

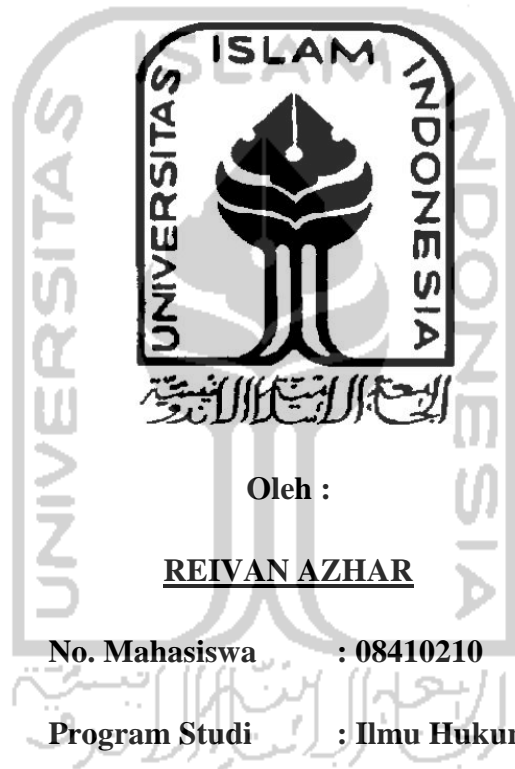
**TANGGUNG JAWAB NASABAH DAN PIHAK KETIGA SEBAGAI PENJAMIN
NASABAH DALAM PELAKSANAAN AKAD KAFALAH PADA PT. BANK
MUAMALAT INDONESIA CABANG YOGYAKARTA**

SKRIPSI

Diajukan Untuk Memenuhi Sebagian Persyaratan Guna Memperoleh Gelar Sarjana (Strata-1)

pada Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Yogyakarta



Oleh :

REIVAN AZHAR

No. Mahasiswa : 08410210

Program Studi : Ilmu Hukum

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA

YOGYAKARTA

2012

HALAMAN PENGESAHAN TUGAS AKHIR PRA PENDADARAN

**TANGGUNG JAWAB NASABAH DAN PIHAK KETIGA SEBAGAI
PENJAMIN NASABAH DALAM PELAKSANAAN AKAD KAFALAH PADA
PT. BANK MUAMALAT INDONESIA CABANG YOGYAKARTA**

Telah diperiksa dan disetujui oleh Dosen Pembimbing Skripsi untuk diajukan
kemuka Tim Penguji dalam ujian Tugas Akhir/Pendadaran
pada tanggal 19 maret 2012

Yogyakarta, 19 maret 2012

Dosen Pembimbing Skripsi


(H. Anur Rahim Faqih, SH, M.Hum.)

NIP/NIK

CURRICULUM VITAE

1. Nama Lengkap : Reivan Azhar
2. Tempat Lahir : Sampit
3. Tanggal Lahir : 11 April 1991
4. Jenis Kelamin : Laki-laki
5. Golongan Darah : AB
6. Alamat Terakhir : Jalan Warung Boto Gang ketos No 5
Yogyakarta
7. Alamat Asal : Jalan HKS.N. Komplek AMD
Permai Blok A12 No. 255
8. Identitas Orang/Wali
 - a. Nama Ayah : Supriyanto
Pekerjaan Ayah : Wiraswasta
 - b. Nama Ibu : Awi Sundari
Pekerjaan Ibu : PNS
Alamat Wali : Jalan HKS.N. Komplek AMD
permai Blok A12 No. 255
9. Riwayat Pendidikan
 - a. SD : SDN Antasan Besar 7 Banjarmasin
 - b. SLTP : SMP Negeri 2 Banjarmasin
 - c. SMA : SMA Negeri 6 Banjarmasin
10. Organisasi : Lembaga Eksekutif Mahasiswa Fakultas
Hukum Universitas Islam Indonesia
periode 2010/2011 sebagai Staff
AKPSDM
11. Hobby : Futsal, Bilyard

Yogyakarta, 19 Maret 2012

Yang bersangkutan,

(REIVAN AZHAR)

NIM. 08410210



UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA FAKULTAS HUKUM

Jl. Tamansiswa 158 PO BOX 1133 Yogyakarta 55151; Telp. (0274) 379178, Fax. (0274) 377043
e-mail: fh@uii.ac.id

Nomor : 427 /Dek/70/SR/Div.URT/2011
Hal : Ijin Riset

FM UII FH UM&RT.07/RO
13 Desember 2011
17 Muharram 1433 H

Kepada Yth :
Gubernur Daerah Istimewa Yogyakarta
Cq. Kepala Biro Administrasi Pembangunan
Setda Provinsi DIY
Di -
Yogyakarta

Assalaamu'alaikum wr wb.

Dengan hormat, kami beritahukan bahwa sebelum mengakhiri kuliah di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta, setiap mahasiswa diwajibkan membuat karya ilmiah yang berjud skripsi.

Sehubungan dengan hal tersebut diatas mahasiswa kami :

Nama : REIVAN AZHAR
No. Mahasiswa : 08 410 210
Program Studi : Ilmu Hukum
Alamat : Jl Warung Boto Gang Ketos No 5 Yogyakarta
Telp Rumah/Hp : 085751729380
Dosen Pembimbing : Aunur Rahim Faqih, SH., M.Hum

Bermaksud mohon keterangan/data-data pada Jawatan/Lembaga yang berada di wilayah Bapak/Ibu/Saudara Pimpin, untuk menyusun skripsinya dengan judul :
"PELAKSANAAN AKAD KAFALAH DI BANK MUAMALAT INDONESIA CABANG YOGYAKARTA"

Dalam penyusunan skripsi tersebut, mahasiswa kami akan mengadakan riset di :
PT BANK MUAMALAT INDONESIA CABANG YOGYAKARTA

Sehubungan dengan kelancaran dan legalitas penelitian tersebut disyaratkan adanya persetujuan/ijin dari Instansi yang Bapak/Ibu/Saudara Pimpin. Besar harapan kami Bapak/Ibu/Saudara dapat memberikan ijin kepada mahasiswa tersebut.

Perlu kami beritahukan pula bahwa, hasil karya ilmiah tersebut semata-mata bersifat dan bertujuan keilmuan, tidak disajikan kepada pihak luar.

Demikian atas perhatian, bantuan dan kerjasamanya kami ucapkan terima kasih.

Wassalamu'alaikum wr wb.



Dekan,
Dr. H. R. Istikomah, SH., MH
11854002.18403.1.001

Arda File/File Mail Merge/Ijin Riset



Ijin Penyelenggaraan Prodi
Surat No.:3690/D/T/2007



Standard ISO 9001:2008
Certificate Registr No. 01 100 096609



BAN-PT
Status Akreditasi A
SK No.:031/BAN-PT/AK-XI/S1/XI/2008

HALAMAN PENGESAHAN TUGAS AKHIR PRA PENDADARAN

**TANGGUNG JAWAB NASABAH DAN PIHAK KETIGA SEBAGAI
PENJAMIN NASABAH DALAM PELAKSANAAN AKAD KAFALAH PADA
PT. BANK MUAMALAT INDONESIA CABANG YOGYAKARTA**

Telah diperiksa dan disetujui oleh Dosen Pembimbing Skripsi untuk diajukan
kemuka Tim Penguji dalam ujian Tugas Akhir/Pendadaran
pada tanggal 19 maret 2012

Yogyakarta, 19 maret 2012

Dosen Pembimbing Skripsi



(H. Anur Rahim Faqih, SH, M.Hum.)

NIP/NIK

HALAMAN PENGESAHAN TUGAS AKHIR

**TANGGUNG JAWAB NASABAH DAN PIHAK KETIGA SEBAGAI
PENJAMIN NASABAH DALAM PELAKSANAAN AKAD KAFALAH PADA
PT. BANK MUAMALAT INDONESIA CABANG YOGYAKARTA**

Telah dipertahankan di Hadapan Tim Penguji dalam Ujian Tugas Akhir/Pendadaran
pada tanggal 25-26 April 2012 dan dinyatakan **LULUS**

Yogyakarta, 26 April 2012

Tim Penguji

1. Ketua : H. Aunur Rahim Faqih, SH., M.Hum

2. Anggota : Endro Kumoro, SH., M.Hum

3. Anggota : H. Budi Agus Riswandi, SH., M.Hum.

Mengetahui :

Universitas Islam Indonesia Yogyakarta

Fakultas Hukum

Dekan

Dr. H. Rusli Muhammad, SH.,MH

Kepersembahkan karya ini teruntuk:

Bapak dan Ibu tercinta

Abang Ipar, Kakak, dan Keponakan ku tersayang

Seluruh Sahabat yang ku cintai dan kasih

Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Bangsa Indonesia

Umat Islam



MOTTO

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

“Siapa Yang Bersungguh Sungguh Dia Akan Berhasil, Siapa Yang Bersabar Dia

Akan Beruntung”



KATA PENGANTAR

Dengan mengucapkan segala puji bagi Allah Tuhan semesta alam yang selalu membimbing dan selalu memberikan pengampunan serta perlindungan dari kejahatan dan kebodohan, dan hanya kepada Allah hamba bersaksi bahwa tiada Tuhan selain-Nya, serta Muhammad adalah utusan-Nya, yang selalu terkirim shalawat dan salam kepadanya, keluarga, para sahabat, serta pengikut beliau hingga akhir zaman.

Pemikiran yang jernih hati yang sabar, perasaan tenang merupakan modal utama dalam penyelesaian studi penulis pada Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia yang ditandai dengan selesainya skripsi yang berjudul:” TANGGUNG JAWAB NASABAH DAN PIHAK KETIGA SEBAGAI PENJAMIN NASABAH DALAM PELAKSANAAN AKAD KAFALAH PADA PT. BANK MUAMALAT INDONESIA CABANG YOGYAKARTA

”dengan melalui jalan hidayah yang diberikan olehnya melalui keluarga, sahabat, para dosen serta semua pihak yang telah memberikan bantuan berupa waktu, pikiran, dan tenaga serta berbagai bantuan moril maupun materiil lainnya, maka sepatutnyalah penulis memberikan ucapan terimakasih yang tak terhingga diantaranya kepada:

1. Bapak dan ibuku yang kucintai dan hormati, yang senantiasa menyertai gerak langkah kami dengan doa restunya yang telah memberikan kasih sayang dan

dukungan baik moril maupun materiil sehingga penulis dapat menyelesaikan kuliah dan skripsi ini dengan baik.

2. Bapak Prof. Dr. Edy Suandi Hamid, M.Ec selaku rektor Universitas Islam Indonesia.
3. Bapak Dr. Rusli Muhammad, SH., M.H selaku dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.
4. Bapak H. Aunur Rahim Faqih, SH., M.Hum selaku dosen pembimbing materi yang telah memberikan bimbingan dan pengarahan dengan sabar kepada penulis dalam menyusun skripsi ini.
5. Bapak H. E Zainal Abidin SH., SU., MPA selaku dosen pembimbing akademik penulis dan Bapak Gholib selaku asisten dosen pembimbing akademik penulis.
6. Raja Akbar Nusonegara selaku Staff legal Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta beserta seluruh karyawan Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta yang telah memberikan kesempatan penulis untuk melakukan penelitian hingga bisa terselesaikannya skripsi ini.
7. Abang Ipar, Kakak, dan Keponakanku tersayang yang selalu memberi semangat penulis untuk menyelesaikan skripsi ini.
8. Aditya S paringga, Fatri Rahmadhani, Sadad Arif Anhari, Syafitri Apriyuani beserta seluruh sahabat yang selalu memberikan semangat agar skripsi ini dapat terselesaikan tepat pada waktunya.

9. Terima kasih Kepada teman teman seperjuangan KKN unit 69 yaitu: Ayu, Baskoro, Cantika, Dwi, Yuni, dan Zaki.

Dengan iringan do'a semoga bantuan, dorongan, dan bimbingan yang telah diberikan mendapat balasan dari Allah SWT. Amin Yaa Rabaal 'Alamin.

Akhirnya penulis berharap, semoga skripsi ini dapat bermanfaat khususnya bagi penulis dan semua pembaca pada umumnya.

Yogyakarta, 19 Maret 2012

Penulis,

Reivan Azhar



DAFTAR ISI

Halaman Sampul	
Halaman Judul	i
Halaman Persetujuan	ii
Halaman Pengesahan	iii
Halaman Motto.....	iv
Halaman Persembahan.....	v
Kata Pengantar.....	vi
Daftar Isi.....	ix
Daftar Gambar.....	xii
Halaman Abstrak.....	xiii
BAB. I. PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang.....	1
B. Rumusan Masalah.....	9
C. Tujuan Penelitian.....	10
D. Tinjauan Pustaka.....	10

E. Metode Penelitian.....	16
F. Sistematika Penulisan.....	19
BAB. II. Tinjauan Umum Tentang akad <i>Kafalah</i>.....	21
A. Definisi akad <i>Kafalah</i>	21
B. Rukun dan Syarat akad <i>Kafalah</i>	28
C. Macam Macam akad <i>Kafalah</i>	71
D. Konsekuensi Konsekuensi Hukum akad <i>Kafalah</i>	74
E. Penyelesaian Sengketa di Dalam Akad <i>Kafalah</i>	82
BAB.III. TANGGUNG JAWAB NASABAH DAN PIHAK KETIGA	
SEBAGAI PENJAMIN NASABAH DALAM AKAD <i>KAFALAH</i>	
PADA PT. BANK MUAMALAT INDONESIA	
CABANG YOGYAKARTA.....	84
A. Tanggung Jawab Nasabah Dan Pihak Ketiga Sebagai Penjamin	
Nasabah Dalam Pelaksanaan Akad <i>Kafalah</i> Pada PT. Bank	
Muamalat Indonesia Cabang Yogyakarta.....	84
B. Penyelesaian Masalah Eksekusi Jaminan yang Bukan	
Atas Nama Nasabah yang Melakukan Akad <i>Kafalah</i>	
Melainkan Atas Nama Pihak Lain Yang Bertindak	
Sebagai Penjamin.....	87
BAB. IV. PENUTUP.....	89

A. Kesimpulan..... 89

B. Saran..... 90

DAFTAR PUSTAKA

LAMPIRAN



DAFTAR GAMBAR

Gambar 1.1. Mekanisme Akad *Kafalah*

17



ABSTRAK

Studi ini bertujuan untuk Mengetahui Tanggung Jawab Nasabah Dan Pihak Ketiga Sebagai Penjamin Nasabah Dalam Pelaksanaan Akad Kafalah Pada PT. Bank Muamalat Indonesia Cabang Yogyakarta. Rumusan masalah yang diajukan yaitu: Bagaimanakah tanggung jawab nasabah dan pihak ketiga sebagai penjamin nasabah dalam pelaksanaan akad kafalah?, Bagaimanakah upaya PT. Bank Muamalat Indonesia kantor cabang Yogyakarta dalam mengeksekusi jaminan apabila jaminan tersebut bukan atas nama nasabah yang melakukan akad kafalah, melainkan atas nama pihak ketiga yang bertindak sebagai penjamin?. Penelitian ini termasuk tipologi penelitian Normatif dan empiris Penelitian normatif digunakan berkaitan dengan data hukum positif yang berlaku, sedangkan penelitian empiris digunakan berkaitan dengan data primer yang didapatkan melalui metode wawancara secara langsung (in depth interview) dan diskusi bersama (focus group discussion). Hasil studi ini menunjukkan di dalam Pelaksanaan akad kafalah pada PT. Bank Muamalat Indonesia adanya akad penjaminan terhadap nasabah yang diberikan oleh pihak ketiga merupakan akad yang dibuat antara bank, nasabah dengan pihak /ketiga sebagai penjamin nasabah merupakan akad tambahan yang mengikuti akad kafalah dan akad kafalah yang dibuat untuk menjamin nasabah untuk mengikuti tender merupakan akad tambahan yang mengikuti akad pokoknya yaitu akad kerja antara Pihak Pemberi Tender dengan pihak nasabah yang mengikuti tender tersebut, pihak ketiga sebagai penjamin nasabah secara mutatis mutandis bertanggung jawab terhadap kelancaran pembiayaan nasabah. apabila pihak ketiga tetap tidak bersedia jaminannya dicairkan, maka nasabah juga dapat dimintai pertanggungjawaban terhadap pencairan dana deposito/dana yang mengendap di Bank untuk di cairkan menutupi pembiayaan kafalah tersebut. Dan terjadinya penyimpangan dalam penyelesaian sengketa yaitu bila musyawarah tidak berhasil barulah menggunakan jalan litigasi dengan mengajukan gugatan ke Pengadilan Negeri, hal ini tidak sesuai dengan pasal 49 i Undang Undang nomor 3 tahun 2006 Peradilan Agama dan pasal 55 ayat (1) undang undang nomor 21 tahun 2008 tentang perbankan syariah, karena akad kafalah merupakan salah satu produk perbankan syariah di bidang jasa, sehingga apabila dilakukan di jalur litigasi maka akan menjadi kewenangan absolut Pengadilan Agama.

Kata kunci: Tanggung Jawab Penjamin Nasabah.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Bank sebagai lembaga keuangan memegang peranan yang sangat penting dalam perekonomian nasional. Hal ini dikarenakan kegiatan perekonomian suatu negara tidak pernah terlepas dari lalu lintas pembayaran uang, dimana lembaga perbankan memegang peranan yang sangat strategis sehingga dapat dikatakan sebagai pusat dari sistem perekonomian.

Kegiatan pokok bank yang menghimpun dana dari masyarakat dan menyalurkannya kembali kepada masyarakat dengan tujuan menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan pertumbuhan ekonomi serta stabilitas nasional kearah peningkatan kesejahteraan rakyat Indonesia secara menyeluruh merupakan fungsi bank sebagai (*Intermediary service*), bank berfungsi sebagai lembaga intermediasi keuangan (*financial intermedier*) antara pihak yang kelebihan dana (*surplus unit*) dengan pihak yang kekurangan atau membutuhkan dana (*deficit unit*).

Namun ada suatu polemik dikalangan masyarakat Indonesia yang terjadi di dalam dunia perbankan ini yaitu di dalam prakteknya perbankan konvensional, tentunya menerapkan bunga di dalam setiap produknya dan dikarenakan mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam maka prinsip bunga atau riba ini jelas sangat bertentangan dengan umat Islam tentunya.

Larangan Riba secara jelas diterangkan di dalam Al-Quran:

“Dan sesuatu riba (tambahan) yang kamu berikan agar dia bertambah pada harta manusia, Maka riba itu tidak menambah pada sisi Allah. dan apa yang kamu berikan berupa zakat yang kamu maksudkan untuk mencapai keridhaan Allah, Maka (yang berbuat demikian) Itulah orang-orang yang melipat gandakan (pahalanya).” (Ar-Ruum: 39)

“ Maka disebabkan kezaliman orang-orang Yahudi, kami haramkan atas (memakan makanan) yang baik-baik (yang dahulunya) dihalalkan bagi mereka, dan karena mereka banyak menghalangi (manusia) dari jalan Allah. Dan disebabkan mereka memakan riba, padahal sesungguhnya mereka telah dilarang daripadanya, dan karena mereka memakan harta benda orang dengan jalan yang batil. kami telah menyediakan untuk orang-orang yang kafir di antara mereka itu siksa yang pedih.”(An-Nisaa:160-161)

“Hai orang-orang yang beriman, bertakwalah kepada Allah dan tinggalkan sisa riba (yang belum dipungut) jika kamu orang-orang yang beriman. Maka jika kamu tidak mengerjakan (meninggalkan sisa riba), Maka Ketahuilah, bahwa Allah dan rasul-Nya akan memerangimu. dan jika kamu bertaubat (dari pengambilan riba), Maka bagimu pokok hartamu; kamu tidak menganiaya dan tidak (pula) dianiaya.”(al-Baqarah: 278-279)

Kebutuhan ekonomi masyarakat Indonesia yang sebagian besar beragama Islam inilah yang tentunya dalam kehidupannya harus berpedoman pada syariah Islam, syariah Islam bersifat menyeluruh atau komprehensif, komprehensif berarti syariah Islam merangkum seluruh aspek kehidupan, baik ibadah maupun sosial (muamalah). Ibadah diperlukan untuk menjaga ketaatan dan keharmonisan hubungan manusia dengan khaliq-Nya. Ibadah juga merupakan sarana untuk mengingatkan secara kontinu tugas manusia sebagai khalifah dimuka bumi ini. Adapun muamalah diturunkan untuk menjadi *rule of the game* atau aturan main manusia dalam kehidupan sosial, syariah Islam juga bersifat universal berarti syariah Islam meliputi seluruh alam tanpa tapal batas, tidak dibatasi

pada daerah tertentu seperti ruang lingkup ajaran-ajaran Nabi sebelumnya,¹ universalitas juga nampak pada bidang muamalah termasuk juga dalam bidang ekonomi tentunya, sehingga ikut memberikan kontribusi terhadap perkembangan kegiatan perekonomian berlandaskan agama di Indonesia, terutama di dalam dunia perbankan. Kegiatan ekonomi yang berlandaskan pada agama Islam adalah berkembangnya praktek ekonomi yang bersumber pada nilai-nilai ajaran agama Islam.

Perkembangan secara monumental diawali dengan diselenggarakannya konferensi negara-negara Islam sedunia pada tanggal 21-27 April 1969 yang telah memberi dampak positif berupa perkembangan bank Islam atau bank Syariah diberbagai negara yang ditengarai lebih dari 200 lembaga keuangan. Disamping itu pula berkembang pula investasi syariah yang dimulai sejak tahun 1975. Pada tahun tersebut perkembangan sistem ekonomi syariah secara empiris diakui dengan lahirnya *Islamic Development Bank* (IDB). Kondisi ini berpengaruh juga terhadap negara Indonesia yang ditandai dengan prakarsa majelis Ulama Indonesia (MUI) bersama dengan kalangan pengusaha muslim sejak tahun 1992 untuk mendirikan sebuah bank syariah, yang kemudian dikenal dengan Bank Muamalat Indonesia yang sistem operasionalnya berdasarkan prinsip prinsip syariah. Kemudian Lahirlah BMI dengan dikeluarkannya peraturan pemerintah no 72 tahun 1992 tentang bank bagi hasil, seiring dengan perjalanan waktu dan tumbuh

¹ Fathurrahman Djamil, *Filsafat Hukum Islam Bagian Pertama*, Logos Wacana Ilmu, Jakarta, 1997, Hlm 49.

berkembangnya lembaga keuangan syariah.² Adapun Kegiatan usaha bank umum syariah meliputi yaitu:³

- a. Menghimpun dana dalam bentuk simpanan berupa giro, tabungan atau bentuk lainnya yang dipersamakan dengan itu berdasarkan akad *wadi'ah* atau akad lain yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah;
- b. Menghimpun dana dalam bentuk investasi berupa deposito, tabungan, atau bentuk lainnya yang dipersamakan dengan itu berdasarkan akad *mudharabah* atau akad lain yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah;
- c. Menyalurkan pembiayaan bagi hasil berdasarkan akad *mudharabah*, akad *musyarakah*, atau akad lain yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah;
- d. Menyalurkan pembiayaan berdasarkan akad *mudharabah*, akad *salam*, akad *istishna*, atau akad lain yang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah;
- e. Menyalurkan pembiayaan berdasarkan akad *qardh* atau akad lain yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah;
- f. Menyalurkan pembiayaan penyewaan barang bergerak atau tidak bergerak kepada nasabah berdasarkan akad *ijarah* dan/atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiya bittamlik* atau akad lain yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah;

²Johan Arifin, Dkk, *Perlindungan Hukum Nasabah Lembaga Keuangan Mikro Syariah (Studi Terhadap Nasabah BMT di Kota Semarang)*, Wali Songo Press, Semarang, 2010, hlm. 4.

³Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

- g. Melakukan pengambil alihan hutang berdasarkan akad *hawalah* atau akad lain yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah;
- h. Melakukan usaha kartu debit dan/atau kartu pembiayaan berdasarkan prinsip syariah;
- i. Membeli, menjual atau menjamin atas resiko sendiri surat berharga pihak ketiga yang diterbitkan atas dasar transaksi nyata berdasarkan prinsip syariah, antara lain, seperti akad *ijarah*, *musyarakah*, *mudharabah*, *murabahah*, *kafalah*, atau *hawalah*;
- j. Membeli surat berharga berdasarkan prinsip syariah yang diterbitkan oleh pemerintah dan/atau Bank Indonesia;
- k. Menerima pembayaran dan tagihan atas surat berharga dan melakukan perhitungan dengan pihak ketiga atau antar pihak ketiga berdasarkan prinsip syariah;
- l. Melakukan penitipan untuk kepentingan pihak lain berdasarkan suatu akad yang berdasarkan prinsip syariah;
- m. Menyediakan tempat untuk menyimpan barang dan surat berharga berdasarkan prinsip syariah;
- n. Memindahkan uang, baik untuk kepentingan sendiri maupun untuk kepentingan nasabah berdasarkan prinsip syariah;
- o. Melakukan fungsi sebagai wali amanat berdasarkan akad *wakalah*;
- p. Melakukan kegiatan lain yang lazim dilakukan dibidang perbankan dan dibidang sosial sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip syariah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang undangan.

Sesuai produk perbankan syariah diatas dapat kita ketahui bahwa produk perbankan syariahpun ternyata tidak kalah berkembangnya dengan produk-produk dari perbankan konvensional bahkan sangat mendukung pertumbuhan dunia usaha, ini dapat kita buktikan melalui salah satu produk pelayanan jasa perbankan syariah yaitu akad *kafalah*, Dimana menurut jenisnya secara umum *kafalah* ini dapat dibedakan antara lain yaitu:⁴

a. *Kafalah bin-nafis*

Kafalah bin-nafis merupakan akad memberikan jaminan atas diri (*personal guarantee*). Sebagai contoh, dalam praktik perbankan untuk bentuk *kafalah bin-nafis* adalah seorang nasabah yang mendapat pembiayaan dengan jaminan nama baik dan ketokohan seseorang atau pemuka masyarakat. Walaupun bank secara fisik tidak memegang barang apapun, tetapi bank berharap tokoh tersebut mengusahakan pembayaran ketika nasabah yang dibiayai mengalami kesulitan.

b. *Kafalah bil-maal*

Kafalah bil-mall merupakan jaminan pembayaran barang atau pelunasan utang.

c. *Kafalah bit-taslim*

Jenis *kafalah* ini biasa dilakukan untuk menjamin pengambilan atas barang yang disewa, pada waktu masa sewa berakhir. Jenis

⁴Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah dari teori ke praktik*, Jakarta, Gema Insani, 2001, .hlm. 124-125.

pemberian jaminan ini dapat dilaksanakan oleh bank untuk kepentingan nasabahnya dalam bentuk kerja sama dengan perusahaan penyewaan (*leasing company*). Jaminan pembayaran bagi bank dapat berupa deposito/ tabungan dan bank dapat membebankan uang jasa (*fee*) kepada nasabah itu.

d. *Kafalah al-munjazah*

Kafalah al-munjazah adalah jaminan mutlak yang tidak dibatasi oleh jangka waktu dan untuk kepentingan/ tujuan tertentu. Salah satu bentuk *kafalah al-munjazah* adalah pemberian jaminan dalam bentuk *performance bond's* “jaminan prestasi” suatu yang lazim dikalangan perbankan dan dalam hal ini sesuai dengan bentuk akad ini.

e. *Kafalah al-muallaqah*

Bentuk jaminan ini merupakan penyederhanaan dari *kafalah al-munjazah* baik oleh industri perbankan maupun asuransi.

Dalam aplikasi dunia perbankan *Kafalah* akan diberikan oleh bank Islam dengan cara menerbitkan bank garansi.⁵ Bank garansi adalah suatu jaminan yang diberikan bank yang menyatakan bahwa pihak bank akan memenuhi kewajiban kepada pihak penerima jaminan (*bouwheer*) apabila pihak yang dijamin/nasabah tidak dapat atau gagal memenuhi kewajibannya sesuai dengan apa yang diperjanjikan (cedera janji/wanprestasi).

⁵Sutan Remi Sjahdeini, *Perbankan Islam dan Kedudukannya Dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*, Jakarta, Pusaka Utama Grafiti 1999, hlm. 87.

Dalam hal ini, PT. Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta sebagai salah satu bank syariah yang sehat dan kuat dalam menunjang aktivitas bisnis dengan penerbitan bank garansi melalui suatu akad *kafalah* merupakan suatu jasa layanan yang ditawarkan untuk membantu kelancaran dunia usaha. Dalam akad *kafalah* yang diberikan dalam bentuk bank garansi ini sesuai dengan rukun dan syarat *kafalah* ditetapkan dalam fatwa DSN nomor 11/DSN-MUI/IV/2000.

PT Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta bertindak sebagai pihak penjamin (*kafil*) yaitu yang memberikan jaminan yang akan mengambil alih kewajiban pihak yang dijamin (*Ashiiil, Makfuul 'Anhu*) jika melakukan wanprestasi/cidera janji terhadap Pihak penerima jaminan (*Makfuul Lahu*). Sebagai contoh ilustrasi PT X adalah perusahaan yang bergerak dibidang konstruksi, berkedudukan hukum di Kabupaten Sleman bermaksud akan mengikuti tender sebuah program pengaspalan jalan lingkungan, sebagai pengguna anggaran dalam hal ini adalah Dinas Pekerjaan Umum Kabupaten Sleman. Sebagai prasyarat untuk mengikuti tender maka PT X diwajibkan mempunyai dana yang ditempatkan di bank tertentu sebagai jaminan Pelaksanaan (*Performance Bond*). PT X kemudian berhubungan dengan bank yang dituju yang dalam kasus ini adalah bank Muamalat (bank). Setelah mengajukan permohonan dan semua syarat terpenuhi, maka selanjutnya PT X menempatkan dana sebagai objek jaminan. Kemudian antara bank dan PT X terdapat hubungan hukum berdasarkan perjanjian/akad. Dimana dalam perjanjian ada hak dan kewajiban yang

melekat pada masing-masing pihak. Salah satunya adalah Pihak bank berhak menerima biaya administrasi dari pelaksanaan akad *Kafalah* dan penerbitan bank garansi. Kewajiban dari PT X adalah melaksanakan prestasi kepada pihak ketiga. Dalam hal ketika pelaksanaan prestasi tersebut tidak sesuai dengan yang telah disepakati oleh pihak ketiga maka pihak ketiga berhak mengajukan klaim pencairan dana sesuai dengan kerugian yang dialami oleh pihak ketiga akibat wanprestasi/Cidera janjinya pihak kedua kepada bank. Selanjutnya bank akan memproses dan memverifikasi dokumen-dokumen bank sebelum pencairan, tetapi terjadinya suatu kesulitan ketika bank mengeksekusi jaminan dimana jaminan tersebut bukan atas nama nasabah yang melakukan akad *kafalah*, melainkan atas nama pihak lain yang bertindak sebagai penjamin.

Berdasarkan latar belakang diatas maka perlu dilakukan penelitian mengenai pelaksanaan akad *kafalah* dengan bentuk bank garansi dan penyelesaian yang dilakukan dalam praktek pelaksanaan pemberian bank garansi yang dituangkan dalam bentuk skripsi yang berjudul “Pelaksanaan Akad *Kafalah* Pada PT. Bank Muamalat Indonesia Cabang Yogyakarta”.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut maka rumusan masalahnya adalah:

1. Bagaimanakah tanggung jawab nasabah dan pihak ketiga sebagai penjamin nasabah dalam pelaksanaan akad *kafalah* Pada PT. Bank Muamalat Indonesia Cabang Yogyakarta ?

2. Bagaimanakah upaya PT. Bank Muamalat Indonesia kantor cabang Yogyakarta dalam mengeksekusi jaminan apabila jaminan tersebut bukan atas nama nasabah yang melakukan akad *kafalah*, melainkan atas nama pihak ketiga yang bertindak sebagai penjamin?

C. Tujuan Penelitian

Sebagai suatu penelitian akan mempunyai suatu tujuan yang jelas, sehingga dapat bermanfaat bagi penulis maupun orang lain, berdasarkan permasalahan diatas maka penulis menetapkan tujuan penelitian ini adalah:

1. Untuk mengetahui dan mendalami tentang tanggung jawab nasabah dan pihak ketiga sebagai penjamin nasabah dalam pelaksanaan akad *kafalah* Pada PT. Bank Muamalat Indonesia Cabang Yogyakarta.
2. Untuk mengetahui dan mendalami tentang upaya PT. Bank Muamalat Indonesia kantor cabang Yogyakarta dalam mengeksekusi jaminan apabila jaminan tersebut bukan atas nama nasabah yang melakukan akad *kafalah*, melainkan ada pihak ketiga yang bertindak sebagai penjamin.

D. Tinjauan Pustaka

Menurut mazhab Hanafi, mendefinisikan *kafalah* adalah proses penggabungan tanggungan *kafail* menjadi tanggungan *ashiil* dalam tuntutan/permintaan dengan materi sama atau utang, atau barang, atau pekerjaan, menurut definisi dari imam-imam lainnya adalah “menggabungkan dua tanggungan dalam permintaan utang”

Dalam penjelasan atas pasal 3 peraturan Bank Indonesia nomor 9/19/PBI/2007 definisi: “*kafalah* adalah transaksi penjaminan yang diberikan oleh penanggung(*kafuil*) kepada pihak ketiga atau yang bertanggung(*makfullahu*) untuk memenuhi kewajiban pihak kedua(*makful ‘anhu/anshiil*).”

Selanjutnya penjelasan pasal 19 ayat (1) huruf I adalah penjelasan tentang akad *kafalah*, yaitu: “akad pemberian jaminan yang diberikan satu pihak kepada pihak lain, dimana pemberi jaminan (*kafuil*) bertanggung jawab atas pembayaran kembali utang yang menjadi hak penerima jaminan (*makful*).”

Kafalah ini merupakan jaminan yang diberikan oleh penanggung kepada pihak ketiga dalam rangka memenuhi kewajiban yang ditanggungnya. Apabila dihubungkan dengan teknis perbankan, dapat dikatakan bahwa pihak bank dalam hal ini memberikan jaminan kepada nasabahnya sehubungan dengan kontrak /perjanjian yang telah disepakati antara nasabah dan pihak ketiga. Pada hakikatnya pemberian *kafalah* ini akan memberikan kepastian dan keamanan bagi pihak ketiga untuk melaksanakan isi kontrak/ perjanjian yang telah disepakati tanpa khawatir jika terjadi sesuatu dengan nasabah. Karena itu, konsep *kafalah* dalam term fiqih identik dengan perjanjian penanggungan/ penjaminan (*borgtocht*) atau *personal guaranty* dalam term hukum perdata (barat)

Akad *kafalah* ditetapkan untuk perbankan syariah melalui surat Direksi Bank Indonesia Nomor 32/34/Kep/Dir tentang bank umum berdasarkan prinsip syariah, yang kemudian diperbaharui dengan peraturan Bank Indonesia nomor 6/24/PBI/2004 tentang Bank umum yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah sebagaimana telah diubah dengan peraturan Bank Indonesia Nomor 32/36/Kep/Dir tentang Bank Perkreditan Rakyat berdasarkan prinsip syariah, yang kemudian diperbaharui dan disempurnakan dengan peraturan Bank Indonesia nomor 6/17/PBI/2004 tentang Bank Perkreditan Rakyat berdasarkan prinsip syariah sebagaimana telah diubah dengan peraturan Bank Indonesia nomor 8/25/PBI/2006. Selanjutnya akad *kafalah* ini dipertegas lagi sebagai salah satu akad perbankan syariah dalam undang undang nomor 21 tahun 2008.

Berkenaan dengan akad *kafalah* dalam operasional perbankan syariah, DSN telah mengeluarkan Fatwa nomor 11/DSN-MUI/2000 tentang *kafalah*, dengan pertimbangan bahwa dalam rangka menjalankan usaha usahanya seseorang sering memerlukan penjaminan dari pihak lain melalui akad *kafalah* dan hal ini dilakukan oleh LKS. Agar kegiatan *kafalah* tersebut dilakukan sesuai dengan ajaran Islam, maka DSN memandang perlu menetapkan fatwa tentang *kafalah* untuk dijadikan pedoman LKS dalam menyediakan satu skema penjaminan (*kafalah*) yang berdasarkan prinsip-prinsip syariah.

Berdasarkan fatwa DSN nomor 11/DSN-MUI/IV/2000, maka *kafalah* merupakan produk layanan pembiayaan bank syariah yang diperbolehkan sah adanya, dan tidak bertentangan dengan syariah.

Hukum Islam mengenai produk *kafalah* mengacu pada:

1. Q. S. Yusuf(12):72

“Penyeru penyeru itu berkata’kami kehilangan piala raja; dan barang siapa yang dapat mengembalikannya, akan memperoleh bahan makanan(seberat) beban unta, dan aku menjamin terhadapnya.”

Ayat ini menunjukkan kepada keabsahan praktik *kafalah*. Istilah yang terkait dengan konsep *kafalah* adalah lafal “*za’iim*”. Menurut Ibnu Abbas, lafal ini bermakna penanggung (*kafil*). Ibnu Katsir menyatakan bahwa ayat ini terkait dengan pembahasan konsep *kafalah* atau *dhamanah*. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa akad *kafalah* mendapatkan legalitas dan keabsahan dari syariah.

2. Q. S. Al-Ma’idah(5): 2

“dan tolong menolong dalam(mengerjakan) kebajikan dan jangan saling tolong menolong dalam(mengerjakan) dosa dan pelanggaran.”

Ayat ini merujuk kepada perintah Allah kepada hamba-Nya untuk saling tolong menolong dalam hal kebajikan dan meninggalkan kemungkaran serta melarang tolong menolong dalam kebatilan. Relevansinya dengan akad *kafalah*, jika kita dapat dipercaya dan memiliki kompetensi untuk menjalankan sesuatu yang ditanggungkan, kita harus terima hal itu karena itu merupakan wujud pertolongan kita terhadap orang lain, sepanjang tidak mengarah pada kebatilan.

3. Hadist Riwayat Bukhari dari Salamah bin Akwa’

“Telah dihadapkan kepada Rasulullah saw, jenazah seorang laki-laki untuk dishalatkan. Rasulullah saw bertanya, ‘apakah ia mempunyai utang?’

Sahabat menjawab, ‘tidak’. Maka beliau menshalatkannya. Kemudian dihadapkan lagi jenazah lain, Rasulullah pun bertanya, ‘apakah ia mempunyai utang?’ sahabat menjawab, ‘Ya’. Rasulullah berkata, “shalatkanlah temanmu itu’ (beliau sendiri tidak mau menshalatkannya) lalu, Abu Qatadah berkata, ‘saya menjamin utangnya, ya Rasulullah’. Maka, Rasulullah pun menshalatkan jenazah tersebut.”⁶

Hadist ini merujuk kepada praktik akad *kafalah* yang pernah ada pada masa Rasulullah saw. Hadist ini bercerita tentang tidak berkenannya Rasulullah untuk menshalati orang yang masih memiliki utang. Dalam hadist ini Rasulullah baru berkenan menshalatkan jenazah tersebut ketika sahabat Abu Qatadah memberikan jaminan (*kafalah*) atas utang yang diderita oleh jenazah. Melihat hadist ini, jelas bahwa akad *kafalah* pernah dipraktikkan pada masa Rasulullah, Rasulullah membenarkannya, sehingga akad *kafalah* sah adanya serta mendapatkan legalitas syariah atas keabsahannya tersebut.

4. Hadist Riwayat Imam Muslim

“Allah menolong hambanya selama hamba menolong saudaranya.”

Hadist ini menunjukkan pada urgensi pertolongan kepada orang lain. Relevansinya dengan akad *kafalah*, bagi mereka yang mampu untuk memberikan jaminan demi kemaslahatan orang lain, hendaknya ditunaikan karena hal itu merupakan bentuk nyata pertolongan kita kepada orang yang membutuhkan.

⁶ Syafii Antonio... Op.Cit, hlm. 124.

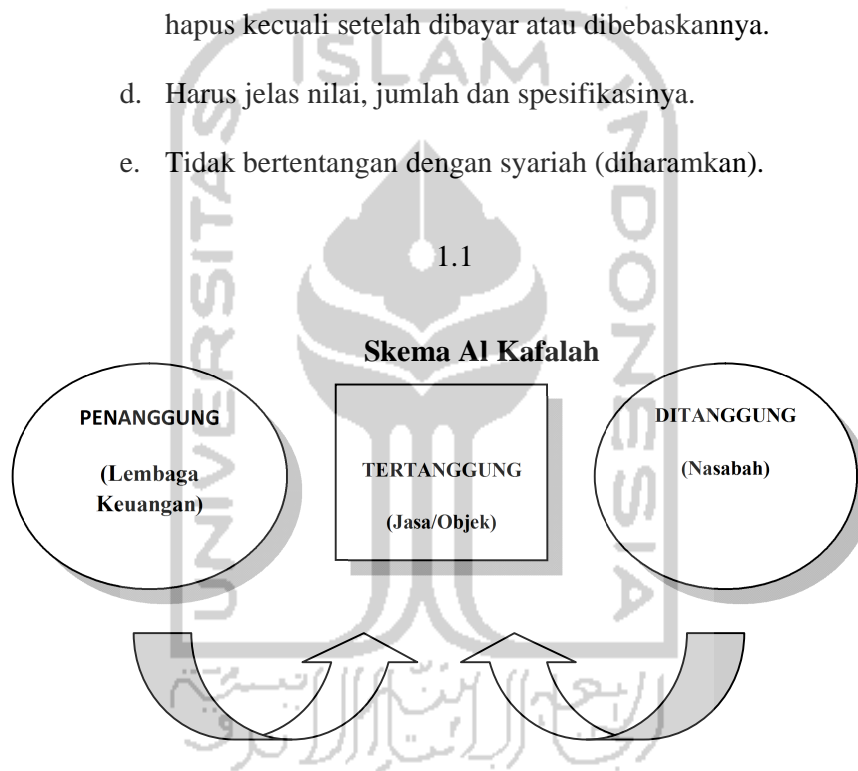
Dewan syariah Nasional telah mengatur jasa pelayanan perbankan syariah berdasarkan akad *kafalah* dalam fatwa DSN nomor 11/DSN/-MUI.IV/2002. Dalam fatwa tersebut diatur lebih lanjut ketentuan umum jasa pelayanan *kafalah*, yaitu sebagai berikut.

1. Pernyataan ijab dan kabul harus dinyatakan oleh para pihak untuk menunjukkan kehendak mereka dalam mengadakan kontrak (akad).
2. Dalam akad *kafalah*, penjamin dapat menerima imbalan (fee) sepanjang tidak memberatkan.
3. *Kafalah* dengan imbalan bersifat mengikat dan tidak boleh dibatalkan secara sepihak.

Rukun dan syarat *kafalah* juga ditetapkan dalam fatwa DSN nomor 11/DSN-MUI/IV/2000 yaitu sebagai berikut.

1. Pihak penjamin (*kafil*)
 - a. Baligh (dewasa) dan berakal sehat.
 - b. Berhak penuh untuk melakukan tindakan hukum dalam urusan hartanya dan rela (*ridha*) dengan tanggungan *kafalah* tersebut.
2. Pihak orang yang berhutang (*Ashiil, Makfuul 'Anhu*).
 - a. Sanggup menyerahkan tanggungannya (piutang) kepada penjamin.
 - b. Dikenal oleh penjamin.
3. Pihak orang yang berpiutang (*Makfuul Lahu*)
 - a. Diketahui identitasnya.
 - b. Dapat hadir pada waktu akad atau memberikan kuasa.
 - c. Berakal sehat.

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



E. Metode Penelitian

1. Objek Penelitian

Pelaksanaan Akad *kafalah* pada Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta

2. Subjek Penelitian

- a. Pimpinan Bank Muamalat Indonesia kantor cabang Yogyakarta, dalam hal ini adalah bagian legal Bank Muamalat Indonesia kantor cabang Yogyakarta.
- b. Pimpinan Majelis Ulama Indonesia, dalam hal ini untuk mengetahui fatwa-fatwa yang berhubungan dengan akad *kafalah*.
- c. Dewan Pengawas Syariah (DPS).

3. Sumber Data

a. Sumber Data Primer

yaitu data yang diambil langsung dari subjek penelitian tentang akad *kafalah* pada Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta.

b. Sumber Data Sekunder

yaitu data yang diperoleh melalui studi kepustakaan dengan cara mempelajari peraturan perundang undangan dan buku-buku yang ada hubungannya dengan masalah yang diteliti

alat pengumpulan data digunakan di dalam suatu penelitian hukum, senantiasa tergantung pada ruang lingkup dan tujuan penelitian hukum yang dilakukan. Yang jelas adalah, bahwa setiap penelitian hukum senantiasa harus didahului dengan penggunaan studi dokumen atau bahan pustaka, karena fungsinya.

Sumber data sekunder, terdiri dari tiga bahan hukum yaitu:

A. Bahan hukum primer:

1. Undang undang No. 7 tahun 1992 *junto* undang undang No. 10 Tahun 1998 tentang perbankan.
2. Undang undang No. 3 tahun 2006 tentang Peradilan Agama.
3. Undang undang No 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.
4. Fatwa dewan syari'ah nasional No: 11/dsn-mui/iv/2000 tentang *kafalah*.
5. Peraturan BI No:6/24/PBI/2004 tentang Bank Umum yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah
6. KUHPerdata.

B. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, meliputi: buku, makalah, hasil penelitian, bulletin, surat kabar, hasil seminar, dan lain-lain yang berhubungan dengan penelitian.

C. Bahan hukum tersier, yaitu Al-Quran dan AL- Hadist, kamus hukum, kamus ekonomi, ensiklopedi Islam, dan ensiklopedi hukum.

4. Teknik Pengumpulan Data

a. Studi Lapangan

Yang dimaksud dengan studi lapangan adalah cara memperoleh data yang dilakukan wawancara/pembicaraan langsung dengan subjek penelitian mengenai data yang diinginkan.

b. Studi Kepustakaan

yang dimaksud dengan studi kepustakaan adalah cara memperoleh data dengan mempelajari atau mengkaji literatur, buku-buku, peraturan perundang undangan dan ketentuan lain yang ada hubungannya dengan permasalahan yang akan diteliti.

5. Metode Pendekatan

Metode pendekatan yang digunakan adalah pendekatan normatif dan empiris

6. Teknik Analisis Data

Penelitian digunakan pendekatan normatif dan empiris, penelitian normatif digunakan berkaitan dengan data hukum positif yang berlaku, sedangkan penelitian empiris digunakan berkaitan dengan data primer yang didapatkan melalui metode wawancara secara langsung (*in depth interview*) dan diskusi bersama (*focus group discussion*), setelah data terkumpul maka disusun secara sistematis menggunakan analisis data deskriptif kualitatif yaitu mendiskripsikan kedalam uraian-uraian, sehingga pada akhirnya akan menjawab semua permasalahan yang selanjutnya disusun dalam bentuk laporan ilmiah atau skripsi.

F. Sistematika Penulisan

Dalam rangka penyusunan skripsi ini, secara sistematis penulis akan bagi kedalam bentuk 4 bab yaitu:

BAB I : Pendahuluan yang berisikan tentang latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan Penelitian, tinjauan pustaka, metode penelitian, kerangka skripsi.

BAB II: Tinjauan umum akad *kafalah* (jaminan) berisikan tentang pengertian akad *kafalah*, rukun dan syarat akad *kafalah*, konsekuensi konsekuensi hukum akad *kafalah* dan penyelesaian sengketa di dalam akad *kafalah*

BAB III: tanggung jawab nasabah dan pihak ketiga sebagai penjamin nasabah dalam pelaksanaan akad *kafalah* Pada PT. Bank Muamalat Indonesia Cabang Yogyakarta, Upaya PT. Bank Muamalat Indonesia kantor cabang Yogyakarta dalam mengeksekusi jaminan apabila jaminan tersebut bukan atas nama nasabah yang melakukan akad *kafalah*, melainkan atas nama pihak ketiga yang bertindak sebagai penjamin

BAB IV: Penutup yang berisikan tentang Kesimpulan dari pembahasan yang telah diuraikan dan disertai pula saran-saran sebagai rekomendasi berdasarkan temuan-temuan yang diperoleh dalam penelitian.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA TENTANG AKAD *KAFALAH*

A. Pengertian akad *kafalah*

Akad menurut bahasa berarti ikatan (*al-rabthu*), kaitan (*al-'akadah*) atau janji (*al-'ahdu*).⁷

Ada beberapa definisi yang diberikan kepada akad (perjanjian), menurut pasal 262 Mursyid Al-hairan, akad merupakan pertemuan ijab yang diajukan oleh salah satu pihak dengan kabul dari pihak lain yang menimbulkan akibat hukum pada objek akad. Menurut Syamsul Anwar, akad adalah, “pertemuan ijab dan kabul sebagai pernyataan kehendak dua pihak atau lebih untuk melahirkan suatu akibat hukum pada objeknya.”⁸

Sementara itu Ahmad Azhar Basyir, memberikan definisi akad sebagai berikut, akad adalah suatu perikatan antara ijab dan kabul dengan cara yang dibenarkan syarak yang menetapkan adanya akibat-akibat hukum pada objeknya. Ijab adalah pernyataan pihak pertama mengenai isi perikatan yang di inginkan, sedang kabul adalah pernyataan pihak kedua untuk menerimanya.⁹

⁷ Chairuman pasaribu, Suhrawadi K. Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Jakarta, Sinar Grafika, 1994, hlm. 2.

⁸ Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah studi tentang teori akad dalam fiqih muamalah*, Jakarta, PT. Grafindo persada, 2007, hlm. 68.

⁹ Ahmad Azhar Basyir, *Asas Asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*, Yogyakarta, UII Press, 2000, hlm. 65.

Pengertian akad menurut peraturan Bank Indonesia nomor 7/46/ PBI/ 2005 tentang akad penghimpunan dan penyaluran dana bagi bank yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah. Dalam ketentuan pasal 1 ayat 3 dikemukakan bahwa akad adalah perjanjian tertulis yang memuat ijab (penawaran) dan kabul (penerimaan) antara bank dengan pihak lain yang berisi hak dan kewajiban masing-masing sesuai dengan prinsip syariah.

Dengan demikian akad adalah perjanjian yang menimbulkan kewajiban berprestasi pada salah satu pihak, dan hak bagi pihak lain atas prestasi tersebut, dengan atau tanpa melakukan kontraprestasi.¹⁰

Definisi *kafalah* menurut istilah yang paling tepat menurut ulama Hanafiyah adalah menggabungkan sebuah *dzimmah* yang lain di dalam penagihan atau penuntutan secara mutlak, maksudnya adalah menggabungkan pihak *kafiil* (penjamin) kepada tanggungan *al-madiin* (orang yang menanggung suatu hak, pihak yang dijamin) di dalam penagihan atau penuntutan hak jiwa, *ad-dain* (harta yang masih dalam bentuk utang) atau harta *al-'ain* (barang, harta yang barangnya berwujud secara konkrit dan nyata, kebalikan dari *ad-dain*) seperti barang yang dighashab atau yang lainnya.

Jadi menurut definisi ini, utang yang ada tidak lantas ditetapkan dalam tanggungan pihak *kafiil* dan tidak serta merta gugur dari pundak *ashiil*

¹⁰ Prof. Dr. Abdul Ghofur Anshori, S.H., M.H., 2006, *Pokok Pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, Yogyakarta, Citra Media, hlm 21.

(orang yang dijamin). Sedangkan menurut ulama Malikiyyah dan ulama Syafi'iyah dan ulama Hanabilah, *kafalah* adalah menggabungkan tanggungan *dhamiin* (pihak yang menjamin) kepada pihak tanggungan *al-madhmuan 'anhu* (pihak yang dijamin) dalam kewajiban menunaikan hak, maksudnya di dalam kewajiban menunaikan utang. Jadi berdasarkan definisi ini, utang yang menjadi tanggungan kedua belah pihak, yaitu pihak yang menjamin dan pihak yang dijamin. Hal ini sebagaimana keterangan yang terdapat di dalam kitab "*Al-Mughni*" karya Ibnu Qudamah, salah satu ulama Hanabilah.

Demikian pula dalam fatwa Dewan Syariah Nasional nomor 11/DSN/MUI/IV/2000 tentang *kafalah* memberikan arti *kafalah* tersebut adalah: "jaminan yang diberikan oleh penanggung (*kafil*) kepada pihak ketiga untuk memenuhi kewajiban pihak kedua atau yang ditanggung (*makfuul anhu/Ashiil*)"

Dalam penjelasan atas pasal 3 peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/PBI/2007 diberikan definisi: "*kafalah* adalah transaksi penjaminan yang diberikan oleh penanggung (*kafil*) kepada pihak ketiga atau yang bertanggung (*Makhfuul lahu*) untuk memenuhi kewajiban pihak kedua (*makhfuul anhu/Ashiil*)."

Perlu diperhatikan bahwa tertetapkannya utang yang dijamin tersebut dalam tanggungan *kafil* (pihak penjamin) dan pada pihak yang sama utang tersebut juga masih tetap berada dalam tanggungan *Ashiil* (pihak yang dijamin, pihak yang berutang) atau dengan kata lain meskipun utang yang ada sama-sama menjadi tanggungan kedua belah pihak, yaitu yang menjamin dan yang dijamin, namun hal ini tidak serta merta berarti hutang yang ada menjadi bertambah atau dobel. Karena meskipun utang tersebut berada di dalam tanggungan *kafil*, namun orang yang memiliki hak (pihak yang

berpiutang) hanya berhak menagih dan mendapatkan haknya sejumlah yang pernah ia berikan, ada kalanya dari *kafil* atau dari *Ashil*.

Begitu juga, jika diperhatikan maka sebenarnya tidak ada suatu penghalang keberadaan suatu utang di dalam *dhammah* (tanggungan) lebih dari satu. Karena utang termasuk satu di antara hal-hal yang hanya bersifat *al-itibaari asy-syar'i* (sesuatu yang keberadaannya hanya di dalam anggapan saja atau tidak ada wujudnya secara konkrit akan tetapi wujudnya hanya sebatas nama saja, nominal). Maka oleh karena itu, bisa saja menganggap sesuatu yang satu berada di dalam dua tanggungan, yang tidak boleh adalah tertetapkannya harta *al'in* (harta yang barangnya berwujud secara konkrit dan nyata, kebalikan dari *ad-dhain* atau utang) pada waktu yang sama di dalam dua wadah yang hakiki.

Bukti kalau utang tersebut berada dalam tanggungan *kafil* adalah, bahwa seandainya utang tersebut dihibahkan kepada pihak *kafil*, maka hutang tersebut sah dan selanjutnya boleh bagi *kafil* untuk meminta atau menagihnya dari *Ashil* (pihak yang dijamin atau yang berutang) padahal sebenarnya menghibahkan harta yang masih berupa utang kepada selain pihak yang menanggung utang itu adalah tidak boleh, ketika penghibahan utang kepada *kafil* itu sah. Maka itu berarti utang tersebut statusnya juga berada dalam tanggungan *kafil*. Begitu juga sah bagi pihak yang berpiutang untuk membeli sesuatu dari *kafil* dibayar dengan utang yang dijaminnya itu, padahal menurut hukum asal tidak sah para pihak yang berpiutang membeli

sesuatu dibayar dengan utang tersebut. Ketika pembelian itu sah, maka itu berarti utang tersebut juga berada dalam tanggungan *kafiiil*.

Adapun dalil atau argumentasi pendapat ulama Hanafiyyah adalah, bahwa utang, meskipun memang secara syara' memungkinkan untuk menganggapnya berada di dalam dua tanggungan (*dzimmah*), namun tidak boleh menetapkan terjadinya setiap sesuatu yang mungkin kecuali harus ada motif yang mendasari terjadinya sesuatu tersebut, sementara disini motif tersebut tidak ditemukan, karena dalam hal ini, pengukuhan dan penjaminan suatu utang sudah bisa terwujud dengan tertetapkannya hak penagihan, ulama Hanafiyyah memberi jawaban tentang sahnya menghibahkan utang kepada pihak *kafiiil* atau sahnya pihak yang berpiutang membeli sesuatu dari pihak *kafiiil* dibayar dengan utang yang dijaminnya, bahwa dalam hal ini mereka menjadikan utang tersebut seolah olah adalah dua utang supaya pentasharufan-seperti menghibahkan utang yang ada kepada pihak *kafiiil* atau membeli sesuatu dari pihak *kafiiil* dibayar dengan utang yang ada yang dilakukan oleh pihak yang memiliki hak (*ad-daa'in*, pihak yang berpiutang) bisa sah.

Diantara argumentasi ulama Hanafiyyah yang lainya adalah, bahwa sebagaimana halnya *kafalah* sah terhadap jiwa (*al-kafalah bin nafsi*, menjamin untuk mendatangkan orang yang menanggung hak, terpidana), padahal *kafalah* terhadap jiwa di dalamnya ditemukan unsur *ad-dhain* (utang), karena sesuatu yang dijamin di dalam *kafalah* terhadap jiwa adalah menghadirkan *al-makhfuul bihi* (sesuatu yang dijamin, yaitu diri orang yang

menanggung hak atau *al-makhfuul 'anhu*), juga sebagaimana halnya *kafalah* sah terhadap harta yang berupa *ad-dhain* (utang), begitu juga *kafalah* sah terhadap *al-'ain* (barang, harta yang barangnya berwujud secara konkrit dan nyata). Mendefinisikan *kafalah* dengan sebuah definisi yang mengandung pengertian tertetapkannya hak menagih dan menuntut adalah bertujuan supaya lebih umum mencakup semua macam-macam *kafalah* (yaitu *kafalah* terhadap utang, *kafalah* terhadap jiwa dan *kafalah* terhadap *al-'ain* atau barang) berbeda jika kita membatasi makna *kafalah* hanya pada penggabungan tanggungan dalam hal *ad-dhain* (utang) saja, maka *kafalah* yang dimaksud hanya berkaitan dengan harta saja.

Mendefinisikan *kafalah* dengan definisi menggabungkan tanggungan ke tanggungan yang lain dalam hal penagihan adalah lebih umum karena mencakup macam-macam *kafalah* yaitu *kafalah* dengan *al-makhfuul bihi* (sesuatu yang dijamin) berupa harta (utang), *kafalah* dengan *al-makhfuul bihi* berupa *an-nafs* (jiwa, diri orang yang menanggung hak) dan *kafalah* dengan *al-makhfuul bihi* berupa *al-'ain* (barang). Ini adalah yang dimaksud tulisan diatas bahwa definisi ini lebih tepat menurut ulama Hanafiyyah, yaitu bahwa definisi ini lebih bisa diterima hanya dari sudut pandang ini saja, yaitu definisi tersebut lebih umum bisa mencakup ketiga bentuk *kafalah* (*kafalah* terhadap jiwa, dan *kafalah* terhadap harta *al-'ain*).

Adapun kelompok yang mendefinisikan *kafalah* dengan definisi menggabungkan sebuah tanggungan kepada tanggungan yang lain dalam hal utang, maka yang dimaksudkan olehnya adalah hanya satu bentuk *kafalah*

saja yaitu *kafalah* terhadap harta (utang), adapun dua bentuk *kafalah* yang lain yaitu *kafalah* terhadap jiwa dan *al-'ain* (barang) maka disepakati bahwa *kafalah* terhadap jiwa dan barang adalah *kafalah al-muthaalabah* (siapa ditagih), jadi pendapat ulama Hanafiyyah yang mengatakan bahwa definisi yang mereka pilih adalah definisi yang lebih tepat memang bisa diterima dilihat dari sisi-sini saja, yaitu definisi tersebut lebih umum karena mencakup ketiga bentuk *kafalah*.

Sedangkan jika dilihat dari sisi kenyataan yang berkaitan dengan hukum-hukum *kafalah*, maka dalam hal ini Ibnu Abidin menjelaskan bahwa para fuqaha' sepakat tentang tertetapkannya utang di dalam tanggungan pihak *kafiiil* namun pada waktu yang sama juga tetap berada di dalam tanggungan pihak *ashiil* (*al-makhfiul 'anhu*), buktinya ulama sepakat sahnya menghibahkan utang yang ada kepada *kafiiil* dan sahnya pihak *ad-daa'in* (yang berpiutang, *al-makhfiul lahu*) membeli sesuatu dari *kafiiil* dibayar dengan utang yang dijaminnya tersebut seperti yang telah kita ketahui. Juga karena menganggap utang berada dalam dua tanggungan merupakan sesuatu yang mungkin seperti yang telah di isyaratkan diatas. Dan seandainya mendefinisikan *kafalah* dengan definisi menggabungkan sebuah tanggungan kepada tanggungan yang lain dalam hal penagihan (*al-muthaalabah*) saja, maka tentunya berdasarkan pendapat ini, jika terjadi kasus kematian pihak *kafiiil* tidak bisa diambilkan dari harta peninggalan si *kafiiil*, karena hak penagihan gugur atau tidak bisa dilakukan terhadapnya dengan kematian itu, seperti jika *kafalah* (jaminan) adalah terhadap jiwa. Padahal sudah ditegaskan

bahkan menurut ulama Hanafiyah sendiri bahwa jika pihak *kafiil* meninggal dunia, maka utang yang ada jatuh tempo dan dibayarkan dari harta peninggalannya. Juga berdasarkan bukti bahwa boleh ada pihak ketiga yang menjadi *kafiil* dan bagi *kafiil* yang pertama terhadap harta yang dijamin oleh *kafiil* yang pertama tersebut.

Perbedaan definisi ini selanjutnya berkonsekuensi memunculkan perbedaan ketika pihak *kafiil* bersumpah bahwa ia tidak memiliki tanggungan utang, maka ia dianggap telah bersumpah palsu apabila kita mengatakan bahwa *kafalah* adalah menggabungkan tanggungan kepada tanggungan yang lain di dalam utang (bukan di dalam *al-muthaalabah* atau (penagihan). Namun ia tidak dianggap telah bersumpah palsu jika kita mengatakan bahwa *kafalah* adalah menggabungkan tanggungan kepada tanggungan yang lain di dalam *al-muthaalabah* (penagihan).

Pasal 19 ayat (1) huruf i undang undang nomer 21 tahun 2008 tentang perbankan syariah memberikan penjelasan yang dimaksud dengan akad *kafalah*, yaitu:

“Akad pemberian jaminan yang diberikan satu pihak kepada pihak lain, dimana pemberi jaminan (*kafiil*) bertanggung jawab atas pembayaran kembali utang yang menjadi hak penerima jaminan (*makhful*).”

B. Rukun dan Syarat Akad *Kafalah*

Dalam melaksanakan suatu perikatan Islam harus memenuhi rukun dan syarat yang sesuai dengan hukum Islam. Rukun adalah “sesuatu unsur yang merupakan bagian tidak terpisahkan dari suatu perbuatan atau peristiwa yang

menentukan sah atau tidaknya perbuatan tersebut dan ada atau tidak adanya sesuatu itu. Sedangkan syarat adalah “sesuatu yang tergantung padanya keberadaan hukum syar’i dan ia berada diluar hukum itu sendiri, yang ketiadaannya menyebabkan hukum pun tidak ada”

Pendapat para ulama mengenai rukun dan syarat perikatan dalam Islam beraneka ragam, namun sebagian besar ulama berpendapat rukun dan syarat perikatan Islam adalah sebagai berikut:¹¹

- a. *Al-Aqidain* (subjek Akad);
- b. *Mahallul ‘Aqd* (objek Akad);
- c. *Maudhu’ul ‘Aqd* (tujuan Akad);
- d. *Sighat Al-‘Aqd*.

Menurut H. R. Daeng Naja dari rukun dan syarat tersebut, dapat dirangkum menjadi:

1. Syarat rukun, yakni ijab kabul:

Rukun adalah unsur yang mutlak harus ada dalam sesuatu hal, peristiwa atau tindakan. Rukun akad tidak lain adalah ijab kabul sebab akad adalah suatu perikatan antara ijab dan kabul.

Suatu ijab (penawaran) adalah kondisi yang diperlukan dari sebuah kontrak (akad) yang sah. Ia didefinisikan sebagai pernyataan atas penawaran yang tegas yang dibuat terlebih dahulu dengan tujuan

¹¹ Wirdyaningsih, SH., et al, *Bank dan Asuransi Islam di Indonesia*, Jakarta, Kencana Prenada, 2005, Media, hlm 94-100.

menciptakan kewajiban, sementara pernyataan yang menyusul kemudian disebut kabul (penerimaan). Ijab menunjukkan kesediaan dari pihak untuk melakukan hal yang positif. Hukum Islam tidak menyatakan apakah kesediaan dari pihak untuk tidak melakukan sesuatu hal juga termasuk dalam ijab atau tidak.

Ijab dan kabul dapat disampaikan dalam beragam cara, yaitu melalui kata-kata, isyarat, indikasi, atau tingkah laku. Tidak ada perbedaan pendapat di antara para ahli hukum berkenaan dengan kesimpulan mengenai kontrak melalui kata-kata. Mereka belum menetapkan kata-kata yang pasti dalam pembentukan kontrak tertentu. Apapun yang dapat menyampaikan pengertiannya dengan jelas, dianggap memadai untuk pembentukan kontrak.

Agar ijab kabul benar-benar mempunyai akibat hukum, diperlukan adanya tiga syarat sebagai berikut:

- a. Ijab dan kabul harus dinyatakan oleh orang yang sekurang kurangnya telah mencapai umur *tamyis* yang menyadari dan mengetahui isi perkataan yang diucapkan hingga ucapan ucapannya itu benar-benar menyatakan keinginan hatinya. Dengan kata lain, ijab dan kabul harus dinyatakan dari orang yang cakap melakukan tindakan hukum.
- b. Ijab dan kabul harus tertuju pada suatu objek yang merupakan objek akad.
- c. Ijab dan kabul harus berhubungan langsung dalam suatu majelis, apabila dua belah pihak sama-sama hadir atau sekurang kurangnya

dalam mejelis diketahui ada ijab oleh pihak yang tidak hadir. Hal yang terakhir ini terjadi misalnya ijab dinyatakan kepada pihak ketiga dalam ketidakhadiran pihak kedua, maka pada saat pihak ketiga menyampaikan kepada pihak kedua tentang adanya ijab itu, berarti bahwa ijab itu disebut dalam majelis akad, juga dengan akibat bahwa pihak kedua kemudian menyatakan menerima (kabul), akad dipandang telah terjadi.

Apabila pihak pertama telah menyatakan ijab maka ia boleh saja menarik kembali sebelum ada kabul dari pihak kedua, atas dasar sukarela dari kedua belah pihak, namun jika pihak pertama memberi kesempatan tenggang waktu kepada pihak kedua untuk menyatakan kabulnya maka pihak pertama berkewajiban melangsungkan ijabnya sampai tenggang waktu untuk menyatakan kabul itu atas persetujuan atau bahkan pemberian pihak pertama.

Hal lain yang perlu diperhatikan adalah bahwa hilangnya kecakapan pihak pertama setelah menyatakan ijab, tidak membatalkan ijab yang dinyatakan tersebut walaupun pihak kedua belum menyatakan kabul. Hal ini mengingatkan bahwa dengan adanya ijab maka pihak pertama telah ada hubungan dengan pihak kedua. Ijab batal karena:

- 1) Bubarnya majelis akad;
- 2) Ditarik kembali oleh pembuatnya, sebelum adanya akad;
- 3) Karena kematian salah satu pihak;

4) Berakhirnya waktu yang ditentukan oleh kabul pembuat ijab.

Hukum Islam menuntut bahwa penerimaan seharusnya sesuai dengan penawaran dalam semua detailnya dan bahwa ia seharusnya diterima dalam pertemuan yang sama jika penawarannya efektif sejak sesi pertemuan tersebut. Kebutuhan akan kesatuan sesi untuk “penawaran dan penerimaan” telah diinterpretasikan dalam cara berbeda-beda. Kebutuhan ini didasarkan oleh hadis Nabi Muhammad saw. Yang diriwayatkan oleh Bukhari:

“pihak-pihak yang terlibat dalam akad memiliki hak untuk memilih (untuk menyelesaikan atau tidak) hingga sebelum mereka berpisah.”

Walaupun ada beberapa perbedaan minor dan pendapat, para fuqaha memiliki pandangan bahwa kontrak (akad) harus dilengkapi oleh penawaran dan penerimaan dalam pertemuan yang sama hingga salah satu pihak mendapatkan hak untuk memikirkan kembali, mengesahkan, atau membatalkan kontraknya nanti. Pilihan stipulasi (*Khiyar asy-Syart*) adalah mekanisme yang disediakan oleh hukum Islam untuk menyelesaikan permasalahan yang disebabkan oleh hambatan-hambatan yang mungkin ada dalam kesatuan sesi. Pilihan ini menjadikan kontrak (akad) tidak mengikat bagi pihak yang telah mendapatkan hak tersebut untuk periode tertentu. Hadist Rasulullah saw tersebut secara sederhana berarti jika kedua belah pihak sepakat untuk memasuki kontrak dalam suatu pertemuan, masing-masing akan

memiliki hak untuk menarik kembali hingga mereka berpisah. Hal ini juga berarti sebuah penawaran harus ditanggapi secara serius. Bagi beberapa ulama modern, kata “pertemuan” hanyalah sebuah rekaan legal, dimana selama apapun waktu yang dibutuhkan, pihak yang terkena perjanjian untuk mengkomunikasikan penerimaannya dapat pula dianggap sebagai kelanjutan dari pertemuan yang sama.

Jika seorang penjual mengajukan penawaran kepada calon pembeli, “saya menjual kepada anda komoditas ini dengan harga sekian”, tetapi pembeli tidak menjawab sebelum mereka berpisah maka penjualannya tidak terjadi dan penawarannya tidak ada lagi, akan tetapi, jika pembeli mendapatkan jangka waktu tertentu dari pihak penjual, mereka dapat menutup penjualan dalam jangka waktu tersebut berdasarkan penawaran yang diajukan.

2. Syarat subjektif

- a. Yakni *al-muta'qidain/ al-aqidain* atau pihak-pihak yang berakad;

Pihak-pihak yang berakad merupakan faktor utama dalam pembentukan suatu akad karena tanpa mereka. Ijab dan kabul tidak mungkin terwujud. Telah diuraikan pula sebelumnya bahwa ijab dan kabul harus dinyatakan oleh orang yang sekurang kurangnya telah mencapai umur *tamyis*. Yang menyadari dan mengetahui isi perkataan yang diucapkan hingga ucapan ucapannya itu benar-benar menyatakan keinginan hatinya. Dengan kata lain, ijab dan kabul harus dinyatakan

dari orang yang cakap melakukan tindakan hukum. Jadi, titik beratnya adalah soal kecakapan melakukan perbuatan hukum. Dalam fikih Islam digunakan istilah ahliyah untuk menunjukkan arti kecakapan. Kecakapan mendukung hak disebut *ahliyatul wujub*, dan kecakapan menggunakan hak terhadap orang lain disebut *ahliyatul ada*.

Dalam kompilasi hukum-hukum ekonomi syariah yang termuat dalam peraturan Mahkamah Agung RI nomor 02 tahun 2008, disebutkan bahwa seseorang dipandang memiliki kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum dalam hal telah mencapai umur paling rendah 18 (delapan belas) tahun atau pernah menikah (pasal 2 ayat 1), dalam pasal sebelumnya yaitu pasal 1 angka 4, disebutkan bahwa anak adalah seseorang yang berada dibawah umur 18 (delapan belas) tahun yang dipandang belum cakap melakukan perbuatan hukum atau belum pernah menikah.

Menurut *fuqaha*, selain *Ahliyatul ada*, yaitu perwalian atau *wilayah*. Kata *wilayah* ini berarti adanya kewenangan atau kekuasaan seseorang untuk melakukan tindakan akad, yang mempunyai akibat-akibat hukum. Kewenangan perwalian ini terdapat dalam beberapa bentuk, ada yang disebut *niyabah ashliyah* dan ada pula yang disebut *niyaba al-syar'iyyah* atau *wilayah niyabiyah*. *Niyabah ashliyah* adalah seseorang yang mempunyai kecakapan sempurna untuk melakukan tindakan hukum untuk kepentingan dirinya sendiri, sedangkan *niyaba al-syar'iyyah* atau *wilayah niyabiyah* adalah kewenangan atau kekuasaan

yang diberikan kepada pihak lain yang mempunyai kecakapan sempurna untuk melakukan hukum atas nama orang lain.

Niyaba al-syar'iyah atau *wilayah niyabiyah* ini terdiri atas *ikhtiyariyah* yaitu memilih menentukan sendiri dan *ijabariah* yaitu keputusan tetap hakim untuk menunjuk seseorang melakukan perwalian terhadap pihak-pihak yang mengharuskan adanya perwalian, atau pihak lain sebagai wakil atas namanya berdasarkan ketetapan atau keputusan hakim.

Agar perwalian dapat dilakukan dengan sebaik baiknya maka wali harus memenuhi syarat sebagai berikut:

- 1) Mempunyai kecakapan untuk menjalankan tugas secara sempurna;
- 2) Memiliki pandangan (agama) antara wali dan yang diwakilinya;
- 3) Memiliki keteguhan dalam menjalankan agama;
- 4) Amanah, dapat dipercaya;
- 5) Menjaga kepentingan orang yang berbeda dalam perwaliannya.

b. *Shighat al-aqd* atau pernyataan untuk mengikatkan diri:

Cara bagaimana pernyataan pengikatan diri itu dilakukan, maksudnya dalam hal pembuatan akad, para pihak harus menyampaikan secara lisan/tertulis *term and condition* dari akad tersebut sehingga dapat menimbulkan akibat hukum, sebab maksud yang belum disampaikan kepada pihak lain tidak mempunyai akibat hukum sama sekali.

Kata akad secara harfiah berarti menyambung, mengikat atau mempertemukan, dari sini dapat diketahui bahwa akad itu pada hakekatnya adalah bahwa dua orang atau dua pihak atau lebih saling mengikatkan, menyambung, atau mempertemukan kehendak satu sama lain. Tindakan mengikatkan atau mempertemukan kehendak itu dilakukan melalui ucapan, tulisan, isyarat, perbuatan, atau cara lain, yaitu pihak yang satu menyatakan kehendaknya dan pihak lain menyatakan pula kehendak sebagai tanggapan terhadap pihak pertama. Pernyataan kehendak inilah yang menjadi rukun akad menurut hukum Islam, dan disebut juga sigat atau formulasi akad (*shigatul-'aqd/shigat al-'aqd*).

Yang dimaksud dengan *shigat al-'aqd* adalah dengan cara bagaimana ijab dan kabul yang merupakan rukun akad itu dinyatakan, atau dengan kata lain, bagaimana suatu kesepakatan dinyatakan. *Shigat al-'aqd* dapat dilakukan secara:¹²

1) Secara lisan:

Akad dipandang telah terjadi apabila ijab dan kabul dinyatakan secara lisan oleh pihak-pihak yang bersangkutan, bahasa apapun, dapat digunakan asal dapat dipahami pihak-pihak yang bersangkutan, susunan kata katanya pun tidak terikat dalam bentuk tertentu, yang penting jangan sampai mengaburkan yang akan

¹²Ahmad Azhar Baasyir, *Azas...*, Op.cit., hlm 69-70

menjadi keinginan pihak-pihak yang bersangkutan agar tidak mudah menimbulkan persengketaan dikemudian hari.

2) Dengan tulisan:

Jika dua pihak akan melakukan akad tidak ada disuatu tempat, akad dapat dilakukan melalui surat. Ijab dipandang terjadi setelah pihak kedua menerima dan membaca surat dimaksud. Dalam ijab tersebut tidak disertai dengan pemberian tenggang waktu maka kabul harus segera dilakukan dalam bentuk tertulis atau surat. Bila disertai pemberian tenggang waktu maka kabul supaya dilakukan sesuai dengan lama tenggang waktu yang diberikan tersebut.

3) Isyarat yang memberi pengertian dengan jelas tentang adanya ijab dan kabul:

Misalnya, apabila seseorang tidak mungkin menyatakan ijab dan kabul dengan perkataan karena bisa maka akad dapat terjadi dengan isyarat. Namun, dengan syarat ia pun tidak dapat menulis sebab keinginan seseorang yang dinyatakan dengan tulisan lebih meyakinkan dari pada yang dinyatakan dengan isyarat, akadnya dipandang tidak sah.

4) Perbuatan yang telah menjadi kebiasaan dalam ijab dan kabul:

Misalnya seseorang pembeli menyerahkan sejumlah uang tertentu, kemudian penjual menyerahkan barang yang dibeli kepada pembelinya tersebut. Caranya ini disebut jual beli dengan saling menyerahkan harga dan barang atau jual beli dengan *mu'athah*.

Yang paling penting dari pernyataan kesepakatan ini bukanlah bagaimana cara penyampaiannya, melainkan apakah pada saat pernyataan kesepakatan dalam pembuatan akad tersebut para pihak benar-benar dalam keadaan sadar, sukarela, tidak terdapat paksaan, penipuan/pemalsuan, ataupun kekhilafan/kekeliruan. Apabila suatu akad terjadi karena adanya paksaan, penipuan/pemalsuan atau kekeliruan maka akad tersebut menjadi cacat. Karena akad tersebut tidak memenuhi syarat subjektif maka akad tersebut dipandang tidak sah.

Salah satu hadist, Nabi Muhammad saw. Menyebutkan,

“diangkat dari umatku keliru, lupa, dan sesuatu yang dipaksakan kepada mereka.”

Yang dimaksud dengan kata ‘diangkat’ dalam hadist tersebut antara lain tidak mempunyai akibat hukum, baik dalam akidah, ibadah, moral, maupun muamalat yang dimaksudkan disini adalah cacat kehendak. Dalam hukum Islam, cacat kehendak meliputi:¹³

- a) Paksaan;
- b) Penipuan;
- c) Kekhilafan;
- d) Ketidak seimbangan prestasi.

3. Syarat objek

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

¹³Ahmad Azhar Baasyir, *Azas ...*, ibid, hlm. 101.

1) 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 para fuqaha sebab hukum dan akibat akad tidak mungkin bergantung pada sesuatu yang belum ada. Meskipun ada pengecualian dari ketentuan umum tersebut, seperti akad *salam* (pesan barang dengan pembayaran harga sebagian atau seluruhnya lebih dahulu), dan *ijarah/leasing* (sewa menyewa/sewa beli), atau juga dalam bentuk bagi hasil (*mudharabah*), dimana objek ada cukup diperkirakan akan ada pada masa yang akan datang.

2) Dibenarkan oleh *Syara'/Nash*

Para fuqaha 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.

3) 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. Untuk menentukan apakah syarat kejelasan suatu objek akad itu sudah terpenuhi atau belum, adat kebiasaan (*urf*) mempunyai peranan penting.

4) 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 dibawah kekuasaan yang sah pihak bersangkutan.

Objek akad atau *mahallu al-aqdi'* hanya benda-benda yang halal dan bersih dari najis dan maksiat yang boleh menjadi objek akad. Syarat objek akad yaitu:

- a) Halal menurut syara';
- b) Bermanfaat (bukan merusak atau digunakan untuk merusak);
- c) Dimiliki sendiri atau kuasa sipemilik objek akad;
- d) Dapat diserahkan (objek akad berada di dalam kekuasaan);
- e) Dengan harga transaksi yang jelas.

4. *maudhu' al 'aqd* atau tujuan akad.¹⁴

Yang dimaksud dengan *maudhu' al-aqd* adalah tujuan utama mengapa ditentukannya akad. Merupakan salah satu bagian terpenting dari syarat suatu akad.

Kaidah umum dalam ajaran Islam menentukan bahwa setiap orang yang melakukan perbuatan dalam keadaan sehat akal dan bebas menentukan pilihan (tidak dipaksa) pasti mempunyai tujuan tertentu yang mendorongnya

¹⁴ H.R Daeng Naja, *Akad Bank Syariah*, Yogyakarta, Yustisia, 2011, hlm. 21.

melakukan perbuatan, oleh karenanya, tujuan akad memperoleh tempat penting untuk menentukan apakah suatu akad di pandang sah atau tidak.

Tujuan akad menurut ulama fiqih, hanya diketahui secara syara'. Atas dasar itu, seluruh akad harus mempunyai tujuan atau akibat hukum yang tidak sejalan dengan syara' hukum tidak sah.

Apabila akad harus mempunyai tujuan agar akad itu dapat dipandang sah dan mempunyai akibat hukum, diperlukan adanya syarat- syarat tujuan sebagai berikut:¹⁵

- a. Tujuan akad hendaknya baru lahir pada saat akad diadakan (bukan merupakan kewajiban yang telah ada atas pihak-pihak yang bersangkutan tanpa akad yang diadakan);
- b. Tujuan akad harus berlangsung hingga berakhirnya akad;
- c. Tujuan akad harus dibenarkan secara syarak.

Jika syarat ini tidak dipenuhi maka akad dinyatakan tidak sah, seperti akad riba dan sebagainya.

Sebagaimana dalam hukum perjanjian menurut KUHPerdara yang mengenal asas kebebasan berkontrak, asas personalitas, dan asas itikad baik, sedangkan di dalam hukum adat mengenal asas terang, tunai, dan riil. Dalam konteks Islam juga mengenal asas-asas hukum perjanjian, adapun asas-asas itu adalah sebagai berikut;

1. *Al- Hurriyah* (Kebebasan);

¹⁵Ahmad Azhar Baasyir, *Azas...* ibid, hlm. 99-101.

Dalam hukum kontrak/perjanjian konvensional asas ini dikenal dengan asas kebebasan berkontrak. Dalam hukum perjanjian Islam, *al-hurriyah* merupakan prinsip dasar, yang artinya para pihak bebas membuat suatu perjanjian atau akad (*freedom of making contract*). Bebas dalam menentukan objek perjanjian dan bebas menentukan dengan siapa ia akan membuat perjanjian, serta bebas menentukan bagaimana penyelesaian jika terjadi sengketa dikemudian hari, dalam kebebasan tersebut tidak boleh ada unsur paksaan, penipuan, ataupun kekhilafan.

Dasar hukum mengenai asas ini tertuang di dalam Al Quran surat Al Baqarah ayat 256 yang artinya:”tidak ada paksaan untuk (memasuki) agama (Islam), sesungguhnya telah jelas jalan yang benar dari pada jalan yang sesat. . .”

Adanya kata-kata “tidak ada paksaan”, ini berarti Islam menghendaki dalam hal perbuatan apapun harus didasari oleh kebebasan untuk bertindak, sepanjang itu benar dan tidak bertentangan dengan nilai-nilai syariah.

2. *Al-Musawah* (persamaan dan kesetaraan);

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

Dasar hukum asas persamaan ini tertuang di dalam Al Qur'an surat Al-Hujarat ayat 13 yang artinya:

"hai manusia, sesungguhnya kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa bangsa dan bersuku suku supaya kamu saling mengenal. Sesungguhnya orang yang paling mulia di antara kamu di sisi Allah ialah orang yang paling bertaqwa di antara kamu sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal."

Dari ketentuan tersebut, Islam menunjukkan bahwa semua orang mempunyai kedudukan yang sama didepan hukum (*equality before the law*), sedangkan yang membedakan kedudukan antara orang yang satu dengan orang yang lainnya di sisi Allah adalah derajat ketaqwaannya.

3. *Al-'adalah* (keadilan);

Pelaksanaan asas ini di dalam suatu akad/ perjanjian menurut para pihak untuk melakukan yang benar dalam pengungkapan kehendak dan keadaan, memenuhi semua kewajibannya. Perjanjian harus senantiasa mendatangkan keuntungan yang adil dan seimbang, serta tidak boleh mendatangkan kerugian bagi salah satu pihak.

4. *Al-Ridha* (kerelaan);

Asas ini menyatakan bahwa segala transaksi yang dilakukan harus atas dasar kerelaan antara masing-masing pihak, harus didasarkan pada kesepakatan bebas dari para pihak dan tidak boleh ada unsur paksaan, tekanan, penipuan, dan mis-statement.

Dasar hukum adanya asas kerelaan dalam pembuatan perjanjian dapat dibaca di dalam Al Qur'an surat An-Nisa ayat 29, yang artinya:

”hai orang orang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan perniagaan yang berlaku dengan suka sama suka di antara kamu, dan janganlah kamu membunuh dirimu, sesungguhnya Allah adalah Maha Penyayang kepadamu.”

Kata-kata”suka sama suka” menunjukkan bahwa dalam hal membuat perjanjian, khususnya dilapangan perniagaan, harus senantiasa didasarkan pada asa kerelaan atau kesepakatan para pihak secara bebas.

5. *Ash-Shidq* (kebenaran dan kejujuran);

Asas ini menekankan perlunya kejujuran dalam melakukan akad/perjanjian. Di dalam Islam setiap orang dilarang melakukan kebohongan dan penipuan karena dengan adanya penipuan/kebohongan, sangat berpengaruh dalam keabsahan akad/perjanjian. Akad/perjanjian yang di dalamnya mengandung unsur kebohongan/penipuan, memberikan hak kepada pihak lain untuk menghentikan proses pelaksanaan akad/perjanjian tersebut.

Dasar hukum mengenai asas As-Shidiq dapat kita baca di dalam Al Qur'an surat Al-Ahzab ayat 70, yang artinya:

”hai orang orang yang beriman, bertaqwalah kamu kepada Allah dan katakanlah perkataan yang benar.”

Bahwa setiap muslim wajib mengatakan yang benar, terlebih dalam hal melakukan akad/perjanjian dengan pihak lain sehingga faktor kepercayaan menjadi sesuatu yang esensial demi terlaksananya suatu akad.

6. *Al-Kitabah* (tertulis);

Asas ini menyatakan bahwa setiap perjanjian hendaknya dibuat secara tertulis. Hal ini berkaitan dengan keperluan pembuktian jika dikemudian hari terjadi sengketa.

Dalam Al-Quran surat Al-Baqarah ayat 282-283 diisyaratkan agar akad yang dilakukan benar-benar berada dalam kebaikan bagi semua pihak. Bahkan ada juga di dalam pembuatan akad/perjanjian, hendaknya juga disertai dengan saksi-saksi (*syahadah*), *rahn* untuk kasus tertentu, dan prinsip tanggung jawab individu.

Di dalam hukum Islam, ketika seorang subjek hukum hendak membuat akad/perjanjian dengan subjek hukum lainnya, selain harus didasari dengan adanya kata sepakat juga dianjurkan untuk dituangkan dalam bentuk tertulis dan diperlukan kehadiran saksi-saksi, hal ini sangat penting khususnya bagi akad-akad yang membutuhkan pengaturan kompleks.

Kompilasi hukum ekonomi syariah menyebutkan bahwa akad dilakukan berdasarkan atas:

- a. Ikhtiyari/sukarela :setiap akad/dilakukan atas dasar kehendak para pihak, terhindar dari keterpaksaan karena tekanan salah satu pihak atau pihak lain.
- b. Amanah/menepati janji: setiap akad wajib dilaksanakan oleh para pihak sesuai dengan kesepakatan yang ditetapkan oleh yang bersangkutan dan pada saat yang sama terhindar dari cidera janji.
- c. Ikhtiyati/Kehati-hatian: setiap akad dilakukan dengan pertimbangan yang matang dan dilaksanakan secara tepat dan cermat.
- d. Luzum/tidak berubah: setiap akad dilakukan dengan tujuan yang jelas dan perhitungan.
- e. Saling menguntungkan: setiap akad dilakukan untuk memenuhi kepentingan para pihak sehingga tercegah dari praktik menipulasi dan merugikan salah satu pihak.
- f. Taswiyah (kesetaraan): Para pihak dalam setiap akad memiliki kedudukan yang setara, dan mempunyai hak dan kewajiban yang seimbang.
- g. Transparansi: Setiap akad yang dilakukan sesuai dengan pertanggung jawaban para pihak secara terbuka.
- h. Kemampuan: setiap akad yang dilakukan sesuai dengan kemampuan para pihak sehingga tidak menjadi beban yang berlebihan bagi yang bersangkutan.

- i. Taisir/Kemudahan: setiap akad dilakukan dengan cara saling memberi kemudahan kepada masing-masing pihak untuk dapat melaksanakannya sesuai dengan kesepakatan.
- j. Sebab Yang Halal: tidak bertentangan dengan hukum, tidak dilarang oleh hukum, dan tidak haram.

Menurut penjelasan Wahbah Az-Zuhaili syarat dan rukun *kafalah* yaitu:¹⁶

1. Rukun *Kafalah*

Rukun *kafalah* menurut imam Abu Hanifah adalah ijab kabul, maksudnya ijab dari pihak *kafil* (penjamin) dan kabul dari *ad-daa'in* (pihak yang berpiutang atau yang memiliki hak, *al-makhfuul lahu*)

Abu Yusuf dan mayoritas fuqaha berpendapat bahwa rukun *kafalah* hanya ijab kabul dari pihak *kafil* saja, sedangkan kabul dari pihak yang memiliki hak bukan termasuk rukun.

Berdasarkan hal ini, maka *kafalah* sah hanya dengan ijab dari pihak *kafil* saja di dalam *kafalah* terhadap jiwa dan harta. Menurut mayoritas fuqaha, tidak disyaratkan adanya kabul dan persetujuan dari *makhfuul lahu* (pihak yang berpiutang, pihak yang memiliki hak yang dijamin, pihak yang diberi jaminan). Karena dalam hadist Abu Qatadah r.a diatas tidak tersinggung masalah kabul dari pihak *al-makhfuul lahu*. Di

¹⁶ Wahbah Az-Zuhaili, *Fiqih Islam Wa Adillatuhu*, Jakarta, Gema Insani, 2007, hlm. 38-50.

dalam hadist Abu Qatada r.a. tersebut *kafalah* sah hanya dengan perkataannya. “Saya yang menjamin utang tersebut wahai Rasulullah”, lalu Rasulullah saw menshalati jenazah tersebut. Di dalam hadist ini tidak disebutkan kabul atau persetujuan dari pihak *al-makhfuul lahu*. Juga karena *kafalah* menurut bahasa artinya adalah *adh dhamman* (menggabungkan), sedangkan menurut syara’ adalah komitmen (*al-iltizaam*) untuk siap ditagih untuk menunaikan hak yang dipikul oleh pihak *ashiil*. Menurut arti bahasa dan istilah ini berarti sudah cukup terbentuk hanya dengan ijab dari pihak *kafil* saja. Berdasarkan hal ini atau dilihat dari sisi ini, maka *kafalah* memiliki kemiripan dengan *nadzar*.

Imam Abu Hanifah dan Muhammad berpendapat bahwa dalam *kafalah* di isyaratkan adanya kerelaan atau persetujuan dari pihak *al-makhfuul lahu* (pihak yang diberi jaminan, pihak pemilik hak yang dijamin) seperti yang akan disinggung kembali di dalam pembahasan tentang syarat-syarat *kafalah*.

Adapun persetujuan pihak *al-makhfuul ‘anhu* (*ashiil*, pihak yang memikul hak yang dijamin atau bahasa sederhananya adalah, pihak yang dijamin) maka ulama sepakat tidak termasuk syarat *kafalah*. Karena membayarkan tanggungan utang seseorang tanpa seizinya hukumnya adalah sah. Dan tentunya secara prioritas hal itu juga sah jika memang itu berdasarkan adanya *al-iltizaam* (komitmen). Juga karena sah hukumnya menjamin orang yang sudah meninggal dunia dan hal itu sudah menjadi kesepakatan fuqaha kecuali imam Abu Hanifah, meskipun si mayat tidak

meninggalkan apa-apa yang bisa digunakan untuk membayar utangnya itu, dengan kata lain si mayat pailit (*mufлис*).

Menurut mayoritas ulama. Rukun *kafalah* ada empat yaitu:

- a. *Dhammin* atau orang yang menjamin (*kafil*, yaitu setiap orang yang sah untuk mentasharufkan hartanya, maka oleh karena itu, tidak sah penjamin atau *kafalah* yang diberikan oleh anak kecil dan *safih*, yaitu orang yang tidak sah melakukan pentasharufan terhadap hartanya karena tidak memiliki kemampuan mengelola dan membelanjakan hartanya dengan baik dan benar).
- b. *Maadhmuun* atau sesuatu yang dijamin (*al-makhfuul bihi*, yaitu setiap hak yang boleh diwakilkan, yaitu utang atau barang yang statusnya tertanggung. Ini adalah dalam hal yang berkaitan dengan harta benda, tidak dalam hal yang berkaitan dengan hukuman *hadd* atau *qishash*. Karena hukuman *hadd* atau *qishash* tidak boleh diwakilkan.
- c. *Madhmuun 'anhu* atau pihak yang dijamin (*al-makhfuul 'anhu*, yaitu setiap orang yang memiliki tanggungan harta yang harus dibayar, baik ia masih hidup atau ia sudah mati).
- d. *Shigah* atau ijab. Bentuk *shigah* atau kalimat ijab dalam *kafalah* bisa terbentuk dengan kalimat ijab tertentu. Bentuk-bentuk kalimat atau ungkapan ijab menurut ulama Hanafiyah dan ulama Syafi'iyah ada kalanya *shariih* (jelas, eksplisit) atau *kinayah* (metonimi, kata kiyasan), menunjukkan pemberian jaminan atau siap bertanggung jawab terhadap tanggungan yang ada menurut adat dan kebiasaan.

Bentuk kalimat ijab yang *shariih* atau jelas adalah seperti perkataan, ‘*Takafaltu*’(aku yang menjaminnya) atau, “*dhamintu*” (aku yang menanggungnya). Atau, ‘*anaa dhaaminun maa ‘alaihi*,” aku yang menanggung apa yang menjadi tanggungannya, atau “*anaa za’iim*, atau “*anaa qabiil*,” atau “*anaa hamiil*,” yang kesemuanya artinya adalah, saya yang menjamin yang menjadi tanggungannya, atau, “*huwa ‘alaya*” atau, *huwa ilayya*,’ (tanggungannya menjadi tanggunganku), atau “*laka ‘indii*,” atau “*laka qibalii*” (hakmu yang menjadi tanggungannya ada padaku) atau “*alaya analqaa kabihi*,” (saya yang akan membawa hakmu kepadamu) atau *da’hu ilayya*,’ (biarkan hakmu yang ada pada dirinya menjadi tanggunganku).

Sedangkan kalimat yang berbentuk kinayah adalah seperti perkataan,” *khalli ‘anfulaanin*,” (biarkan si fulan), atau “*ad-dainul ladzii ‘alaihi’indii*,” (utang yang menjadi tanggungannya ada pada saya), atau, “*dainu fulaan ilayya*,” (Utang si fulan menjadi tanggunganku), atau, “*dhamintu fulaan*,” atau, “*dhamaanu fulaanin alayya*,” (saya yang menjamin si fulan), jika yang ia maksud adalah hal yang berkaitan dengan hak harta atau badan, maka akad *kafalah* berlaku mengikat, namun jika tidak, maka sia sia.

Apabila seseorang berkata, “*lifulaanin ‘indiikadza*,” (fulan memiliki sesuatu yang ada pada saya), maka perkataan itu mengandung dua kemungkinan, bisa saja itu adalah *wadii’ah* (titipan) atau bisa saja

yang dimaksud adalah memang *dzimmah* (tanggung), hal ini karena kata “*inda*” mengandung arti dekat dan ada pada,” dan arti kata ini ditemukan di dalam titipan *dzimmah*. Jika perkataan tersebut dikatakan secara mutlak tanpa ada indikasi yang menunjukkan maksud sebenarnya, maka perkataan tersebut dipahami adalah *wadii’ah* (titipan) yang ada pada dirinya. Sedangkan jika ada indikasi yang menunjukkan bahwa yang dimaksud adalah *ad-dain* (utang), maka perkataan tersebut diinterpretasikan sebagai bentuk pemberian jaminan, karena *ad-dhain* memang hanya ada di dalam *dzimmah* (tanggung).

Kafalah atau penjaminan ada dua macam, *kafalah* terhadap jiwa dan *kafalah* terhadap harta. *Kafalah* terhadap jiwa terbentuk seperti jika *kafil* berkata,”saya yang menjamin diri si fulan,” atau “saya yang menjamin leher si fulan,” atau “saya yang menjamin nyawa si fulan,” atau saya yang menjamin jasad si fulan,” atau saya yang menjamin kepala si fulan,” atau saya yang menjamin badan si fulan,” begitu juga jika *kafil* berkata,” saya yang menjamin separuh atau sepertiga atau sebagian dari badan si fulan,” karena kaidah fiqih menegaskan,”*dzikruba’dhi maa laa yatajazaa’u kadzikri kullihi*,”(menyebutkan sebagian sesuatu yang tidak bisa dibagi bagi kedudukannya sama dengan menyebut keseluruhan si fulan, karena si fulan adalah sesuatu yang tidak bisa dibagi bagi. Berbeda jika ia berkata,”saya yang menjamin tangan atau kaki si fulan,”

Begitu juga, *kafalah* terbentuk seperti jika seseorang berkata, "dhamintuhu," atau "alayya," (saya yang menanggungnya), atau berkata, "anna za'im bihi," atau "anna qabiilun bihi," (saya yang menjadi penjaminannya). Berbeda jika ia berkata, "anna dhamiinun bi ma'rifatih," (saya yang menjamin untuk mengetahui si fulan).

- e. Ulama Syafi'iyah menambahkan satu rukun lagi, yaitu *madhmuun lahu* (yaitu pihak pemilik hak yang dijamin, *al-makhfuul lahu*)

2. Syarat-Syarat *Kafalah*

Di dalam *kafalah* ada syarat yang harus dipenuhi, syarat-syarat tersebut ada yang berhubungan dengan *shighah* (ijab), ada yang berhubungan dengan pihak *kafil*, ada yang berhubungan dengan pihak *ashiil* (*al-makhfuul 'anhu*), ada yang berhubungan dengan *al-makhfuul lahu* (pihak yang diberi jaminan) dan ada yang berhubungan dengan *al-makhfuul bihi* (sesuatu yang dijamin),

a. Syarat-Syarat *Shighah*

Shighah atau ijab *kafalah* memiliki tiga syarat yang harus dipenuhi. Ketiga syarat tersebut adalah seperti berikut:

- 1) Harus dengan kata-kata yang menunjukkan pemberian komitmen (*al-iltizaam*), baik secara eksplisit maupun implisit sebagaimana yang sudah disinggung dibagian terdahulu. Contoh yang berbentuk eksplisit adalah seperti perkataan *kafil*, "saya yang menanggung utang si fulan kepadamu," atau, "saya yang menjamin diri si fulan, dan lain

sebagainya, contoh yang berbentuk implisit seperti perkataan *kafiiil*, "hartamu yang diutang si fulan adalah menjadi kewajibanku," dan lain sebagainya.

- 2) Harus implementatif dan pasti, tidak boleh mengambang. Oleh karena itu, *kafalah* tidak sah apabila digantungkan kepada suatu syarat yang tidak lumrah berlaku, seperti perkataan, "jika si fulan pulang dari perjalanannya maka aku menjadi *kafiiil* untuk kamu terhadap hakmu yang berada dalam tanggungan si fulan," atau "apabila aku melakukan begini, maka akau menjamin untuk menghadirkan si fulan," atau "apabila ada hujan turun, maka aku menjadi *kafiiil*," dan lain sebagainya. Alasannya adalah, karena *kafalah* adalah akad yang memberi implikasi hukum secara seketika itu juga sehingga tidak dapat digantungkan.
- 3) Tidak dibatasi dengan jangka waktu, baik dalam *kafalah* terhadap harta, karena yang dimaksudkan dan diinginkan adalah menunaikan dan membayarkannya, maupun dalam *kafalah* terhadap jiwa (badan), karena yang dimaksudkan dan diinginkan adalah menghadirkan orang yang bersangkutan, akan tetapi sah memberikan jaminan terhadap jiwa dengan syarat kehadiran orang yang bersangkutan ditangguhkan sampai batas waktu sampai batas waktu tertentu yang diketahui pasti. Begitu juga, sah memberikan jaminan terhadap utang yang harus dibayar seketika atau telah jatuh tempo dengan syarat pembayarannya ditangguhkan sampai batas waktu tertentu, terkadang pihak penjamin

memang tidak bisa langsung membayarkannya secara seketika, begitu juga sebaliknya, sah menjamin utang yang ditangguhkan dan belum jatuh tempo pembayarannya dengan bentuk penjaminan yang pihak penjamin langsung membayarkan secara tunai, karena disini, ia berderma dengan memberikan komitmen membayarkan utang yang belum jatuh tempo pembayarannya, tetap disini pihak *kafil* tidak harus memberikan jaminan dalam bentuk tunai (langsung membayarkan utang yang dijaminnya itu), akan tetapi ia memiliki hak untuk memberikan jaminan dalam bentuk tidak tunai (tidak langsung membayarkannya) mengikuti status utang yang sebenarnya memang belum jatuh tempo pembayarannya, hal ini sebagaimana yang sudah pernah disinggung pada bagian terdahulu.

b. Syarat-Syarat Pihak *Kafil*

Al-kafil adalah pihak yang menjamin atau dengan kata lain pihak yang dituntut atau ditagih untuk membayarkan hak harta yang menjadi tanggungan pihak yang berutang untuk dijaminnya. Ulama Hanafiyah mensyaratkan dua syarat untuk pihak *kafil*, yaitu;

1) Berakal dan baligh, yakni memiliki kelayakan untuk berderma

Tidak sah *kafalah* yang diberikan adalah *at-tabarru'*(derma) dengan memberikan komitmen untuk menunaikan harta yang dijaminnya, oleh karena itu, tidak sah jika dilakukan oleh orang yang tidak memiliki kelayakan untuk melakukan derma, ini adalah syarat yang disepakati oleh para ulama. Syarat ini adalah syarat yang dimaksud dengan *ar-*

rusyd yang menurut ulama Syafi'iyah berarti memiliki keberagaman yang baik dan memiliki kemampuan mengelola dan menggunakan harta dengan baik dan benar, berbeda dengan pandangan jumbuh menurut mereka sifat *ar-rusyd* cukup dengan kemampuan seseorang mengelola dan mentasharufkan hartanya dengan baik dan benar.

Karena *kafalah* adalah bentuk pentasharufan atau tindakan yang berhubungan dengan harta, maka oleh karena itu tidak sah, jika dilakukan oleh anak kecil, orang gila dan orang yang dilarang mentasharufkan hartanya (*al-mahjuur'alaihi*) karena memiliki sifat *sajah* (sikap suka menghambur-hamburkan uang dan tidak memiliki kemampuan yang baik di dalam mengelola dan membelanjakan hartanya dengan baik dan benar), karena ketiga orang tersebut tidak memiliki sifat *ar-rusyd*.

Adapun penjaminan yang diberikan oleh seseorang yang sedang dalam kondisi sakit kritis (*maradhul maut*) yang sudah sangat mengkhawatirkan, maka hukum penjaminan yang diberikan itu sama seperti hukum pendermaan yang ia lakukan, yaitu hanya boleh sampai pada batas sepertiga dari harta kekayaannya, tidak boleh apabila melebihi sepertiganya. Apabila melebihi dari sepertiganya, maka statusnya ditangguhkan dan digantungkan kepada ijin dan pelulusan ahli waris.

Ulama Malikiyyah memiliki pandangan berbeda dengan jumbuh fuqaha dalam hal penjaminan yang diberikan oleh seorang perempuan

terhadap utang, dalam hal ini ulama Malikiyyah tidak memperbolehkannya kecuali sampai pada batas sepertiga dari harta kekayaan miliknya saja, sama seperti hukum-hukum penjaminan yang diberikan oleh orang yang sedang dalam keadaan sakit kritis, karena menurut ulama Malikiyyah, seorang perempuan statusnya dilarang melakukan pentasharufan terhadap harta miliknya pada batasan yang melebihi sepertiga dari jumlah harta kekayaan miliknya, sebagai langkah antisipasi supaya tidak menimbulkan kemudharatan bagi suaminya. Apabila utang yang dijamin oleh siperempuan jumlahnya melebihi sepertiga dari harta kekayaan miliknya, maka penjaminan itu belum lagi berlaku mengikat bagi dirinya, akan tetapi statusnya ditanggihkan dan digantungkan kepada ijin dan pelulusan suaminya.

2) Berstatus merdeka (bukan budak)

Ini adalah syarat berlaku efektif suatu pentasharufan. Maka oleh karena itu, *kafalah* tidak berlaku efektif jika dilakukan oleh seorang budak, oleh karena *kafalah* adalah salah satu bentuk derma, sementara seorang budak tidak memiliki hak untuk melakukan derma kecuali atas seijin majikannya. Akan tetapi *kafalah* yang diberikan oleh seorang budak tetap terbentuk, sehingga nantinya setelah ia bebas, maka ia berkewajiban memenuhi apa yang menjadi tanggungannya akibat *kafalah* yang ia berikan itu.

c. Syarat-Syarat Pihak *Ashiil* (*Al-makhfuul 'anhu*)

Al-makhfuul 'anhu atau *al-madiin* adalah pihak yang berutang yang dijamin, juga disebut *ashiil*. Ada dua syarat yang harus dipenuhi pihak *Ashiil*, yaitu:

- 1) *Ashiil* harus orang yang memiliki kemampuan untuk menyerahkan *al-makhfuul bihi* (sesuatu yang dijamin), baik langsung ia lakukan sendiri maupun oleh wakilnya, syarat ini hanya ditetapkan oleh imam Abu Hanifah. Oleh karena itu, menurut imam Abu Hanifah, tidak sah *kafalah* atau menjamin utang orang yang meninggal dunia dalam keadaan pailit (*mufliis*) yang tidak meninggalkan harta yang tidak bisa digunakan untuk membayar utang yang gugur, oleh karena itu tidak sah menjaminnya, sama seperti jika utang tersebut gugur karena *al-ibraa'* (pembebasan dari utang). Juga karena *dzimmah* (tanggungannya) orang yang meninggal dunia adalah telah hilang dengan kematiannya, sehingga tidak ada lagi utang yang terdapat di dalam tanggungannya, sementara definisi *ad-dhamaan* atau penjaminan adalah menggabungkan suatu tanggungan (*dzimmah*) kepada tanggungan (*dzimmah*) yang lain di dalam penagihan atau penuntutan hak yang ada.

Menurut pendapat kedua rekan Abu Hanifa (yaitu Abu Yusuf dan Muhammad) serta jumhur fuqaha berpendapat, bahwa sah menjamin utang seseorang yang meninggal dunia dalam keadaan pailit tanpa meninggalkan suatu yang bisa digunakan untuk membayar utangnya. Hal ini berdasarkan hadist Abu Qatadah r.a. yang telah disinggung

diatas yang menjelaskan bahwa Abu Qutadah r.a. menjamin utang seseorang yang meninggal dunia yang tidak meninggalkan apa-apa yang bisa digunakan untuk membayar utangnya. Dalam hadist Abu Qutadah r.a. tersebut, Rasulullah saw sendiri sangat menganjurkan para sahabat untuk bersedia menjamin utang seseorang yang meninggal dunia dengan sabda beliau. “tidaklah ada seseorang dari kamu sekalian yang bersedia menjamin tanggungan utang si mayat?” juga karena tanggungan utang si mayat adalah utang yang tetap dan positif keberadaannya, tidak gugur, oleh karena itu sah untuk menjaminnya sama seperti jika ia meninggal dunia dengan meninggalkan harta yang bisa digunakan untuk melunasi utangnya. Dalil yang menunjukkan jika tanggungan utang si mayat masih tetap dan positif keberadaannya, tidak gugur, adalah seandainya ada seseorang yang bersedia untuk membayarkan utang si mayat tersebut, maka boleh bagi pihak *ad-daa'in* (pihak yang berpiutang) untuk mengambil dan menerimanya. Begitu juga seperti jika ada seseorang yang menjamin utang orang lain yang masih hidup, kemudian tiba-tiba pihak yang dijamin tersebut meninggal dunia, maka pihak yang menjamin tidak terbebas dari tanggungan untuk membayarkan utang yang ia jamin itu. Hal itu berarti bahwa *dzimmah* pihak yang dijamin yang meninggal dunia tersebut tidak terbebas dari tanggungan hak yang ada.

2) *Ashiil* harus diketahui oleh pihak *kafil* oleh karena itu apabila ada *kafil* berkata, “saya menjamin sesuatu yang menjadi tanggungan seseorang”, maka *kafalah* yang ia berikan ini tidak sah, karena bentuk *kafalah* ini tidak lumrah berlaku dikalangan orang-orang, juga memasukan syarat ini tidak lain juga bertujuan untuk mengetahui dan mengenal keadaan *al-makhfuul‘anhu*, apakah ia memiliki kondisi perekonomian yang lapang, termasuk orang yang memiliki kesadaran dan tanggung jawab untuk selalu bersegera melunasi utangnya, atau apakah termasuk orang yang memang berhak dibantu, atau tidak. Sebagian fuqaha memperbolehkan *kafalah* dengan pihak *Ashiil* (*al-makhfuul ‘anhu*) tidak diketahui pasti siapa orangnya.

Di dalam mengadakan kesepakatan *kafalah*, tidak disyaratkan pihak *ashiil* harus hadir, oleh karena itu sah-sah saja apabila memberikan *kafalah* atau menjamin seseorang *ashiil* yang tidak ada ditempat atau yang sedang dipenjara, karena pemberian *kafalah* justru biasanya memang dibutuhkan pada kondisi-kondisi seperti ini.

Ulama Syafi’iyyah dan ulama Hanabilah mengatakan, bahwa yang lebih shahih adalah tidak disyaratkan harus mengetahui pihak *al-makhfuul ‘anhu* (*ashiil*, pihak yang dijamin), hal ini diqiyaskan atau disamakan dengan masalah persetujuannya, karena persetujuan pihak *al-makhfuul ‘anhu* tidak termasuk syarat di dalam *kafalah*. Adapun berbuat baik dan memberikan bantuan bagaimanapun adalah tetap

sebuah tindakan yang terpuji, baik itu terhadap orang yang memang layak dikasihani maupun tidak.

- d. Syarat-Syarat *Al-Makhfuul lahu* (pihak yang diberi jaminan, yaitu *ada-daa'in* atau pihak yang memiliki hak yang dijamin, pihak yang berpiutang yang dijamin)

Ada sejumlah syarat untuk *makhfuul lahu*, yaitu;

- 1) Ia harus diketahui

Seandainya ada seseorang yang memberikan *kafalah* atau jaminan kepada *al-makhfuul lahu* yang tidak jelas siapa orangnya, maka tujuan dari pemberian *kafalah* tidak terpenuhi, yaitu *at-tawatstsug* (memberikan kepastian atau jaminan).

Ulama Syafi'iyah setuju dengan syarat ini berdasarkan pendapat yang lebih shahih menurut mereka, karena biasanya orang yang berpiutang berbeda beda karakternya, ada yang bersikap keras dan kaku dalam meminta pembayaran utang, dan ada juga yang bersikap lunak dan mudah berkompromi.

Sementara itu, ulama Malikiyyah dan ulama Hanabilah memperbolehkan *kafalah* yang di dalamnya pihak *al-makhfuul lahu* tidak diketahui, seperti perkataan pihak *kafii*, saya menjamin utang yang menjadi tanggungan si zaid yang ia dapatkan dari seseorang (*al-makhfuul lahu*),” tanpa diketahui dari siapa zaid mendapatkan utang tersebut, dalam hal ini ulama Malikiyyah dan ulama Hanabilah mendasarkan pada ayat,

“Penyeru-penyeru itu berkata: "Kami kehilangan piala raja, dan siapa yang dapat mengembalikannya akan memperoleh bahan makanan (seberat) beban unta, dan Aku menjamin terhadapnya".(Q.S. Yuusuf; 72)

Di dalam ayat ini orang yang berseru bukanlah sang raja sendiri, akan tetapi wakilnya yaitu nabi Yusuf a.s. Si penyeru tersebut menjanjikan untuk memberi hadiah seberat beban unta kepada orang (*al-makhfuul lahu*) Yang dapat mengembalikan piala raja tersebut dan janji ini menjadi tanggungan nabi Yusuf a.s. dan si penyeru yang menjaminkannya. Disini masih belum diketahui siapa sebenarnya *al-makhfuul lahu*.

2) Ia harus hadir di majelis akad *kafalah*

Ini adalah syarat terbentuknya akad *kafalah* menurut imam Abu Hanifah dan Muhammad, jika di majelis akad memang tidak ada seseorang yang mewakili pihak *al-makhfuul lahu* untuk memberikan persetujuan (kabul) di dalam akad *kafalah* yang dilakukan seandainya ada seseorang ingin memberikan *kafalah* atau jaminan, namun pihak *al-makhfuul lahu* tidak hadir di majelis akad, lalu berita tentang *kafalah* tersebut sampai kepadanya. Lalu ia menyetujuinya, maka *kafalah* ini tidak boleh menurut imam Abu Hanifah dan Muhammad, jika memang di majelis akad tidak ada seseorang yang mewakili pihak *al-makhfuul lahu* untuk memberikan persetujuan (kabul). Imam Abu Hanifah dan Muhammad mendasarkan pendapat ini pada argumentasi bahwa *kafalah* pada dasarnya mengandung unsur arti *at-tamlik* (kepemilikan, sementara *at-tamlik* tidak bisa terjadi kecuali dengan

ijab kabul. Maka oleh karena itu, syarat harus terpenuhi agar ijab kabul yang ada bisa sempurna dan terlaksana dengan hadirnya kedua belah pihak, yaitu *kafil* dan *makhfuul lahu* atau yang mewakilinya.

Sedangkan menurut Abu Yusuf, ada dua versi pendapat yang diriwayatkan darinya, versi pendapatnya yang terakhir menyatakan bahwa *kafalah* yang pihak *makhfuul lahu* adalah orang yang tidak hadir di majelis akad tetap boleh, karena definisi *kafalah* yang menggabungkan sebuah tanggungan kepada tanggungan yang lain, dan memberikan komitmen, sudah bisa terbentuk hanya dengan ijab dari pihak *kafil*, sehingga ijab dari pihak *kafil* saja sudah bisa dan layak untuk menyempurnakan akad *kafalah*. Ini adalah pendapat jumhur fuqaha yang menyatakan bahwa *kafalah* sudah bisa terbentuk hanya dengan ijab dari *kafil* saja.

3) Ia harus berakal

Syarat ini merupakan konsekuensi dari syarat kedua yang ditetapkan oleh imam Abu Hanifah dan Muhammad diatas. Oleh karena itu tidak sah persetujuan (kabul) yang diberikan oleh orang gila dan anak kecil yang belum *mumayyiz*, karena keduanya bukanlah orang yang memiliki kelayakan (*al-ahliyyah*) untuk mengeluarkan atau memberikan persetujuan (kabul) yang merupakan salah satu rukun akad.

e. Syarat-Syarat *al-Makhfuul bihi* (sesuatu yang dijamin)

Ada tiga syarat sehubungan dengan *al-makhfuul bihi* yaitu:

1) *Al-makhfuul bihi* harus sesuatu yang menjadi tanggungan pihak *ashiil*, baik itu berupa *ad-dain* (utang), *al-'Ain* (barang), jiwa, atau perbuatan, menurut ulama Hanafiyah, namun dengan syarat *al-'ain* tersebut adalah sesuatu yang statusnya bertanggung dengan sesuatu itu sendiri (maksudnya, apabila barang itu rusak maka orang-orang yang barang tersebut berada ditangannya harus bertanggung jawab untuk menggantinya) seperti sesuatu yang *dighashab*, barang yang diserahkan diterimakan berdasarkan akad jual beli yang rusak, dan barang yang dipegang atau diambil atas penawaran pembelian.

Adapun *al-'ain* yang merupakan amanat, baik yang tidak wajib menyerahkan seperti barang titipan dan harta *asy-syarkaah* (persekutuan, modal bersama), maupun yang wajib menyerahkannya, seperti barang yang dipinjamkan, barang yang disewakan yang ada pada pihak penyewa, atau *al-'ain* yang bertanggung dengan sesuatu yang lain, seperti barang yang dijual sebelum terjadi *al-qabdhu* (sebelum diserahkan diterimakan) dan barang yang digadaikan, maka tidak sah memberikan *kafalah* atau jaminan terhadap dua bentuk *al'ain* ini, karena *al-'ain* merupakan amanat bukan termasuk sesuatu yang dipertanggungjawabkan. Sedangkan sesuatu yang lain bukanlah *al-'ain* yang dipertanggungjawabkan dengan *al'ain* itu sendiri. Oleh karena itu jika barang yang belum diserahkan diterimakan mengalami kerusakan, maka pihak penjual tidak menanggung apa-apa, akan tetapi pihak pembeli juga tidak wajib menyerahkan harga barang tersebut, begitu juga

dengan pelaksanaan barang yang digadaikan, jika mengalami kerusakan, maka pihak yang memberikan pinjaman utang atau dengan kata lain pihak yang menerima gadai itu tidak menanggung apa-apa, akan tetapi utang yang menjadi tanggungan pihak penggadaai atau pihak yang berutang gugur atau berkurang sesuai dengan kadar kerusakan barang yang digadaikan tersebut.

Sedangkan yang dimaksud dengan *al-makhfuul bihi* (sesuatu yang dijamin) berupa perbuatan adalah tindakan *at-taslim* (penyerah terimaan), seperti memberikan *kafalah* atau jaminan terhadap penyerah barang yang dijual dan barang yang digadaikan, oleh karena itu, sah memberikan *kafalah* atau jaminan terhadap perbuatan, yaitu tindakan *at-taslim* (penyerah terimaan) karena *at-taslim* ini merupakan sesuatu yang menjadi tanggungan pihak yang berkeharusan menyerahkan, penyerahan barang yang dijual menjadi kewajiban dan tanggungan pihak penjual, penyerahan barang yang digadaikan menjadi tanggungan atau kewajiban pihak yang menerima gadai secara keseluruhan setelah utang yang ada terlunasi.

- 2) *Al-Makfuul bihi* harus sesuatu yang mampu dipenuhi oleh pihak *kafuil*, supaya akad *kafalah* yang diadakan memang benar-benar memiliki faedah. Hal ini bisa tercapai jika *al-makhfuul bihi* (sesuatu yang dijamin) di dalam akad *kafalah* yang ada berupa hak harta menurut mayoritas ulama, berdasarkan hal ini, maka tidak boleh mengadakan *kafalah* dengan *al-makhfuul bihi* berupa hukuman *hadd* dan *qishash*,

karena tidak dimungkinkannya hal itu diminta atau dituntut dari pihak *kafil*, karena hukuman *hadd* dan *qishash* tidak bisa diwakilkan atau digantikan. Seperti A dijatuhi hukuman cambuk umpamanya, maka tidak bisa si B menggantikannya di dalam menjalani hukuman cambuk tersebut. Maka oleh karena itu, *kafalah* dengan *makhfuul bihi* (sesuatu yang dijamin) berupa hukuman *hadd* dan *qishash* tidak boleh karena tidak ada faedahnya. Ini adalah pendapat ulama Hanafiyyah, ulama Malikiyyah dan ulama Hanabilah. Karena *kafalah* ini adalah akad *al-istiitsaaq* (penguat dan penjaminan), padahal *al-huduud* (hukuman *hadd*) didasarkan pada kaedah selama bisa dihindari dan digugurkan dengan adanya syubhat atau indikasi yang meragukan kebenaran tuduhan yang ada, maka harus dihindari. Juga selama masih ada celah-celah yang digunakan untuk menggugurkan dan membatalkan *al-huduud*, maka harus dihindari dan digugurkan. Kaedah ini tentunya bertentangan dengan makna yang terkandung di dalam akad *kafalah*, yaitu *al-istiitsaaq*, juga karena hak di dalam *al-huduud* tidak bisa dituntut dan dipenuhi dari pihak *kafil* ketika ia tidak bisa membawa dan menghadirkan pihak yang dijamin (terpidana, pihak yang harus menjalani hukuman).

Perlu diperhatikan bahwa yang dimaksud dengan tidak boleh memberikan *kafalah* dengan *al-makhfuul bihi* berupa hukuman *hadd* dan *qishash* maksudnya menurut ulama hanafiyyah adalah tidak boleh memaksa pihak terpidana untuk memberikan *kafalah*. Oleh karena itu

seandainya pihak terpidana sukarela memberikan *kafalah* terhadap hak *qishash* dan *hadd* pencurian, maka *kafalah* tersebut boleh, karena itu berarti *kafalah* dengan *makhfuul bihi* berupa sesuatu yang menjadi beban tanggungan pihak *ashiil* dan bisa terpenuhi dari pihak *kafuil*, oleh karena itu *kafalah* tersebut sah seperti memberikan jaminan untuk menyerahkan diri orang yang memiliki tanggungan utang.

Jika pihak terpidana tidak bersedia memberikan *kafalah*, maka ia tidak boleh dipaksa untuk mengajukan seseorang *kafuil* yang menjamin penyerahan dirinya dipersidangan untuk menjalani persidangan pembuktian tuduhan yang diajukan, karena *kafalah* tidak sesuai dengan hukuman *hadd* seperti yang telah diuraikan sebelumnya, ketika pihak tertuduh tidak mengajukan orang yang menjamin penyerahan dirinya, maka hakim harus menahannya sampai tuduhan yang ada benar-benar terbukti kebenarannya atau sampai ia menjalani hukuman *hadd* yang ada. Sementara itu Abu Yusuf dan Muhammad mengatakan bahwa pihak tertuduh atau terpidana hukuman *hadd* karena menuduh berbuat zina atau *qishash* dipaksa untuk mengajukan seseorang yang menjamin penyerahan dirinya, karena didalan *hadd* menuduh berbuat zina dan *qishash* terdapat hak manusia.

Kesimpulannya adalah tidak boleh memberikan jaminan sesuatu yang dijamin berupa hak hukuman *hadd* atau *qishash* itu sendiri (maksudnya jika pihak tertuduh tidak bisa diserahkan maka pihak *kafuil* yang menjalani hukuman tersebut), karena hukuman tidak bisa

diwakilkan atau digantikan. Adapun jika sesuatu yang dijamin itu adalah diri orang yang divonis hukuman *hadd* (maksudnya jaminan untuk menyerahkan pihak yang dijatuhi hukuman), maka pemberian jaminan tersebut sah.

Sementara itu, ulama Syafi'iyah mengatakan bahwa pendapat madzhab Syafi'i adalah tidak boleh memberikan jaminan dengan sesuatu yang dijamin adalah (menyerahkan) diri orang yang dipidana dengan hukuman *hadd* yang murni untuk Allah SWT, seperti hukuman *hadd* menegak minuman keras zina pencurian, karena hukuman *hadd* seperti ini sebisa mungkin dihindari, sedangkan jika hukuman *hadd* tersebut berkaitan dengan hak-hak manusia, seperti *qishash*, *hadd* menuduh orang lain berbuat zina dan hukuman *ta'ziir* maka boleh memberikan jaminan untuk menyerahkan dan menghadirkan diri orang yang dipidana, sama seperti orang yang memberikan jaminan terhadap sesuatu yang dijamin berupa hak-hak manusia yang berkaitan dengan harta.

Berdasarkan syarat kedua ini, ulama Hanafiyyah berpendapat bahwa sah memberikan jaminan untuk mengangkut sesuatu dengan sarana transportasi yang tidak ditentukan, seperti dengan kendaraan apapun atau hewan apapun tanpa menentukan harus kendaraan yang ini atau hewan yang itu, karena hal ini merupakan sesuatu yang bisa dipenuhi oleh pihak *kafil* (penjamin). Akan tetapi pemberian jaminan dalam hal ini tidak sah apabila sarana yang digunakan untuk mengangkut itu

ditentukan harus yang ini dan harus yang itu, karena jika ditentukan seperti ini, maka mungkin saja pihak *kafill* tidak bisa memenuhinya karena bisa saja sarana yang ditentukan untuk digunakan mengangkut tersebut rusak, sehingga tidak dimungkinkan lagi bagi pihak *kafii* untuk menggunakannya.

- 3) Utang yang ada harus benar-benar utang yang statusnya mengikat dan sah.

Yaitu utang yang tidak bisa gugur kecuali harus dengan membayarnya atau dengan adanya *al-ibraa* (pembebasan). Syarat ketiga ini khusus berkaitan dengan jaminan dengan sesuatu yang dijamin berupa harta.

Berdasarkan syarat ketiga ini, tidak sah memberikan jaminan dengan sesuatu jaminan berupa harga akad *mukaatabah* (pemerdekaan budak dengan cara sibudak membayar sejumlah harta kepada majikannya). Karena harga akad *mukaatabah* bukan merupakan utang yang statusnya mengikat, atau karena itu merupakan utang yang statusnya lemah. Karena boleh saja bagi simajikan untuk membatalkan akad *mukataabah* itu secara sepihak. Sehingga tidak ada artinya menjamin dan menguatkannya. Begitu juga, tidak sah memberikan jaminan dengan sesuatu yang dijamin berupa sesuatu yang tidak berupa utang, seperti nafkah istri yang sebelum keluarnya keputusan pengadilan yang menetapkannya atau sebelum terjadinya persetujuan diantara suami istri atas nafkah itu. Karena nafkah tersebut statusnya belum

menjadi sebuah utang kecuali dengan adanya persetujuan suami istri yang bersangkutan.

Al-Bahgdadi mengatakan, seandainya ada seseorang memberikan jaminan terhadap nafkah untuk masa yang telah lalu yang telah diputuskan, maka pemberian jaminan itu sah, meskipun status nafkah tersebut bisa gugur bukan dengan membayarnya atau bukan dengan *al ibraa'* (pembebasan), yaitu bisa gugur dengan matinya orang yang menjamin atau matinya *makhfuul lahu* (pihak yang diberi jaminan, pihak yang memiliki hak nafkah tersebut, yaitu istri), begitu juga, sah memberikan jaminan terhadap nafkah satu bulan yang akan datang dengan syarat sebelumnya memang telah ditetapkan bahwa setiap bulan atau setiap hari si istri mendapatkan nafkah sekian.

Dalam aplikasi dunia perbankan sebelum memberikan akad kafalah dalam bentuk bank garansi, bank biasanya menghendaki debitur menyerahkan sejumlah dana tertentu kedalam rekening debitur sebelum bank garansi diterbitkan,¹⁷ yang dijadikan sebagai Objek penjamin (*Makful Bihi*).

Berkenaan dengan jasa pemberian jaminan atas dasar akad kafalah, sesuai Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 10/14/DPbs tanggal 17 maret 2008 menegaskan bahwa dalam kegiatan pelayanan

¹⁷ Irma Devita Purnamasari, *Kiat-kiat cerdas, mudah, dan bijak memahami masalah Hukum Jaminan Perbankan*, Bandung, Kaifa PT. Mizan Pustaka, 2011, hlm. 18.

jasa dalam bentuk pemberian jaminan atas dasar akad *kafalah* dalam aplikasi dunia perbankan, berlaku persyaratan sebagai berikut:

1. Bank bertindak sebagai pemberi jaminan atas pemenuhan kewajiban nasabah terhadap pihak ketiga.
2. Bank wajib menjelaskan kepada nasabah mengenai karakteristik jasa pemberian jaminan atas dasar *kafalah*, serta hak dan kewajiban nasabah sebagaimana diatur dalam ketentuan Bank Indonesia mengenai transparansi informasi produk bank dan penggunaan dana pribadi nasabah.
3. Bank wajib melakukan analisa atas rencana jasa pemberian jaminan atas dasar *kafalah* kepada nasabah yang antara lain, meliputi aspek personal berupa analisis atas karakter (*character*) dan/atau aspek usaha, antara lain, meliputi analisis kapasitas usaha (*capacity*), keuangan (*capital*), dan prospek usaha (*condition*).
4. Objek penjaminan harus:
 - a. Merupakan kewajiban pihak/orang yang meminta jaminan;
 - b. Jelas nilai, jumlah, dan spesifikasinya;
 - c. Tidak bertentangan dengan syariah (tidak diharamkan).
5. Bank dan nasabah wajib menuangkan kesepakatan dalam bentuk perjanjian tertulis berupa akad pemberian jaminan atas dasar *kafalah*.
6. Bank dapat memperoleh imbalan (*fee*) yang disepakati diawal serta dinyatakan dalam jumlah nominal yang tetap.
7. Bank dapat meminta jaminan berupa cash colaterral atau bentuk jaminan lainnya atas dasar nilai penjaminan; dan
8. Dalam hal nasabah tidak dapat memenuhi kewajiban kepada pihak ketiga, maka bank melakukan pemenuhan kewajiban nasabah kepada pihak ketiga dengan memberikan dana talangan sebagai pembiayaan atas dasar akad *qardh* yang harus diselesaikan oleh nasabah.

Dapat disimpulkan Rukun dan Syarat akad *kafalah* yang sesuai dengan ketentuan fatwa DSN nomor 11/DSN-MUI/IV/2000 yaitu sebagai berikut:

1. Pihak penjamin (*kafiiil*)
 - a. Baligh (dewasa) dan berakal sehat.
 - b. Berhak penuh untuk melakukan tindakan hukum dalam urusan hartanya dan rela (*ridha*) dengan tanggungan *kafalah* tersebut.
2. Pihak orang yang berhutang (*Ashiiil, Makfiuul 'Anhu*).

- a. Sanggup menyerahkan tanggungannya (piutang) kepada penjamin.
- b. Dikenal oleh penjamin.
3. Pihak orang yang berpiutang (*Makfuul Lahu*)
 - a. Diketahui identitasnya.
 - b. Dapat hadir pada waktu akad atau memberikan kuasa.
 - c. Berakal sehat.
4. Objek penjamin (*Makful Bihi*)
 - a. Merupakan tanggungan pihak/orang yang berutang, baik berupa uang, benda, maupun pekerjaan.
 - b. Bisa dilaksanakan oleh penjamin.
 - c. Harus merupakan piutang mengikat (lazim) yang tidak mungkin hapus kecuali setelah dibayar atau dibebaskannya.
 - d. Harus jelas nilai, jumlah dan spesifikasinya.
 - e. Tidak bertentangan dengan syariah (diharamkan).

C. Macam-Macam Akad *Kafalah*

Ulama fiqih mengemukakan, bahwa akad dapat dibagi dari berbagai segi. Apabila dilihat dari keabsahannya menurut syarak, maka akad terbagi dua:¹⁸

1. Akad sah, yaitu akad yang telah memenuhi rukun dan syaratnya. Hukum dari akad sah ini adalah berlakunya seluruh akibat hukum yang ditimbulkan akad tersebut dan mengikat bagi pihak-pihak yang berakad. Akad yang sah ini dibagi lagi menjadi dua oleh ulama Mahzab Hanafi dan Mahzab Maliki menjadi dua macam:
 - a. Akad yang *nafis* (sempurna untuk dilaksanakan), yaitu akad yang dilangsungkan dengan memenuhi rukun dan syaratnya dan tidak ada penghalang untuk melaksanakannya.

¹⁸ Muhammad, *Model Model Pembiayaan Bank Syariah (Panduan Teknis Pembuatan Akad/Perjanjian Pembiayaan pada Bank Syariah)*, Yogyakarta, UII Press, 2009, hlm. 30-31.

- b. Akad *mauquf*, yaitu akad yang dilakukan seseorang yang cakap bertindak hukum, tetapi ia tidak memiliki kekuasaan untuk melangsungkan dan melaksanakan akad tersebut. Seperti akad yang telah dilakukan oleh anak kecil yang telah *mumayiz*, dalam kasus seperti ini akad tersebut baru sah secara sempurna dan memiliki akibat hukum apabila jual beli itu diizinkan oleh wali anak kecil tersebut.
2. Akad yang tidak sah, yaitu akad yang terdapat kekurangan pada rukun atau syaratnya, sehingga seluruh akibat hukum akad itu tidak berlaku dan tidak mengikat pihak-pihak yang berakad. Kemudian ulama Mazhab Hanafi membagi akad yang tidak sah ini menjadi dua macam, yaitu akad yang batil dan akad yang fasid. Suatu akad dikatakan batil apabila akad itu tidak memenuhi salah satu rukunnya atau larangan langsung dari syarak. Misalnya, objek jual beli itu tidak jelas atau terdapat unsur tipuan, sedangkan akad fasid adalah suatu akad yang pada dasarnya disyariatkan, tetapi sifat yang diakadkan itu tidak jelas.

Menurut jenisnya secara umum Akad *kafalah* ini dapat dibedakan antara lain yaitu:¹⁹

a) *Kafalah bin-nafis*

Kafalah bin-nafis merupakan akad memberikan jaminan atas diri (*personal guarantee*). Sebagai contoh, dalam praktik perbankan untuk bentuk *kafalah bin-nafis* adalah seorang nasabah yang mendapat

¹⁹Muhammad Syafi'i Antonio, *Teori...* Op.Cit., hlm 124-125.

pembiayaan dengan jaminan nama baik dan ketokohan seseorang atau pemuka masyarakat. Walaupun bank secara fisik tidak memegang barang apapun, tetapi bank berharap tokoh tersebut mengusahakan pembayaran ketika nasabah yang dibiayai mengalami kesulitan.

b) *Kafalah bil-maal*

Kafalah bil-mall merupakan jaminan pembayaran barang atau pelunasan utang.

c) *Kafalah bit-taslim*

Jenis *kafalah* ini biasa dilakukan untuk menjamin pengambilan atas barang yang disewa, pada waktu masa sewa berakhir. Jenis pemberian jaminan ini dapat dilaksanakan oleh bank untuk kepentingan nasabahnya dalam bentuk kerja sama dengan perusahaan penyewaan (*leasing company*). Jaminan pembayaran bagi bank dapat berupa deposito/ tabungan dan bank dapat membebankan uang jasa (*fee*) kepada nasabah itu.

d) *Kafalah al-munjazah*

Kafalah Al-munjazah adalah jaminan mutlak yang tidak dibatasi oleh jangka waktu dan untuk kepentingan/ tujuan tertentu. Salah satu bentuk *kafalah al-munjazah* adalah pemberian jaminan dalam bentuk *performance bond's* “jaminan prestasi” suatu yang lazim dikalangan perbankan dan dalam hal ini sesuai dengan bentuk akad ini.

e) *Kafalah Al-Muallaqah*

Bentuk jaminan ini merupakan penyederhanaan dari *kafalah al-munjazah* baik oleh industri perbankan maupun asuransi.

Dalam aplikasi dunia perbankan *Kafalah* akan diberikan oleh bank Islam dengan cara menerbitkan bank garansi.²⁰ Di dalam akad *kafalah* dalam bentuk bank garansi pemberian jaminan oleh bank bagi para pihak-pihak yang terkait untuk menjalankan bisnis mereka secara lebih aman dan terjamin sehingga adanya kepastian dalam berusaha/bertransaksi karena dengan jaminan ini bank berarti akan mengambil alih resiko/kewajiban nasabah apabila nasabah cidera janji dalam menunaikan kewajibannya. Pihak bank sebagai lembaga yang memberikan jaminan ini diperbolehkan mendapatkan imbalan (*fee*), sepanjang tidak memberatkan dan ulama memperbolehkannya.²¹

D. Konsekuensi-Konsekuensi Hukum akad *Kafalah*

Para pihak wajib melaksanakan perikatan yang timbul dari akad yang mereka tutup. Apabila salah satu pihak tidak melaksanakan kewajibannya sebagaimana mestinya, tentu timbul kerugian pada pihak lain yang mengharapkan dapat mewujudkan kepentingannya melalui pelaksanaan akad tersebut. Oleh karena itu, hukum melindungi kepentingan pihak dimaksud (kreditor) dengan membebankan tanggung jawab untuk memberi ganti rugi

²⁰Sutan Remi Sjahdeini, *Perbankan...* Op.Cit., hlm. 87.

²¹Rachmadi Usman, *Produk dan Akad Perbankan Syariah di Indonesia Implementasi dan Aspek Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 2009, hlm. 291.

atas pihak yang mungkir janji (debitur) bagi kepentingan pihak yang berhak (kreditor). Akan tetapi tetapi, ganti rugi itu hanya dapat dibebankan kepada kreditor memiliki hubungan sebab akibat dengan perbuatan ingkar janji atau ingkar akad dari debitur, jadi tanggung jawab akad itu memiliki tiga unsur pokok, yaitu adanya perbuatan ingkar janji yang dapat dipersalahkan, perbuatan ingkar janji itu menimbulkan kerugian kepada kreditor dan kerugian kreditor itu disebabkan oleh (memiliki hubungan sebab akibat dengan) perbuatan ingkar janji debitur.²²

Dalam hukum Islam, tanggung jawab melaksanakan akad ini disebut dengan daman akad (*dhamanal-'aqd*).²³ Daman di dalam hukum Islam dibedakan menjadi dua macam, yaitu.²⁴

- a) Daman akad (*dhamanal-'aqd*), yaitu tanggung jawab perdata untuk memberikan ganti rugi yang bersumber kepada ingkar akad;
- b) Daman udwan (*dhaman al-'udwan*) yaitu tanggung jawab perdata untuk memberikan ganti rugi yang bersumber kepada perbuatan merugikan (*al-fi'ladh-dharr*) atau dalam istilah hukum perdata Indonesia disebut perbuatan melawan hukum.

Lebih lanjut sebab-sebab terjadinya daman ada dua macam, yaitu:²⁵

- a. Tidak melaksanakan akad;
- b. Alpa dalam melaksanakannya.

²² Syamsul Anwar... Op.Cit., hlm. 330.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., hlm. 331.

Ada dua konsekuensi hukum yang muncul oleh adanya akad *kafalah*, yaitu:

1. Munculnya hak atau kewenangan menagih *al-makhfuul bihi* (sesuatu yang dijamin) kepada pihak *kafiil* (penjamin)

Adapun sesuatu yang ditagih berbeda sesuai dengan objek *kafalah* atau sesuatu yang dijamin. Apabila sesuatu yang dijamin berupa utang, maka pihak penjamin ditagih untuk membayar seluruh utang yang berada di dalam tanggungan pihak yang dijamin tersebut, jika memang penjamin hanya satu orang saja, namun jika penjamin ada dua orang misalnya, sementara utang yang dijamin sebanyak seribu umpamanya, maka masing-masing pihak penjamin ditagih untuk bayar lima ratus. Apabila memang keduanya tidak saling menjamin (maksudnya penjamin yang satunya tidak menjadi penjamin untuk menjamin yang satunya lagi. Dalam artian jaminan yang mereka berikan adalah atas nama masing-masing). Karena mereka berdua memiliki kedudukan yang sama di dalam pemberian jaminan tersebut. Sedangkan sesuatu yang dijamin mungkin untuk dibagi menjadi dua, sehingga masing-masing penjamin ditagih membayar lima ratus. Dan jika salah satu membayarkan utang yang dijamin, maka ia tidak berhak meminta ganti kepada pihak penjamin yang satunya lagi. Karena ia membayar utang yang dijamin itu untuk memenuhi kewajiban sendiri bukan untuk kewajiban penjamin yang satunya lagi. Ia hanya boleh meminta ganti kepada pihak yang dijamin sesuai dengan apa yang ia bayarkan.

Sesuatu yang dijamin berupa jiwa (maksudnya, memberikan jaminan untuk menyerahkan pihak yang menanggung hak atau yang dijamin), maka pihak penjamin ditagih atau dituntut untuk menghadirkan diri orang yang dijaminnya (pihak yang menanggung hak atau yang dijamin), maka pihak penjamin ditagih atau dituntut untuk menghadirkan diri orang yang dijaminnya (pihak yang menanggung hak), jika memang ia ada, namun jika pihak yang dijamin itu tidak ada, maka pihak penjamin diberi jangka waktu untuk dimungkinkan bagi dirinya untuk mencari dan menghadirkan diri orang yang dijaminnya itu dalam jangka waktu tersebut, jika dalam jangka waktu diberikan itu, pihak penjamin tidak menghadirkan diri orang yang dijaminnya, sementara tidak nampak kalau dirinya memang tidak mampu untuk menghadirkannya, maka hakim menahannya sampai terbukti kalau memang dirinya benar-benar tidak bisa menghadirkan diri orang yang dijaminnya tersebut, kemudian ketika menurut penilaian hakim, pihak penjamin memang terbukti tidak mampu untuk menghadirkan diri orang yang dijaminnya dengan adanya indikasi-indikasi yang ada atau dengan berdasarkan saksi atau dengan indikasi-indikasi yang lain. Maka hakim melepaskannya dan memberinya kesempatan sampai ia dalam sebuah keadaan yang meungkinkan baginya untuk menghadirkan diri orang yang dijaminnya itu, karena dalam kondisi seperti itu, statusnya sama dengan seseorang yang jatuh pailit dalam masalah utang.

Apabila hakim membebaskannya maka boleh bagi para pemilik hak (*addaa'in* atau yang berpiutang) untuk selalu membuntuti dan menyertainya kemana pun ia pergi. Dan hakim tidak boleh menghalang halangi mereka, namun di dalam melakukan hal itu, para pemilik hak tersebut tidak boleh sampai menghalang halangi pihak penjamin itu dari melakukan aktifitasnya, pekerjaannya atau yang lainnya, ini adalah pendapat ulama Hanafiyyah.

Sementara itu ulama Syafi'iyah berpendapat bahwa sepanjang pihak penjamin harus menghadirkan diri orang yang dijaminnya itu jika memang ia mengetahui tempat keberadaannya, maka ia tidak wajib menghadirkannya. Ketika pihak penjamin berkewajiban menghadirkan diri orang yang dijaminnya, maka ia diberi jangka waktu yang cukup untuk perjalanan pulang dan pergi untuk membawa dan menghadirkan diri orang yang dijaminnya. Namun apabila selama jangka waktu yang diberikan tersebut, pihak penjamin belum juga bisa menghadirkan orang yang dijaminnya, maka ia ditahan sampai benar-benar terbukti kalau dirinya memang tidak bisa menghadirkan orang yang dijaminnya itu, karena meninggal dunia, atau karena tidak diketahui keberadaannya, atau tinggal bersama seseorang yang melindungi dan tidak dimungkinkan bagi pihak penjamin untuk bisa membawanya.

Dalam hal Apakah *ashiil* (pihak yang dijamin) terbebas dari tanggungan utang yang ada, Jika diperhatikan, maka menurut jumhur fuqaha, *kafalah* atau pemberian jaminan tidak berkonsekuensi pihak yang

dijamin (*ashiil*) lantas terbebas dari tanggungan utang yang dijamin. Maka karena itu pihak yang memiliki hak (*ad-daa'in*, pihak yang berpiutang, *al-makhfuul lahu*, pihak yang diberi jaminan) memiliki kebebasan antara menagih kepada pihak yang dijamin (*ashiil*) atau kepada pihak yang menjamin (*kafiil*), kecuali jika *kafalah* yang ada memang berdasarkan syarat pihak yang dijamin itu, karena jika di dalam *kafalah* tersebut terdapat syarat seperti itu, maka *kafalah* itu mengandung *hawalah* pengalihan utang.

Sementara itu, pendapat yang lebih shahih menurut ulama Syafi'iyah adalah bahwa *kafalah* tidak boleh disertai dengan syarat pihak yang dijamin (*ashiil*) terbebas dari tanggungan utangnya, karena bentuk syarat ini bertentangan dengan semangat *adh-dhamaan* atau pemberian jaminan itu sendiri.

Sedangkan Imam Malik di dalam salah satu dari dua pendapatnya mengatakan, bahwa pihak *ad-daa'in* tidak berhak menagih kepada pihak penjamin (*kafiil*) kecuali jika memang pemenuhan hak itu tidak dimungkinkan lagi untuk didapatkan dari pihak yang dijamin, sama seperti barang gadaian.

2. Tertetapkannya kewenangan menagih bagi pihak yang menjamin kepada pihak yang dijamin

Semua bentuk *kafalah*, pihak penjamin berhak menagih kepada pihak yang dijamin, apabila memang *kafalah* tersebut atas dasar perintah

atau permintaan pihak yang dijamin. Oleh karena itu, apabila *kafalah* atau pemberian jaminan itu adalah terhadap utang misalnya, lalu pihak penjamin ditagih oleh pihak yang berpiutang (*addaa'in, al-makhfuul lahu*), maka ia boleh menagih dan menuntut pihak yang dijaminnya untuk melepaskan dirinya dari situasi tersebut. Karena pihak yang ia jamin itulah yang telah menyebabkan dirinya ikut terjatuh kedalam kondisi tersebut dan ikut terkena dampaknya.

Oleh karena itu, pihak yang dijamin harus menyelamatkan dan membebaskan pihak yang menjaminnya dari kondisi dan situasi tersebut adapun apabila *kafalah* yang tidak berdasarkan perintah dan permintaan pihak yang dijamin (*ashiil*), maka pihak yang menjamin (*kafiiil*) untuk memiliki hak untuk terus membuntuti dan menuntut pihak yang dijaminnya itu ketika ia terus dibuntuti dan ditagih oleh pemilik hak, ketika pihak penjamin ditahan, maka ia juga tidak memiliki hak untuk menahan pihak yang ia jamin.

Pihak penjamin belum berhak meminta ganti kepada pihak yang ia jamin selama ia sendiri belum membayar utang yang dijaminnya itu, meskipun *kafalah* yang ada adalah atas dasar perintah dan permintaan pihak yang ia jamin, jadi selama pihak penjamin belum mengeluarkan harta untuk membayar utang yang dijaminnya itu, maka ia berhak meminta ganti rugi kepada pihak yang ia jamin. Karena keberadaan hak atau kewenangan menagih tergantung kepada adanya *al-qardh* (utang) dan *at-tamlik* (pemilikan), serta semua itu tergantung kepada adanya

pembayaran dan penunaian utang, sementara disini itu belum ada, karena pihak penjamin belum mengeluarkan harta untuk membayar utang yang dijaminnya itu.

Hal ini berbeda dengan seorang wakil di dalam membeli sesuatu, pihak wakil boleh menagih kepada pihak yang mewakilkan (pihak yang diwakilkannya) setelah dilakukan proses pembelian meskipun pihak wakil belum mengeluarkan harta dari sakunya sendiri untuk membayar harga pembelian tersebut. Karena harga di dalam masalah jual beli berkedudukan sebagai *'iwadh* atau ganti barang yang dibeli, sedangkan barang yang dibeli juga menjadi tanggungannya. Karena ia memiliki barang yang dibeli tersebut. Oleh karena itu, pihak wakil bisa menagih dan meminta harga pembelian itu kepada pihak yang ia wakilli di dalam pembelian barang tersebut. Sedangkan di dalam masalah *kafalah*, hak meminta ganti rugi harus dengan adanya *al-qardhu* atau *at-tamlik*, sedangkan jika pihak penjamin belum membayarkan utang yang ada dari harta miliknya, maka berarti unsur *al-qardhu* atau *at-tamlik* belum ada, oleh karena itu ia belum memiliki hak untuk minta ganti rugi kepada pihak yang ia jamin.

Maka apabila pihak penjamin telah membayarkan utang yang ada, maka ia baru boleh meminta ganti rugi kepada pihak yang ia jamin, apabila memang *kafalah* yang ada berdasarkan perintah atau permintaan pihak yang dijamin, karena jika *kafalah* yang ada berdasarkan perintah atau permintaan pihak yang dijamin. Maka berarti hubungan antara pihak

penjamin dengan pihak yang dijamin adalah hubungan utang piutang. Pihak yang dijamin berarti pihak yang berutang sedangkan pihak penjamin dengan ia melakukan pembayaran utang yang ada dengan menggunakan hartanya sendiri berarti ia adalah yang mengutang, dan pihak yang memberikan pinjaman utang berhak menagih kepada pihak yang berutang kepadanya.

E. Penyelesaian Sengketa di Dalam Akad *Kafalah*

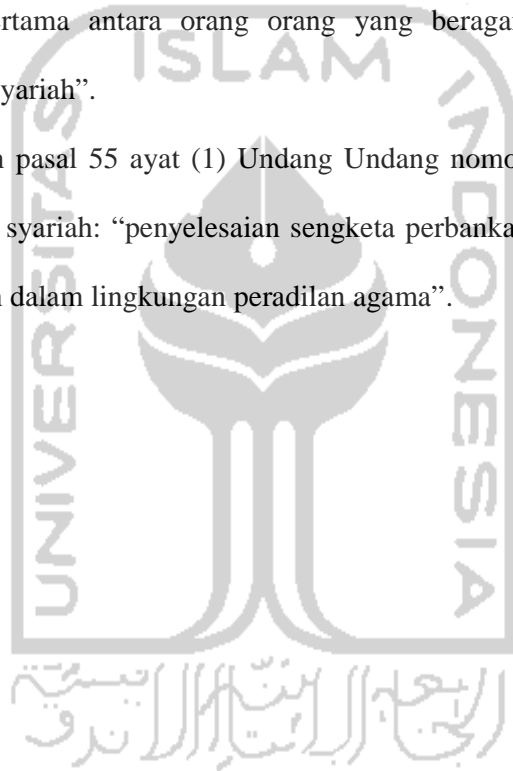
Secara umum penyelesaian sengketa dapat dibedakan menjadi dua, yakni secara nonlitigasi dan secara litigasi.²⁶ Penyelesaian sengketa nonlitigasi maksudnya adalah penyelesaian sengketa melalui jalur di luar pengadilan, para pihak bisa memilih forum mediasi, konsiliasi, atau arbitrase baik *ad hoc* maupun institusional dengan mendasarkan pada ketentuan undang undang nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian sengketa berikut peraturan prosedur yang dikeluarkan oleh lembaga lembaga dimaksud, sedangkan penyelesaian sengketa dikatakan bersifat litigasi yaitu apabila para pihak yang bersengketa menyelesaikannya melalui lembaga peradilan resmi suatu negara, yakni peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer, dan Peradilan Tata Usaha Negara. Prosedurnya adalah melalui beracara di depan sidang pengadilan hingga mendapatkan putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap.²⁷

²⁶ Abdul Ggofur Anshori, *Penyelesaian sengketa perbankan Syariah (Analisis konsep dan UU no 21. Tahun 2008)*, Yogyakarta, Gadjah Mana University Press, 2010, hlm. 35.

²⁷ Abdul Ggofur Anshori, *Tanya Jawab Perbankan Syariah*, Yogyakarta, UII Press, 2008, hlm. 104.

Akad *kafalah* merupakan salah satu produk perbankan syariah di bidang jasa,²⁸ sehingga apabila dilakukan di jalur litigasi maka akan menjadi kewenangan absolut pengadilan agama berdasarkan pasal 49 huruf i Undang Undang nomor 3 tahun 2006 tentang peradilan agama: “Pengadilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: i. Ekonomi syariah”.

dan pasal 55 ayat (1) Undang Undang nomor 21 tahun 2008 tentang perbankan syariah: “penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan agama”.



²⁸ Ismail, *Perbankan Syariah*, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, 2009, hlm. 193.

BAB III
TANGGUNG JAWAB NASABAH DAN PIHAK KETIGA
SEBAGAI PENJAMIN NASABAH DALAM AKAD KAFALAH PADA
PT. BANK MUAMALAT INDONESIA CABANG YOGYAKARTA

A. Tanggung Jawab Nasabah Dan Pihak Ketiga Sebagai Penjamin Nasabah Dalam Pelaksanaan Akad Kafalah Pada PT. Bank Muamalat Indonesia Cabang Yogyakarta.

Pemberian akad *kafalah* pada PT. Bank Muamalat Indonesia akad diberikan Bank berdasarkan merupakan akad *Kafalah bil Ujrah* berupa Bank Garansi (atau disingkat BG) yaitu jaminan pembayaran yang diberikan oleh Bank atas permintaan nasabahnya, kepada pihak penerima jaminan dalam hal nasabah yang dijamin tidak memenuhi kewajibannya kepada pihak penerima jaminan..

Penggunaan dan macam Bank Garansi pada PT. Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta:

1. Diberikan kepada pemborong atau kontraktor untuk mengerjakan proyek;
2. Diberikan untuk menjamin pembayaran (dapat berupa *Standby L/C*).

Sedangkan Bank Garansi yang umum digunakan dalam rangka proyek, untuk mendukung usaha konstruksi, adalah:

1. *Bid Bond / Tender Bond* atau jaminan saat mengikuti tender;
2. *Advance Payment Bond* atau jaminan uang muka;
3. *Performance Bond* atau jaminan pelaksanaan selama masa konstruksi.

Dalam pelaksanaannya akad *kafalah* yang diberikan sudah memenuhi rukun dan syarat dari fatwa DSN nomor 11/DSN-MUI/IV/2000 walaupun di dalam aplikasinya terjadi perkembangan yaitu jaminan bisa dilakukan bukan atas nama nasabah yang melakukan akad *Kafalah*, melainkan atas nama pihak ketiga yang bertindak sebagai penjamin, hal ini memang tidak dijelaskan secara rinci di dalam teori tentang syarat objek jaminan dalam akad *kafalah* maupun di dalam Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 10/14/DPbs tanggal 17 maret 2008 yang mengatur tentang persyaratan kegiatan pelayanan jasa dalam bentuk pemberian jaminan atas dasar akad *kafalah* dalam aplikasi dunia perbankan, namun pada Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 10/14/DPbs tersebut masih memberikan celah memperbolehkan jaminan bisa dilakukan bukan atas nama nasabah yang melakukan akad *Kafalah*, melainkan atas nama pihak ketiga sebagai penjamin nasabah, karena dalam persyaratan tersebut Objek penjaminan harus merupakan kewajiban pihak/orang yang meminta jaminan, jelas nilai, jumlah, dan spesifikasinya, dan tidak bertentangan dengan syariah (tidak diharamkan), sehingga nasabah dapat meminta pihak lain yang bertindak sebagai penjamin (*kafil*) untuk memenuhi kewajiban tentang objek jaminan tersebut.

Adanya akad penjaminan terhadap nasabah yang diberikan oleh pihak ketiga adalah akad yang dibuat antara bank, nasabah dengan pihak /ketiga sebagai penjamin nasabah. Akad penjaminan ini merupakan akad tambahan yang mengikuti akad *kafalah*, dan akad *kafalah* yang diberikan oleh Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta adalah akad tambahan yang

mengikuti akad pokoknya yaitu akad kerja antara pihak pemberi tender dengan pihak nasabah yang mengikuti tender tersebut.

Dalam hal pihak ketiga bertindak sebagai penjamin, maka Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta akan mempersiapkan beberapa dokumen agar di tanda tangani penjamin tersebut, yaitu adanya surat sanggup yang artinya penjamin secara mutatis mutandis bertanggung jawab terhadap kelancaran pembiayaan nasabah. kemudian ada perjanjian/akad gadai jaminan (dalam hal jaminannya adalah deposito/rekening giro escrow aktif) atau SKMHT (Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan) apabila di mungkin jaminan adalah benda tetap, kemudian ada surat persetujuan untuk menjaminkan, dan yang terakhir adalah surat pernyataan dan kuasa yang isinya pada intinya memberikan kuasa kepada bank untuk mencairkan dana deposito/dana yang mengendap di Bank untuk di cairkan menutupi pembiayaan *kafalah* yang telah di keluarkan oleh bank kepada nasabah (nasabah gagal bayar),²⁹ namun apabila pihak ketiga tetap tidak bersedia jaminannya dicairkan, maka nasabah juga dapat dimintai pertanggungjawaban terhadap pencairan dana deposito/dana yang mengendap di Bank untuk di cairkan menutupi pembiayaan *kafalah* tersebut oleh karena kewajiban nasabah dan pihak ketiga sebagai penjamin nasabah di dalam pelaksanaan akad *kafalah* adalah menempatkan dana sebagai jaminan

²⁹ Wawancara dengan Raja Akbar Nusonegara, Staff legal Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta tanggal 17 Januari 2012.

sehingga nasabah dan pihak ketiga bertanggung jawab atas kelancaran ketika terjadi eksekusi atas jaminan tersebut.

B. Upaya PT. Bank Muamalat Indonesia Kantor Cabang Yogyakarta Dalam Mengeksekusi Jaminan Apabila Jaminan tersebut Bukan Atas Nama Nasabah Yang Melakukan Akad *Kafalah*, Melainkan Ada Pihak Ketiga Yang Bertindak Sebagai Penjamin.

Penyelesaian yang dilakukan oleh Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta terhadap masalah eksekusi jaminan yang bukan atas nama nasabah yang melakukan akad *kafalah* melainkan atas nama pihak lain yang bertindak sebagai penjamin tersebut adalah Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta berusaha mempertemukan terlebih dahulu antara pihak penjamin, dan pihak nasabah akad *Kafalah*. Di dalam proses pertemuan tersebut Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta seolah olah sebagai pihak penengah yang mencoba mengkomunikasikan hal yang terjadi. Penyelesaian yang di ke depankan adalah tetap secara musyawarah untuk mendapatkan mufakat, tetapi apabila musyawarah tidak berhasil barulah menggunakan jalan litigasi, mengajukan gugatan ke Pengadilan Negeri, tetapi untuk gugatan dimana bank sebagai penggugat maupun bank sebagai tergugat adalah tidak pernah sejak buka cabang tahun 2003. Kemudian karena secara yuridis formal antara Penjamin, Nasabah, dan Bank telah memiliki kesepakatan yang tertuang dalam dokumen-dokumen pencairan. Sehingga secara hukum, suka atau tidak jaminan tersebut sah apabila dieksekusi oleh Bank untuk

kepentingan pihak ketiga,³⁰ sehingga pada pelaksanaan penyelesaian yang telah dilakukan Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta tersebut sudah sesuai dengan teori dalam hal penyelesaian sengketa yang dilakukan dengan menggunakan jalur nonlitigasi yaitu musyawarah untuk mendapat kata mufakat, namun bila musyawarah tidak berhasil barulah menggunakan jalan litigasi dengan mengajukan gugatan ke Pengadilan Negeri ini yang tidak sesuai dengan pasal 49 huruf i Undang Undang nomor 3 tahun 2006 Peradilan Agama dan pasal 55 ayat (1) undang undang nomor 21 tahun 2008 tentang perbankan syariah, karena akad *kafalah* merupakan salah satu produk perbankan syariah di bidang jasa, sehingga apabila dilakukan di jalur litigasi maka akan menjadi kewenangan absolut peradilan agama berdasarkan pasal 49 huruf i Undang Undang nomor 3 tahun 2006 tentang peradilan agama: “Pengadilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang orang yang beragama Islam di bidang: i. Ekonomi syariah”.

dan pasal 55 ayat (1) Undang Undang nomor 21 tahun 2008 tentang perbankan syariah: “penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan agama”.

³⁰ Ibid.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Di dalam Pelaksanaan akad *kafalah* pada PT. Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta adanya akad penjaminan terhadap nasabah yang diberikan oleh pihak ketiga merupakan akad yang dibuat antara bank, nasabah dengan pihak /ketiga sebagai penjamin nasabah. Akad penjaminan ini merupakan akad tambahan yang mengikuti akad *kafalah* dan akad *kafalah* itu sendiri merupakan akad yang dibuat untuk menjamin nasabah untuk mengikuti tender merupakan akad tambahan yang mengikuti akad pokoknya yaitu akad kerja antara Pihak Pemberi Tender dengan pihak nasabah yang mengikuti tender tersebut, pihak ketiga sebagai penjamin nasabah secara mutatis mutandis bertanggung jawab terhadap kelancaran pembiayaan nasabah, namun apabila pihak ketiga tetap tidak bersedia jaminannya dicairkan, maka nasabah juga dapat dimintai pertanggungjawaban terhadap pencairan dana deposito/dana yang mengendap di Bank untuk di cairkan menutupi pembiayaan *kafalah* tersebut oleh karena kewajiban nasabah dan pihak ketiga sebagai penjamin nasabah di dalam pelaksanaan akad *kafalah* adalah menempatkan dana sebagai jaminan sehingga nasabah dan pihak ketiga bertanggung jawab atas kelancaran ketika terjadi eksekusi atas jaminan tersebut.
2. Pelaksanaan penyelesaian yang telah dilakukan Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta tersebut sudah sesuai dengan teori dalam hal

penyelesaian sengketa yang dilakukan dengan menggunakan jalur nonlitigasi yaitu musyawarah untuk mendapat kata mufakat, namun bila musyawarah tidak berhasil barulah menggunakan jalan litigasi dengan mengajukan gugatan ke Pengadilan Negeri ini yang tidak sesuai dengan pasal 49 huruf i Undang Undang nomor 3 tahun 2006 Peradilan Agama dan pasal 55 ayat (1) undang undang nomor 21 tahun 2008 tentang perbankan syariah, karena akad *kafalah* merupakan salah satu produk perbankan syariah di bidang jasa, sehingga apabila dilakukan di jalur litigasi maka akan menjadi kewenangan absolut Pengadilan Agama.

B. Saran

1. Sebelum melakukan akad penjaminan sebaiknya pihak bank lebih menjelaskan kepada nasabah tentang tanggung jawab nasabah atau pihak ketiga sebagai penjamin agar bila terjadi wanprestasi/cidera janji oleh nasabah terhadap akad kerja antara Pemberi tender dan Nasabah, pihak bank tidak mendapat mengalami kesulitan dalam melakukan eksekusi jaminan yang digunakan menutupi pembiayaan *kafalah* yang telah di keluarkan oleh bank kepada nasabah.
2. Apabila Penyelesaian sengketa akad *kafalah* dilakukan secara musyawarah tidak berhasil, kemudian melanjutkan ke jalur litigasi maka mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama bukan Pengadilan Negeri karena menjadi kewenangan absolut Peradilan Agama berdasarkan pasal 49 huruf i Undang Undang nomor 3 tahun 2006 Peradilan Agama dan pasal 55 ayat (1) undang undang nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Ghofur Anshori, *Penyelesaian sengketa perbankan Syariah (Analisis konsep dan UU no 21. Tahun 2008)*, Yogyakarta, Gadjah Mana University Press, 2010.
- _____, *Pokok Pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*. Yogyakarta, Citra Media, 2006.
- _____, *Tanya Jawab Perbankan Syariah*, Yogyakarta, UII Press, 2008.
- Ahmad Azhar Basyir, *Asas Asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*, Yogyakarta, UII Press, 2000.
- Chairuman Pasaribu, Suhrawadi K. Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Jakarta, Sinar Grafika, 1994.
- Fathurrahman Djamil, *Filsafat Hukum Islam Bagian Pertama*, Logos Wacana Ilmu, Jakarta, 1997.
- H.R Daeng Naja, *Akad Bank Syariah*, Yogyakarta, Yustisia, 2011.
- Irma Devita Purnamasari, *Kiat-kiat cerdas, mudah, dan bijak memahami masalah Hukum Jaminan Perbankan*, Bandung, Kaifa PT. Mizan Pustaka, 2011.
- Ismail, *Perbankan Syariah*, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, 2009.
- Johan Arifin, *Perlindungan Hukum Nasabah Lembaga Keuangan Mikro Syariah (Studi Terhadap Nasabah BMT di Kota Semarang)*, Wali Songo Press, Semarang, 2010.
- Muhammad, *Model Model Pembiayaan Bank Syariah (Panduan Teknis Pembuatan Akad/Perjanjian Pembiayaan pada Bank Syariah)*, Yogyakarta, UII Press, 2009.
- Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah dari teori ke praktik*, Jakarta, Gema Insani, 2001.
- Rachmadi Usman, *Produk dan Akad Perbankan Syariah di Indonesia Implementasi dan Aspek Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 2009.
- Sutan Remi Sjahdeini, *Perbankan Islam dan Kedudukannya Dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*, Jakarta. 1999.
- Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah studi tentang teori akad dalam fiqh muamalah*, Jakarta, PT. Grafindo persada, 2007.
- Wahbah Az-Zuhaili, *Fiqh Islam Wa Adillatuhu*, Jakarta, Gema Insani, 2007.
- Wirnyaningih, SH., et al, *Bank dan Asuransi Islam di Indonesia*, Jakarta, Kencana Prenada, 2005.
- Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.
- <http://www.muamalatbank.com/index.php/home/about/profile>. feb. 14, 2012.
- Wawancara denga Raja Akbar Nusonegara, Staff legal Bank Muamalat Indonesia cabang Yogyakarta tanggal 17 Januari 2012.



LAMPIRAN

