum perikatan jaminan. Norma hukum jaminan yang dilahirkan oleh undang-undang terdapat dalam ketentuan Pasal 1131 dan 1132 KUHPerdara. Pasal 1131 KUHPerdara menentukan bahwa:

“segala kebendaan si penghutang, baik yang bergerak maupun yang tak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan”.

Kemudian pasal 1132 menyatakan:

“kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan kepadanya, pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi menurut keseimbangan, yaitu menurut besar kecilnya piutang masing-masing, kecuali apabila diantara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan.”

Dari Pasal 1131 KUHPerdara dapat disimpulkan asas-asas hubungan ekstern kreditur, yaitu sebagai berikut:⁹

- Seorang kreditur boleh mengambil setiap bagian dari harta kekayaan debitur untuk pelunasan
- Setiap bagian kekayaan debitur dapat dijual guna pelunasan tagihan kreditur
- Hak tagihan kreditur hanya dijamin dengan harta benda debitur saja, tidak dengan *persoon debitur*.

⁹Budi Untung, *Kredit Perbankan di Indonesia*, (Yogyakarta: Andi Offset, 2011), hlm. 58.

Jaminan seperti itu diberikan kepada setiap kreditur dan karenanya disebut jaminan umum.

b. Perjanjian

Perikatan jaminan bersumber dari perjanjian dilahirkan dari perjanjian aksesoir yaitu adanya perjumpaan kehendak yang kedua setelah perjanjian pokok dilakukan dalam hubungan hukum perdata. Perbuatan hukum yang dilakukan dalam bentuk akta perjanjian tambahan sebagai perikatan dari apa yang disebutkan dalam Pasal 1132 yaitu “kecuali apabila diantara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan”, maka memberi kemungkinan sebagai pengecualian dalam kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain. Kreditur yang diutamakan tersebut adalah kreditur yang memenuhi kriteria norma yang ditentukan dalam Pasal 1133 “ hal untuk didahulukan diantara orang-orang yang berpiutang terbit dari hak istimewa, dari gadai dan dari hipotek ”. Perikatan jaminan bersumber pada perjanjian ini dibedakan menjadi 2 (dua) yaitu:

a) Jaminan perorangan

Jaminan perorangan atau penanggungan, terdapat dalam Pasal 1820 KUHPerdata, suatu perjanjian dengan mana seorang pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan si berutang manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya.

b) Jaminan kebendaan, sumber jaminan kebendaan ini diatur oleh beberapa peraturan perundangan-undangan tentang jaminan kebendaan yang berupa jaminan benda bergerak dan jaminan benda tidak bergerak. Perikatan jaminan kebendaan tunduk pada asas

publisitas, yaitu lahirnya hak jaminan kebendaan ini setelah dilakukan pendaftaran. Jaminan kebendaan dalam hukum perdata Indonesia dikenal ada beberapa macam, yaitu:

1) Hak Tanggungan

Menurut Pasal 1 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan Dengan Tanah, yang dimaksud dengan Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar 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.

2) Hipotik

Menurut Pasal 1162 KUHPerdata, hipotik adalah suatu hak kebendaan atas benda-benda tak bergerak, untuk mengambil penggantian daripadanya bagi pelunasan suatu perikatan, namun sejak dikeluarkannya Undang-Undang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan Dengan Tanah, kelembagaan hipotik diberlakukan untuk objek kapal. Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 314 ayat (3) dan ayat (4) KUHDagang maupun ketentuan dalam Pasal 60 Undang-undang Nomor 17 Tahun 2008 tentang Pelayaran, kapal yang sudah terdaftar dalam daftar kapal Indonesian dapat dijadikan sebagai jaminan utang dengan dibebani hipotik. Pembebanan hipotik atas kapal dilakukan dengan pembuatan akta hipotik oleh Pejabat Pendaftar dan Pencatat Balik Nama Kapal di tempat kapal didaftarkan dan dicatat dalam Daftar Induk Pendaftaran Kapal. Setiap akta

hipotik diterbitkan 1 (satu) *Grosse Akta Hipotik* yang diberikan kepada penerima hipotik.

3) Gadai

Gadai adalah suatu hak yang diperoleh seorang berpiutang atas suatu barang bergerak, yang diserahkan kepadanya oleh seorang yang berhutang atau oleh seorang lain atas namanya, dan yang memberikan kekuasaan kepada si berpiutang itu untuk mengambil pelunasan dari barang tersebut secara didahulukan daripada orang-orang yang berpiutang lainnya, dengan kekecualian biaya untuk menyelamatkan setelah barang itu digadaikan, biaya-biaya mana harus didahulukan. (Pasal 1150 KUHPerdara)

Objek gadai adalah barang/benda bergerak, termasuk benda bergerak tak bertubuh yaitu, tagihan-tagihan atau piutang, surat-surat atas tunjuk dan atas bawa. Pasal 1152 KUHPerdara menyebutkan bahwa hak gadai atas benda-benda bergerak dan atas piutang-piutang diletakkan dengan membawa barang-barang gadai di bawah kekuasaan di berpiutang atau seorang pihak ketiga, tentang siapa yang telah disetujui oleh kedua belah pihak.¹⁰ Ancaman tidak sahnya suatu hak gadai dapat ditemukan pada Pasal 1152 ayat (2) yang berbunyi “tidak sah adalah hak gadai atas segala benda yang dibiarkan tetap dalam kekuasaan si berutang atau pemberi gadai, ataupun yang kembali atas kemauan si berutang”.

Hak gadai hapus karena 2 (dua) hal, pertama karena sifatnya sebagai perjanjian *accessoir*, sehingga bergantung pada perjanjian pokok, apabila perjanjian pokok hapus maka begitu juga dengan hak gadai. Kedua, karena lepasnya barang gadai dari kekuasaan pemegang gadai. Ada 3 (tiga) hal yang menyebabkan lepasnya

¹⁰*Ibid*, hlm. 91-92

barang gadai yaitu (1)terlepasnya barang gadai dari kekuasaan pemegang gadai sebagaimana Pasal 1152 ayat (3) KUHPerdara;(2) dilepasnya barang gadai secara sukarela oleh pemegang gadai kepada pemberi gadai;(3) musnahnya barang gadai yang menjadi objek.

4) Jaminan Fidusia

Lembaga fiducia lahir pertama-tama dari yurisprudensi di Belanda, yaitu dengan dikeluarkannya keputusan oleh Hoge Raad (HR) Belanda tanggal 29 Januari 1929 yang terkenal dengan Bierbrouwerij Arrest. Sedangkan perkembangan penggunaan lembaga jaminan fiducia di Indonesia, adalah setelah keluarnya keputusan *Hoogerechtshop* (HGH) pada tanggal 18 Agustus 1932.

Kemudian pada tahun 1985, lembaga jaminan fiducia secara tegas disebutkan dalam suatu perundang-undangan yaitu Undang-undang Nomor 16 Tahun 1985 tentang Rumah Susun, dimana dalam Pasal 1 angka 8 disebutkan bahwa fiducia adalah hak jaminan yang berupa penyerahan hak atas benda berdasarkan kepercayaan yang disepakati sebagai jaminan bagi pelunasan piutang kreditur. Dalam fiducia, barang yang diserahkan sebagai jaminan kredit tetap berada dalam kekuasaan pihak yang menjamin/debitur, karena yang diserahkan adalah hak miliknya, maka penguasaan/penggunaan barang jaminan tersebut oleh debitur hanyalah dalam kapasitasnya sebagai peminjam pakai.

Sejak dikeluarkannya Undang-undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia, setiap jaminan fiducia menjadi wajib didaftarkan pada pejabat yang berwenang untuk mencegah debitur memfidusiakan sekali lagi atau menjual barang objek fiducia tanpa sepengetahuan kreditor asal. Pendaftaran fiducia dilakukan pada Kantor Pendaftaran Fidusia di tempat kedudukan pihak pemberi

fidusia.

2. Hak Tanggungan

Sejak berlakunya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok Agraria (UUPA), lembaga hipotik untuk hak atas tanah digantikan dengan Hak Tanggungan. Ketentuan tersebut dinyatakan dalam Pasal 51 UUPA.¹¹ Kemudian dibuat pengaturannya dalam Undang-undang tersendiri yaitu Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan. Hak Tanggungan merupakan salah satu lembaga hak jaminan kebendaan bersumber perjanjian. Ada beberapa unsur pokok dari Hak Tanggungan, yaitu:¹²

- a. Hak tanggungan adalah hak jaminan untuk pelunasan utang
- b. Objek hak tanggungan adalah hak atas tanah sesuai UUPA
- c. Utang yang dijamin harus suatu utang tertentu
- d. Hak Tanggungan dapat dibebankan atas tanahnya (hak atas tanah) saja, tetapi dapat pula dibebankan berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu
- e. Memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain.

Perjanjian Hak Tanggungan adalah perjanjian *accessoir*. Perjanjian Hak Tanggungan sebelumnya didahului dengan adanya perjanjian utang-piutang atau pengakuan utang sesuai dengan yang disebutkan Pasal 10 ayat (1) UU Hak Tanggungan, berbunyi sebagai berikut:

“Pemberian Hak Tanggungan didahului dengan janji untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu, yang dituangkan di dalam dan merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian utang piutang yang

¹¹*Ibid*, hlm. 77

¹²Agus Pandoman, *Op.Cit*, hlm. 431.

bersangkutan atau perjanjian yang menimbulkan utang tersebut.”

Dalam memberikan Hak Tanggungan, pemberi Hak Tanggungan wajib hadir di hadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT). Jika karena sebab tertentu tidak dapat hadir sendiri, ia wajib menunjukkan pihak lain sebagai kuasanya, dengan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan, SKMHT, yang berbentuk akta otentik. Pada tahap pemberian Hak Tanggungan oleh pemberi Hak Tanggungan kepada kreditur, Hak Tanggungan yang bersangkutan belum lahir. Hak Tanggungan tunduk pada asas publisitas. Hak Tanggungan baru lahir pada saat dibukukan dalam buku tanah di Kantor Pertanahan.¹³ Menurut penjelasan Pasal 13 ayat (1) UUHT, pendaftaran pemberian Hak Tanggungan merupakan syarat mutlak untuk lahirnya Hak Tanggungan dan mengikatnya Hak Tanggungan terhadap pihak ketiga. Hak Tanggungan menganut doktrin Parate Eksekusi. Parate Eksekusi merupakan pelaksanaan eksekusi tanpa melalui bantuan Pengadilan. Apabila debitur cidera janji, kreditur berhak untuk menjual objek hak tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum menurut tata cara yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan untuk pelunasanpiutangnya dari hasil penjualan tersebut.¹⁴

Objek Hak Tanggungan dapat meliputi bangunan, tanaman, dan hasil karya yang merupakan kesatuan dengan tanah. Hal ini sesuai dengan asas pemisahan horizontal yang dianut hukum tanah nasional kita yang didasarkan pada hukum adat. Untuk tetap berdasarkan pada asas pemisahan horizontal, pembebanan atas bangunan, tanaman, dan hasil karya tersebut harus secara tegas dinyatakan di dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan atas tanah yang bersangkutan. Kemudian

¹³*Ibid*, hlm. 430

¹⁴Adrian Sutedi, *Hukum Hak Tanggungan, Edisi 1, cetakan 2*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), hlm. 128.

objek Hak Tanggungan yang lain adalah Hak Pakai atas tanah negara, diatur dalam Pasal 4 ayat (2) Undang-undang Hak Tanggungan:

“Hak Pakai atas tanah negara menurut ketentuan yang berlaku wajib didaftar dan menurut sifatnya dapat dipindahtangankan dapat juga dibebani Hak Tanggungan.” Hak Tanggungan hapus dikarenakan, (1) hapusnya hutang yang dijamin dengan Hak Tanggungan, (2) dilepaskannya Hak Tanggungan oleh pemegang Hak Tanggungan, (3) pembersihan Hak Tanggungan berdasarkan penetapan peringkat oleh ketua Pengadilan Negeri, dan (4) hapusnya hak atas tanah yang dibebani Hak Tanggungan.¹⁵

3. Perbuatan Hukum Tertentu

Berdasarkan ketentuan yang tercantum dalam Pasal 2 ayat (2) Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 1998 tentang Peraturan Jabatan Pejabat Pembuat Akta Tanah juncto Pasal 37 dan Pasal 44 Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah, terjadi pergeseran konsep peralihan hak kebendaan sepanjang mengenai hak atas tanah, sehingga perbuatan hukum yang berkaitan dengan tanah disebut sebagai perbuatan-perbuatan hukum tertentu. Perbuatan-perbuatan hukum tertentu meliputi:

- a. Jual beli
- b. Tukar menukar
- c. Hibah
- d. Pemasukan dalam perusahaan/inbreng
- e. Pembagian hak bersama
- f. Pemberian Hak Guna Bangunan/Hak Pakai atas tanah Hak Milik
- g. Pemberian Hak Tanggungan

¹⁵Pasal 18 Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan

h. Pemberian kuasa membebaskan Hak Tanggungan

Perbuatan-perbuatan hukum tertentu di atas harus dilakukan dihadapan PPAT guna kepentingan pendaftarannya sesuai dengan Pasal 2 ayat (2) Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2016 tentang perubahan atas Peraturan Pemerintah 37 Tahun 1998 bahwa “PPAT bertugas pokok melaksanakan sebagian kegiatan pendaftaran tanah dengan membuat akta sebagai bukti telah dilakukannya perbuatan hukum tertentu mengenai hak atas tanah atau Hak Milik Atas Satuan Rumah Susun, yang akan dijadikan dasar bagi pendaftaran perubahan data pendaftaran tanah yang diakibatkan oleh perbuatan hukum itu”.

Pendaftaran tanah bertujuan untuk menjamin tertib hukum dan kepastian hak atas tanah. Kegiatan pendaftaran tanah antara lain:

- a. Pengukuran, perpetaan dan pembukuan tanah
- b. Pendaftaran hak-hak atas tanah dan peralihan hak-hak tersebut
- c. Pemberian surat-surat tanda bukti hak, yang berlaku sebagai alat pembuktian yang kuat.

Pasal 19 ayat (1) UUPA mengatakan bahwa “untuk menjamin kepastian hukum oleh pemerintah diadakan pendaftaran tanah di seluruh wilayah Republik Indonesia menurut ketentuan yang diatur dengan Peraturan Pemerintah”.

Kepastian hukum tersebut harus meliputi:

- Kepastian mengenai orang/badan hukum yang menjadi pemegang hak yang disebut juga kepastian mengenai subjek hak.
- Kepastian mengenai letak, batas-batasnya serta luas bidang-bidang tanah yang disebut juga kepastian mengenai objek hak.

4. Akad

Akad berasal dari kata *al'-aqd*, yang berarti perikatan, perjanjian, dan pemufakatan.¹⁶ Sebagai suatu istilah hukum Islam, ada beberapa definisi yang diberikan kepada akad:¹⁷

- a. Menurut Pasal 262 Mursyid al-Hairam, akad adalah pertemuan ijab yang diajukan oleh salah satu pihak dengan kabul dari pihak lain yang menimbulkan akibat hukum pada objek akad.
- b. Akad adalah pertemuan ijab dan kabul sebagai pernyataan kehendak dua pihak atau lebih untuk melahirkan suatu akibat hukum pada objeknya.

Kedua definisi di atas memperlihatkan bahwa, akad merupakan keterkaitan atau pertemuan ijab dan kabul yang berakibat timbulnya akibat hukum. Ijab adalah penawaran yang diajukan oleh salah satu pihak, dan kabul adalah jawaban persetujuan yang diberikan mitra akad sebagai tanggapan terhadap penawaran pihak pertama. Akad tidak terjadi apabila pernyataan kehendak masing-masing pihak tidak terkait satu sama lain karena akad adalah keterkaitan kehendak kedua pihak yang tercermin dalam ijab dan kabul.

Terbentuknya suatu akad yang sah dan mengikat haruslah memenuhi rukun dan syarat akad. Rukun akad adalah unsur-unsur yang membentuk sesuatu, sehingga sesuatu itu terwujud karena adanya unsur-unsur tersebut yang membentuknya. Menurut ahli-ahli hukum Islam kontemporer, rukun yang membentuk akad itu ada 4 (empat), yaitu:

- Para pihak yang membuat akad (*al-'aqidan*)
- Pernyataan kehendak para pihak (*shigatul-'aqd*)

¹⁶Nasrun Haroen, *Fiqh Mu'amalah*, (Jakarta:Gaya Media Pratama, 2000), hlm. 97.

¹⁷Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah (Studi tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat)*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2007), hlm. 68.

- Objek akad (*mahallul- 'aqd*)
- Tujuan akad (*maudhu' al-aqd*)

Sedangkan syarat-syarat akad diperlukan agar rukun akad dapat berfungsi membentuk akad. Ada 8 (delapan) macam rukun akad yaitu:¹⁸

- Tamyiz (cakap)
- Berbilang pihak (at-ta'adud)
- Persesuaian ijab dan kabul (kesepakatan)
- Kesatuan majelis akad
- Objek akad dapat diserahkan
- Objek akad tertentu atau dapat ditentukan
- Objek akad dapat ditransaksikan (artinya berupa benda bernilai dan dimiliki/*mutaqawwim* dan *mamluk*)
- Tujuan akad tidak bertentangan dengan syariah

Akad dalam Undang-undang Perbankan Syariah adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau Unit Usaha Syariah dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan prinsip syariah.¹⁹ Akad diperlukan guna kepentingan kegiatan pembiayaan. Macam-macam kegiatan pembiayaan di Bank Syariah antara lain:

- a. *Mudharabah*, yaitu kerjasama antara pemilik modal dengan pengelola modal untuk melakukan usaha tertentu dengan pembagian keuntungan berdasarkan nisbah.
- b. *Musyarakah*, yaitu kerjasama antara dua orang atau lebih dalam hal permodalan, keterampilan, atau kepercayaan dalam usaha tertentu

¹⁸*Ibid*, hlm. 98.

¹⁹Lihat Pasal 1 angka 13 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

dengan pembagian keuntungan berdasarkan nisbah yang disepakati oleh pihak-pihak yang berserikat.

- c. Sewa-menyewa (*Ijarah*), yaitu akad sewa-menyewa antara pemilik *ma'jur* (obyek sewa) dan *musta'jir* (penyewa) untuk mendapatkan imbalan atas obyek sewa yang disewakannya.
- d. Sewa-beli (*ijarah muntahiya bittamlik*), yaitu perjanjian sewa-menyewa untuk jangka waktu tertentu dengan membayar uang sewa antara Bank sebagai pemilik barang modal dan Nasabah sebagai penyewa, yang pada akhir masa sewa, Nasabah sebagai penyewa memiliki hak opsi untuk membeli barang modal tersebut dengan harga yang disepakati oleh kedua belah atau meneruskan sewa dengan harga sewa yang disepakati oleh kedua belah pihak
- e. *Murabahah*, yaitu pembiayaan saling menguntungkan yang dilakukan oleh *shahib al-mal* dengan pihak yang membutuhkan melalui transaksi jual beli dengan penjelasan bahwa harga pengadaan barang dan harga jual terdapat nilai lebih yang merupakan keuntungan atau laba bagi *shahib al-mal* dan pengembaliannya dilakukan secara tunai atau angsur.
- f. *Salam*, yaitu jasa pembiayaan yang berkaitan dengan jual beli yang pembayarannya dilakukan bersamaan dengan pemesanan barang.
- g. *Istisna*, yaitu jual-beli barang atau jasa dalam bentuk pemesanan dengan kriteria dan persyaratan tertentu yang disepakati antara pihak pemesan dengan pihak penjual.
- h. *Qard*, yaitu penyediaan dana atau tagihan antara lembaga keuangan syariah dengan pihak peminjam yang mewajibkan pihak peminjam

untuk melakukan pembayaran secara tunai atau cicilan dalam jangka waktu tertentu.

5. Agunan Prinsip Syariah

Agunan menurut Pasal 1 angka 26 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah 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. Dalam hal Nasabah penerima fasilitas tidak dapat memenuhi kewajibannya, bank syariah atau UUS dapat membeli sebagian atau seluruh agunan, baik melalui maupun di luar pelelangan, berdasarkan penyerahan secara sukarela oleh pemilik agunan atau berdasarkan pemberian kuasa untuk menjual dari pemilik agunan. Kesediaan Nasabah untuk menyerahkan agunan ini kemudian dibuatkan akad penjaminan tersendiri dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari akad pokoknya.

Akad penjaminan (*'aqd at-tastsiq*) merupakan jenis akad aksesoir atau dalam istilah hukum Islamnya *al-'aqd at-tab'i*. Termasuk dalam jenis akad ini adalah akad kafalah dan akad gadai (*ar-rahn*).²⁰ Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah menjelaskan pengertian dari *kafalah* adalah jaminan yang diberikan oleh penjamin (*kafill*) kepada pihak ketiga/pemberi pinjaman untuk memenuhi kewajiban pihak kedua/peminjam (*makful' anhu*). Rukun akad kafalah terdiri atas:²¹

- a. kafil/penjamin
- b. makful 'anhu/pihak yang dijamin
- c. makful lahu/pihak yang berpiutang

²⁰Syamsul Anwar, *Op. Cit*, hlm. 317

²¹Lihat Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah Pasal 291 ayat (1)

- d. makful bihi/objek kafalah, dan
- e. akad

Akad kafalah terdiri atas kafalah diri dan kafalah atas harta.²² Akad harus dinyatakan para pihak baik dengan lisan, tulisan, atau isyarat.²³ Kafil/penjamin dibolehkan lebih dari satu orang. Sedangkan *rahn* atau gadai adalah penguasaan barang milik peminjam oleh pemberi pinjaman sebagai jaminan. Akad gadai terdiri dari unsur:

- 1. penerima gadai
- 2. pemberi gadai
- 3. harta gadai
- 4. utang, dan
- 5. akad

Akad harus dinyatakan oleh para pihak dengan cara lisan, tulisan, atau isyarat. Akad gadai sempurna bila harta gadai telah dikuasai oleh penerima gadai. Harta gadai harus bernilai dan dapat diserahkan dan ada ketika akad dibuat.²⁴

G. Metode Penelitian

1. Metode Pendekatan

Metode pendekatan yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah menggunakan metode pendekatan yuridis normatif. Pendekatan yuridis yang mempergunakan sumber data sekunder, digunakan untuk menganalisa berbagai peraturan perundang-undangan di bidang hukum perjanjian, hukum perbankan, notariat, buku-buku dan artikel-artikel yang mempunyai korelasi dan relevan dengan permasalahan yang akan diteliti.

²²*Ibid*, Pasal 303

²³*Ibid*, Pasal 291 ayat (2)

²⁴*Ibid*, Pasal 329-332.

2. Sumber dan Jenis Data Penelitian

Penelitian ini menggunakan sumber data sekunder yaitu data yang diperoleh atau dikumpulkan oleh orang yang melakukan penelitian dari sumber-sumber yang telah ada. Data sekunder diperoleh dengan penelitian kepustakaan guna mendapatkan landasan teoritis berupa pendapat-pendapat atau tulisan para ahli atau pihak-pihak lain yang berwenang dan juga untuk memperoleh informasi baik dalam bentuk ketentuan-ketentuan formal maupun data melalui naskah resmi yang ada. Data sekunder dibidang hukum dapat dibedakan menjadi:

- a. Bahan-bahan hukum primer yang terdiri dari peraturan perundang-undangan yang terkait dengan Hukum Perbankan yaitu:
 - Kitab Undang-undang Hukum Perdata
 - Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan Dengan Tanah
 - Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan
 - Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah
 - Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah
 - Fatwa DSN No:11/DSN-MUI/VI/2000 tentang Kafalah
 - Fatwa DSN MUI Nomor: 25/DSN-MUI/III/2002 tentang Rahn
 - Fatwa DSN MUI No:74/DSN-MUI/I/2009 tentang Penjaminan Syariah
- b. Bahan-bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang erat

hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisis dan memahami bahan hukum primer yaitu berupa buku-buku, literatur-literatur, dan bahan lainnya yang terkait dan mempunyai hubungan erat secara langsung dengan pokok permasalahan.

3. Teknik Pengumpulan Data

Penelitian ini akan diteliti dengan data sekunder dan didukung dengan data primer, dengan demikian ada dua kegiatan utama yang dilakukan dalam melaksanakan penelitian ini, yaitu studi kepustakaan yang diperoleh melalui kepustakaan, dengan mengkaji, menelaah dan mengolah literatur, peraturan perundang-undangan, artikel-artikel atau tulisan yang berkaitan dengan permasalahan yang akan diteliti dan wawancara, yakni dengan mengajukan pertanyaan kepada narasumber secara bebas.

4. Teknis Analisis Data

Analisis terhadap bahan-bahan hukum pada penelitian ini akan dilakukan secara kualitatif, yaitu dari bahan hukum yang diperoleh kemudian disusun secara sistematis kemudian dianalisa secara kualitatif untuk mencapai kejelasan terhadap masalah yang akan dibahas.

H. Sistematika Penulisan

Penulisan hukum ini terdiri dari empat bab, dimana masing-masing bab memiliki keterkaitan antara yang satu dengan yang lain. Gambaran yang lebih jelas mengenai penulisan hukum ini akan diuraikan dalam sistematika berikut :

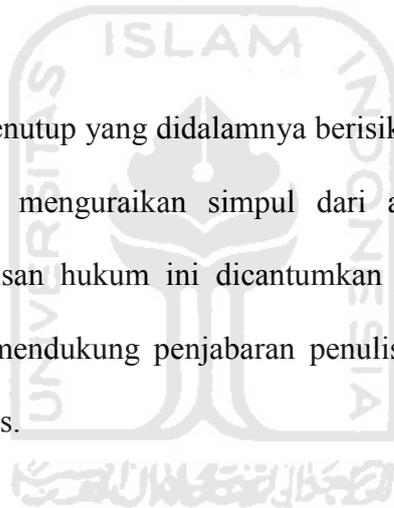
Bab I Pendahuluan: dipaparkan uraian mengenai latar belakang penelitian, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka pemikiran,

metode penelitian yang terdiri dari metode pendekatan, spesifikasi penelitian, teknik pengumpulan data, teknik analisis data, dan dilanjutkan dengan sistematika penulisan.

Bab II Landasan teori, bab ini menguraikan materi-materi dan teori-teori yang berhubungan dengan akad, pembiayaan perbankan syariah, hak tanggungan, dan jaminan syariah. Materi-materi dan teori-teori ini merupakan landasan untuk menganalisa hasil penelitian dengan mengacu pada pokok-pokok permasalahan yang telah disebutkan pada Bab I pendahuluan.

Bab III berisikan hasil penelitian dan pembahasan yang menjawab permasalahan tesis ini.

Bab IV merupakan Bab penutup yang didalamnya berisikan kesimpulan dan saran tindak lanjut yang akan menguraikan simpul dari analisis hasil penelitian. Selanjutnya dalam penulisan hukum ini dicantumkan juga daftar pustaka dan lampiran-lampiran yang mendukung penjabaran penulisan hukum yang didapat dari hasil penelitian penulis.



BAB II

TINJAUAN TEORITIS TERHADAP AKAD, JAMINAN DAN HAK TANGGUNGAN

Bisnis perbankan merupakan suatu usaha yang harus dijalankan secara hati-hati, aman (*safe*), layak (*sound*), dan tanpa resiko yang substansial (*substansial risk*). Prinsip kehati-hatian bank tersebut menjadikan bank sebagai sebuah bisnis yang konservatif. Kecenderungan terhadap sifat yang konservatif tersebut terutama disebabkan oleh:²⁵

- peranan bank yang cukup menentukan dalam perkembangan moneter ekonomi dan ekonomi secara makro;
- simpanan dalam bentuk deposito, giro, tabungan dan lain-lain yang berarti suatu bank mempertaruhkan uang rakyat;
- karakteristik bisnis bank yang harus selalu sesuai antara dan yang masuk dan dana yang disalurkan, sehingga unsur-unsur spekulatif ditekan seminimal mungkin.

Riskannya suatu usaha bank biasanya berkenaan dengan penyaluran dana yang ada pada bank tersebut yang mencakup juga penyaluran dana lewat pemberian kredit. Pemberian kredit lazimnya digunakan oleh bank konvensional, sedangkan pada bank syariah penyaluran dana yang digunakan ialah pembiayaan. Atas dasar riskannya kedua kegiatan pada bank konvensional dan bank syariah tersebut, bank wajib memiliki keyakinan bahwa dana yang

²⁵Munir Fuady, *Hukum Jaminan Utang*, Jakarta: Erlangga, 2013, hlm. 2.

disalurkan kepada nasabah dapat kembali seperti semula. Pemberian keyakinan oleh penerima dana kepada bank untuk melakukan pembayaran utang-utang atau pengembalian dana yang telah diberikan itulah kemudian dikenal dengan jaminan utang.²⁶Jaminan terbagi menjadi jaminan pokok dan jaminan tambahan.Dalam hukum diberlakukan suatu prinsip bahwa “kepercayaan” dipandang sebagai jaminan pokok dari pembayaran kembali utang-utang yang telah diberikan kepada debitor.Prinsip hukum ini terlihat dengan jelas dalam UU Perbankan.Sedangkan jaminan-jaminan lainnya yang bersifat kontraktual seperti hak tanggungan, gadai, hipotek, fidusia dan sebagainya hanya dianggap sebagai jaminan tambahan semata yakni berupa jaminan atas barang yang dibiayai dengan kredit tersebut.²⁷Jaminan secara sederhana dimaknai sebagai tanggungan atas pinjaman yang diterima.²⁸

Pasal 1 angka 23 UU No. 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas UU No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan mendefinisikan agunan sebagai suatu jaminan tambahan yang diserahkan Nasabah Debitur kepada bank dalam rangka pemberian fasilitas kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah. Sedangkan Pasal 26 UU No.21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah menyebutkan agunan merupakan 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.

Mengacu pada kedua pengertian di atas, dapat kita ketahui bahwa agunan hanya merupakan jaminan tambahan saja. Namun terdapat perbedaan

²⁶*Ibid*, hlm. 8.

²⁷*Ibid*

²⁸A. Wangsawidjaja Z., *Pembiayaan Bank Syariah*, Jakarta:Gramedia Pustaka Utama, 2012, hlm. 285.

diantara kedua norma peraturan perundang-undangan tersebut, dimana UU No. 7 Tahun 1998 tidak menyebutkan secara tegas mengenai keperluan adanya jaminan tambahan atau agunan. Lain halnya dengan UU No. 21 Tahun 2008 yang secara tegas menyebutkan tentang adanya agunan yang dinyatakan dalam Pasal 23 ayat (2) yaitu:

“ untuk memperoleh keyakinan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Bank Syariah dan/atau UUS wajib melakukan penilaian yang saksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan, dan prospek usaha dari calon Nasabah Penerima Fasilitas ”

Penjelasan Pasal 23 ayat (2) juga menyebutkan:

“ dalam melaksanakan penilaian terhadap agunan, Bank Syariah dan/atau UUS harus menilai barang, proyek atau hak tagih yang dibiayai dengan fasilitas pembiayaan yang bersangkutan dan barang lain, surat berharga atau gransi resiko yang ditambahkan sebagai agunan tambahan, apakah sudah cukup memadai, sehingga apabila Nasabah Penerima Fasilitas kelak tidak dapat melunasi kewajibannya, agunan tersebut dapat digunakan untuk menanggung pembayaran kembali pembiayaan dari Bank Syariah dan/atau UUS yang bersangkutan ”

Peraturan tersebut menandakan bahwa dalam akad pembiayaan yang menggunakan prinsip-prinsip Syariah justru terdapat penekanan dalam hal penyertaan agunan (*collateral*) dibandingkan perjanjian kredit yang didasarkan oleh pengaturan konvensional.

Jaminan bersifat *accessoir*, yaitu terjadi karena hukum ataupun terbit dari suatu perjanjian pokok. Dalam perbankan konvensional, jaminan timbul dari perjanjian pokoknya yaitu perjanjian kredit, sedangkan dalam perbankan syariah yang menjadi perjanjian pokok adalah akad pembiayaan. Dalam perspektif hukum positif (*legal level*), akad sama dengan perjanjian. Hal ini tentu berbeda dengan perspektif syariah. Pada syariah level, akad tidak selalu berarti perjanjian. Dalam hal pembiayaan yang berbentuk *line facility (At-Tas-Hilat As-Saqfiyah)*²⁹, syariah memandang perjanjian tersebut bukan termasuk akad, melainkan hanya berbentuk

²⁹Lihat Fatwa DSN No. 45/DSN-MUI/II/2005 tentang Line Facility (At-Tas-Hilat As-Saqfiyah)

wa'ad (promise).³⁰

A. Akad

1. Pengertian akad

Kata akad berasal dari bahasa Arab *al-aqdu* yang berarti ikatan atau simpul tali.³¹ Menurut Prof. Dr. Rahmat Syafi'i, akad adalah perikatan yang ditetapkan melalui ijab kabul dan dibenarkan syara' yang menimbulkan akibat hukum terhadap objeknya.³² Dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah Pasal 20 angka 1 yang dimaksud dengan akad adalah kesepakatan dalam suatu perjanjian antara dua pihak atau lebih untuk melakukan dan atau tidak melakukan perbuatan hukum tertentu. Unsur-unsur akad berdasarkan dari definisi-definisi di atas yaitu.³³

a) Pertalian ijab dan kabul

Ijab adalah pernyataan kehendak oleh satu pihak (mujib) untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Kabul adalah pernyataan menerima atau menyetujui kehendak mujib tersebut oleh pihak lainnya (qabil). Bentuk dari ijab dan kabul ini beraneka ragam dan diuraikan pada bagian rukun akad.

b) Dibenarkan oleh Syara'

Pelaksanaan, tujuan, obyek serta seluruh bagian dari akad tidak boleh bertentangan dengan ketentuan ajaran Islam yang bersumber dari Al-Qur'an dan Hadist.

c) Mempunyai akibat hukum terhadap obyeknya

Akad merupakan salah satu dari tindakan hukum. Adanya akad menimbulkan

³⁰Mardani, *Hukum Perikatan Syariah Indonesia*, Jakarta:Sinar Grafika, 2013, hal. 80.

³¹Ibid, hlm. 7

³²Ibid, hlm. 2.

³³Gemala Dewi, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Jakarta:Kencana, 2005, hlm. 48.

akibat hukum terhadap obyek hukum yang diperjanjikan oleh para pihak dan juga memberikan konsekuensi hak dan kewajiban yang mengikat para pihak.

Berdasarkan sifatnya akad dibagi kepada akad pokok (*al-Ashli*) yaitu akad yang berdiri sendiri tanpa memerlukan adanya sesuatu yang lain, contohnya jual beli, dan akad aksesoir (*al-taba'i*) yaitu akad yang membutuhkan adanya yang lain, contohnya rahn yang timbul karena adanya utang.³⁴

2. Rukun dan syarat

Rukun adalah unsur-unsur yang membentuk sesuatu, sehingga sesuatu terwujud karena adanya unsur-unsur tersebut yang membentuknya. Adapun akad juga terbentuk adanya unsur-unsur atau rukun-rukun yang membentuknya, yaitu sebagai berikut:

a) Para pihak yang membuat akad (*al-'aqidan*)

Pihak-pihak yang berakad merupakan faktor utama dalam pembentukan suatu akad karena tanpa mereka, ijab dan kabul tidak akan mungkin terwujud. Syaratnya tamyiz (cakap bertindak atau mencapai usia 12 tahun) dan berbilang pihak.

b) Pernyataan kehendak para pihak atau kesepakatan (*shighatul-'aqd*)

Yang dimaksud dengan *shighatul al-aqd* adalah dengan cara ijab dan kabul yang merupakan rukun akad itu dinyatakan, atau dengan kata lain, bagaimana suatu kesepakatan dinyatakan. Syaratnya adanya persetujuan ijab (penawaran) dan qobul (penerimaan) dan kesatuan majelis aqad. Hal ini harus dicapai tanpa adanya paksaan atau secara bebas. Ijab dan qobul merupakan wahana penandanya. Substansi ijab dan qobul ini adalah perizinan, ridho, dan persetujuan.

c) Objek akad

³⁴Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, Jakarta: Rajawali Press, 2008, hlm. 52.

Agar suatu akad dapat dipandang sah, objeknya memerlukan syarat yaitu:

- Telah ada pada waktu akad diadakan

Objek akad harus telah ada pada waktu akad diadakan. Barang yang belum ada tidak dapat menjadi objek akad menurut pendapat kebanyakan fukuha sebab hukum dan akibat aqad tidak mungkin bergantung pada sesuatu yang belum ada.

- Dibenarkan oleh Syara'

Para fukuha sepakat bahwa sesuatu yang tidak dapat menerima hukum akad tidak dapat menjadi objek akad. Dalam akad jual beli misalnya, barang yang diperjual belikan harus merupakan benda bernilai bagi pihak-pihak yang mengadakan akad jual beli.

- Dapat ditentukan dan diketahui

Objek akad harus dapat ditentukan dan diketahui oleh kedua belah pihak yang melakukan akad. Ketidakjelasan objek akad mudah menimbulkan sengketa di kemudian hari sehingga tidak memenuhi syarat menjadi objek akad.

- Dapat diserahkan pada waktu akad terjadi

Objek akad harus dapat diserahkan pada waktu akad terjadi, tetapi hal ini tidak berarti harus dapat diserahkan seketika. Yang dimaksud adalah pada saat yang telah ditentukan dalam akad, objek akad dapat diserahkan karena memang benar-benar ada di bawah kekuasaan yang sah pihak yang bersangkutan.

Bentuk objek akad:

- Objek akad berupa benda

Objek akad yang tidak berada di majelis akad (tempat dilakukan akad) dapat dideskripsikan suatu keterangan yang dapat memberi gambaran yang jelas dan menghilangkan ketidakjelasan yang mencolok mengenai objek. Bilamana objek

tersebut berupa benda individu, maka dideskripsikan sedemikian rupa sehingga menjadi jelas dan bilamana benda berupa benda yang memiliki satuan yang banyak dan serupa seperti barang produk pabrik yang sama jenisnya, maka dijelaskan dengan menyebutkan jenis, kualitas dan jumlahnya.

- Objek akad berupa perbuatan

Apabila objek akad berupa perbuatan, maka seperti halnya objek yang berupa benda, obyek tersebut harus tertentu atau dapat ditentukan dalam pengertian jelas dan diketahui oleh para pihak.

- Objek akad dapat ditransaksikan

Suatu objek akad dapat ditransaksikan dalam Hukum Islam apabila memenuhi kriteria berikut:

- Tujuan objek tersebut tidak bertentangan dengan transaksi, dengan kata lain suatu tidak dapat ditransaksikan apabila transaksi tersebut bertentangan dengan tujuan yang ditentukan untuk sesuatu tersebut.
- Sifat/hakekat dari objek itu tidak bertentangan dengan transaksi, dengan kata lain sesuatu tidak dapat ditransaksikan apabila sifat atau hakekat sesuatu itu tidak memungkinkan transaksi.
- Objek tersebut tidak bertentangan dengan ketertiban umum.

Kemudian menurut Prof. Dr. Syamsul Anwar, hukum perikatan syariah dilihat dari segi kaitan dengan objeknya maka secara garis besar dibagi kepada 4 (empat) macam, yaitu:

- Perikatan utang (Al-Iltizam Bi Ad-Dain)

Merupakan suatu bentuk perikatan yang objeknya adalah sejumlah uang atau sejumlah benda missal (misli).³⁵

- Perikatan benda (Al-Iltizam Bi' Al'ain)

Merupakan suatu hubungan hukum yang objeknya adalah benda tertentu untuk dipindahmilikkan, baik bendanya sendiri atau manfaatnya, atau untuk diserahkan atau dititipkan kepada orang lain.

- Perikatan kerja atau melakukan sesuatu (Al-Iltizam Bi Al-A'mal)

Merupakan suatu hubungan hukum antar dua pihak untuk melakukan sesuatu.

- Perikatan menjamin (Al-Iltizam Bi At Tautsiq)

Merupakan suatu perikatan yang objeknya adalah menanggung (menjamin) suatu perikatan.

- d) Tujuan akad (maudu' al-'aqd)

Syaratnya tidak bertentangan dengan syarak. Intinya syarat-syarat akad ada delapan yaitu tamyiz, berbilang pihak, persetujuan ijab dan qobul, kesatuan majlis akad, objek akad dapat diserahkan, objek akad tertentu atau dapat ditentukan, objek akad dapat ditransaksikan dan tujuan akad tidak bertentangan dengan syarak.

Apabila akad harus mempunyai tujuan agar aqad itu dapat dipandang sah dan mempunyai akibat hukum, diperlukan adanya syarat-syarat tujuan sebagai berikut:³⁶

- Tujuan akad hendaknya baru lahir pada saat aqad

³⁵Misli adalah harta yang ada jenisnya di pasaran. Lihat Mardani, *Fiqh Ekonomi Syariah: Fiqh Muamalah*, Jakarta:Kencana, 2012, hlm. 63.

³⁶ Daeng Naja, *Akad Bank Syariah*, Yogyakarta:Penerbit Pustaka Yustisia, 2011, hlm. 32.

diadakan (bukan merupakan kewajiban yang telah ada atas pihak-pihak yang bersangkutan tanda akad yang diadakan).

- Tujuan akad harus berlangsung hingga berakhirnya pelaksanaan akad.
- Tujuan akad harus dibenarkan syarak.

3. Asas-asas Akad

Asas-asas hukum perikatan syariah yaitu:³⁷

1) Asas Al-Ilahiyyah (Ketuhanan)

Asas Al-Ilahiyyah yaitu, asas KeTuhanan. Semua perbuatan manusia adalah ketentuan Allah Swt, dan segala sesuatu adalah milik Allah Swt. Dalil asas ini adalah Qs. Al-Hadiid (57) ayat 4 dan Qs. Al-Maidah (5) ayat 120.

2) Asas Nubuwwah (Kenabian)

Maksud dari asas Nubuwwah adalah Nabi Muhammad sebagai suri tauladan bagi umatnya dalam segala aspek kehidupan, termasuk dalam hal muamalah dan dalam melakukan kontrak syariah. Nabi Muhammad sebagai suri tauladan terdapat dalam Qs. Al-Ahzab (33) ayat 21. Suri tauladan yang diambil dalam hal bisnis antara lain, jujur dalam berdagang (*shiddiq*), dapat dipercaya (*amanah*), cerdas/cermat (*fathanah*), transparan dan akuntabilitas (*tabligh*).

3) Asas Ibadah

Asas Ibadah yaitu melakukan kontrak syariah diniatkan sebagai ibadah kepada Allah Swt. Dalil tentang asas ini adalah Qs. Adzariyat (51) ayat 56.

4) Asas Ibadah (boleh)

³⁷ Mardani, *Op.cit*, hlm. 3

Asas *Ibahah* adalah asas umum hukum Islam dalam bidang muamalat secara umum. Sesuai dengan kaidah fiqh, “hukum asal dalam bidang muamalah adalah *ibahah* (boleh), kecuali ada dalil yang melarangnya”.

5) Asas Huriyyah (kebebasan)

Asas *Huriyyah* yaitu asas kebebasan. Para pihak yang melakukan akad syariah harus mempunyai kebebasan berkontrak, tidak ada paksaan, tapi harus dilakukan dengan penuh kesadaran. Dalil tentang asas ini antara lain Qs. Al-Baqarah (2) ayat 256, Qs. Al-Maidah (5) ayat 1, Qs. Al-Ahzab (33) ayat 72, Qs. Ar-Rum (30) ayat 30, dan Qs. Al-Hijr (15) ayat 29.

6) Asas Musawwah (kesamaan/*equality*)

Asas Musawwah yaitu asas kesamaan atau kesederajatan para pihak yang melakukan akad/kontrak syariah. Dalil tentang asas ini terdapat dalam Qs. Al-Hujarat (49) ayat 13.

7) Asas ‘Adalah (keadilan)

Asas ‘*Adalah* yaitu asas keadilan, dimana para pihak yang melakukan kontrak syariah, tidak boleh ada yang terzalimi. Dalil asas ini terdapat dalam Qs. Asyura’ (42) ayat 15, Qs. An-Nahl (16) ayat 90, Qs. Al-Maidah (5) ayat 8, dan Qs. Al-‘Araf (7) ayat 29.

8) Asas Kitabah (tertulis)

Asas *Khitabah* yaitu asas tertulis, ialah suatu akad atau perikatan hendaklah dilakukan secara tertulis atau dinotariskan. Dalil tentang asas ini yaitu Qs. Al-Baqarah (2) ayat 282-283.

9) Asas Shiddiqah

Asas *Shiddiqah*, yaitu asas kejujuran. Para pihak yang melakukan kontrak syariah

wajib bersikap jujur, tidak unsur penipuan dan manipulasi. Dalil asas ini yaitu Qs. Al-Ahzab (33) ayat 70 dan Qs. Ali Imran (3) ayat 95.

10) Asas Ar-Ridha'iyah (kerelaan atau konsensualisme)

Asas *Ar-Ridha'iyah* yaitu asas kerelaan atau keridhaan. Para pihak yang melakukan kontrak syariah harus mengandung unsur kerelaan diantara mereka. Dalil tentang asas ini adalah Qs. An-Nisa (4) ayat 29.

11) Asas Halal

Asas halal maksudnya adalah objek barang yang diakadkan dalam kontrak syariah adalah barang yang dihalalkan. Dalil asas ini terdapat dalam Qs. Al-Baqarah (2) ayat 168 dan Qs. An-Nahl (16) ayat 114.

12) Asas Amanah

Asas amanah, yaitu asas kepercayaan. Para pihak yang melakukan kontrak syariah harus menjunjung tinggi amanah dan tidak khianat (wanprestasi). Dalil tentang asas ini antara lain, Qs. An-Nisa (4) ayat 58, Qs. Al-Baqarah (2) ayat 283, dan Qs. Al-Anfal (8) ayat 27.

Menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, asas-asas akad adalah sebagai berikut:

- a. Ikhtiyari atau sukarela, setiap akad dilakukan atas kehendak para pihak, terhindar dari keterpaksaan karena tekanan salah satu pihak atau pihak lain.
- b. Amanah atau menepati janji, setiap akad wajib dilaksanakan oleh para pihak sesuai dengan kesepakatan yang ditetapkan oleh yang bersangkutan dan pada saat yang sama terhindar dari cedera janji.

- c. Ikhtiyati atau kehati-hatian, setiap akad dilakukan dengan pertimbangan yang matang dan dilaksanakan secara tepat dan cermat.
- d. Luzum atau tidak berubah, setiap akad dilakukan dengan tujuan yang jelas dan perhitungan yang cermat, sehingga terhindar dari praktik spekulasi atau maisir.
- e. Saling menguntungkan, setiap akad dilakukan untuk memenuhi kepentingan para pihak sehingga tercegah dari praktik manipulasi dan merugikan para pihak.
- f. Taswiyah atau kesetaraan, para pihak dalam setiap akad memiliki kedudukan yang setara, dan mempunyai hak dan kewajiban yang seimbang.
- g. Transparansi, setiap akad dilakukan dengan pertanggungjawaban para pihak secara terbuka.
- h. Kemampuan, setiap akad dilakukan sesuai dengan kemampuan para pihak, sehingga tidak menjadi beban yang berlebih bagi yang bersangkutan.
- i. Taisir atau kemudahan, setiap akad dilakukan dengan cara saling memberi kemudahan kepada masing-masing pihak untuk dapat melaksanakannya sesuai dengan kesepakatan.
- j. Iktikad baik, akad dilakukan dalam rangka menegakkan kemaslahatan, tidak mengandung unsur jebakan dan perbuatan buruk lainnya.
- k. Sebab yang halal, tidak bertentangan dengan hukum, tidak

dilarang oleh hukum dan tidak haram.

4. Pembiayaan dalam perbankan syariah

Perbankan syariah menerapkan prinsip-prinsip kontrak muamalah yang bersumber dari Hukum Islam, yaitu bank melakukan kegiatan-kegiatan operasionalnya berdasarkan perintah dan larangan Allah SWT yang tercantum dalam Al-Qur'an dan Hadist.³⁸ Berbagai praktik kontrak dan perniagaan telah diberikan petunjuknya dalam Al-Qur'an bahwa terdapat berbagai unsur yang dilarang untuk dilakukan dalam sebuah kontrak, termasuk melarang perolehan keuntungan (*profit*) dengan cara melibatkan unsur *riba* (bunga) sesuai dengan yang tercantum dalam QS. Al-Baqarah: 275.

Al-Qur'an juga melarang adanya *gharar* dan *maysir*. *Gharar* secara bahasa diartikan sebagai ketidakpastian, resiko, spekulasi, dan kecurangan sedangkan *maysir* adalah bentuk perjudian/untung-untungan dalam arti sebagai sebuah bentuk yang nyata-nyata spekulasi. Hal ini karena dalam *maysir*, keuntungan yang diperoleh satu pihak secara otomatis menyebabkan kerugian di pihak lain. Larangan terhadap *maysir* dalam Al-Qur'an telah disebutkan dengan jelas pada surah Al-Baqarah ayat 219 dan Al-Maidah ayat 93.

Untuk menghindari unsur-unsur yang dilarang itulah maka Bank Islam didirikan. Dengan mempertimbangkan larangan-larangan di atas, maka pendirian Perbankan Syariah diharapkan dapat menjadi solusi untuk menghindari berbagai pelanggaran tersebut. Kepatuhan syariah adalah salah satu diantara sekian banyak isu yang paling utama terkait perbankan syariah.

Dibandingkan dengan perbankan konvensional, perbankan syariah adalah sebuah

³⁸ Karnaen Perwataatmaja dan M. Syafi'i Antonio, *Apa dan Bagaimana Bank Islam*, Yogyakarta: Dana Bhakti Wakaf, 1992, hlm. 2.

bisnis keuangan yang unik.Keunikan dari perbankan syariah ditunjukkan dalam beberapa hal khusus.Disingkirkannya penggunaan sistem bunga (*riba*) adalah hal yang paling mencolok.Kontrak keuangan yang berdasar jual-beli serta kontrak yang berdasar pada pembagian keuntungan dan kerugian (*profit and loss sharing*) merupakan fokus utama perbankan syariah yang tujuan utama bisnisnya adalah berada dalam kategori halal.Jenis-jenis kontrak yang diterapkan dalam bisnis perbankan syariah di Indonesia yang pertama adalah berdasarkan pada Undang-undang No. 10 Tahun 1998.Deskripsi mendetail dari kontrak-kontrak tersebut kemudian dibuat dalam Peraturan Bank Indonesia No. 7/46/PBI/2005. Kemudian muncul Undang-undang No.21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, namun tetap ketentuan PBI menjadi parameter tentang akad karena ketentuannya yang lebih mendetail, jelas dan aplikatif.

Pasal 36 Undang-undang Perbankan Syariah mengatur bahwa dalam memberikan pembiayaan dan melakukan kegiatan usaha lainnya, bank syariah dan UUS wajib menempuh cara-cara yang tidak merugikan bank syariah dan UUS dan kepentingan nasabah yang mempercayakan dananya. Oleh karena itu bank syariah wajib melakukan penilaian yang seksama terhadap watak (*character*), kemampuan (*capacity*), modal (*capital*), agunan (*collateral*), dan prospek usaha (*condition*). 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:

- a. Transaksi bagi hasil dalam bentuk *mudharabah* dan *musyarakah*.
- b. Transaksi sewa-menyewa dalam bentuk *ijarah* atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiya bittamlik*.

- c. transaksi jual beli dalam bentuk piutang *murabahah*, *salam*, dan *istishna*.
- d. transaksi pinjam meminjam dalam bentuk piutang *qardh*, dan
- e. transaksi sewa-menyewa jasa dalam bentuk *ijarah* untuk transaksi multijasa

berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara Bank Syariah dan/atau UUS dan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai dan/atau diberi fasilitas dana untuk mengembalikan dana tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan *ujrah*, tanpa imbalan, atau bagi hasil.

Kontrak muamalah dan produk-produk bisnis perbankan syariah di Indonesia antara lain:³⁹

- Tabungan/Pendanaan

- 1. *Wadi'ah*

Penitipan dana atau barang dari pemilik dana atau barang pada penyimpan dana atau barang dengan kewajiban pihak yang menerima titipan untuk mengembalikan dana atau barang titipan sewaktu-waktu. Kontrak ini dalam implementasi digunakan dalam produk perbankan berupa tabungan giro dan deposito.

- 2. *Mudarabah*

Definisi secara yuridis dari *mudharabah* adalah penanaman dana dari pemilik dana (*shahibul maal*) kepada pengelola dana (*mudharib*) untuk melakukan kegiatan usaha tertentu, dengan pembagian menggunakan metode bagi untung dan rugi (*profit and loss sharing*) atau metode bagi pendapatan (*revenue sharing*) antara kedua belah pihak berdasarkan nisbah yang telah disepakati sebelumnya.

³⁹Agus Triyanta, *Hukum Perbankan Syariah*, Malang:Setara Press, 2016, hlm. 97.

- Pembiayaan

1. Kontrak Berbasis Jual-Beli

a. *Murabahah*

Jual beli barang sebesar harga pokok barang ditambah dengan margin keuntungan yang disepakati.

b. *Istisna'*

Jual beli barang dalam bentuk pemesanan pembuatan barang dengan kriteria dan persyaratan tertentu yang disepakati dengan pembayaran sesuai dengan kesepakatan.

c. *Salam*

Jual-beli barang dengan cara pemesanan dengan cara-cara tertentu dan pembayaran tunai terlebih dahulu secara penuh.

2. Kontrak Berbasis Bagi Hasil

a. *Mudarabah*

penanaman dana dari pemilik dana (*shahibul maal*) kepada pengelola dana (*mudharib*) untuk melakukan kegiatan usaha tertentu, dengan pembagian menggunakan metode bagi untung dan rugi (*profit and loss sharing*) atau metode bagi pendapatan (*revenue sharing*) antara kedua belah pihak berdasarkan nisbah yang telah disepakati sebelumnya.

b. *Musyarakah*

Penanaman dana dari pemilik dana/modal untuk mencampurkan dana/modal mereka pada suatu usaha tertentu, dengan pembagian keuntungan berdasarkan nisbah yang telah disepakati sebelumnya, sedangkan kerugian ditanggung semua pemilik dana/modal berdasarkan bagian dana/modal masing-masing.

3. Kontrak Berbasis Sewa

a. *Ijarah*

Transaksi sewa menyewa atas suatu barang dan atau upah mengupah atas suatu jasa dalam waktu tertentu melalui pembayaran sewa atau imbalan jasa.

b. *Ijarah Muntahiyah bi al-tamlik*

Penggabungan sewa dan beli, dimana si penyewa mempunyai hak untuk memiliki barang pada akhir masa sewa. Kontrak ini adalah sejenis perpaduan antara jual-beli dan sewa atau lebih tepatnya akad sewa yang diakhiri dengan kepemilikan barang di tangan si penyewa. Sifat pemindahan ini yang membedakannya dengan *ijarah* biasa.

4. Kontrak Berbasis Fee

a. *Wakalah*

Akad pelimpahan kekuasaan atau pemberian kuasa untuk hal-hal yang boleh diwakilkan dari satu pihak kepada pihak lain. Dalam perbankan Islam kontrak ini diaplikasikan dalam produk *Money Transfer*, *Letters of Credit*, dan *Inkaso*.

b. *Hawalah*

Pengalihan utang dari orang-orang yang berutang kepada orang lain yang wajib menanggungnya. Dalam istilah para ulama, hal ini merupakan pemindahan beban utang dari *muhil* (orang yang berutang) menjadi tanggungan *muhal 'alaih* atau orang yang berkewajiban membayar utang.

c. *Kafalah*

Jaminan yang diberikan oleh penanggung (*kafii*) kepada pihak ketiga untuk memenuhi kewajiban pihak kedua atau yang ditanggung (*makfuul 'anhu, ashil*). Implementasi praktis dari kontrak ini dalam bisnis perbankan syariah adalah

dalam bentuk Bank Garansi (*Letter of Guarantee*).

d. *Rahn*

Rahn adalah menahan salah satu harta milik si peminjam sebagai jaminan atas pinjaman yang diterimanya. Barang yang ditahan tersebut memiliki nilai ekonomis. Dengan demikian, pihak yang menahan memperoleh jaminan untuk dapat mengembalikan kembali seluruh atau sebagian piutangnya. Secara sederhana dapat dijelaskan bahwa rahn adalah semacam jaminan utang dan gadai.

e. *Qarf*

f. *Wadi'ah Yad al-Amanah*

Pihak penyimpan tidak bertanggung jawab terhadap kerusakan atau kehilangan barang yang disimpan, yang tidak diakibatkan oleh perbuatan atau kelalaian penyimpan.

5. Kontrak Berbasis Pinjaman

1) *Qard Hasan*

Pinjam meminjam dana tanpa imbalan dengan kewajiban pihak peminjam mengembalikan pokok pinjaman secara sekaligus atau cicilan dalam jangka waktu tertentu.

Pembiayaan merupakan salah satu tugas pokok bank, yaitu pemberian fasilitas penyediaan dana untuk memenuhi kebutuhan pihak-pihak yang merupakan defisit unit.⁴⁰ Setiap pemberian pembiayaan sebenarnya jika dijabarkan secara mendalam mengandung beberapa arti. Sehingga jika kita bicara pembiayaan maka termasuk membicarakan unsur-unsur yang ada di dalamnya yang meliputi:

⁴⁰Zainul Arifin, *Dasar-Dasar Manajemen Bank Syariah*, Jakarta: Pustaka Alfabet, 2006, hlm. 200.

a) Kepercayaan

Yaitu keyakinan dari si pemberi pinjaman bahwa si penerima pinjaman akan mengembalikan pinjaman yang diterimanya sesuai dengan jangka waktu dan syarat-syarat yang disetujui oleh kedua belah pihak.

b) Kesepakatan

Yaitu kesepakatan antara si pemberi pembiayaan dengan penerima pembiayaan. Kesepakatan ini dituangkan dalam suatu perjanjian dimana masing-masing pihak menandatangani hak dan kewajiban. Kesepakatan penyaluran pembiayaan dituangkan dalam akad pembiayaan yang ditandatangani oleh kedua belah pihak yaitu bank dengan nasabah.

c) Jangka waktu

Yaitu masa pengembalian pinjaman yang telah disepakati. Setiap pembiayaan yang diberikan mempunyai jangka waktu masing-masing sesuai dengan kesepakatan. Jangka waktu ini mencakup waktu pengembalian pembiayaan yang telah disepakati. Hampir dapat dipastikan bahwa tidak ada pembiayaan yang tidak memiliki jangka waktu.

d) Resiko

Yaitu adanya suatu tenggang waktu pengembalian akan menyebabkan suatu resiko tidak tertagihnya. Dalam memberikan pembiayaan kepada perusahaan, bank tidak selamanya mendapatkan keuntungan, bank juga bisa mendapat kerugian. Seperti terjadi kesalahan dan lalai yang disengaja, maupun penyembunyian keuntungan oleh nasabah. Suatu resiko ini muncul karena ada tenggang waktu pengembalian. Semakin lama jangka waktu pembiayaan maka semakin besar resiko tidak tertagih, demikian sebaliknya.

e) Balas jasa

Merupakan keuntungan atas pemberian suatu pinjaman, jasa tersebut yang biasa kita kenal dengan bagi hasil atau margin. Balas jasa dalam bentuk bagi hasil ini dan biaya administrasi ini merupakan keuntungan bank.

B. Hak Tanggungan

a. Definisi dan konsep hak tanggungan

Hak Tanggungan merupakan salah satu lembaga hak jaminan kebendaan bersumber perjanjian terhadap benda tertentu yaitu hak-hak atas tanah yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah (UUHT). Menurut Pasal 1 ayat (1) definisi 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.”

Hak Tanggungan di dalam Undang-Undang Hak Tanggungan tidak dibangun dari suatu yang belum ada. Hak Tanggungan dibangun dengan mengambil alih atau mengacu asas-asas dan ketentuan pokok dari hipotek yang diatur oleh Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata yang berlaku sebagai penjaminan tanah terhadap utang adalah hipotek. Sedangkan gadai berlaku terhadap jaminan atas benda-benda bergerak. Di samping itu, dalam praktek dahulu dikenal pula jaminan utang fidusia. Kemudian terhadap jaminan utang fidusia ini keluar undang-undang yang mengaturnya yaitu

Undang-undang No. 30 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.⁴¹ Perkembangan selanjutnya adalah keluarnya Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Pokok-pokok Agraria yang tetap memperbolehkan diberlakukannya hipotek atas tanah sebelum adanya undang-undang khusus yang mengatur tentang hak tanggungan ini.

Jadi, dengan berlakunya Undang-undang No.4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan Dengan Tanah, ketentuan KUHPerdata tentang hipotek dinyatakan tidak berlaku lagi karena sudah terpenuhinya amanah dari Pasal 57 Undang-undang Pokok Agraria yang berbunyi:

“Selama undang-undang mengenai hak tanggungan tersebut dalam Pasal 51 belum terbentuk, maka yang berlaku adalah hipotek yang tersebut dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata Indonesia dan Credietverband yang tersebut dalam S.1908 no. 542, sebagaimana yang telah diubah dengan S. 1937 no. 190.”

Hipotek yang dinyatakan tidak berlaku lagi adalah yang khusus berkenaan dengan tanah (dan benda-benda yang berkaitan dengan tanah). Sedangkan hipotek (versi KUHPerdata) atas benda-benda lainnya masih tetap berlaku, misalnya hipotek atas kapal laut. Hipotek versi KUHPerdata juga berlaku terhadap pesawat terbang berdasarkan Undang-undang Perhubungan Udara.⁴²

b. Asas-asas hak tanggungan

Untuk mengetahui pemahaman Hak Tanggungan maka perlu dimengerti tentang asas-asas Hak Tanggungan, hal ini penting untuk membedakan Hak Tanggungan dari jenis dan bentuk jaminan utang lainnya. Asas-asas Hak Tanggungan adalah sebagai berikut:⁴³

⁴¹Munir Fuady, *Op.cit*, hlm. 68.

⁴²*Ibid*, hlm. 69.

⁴³Agus Pandoman, *Hak Tanggungan*, Yogyakarta:Pascasarjana FH UII, hlm. 23.

a. Asas hak didahulukan (*preference*)

Kreditor pemegang Hak Tanggungan mempunyai hak yang diutamakan untuk dipenuhi piutangnya. Hasil dari penjualan objek Hak Tanggungan apabila debitor cidera janji pertama kali dilunaskan pada kreditor pemegang Hak Tanggungan, kemudian jika ada, sisanya dibayarkan kepada kreditor lain secara konkuren. Apabila utang debitor sudah lunas namun masih ada sisa penjualan objek Hak Tanggungan, maka sisa penjualan itu diberikan kepada debitor. (Pasal 6, Penjelasan Pasal 6 jo. Penjelasan Umum angka 4 UUHT).Asas ini dilakukan dengan memperhatikan piutang negara.Dibandingkan dengan KUHPerdara asas ini terdapat dalam Pasal 1133, Pasal 1134 alinea 2 dan Pasal 1198.

b. Asas hak kebendaan

Di dalam Pasal 7 jo. Penjelasan Umum angka 3 huruf b UUHT tidak ada disebut kata hak kebendaan, yang ada disebut adalah sifat hak kebendaan yaitu Hak Tanggungan tetap mengikuti objeknya dalam tangan siapapun berada (*droit de suite*). Dengan demikian apabila objek Hak Tanggungan sudah beralih kepemilikan, kreditor tetap mempunyai hak untuk melakukan eksekusi terhadap objek Hak Tanggungan jika debitor cidera janji.

c. Asas spesialitas

Asas spesialitas disebut dalam Penjelasan Umum angka 3 huruf c UUHT.Asas spesialitas adalah pertelaan atau rincian mengenai objek Hak Tanggungan yang dituangkan dalam sertifikat atau bagi tanah yang yang belum terdaftar sekurang-kurangnya memuat uraian mengenai kepemilikan, letak, batas-batas dan luas tanahnya.Syarat ini merupakan syarat esensial bagi eksistensi Akta Pemberian

Hak Tanggungan (APHT).

d. Asas publisitas

Yang dimaksud publisitas ialah pencatatan dari pembebanan objek Hak Tanggungan sehingga dapat mengikat pihak ketiga dan memberikan kepastian hukum kepada pihak-pihak yang berkepentingan. Pemberian Hak Tanggungan wajib didaftarkan pada Kantor Pertanahan.

e. Asas parate eksekusi

Kemudahan dan kepastian pelaksanaan eksekusi terjadi dengan adanya sifat hak melakukan eksekusi dan pemegang Hak Tanggungan dengan mencantumkan irah-irah “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA” pada sertifikat Hak Tanggungan.

f. Asas aksesoir

Hak Tanggungan adalah suatu perjanjian ikutan dan tidak merupakan hak yang berdiri sendiri. Adanya dan hapusnya perjanjian ikutan tergantung dari perjanjian pokok.

g. Asas pemisahan horizontal

Asas ini mengajarkan bahwa hak atas tanah terpisah dari benda-benda yang melekat di atasnya. Penerapannya terjadi jika diperjanjikan yang dituangkan dalam APHT.

h. Asas perlekatan

Asas perlekatan mengatakan bahwa benda-benda yang melekat sebagai kesatuan tanah, karena hukum mengikuti hukum benda pokok. UUHT tidak menganut ajaran perlekatan vertical seperti dalam KUHPdata, namun berdasarkan kebutuhan, asas ini dianut juga. Penerapan asas ini didasarkan pada perjanjian,

yaitu jika para pihak sepakat, maka harus dituangkan secara tegas di dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT).

i. Asas itikad baik

Di dalam pelaksanaan Hak Tanggungan para pihak harus jujur. Pengertian itikad baik di dalam hak kebendaan mempunyai arti subyektif, berbeda dengan hukum perjanjian, dimana itikad baik bersifat obyektif yaitu kepatutan yang berlaku di dalam lalu lintas masyarakat.

c. Obyek hak tanggungan

Lingkup objek hak tanggungan dalam praktek dan perkembangan hukum tanah nasional meliputi.⁴⁴

- a. Objek hak tanggungan dapat meliputi bangunan, tanaman, dan hasil karya yang merupakan satu kesatuan dengan tanah.

Benda-benda tersebut dalam praktek juga diterima sebagai jaminan kredit bersama-sama dengan tanah yang bersangkutan, bahkan hampir tidak ada pemberian hak tanggungan yang hanya mengenai tanah saja, sedangkan di atas tanah tersebut ada bangunannya. Oleh karena itu di dalam pasal 4 ayat 4 dan ayat 6 diadakan ketentuan yang memberikan penegasan bahwa pembebanan hak tanggungan atas tanah dimungkinkan meliputi juga benda-benda tersebut, seperti yang telah dilakukan dan dibenarkan praktek selama ini. Untuk tetap dalam asas pemisahan horizontal, pembebanan atas bangunan, tanaman dan hasil karya tersebut harus secara tegas dinyatakan di dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan atas tanah yang bersangkutan.

- b. Bahwa objek hak tanggungan meliputi pula hak pakai atas tanah

⁴⁴*Ibid*, hlm. 26-28

negara tertentu.

Syarat untuk dapat dibebaninya suatu hak atas tanah dengan hak tanggungan adalah bahwa hak itu menurut sifatnya harus dapat dipindahtangankan, hal ini berkaitan dengan eksekusi untuk pelunasan utang. Sebelum lahirnya Undang-Undang Hak Tanggungan, bahwa Hak Pakai dalam Undang-undang Pokok Agraria tidak ditunjuk sebagai objek Hak Tanggungan, karena pada waktu itu tidak termasuk hak-hak atas tanah yang wajib didaftar dan karenanya tidak dapat memenuhi azas publisitas untuk dapat dijadikan jaminan utang. Akan tetapi dalam perkembangannya hak pakai pun harus didaftarkan yaitu Hak Pakai yang diberikan atas tanah Negara. Sebagian dari hak pakai yang didaftar itu menurut sifat dan kenyataannya dapat dipindahtangankan yaitu yang diberikan kepada orang perseorangan dan badan-badan hukum perdata.

Dari uraian di atas, maka dapat disimpulkan objek hak tanggungan adalah:⁴⁵

- a) Hak milik
- b) Hak guna usaha
- c) Hak guna bangunan
- d) Hak pakai atas tanah negara yang menurut sifatnya dapat dipindahtangankan
- e) Hak pakai atas hak milik (masih akan diatur dengan peraturan pemerintah)

Karena hak tanggungan merupakan hak kebendaan, maka keberadaan benda objek jaminan merupakan syarat yang sangat penting bagi eksistensi suatu jaminan utang. Hak tanggungan akan mengikuti benda objek jaminan utang, kemanapun

⁴⁵*Ibid*, hlm. 29

benda tersebut berada atau dialihkan. Tentang benda objek hak tanggungan ini dapat diklasifikasi sebagai berikut:⁴⁶

1. Objek hak tanggungan konvensional

adalah objek hak tanggungan yang sudah disebut sejak dari ketentuan Undang-undang Pokok Agraria No. 5 Tahun 1960. Terdapat 3 (tiga) hak yang dapat dijamin dengan hak tanggungan yaitu hak milik (Pasal 25 UUPA), hak guna usaha (Pasal 33 UUPA), dan hak guna bangunan (Pasal 39 UUPA).

2. Objek hak tanggungan nonkonvensional

adalah objek hak tanggungan yang belum disebutkan dalam Undang-undang Pokok Agraria No. 5 Tahun 1960 tetapi sudah disebutkan dalam undang-undang lainnya, yaitu sebagai berikut:

- hak pakai sebagai objek hak tanggungan
- bangunan, tanaman, dan hasil karya yang telah ada atau yang akan ada serta yang merupakan satu kesatuan dengan tanah
- hak tanggungan atas strata titel

d. Proses pembebanan hak tanggungan

Hak Tanggungan merupakan perjanjian aksesoir yang tentunya sebelum pembebanan atas suatu objek atau jaminan, sebelumnya didahului dengan adanya Perjanjian Utang Piutang atau Pengakuan Utang. Bahkan dalam perjanjian utang piutang tersebut telah disebutkan adanya janji untuk memberikan Hak Tanggungan oleh debitur/pemilik jaminan sebagaimana juga disebutkan dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Hak Tanggungan yang selengkapnya berbunyi

⁴⁶Munir Fuady, *Op.cit*, hlm. 72.

sebagai berikut:

“pemberian Hak Tanggungan didahului dengan janji untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu, yang dituangkan di dalam dan merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian utang piutang yang bersangkutan atau perjanjian yang menimbulkan utang tersebut.”

Selanjutnya tahapan pemberian Hak Tanggungan berturut-turut adalah sebagai berikut:

Pertama, Pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT).

Kedua, Pendaftaran oleh Kantor Pertanahan, yang saat lahirnya Hak Tanggungan.

Mengenai tahapan tersebut dapat dilihat pada Pasal 10 ayat (2) dan Pasal 13 ayat

(1) Undang-undang Hak Tanggungan yang masing-masing berbunyi:

Pasal 10 ayat (2)

“Pemberian Hak Tanggungan dilakukan dengan pembuatan Akta Hak Tanggungan oleh PPAT sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku”

Pasal 13 ayat (1)

“Pemberian Hak Tanggungan wajib didaftar pada Kantor Pertanahan.”

Penjelasan umum nomor 7 Undang-undang Hak Tanggungan menyebutkan bahwa menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku, PPAT adalah pejabat umum yang berwenang membuat akta pemindahan hak atas tanah dan akta lain dalam rangka pembebanan hak atas tanah, yang bentuknya ditetapkan, sebagai bukti dilakukannya perbuatan hukum tertentu mengenai tanah yang terletak dalam daerah kerjanya masing-masing. Dalam kedudukan sebagai yang disebutkan di atas, maka akta-akta yang dibuat oleh PPAT merupakan akta otentik.

Dalam memberikan Hak Tanggungan, pemberi Hak Tanggungan wajib hadir di hadapan PPAT. Jika karena sebab tertentu tidak dapat hadir sendiri, ia wajib menunjukkan pihak lain sebagai kuasanya, dengan Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan (SKMHT) yang berbentuk akta otentik. Pembuatan SKMHT

selain kepada Notaris ditugaskan juga kepada PPAT yang keberadaannya sampai pada wilayah kecamatan, dalam rangka memudahkan pemberian pelayanan kepada pihak-pihak yang memerlukan. Pembuatan SKMHT itu sendiri harus memenuhi beberapa persyaratan yuridis. Persyaratan yuridis yang diperlukan untuk pembuatan suatu SKMHT adalah.⁴⁷

1. SKMHT dibuat semata-mata hanya untuk membebaskan hak tanggungan. Jadi, SKMHT tidak memuat kuasa untuk melakukan perbuatan hukum lain selain dari kuasa untuk membebaskan hak tanggungan. Contohnya dalam SKMHT tidak boleh memuat juga tentang kuasa untuk menjual, menyewakan objek hak tanggungan, atau memperpanjang hak atas tanah.
2. SKMHT tidak memuat kuasa substitusi. Dalam konteks ini, pendelegasian wewenang tidak dianggap sebagai kuasa substitusi. Jadi, jika kuasa untuk membebaskan hak tanggungan diberikan kepada direktur suatu bank, kemudian direktur menugaskan salah satu kepala cabang bank untuk membebaskan hak tanggungan, maka pendelegasian tersebut bukanlah dianggap sebagai kuasa substitusi.
3. SKMHT harus memuat isi-isi pokok dari pembuatan hak tanggungan, antara lain:
 - Nama serta identitas kreditor
 - Nama dan identitas debitor apabila debitor bukan

⁴⁷Ibid, hlm. 89-90.

pemberi hak tanggungan

- Jumlah utang
4. Akta Pemberian Hak Tanggungan harus dibuat selambat-lambatnya dalam jangka waktu 1 (satu) bulan (untuk tanah sudah terdaftar) atau 3 (tiga) bulan (untuk tanah belum terdaftar).
 5. SKMHT tidak dapat ditarik kembali atau dibatalkan oleh salah satu pihak kecuali:
 - Ditarik kembali dengan persetujuan kedua belah pihak (debitor dan kreditor)
 - Jangka waktu berlakunya SKMHT telah berakhir
 - Kuasa yang terbit dari SKMHT telah dilaksanakan
 - Jika dibatalkan oleh pengadilan.

Keseluruhan proses pembebanan hak tanggungan dengan memperhitungkan pembuatan SKMHT menjadi beberapa tahap sebagai berikut:

- 1) Tahap pembuatan perjanjian utang-piutang yang akan dijamin pelunasannya oleh hak tanggungan. Terhadap pembuatan perjanjian utang-piutang ini tidak ada formalitas tertentu. Pembuatan perjanjian utang-piutang ini merupakan perjanjian pokok yang disertai dengan janji untuk memberikan hak tanggungan.
- 2) Tahap pembuatan SKMHT oleh Notaris atau PPAT
- 3) Tahap pengikatan hak tanggungan oleh PPAT
- 4) Tahap pendaftaran hak tanggungan oleh kantor pertanahan,

sehingga terbit sertifikat hak tanggungan.

Pada tahap pemberian Hak Tanggungan oleh pemberi Hak Tanggungan kepada kreditur, Hak Tanggungan yang bersangkutan belum lahir. Hak Tanggungan baru lahir pada saat dibukukan dalam buku tanah di Kantor Pertanahan. Oleh karena itu kepastian mengenai saat didaftarnya Hak Tanggungan tersebut adalah sangat penting bagi kreditur. Saat tersebut bukan saja menentukan kedudukannya yang diutamakan terhadap kreditur-kreditur lain, melainkan juga menentukan peringkatnya dalam hubungan dengan kreditur-kreditur lain yang juga memegang Hak Tanggungan dengan tanah yang sama sebagai jaminannya. Untuk memperoleh kepastian mengenai saat pendaftaran, dalam Undang-undang ditentukan bahwa tanggal buku tanah Hak Tanggungan yang bersangkutan adalah tanggal hari ketujuh setelah penerimaan surat-surat yang diperlukan bagi pendaftaran tersebut secara lengkap oleh Kantor Pertanahan, dan jika hari ketujuh itu jatuh pada hari libur, maka buku tanah yang bersangkutan diberi tanggal hari kerja berikutnya.

5. Hapusnya Hak Tanggungan dan Roya

Menurut Pasal 18 Undang-undang Hak Tanggungan, hapusnya hak tanggungan disebabkan beberapa alasan:

- 1) Karena telah hapusnya utang jaminan dengan hak tanggungan yang bersangkutan;
- 2) Karena pemegang hak tanggungan (kreditur) melepaskan hak tanggungan tersebut

Hapusnya hak tanggungan karena dilepaskan oleh pemegangnya dilakukan dengan pemberian pernyataan tertulis mengenai dilepaskannya hak tanggungan

tersebut oleh pemegang hak tanggungan kepada pemberi hak tanggungan.

- 3) Karena adanya pembersihan hak tanggungan berdasarkan penetapan peringkat hak tanggungan oleh ketua pengadilan negeri

Hapusnya hak tanggungan karena pembersihan hak tanggungan berdasarkan penetapan peringkat oleh Ketua Pengadilan Negeri terjadi karena permohonan pembeli hak atas tanah yang dibebani hak tanggungan tersebut agar hak atas tanah yang dibelinya itu dibersihkan dari beban hak tanggungan sebagaimana diatur dalam Pasal 19 Undang-undang Hak Tanggungan.

- 4) Karena hapusnya hak atas tanah yang dibebani hak tanggungan.

Hapusnya hak tanggungan karena hapusnya hak atas tanah yang dibebani hak tanggungan tidak menyebabkan hapusnya utang yang dijamin.

Hak tanggungan yang termasuk ke dalam salah satu kategori tersebut maka hak tersebut telah hapus, dan selanjutnya hak tanggungan tersebut harus dicoret dari dalam buku tanah serta sertifikat tanah oleh badan pertanahan. Pencoretan hak tanggungan yang sudah hapus ini sering disebut dengan “roya”.

Pencoretan hak tanggungan tersebut dilakukan setelah utangnya dibayar lunas atau setelah pihak kreditor membuat pernyataan tertulis bahwa hak tanggungan telah hapus. Dengan pencoretan hak tanggungan tersebut maka badan pertanahan melakukan penarikan sertifikat hak tanggungan dan sertifikat tersebut dinyatakan tidak berlaku lagi. Di samping itu, buku tanah hak tanggungan juga dinyatakan tidak berlaku lagi.

Pencoretan hak tanggungan atau roya merupakan tindakan administratif yang

perlu dilakukan agar data mengenai tanah selalu sesuai dengan kenyataan yang ada. Pengertian ini dapat kita temukan dalam Pasal 22 Undang-undang Hak Tanggungan yang menyatakan:

“bahwa pencoretan (roya) sebagaimana dimaksud dalam ayat 1 dan 2 dilakukan berdasarkan permohonan pihak yang berkepentingan melampirkan sertifikat hak tanggungan yang telah diberi catatan oleh kreditur, bahwa tanggungan sudah lunas atau pernyataan tertulis dari kreditur bahwa hak tanggungan telah hapus karena piutang yang dijamin pelunasannya dengan hak tanggungan telah lunas karena kreditur melepaskan hak tanggungan yang bersangkutan”.

Pasal 22 ayat 9 Undang-undang Hak Tanggungan membagi roya dalam beberapa katagori antara lain:

a. Roya Parsial

Roya parsial terjadi apabila diperjanjikan pelunasan secara angsuran. Bahwa timbulnya roya parsial dimungkinkan karena hak tanggungan dibebankan pada beberapa hak atas tanah, dapat diperjanjikan dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan yang bersangkutan. Bahwa pelunasan hutang yang dijamin dapat dilakukan dengan cara angsuran yang besarnya sama dengan nilai masing-masing hak atas tanah yang merupakan bagian dari objek hak tanggungan tersebut, sehingga kemudian hak tanggungan untuk menjamin sisa utang dilakukan dengan cara angsuran.

b. Consent Roya

Consent roya biasanya terjadi apabila surat roya hilang atau tidak diketemukan oleh sebab-sebab lain yang tidak bisa dibuktikan atas kehilangannya tersebut. Oleh sebab itu, biasanya pihak pertanahan akan minta dibuatkan Akta Consent Roya.

Pada prinsipnya, hak tanggungan bukan hapus karena adanya roya, tetapi justru karena hak tanggungan sudah hapus maka perlu diikuti dengan peroyaan.

C. Hukum Jaminan

Jaminan utang adalah pemberian keyakinan kepada pihak kreditor atas pembayaran utang-utang yang telah diberikannya kepada debitor, di mana hal ini terjadi karena hukum ataupun terbit dari suatu perjanjian yang bersifat aksesoris terhadap perjanjian pokoknya, yaitu berupa perjanjian yang menerbitkan utang-piutang.⁴⁸

Menurut Prof. Soebekti, jaminan yang ideal dapat terlihat dari:⁴⁹

1. Dapat membantu memperoleh kredit bagi pihak yang memerlukannya
2. Tidak melemahkan potensi (kekuatan) si penerima kredit untuk melakukan (meneruskan) usahanya
3. Memberikan kepastian kepada kreditor dalam arti bahwa apabila perlu maka mudah diuangkan untuk melunasi utang si debitur

Dalam Undang-undang No. 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Undang-undang No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan tidak menyebutkan secara tegas mengenai kewajiban atau keharusan adanya jaminan, namun tersirat jelas ditekankan pada Pasal 8 ayat (1) dalam kalimat, “.... wajib mempunyai keyakinan berdasarkan analisis yang mendalam atas itikad dan kemampuan serta kesanggupan Nasabah Debitur untuk melunasi utangnya atau mengembalikan pembiayaan...” yang menandakan jaminan harus disediakan oleh debitur.⁵⁰

Lebih lanjut tentang jaminan atau agunan ini dapat dilihat pada penjelasan Pasal 8 Undang-undang tersebut yang menyebutkan bahwa kredit yang diberikan oleh bank mengandung resiko, sehingga dalam pelaksanaannya bank harus

⁴⁸*Ibid*, hlm. 8

⁴⁹ Soebekti, *Jaminan-jaminan untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, Bandung: Alumni, hlm. 29

⁵⁰ Budi Untung, *Kredit Perbankan di Indonesia*, Yogyakarta: Andi Offset, 2011, hlm. 57

memperhatikan asas-asas prekreditasi yang sehat. Untuk mengurangi risiko tersebut maka jaminan pemberian kredit, dalam arti keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan debitur untuk melunasi utangnya sesuai dengan yang diperjanjikan merupakan faktor penting yang harus diperhatikan oleh bank.

Undang-undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah mengharuskan bank syariah dan/atau UUS untuk mempunyai keyakinan atas kemauan dan kemampuan calon nasabah penerima fasilitas untuk melunasi seluruh kewajiban pada waktunya. Untuk memperoleh keyakinan tersebut bank syariah dan/atau UUS wajib melakukan penilaian yang saksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan, dan prospek usaha dari calon nasabah penerima fasilitas.⁵¹ Mengingat adanya 2 (dua) sistem perbankan di Indonesia yaitu konvensional dan syariah, maka pembuatan jaminan di bank didasari pula oleh 2 (dua) macam sumber hukum jaminan yaitu:

a) Jaminan konvensional

Sumber hukum pengikatan jaminan konvensional terbagi menjadi 2 (dua) yaitu.⁵²

1. Undang-undang

Biasa disebut sebagai jaminan umum, adalah jaminan dari pihak debitur yang terjadi *by the operation of law* dan merupakan *mandatory rule*: setiap barang bergerak ataupun tidak bergerak milik debitur menjadi tanggungan utangnya kepada kreditor.⁵³ Norma hukum jaminan yang dilahirkan oleh undang-undang terdapat dalam ketentuan pasal 1131 dan 1132 KUHPerdara. Pasal 1131 KUHPerdara menentukan bahwa,

⁵¹ Lihat Pasal 23 Undang-undang No. 10 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah

⁵² Agus Pandoman, *Peraturan Primer Perikatan Akta-Akta Publisitas-Non Publisitas Jilid II*, Yogyakarta: Pasca Sarjana FH UII, hlm. 429

⁵³ Munir Fuady, *Op.cit*, hlm. 8.

“segala kebendaan si penghutang, baik yang bergerak maupun yang tak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan”.

Kemudian pasal 1132 menyatakan,

“kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan kepadanya, pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi menurut keseimbangan, yaitu menurut besar kecilnya piutang masing-masing, kecuali apabila diantara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan.”

Dari pasal 1131 KUH Perdata dapat disimpulkan asas-asas hubungan ekstern kreditur, yaitu sebagai berikut:⁵⁴

- Seorang kreditur boleh mengambil setiap bagian dari harta kekayaan debitur untuk pelunasan
- Setiap bagian kekayaan debitur dapat dijual guna pelunasan tagihan kreditur
- Hak tagihan kreditur hanya dijamin dengan harta benda debitur saja, tidak dengan *persoon debitur*.

Jaminan seperti itu diberikan kepada setiap kreditur dan karenanya disebut jaminan umum.

Dengan demikian apabila debitur dalam keadaan wanprestasi, maka lewat kewajiban jaminan umum ini kreditur dapat meminta pengadilan untuk menyita dan melelang seluruh harta debitur.

2. Perjanjian

Agar pembayaran utang menjadi aman, para kreditur cenderung meminta jaminan utang khusus yang bersifat kontraktual, yakni yang terbit dari perjanjian tertentu yang merupakan perjumpaan kehendak yang kedua setelah perjanjian pokok yang dilakukan oleh para pihak. Jaminan-jaminan yang bersifat kontraktual contohnya

⁵⁴ Budi Untung, *Op.cit*, hlm. 58

hak tanggungan atas tanah, gadai, hipotek, fidusia, dan sebagainya. Perbuatan hukum yang dilakukan dalam bentuk perjanjian tambahan ini sebagai perikta dari apa yang disebutkan dalam Pasal 1132 yaitu “kecuali apabila diantara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan”. Pengikatan jaminan bersumber pada perjanjian dikenal ada 2 (dua) macam yaitu jaminan perorangan dan jaminan kebendaan. Jaminan perorangan adalah jaminan yang hanya mempunyai hubungan langsung dengan pihak pemberi jaminan, bukan terhadap benda tertentu. Seorang kreditor lewat jaminan ini dapat mengambil harta debitor yang wanprestasi, dengan atau tanpa pranata hukum yang disebut “sita jaminan”. Bagaimanapun juga yang terikat sebagai jaminan di sini bukanlah barangnya, melainkan orangnya.

Jaminan perorangan dapat diklasifikasikan lagi ke dalam 3 (tiga) golongan, yaitu:

- garansi pribadi (*personal guarantee*)
- jaminan perusahaan (*corporate guarantee*)
- garansi bank (*bank guarantee*)

sedangkan jaminan kebendaan adalah jaminan yang mempunyai hubungan langsung dengan benda tertentu. Jaminan ini selalu mengikuti bendanya bendanya ke mana pun benda tersebut beralih atau dialihkan, serta dapat dialihkan kepada dan dapat dipertahankan kepada siapapun. Jaminan kebendaan yang berlaku saat ini antara lain:

- 1) Gadai

adalah suatu hak kebendaan yang bersifat aksesoir yang diberikan oleh pihak pemberi gadai (debitor) kepada pemegang gadai (kreditor) sebagai jaminan atas

pembayaran utang. Caranya adalah dengan benda objek gadai yang dapat berupa benda bergerak, bertubuh maupun tidak bertubuh, ke dalam kekuasaan pemegang gadai (kreditor) atau ke dalam kekuasaan pihak ketiga yang disetujui oleh kedua belah pihak.⁵⁵

Gadai juga memberikan hak prioritas bagi pemegang gadai (kreditor) untuk mendapat pembayaran terlebih dahulu daripada kreditor lainnya atas tagihan-tagihan dari kreditor pemegang gadai.

Ada 2 (dua) faktor yang membedakan jaminan gadai dibanding jaminan lainnya misalnya hak tanggungan atau hipotek. Pertama, yaitu faktor benda objek jaminan utang dan kedua berupa penguasaan atas benda objek jaminan tersebut. Objek hak tanggungan adalah benda tidak bergerak (tanah), sedangkan objek gadai prinsipnya adalah benda bergerak. Sementara itu yang membedakan lembaga gadai dengan lembaga fidusia adalah faktor penguasaan fisik atas bendanya. Pada gadai, fisik benda tersebut harus diserahkan kepada pemegang gadai, sedangkan pada fidusia, fisik benda tersebut masih tetap berada dalam kekuasaan pemberi fidusia. Gadai maupun fidusia sama-sama dapat diletakkan atas benda bergerak.⁵⁶

Tidak ada ketentuan mengenai dengan apa suatu perjanjian gadai dibuat. Gadai sebagai suatu perjanjian dapat dibuat secara otentik, tertulis di bawah tangan, bahkan gadai secara lisan pun sebenarnya tidak ada larangan. Akan tetapi, menurut Pasal 1151 KUHPerdara, persetujuan gadai dibuktikan dengan segala alat yang diperbolehkan bagi pembuktian persetujuan pokoknya. Urut-urutan proses pengikatan gadai secara hukum adalah:

- pembuatan perjanjian pokok, yakni perjanjian yang

⁵⁵ Munir Fuady, *Op.cit*, hlm. 152.

⁵⁶ *Ibid*, hlm. 153.

menerbitkan utang-piutang

- pembuatan perjanjian gadai
- penyerahan barang ke dalam kekuasaan pihak kreditor

Ancaman tidak sahnya suatu hak gadai dapat ditemukan pada Pasal 1152 ayat (2) yang berbunyi “*tidak sah adalah hak gadai atas segala benda yang dibiarkan tetap dalam kekuasaan di berutang atau pemberi gadai, ataupun yang kembali atas kemauan si berutang*”.

Hak gadai hapus karena 2 (dua) hal, pertama karena sifatnya sebagai perjanjian aksesoir, sehingga bergantung pada perjanjian pokok, apabila perjanjian pokok hapus maka begitu juga dengan hak gadai. Kedua, karena lepasnya barang gadai dari kekuasaan pemegang gadai. Ada 3 (tiga) hal yang menyebabkan lepasnya barang gadai yaitu (1) terlepasnya barang gadai dari kekuasaan pemegang gadai sebagaimana Pasal 1152 ayat 3 KUHPerdota; (2) dilepasnya barang gadai secara sukarela oleh pemegang gadai kepada pemberi gadai; (3) musnahnya barang gadai yang menjadi objek.

2) Hipotek

Menurut Pasal 1162 KUHPerdota, hipotik adalah suatu hak kebendaan atas benda-benda tak bergerak, untuk mengambil penggantian daripadanya bagi pelunasan suatu perikatan, namun sejak dikeluarkannya Undang-Undang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan Dengan Tanah, kelembagaan hipotik diberlakukan untuk objek kapal laut. Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 314 ayat (3) dan ayat (4) KUHDagang maupun ketentuan dalam Pasal 60 Undang-undang Nomor 17 Tahun 2008 tentang Pelayaran, kapal yang sudah terdaftar dalam daftar kapal Indonesian dapat dijadikan sebagai jaminan utang dengan

dibebani hipotik. Pembebanan hipotik atas kapal dilakukan dengan pembuatan akta hipotik oleh Pejabat Pendaftar dan Pencatat Balik Nama Kapal di tempat kapal didaftarkan dan dicatat dalam Daftar Induk Pendaftaran Kapal. Setiap akta hipotik diterbitkan 1 (satu) *Grosse Akta Hipotik* yang diberikan kepada penerima hipotik.

3) Hipotek atas Pesawat Udara dan Helikopter

Menurut Pasal 12 Undang-undang No.12 Tahun 1992 tentang Penerbangan, pesawat terbang dan helikopter yang berkebangsaan Indonesia serta telah didaftarkan dapat dibebani dengan hipotek. Akan tetapi UU Penerbangan tersebut telah dicabut dengan UU Penerbangan no. 1 Tahun 2009 yang tidak lagi menyebutkan tentang hipotek atas pesawat udara dan helikopter tersebut sehingga, hipotek kembali hanya dapat diikat kepada kapal laut. Terhadap pesawat terbang dan helikopter hanya dapat diikat dengan jaminan fidusia.⁵⁷

4) Hak Tanggungan

Menurut Pasal 1 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan Dengan Tanah, yang dimaksud dengan Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok Agraria, berikutan atau tidak berikutan 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.

5) Fidusia

⁵⁷*Ibid*, hlm. 177-179.

Lembaga fiducia lahir pertama-tama dari yurisprudensi di Belanda, yaitu dengan dikeluarkannya keputusan oleh *Hoge Raad* (HR) Belanda tanggal 29 Januari 1929 yang terkenal dengan *Bierbrouwerij Arrest*. Sedangkan perkembangan penggunaan lembaga jaminan fiducia di Indonesia, adalah setelah keluarnya keputusan *Hoogerechtshop* (HGH) pada tanggal 18 Agustus 1932. Kemudian pada tahun 1985, lembaga jaminan fiducia secara tegas disebutkan dalam suatu perundang-undangan yaitu Undang-undang Nomor 16 Tahun 1985 tentang Rumah Susun, dimana dalam Pasal 1 angka 8 disebutkan bahwa fiducia adalah hak jaminan yang berupa penyerahan hak atas benda berdasarkan kepercayaan yang disepakati sebagai jaminan bagi pelunasan piutang kreditur. Dalam fiducia, barang yang diserahkan sebagai jaminan kredit tetap berada dalam kekuasaan pihak yang menjamin/debitur, karena yang diserahkan adalah hak miliknya, maka penguasaan/penggunaan barang jaminan tersebut oleh debitur hanyalah dalam kapasitasnya sebagai peminjam pakai.

Sejak dikeluarkannya Undang-undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia, setiap jaminan fidusia menjadi wajib didaftarkan pada pejabat yang berwenang untuk mencegah debitur memfidusiakan sekali lagi atau menjual barang objek fidusia tanpa sepengetahuan kreditor asal. Pendaftaran fidusia dilakukan pada Kantor Pendaftaran Fidusia di tempat kedudukan pihak pemberi fidusia.

b) Jaminan syariah

Pembiayaan di bank syariah merupakan suatu bentuk investasi yang memerlukan waktu lama dan secara berangsur-angsur dana yang diinvestasikan tersebut akan kembali kepada bank. Bentuk-bentuk pembiayaan bank syariah secara umum

biasanya adalah jual-beli, bagi hasil, penyertaan modal atau kemitraan dan sewa. Jangka waktu pembiayaan disepakati oleh pihak bank dengan nasabahnya dengan mempertimbangkan kemampuan pengembalian biaya tersebut. Untuk mengantisipasi kerugian yang mungkin saja timbul dalam kegiatan pembiayaan, bank syariah harus menerapkan manajemen resiko. Pada Pasal 1 angka 7 PBI Nomor 13/23/PBI/2011 tentang Penerapan Manajemen Resiko Bagi Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah, yang dimaksud dengan resiko adalah resiko kredit yaitu resiko akibat kegagalan nasabah atau pihak lain dalam memenuhi kewajiban kepada bank sesuai dengan perjanjian yang disepakati. Resiko pembiayaan yang dihadapi oleh bank syariah yaitu resiko yang timbulnya kerugian diakibatkan kegagalan atau ketidak mampuan nasabah dalam memenuhi kewajiban sesuai akad atau perjanjian yang telah ditetapkan antara bank syariah dan nasabah. Resiko tersebut berdampak lebih besar bagi bank syariah, sehingga resiko pembiayaan harus diidentifikasi, diukur, dipantau, dan dikendalikan.

Pemberian jaminan atau agunan (*collateral*) merupakan salah satu langkah antisipatif untuk menghadapi resiko tersebut sehingga pembiayaan dapat disetujui oleh bank bila nasabah menyertai permohonan dengan jaminan yang layak. Jaminan tersebut berupa harta benda milik debitur atau pihak ketiga yang diikat sebagai alat pembayar jika terjadi gagal bayar terhadap pembiayaan oleh bank syariah dengan cara menjualnya melalui mekanisme yang telah ditetapkan, misalnya dengan melakukan pelelangan. Pada dasarnya konsep fikih muamalah tidak mengenal adanya ketentuan keharusan menyerahkan jaminan dari para pihak. Namun dalam Islam dikenal 2 (dua) jenis jaminan yaitu rahn dan kafalah yang di Indonesia masing-masing diatur dengan Fatwa DSN Nomor 25/DSN-

MUI/III/2002 Tentang Rahn dan Fatwa DSN Nomor 11/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Kafalah.

1. Akad *Rahn*

Ar-Rahn adalah menahan salah satu barang milik si peminjam atas pinjaman yang diterimanya. Barang yang ditahan tersebut memiliki nilai ekonomis. Dengan demikian pihak yang menahan memperoleh jaminan untuk dapat mengambil kembali seluruh atau sebagian piutangnya. Secara sederhana dapat dijelaskan bahwa rahn adalah semacam jaminan utang atau gadai.⁵⁸ Gadai menurut syariat Islam berarti penahanan atau pengekangan, sehingga dengan akad gadai menggadai kedua belah pihak mempunyai tanggung jawab bersama, yang punya utang bertanggung jawab melunasi utangnya dan orang yang berpiutang bertanggung jawab menjamin keutuhan barang jaminannya. Dan bila utang telah dibayar maka penahanan atau pengekangan oleh sebab akad itu menjadi lepas, sehingga pertanggung jawaban orang yang menggadai dan yang menerima gadai hilang untuk menjalankan kewajiban dan bebas dari tanggung jawab masing-masing.

Pemilik barang gadai disebut *rahin* dan orang yang mengutangkan yaitu orang yang mengambil barang tersebut serta menahannya disebut *murtahin*, sedangkan barang yang digadaikan disebut *rahn*.⁵⁹ Dalam hukum Islam, gadai seperti ini termasuk salah satu akad *mu'amalah* yang diperbolehkan dengan harus memenuhi persyaratan dan kualifikasi tertentu juga. Dewan Syariah Nasional menetapkan fatwa tentang Rahn dengan mengingat dalil Al-Qur'an ataupun Hadits nabi SAW.

⁵⁸Muhammad Syafi'i Antonio, "*Bank Syariah suatu Pengenalan Umum*", Jakarta: Tazkia Institute, 1999, hlm. 184.

⁵⁹Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, Jakarta: Pena Pundi Aksara, 2006, hlm. 187.

Diantaranya firman Allah dalam Qs. Al-Baqarah:283 :

“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 dipercaya itu menunaikan amanatnya (utangnya) dan hendaklah ia bertakwa kepada Allah Tuhannya; dan janganlah kamu (para saksi) menyembunyikan persaksian, dan barangsiapa yang menyembunyikannya, maka sesungguhnya ia adalah orang yang berdosa hatinya, dan Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan”

Hadits diriwayatkan oleh imam Bukhari dan muslim dari Aisyah ra. berkata,

“sesungguhnya Rasulullah SAW pernah membeli makanan dengan berhutang dari seorang yahudi, dan Nabi menggadaikan sebuah baju besi kepadanya”.

Dalam melaksanakan suatu perikatan terdapat rukun dan syarat gadai yang harus dipenuhi. Secara bahasa rukun adalah yang harus dipenuhi untuk sahnya suatu pekerjaan. Sedangkan syarat adalah ketentuan yang harus dipindahkan dan dilakukan.⁶⁰ Rukun akad rahn terdiri atas *rahin* (orang yang menyerahkan barang), *murtahin* (penerima barang), *marhun/rahn* (barang yang digadaikan) dan *marhun bih* (utang) serta ijab qabul, adapun rukun selebihnya merupakan turunan dari ijab dan qabul.⁶¹

Gadai atau pinjaman dengan jaminan benda memiliki beberapa rukun, antara lain:

1) *Aqid* (orang yang melakukan akad) meliputi 2 (dua) aspek:

- a. *Rahin*, adalah orang yang menggadaikan barang
- b. *Murtahin*, adalah orang yang berpiutang yang menerima barang gadai sebagai imbalan uang kepada yang dipinjamkan

2) *Ma'qud 'alaih* (yang diakadkan), yakni meliputi 2 (dua) hal:

- a. *Marhun* (barang yang digadaikan/barang gadai)

⁶⁰Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta:Balai Pustaka, 2002, hlm. 966.

⁶¹Dimyauddin Djuwaini, *Pengantar Fiqh Muamalah*, Yogyakarta:Pustaka Pelajar, 2008, hlm. 263.

b. *Dain Marhun biih*, (hutang yang karenanya diadakan gadai)

3) *Sighat* (akad gadai)

Ibnu Rusyd dalam kitab *Bidayatul Mujtahid* mengatakan bahwa rukun gadai terdiri dari 3 (tiga) bagian:

- a. Orang yang menggadaikan
- b. Akad gadai
- c. Barang yang digadaikan

Dalam hubungan ini menurut pendapat ulama Syafi'iyah, barang yang digadaikan itu memiliki 3 (tiga) syarat:

1. Berupa utang, karena barang utangan itu tidak dapat digadaikan
2. Menjadi tetap, karena sebelum tetap tidak dapat digadaikan, seperti jika seseorang menerima gadai atau imbalan sesuatu dengan yang dipinjamnya.
3. Barang yang digadaikan tidak sedang dalam proses pembayaran yang akan terjadi, baik wajib atau tidak seperti gadai dalam *kitabah*.

Menyangkut adanya utang, bahwa utang tersebut disyaratkan merupakan utang yang tetap, dengan kata lain utang tersebut bukan merupakan utang yang bertambah-tambah atau utang yang mempunyai bunga, sebab seandainya utang tersebut merupakan utang yang berbunga maka perjanjian tersebut sudah merupakan perjanjian yang mengandung riba, sedangkan perbuatan riba ini bertentangan dengan ketentuan syari'at Islam.

Menurut ulama' fiqh mengemukakan syarat-syarat *rahn* sesuai dengan rukun *rahn* itu sendiri. Dengan demikian, syarat-syarat *rahn* meliputi:

1. Syarat yang terkait dengan orang yang berakad adalah cakap bertindak hukum, kecakapan bertindak hukum menurut jumhur ulama' adalah orang yang baligh dan berakal. Sedangkan menurut Hanafiyah kedua belah pihak yang berakal tidak disyaratkan baligh tetapi cukup berakal saja. Oleh sebab itu menurut mereka anak kecil yang *mumayyiz* boleh melakukan akad *rahn*, dengan syarat akad yang dilakukan anak kecil yang sudah *mumayyiz* ini mendapat persetujuan walinya.
2. Syarat *marhun bih* (utang), syarat dalam hal ini adalah wajib dikembalikan oleh debitor kepada kreditor, utang itu dapat dilunasi dengan agunan tersebut, dan utang itu harus jelas dan tertentu.
3. Syarat *marhun* (agunan), syarat agunan menurut ahli fikih adalah harus dapat dijual dan nilainya seimbang dengan besarnya utang, agunan harus bernilai dan dapat dimanfaatkan menurut ketentuan hukum Islam, agunan harus jelas dan dapat ditunjukkan, agunan sah milik debitor, agunan tidak terkait dengan pihak lain, agunan harus merupakan harta yang utuh dan agunan dapat diserahkanterimakan kepada pihak lain, baik materi maupun manfaatnya

Dalam dunia perbankan, akad *rahn* diaplikasikan dalam 2 (dua) hal yaitu:⁶²

1) Sebagai produk pelengkap

Rahn dipakai dalam produk pelengkap, artinya sebagai akad tambahan (jaminan/collateral) terhadap produk lain seperti dalam pembiayaan *bai' al murabahah*. Bank dapat menahan barang nasabah sebagai konsekuensi akad tersebut.

2) Sebagai produk tersendiri

Rahn sebagai produk tersendiri adalah bank menerima jaminan utang atas pembiayaan yang diberikan sebesar harga barang yang dijadikan jaminan utang tersebut yang telah ditetapkan oleh bank.

Beberapa hal yang perlu diperhatikan dalam pelaksanaan *rahn* antara lain:

1) Kedudukan Barang Gadai

Selama ada di tangan pemegang gadai, maka kedudukan barang gadai hanya merupakan suatu amanat yang dipercayakan kepadanya oleh pihak penggadai.

2) Pemanfaatan Barang Gadai

Pada dasarnya barang gadai tidak boleh diambil manfaatnya baik oleh pemiliknya maupun oleh penerima gadai. Hal ini disebabkan status barang tersebut hanya sebagai jaminan utang dan sebagai amanat bagi penerimanya. Kecuali mendapat izin dari masing-masing pihak yang bersangkutan barang tersebut boleh dimanfaatkan.

3) Resiko Atas Kerusakan Barang Gadai

Ada beberapa pendapat mengenai kerusakan barang gadai yang disebabkan tanpa

⁶²Warkum Sumitro, *Asas-Asas Perbankan Islam & Lembaga-Lembaga Terkait (BAMUI, TAKAFUL dan Pasar Modal Syariah di Indonesia)*, Jakarta:PT. Raja Grafindo Persada, 2004, hlm. 117.

kesengajaan *murtahin*. Ulama mazhab Syafi'i dan Hambali berpendapat bahwa *murtahin* (penerima gadai) tidak menanggung resiko sebesar harga barang yang minimum. Penghitungan dimulai pada saat diserahkannya barang gadai kepada *murtahin* sampai hari rusak atau hilang.

4) Pemeliharaan Barang Gadai

Para ulama Syafi'iyah dan Hanabilah berpendapat bahwa biaya pemeliharaan barang gadai menjadi tanggungan penggadai dengan alasan bahwa barang tersebut berasal dari penggadai dan tetap merupakan miliknya. Sedangkan para ulama Hanafiyah berpendapat lain, biaya yang diperlukan untuk menyimpan dan memelihara keselamatan barang gadai menjadi tanggungan penerima gadai dalam kedudukannya sebagai orang yang menerima amanat.

5) Kategori Barang Gadai

Jenis barang yang bisa digadaikan sebagai jaminan adalah semua barang bergerak dan tak bergerak yang memenuhi syarat sebagai berikut:

- a. Benda bernilai menurut hukum syara
- b. Benda berwujud pada waktu perjanjian terjadi
- c. Benda diserahkan seketika kepada *murtahin*

Manfaat yang dapat diambil bank dari prinsip rahn adalah:

- 1) *Rahn* menjaga kemungkinan nasabah untuk lalai atau bermain-main dengan fasilitas pembiayaan yang diberikan.
- 2) Memberikan keamanan bagi segenap penabung dan pemegang deposito bahwa dananya tidak akan hilang begitu saja jika nasabah peminjam ingkar janji karena ada suatu aset atau barang (*marhun*) yang dipegang oleh bank.

- 3) Jika *rahn* diterapkan dalam mekanisme pegadaian, maka sudah tentu akan sangat membantu saudara kita yang kesulitan dana terutama di daerah-daerah.

2. Akad *Kafalah*

Secara terminologi, sebagaimana yang dinyatakan para ulama fikih, *kafalah* dapat didefinisikan sebagai berikut:⁶³

- 1) Mazhab Hanafi, *kafalah* adalah menggabungkan dua tanggungan dalam permintaan dan utang.
- 2) Mazhab Maliki, *kafalah* adalah orang yang mempunyai hak mengerjakan tanggungan pemberi beban serta bebannya sendiri yang disatukan, baik menanggung pekerjaan yang sesuai maupun pekerjaan yang berbeda.
- 3) Mazhab Syafi'i, *kafalah* adalah akad yang menetapkan *iltizam* hak yang tetap pada tanggungan (beban) yang lain atau menghadirkan zat benda yang dibebankan atau menghadirkan badan oleh orang yang berhak menghadirkannya.
- 4) Mazhab Hanbali, *kafalah* adalah *iltizam* sesuatu yang diwajibkan kepada orang lain serta kekekalan benda tersebut yang dibebankan atau *iltizam* orang yang mempunyai hak menghadirkan 2 harta pemiliknya kepada orang yang mempunyai hak.

Definisi lain *kafalah* adalah jaminan yang diberikan oleh penanggung (kafil) kepada pihak ketiga untuk memenuhi kewajiban pihak kedua atau yang

⁶³M. Syafi'i Antonio, *Bank Syariah: Teori dan Praktek*, Jakarta: Tazkia Cendekia, 2001, hlm. 123.

ditanggung (*mukful 'anhu ashil*).⁶⁴ Di dalam kamus istilah fikih, *kafalah* diartikan menanggung atau penanggungan terhadap sesuatu, yaitu akad yang mengandung perjanjian dari seseorang dimana padanya ada hak yang wajib dipenuhi terhadap orang lain, dan berserikat bersama orang lain itu dalam hal tanggung jawab terhadap hak tersebut dalam menghadapi penagih.⁶⁵ Jadi secara singkat *kafalah* berarti mengalihkan tanggung jawab seseorang kepada orang lain dengan imbalan.⁶⁶

Pada asalnya, *kafalah* adalah padanan dari *dhamman*, yang berarti penjaminan sebagaimana tersebut di atas. Namun dalam perkembangannya, situasi telah mengubah pengertian ini. *Kafalah* identik dengan *kafalah al-wajhi* (*personal guarantee*, jaminan diri), sedangkan *dhamman* identik dengan jaminan yang berbentuk harta secara mutlak.⁶⁷

Dasar hukum *Kafalah* ini adalah Al-Qur'an dan As-Sunnah, antara lain dalam Al-Qur'an Surat Yusuf:66, Nabi Yakub berkata:

“ Aku sekali-kali tidak akan melepaskannya (pergi) bersama-sama kamu, sebelum kamu memberikan kepadaku janji yang teguh atas nama Allah, bahwa kamu pasti akan membawanya kembali kepadaku...”

Selanjutnya pada ayat 72 surat yang sama Allah SWT berfirman:

“ mereka menjawab ‘kami kehilangan piala raja, dan siapa yang dapat mengembalikannya akan memperoleh (bahan makanan seberat) beban unta, dan aku jamin itu’ ”

Hadits Nabi riwayat Bukhari juga menyebutkan tentang *kafalah*.⁶⁸

“ Telah dihadapkan kepada Rasulullah SAW jenazah seorang laki-laki untuk disalatkan. Rasulullah SAW bertanya ‘apakah ia mempunyai utang?’ Sahabat

⁶⁴Fatwa DSN Nomor 11/DSN-MUI/IV/2000 tentang Kafalah

⁶⁵M. Abdul Mudjib, et. al., *Kamus Istilah Fiqih*, Jakarta:Pustaka Firdaus, 1994, hlm. 148.

⁶⁶ Ascarya, *Akad dan Produk Bank Syariah*, Jakarta:Rajawali Press, 2007, hlm. 106.

⁶⁷Adiwarman A. Karim, *Ekonomi Islam: Suatu Kajian Kontemporer*, Jakarta:Gema Insani, 2001, hlm. 106.

⁶⁸Lihat bagian mengingat Fatwa DSN-MUI No: 11/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Kafalah

menjawab, 'tidak', maka Beliau mensalatkannya. Kemudian dihadapkan lagi jenazah lain, Rasulullah pun bertanya, 'apakah ia mempunyai utang?' Sahabat menjawab, 'ya'. Rasulullah berkata, 'salatkanlah temanmu itu' (beliau sendiri tidak mau mensalatkannya). Lalu Abu Qatadah berkata, 'saya menjamin utangnya, ya Rasulullah'. Maka Rasulullah pun mensalatkan jenazah tersebut."

Dalam melakukan akad *kafalah* perlu diperhatikan rukun dan syarat akadnya, adapun rukun *kafalah* menurut beberapa literatur fikih terdiri atas.⁶⁹

- a. Pihak penjamin/penanggung (*kafil*), dengan syarat *baligh* (dewasa), berakal sehat, berhak penuh melakukan tindakan hukum dalam urusan hartanya, dan rela (*ridha*) dengan tanggungan *kafalah* tersebut.
- b. Pihak yang berhutang (*makful 'anhu 'ashil*), dengan syarat sanggup menyerahkan tanggungannya (*piutang*) kepada penjamin dan dikenal oleh penjamin.
- c. Pihak yang berpiutang (*makful lahu*), dengan syarat diketahui identitasnya, dapat hadir pada waktu akad atau memberikan kuasa, dan berakal sehat.
- d. Obyek jaminan (*makful bih*):
 - merupakan tanggungan pihak/orang yang berhutang (*ashil*), baik berupa uang, benda, maupun pekerjaan,
 - bisa dilaksanakan oleh penjamin,
 - harus merupakan piutang mengikat (*luzim*) yang tidak mungkin hapus kecuali setelah dibayar atau

⁶⁹Warkum Sumitro, *Op.cit*, hlm. 45.

dibebaskan,

- harus jelas nilai, jumlah, dan spesifikasinya,
- tidak bertentangan dengan syari'ah (diharamkan).

Kafalah dapat dilakukan dengan 2 (dua) cara, yaitu *kafalah* dengan harta dan *kafalah* dengan jiwa. Sementara jenis *kafalah* ada 3 (tiga) yaitu:⁷⁰

- a. *kafalah bit Taslim*, yaitu jaminan pengembangan barang yang disewa
- b. *kafalah Al-Munjazah*, yaitu jaminan mutlak tanpa batas waktu
- c. *kafalah Al-Mu'alaq*, yaitu jaminan yang dibatasi jangka waktu tertentu⁷¹

Aplikasi *kafalah* dalam jasa perbankan antara lain bank garansi.

⁷⁰Mardani, *Op.cit*, hlm. 191.

⁷¹Ascarya, *Op.cit*, hlm. 107

BAB III

ANALISIS

A. Bentuk Akta Pengikatan Akad at-Taba'i (accessoir) Pemberian Hak Tanggungan Berdasarkan Akad Pembiayaan Syariah

Hak Tanggungan merupakan 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.⁷² Hak Tanggungan merupakan perjanjian accessoir yang tentunya sebelum pembebanan atas suatu objek atau jaminan, sebelumnya didahului dengan adanya perjanjian utang piutang atau pengakuan utang sesuai dengan yang disebabkan Pasal 10 ayat (1) UU Hak Tanggungan yang berbunyi sebagai berikut:

“Pemberian Hak Tanggungan didahului dengan janji untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu, yang dituangkan di dalam dan merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian utang piutang yang bersangkutan atau perjanjian yang menimbulkan utang tersebut ”

Dalam memberikan Hak Tanggungan, pemberi Hak Tanggungan wajib hadir di hadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) untuk dituangkan dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT). Jika karena sebab tertentu tidak dapat hadir sendiri, pemberi Hak Tanggungan wajib menunjuk pihak lain sebagai kuasanya, dengan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (SKMHT), yang berbentuk

⁷²Lihat Pasal 1 ayat 1 Undang-undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan Dengan Tanah

akta otentik.⁷³

Bentuk Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT) berdasarkan hasil penelitian penulis, yang akan penulis lampirkan pada tesis ini adalah berupa akta yang dibuat sendiri oleh PPAT, bukan dengan blanko perjanjian standar yang formatnya telah disediakan oleh Badan Pertanahan Nasional (BPN). Subyek hukumnya adalah Manajer PT. Bank BTN Syariah cabang Depok yang bertindak dalam jabatannya berdasarkan petikan Surat Keputusan Direksi PT. BANK TABUNGAN NEGARA (Persero) Tbk-Nomor 139/DIR/2016 tanggal 31 Maret 2016, untuk dan atas nama badan hukumnya sendiri yaitu PT. BANK TABUNGAN NEGARA (Persero), Tbk Cabang Syariah disebut sebagai Pihak Kedua selaku Penerima Hak Tanggungan. Menurut keterangannya, dalam APHT ini bertindak berdasarkan Akta Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan untuk dan atas nama Pihak Pertama selaku Pemberi Hak Tanggungan yaitu nasabah penerima pembiayaan Al-Musyarakah yang identitasnya tertulis pada komparisi. Memasuki bagian premis kemudian terdapat klausul, “ para pihak menerangkan:-----

- a. bahwa oleh Pihak Kedua dan selaku Debitor, telah dibuat dan ditanda-tangani perjanjian utang-piutang yang dibuktikan dengan:-----
- Akta Pengakuan Hutang dan Kuasa Untuk Menjual tanggal

dibuat di hadapan saya, Pejabat, selaku Notaris di Kota Depok.-----

- b. bahwa untuk menjamin pelunasan utang Debitor sejumlah Rp.
(.....)/ sejumlah uang yang dapat ditentukan dikemudian hari berdasarkan perjanjian utang-piutang tersebut di atas dan penambahan, perubahan, perpanjangan serta pembaruannya (selanjutnya disebut

⁷³Agus Pandoman, *Hak Tanggungan*, Yogyakarta:Pascasarjana FH UII, hlm. 31.

perjanjian utang-piutang) sampai sejumlah Nilai Tanggungan Peringkat I (Pertama) sebesar Rp. (.....) oleh Pihak Pertama diberikan dengan akta ini kepada dan untuk kepentingan Pihak Kedua, yang dengan ini menyatakan menerimanya, Hak Tanggungan dan peraturan-peraturan pelaksanaannya atas objek/Objek-objek berupa 1 (satu) hak atas tanah yang diuraikan di bawah ini: ----- ”

kemudian yang menjadi objek Hak Tanggungan adalah berupa sebidang tanah yang di atasnya berdiri sebuah bangunan rumah tinggal berikut turutan-turutannya yang diuraikan secara jelas pada premis.

Isi APHT berisi 5 (lima) Pasal dengan ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

Pasal 1

Pihak Pertama menjamin bahwa semua Objek Hak Tanggungan tersebut di atas, betul milik Pertama, tidak tersangkut dalam suatu sengketa, bebas dari sitaan dan bebas pula dari beban-beban apapun yang tidak tercatat.

Pasal 2

Hak Tanggungan tersebut di atas diberikan oleh Pihak Pertama dan diterima oleh Pihak Kedua dengan janji-janji yang disepakati oleh kedua belah pihak sebagaimana diuraikan dibawah ini:

- Pihak Pertama tidak akan menyewakan kepada pihak lain Objek Hak Tanggungan tanpa persetujuan tertulis terlebih dahulu dari Pihak Kedua, termasuk menentukan atau mengubah jangka waktu sewa dan/atau menerima uang sewa dimuka jika disetujui disewakan atau sudah disewakan;

- Pihak Pertama tidak akan mengubah atau merombak semua bentuk atau susunan Objek Hak Tanggungan, termasuk mengubah sifat dan tujuan kegunaannya baik seluruhnya maupun sebagian, tanpa persetujuan tertulis terlebih dahulu dari Pihak Kedua;
- Dalam hal Debitor sungguh-sungguh cidera janji, Pihak Kedua oleh Pihak Pertama dengan akta ini diberi dan menyatakan menerima kewenangan, dan untuk itu kuasa, untuk mengelola Objek Hak Tanggungan berdasarkan Penetapan Ketua Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi letak Objek Hak Tanggungan yang bersangkutan;
- Jika Debitor tidak memenuhi kewajiban untuk melunasi utangnya, berdasarkan perjanjian utang piutang tersebut diatas, oleh Pihak Pertama, Pihak Kedua selaku Pemegang Hak Tanggungan peringkat Pertama dengan akta ini diberi dan menyatakan menerima kewenangan, dan untuk itu kuasa, untuk tanpa persetujuan terlebih dahulu dari Pihak Pertama:
 - a) menjual atau suruh menjual dihadapan umum secara lelang Objek Hak Tanggungan baik seluruhnya maupun sebagian-sebagian;
 - b) mengatur dan menetapkan waktu, tempat, cara dan syarat-syarat penjualan;
 - c) menerima uang penjualan, menandatangani dan menyerahkan kuitansi;
 - d) menyerahkan apa yang dijual itu kepada pembeli yang

bersangkutan;

e) mengambil dari uang hasil penjualan itu seluruhnya atau sebagian untuk melunasi utang debitor tersebut di atas; dan

f) melakukan hal-hal lain yang menurut undang-undang dan peraturan hukum yang berlaku diharuskan atau menurut pendapat Pihak Kedua perlu dilakukan dalam rangka melaksanakan kuasa tersebut.

- Pihak Kedua sebagai pemegang Hak Tanggungan Pertama atas Objek Hak Tanggungan tidak akan membersihkan Hak Tanggungan tersebut kecuali dengan persetujuan dari Pemegang Hak Tanggungan Kedua dan seterusnya, walaupun sudah dieksekusi untuk pelunasan piutang Pemegang Hak Tanggungan Pertama;
- Tanpa persetujuan tertulis terlebih dahulu dari Pihak Kedua, Pihak Pertama tidak akan melepaskan haknya atas Objek Hak Tanggungan atau mengalihkannya secara apapun untuk kepentingan Pihak Ketiga;
- Dalam hal Objek Hak Tanggungan dilepaskan haknya oleh Pihak Pertama atau dicabut haknya untuk kepentingan umum, sehingga hak Pihak Pertama atas Objek Hak Tanggungan berakhir, Pihak Kedua dengan akta ini oleh Pihak Pertama diberi dan menyatakan menerima kewenangan, dan untuk itu kuasa, untuk menuntut atau menagih dan menerima uang ganti rugi dan/atau segala sesuatu yang karena itu dapat ditagih dari Pemerintah dan/atau Pihak Ketiga lainnya, untuk itu menandatangani dan menyerahkan tanda

penerimaan uang dan melakukan tindakan-tindakan yang perlu dan berguna serta dipandang baik oleh Pihak Kedua serta selanjutnya mengambil seluruh atau sebagian uang ganti rugi dan lain-lainnya tersebut pelunasan piutangnya;

- Pihak Pertama akan mengasuransikan Objek Hak Tanggungan terhadap bahaya-bahaya kebakaran dan malapetaka lain yang dianggap perlu oleh Pihak Kedua dengan syarat-syarat untuk suatu jumlah pertanggungan yang dipandang cukup oleh Pihak Kedua pada perusahaan asuransi yang ditunjuk oleh Pihak Kedua, dengan ketentuan surat polis asuransi yang bersangkutan akan disimpan oleh Pihak Kedua dan Pihak Pertama akan membayar premi pada waktu dan sebagaimana mestinya; Dalam hal terjadi kerugian karena kebakaran atau malapetaka lain atas Objek Hak Tanggungan Pihak Kedua dengan akta ini diberi dan menyatakan menerima kewenangan, dan untuk itu kuasa, untuk menerima seluruh atau sebagian uang ganti kerugian asuransi yang bersangkutan sebagai pelunasan utang Debitor.
- Pihak Kedua dengan akta ini diberi dan menyatakan menerima kewenangan, dan untuk itu diberi kuasa, untuk, atas biaya Pihak Pertama, melakukan tindakan yang diperlukan untuk menjaga dan mempertahankan serta menyelamatkan Objek Hak Tanggungan, jika hal itu diperlukan untuk pelaksanaan eksekusi atau untuk mencegah menjadi hapusnya atau dibatalkannya hak atas Objek Hak Tanggungan karena tidak dipenuhinya atau dilanggarnya

ketentuan Undang-undang serta jika diperlukan mengurus perpanjangan jangka waktu dan pembaruan hak atas tanah yang menjadi Objek Hak Tanggungan;

- Jika Pihak Kedua mempergunakan kekuasaannya untuk menjual Objek Hak Tanggungan, Pihak Pertama akan memberikan kesempatan kepada yang berkepentingan untuk melihat Objek Hak Tanggungan yang bersangkutan pada waktu yang ditentukan oleh Pihak Kedua dan segera mengosongkan dan menyerahkan Objek Hak Tanggungan tersebut kepada Pihak Kedua atau pihak yang ditunjuk oleh Pihak Kedua agar selanjutnya dapat menggunakan dalam arti kata yang seluas-luasnya;
- Sertipikat tanda bukti hak atas tanah yang menjadi Objek Hak Tanggungan akan diserahkan oleh Pihak Pertama kepada Pihak Kedua untuk disimpan dan dipergunakan oleh Pihak Kedua dalam melaksanakan hak-haknya sebagai pemegang Hak Tanggungan dan untuk itu Pihak Pertama dengan akta ini memberikan kuasa kepada Pihak Kedua untuk menerima sertipikat tersebut di Kantor Pertanahan setelah Hak Tanggungan ini didaftar;

Pasal 3

Untuk melaksanakan janji-janji dan ketentuan-ketentuan sebagaimana diuraikan dalam Pasal 2, Pihak Pertama dengan akta ini memberi kuasa kepada Pihak Kedua, yang menyatakan menerimanya untuk menghadap dihadapan pejabat-pejabat pada instansi yang berwenang, memberikan keterangan, menandatangani formulir/surat, menerima segala surat berharga dan lain surat serta membayar

semua biaya dan menerima hak segala uang pembayaran serta melakukan segala tindakan yang perlu dan berguna untuk melaksanakan janji-janji dan ketentuan-ketentuan tersebut.

Pasal 4

Para pihak dalam hal-hal mengenai Hak Tanggungan tersebut di atas dengan segala akibatnya memilih domisili pada Kantor Pengadilan Negeri Kota Depok.

Pasal 5

Biaya pembuatan akta ini, uang saksi dan segala biaya mengenai pembebanan Hak Tanggungan tersebut dibayar oleh Debitor.

APHT diakhiri dengan penyebutan saksi-saksi yang keduanya merupakan pegawai PPAT yang bersangkutan, ditandatangani oleh para pihak, para saksi dan PPAT, dibuat sebanyak 2 (dua) rangkap asli yaitu 1 (satu) lembar pertama disimpan di kantor PPAT dan 1 (satu) rangkap lembar kedua disampaikan kepada Kepala Kantor Pertanahan Kota Depok untuk keperluan pendaftaran Hak Tanggungan.

Dapat dilihat bahwa Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT) untuk akad pembiayaan tersebut identik dengan APHT pada perjanjian kredit konvensional pada umumnya. Akad pembiayaan pada bank syariah yang harusnya tidak mengenal hutang bertransformasi menjadi berbasis hutang layaknya perjanjian kredit pada bank konvensional karena, pada perjanjian penjaminannya yaitu APHT, tetap memuat klausul “telah dibuat dan ditanda-tangani perjanjian utang-piutang yang dibuktikan dengan”. Hal tersebut membuktikan bahwa pembuatan akad pada bank syariah di Indonesia masih tumpang tindih dikarenakan akad pokoknya yang dibuat berdasarkan ketentuan syariah namun

akad aksesoirnya atau *at-Taba'iny* terutama hak tanggungan dibuat dengan dasar hukum konvensional. Seperti tidak mungkin memisahkan hak tanggungan dengan hutang karena unsur pokok dari hak tanggungan sendiri adalah hak jaminan untuk pelunasan utang.⁷⁴ Kemudian hak tanggungan juga merupakan bagian yang tak terpisahkan dari perjanjian utang-piutang atau perjanjian yang menimbulkan utang tersebut.⁷⁵ Sedangkan kegiatan pembiayaan oleh bank syariah tidak boleh menimbulkan utang karena menganut prinsip Islam yaitu tolong-menolong.

Jadi terdapat transformasi atau pergeseran dimana akta akad syariah berubah dalam hal pengikatan jaminannya menjadi akta akad konvensional. Hal ini tidak membatalkan akta akad pembiayaan tersebut, namun menurut penulis hal ini dapat mengurangi kesyariaatan dari akad pembiayaan itu sendiri.

Pada APHT tersebut didapati Notaris juga sebelumnya membuat Kuasa Untuk Menjual. Kuasa Untuk Menjual sebenarnya saat ini kurang berfungsi lagi dan tidak digunakan oleh bank-bank lain karena sudah ada APHT, hanya saja Bank BTN Syariah tetap ingin menggunakan Kuasa Menjual.⁷⁶ Bank melakukan tindakan seperti itu dengan alasan jaga-jaga yang tidak akan dipergunakan jika debitur membayar utang secara lancar. Namun hal tersebut tidak dibenarkan dalam Undang-Undang Hak Tanggungan.⁷⁷ Ketentuan Pasal 20 Undang-Undang Hak Tanggungan mengatur tentang eksekusi hak tanggungan apabila debitur cidera janji, yaitu pada ayat (1), (2), dan (3) :

(1) Apabila debitur cidera janji, maka berdasarkan:

⁷⁴ Agus Pandoman, *Peraturan Primer Perikatan Akta-Akta Publisitas-Non Publisitas Jilid II*, (Yogyakarta: Pasca Sarjana FH UII), hal. 431.

⁷⁵ Lihat Pasal 10 ayat (1) UU Hak Tanggungan

⁷⁶ Hasil wawancara dengan Arsin Effendi, S.H., Notaris/PPAT di Depok, Jawa Barat

⁷⁷ <http://www.indonesianotarycommunity.com/batal-demi-hukum-kuasa-menjual-yang-dibuat-ketika-obyek-yang-dijual-dalam-jaminan-bank/> oleh Dr. Habib Adjie, S.H., M.Hum

- a. Hak pemegang Hak Tanggungan pertama untuk menjual obyek Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6, atau
 - b. Titel eksekutorial yang terdapat dalam sertipikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14 ayat (2), obyek Hak Tanggungan dijual melalui pelelangan umum menurut tata cara yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan untuk pelunasan piutang pemegang Hak Tanggungan dengan hak mendahului dari pada kreditor-kredito lainnya.
- (2) Atas kesepakatan pemberi dan pemegang Hak Tanggungan, penjualan obyek Hak Tanggungan dapat dilaksanakan di bawah tangan jika dengan demikian itu akan dapat diperoleh harga tertinggi yang menguntungkan semua pihak.
- (3) Pelaksanaan penjualan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) hanya dapat dilakukan setelah lewat waktu 1 (satu) bulan sejak diberitahukan secara tertulis oleh pemberi dan/atau pemegang Hak Tanggungan kepada pihak-pihak yang berkepentingan dan diumumkan sedikit-dikitnya dalam 2 (dua) surat kabar beredar di daerah yang bersangkutan dan/atau media massa setempat, serta tidak ada pihak yang menyatakan keberatan.

Kemudian ayat (4) menyatakan bahwa setiap janji untuk melaksanakan eksekusi Hak Tanggungan dengan cara yang bertentangan dengan ketentuan-ketentuan pada ayat (1), (2), dan ayat (3) batal demi hukum. Oleh karena itu membuat Kuasa Menjual merupakan tindakan yang sia-sia karena akta tersebut tidak berlaku dan dianggap tidak pernah terjadi sejak awal.

Demi memenuhi Asas Publisitas, menurut Pasal 13 ayat (1), Hak Tanggungan

wajib didaftarkan pada kantor Pertanahan setempat. Setelah APHT dibuat oleh PPAT dan ditanda tangani oleh para pihak, PPAT mengirimkan APHT kepada Kantor Pertanahan selambat-lambatnya 7 (tujuh) hari kerja setelah penandatanganan APHT. Pendaftaran Hak Tanggungan dilakukan oleh Kantor Pertanahan dengan membuat buku tanah Hak Tanggungan dan mencatatnya dalam buku tanah hak atas tanah yang menjadi obyek Hak Tanggungan serta menyalin catatan tersebut pada sertifikat hak atas tanah yang bersangkutan. tanggal buku tanah Hak Tanggungan yang bersangkutan adalah tanggal hari ketujuh setelah penerimaan surat-surat yang diperlukan bagi pendaftaran tersebut secara lengkap oleh Kantor Pertanahan, dan jika hari ketujuh itu jatuh pada hari libur, maka buku tanah yang bersangkutan diberi tanggal hari kerja berikutnya. Selanjutnya Pasal 14 ayat (1) UU Hak Tanggungan menentukan bahwa sebagai tanda bukti adanya Hak Tanggungan, Kantor Pertanahan menerbitkan sertipikat Hak Tanggungan. Sertipikat Hak Tanggungan kemudian diserahkan kepada pemegang Hak Tanggungan. Demikian menurut Pasal 14 ayat (5).

B. Praktek Pembuatan Akad Accesoir Pada Notaris

Perbankan syariah yang menerapkan prinsip-prinsip kontrak muamalah yang bersumber pada hukum Islam harusnya dijalankan dengan konsep *non loan*, namun pada prakteknya ditemui adanya akta pengakuan hutang dalam kegiatan pembiayaan. Pembiayaan adalah penyediaan dana atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berupa:

- a. Transaksi bagi hasil dalam bentuk *mudharabah* dan *musyarakah*.
- b. Transaksi sewa-menyewa dalam bentuk *ijarah* atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiya bittamlik*.

- c. transaksi jual beli dalam bentuk piutang *murabahah*, *salam*, dan *istishna*.
- d. transaksi pinjam meminjam dalam bentuk piutang *qardh*, dan
- e. transaksi sewa-menyewa jasa dalam bentuk *ijarah* untuk transaksi multijasa

berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara Bank Syariah dan/atau UUS dan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai dan/atau diberi fasilitas dana untuk mengembalikan dana tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan *ujrah*, tanpa imbalan, atau bagi hasil.⁷⁸

Praktek pembuatan akad aksesoir pada Notaris/PPAT untuk akad pembiayaan berdasarkan hasil penelitian penulis, lebih mengacu kepada peraturan konvensional karena jaminan yang digunakan berupa jaminan-jaminan konvensional. Contohnya seperti pada Bank BTN Syariah yang menggunakan Hak Tanggungan sebagai pengikatan jaminannya. Pada akta akad aksesoir Hak Tanggungan yang penulis dapat dari PPAT, pengikatannya didahului dengan pembuatan Akta Pengakuan Hutang dan Kuasa Untuk Menjual dan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (SKMHT). SKMHT digunakan karena Nasabah tidak dapat hadir sendiri untuk memberikan Hak Tanggungan. Menurut teori dalam memberikan Hak Tanggungan, pemberi Hak Tanggungan wajib hadir di hadapan PPAT. Jika karena sebab tertentu tidak dapat hadir sendiri, ia wajib menunjukkan pihak lain sebagai kuasanya, dengan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (SKMHT) yang berbentuk akta otentik. Selain itu sertifikat objek Hak Tanggungan juga masih dalam proses balik nama sehingga hanya bisa diikat

⁷⁸Lihat Pasal 1 Nomor 25 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah

dengan SKMHT terlebih dahulu. Keseluruhan proses pembebanan hak tanggungan dengan memperhitungkan pembuatan SKMHT menjadi beberapa tahap sebagai berikut:

- 1) Tahap pembuatan perjanjian utang-piutang yang akan dijamin pelunasannya oleh hak tanggungan. Terhadap pembuatan perjanjian utang-piutang ini tidak ada formalitas tertentu. Pembuatan perjanjian utang-piutang ini merupakan perjanjian pokok yang disertai dengan janji untuk memberikan hak tanggungan.
- 2) Tahap pembuatan SKMHT oleh Notaris atau PPAT
- 3) Tahap pengikatan hak tanggungan oleh PPAT
- 4) Tahap pendaftaran hak tanggungan oleh kantor pertanahan.

Berdasarkan hasil penelitian yang penulis dapat pada Bank BJB Syariah pun jaminan yang digunakan yaitu Fiducia, SKMHT, dan APHT yang keseluruhannya merupakan jaminan konvensional. Selain itu dikatakan bahwa jaminan kebendaan seperti Hak Tanggungan bertujuan agar pembiayaan aman dan mudah dieksekusi jika terjadi kegagalan dalam pembayarannya.⁷⁹

Eksekusi terhadap barang jaminan pada Bank BJB Syariah dilakukan setelah restrukturisasi atau pembaruan perjanjian pembiayaan. Pembaruan perjanjian pembiayaan dilakukan apabila nasabah didapati melakukan gagal bayar yang dikarenakan penurunan penghasilan sehingga perlu dilakukan perpanjangan waktu pembiayaan dan jumlah angsuran pun dapat dikurangi. Penyelesaian gagal bayar tersebut menggunakan teknik novasi dan memenangkan hukumnya dengan responsif – represif.

⁷⁹Berdasarkan hasil wawancara dengan Dadi Pinandi Waluya: *Account Officer Consumer Bank BJB Syariah kcp. Leuwiang, Bogor, Jawa Barat.*

Sesuai dengan sifat aksesoir dari Hak Tanggungan, adanya Hak Tanggungan tergantung pada adanya piutang yang dijamin pelunasannya. Apabila piutang itu hapus karena pelunasan atau sebab-sebab lain, dengan sendirinya Hak Tanggungan yang bersangkutan menjadi hapus juga. Selain itu, pemegang Hak Tanggungan dapat melepaskan Hak Tanggungannya dan hak atas tanah dapat hapus yang mengakibatkan hapusnya Hak Tanggungan.⁸⁰ Menurut Pasal 18 Undang-undang Hak Tanggungan, hapusnya hak tanggungan disebabkan beberapa alasan:

- 1) Karena telah hapusnya utang jaminan dengan hak tanggungan yang bersangkutan;
- 2) Karena pemegang hak tanggungan (kreditor) melepaskan hak tanggungan tersebut

Hapusnya hak tanggungan karena dilepaskan oleh pemegangnya dilakukan dengan pemberian pernyataan tertulis mengenai dilepaskannya hak tanggungan tersebut oleh pemegang hak tanggungan kepada pemberi hak tanggungan.

- 3) Karena adanya pembersihan hak tanggungan berdasarkan penetapan peringkat hak tanggungan oleh ketua pengadilan negeri

Hapusnya hak tanggungan karena pembersihan hak tanggungan berdasarkan penetapan peringkat oleh Ketua Pengadilan Negeri terjadi karena permohonan pembeli hak atas tanah yang dibebani hak tanggungan tersebut agar hak atas tanah yang dibelinya itu dibersihkan dari beban hak tanggungan sebagaimana diatur dalam Pasal 19 Undang-undang Hak Tanggungan.

- 4) Karena hapusnya hak atas tanah yang dibebani hak tanggungan.

⁸⁰Penjelasan Pasal 18 ayat (1) Undang-Undang Hak Tanggungan

Hapusnya hak tanggungan karena hapusnya hak atas tanah yang dibebani hak tanggungan, misalnya hapusnya Hak Guna Bangunan (HGB), tidak menyebabkan hapusnya utang yang dijamin.

Hapusnya hak tanggungan karena pembersihan hak tanggungan berdasarkan penetapan peringkat oleh Ketua Pengadilan Negeri terjadi karena permohonan pembeli hak atas tanah yang dibebani hak tanggungan tersebut agar hak atas tanah yang dibelinya itu dibersihkan dari beban hak tanggungan. Ketentuan ini menurut Penjelasan Pasal 19 ayat (1), diadakan dalam rangka melindungi kepentingan pembeli obyek Hak Tanggungan, agar benda yang dibelinya terbebas dari Hak Tanggungan yang semula membebaninya, jika harga pembelian tidak mencukupi untuk melunasi utang yang dijamin. Jika tidak dibersihkan, Hak Tanggungan yang bersangkutan akan tetap membebaninya obyek yang dibeli. Sesuai dengan Asas Hak Kebendaan, di dalam Pasal 7 jo. Penjelasan Umum angka 3 huruf b UUHT tidak ada disebut kata hak kebendaan, yang ada disebut adalah sifat hak kebendaan yaitu Hak Tanggungan tetap mengikuti objeknya dalam tangan siapapun berada (*droit de suite*). Dengan demikian apabila objek Hak Tanggungan sudah beralih kepemilikan, kreditor tetap mempunyai hak untuk melakukan eksekusi terhadap objek Hak Tanggungan jika debitur cidera janji.

Selanjutnya hak tanggungan tersebut harus dicoret dari dalam buku tanah serta sertifikat tanah oleh badan pertanahan. Pencoretan hak tanggungan yang sudah hapus inidisebut dengan “roya”.Pencoretan hak tanggungan tersebut dilakukan setelah utangnya dibayar lunas atau setelah pihak kreditor membuat pernyataan tertulis bahwa hak tanggungan telah hapus.Pengertian ini dapat kita temukan dalam Pasal 22 Undang-undang Hak Tanggungan yang menyatakan:

“bahwa pencoretan (roya) sebagaimana dimaksud dalam ayat 1 dan 2 dilakukan berdasarkan permohonan pihak yang berkepentingan melampirkan sertifikat hak tanggungan yang telah diberi catatan oleh kreditur, bahwa tanggungan sudah lunas atau pernyataan tertulis dari kreditur bahwa hak tanggungan telah hapus karena piutang yang dijamin pelunasannya dengan hak tanggungan telah lunas karena kreditur melepaskan hak tanggungan yang bersangkutan”.

Sesuai dengan penelitian penulis pada bank BJB syariah, Bank membuat surat Permohonan Roya yang diajukan kepada Badan Pertanahan Nasional (BPN) setempat yang didalam surat tersebut dinyatakan bahwa fasilitas pembiayaan telah diselesaikan oleh Nasabah. Roya dilakukan demi ketertiban administrasi dan tidak mempunyai pengaruh hukum terhadap Hak Tanggungan yang bersangkutan yang sudah hapus.⁸¹

Seperti yang telah dibahas pada bab sebelumnya bahwa jenis jaminan yang dikenal oleh Islam hanyalah *Rahn* (gadai) dan *Kafalah* (*borgtocht*) yang di Indonesia masing-masing diatur dengan Fatwa DSN Nomor 25/DSN-MUI/III/2002 Tentang *Rahn* dan Fatwa DSN Nomor 11/DSN-MUI/IV/2000 Tentang *Kafalah*. *Rahn* adalah menahan salah satu barang milik si peminjam atas pinjaman yang diterimanya. Barang yang ditahan tersebut memiliki nilai ekonomis. Dengan demikian pihak yang menahan memperoleh jaminan untuk dapat mengambil kembali seluruh atau sebagian piutangnya. Secara sederhana dapat dijelaskan bahwa *rahn* adalah semacam jaminan utang atau gadai.⁸² Gadai menurut syariat Islam berarti penahanan atau pengekangan, sehingga dengan akad gadai menggadai kedua belah pihak mempunyai tanggung jawab bersama, yang punya utang bertanggung jawab melunasi utangnya dan orang yang berpiutang bertanggung jawab menjamin keutuhan barang jaminannya. Dan bila utang telah

⁸¹Penjelasan Pasal 22 ayat (1) Undang-Undang Hak Tanggungan

⁸²Muhammad Syafi'i Antonio, "*Bank Syariah suatu Pengenalan Umum*", Jakarta: Tazkia Institute, 1999, hlm. 184.

dibayar maka penahanan atau pengekangan oleh sebab akad itu menjadi lepas, sehingga pertanggung jawaban orang yang menggadai dan yang menerima gadai hilang untuk menjalankan kewajiban dan bebas dari tanggung jawab masing-masing. Dasar hukum rahn yaitu Qs. Al-Baqarah:283 :

“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 dipercaya itu menunaikan amanatnya (utangnya) dan hendaklah ia bertakwa kepada Allah Tuhannya; dan janganlah kamu (para saksi) menyembunyikan persaksian, dan barangsiapa yang menyembunyikannya, maka sesungguhnya ia adalah orang yang berdosa hatinya, dan Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan”

Kafalah adalah jaminan yang diberikan oleh penanggung (kafil) kepada pihak ketiga untuk memenuhi kewajiban pihak kedua atau yang ditanggung (mukful ‘anhu ashil). Dasar hukum *kafalah* adalah Al-Qur’an Surat Yusuf:66, Nabi Yakub berkata:

“ Aku sekali-kali tidak akan melepaskannya (pergi) bersama-sama kamu, sebelum kamu memberikan kepadaku janji yang teguh atas nama Allah, bahwa kamu pasti akan membawanya kembali kepadaku...”

Kedua jaminan tersebut pada prakteknya justru jarang diaplikasikan pada bank syariah. Terutama apabila jumlah atau dana pembiayaannya cukup besar. Kekurangan dalam *rahn* tidak terdapat klasifikasi atau perbedaan antara barang bergerak dan tidak bergerak. Kategori barang gadai(*rahn*) adalah semua barang bergerak dan tak bergerak yang memenuhi syarat sebagai berikut:

- d. Benda bernilai menurut hukum syara
- e. Benda berwujud pada waktu perjanjian terjadi
- f. Benda diserahkan seketika kepada *murtahin*

Menurut ulama’ fiqh mengemukakan syarat-syarat rahn sesuai dengan rukun rahn itu sendiri. Dengan demikian, syarat-syarat rahn meliputi:

1. Syarat yang terkait dengan orang yang berakad adalah cakap bertindak hukum, kecakapan bertindak hukum menurut jumhur ulama' adalah orang yang baligh dan berakal. Sedangkan menurut Hanafiyah kedua belah pihak yang berakal tidak disyaratkan baligh tetapi cukup berakal saja. Oleh sebab itu menurut mereka anak kecil yang *mumayyiz* boleh melakukan akad rahn, dengan syarat akad yang dilakukan anak kecil yang sudah *mumayyiz* ini mendapat persetujuan walinya.
2. Syarat *marhun bih* (utang), syarat dalam hal ini adalah wajib dikembalikan oleh debitor kepada kreditor, utang itu dapat dilunasi dengan agunan tersebut, dan utang itu harus jelas dan tertentu.
3. Syarat *marhun* (agunan), syarat agunan menurut ahli fikih adalah harus dapat dijual dan nilainya seimbang dengan besarnya utang, agunan harus bernilai dan dapat dimanfaatkan menurut ketentuan hukum Islam, agunan harus jelas dan dapat ditunjukkan, agunan sah milik debitor, agunan tidak terkait dengan pihak lain, agunan harus merupakan harta yang utuh dan agunan dapat diserahkanterimakan kepada pihak lain, baik materi maupun manfaatnya

Teori di atas menyebutkan syarat *marhun* atau agunan *rahn* hanyalah benda tersebut harus dapat dijual dan nilainya seimbang dengan besarnya utang, dapat dimanfaatkan menurut ketentuan hukum Islam, harus jelas dan dapat ditunjukkan, sah milik debitor, tidak terkait dengan pihak lain, harus merupakan harta yang utuh dan dapat diserahkanterimakan kepada pihak lain, baik materi maupun manfaatnya. Pengaturan tersebut sangat berseberangan dengan pengaturan

jaminan kebendaan berdasarkan ketentuan hukum positif dimana pengklasifikasiannya benda lebih beragam dengan lembaga penjaminan yang berbeda-beda pula.

Gadai (*rahn*) pada hukum positif hanya berlaku untuk benda bergerak dan fisik benda tersebut harus diserahkan kepada pemegang gadai, dalam hal ini bank syariah. Kemudian untuk benda bergerak lainnya yaitu fiducia, yang membedakan dengan gadai adalah benda tersebut masih dalam penguasaan pemberi gadai. Penjaminan dengan fiducia harus dilakukan dengan pendaftaran pada Kantor Pendaftaran Fidusia di tempat kedudukan pihak pemberi fiducia.⁸³ Kemudian untuk benda tidak bergerak berupa tanah, harus dilakukan dengan jaminan Hak Tanggungan yang telah diatur dengan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996. Padahal jaminan Hak Tanggungan menjadi yang paling diminati oleh bank dikarenakan yang menjadi objek jaminan adalah tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah. Tanah memiliki nilai yang terus meningkat setiap tahunnya sehingga dianggap akan menjadi yang paling menguntungkan ketika nanti dieksekusi apabila terjadi gagal bayar oleh penerima fasilitas.

Hal tersebut kemudian membuat bank syariah mengalami kesulitan untuk benar-benar tunduk pada ketentuan syariah dalam hal pengikatan jaminannya dikarenakan pengaturan syariah tentang jaminan atau agunan guna kebutuhan perbankan syariah di Indonesia tidak lengkap, sehingga terpaksa harus menggunakan jaminan konvensional. Sedangkan agunan menjadi keharusan dalam perbankan syariah sesuai dengan penjelasan Pasal 23 ayat (2) UU No. 21

⁸³Lihat Undang-undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia

Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yaitu, 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.. Oleh karena itu sering terjadi pergeseran-pergeseran yang dilakukan oleh bank syariah dalam menjalankan usahanya terutama karena keterbatasan peraturan tentang jaminan untuk kegiatan pembiayaan perbankan syariah Indonesia.

Sama halnya seperti akad pokok (*al-Ashli*), akad aksesoir (*al-Taba'i*) juga harus memenuhi unsur-unsur akad yaitu:

- Pertalian ijab dan kabul

Ijab adalah pernyataan kehendak oleh satu pihak (mujib) untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Kabul adalah pernyataan menerima atau menyetujui kehendak mujib tersebut oleh pihak lainnya (qabil). Bentuk dari ijab dan kabul ini beraneka ragam dan diuraikan pada bagian rukun akad.

- Dibenarkan oleh Syara'

Pelaksanaan, tujuan, obyek serta seluruh bagian dari akad tidak boleh bertentangan dengan ketentuan ajaran Islam yang bersumber dari Al-Qur'an dan Hadist.

- Mempunyai akibat hukum terhadap obyeknya

Akad merupakan salah satu dari tindakan hukum. Adanya akad menimbulkan akibat hukum terhadap obyek hukum yang diperjanjikan oleh para pihak dan juga memberikan konsekuensi hak dan kewajiban yang mengikat para pihak.

Dalam ketentuan umum Fatwa MUI tentang Kafalah juga dinyatakan, "pernyataan ijab dan qabil harus dinyatakan oleh para pihak untuk menunjukkan kehendak

mereka dalam mengadakan kontrak (akad).”Pernyataan ijab dan qabul dalam akad pembiayaan perbankan syariah tidak dinyatakan sebagaimana pernyataan ijab dan qabul dalam akad pernikahan, padahal pernyataan ijab (penawaran) dan qabul (penerimaan) merupakan unsur terpenting dari akad yang menandakan perizinan, ridho, dan persetujuan. Perikatan dalam pembiayaan perbankan syariah akhirnya hanya berakhir seperti perjanjian konvensional biasa yang terlahir sebatas dari kesepakatan antara para pihak. Dalam hukum perdata barat, perikatan timbul sejak detik tercapainya kesepakatan atau dengan kata lain syarat terbentuknya perjanjian telah terpenuhi. Perikatan baru timbul jika sudah terbentuk perjanjian.⁸⁴

Setelah tercapai kesepakatan dalam pembiayaan bank syariah seharusnya dimuat dalam akta akad pembiayaan dengan klausul yang berbunyi “kami biayai anda untuk membangun sebuah bangunan rumah dengan nilai sekian...” kemudian disusul pernyataan dari nasabah yang berbunyi “saya terima pembiayaan itu dan saya akan mengembalikan seluruh pembiayaan itu dalam jangka waktu dengan beban” sebagai bentuk pernyataan ijab dan qabul.

Unsur akad yang kedua yaitu dibenarkan oleh syara’, yaitu pelaksanaan, tujuan, obyek serta seluruh bagian dari akad tidak boleh bertentangan dengan ketentuan ajaran Islam yang bersumber dari Al-Qur’an dan Hadist. Pelaksanaan sudah jelas memiliki kekurangan karena tidak terdapat ijab dan qabul. Objek akad memerlukan syarat:

- a. telah ada pada waktu akad diadakan
- b. dibenarkan oleh syara’
- c. dapat ditentukan dan diketahui

⁸⁴Subekti, *Hukum Perjanjian*, Jakarta:PT. Intermedia, 2004, hlm. 15.

d. dapat diserahkan pada waktu akad terjadi.

Objek akad aksesoir atau *at-taba'i* telah sesuai dengan syarat-syarat di atas. Misalnya untuk Hak Tanggungan, objek telah ada pada saat akad diadakan yang dibuktikan dengan sertifikat objek Hak Tanggungan, sehingga objek dapat ditentukan dan diketahui, dan diserahkan pada saat pembuatan akad.

Unsur yang ketiga adalah mempunyai akibat hukum terhadap objeknya. Akad merupakan salah satu dari tindakan hukum. Adanya akad menimbulkan akibat hukum terhadap objek hukum yang diperjanjikan oleh para pihak dan juga memberikan konsekuensi hak dan kewajiban yang mengikat para pihak. Akibat hukum terhadap objek jaminan pada akad aksesoir adalah penahanan agunan oleh pihak penerima jaminan yaitu bank syariah.



BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

a. Bentuk Akta Pengikatan Hak Tanggungan berdasarkan Akad Pembiayaan

Bentuk akta pengikatan akad *at-taba'i (accessoir)* Pemberian Hak Tanggungan berdasarkan akad pembiayaan di bank syariah berdasarkan hasil penelitian penulis ialah identik dengan bentuk Akta Pengikatan Hak Tanggungan untuk perjanjian kredit konvensional biasa, karena tidak menggunakan klausul “ telah dibuat dan ditandatangani akad pembiayaan ” melainkan tetap menggunakan klausul “ telah dibuat dan ditandatangani perjanjian utang-piutang ”. Selain itu, dikarenakan dasar hukum Hak Tanggungan yang masih menggunakan hukum konvensional, maka pemasangan jaminan hak tanggungan untuk akad pembiayaan pun harus patuh terhadap peraturan yang sudah ada yaitu Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.

Jadi, pembuatan akad pada bank syariah masih tumpang tindih dan terdapat transformasi atau pergeseran dimana akta akad syariah berubah dalam hal pengikatan jaminannya menjadi akta akad konvensional.

b. Praktek Pembuatan Akad Accessoir pada Notaris

Berdasarkan hasil penelitian, pembuatan akta akad accessoir pada Notaris/PPAT dalam prakteknya mengandung persimpangan-persimpangan dari prinsip-prinsip hukum syariat Islam karena *rahn* dan *kafalah* tidak diterapkan dalam penjaminan

di perbankan syariah sesuai dengan Fatwa DSN Nomor 25/DSN-MUI/III/2002 Tentang Rahn dan Fatwa DSN Nomor 11/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Kafalah. Semua jaminan mengacu kepada peraturan konvensional yaitu Hak Tanggungan dan Fidusia. Hal tersebut dikarenakan pengaturan syariah tentang jaminan atau agunan guna kebutuhan perbankan syariah di Indonesia tidak lengkap sehingga terpaksa harus menggunakan jaminan konvensional yang kemudian mengakibatkan bank syariah mengalami kesulitan untuk benar-benar tunduk pada ketentuan syariah dalam hal pengikatan jaminannya. Akad pokoknya pun dapat dikatakan tidak sempurna sesuai dengan prinsip-prinsip hukum syariah Islam karena tidak terdapat pernyataan ijab dan qabul secara tegas.

B. Saran

Banyaknya kebutuhan untuk pemasangan jaminan Hak Tanggungan pada kegiatan pembiayaan di bank syariah harusnya mendorong Pemerintah untuk membuat hukum positif tentang Hak Tanggungan Syariah. Walaupun PPAT tidak harus menggunakan blanko Hak Tanggungan yang disediakan oleh BPN dan dapat memodifikasi klausul “ telah dibuat dan ditandatangani perjanjian utang-piutang ” yang ada dalam APHT menjadi “telah dibuat dan ditandatangani akad pembiayaan” namun, akad pembiayaan tetap tidak semestinya menimbulkan adanya utang dikarenakan prinsip yang digunakan untuk mendapatkan keuntungan adalah bagi hasil atau margin yang termasuk unsur balas jasa. Sedangkan Hak Tanggungan konsepnya adalah tidak dapat dipisahkan dari perjanjian utang-piutang atau perjanjian yang menimbulkan utang. Akan tetapi apabila terpaksa harus menggunakan Hak Tanggungan, harusnya bukan sebagai penjamin hutang namun, jaminan apabila terjadi kegagalan pembayaran

pembiayaan dalam transaksi non tunai.

Jadi, menurut penulis Pemerintah perlu membuat pengaturan syariah khusus untuk pembebanan jaminan kebendaan seperti Hak Tanggungan dan Fidusia untuk akad pembiayaan seiring dengan berkembangnya perbankan syariah di Indonesia agar kesyariatannya menjadi sempurna. Pembuatan peraturan khusus penjaminan syariah tersebut juga berfungsi untuk membantu Notaris/PPAT dalam memasang jaminan berdasarkan akad pembiayaan yang berbasis *non loan* agar tidak menimbulkan masalah di kemudian hari. Apabila diperlukan, Pemerintah dapat membentuk majelis khusus atau Pejabat Pembuat Akta Syariah guna mendukung kegiatan perbankan syariah di Indonesia.

Akad pokok yaitu pembiayaannya pun seharusnya terdapat pernyataan ijab dan qobul. Setelah tercapai kesepakatan dalam pembiayaan bank syariah seharusnya dimuat dalam akta akad pembiayaan dengan klausul yang berbunyi “kami biayai anda untuk membangun sebuah bangunan rumah dengan nilai sekian...” kemudian disusul pernyataan dari nasabah yang berbunyi “saya terima pembiayaan itu dan saya akan kembalikan seluruh pembiayaan itu dalam jangka waktu dengan beban” sebagai bentuk pernyataan ijab dan qabul.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Abdul Mudjieb, Muhammad, *Kamus Istilah Fiqih*, Jakarta : Pustaka Firdaus, 1994
- Antonio Syafi'i, Muhammad, *Bank Syariah Suatu Pengenalan Umum*, Jakarta: Tazkim Institute, 1999
- Antonio Syafi'i, Muhammad, *Bank Syariah: Teori dan Praktek*, Jakarta: Tazkim Cendikia, 2001
- Anwar, Syamsul, *Hukum Perjanjian Syariah*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2007
- Arifin, Zainul, *Dasar-Dasar Manajemen Bank Syariah*, Jakarta: Pustaka Alfabet, 2006
- Ascarya, *Akad dan Produk Bank Syariah*, Jakarta: Rajawali Press, 2007
- Dewi, Gemala, dkk, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2005
- Djuwaini, Dimyauddin, *Pengantar Fiqh Muamalah*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2008
- Fuady, Munir, *Hukum Jaminan Utang*, Jakarta: Erlangga, 2013
- Haroen, Nasrun, *Fiqh Muamalah*, Jakarta: Gaya Media Pratama, 2000
- Karim, Adiwarmam. A., *Ekonomi Islam: Suatu Kajian Kontemporer*, Jakarta: Gema Insani, 2001
- Mardani, *Fiqh Ekonomi Syariah: Fiqh Muamalah*, Jakarta: Kencana, 2012
- Mardani, *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013
- Naja, Daeng, *Akad Bank Syariah*, Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2011
- Pandoman, Agus, *Hak Tanggungan*, Yogyakarta: Pasca Sarjana FH UII
- Pandoman, Agus, *Peraturan Primer Perikatan Akta-Akta Publisitas-Non Publisitas Jilid II*, Yogyakarta: Pasca Sarjana FH UII
- Perwataatmaja, Karnaen dan M. Syafi'i Antonio, *Apa dan Bagaimana Bank Islam*, Yogyakarta: Dana Bhakti Wakaf, 1992
- Sabiq, Sayyid, *Fiqh Sunnah*, Jakarta: Pena Pundi Aksara, 2006.
- Subekti, *Hukum Perjanjian*, Jakarta: PT. Intermasa, 2004
- Soebekti, *Jaminan-Jaminan Untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, Bandung: Alumni
- Suhendi, *Hendi, Fiqh Muamalah*, Jakarta: Rajawali Press, 2008
- Sumitro, *Warkum, Asas-Asas Perbankan Islam & Lembaga-Lembaga Terkait (BAMUL, TAKAFUL, dan Pasar Modal Syariah di Indonesia)*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2004
- Sutedi, Adrian, *Hukum Hak Tanggungan*, Edisi I, Cet. 2, Jakarta: Sinar Grafika, 2012
- Untung, Budi, *Kredit Perbankan di Indonesia*, Yogyakarta: Andi Offset, 2011
- Wangsawidjaja, Z., A., *Pembiayaan Bank Syariah*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2012

Tesis

- Muhammad Ananda Salahuddin Al Ayyubi Basmalah, *Analisis Yuridis Kedudukan Jaminan Hak Tanggungan Dalam Perspektif Bisnis Syariah*, Tesis, Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta, 2014

Peraturan Perundang-undangan

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan Dengan Tanah, LN 1996 No. 42, TLN No. 3632

Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, LN 1998 No.182, TLN No. 3790

Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, LN 2008 No.94, TLN No. 4867

Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah

Fatwa DSN No:11/DSN-MUI/VI/2000 tentang Kafalah

Fatwa DSN MUI Nomor: 25/DSN-MUI/III/2002 tentang Rahn

Fatwa DSN MUI No:74/DSN-MUI/I/2009 tentang Penjaminan Syariah

Data Elektronik

<http://www.indonesianotarycommunity.com/batal-demi-hukum-kuasa-menjual-yang-dibuat-ketika-obyek-yang-dijual-dalam-jaminan-bank/>. Oleh Dr. Habib Adjie, S.H., M.Hum

