



**MEMBANGUN KONSTRUKSI HUKUM JAMINAN SYARIAH
DALAM AKAD PEMBIAYAAN *MUDHARABAH***

DISERTASI

**Diajukan Untuk Memenuhi Syarat Memperoleh
Gelara Doktor Dalam Ilmu Hukum**

**Oleh:
ZAENAL ARIFIN
NPM. 18.1003.74001.0139**

**PROGRAM STUDI HUKUM PROGRAM DOKTOR
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS 17 AGUSTUS 1945
SEMARANG
2022**



PERSETUJUAN PROMOTOR DAN KO-PROMOTOR
MEMBANGUN KONSTRUKSI HUKUM JAMINAN SYARIAH
DALAM AKAD PEMBIAYAAN MUDHARABAH

Oleh:
ZAENAL ARIFIN
NIM: 18.1003.74001.0139

Semarang, April 2022
Telah Disetujui Untuk Dilaksanakan

Promotor


Prof. Dr. Ahmad Rofiq, MA
NIDN. 2014075901

Ko. Promotor

Dr. Hj. Yulies Tiena Masriani, SH., MHum., MKn
NIDN. 0608076201

Mengetahui
Ketua Program Studi Hukum Program Doktor




Prof. Dr. Sarsintorini Putra, SH. MH
NIDK. 8874040017

PENGESAHAN KELULUSAN

Disertasi ini telah dipertahankan dalam Sidang Panitia Ujian Terbuka Disertasi Program Studi Hukum Program Doktor Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Semarang pada:

Hari : Sabtu

Tanggal : 2 April 2022

Panitia Ujian

Ketua/Penguji IV



Prof. Dr. Edy Lisdiyono, SH., MHum
NIDN. 0625046301

Sekretaris/Penguji V



Prof. Dr. Sarsintorini Putra, SH., MH
NIDK. 8874040017

Penguji I



Prof. Dr. Anis Mashdurohatun, SH., MHum
NIDN. 0621057002

Penguji II



Dr. Bakti Trisnawati, SH., MHum
NIDN. 0630055701

Penguji III



Dr. Sri Mulyani, SH., MHum
NIDN. 0614096602

Promotor/Penguji VI



Prof. Dr. Ahmad Rofiq, MA
NIDN. 2014075901

Ko-Promotor/Penguji VII



Dr. Yulies Tiena Masriani, SH., MHum., MKn
NIDN. 0608076201

PERNYATAAN KEASLIAN KARYA ILMIAH

Yang bertandatangan dibawah ini:

Nama : Zaenal Arifin, SH,M.Kn.

NPM : 18.1003.74001.0139

Alamat : Gang Nakula No. 10, Rejosari Kangkung Kendal

Dengan ini saya menyatakan dengan sesungguhnya bahwa :

1. Karya tulis saya, disertasi ini adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik, baik di Universitas 17 Agustus 1945 Semarang maupun di perguruan tinggi lain.
2. Karya tulis ini adalah murni gagasan, rumusan dan penelitian saya sendiri, tanpa bantuan pihak lain, kecuali arahan Tim Promotor dan masukan Tim Penguji.
3. Dalam karya tulis ini tidak terdapat karya atau pendapat yang telah ditulis atau dipublikasikan orang lain, kecuali secara tertulis dengan jelas dicantumkan sebagai acuan dalam naskah dengan disebut nama pengarang dan dicantumkan dalam daftar pustaka.
4. Pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya dan apabila di kemudian hari terdapat penyimpangan dan ketidakbenaran dalam pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi akademik berupa pencabutan gelar yang telah diperoleh karena karya ini, serta sanksi lainnya sesuai dengan norma yang berlaku di perguruan tinggi ini.

Semarang, 10 Januari 2022
Yang membuat pernyataan



Zaenal Arifin, SH, M.Kn
NPM:18.1003.74001.0112

KATA PENGANTAR

Dengan mengucap puji dan syukur Kehadirat Tuhan Yang Maha Esa, yang telah memberikan Berkah, Rahmat, dan Hidayah-Nya, akhirnya penulis dapat menyelesaikan naskah hasil penelitian disertasi ini yang berjudul **“Membangun Konstruksi Hukum Jaminan Syariah dalam Akad Pembiayaan *Mudharabah*”**. Naskah hasil penelitian Disertasi ini penulis buat sebagai wujud dari kontribusi penulis dalam memberikan gagasan dalam membangun konstruksi hukum jaminan yang terdapat pada jaminan syariah khususnya dalam akad pembiayaan *Mudharabah*.

Pada dasarnya akad *mudharabah* merupakan suatu bentuk pembiayaan atau kerja sama antara pihak bank dan pihak *mudharib* (yang mengelola), maka dalam pelaksanaannya tidak memerlukan adanya jaminan. Namun agar tidak terjadi *moral hazard* berupa penyimpangan oleh pengelola dana, pemilik dana dapat meminta jaminan dari pengelola dana atau pihak ketiga. Jaminan ini hanya dapat dicairkan apabila pengelola dana terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad.

Hasil penelitian ini masih ada kekurangan, oleh karena itu penulis mengharapkan sumbangan pemikiran dari berbagai pihak sebagai masukan untuk karya ilmiah Disertasi ini. Penulis berterima kasih kepada berbagai pihak yang telah memberikan bantuan, baik materiil maupun spiritual dalam penyelesaian penulisan karya ilmiah Disertasi ini tepat pada waktunya. Akhirnya penulis menghaturkan banyak terima kasih kepada yang terhormat :

1. Prof. Dr. Drs. Suparno, M.Si, selaku Rektor Universitas 17 Agustus 1945 Semarang telah memberikan izin untuk studi di Program Studi Hukum Program Doktor Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Semarang.
2. Prof. Dr. Edy Lisdiyono, S.H. M. Hum, selaku Ketua Sidang dan Dekan Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Semarang yang telah memberikan motivasi dan masukannya dalam setiap tahapan ujian disertasi.
3. Prof. Dr. Sarsintorini Putra, S.H, M.H. selaku Ketua Program Studi dan sekertaris sidang sekaligus Penguji yang telah memberikan nasihat baik formal maupun informal selama saya menempuh pendidikan di Universitas 17 Agustus 1945 Semarang.
4. Dr. Mashari, S.H., M.H selaku Sekretaris Program Studi Bidang Akademik yang telah membantu dalam pengerjaan dan memberikan arahan selama saya menempuh pendidikan di Universitas 17 Agustus 1945 Semarang.
5. Dr. Sri Mulyani, SH., MHum selaku Sekretaris Program Studi Bidang Keuangan sekaligus penguji yang sudah banyak membantu dalam pengerjaan disertasi ini.
6. Prof. Dr. Anis Mashdurohatun., S.H., M.Hum. sebagai penguji eksternal yang sudah banyak memberikan saran dan masukan ditengah kesibukannya.
7. Prof. Dr. Ahmad Rofiq, MA, selaku Promotor yang telah memberikan masukan-masukan dan arahan yang berharga serta dorongan untuk

menyelesaikan segala tugas yang diberikan kepada penulis selama menempuh proses pendidikan dan tahapan-tahapan ujian disertasi.

8. Dr. Hj. Yulies Tiena Masriani, SH., MHum., MKn selaku Ko-Promotor yang telah memberikan bimbingan dan arahan dengan menerima kehadiran penulis setiap saat dengan penuh kesabaran, ketelitian dan masukan-masukan yang berharga yang diberikan kepada penulis.
9. Dr. Bakti Trisnawati, SH., MHum sebagai penguji yang sudah banyak memberikan saran dan masukan ditengah kesibukannya.
10. Bapak/Ibu Dosen Program Studi Hukum Program Doktor Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Semarang, yang telah memberi bekal pengetahuan yang berharga kepada penulis.
11. Arif Hartono sebagai Pimpinan BTN Kantor Cabang Solo yang telah membantu dalam proses pengambilan data di Kantor Bank BTN Cabang Solo.
12. Mahmud sebagai Kepala Bagian Penasehat Hukum Bank Muamalat Indonesia yang telah membantu proses penelitian.
13. Dr. H. Asep Supyadillah, M.Ag. sebagai Wakil Sekretaris Badan Pengurus Harian dari Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) yang telah membantu proses penelitian.
14. Kepada kedua orang tua (Alm) H. Masruri dan (Almh) Hj. Nadhiroh yang menjadi motivasi penulis untuk terus berkembang menjadi lebih baik .

15. Kepada Istri Hj Dian Nofilia, SE yang mendoakan dan sudah banyak memberikan dukungan moral kepada penulis.
16. Kepada Anak-anak Aida Qothrin Nada, SH, Zidan Sayyid An Nabil Zaen, Dafiya Nurin Naiba Zaen, Dafina Zaen, Zahran Qi Aafi Az Zubaer Zaen yang sudah memberikan dukungan dan pengertian kepada penulis.
17. Seluruh teman-teman Angkatan VI di Program Studi Hukum Program Doktor Universitas 17 Agustus 1945 Semarang yang lebih dahulu lulus maupun yang saat ini juga sedang menyelesaikan studinya.
18. Semua pihak yang telah ikut membantu hingga terselesainya naskah hasil penelitian ini.

Dengan segala kerendahan hati, penulis mengucapkan terima kasih dengan iringan doa semoga bantuan, motivasi, saran, dan kritikan dari semua pihak akan menyempurnakan disertasi ini. Harapan penulis semoga penelitian ini dapat memberikan manfaat kepada semua orang yang membacanya. Aamiin.

Semarang, 10 Januari 2022
Yang membuat pernyataan



Zaenal Arifin, SH, M.Kn
NPM:18.1003.74001.0112

ABSTRAK

Akad *Mudharabah* merupakan pelayanan perbankan syariah dalam bentuk kerja sama antara pihak bank syariah dan pihak yang pengelola pada dasarnya tidak memerlukan suatu jaminan. Namun, terdapat isu hukum yaitu praktek pembiayaan pada perbankan syariah menyatakan akad pembiayaan *Mudharabah*, nasabah dimintakan jaminan atas pengembalian modal dengan menanda tangani surat pernyataan perihal kewajiban pengembalian modal oleh nasabah kepada pihak *Shahibul Mal*. Permasalahan dalam penelitian ini adalah 1. Mengapa akad pembiayaan *Mudharabah* yang sifatnya kerja sama langsung dilakukan pemasangan hak tanggungan?, 2. Bagaimana konstruksi hukum yang mengatur mengenai mekanisme pembuatan akta pengikatan jaminan syariah (tanah dan atau bangunan) pada akad pembiayaan *Mudharabah* di Indonesia, 3. Bagaimana membangun konstruksi hukum jaminan syariah dalam akad pembiayaan *Mudharabah*?. Metode penelitian menggunakan non-doktrinal dengan pendekatan yuridis empiris dan teori masalah, istihsan, dan *reschtvinding* sebagai pisau analisis dalam menjelaskan permasalahan pelaksanaan pembuatan APHT pada bank syariah. Sumber data penelitian ini merupakan data primer dan data sekunder. Data sekunder dibagi menjadi tiga yaitu bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan, bahan hukum sekunder berupa literatur buku, dan hasil penelitian sedangkan bahan hukum tersier berupa KBBI, kamus hukum, dan berita pelaksanaan jaminan syariah. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa (1) Pemasangan hak tanggungan pada akad pembiayaan *Mudharabah* dilakukan untuk mencegah terjadinya moral hazard berupa penyimpangan oleh pengelola dana. Jaminan hanya dapat dicairkan apabila pengelola dana terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati. (2) Ketentuan peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia tidak secara eksplisit mengatur tentang pengikatan jaminan pihak mudharib dalam akad pembiayaan mudharabah. (3) Konstruksi hukum jaminan syariah pembiayaan mudharabah kedepan adalah memasukan SKMHT kedalam substansi hukum maupun struktur hukum yang diatur dalam Pasal 2 Peraturan Kepala BPN Nomor 22 Tahun 2017. Secara struktur hukum bahwa Dewan Pengawas Syariah melarang untuk memasang hak tanggungan dalam akad pembiayaan akad *Mudharabah*. Secara budaya hukum kebiasaan bahwa komunitas perbankan menggunakan aturan kredit di bank konvensional.

Kata kunci: Akad Pembiayaan Mudharabah, Jaminan Syariah, Membangun Konstruksi Hukum

ABSTRACT

Mudharabah contract is sharia banking service in the form of cooperation between the sharia bank and the party whose manager basically does not require a guarantee. However, there is a legal issue, namely the practice of financing in Islamic banking stating the Mudharabah financing contract, the customer is asked for a guarantee for the return of capital by signing a statement regarding the obligation to return capital by the customer to Shahibul Mal. The problems in this study are 1. Why is the Mudharabah financing contract which is direct collaboration carried out by the installation of mortgage rights?, 2. How is the legal construction that regulates the mechanism for making sharia guarantee binding deeds (land and or buildings) in Mudharabah financing contracts in Indonesia, 3 How to build the construction of sharia guarantee law in the Mudharabah financing contract? The research method uses empirical juridical and *maslahah*, *istihsan*, and *reschtvinding* theories as analytical tools in explaining the problems of implementing APHT in Islamic banks. The data sources of this research are primary data and secondary data. Secondary data is divided into three, namely primary legal materials in the form of laws and regulations, secondary legal materials in the form of book literature, and research results while tertiary legal materials in the form of KBBI, legal dictionaries, and news on the implementation of sharia guarantees. The results of this study indicate that (1) The installation of mortgage rights in the Mudharabah financing agreement is carried out to prevent the occurrence of moral hazard in the form of deviations by the fund manager. The guarantee can only be disbursed if the fund manager is proven to have violated the agreed terms. (2) The provisions of the existing laws and regulations in Indonesia do not explicitly regulate the binding of the mudharib party guarantee in the mudharabah financing contract. (3) The legal construction of sharia guarantees for mudharabah financing in the future is to include SKMHT into the legal substance and legal structure as regulated in Article 2 of the Regulation of the Head of BPN Number 22 of 2017. The legal structure is that the Sharia Supervisory Board prohibits placing mortgage rights in the Mudharabah financing contract. Culturally, it is customary law that the banking community uses credit rules in conventional banks..

Keywords: Mudharabah Financing Contract, Sharia Guarantee, Building Legal Construction

RINGKASAN

Akad *Mudharabah* merupakan suatu pelayanan yang diberikan oleh perbankan syariah yang esensinya merupakan suatu bentuk pembiayaan atau kerja sama antara pihak bank dan pihak *Mudharib* (yang mengelola modal) karena akad *Mudharabah* merupakan bentuk pembiayaan berdasarkan kerja sama dan bukan merupakan bentuk hutang piutang, maka akad tersebut tidak memerlukan suatu jaminan. Hal demikian didasarkan pada diktum kedua tentang ketentuan khusus di dalam Fatwa MUI No 105/DSN-MUI/X/2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah*, *Musyarakah* dan *Wakalah bil Istismar* yang menyebutkan bahwa Pemilik Modal tidak boleh meminta Pengelola untuk menjamin pengembalian modal.

Fatwa MUI No 105/DSN-MUI/X/2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah*, *Musyarakah* dan *Wakalah bil Istismar* mengizinkan pihak bank, untuk menarik jaminan terhadap modal pembiayaan yang diberikan. Namun hal demikian perlu ada keikhlasan atau persetujuan dari pihak *Mudharib* yang dibuktikan dengan bentuk surat pernyataan tidak keberatan memberikan jaminan pengembalian modal. Pihak *mudharib* perlu membuat surat keterangan tidak keberatan dari pihak *Mudharib* atas jaminannya tersebut dipasang APHT (Akta Pemberian Hak Tanggungan) ketika pihak *Mudharib* melakukan wanprestasi jika jaminan pengembalian modal tersebut berupa tanah dan bangunan.

APHT sendiri berdasarkan Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang

Berkaitan dengan Tanah. Hak Tanggungan didefinisikan sebagai suatu Akta Pejabat Pembuat Akta Tanah yang berisi pemberian Hak Tanggungan kepada kreditur tertentu sebagai jaminan untuk pelunasan piutangnya. Adapun APHT diatur secara spesifik di dalam Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 3 Tahun 1997 Tentang ketentuan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah).

Berdasarkan konsep tentang APHT tersebut di atas, apabila dikaitkan dengan perjanjian dalam akad *Mudharabah* di mana akad *Mudharabah* sendiri merupakan suatu bentuk kerjasama, maka pemasangan APHT terhadap jaminan yang diserahkan oleh pihak *Mudharib* hanya dapat dilaksanakan/dapat dilakukan pada saat pihak *Mudharib* itu cidera janji atau wanprestasi. Hal demikian dikarenakan dalam pembiayaan *Mudharabah* konsep hutang piutang muncul apabila pihak *Mudharib* telah melakukan cidera janji, sebelum itu maka konsep yang dipakai adalah kerjasama, bukan hutang piutang sehingga tidak boleh terhadap jaminan *Mudharib* kemudian dipasangi hak tanggungan di awal akad pembiayaan *Mudharabah*.

Pernyataan demikian juga selaras dengan apa yang sudah ditentukan di dalam Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 3 Tahun 1996 tentang Bentuk Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan, Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT), Buku Tanah Hak Tanggungan, dan Sertifikat Hak Tanggungan, di mana berdasarkan ketentuan

tersebut baik itu SKMHT maupun APHT memerlukan data jumlah hutang yang perlu dicantumkan di dalamnya. Mengingat dalam pembiayaan *Mudharabah* ini bukan merupakan hutang piutang, maka pemasangan APHT yang perlu mencantumkan hutang merupakan sesuatu hal yang mustahil, karena nominal tersebut bukan merupakan hutang tetapi penyertaan modal untuk usaha.

Pada saat ini banyak PPAT memasang APHT atas jaminan yang diserahkan oleh pihak *Mudharib* dalam akad pembiayaan *Mudharabah* di awal, seperti akta pemberian hak tanggungan Nomor 649/2018 yang ditandatangani oleh PPAT Herry Sosiawan pada tanggal 15 Oktober 2018, di mana akta tersebut memasang hak tanggungan atas Akad pembiayaan *Mudharabah* yang dikeluarkan oleh PPAT yang sama.

Berdasarkan latar belakang permasalahan tersebut, maka Penelitian ini memiliki tujuan yang didasarkan pada perumusan masalah yang sudah ditetapkan, adapun rumusan masalah sebagaimana dimaksud meliputi antarlain: 1) Mengapa dalam akad pembiayaan *Mudharabah* yang memiliki sifat kerjasama langsung dilakukan pemasangan hak tanggungan? 2) Bagaimana konstruksi hukum yang mengatur mengenai mekanisme pelaksanaan pembuatan akta pengikatan jaminan syariah (tanah dan atau bangunan) pada akad pembiayaan *Mudharabah* di Indonesia? 3) Bagaimana seharusnya konstruksi hukum jaminan syariah dalam akad pembiayaan *Mudharabah*?

Metode penelitian ini menggunakan non-doktrinal dengan menggunakan berbagai pendekatan seperti pendekatan yuridis empiris, kasus, pendekatan peraturan perundang-undangan, pendekatan perbandingan, dan pendekatan empiris. Penelitian ini juga memiliki serangkaian teori yang meliputi, teori *Maslahah*, teori *Istihsan*, dan teori *Rechtsvinding* yang digunakan untuk menganalisa fokus studi didalam penelitian ini.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa akad pembiayaan *Mudharabah* yang dilakukan di Bank BTN Syariah Cabang Solo sudah terjadi sejak didirikannya, di mana pembiayaan *Mudharabah* yang saat ini sudah direalisasikan yaitu sebanyak 51 loan dengan total nominal sebesar Rp100.580.000.000,-. Pelaksanaan akad *Mudharabah* sebagaimana disebutkan dalam pelaksanaannya dipasang APHT ketika jaminan syariahnya berupa tanah dan atau bangunan, maksud dan tujuan APHT dalam *mudharabah* tidak lain agar ketika pihak *Mudharib* melakukan wanprestasi terhadap jaminan yang diserahkan dapat dilakukan eksekusi.

Senada dengan yang terjadi di Bank Muamalat Indonesia dimana akad pembiayaan *Mudharabah* dipasang hak tanggungan, ditujukan untuk mengantisipasi jika adanya kegagalan usaha yang dikelola oleh *Mudharib* (nasabah) disebabkan salah kelola atau wanprestasi nasabah, maka modal usaha yang sudah disepakati akan dijadikan utang dan untuk pengembalian/pelunasan utang tersebut akan diambil dari hasil penjualan objek hak tanggungan.

Pada BTN Syariah Cabang Solo sendiri dalam pelaksanaan pembiayaan *Mudharabah* terdapat dua permasalahan utama yang sering terjadi. Pertama, sulitnya memonitor atau mengawasi penggunaan dana yang disalurkan dari BTN Syariah kepada BAITUL MAAL WAT TAMWIL (BMT) atau Koperasi Jasa Keuangan Mikro Syariah (KJKS). Kedua, sulitnya memonitor penggunaan dana yang disalurkan dari BMT/KJKS kepada nasabah. Pihak BTN Syariah Cabang Solo dalam menentukan seorang *Mudharib* telah melakukan wanprestasi atau tidak, dibuktikan dengan saat pihak *Mudharib* sudah tidak membayar angsuran pengembalian modal sebagaimana mestinya. Bank mengawali dengan pemberian surat peringatan pertama, kedua, dan ketiga (ditambah dengan pernyataan) berbeda di Bank Muamalat, Bank Muamalat mengukur *Mudharib* melakukan wanprestasi adalah ketika pihak *Mudharib* tidak memenuhi kewajiban - kewajibannya sebagaimana yang tertera di suatu akad yang telah disepakati. Dengan demikian, dalam hal nasabah-nasabah tidak menjalankan kewajiban atau melanggar pembatasan dan atau melakukan tindakan-tindakan yang disepakati sebagai cidera janji, maka bank berhak menyatakan nasabah (*mudharib*) melakukan wanprestasi.

Secara umum faktor-faktor yang memiliki pengaruh terhadap pemasangan hak tanggungan pada akad pembiayaan *Mudharabah* dapat diidentifikasi sebagai berikut

1. Faktor Yuridis, Hal ini berkaitan dengan tidak ada ketentuan hukum baik pada level Undang-Undang atau peraturan pelaksana lainnya yang

mengatur secara spesifik tentang pengikatan jaminan dalam akad pembiayaan mudharabah sehingga dalam praktek pihak bank dan pihak-pihak terkait lainnya selalu memasang hak tanggungan terhadap jaminan yang diberikan oleh pihak *mudharib* kepada *shohibul mal* dalam akad pembiayaan *mudharabah*.

2. Pemasangan Hak Tanggungan atas jaminan pihak Mudharib ditujukan untuk menjamin pengembalian modal, sehingga ketika pihak Mudharib melakukan cidera janji, atas jaminan yang diberikan dapat dilakukan eksekusi, karena hak tanggungan memiliki kekuatan eksekutorial setara putusan pengadilan.
3. Praktik pembiayaan mudharabah saat ini pihak shahibul mal sangat sulit untuk memantau penggunaan dana yang dikeluarkan, sehingga alternatif yang dapat dilakukan oleh bank adalah meminta jaminan yang kemudian dipasang hak tanggungan.

Negara Indonesia yang sistem hukumnya tidak menganut sistem hukum syariah secara murni perlu menyesuaikan ketentuan-ketentuan terkait pelaksanaan pembiayaan mudharabah yang disertakan jaminan. Untuk itu penulis memaparkan tentang eksistensi dari akad pembiayaan mudharabah yang ditinjau dari perspektif hukum nasional.

Kegiatan usaha Bank Umum Syariah di Indonesia dijelaskan pada Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Pada pasal 19 dijelaskan kegiatan yang menyertakan akad mudharabah meliputi menghimpun dana dalam bentuk investasi berupa deposito, tabungan, atau

bentuk lainnya yang dipersamakan berdasarkan akad mudharabah atau akad lain yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah, menyalurkan pembiayaan bagi hasil berdasarkan akad mudharabah, akad musyarakah atau akad lain yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah. Membeli, menjual, atau menjamin atas risiko 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.*

Dalam Undang-Undang Perbankan Syariah Pasal 19 sudah menyebutkan secara eksplisit tentang akad Mudharabah Namun dalam UU tersebut belum mengatur secara spesifik tentang bagaimana pelaksanaan dari akad pembiayaan mudharabah salah satunya berkaitan dengan pelaksanaan penarikan jaminan dalam akad pembiayaan mudharabah sehingga perlu ada peraturan pelaksana yang mengatur secara spesifik tentang bagaimana pelaksanaan penjaminan dalam akad pembiayaan mudharabah terutama yang berkaitan dengan jaminan yang diserahkan oleh pihak mudharib kepada pihak shohibul mal.

Salah satu bentuk jaminan dalam perbankan syariah adalah jaminan atas tanah. Dalam prakteknya jaminan atas tanah dalam perbankan syariah guna menjamin kepastian hukum terhadap jaminan yang diberikan oleh nasabah penerima fasilitas kepada bank, maka bank syariah melakukan hal yang sama seperti perbankan konvensional yaitu melakukan pembebanan Hak Tanggungan terhadap jaminan atas tanah tersebut melalui Pejabat yang

berwenang yaitu dalam hal ini adalah Pejabat Pembuat Akta Tanah (selanjutnya disebut PPAT). Hal tersebut menurut penulis menimbulkan problematika hukum terhadap peraturan yang ada mengenai Hak Tanggungan itu sendiri jika dikaitkan dengan konsep pembiayaan syariah dan problematika terhadap PPAT, seperti yang kita ketahui bahwa Hak Tanggungan sebelum dilakukan pendaftaran di kantor pertanahan maka terlebih dahulu dibuatkan Akta Pemberian Hak Tanggungan (selanjutnya disebut APHT) oleh PPAT sesuai dengan peraturan yang berlaku. Juga dimungkinkan bahwa PPAT dapat membuat Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (selanjutnya disebut SKMHT) dalam hal pemberi Hak Tanggungan tidak dapat hadir dihadapan PPAT sesuai yang tercantum dalam Pasal 15 Ayat (1) Undang – Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda – Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah (selanjutnya disebut Undang – undang Hak Tanggungan) dan/atau dalam hal tanah yang menjadi objek Hak Tanggungan belum bersertifikat.

Dalam Pasal 10 ayat (2) Undang–Undang Hak Tanggungan, terhadap akta baik APHT maupun SKMHT harus dibuat oleh PPAT berdasarkan peraturan perundang–undangan yang berlaku. Sehingga pembuatan akta APHT dan SKMHT harus didasarkan pada Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 8 Tahun 2012 Tentang Pelaksanaan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah (selanjutnya disebut Perkabn Nomor 8 Tahun 2012). Peraturan tersebut merupakan petunjuk bagi PPAT untuk membuat akta (diantaranya adalah SKMHT dan

APHT) di mana dalam aturan tersebut juga dilampirkan bentuk dari SKMHT maupun APHT yang wajib dijadikan dasar atau petunjuk bagi PPAT dalam membuat akta yang berkaitan dengan pembebanan Hak Tanggungan.

Standar perjanjian mudharabah dalam hal agunan aturan OJK yaitu: Bank Syariah dibolehkan meminta jaminan dalam pembiayaan Mudharabah bertujuan agar nasabah serius melakukan pembayaran secara tertib. Bank Syariah diperbolehkan meminta kepada Nasabah untuk membuat surat pernyataan perihal kewajiban pengembalian modal oleh Nasabah kepada Bank Syariah mengacu pada Fatwa DSN-MUI No. 105 Tahun 2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah, Musyarakah* dan *Wakalah bil Istitsmar*.

Berdasarkan konsep tentang APHT, apabila dikaitkan dengan perjanjian dalam akad mudharabah dimana akad mudharabah sendiri merupakan suatu bentuk kerjasama, maka pemasangan APHT terhadap jaminan yang diserahkan oleh pihak mudharib hanya dapat dilaksanakan/dapat dilakukan pada saat pihak Mudharib itu cidera janji atau wanprestasi. Hal demikian dikarenakan dalam pembiayaan mudharabah konsep hutang piutang muncul apabila pihak mudharib telah melakukan cidera janji, sebelum itu maka konsep yang dipakai adalah kerjasama, bukan hutang piutang sehingga tidak boleh terhadap jaminan mudharib kemudian dipasangi hak tanggungan diawal akad pembiayaan mudharabah.

Praktek pemasangan hak tanggungan dalam akad pembiayaan mudharabah menjadi dilematis apabila dikaitkan dengan prinsip syariah,

walaupun pada dasarnya pihak mudharib telah memberikan persetujuan atas pemasangan APHT terhadap jaminan yang diserahkan, namun mengingat konsep akad pembiayaan mudharabah merupakan akad kerjasama, maka seharusnya terhadap jaminan yang diberikan selayaknya dipasang hak tanggungan setelah pihak mudharib benar-benar telah terbukti melakukan ingkar janji, hal demikian juga diatur di dalam Fatwa MUI No 105/DSNMUI/X/2016 yang menyebutkan bahwa pihak mudharib telah melakukan *ta'addi, tafrih atau mukhalafat al-syuruth*. sehingga terjadinya utang-piutang dan jaminan atas pihak mudharib dapat dibebankan hak tanggungan ketika sudah dilakukan pembuktian tentang apakah pihak Mudharib benar-benar telah melakukan *ta'addi, tafrih atau mukhalafat al-syuruth*. Atas dasar hal tersebut maka perlu dibuatkan sebuah mekanisme jaminan syariah di Indonesia yang benar-benar dapat menerapkan prinsip syariah Islam secara kaffah dan istiqomah pada praktik perbankan syariah di Indonesia.

Berdasarkan peraturan yang telah dijelaskan terkait penjaminan terhadap akad pembiayaan mudharabah meliputi UUD NRI Tahun 1945 Pasal 33 yang mengatur tentang sistem ekonomi nasional, UU No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah, UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, Peraturan Pemerintah Nomor 24 tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah dengan akad pembiayaan mudharabah sebagaimana penulis telah jelaskan dapat dilihat bahwa tidak terdapat satu aturanpun mengatur mengenai pengikatan jaminan

syariah dalam akad pembiayaan mudharabah. Ketentuan yang paling menonjol dan memiliki kelemahan sehingga mengakibatkan jaminan pihak mudharib dalam akad pembiayaan mudharabah langsung dipasang hak tanggungan adalah Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dimana Undang-Undang tersebut memiliki kelemahan yaitu tidak mengatur tentang konsep jaminan syariah pada akad pembiayaan mudharabah. Selanjutnya ketentuan yang memiliki kelemahan adalah Peraturan Kepala BPN hal tersebut dikarenakan peraturan BPN tidak mengatur batas waktu SKMHT yang dikhususkan dalam akad pembiayaan mudharabah.

Kelemahan-kelemahan yang telah dijelaskan oleh penulis kemudian diajukan suatu terobosan dengan berdasar pada teori istihsan dalam membenarkan tentang perlunya konsep pemasangan APHT pada akad pembiayaan di bank syariah yang baik dan benar-benar sesuai dengan prinsip syariah, dan perkembangan kehidupan dalam masyarakat pada saat sekarang. Teori istihsan sendiri adalah penetapan hukum dari seorang mujtahid terhadap suatu masalah yang menyimpang dari ketentuan hukum yang diterapkan pada masalah-masalah yang serupa, karena alasan yang lebih kuat yang menghendaki dilakukannya penyimpangan itu.

Teori ini berdasarkan penjelasan diatas, digunakan sebagai dasar untuk menyatakan bahwa pembuatan APHT pada perbankan syariah, yang masih mengacu kepada Undang-Undang hak tanggungan (bersifat konvensional), itu perlu mendapatkan koreksi untuk kemudian diadakan perubahan, perubahan

sebagaimana dimaksud dilakukan dengan cara memperhatikan perkembangan dalam masyarakat pada saat ini, yang menginginkan pelaksanaan pengikatan dalam pembiayaan pada perbankan syariah diterapkan secara kaffah dan istiqomah, agar tercapai penerapan prinsip syariah Islam secara kaffah dan istiqomah, maka perlu ada perubahan mengenai pengikatan jaminan dalam akad pembiayaan Mudharabah, pengikatan jaminan pada akad pembiayaan Mudharabah pada saat ini, masih dilakukan dengan memasang hak tanggungan, yang sebelumnya dilakukan dengan cara memberikan surat kuasa membebaskan hak tanggungan, agar penerapan prinsip syariah Islam dapat tercermin di dalam pengikatan jaminan dalam akad pembiayaan Mudharabah, maka pada penelitian disertasi ini, penulis akan memberikan suatu terobosan baru, di mana akad pembiayaan Mudharabah yang saat ini dipasang hak tanggungan, diubah menjadi cukup dipasang SKMHT. Hal-hal yang perlu dilakukan penyesuaian adalah substansi yang mengatur tentang estimasi waktu dimana waktu berlakunya SKMHT perlu diperpanjang sampai dengan terdapat putusan pengadilan yang menetapkan bahwa pihak mudharib telah ingkar janji. Adapun koreksi tentang diperpanjangnya masa berlaku SKMHT menurut penulis dapat dilakukan pada Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 pada pasal 2 yang ditambahkan huruf d yang mengatur tentang Untuk pembiayaan/pinjaman dalam akad mudharabah maka, jangka waktu akan ditentukan berdasarkan pada saat pihak nasabah melakukan cidera janji.

Format SKMHT sendiri pada prinsipnya perlu dilakukan penyesuaian antara SKMHT yang biasa digunakan di Bank Umum dengan SKMHT yang diterapkan pada Bank Syariah hal ini mencakup penyesuaian yang berkaitan dengan redaksi kalimat yang menyebutkan utang piutang diubah menjadi konsep pembiayaan atau konsep kerja sama.

Atas dasar hal tersebut maka dapat disimpulkan:

1. Penyebab atau faktor-faktor akad pembiayaan Mudharabah langsung dilakukan pemasangan hak tanggungan antara lain (1) Faktor Yuridis, Tidak diaturnya jaminan secara jelas dalam UU Perbankan Syariah menimbulkan kekosongan hukum. Hal ini perlu mendapatkan perhatian khusus, karena bank syariah tidak menjalankan prinsip-prinsip syariah secara Kaffah dan Istiqamah. (2) Faktor Kepercayaan (*Trust*), Pihak Bank atau Shahibul Mal pada dasarnya mengharapkan keuntungan dari akad pembiayaan mudharabah itu sendiri. Namun, tidak dipungkiri bahwa kemungkinan kerugian dalam pengelolaan usaha yang dilakukan oleh pihak mudharib sendiri dapat terjadi.. (3) Pemantauan Penggunaan Dana Sulit, Praktik pembiayaan *mudharabah* saat ini pihak *shahibul mal* sangat sulit untuk memantau penggunaan dana yang dikeluarkan, sehingga alternatif yang dapat dilakukan oleh bank adalah meminta jaminan yang kemudian dipasang hak tanggungan.
2. Akad pembiayaan Mudharabah apabila ditinjau dari hukum positif di Indonesia, dalam pelaksanaannya berkaitan dan diatur di dalam beberapa ketentuan perundang-undangan seperti di dalam UUD NRI Tahun 1945

Pasal 33 yang mengatur tentang sistem ekonomi nasional, UU Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang perbankan Syariah, Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2021 tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun dan Pendaftaran Tanah, Fatwa DSN-MUI No.07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah, Fatwa DSN-MUI No. 105/DSN-MUI/X/2016 tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah*. Namun, dari sekian ketentuan peraturan perundang-undangan sebagaimana disebutkan tidak secara eksplisit mengatur tentang pengikatan jaminan pihak mudharib dalam akad pembiayaan mudharabah. Dalam praktek, jaminan pihak *mudharib* dalam akad *mudharabah* dipasang Hak Tanggungan. Fakta demikian sangat kontradiktif dengan prinsip-prinsip syariah Islam mengingat konsep pemasangan hak tanggungan ditunjukkan bagi akad utang piutang bukan dalam akad pembiayaan mudharabah.

3. Konstruksi Hukum jaminan syariah dalam akad pembiayaan mudharabah kedepan adalah dengan memasukan SKMHT kedalam substansi hukum maupun struktur hukum yang diatur dalam Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 tahun 2017 tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan Untuk Menjamin Pelunasan Kredit Tertentu. Secara struktur hukum bahwa Dewan Pengawas Syariah melarang untuk memasang hak tanggungan dalam akad pembiayaan akad Mudharabah. Secara budaya hukum kebiasaan bahwa komunitas

perbankan menggunakan aturan kredit di bank konvensional. Kedepan agar dilaksanakan amanat Undang-Undang Perbankan Syariah melaksanakan Syariah secara konsisten dan komprehensif dalam transaksi akad Mudharabah, terutama dalam pengikatan jaminan syariah akad Mudharabah.

Perubahan ketentuan yang ada didalam Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 pada pasal 2, guna menunjang kelancaran dan efektifnya novelty yang diajukan peneliti, maka rekomendasi peneliti juga akan diberikan kepada pihak-pihak yang terkait dengan pelaksanaan partisipasi masyarakat yaitu antara lain:

1. Pemerintah Republik Indonesia khususnya untuk Kementrian Agraria Dan Tata Ruang agar segera melakukan revisi atas, Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 terutama untuk memperpanjang masa berlaku dari SKMHT menjadi waktu yang tidak ditentukan untuk akad pembiayaan mudharabah.
2. Pihak Bank agar lebih menerapkan prinsip-prinsip syariah dalam melakukan akad pembiayaan Mudharabah, dengan sebisa mungkin tidak meminta jaminan kepada pihak Mudharib. Jika memang dirasa perlu meminta jaminan kepada pihak Mudharib maka perlu ada pembuktian terlebih dahulu bahwa pihak Mudharib telah melakukan cidera janji.

SUMMARY

Mudharabah contract is a service provided by Islamic banking whose essence is a form of financing or cooperation between the bank and the mudharib (the borrower). Because the Mudharabah contract is a form of financing based on cooperation and not a form of debt, the contract does not require a guarantee. This is based on the second dictum regarding the special provisions in the MUI Fatwa No. 105/DSN-MUI/X/2016 concerning Guaranteed Return on Capital Financing for Mudharabah, Musyarakah and Wakalah bil Istismar which states that the Capital Owner may not ask the Manager to guarantee a return on capital.

MUI Fatwa No. 105/DSN-MUI/X/2016 concerning Guaranteed Refund of Mudharabah, Musyarakah and Wakalah bil Istismar financing allows the bank, to withdraw collateral for the financing capital provided. However, there needs to be sincerity or approval from the Mudharib, as evidenced by the form of a statement letter of no objection to guaranteeing a return on capital. In addition, the mudharib needs to make a statement of no objection from the mudharib for the guarantee that the APHT is installed when the mudharib defaults if the guarantee for the return of capital is in the form of land and buildings.

APHT (Deed of Granting Mortgage) itself is based on Article 1 point 5 of Law Number 4 of 1996 concerning Mortgage on Land and Objects Related to Land. Mortgage is defined as a Land Deed Official Deed which contains the granting of Mortgage Rights to certain creditors as collateral for

the settlement of their receivables. The APHT is specifically regulated in the Regulation of the Head of the National Land Agency of the Republic of Indonesia Number 8 of 2012 concerning Amendments to the Regulation of the Minister of Agrarian Affairs/Head of the National Land Agency Number 3 of 1997 concerning the Provisions for the Implementation of Government Regulation Number 24 of 1997 concerning Land Registration).

Based on the concept of APHT above, if it is related to the agreement in the Mudharabah contract where the Mudharabah contract itself is a form of cooperation, then the installation of APHT on the guarantee submitted by the Mudharib can only be implemented/can be done when the Mudharib party is in breach of contract or in default. . This is because in Mudharabah financing the concept of accounts payable arises when the Mudharib party has committed a breach of contract, before that the concept used was cooperation, not accounts payable so that it was not permissible for the Mudharib guarantee to be attached to a mortgage at the beginning of the Mudharabah financing contract.

Such a statement is also in line with what has been stipulated in the Regulation of the Minister of Agrarian Affairs/Head of the National Land Agency Number 3 of 1996 concerning the Form of Power of Attorney for Imposing Mortgage Rights, Deed of Granting Mortgage Rights (APHT), Land Book of Mortgage Rights, and Mortgage Certificates, in which based on these provisions, both SKMHT and APHT require data on the amount of debt that needs to be included in it. Considering that this Mudharabah financing is not a

debt, then the installation of APHT which needs to include debt is something that is impossible, because the nominal is not a debt but a capital investment for the business.

At this time, many notaries and PPATs install APHT for the guarantees submitted by Mudharib in the Mudharabah financing agreement at the beginning, such as the deed of granting mortgage rights No. depends on the Mudharabah financing contract issued by the PPAT which is the same as the deed Number-27

Based on the background of the problem, this research has a goal based on the formulation of the problem that has been determined, while the formulation of the problem as intended includes, among others: 1) Why is the Mudharabah financing contract which has a cooperative nature directly attached to mortgages? 2) What is the legal construction that regulates the implementation mechanism for making sharia guarantee binding deeds (land and or buildings) in Mudharabah financing contracts in Indonesia? 3) What should the concept of sharia guarantee law be in a mudharabah financing contract?

This research method uses empirical juridical using various approaches such as case approach, legislation approach, comparative approach, and empirical approach. This study also has a series of theories which include Maslahah theory, Istihsan theory, and Rechtsvinding theory which are used to analyze the focus of the study in this research.

The results of the study show that the Mudharabah financing contract carried out at Bank BTN Syariah Solo Branch has occurred since its establishment, where the Mudharabah financing that has currently been realized is 51 loans with a total nominal of Rp. 100,580,000,000,-. The implementation of the Mudharabah contract as stated in its implementation is equipped with APHT when the sharia guarantee is in the form of land and or buildings, the purpose and purpose of APHT in mudharabah is none other than so that when the Mudharib defaults on the collateral submitted, execution can be carried out.

In line with what happened at Bank Muamalat Indonesia where the Mudharabah financing contract was installed with mortgage rights, it was intended to anticipate if there was a business failure managed by Mudharib (customer) due to mismanagement or customer default, then the agreed business capital would be used as debt and for return/ repayment of the debt will be taken from the sale of the object of mortgage.

At the BTN (State Savings Bank) Syariah Solo Branch itself in the implementation of Mudharabah financing there are two main problems that often occur. First, the difficulty of monitoring or supervising the use of funds channeled from BTN Syariah to BAITUL MAAL WAT TAMWIL (BMT) or the Sharia Microfinance Services Cooperative (KJKS). Second, it is difficult to monitor the use of funds distributed from BMT/KJKS to customers. The BTN Syariah Solo Branch in determining a Mudharib has defaulted or not, is proven by when the Mudharib has not paid the repayment installments as it

should. The Bank begins by giving the first, second, and third warning letters (plus a statement) different at Bank Muamalat, Bank Muamalat measures that Mudharib is in default when the Mudharib does not fulfill its obligations as stated in an agreed contract. Thus, in the event that customers act in carrying out their obligations or violate restrictions and or take agreed actions as breach of contract, the bank has the right to declare the customer (mudharib) to be in default.

In general, the factors that have an influence on the installation of mortgage rights in the Mudharabah financing contract can be identified as follows:

1. Juridical Factor, This relates to the absence of legal provisions either at the level of the Act or other implementing regulations that specifically regulate the binding of collateral in mudharabah financing contracts so that in practice the bank and other related parties always place mortgage rights against guarantees provided by the mudharib to shohibul mal in the mudharabah financing contract.
2. The installation of Mortgage on Mudharib's guarantee is intended to guarantee the return of capital, so that when the Mudharib commits a breach of contract, execution of the collateral provided can be carried out, because the Mortgage has the same executorial power as a court decision.
3. The current practice of mudharabah financing is that it is very difficult for shahibul mal to monitor the use of the funds issued, so the alternative that

can be done by banks is to ask for collateral which is then installed with mortgages.

The Indonesian state, whose legal system does not adhere to a pure sharia legal system, needs to adjust the provisions related to the implementation of mudharabah financing that includes guarantees. For this reason, the author describes the existence of the mudharabah financing contract from the perspective of national law.

The business activities of Islamic Commercial Banks in Indonesia are described in Law Number 21 of 2008 concerning Islamic Banking. Article 19 explains that activities that include mudharabah contracts include collecting funds in the form of investments in the form of deposits, savings, or other equivalent forms based on mudharabah contracts or other non-conflicting contracts, distributing profit-sharing financing based on mudharabah contracts, musyarakah contracts or other non-conflicting contracts. contrary to sharia principles. Then, buy, sell, or guarantee at your own risk third party securities issued on the basis of real transactions based on sharia principles, among others, such as *Ijarah*, *Musyarakah*, *Mudharabah*, *Murabahah*, *Kafalah*, or *Hawalah* contracts..

Although Article 19 explicitly mentions the Mudharabah contract, the Act does not specifically regulate how the implementation of the Mudharabah financing contract, one of which relates to the implementation of the withdrawal of guarantees in the mudharabah financing contract, so there needs to be an implementing regulation that specifically regulates how the

guarantee is implemented. in the mudharabah financing contract, especially with regard to the guarantees submitted by the mudharib to the shohibul mal.

One form of guarantee in Islamic banking is a guarantee on land. In practice, collateral for land in Islamic banking in order to guarantee legal certainty for guarantees provided by customers who receive facilities to banks, Islamic banks do the same thing as conventional banking, namely encumbering Mortgage Rights on collateral for the land through authorized officials, namely in terms of This is the Land Deed Making Officer (hereinafter referred to as PPAT).

This, according to the author, creates legal problems with existing regulations regarding Mortgage itself if it is associated with the concept of sharia financing and problems with PPAT, as we know that Mortgage Rights before registration at the land office must first be made a Deed of Granting Mortgage (hereinafter called APHT) by PPAT in accordance with applicable regulations. It is also possible that the PPAT may issue a Power of Attorney to impose Mortgage Rights (hereinafter referred to as SKMHT) in the event that the Mortgage Provider is unable to appear before the PPAT as stated in Article 15 Paragraph (1) of Law Number 4 of 1996 concerning Mortgage Rights on Land and Objects. – Objects Related to Land (hereinafter referred to as the Mortgage Law) and/or in the case that the land which is the object of the Mortgage Rights has not been certified.

As contained in Article 10 paragraph (2) of the Mortgage Law, the deed of both APHT and SKMHT must be made by PPAT based on the applicable

laws and regulations. So that the making of APHT and SKMHT deeds must be based on the Regulation of the Head of the National Land Agency Number 8 of 2012 concerning the Implementation of Government Regulation Number 24 of 1997 concerning Land Registration (hereinafter referred to as Perkaban Number 8 of 2012). The regulation is a guide for PPAT to make deeds (including SKMHT and APHT) in which the form of SKMHT and APHT is also attached which must be used as the basis or instructions for PPAT in making a deed related to the imposition of Mortgage Rights.

Meanwhile, the standard mudharabah agreement in terms of collateral is OJK rules, namely: Islamic banks are allowed to ask for guarantees in Mudharabah financing, so that customers are serious about making payments in an orderly manner. Sharia Banks are allowed to ask the Customer to make a statement regarding the obligation to return capital by the Customer to the Sharia Bank referring to the DSN-MUI Fatwa No. 105 of 2016 concerning Guaranteed Return on Mudharabah, Musyarakah and Wakalah bil Istitsmar Financing.

Based on the concept of APHT, if it is related to the agreement in the mudharabah contract where the mudharabah contract itself is a form of cooperation, then the installation of APHT on the guarantee submitted by the mudharib can only be carried out/can be done when the Mudarib party is in breach of contract or in default. This is because in mudharabah financing the concept of debt and receivables arises when the mudharib party has made a breach of contract, before that the concept used was cooperation, not debt

receivables so that it was not permissible for the mudharib guarantee to be attached to mortgages at the beginning of the mudharabah financing contract..

The practice of installing mortgage rights in mudharabah financing contracts becomes a dilemma when it comes to sharia principles, although basically the mudharib has given approval for the installation of APHT for the collateral submitted, but considering the concept of the mudharabah financing contract is a cooperation contract, the collateral provided should be installed Mortgage rights after the mudharib have actually been proven to have broken a promise, this is also regulated in the MUI Fatwa No. 105/DSNMUI/X/2016 which states that the mudharib has committed ta'addi, tafrith or mukhalafat al-syuruth. so that the occurrence of debts and guarantees for the mudharib can be charged with mortgage rights when evidence has been carried out on whether the mudharib has really done ta'addi, tafrith or mukhalafat al-syuruth. On the basis of this, it is necessary to create a sharia guarantee mechanism in Indonesia that can truly apply Islamic sharia principles kaffah and istiqomah in Islamic banking practices in Indonesia.

Based on the regulations relating to the mudharabah financing contract, as the author has explained, it can be seen that there is no single rule governing the binding of sharia guarantees in the mudharabah financing contract. The most prominent provision and has weaknesses that result in the guarantee of the mudharib party in the mudharabah financing contract being directly attached to the mortgage is Law Number 21 of 2008 concerning

Sharia Banking where the Act has a weakness that is it does not regulate the concept of sharia guarantee in the mudharabah financing contract. Furthermore, the provisions that have a weakness are the Regulations of the Head of BPN, this is because the BPN regulations do not regulate the SKMHT time limit which is specified in the mudharabah financing contract.

For these weaknesses, the author proposes a breakthrough based on istihsan theory in justifying the need for the concept of installing APHT in financing contracts in Islamic banks that are good and truly in accordance with sharia principles, and the development of life in society at this time. The istihsan theory itself is the legal determination of a mujtahid on a problem that deviates from the legal provisions applied to similar problems, for a stronger reason that requires the deviation.

This theory, based on the explanation above, is used as a basis to state that the making of APHT in Islamic banking, which still refers to the Mortgage Law (conventional in nature), needs to be corrected for later changes. society at this time, who wants the implementation of binding in Islamic banking financing to be applied kaffah and istiqomah.

In order to achieve the implementation of Islamic sharia principles in a kaffah and istiqomah manner, it is necessary to make changes regarding the binding of collateral in the Mudharabah financing contract, the binding of guarantees to the Mudharabah financing contract at this time is still carried out by installing mortgage rights, which was previously done by providing a power of attorney to impose rights. dependents, so that the application of

Islamic sharia principles can be reflected in the binding of collateral in the Mudharabah financing contract, then in this dissertation research, the author will provide a new breakthrough, in which the Mudharabah financing contract which is currently installed with mortgage rights, is changed to simply install SKMHT. Things that need to be adjusted are the substance that regulates the estimated time in which the validity period of the SKMHT needs to be extended until there is a court decision that stipulates that the mudharib has broken its promise. According to the author, corrections regarding the extension of the validity period of the SKMHT can be made in the Regulation of the Minister of Agrarian Affairs and Spatial Planning/Head of the National Land Agency of the Republic of Indonesia Number 22 of 2017 in article 2 which is added to the letter d which regulates for financing/loans in a easy-to-rabah contract. will be determined based on when the customer defaults.

For the SKMHT format itself, in principle, it is necessary to make adjustments between the SKMHT commonly used in Commercial Banks and the SKMHT applied to Islamic Banks, this includes adjustments relating to the editorial of the sentence which states that debts and receivables are converted into the concept of financing or the concept of cooperation.

On the basis of this, it can be concluded:

1. In principle, a mudharabah contract is a service provided by Islamic banking whose essence is a form of financing or cooperation between the bank and the mudharib (who borrows), because this mudharabah contract is a financing not debt, so in its implementation it is , basically does not

require the existence of a guarantee, this is based on the second dictum regarding special provisions in the MUI Fatwa No. 105/DSN-MUI/X/2016 concerning Guaranteed Return on Capital Financing for Mudharabah, Musyarakah and Wakalah bil Istismar which states that Capital Owners do not may ask the Manager to guarantee a return on capital. However, in order to avoid moral hazard in the form of irregularities by the fund manager, the fund owner can ask for a guarantee from the fund manager or a third party. This guarantee can only be disbursed if the fund manager is proven to have violated the things that have been mutually agreed upon in the contract. Then, in practice at this time many notaries and PPAT install APHT for the guarantees submitted by the Mudharib in the Mudharabah financing contract at the beginning. In the discussion of guarantees on Mudharabah products, the standard used refers to the DSN-MUI fatwa Number: 07/DSN-MUI/IV/2000 to ensure and minimize risks that will occur in the future, the owner of the capital can request an agreed guarantee. from the recipient of capital or a third party to guarantee the business and personal of the recipient of capital. This guarantee may not be disbursed unless the Mudharib as the capital manager is proven legally in accordance with applicable law to have violated the things that have been mutually agreed upon in the contract.

2. Mudharbah financing contract when viewed from positive law in Indonesia, in its implementation it is related and regulated in several statutory provisions such as in the 1945 Constitution of the Republic of

Indonesia Article 33 which regulates the national economic system, then Law Number 4 of 1996 concerning Mortgage Rights , Law Number 21 of 2008 concerning Sharia banking, Government Regulation Number 24 of 1997 concerning land registration, Fatwa of DSN-MUI No.07/DSN-MUI/IV/2000 concerning Mudharabah Financing, Fatwa of DSN-MUI No. 105/DSNMUI/X/2016 concerning Guaranteed Return on Mudharabah Financing. However, the provisions of the legislation as mentioned do not explicitly regulate the binding of the mudharib party guarantee in the mudharabah financing contract. In practice, the guarantee of the mudharib in the mudharabah contract is attached to a mortgage. This fact is very contradictory to the principles of Islamic sharia considering that the concept of installing mortgage rights is shown for debt and credit contracts, not in mudharabah financing contracts.

3. Making APHT in sharia banking, which still refers to the Mortgage Law (conventional), it needs to get corrections for later changes to achieve the implementation of Islamic sharia principles in a kaffah and istiqamah manner, Binding sharia guarantees in mudharabah financing contracts in this research should suffice with SKMHT alone. The installation of Mortgage Rights in the mudharabah financing contract can only be carried out when the mudharib party has been deemed to have committed negligence so that when the mudharib party has made negligence the SKMHT that has been made can be submitted to be made into APHT.

In addition to changes to the provisions contained in the Regulation of the Minister of Agrarian Affairs and Spatial Planning/Head of the National Land Agency of the Republic of Indonesia Number 22 of 2017 in article 2, in order to support the smoothness and effectiveness of the novelty proposed by the researcher, the researcher's suggestions will also be given to parties related to implementation of community participation, namely, among others:

1. Suggestions to the government of the Republic of Indonesia in particular for the Ministry of Agrarian and Spatial Planning to immediately revise the Regulation of the Minister of Agrarian Affairs and Spatial Planning/Head of the National Land Agency of the Republic of Indonesia Number 22 of 2017 especially to extend the validity period of the SKMHT to an unspecified time for mudharabah financing contract.
2. Suggestions to the Bank to apply sharia principles more in conducting Mudharabah financing contracts, by not asking for guarantees from the Mudharabah as much as possible. If it is deemed necessary to ask for guarantees from the Mudharib, then there is a need to prove beforehand that the Mudarib has committed a breach of contract.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PENGESAHAN.....	ii
SURAT PENYATAAN KEASLIAN ILMIAH.....	iii
KATA PENGANTAR	iv
ABSTRAK	viii
ABSTRACT.....	ix
RINGKASAN	x
SUMMARY	xxvi
DAFTAR ISI.....	xl
DAFTAR GAMBAR	xliv
SINGKATAN	xlvi
BAB I PENDAHULUAN.....	1
1.1 Latar Belakang	1
1.2 Fokus Studi dan Permasalahan.....	13
1.3 Tujuan Penelitian.....	13
1.4 Kegunaan Penelitian.....	14
1.5 Kerangka Pemikiran.....	15
1.6 Kerangka Teoritis.....	21
1.7 Metode Penelitian.....	38
1.8 Orisinalitas Penelitian	48
BAB II TINJAUAN PUSTAKA.....	52
2.1 Perbankan Konvensional.....	52

2.2 Perbankan Syariah.....	54
2.3 Akad Pembiayaan <i>Mudharabah</i>	57
2.3.1 Definisi Akad	57
2.3.2 Prinsip Bagi Hasil dalam <i>Mudharabah</i>	82
2.3.3 Konsep serta Mekanisme Pembiayaan <i>Mudharabah</i> pada Perbankan Syariah.....	91
2.4 Jaminan/Agunan.....	96
2.4.1 Definisi Jaminan/Agunan.....	96
2.4.2 Manfaat Jaminan Dalam Mitgasi Risiko.....	102
2.4.3 Jaminan dalam Perbankan Syariah	110
2.4.4 Penerapan Jaminan dalam Akad <i>Mudharabah</i>	116
2.5 Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan dan Akta Pemberian Hak Tanggungan	136
2.5.1 Definisi Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan dan Akta Pemberian Hak Tanggungan	136
2.5.2 Kuasa dan Manfaat.....	154
2.5.3 SKMHT dan APHT Dalam Akad <i>Mudharabah</i>	164
2.5.4 Implikasi APHT Dalam Akad <i>Mudharabah</i>	175
2.5.5 SK Kepala BPN Untuk Mikro	180

BAB III PEMASANGAN HAK TANGGUNGAN TERHADAP AKAD

PEMBIAYAAN MUDHARABAH	189
3.1 Pelaksanaan Pembiayaan <i>Mudharabah</i> Di BTN Syariah Solo	189
3.2 Pelaksanaan Pembiayaan <i>Mudharabah</i> dari Persepsi Publik.....	203

3.3 Pelaksanaan Pembiayaan <i>Mudharabah</i> Dari Persepsi Majelis Ulama Indonesia	210
3.4 Penyebab Akad Pembiayaan <i>Mudharabah</i> Langsung Dilakukan Pemasangan Hak Tanggungan	219

BAB IV KONSTRUKSI HUKUM YANG MENGATUR MENGENAI

MEKANISME PELAKSANAAN PEMBUATAN AKTA PENGIKATAN JAMINAN SYARIAH (TANAH DAN ATAU BANGUNAN) PADA AKAD PEMBIAYAAN MUDHARABAH DI INDONESIA.....	222
4.1 Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah	229
4.2 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah	234
4.3 Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2021 Tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun, dan Pendaftaran Tanah.....	248
4.4 Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 Tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungun Untuk Menjamin Pelunasan Kredit tertentu.....	254
4.5 Fatwa DSN-MUI No.07/DSN-MUI/IV/2000	256
4.6 Fatwa DSN-MUI No. 105/DSN-MUI/X/2016.....	260
4.7 Standar OJK tentang Produk <i>Mudharabah</i>	263

BAB V MEMBANGUN KONSTRUKSI HUKUM JAMINAN SYARIAH

DALAM AKAD PEMBIAYAAN MUDHARABAH.....	268
---------------------------------------	-----

5.1 Landasan Filosofis Pancasila Terkait dengan Hukum Jaminan Syariah dalam Akad Mudharabah	268
5.2 Urgensi Hukum Jaminan Sariah Dalam Akad Mudharabah	289
5.3 Membanngun Konstruksi Hukum Jaminan Syariah Dalam Akad Mudharabah.....	291
5.4 Studi Komparatif Jaminan Syariah dalam Akad Mudharabah di Malaysia dan Brunei Darussalam.....	311
BAB VI PENUTUP	321
6.1 Simpulan.....	321
6.2 Implikasi Studi	323
6.3 Rekomendasi	324
DAFTAR PUSTAKA	327
LAMPIRAN	338

DAFTAR TABEL

Tabel 1 Orisinalitas Penelitian.....	49
Tabel 2. Perbandingan Akad Piutang dan Akad <i>Mudharabah</i>	283
Tabel 3. Studi Komparasi Jaminan Syariah Akad <i>Mudharabah</i>	317
Tabel 4. Konstruksi Hukum Jaminan Syariah Dalam Akad <i>Mudharabah</i>	294

DAFTAR GAMBAR

Gambar 1. Kerangka Pikir	16
Gambar 2. Struktur Eksiting pada Penjaminan pada Akad Pembiayaan	
Mudharabah	297
Gambar 3. Struktur Ideal pada Penjaminan pada Akad Pembiayaan	
Mudharabah	299

SINGKATAN

APHT	: Akta Pemberian Hak Tanggungan
PPAT	: Pejabat Pembuat Akta Tanah
SKMHT	: Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan
UU	: Undang-Undang
UU NRI TAHUN 1945	: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasca Amandemen
UUD 1945	: Undang-Undang Dasar Tahun 1945 Sebelum Amandemen
UUHT	: Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang berkaitan dengan Tanah
UUPA	: Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Hak Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Bank merupakan suatu lembaga yang memiliki peran sangat besar dalam mendorong pertumbuhan ekonomi di dalam suatu negara, di mana semua sektor usaha baik sektor industri, perdagangan, pertanian, perkebunan, jasa, perumahan, dan lainnya sangat membutuhkan bank sebagai mitra di dalam mengembangkan segala usahanya. Berdasarkan tinjauan literatur kata “bank” dikenal dalam bahasa Prancis sebagai *banque* dan dalam bahasa Italia yaitu *Banco* yang memiliki arti meja. Istilah *banco* atau dalam bahasa Indonesia yaitu meja tersebut, memiliki sebuah makna bahwa dalam melakukan aktivitas pekerjaannya perbankan selalu dilakukan di atas meja. Al-Amri, Limyah, di dalam tulisannya menjelaskan bahwa konsep mengenai sistem perbankan modern pada dasarnya mulai berkembang pertama kali di Negara Italia pada masa abad pertengahan Perbankan moderen tersebut dikuasai oleh beberapa keluarga untuk membiayai perdagangan wol. Setelah itu sistem perbankan berjalan dan berkembang sangat pesat ketika sudah memasuki abad ke-18 dan 19, hingga sekarang.

Definisi/pengertian bank beragam. Keberagaman tersebut disebabkan oleh karena banyak para ahli yang mencoba memberikan definisi/pengertian tentang apa itu bank, seperti pendapat Verryn Stuart, sebagaimana dikutip Kasmir di dalam bukunya mendefinisikan bank sebagai suatu badan yang bertujuan untuk memuaskan kebutuhan kredit, baik dengan alat-alat

pembayarannya sendiri atau dengan uang yang diperolehnya dari orang lain, maupun dengan jalan mengedarkan alat-alat penukar baru berupa uang giral.¹

Pendapat kedua dikemukakan oleh A Abdurrachman, bahwa bank adalah suatu jenis lembaga keuangan yang melaksanakan berbagai macam jasa, seperti memberikan pinjaman, mengedarkan mata uang, pengawasan terhadap mata uang, bertindak sebagai tempat penyimpanan benda-benda berharga, membiayai usaha perusahaan-perusahaan, dan lain-lain.² Di dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, bank diartikan sebagai suatu usaha di bidang keuangan yang menarik dan mengeluarkan uang di masyarakat, terutama memberikan kredit dan jasa di lalu lintas pembayaran dan peredaran uang.³

Perihal istilah bank di Indonesia secara normatif dapat dilihat penjelasannya di dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan, di mana Pasal 1 angka 2 Bank didefinisikan sebagai badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan atau bentuk-bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan saat ini masih tetap menjadi dasar hukum yang berlaku dalam menjalankan

¹ Kasmir, 2015, *Bank dan Lembaga Keuangan Lainnya*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal. 25.

² Fransisca Claudya Mewoh, 2019, Analisis Kredit Macet, *Jurnal Administrasi Bisnis*, Vol 5 Nomor 1, 2019, hal. 2.

³ Kamus Besar Bahasa Indonesia Online, "Definisi Bank", tersedia pada laman <https://kbbi.web.id/bank> diakses pada 07/04/2021, Pukul 15.15 WIB

aktivitas perbankan konvensional di Indonesia. Peraturan ini juga pada dasarnya memiliki sebuah nilai filosofis yaitu bahwa perbankan merupakan suatu usaha yang dalam rangka mewujudkan pembangunan nasional yang berkesinambungan demi mewujudkan masyarakat Indonesia yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945, serta dalam rangka menghadapi perkembangan perekonomian nasional yang senantiasa bergerak cepat, kompetitif, dan terintegrasi dengan tantangan yang semakin kompleks serta sistem keuangan yang semakin maju, maka diperlukan adanya penyesuaian kebijakan di bidang ekonomi, termasuk Perbankan.

Pada Undang – Undang tentang Perbankan Pasal 1 Angka 2 dan 3 dijelaskan tentang Perbankan, di dalam Undang-Undang Perbankan pada dasarnya dibagi menjadi dua yaitu bank umum dan bank perkreditan rakyat. kedua bank tersebut memiliki perbedaan. Perbedaan tersebut adalah ketika Bank Umum dalam melaksanakan kegiatan usahanya dilakukan secara konvensional dan atau berdasarkan pada Prinsip Syariah yang memberikan suatu jasa dalam lalulintas pembayaran, sedangkan Bank Perkreditan Rakyat adalah bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional atau berdasarkan Prinsip Syariah yang dalam kegiatannya tidak memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran.

Berdasarkan penjelasan di atas dapat digaris bawahi bahwa pada prinsipnya perbankan dalam aktifitas pelayanan yang diberikan di Indonesia dilaksanakan dengan dua cara, yaitu dengan cara konvensional dan dengan cara yang berdasarkan pada prinsip syariah. Perbankan yang dalam

aktifitasnya didasarkan pada prinsip-prinsip syariah yang selanjutnya disebut bank syariah, memiliki perbedaan dengan perbankan konvensional, perbedaan tersebut adalah di mana Bank Syariah dalam aktifitas perbankannya beroperasi dengan tidak berorientasi pada bunga seperti bank konvensional. Bank syariah juga dapat diartikan sebagai lembaga keuangan/perbankan yang operasional dan produknya dikembangkan berlandaskan Al-Qur'an dan Hadits Nabi SAW.⁴

Di Indonesia sendiri praktik perbankan sudah dilaksanakan secara konvensional dan syariah. Fakta dilapangan terdapat beberapa bank yang dalam menjalankan aktivitasnya murni atau secara konsisten memberikan jasa-jasa yang sesuai syariah islam, sedangkan terdapat pula perbankan yang pada dasarnya dijalankan secara konvensional, namun memiliki unit dengan konsep syariah dalam penyelenggaran aktivitas perbankan seperti contoh Bank Muamalat dan Bank Syariah Indonesia yang menjalankan aktivitas murni menawarkan produk dan jasa-jasa yang sesuai dengan prinsip syariah islam, sedangkan untuk contoh perbankan yang menjalankan prinsip syariah dan juga konvensional dapat dilihat seperti Bank Mandiri, Bank BTN, dan lain sebagainya.

Berbeda dengan praktik perbankan di Malaysia dan Brunei Darussalam. Pembiayaan Mudharabah di kedua negara tersebut tidak menggunakan akad-akad hutang-piutang, hal ini dilakukan guna menyalurkan pembiayaan yang merupakan ciri utama bank syariah atau dengan kata lain

⁴ Setia Budhi Wilardjo, 2004, Pengertian, Peranan, dan perkembangan Bank Syariah di Indonesia, *VALUE ADDED*, Vol. 2, No. 1, hal. 1-10.

bahwa di kedua negara tersebut apabila melakukan pembiayaan Mudharabah tidak dilekati jaminan apapun dan sesuai dari tujuan akad Mudharabah.

Bank syariah saat ini sudah memiliki dasar hukum tersendiri yang diatur di dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Pada Pasal 1 menjelaskan definisi dari Perbankan Syariah yaitu segala sesuatu yang menyangkut tentang Bank Syariah dan Unit Syariah, mencakup kelembagaanm kegiatan usaha, serta cara dan proses dalam melaksanakan kegiatan usahanya. Dengan lahirnya Undang-Undang ini, maka kedudukan bank syariah telah memiliki legitimasi yang sangat kuat di dalam konstruksi hukum positif di Indonesia. Selanjutnya lahirnya konsep tentang bank syariah diharapkan dapat memberikan sumbangan terhadap pertumbuhan ekonomi masyarakat melalui pembiayaan-pembiayaan yang dikeluarkan. Melalui pembiayaan ini bank syariah dapat menjadi mitra dengan nasabah, sehingga hubungan bank dengan nasabah tidak dapat lagi sebagai kreditur dan debitur tetapi menjadi menjadi hubungan kemitraan. Bank syariah dalam eksistensinya secara kongkrit memiliki peranan di dalam beberapa aspek yang meliputi antara lain:⁵

1. Menjadi perekat nasionalisme baru, artinya bank syari'ah dapat menjadi fasilitator aktif bagi terbentuknya jaringan usaha ekonomi kerakyatan. Di samping itu, bank syari'ah perlu mencontoh keberhasilan Sarekat Dagang Islam, kemudian ditarik

⁵ *Ibid*, hal. 6-7.

keberhasilannya untuk masa kini (nasionalis, demokratis, religius, ekonomis).

2. Memberdayakan ekonomi umat dan beroperasi secara transparan. Artinya, pengelolaan bank syari'ah harus didasarkan pada visi ekonomi kerakyatan, dan upaya ini terwujud jika ada mekanisme operasi yang transparan.
3. Memberikan return yang lebih baik. Artinya investasi di bank syari'ah tidak memberikan janji yang pasti mengenai return (keuntungan) yang diberikan kepada investor. Oleh karena itu, bank syari'ah harus mampu memberikan return yang lebih baik dibandingkan dengan bank konvensional. Di samping itu, nasabah pembiayaan akan memberikan bagi hasil sesuai dengan keuntungan yang diperolehnya. Oleh karena itu, pengusaha harus bersedia memberikan keuntungan yang tinggi kepada bank syari'ah.
4. Mendorong penurunan spekulasi di pasar keuangan. Artinya, bank syari'ah mendorong terjadinya transaksi produktif dari dana masyarakat. Dengan demikian spekulasi dapat ditekan.
5. Mendorong pemerataan pendapatan. Artinya, bank syari'ah bukan hanya mengumpulkan dana pihak ketiga, namun dapat mengumpulkan dana Zakat, Infaq dan Shadaqah (ZIS). Dana ZIS dapat disalurkan melalui pembiayaan Qardul Hasan, sehingga

dapat mendorong pertumbuhan ekonomi. Pada akhirnya terjadi pemerataan ekonomi.

6. Peningkatan efisiensi mobilisasi dana. Artinya, adanya produk *al-Mudharabah al-muthlaqah*, berarti terjadi kebebasan bank atau dibatasi untuk melakukan investasi atas dana yang diserahkan oleh investor, maka bank syari'ah sebagai *financial arranger*, bank memperoleh komisi atau bagi hasil, bukan karena *spread* bunga.

Bank syariah saat ini dalam menjalankan operasionalnya menawarkan berbagai produk-produk yang meliputi; pertama, transaksi jual beli berdasarkan prinsip *murabahah*, *istisha'*, *ijarah*, *ba'i salam* dan jual beli lainnya. Kedua, pembiayaan bagi hasil berdasarkan prinsip *Mudharabah*, *musyarakah* dan bagi hasil lainnya. Ketiga, pembiayaan lainnya berdasarkan prinsip *hiwalah*, *rahn*, *qard*, membeli, menjual atau menjamin atas risiko sendiri surat-surat berharga pihak ketiga yang diterbitkan atas dasar transaksi nyata (*underlying transaction*) berdasarkan prinsip jual beli atau *hiwalah*. Keempat, membeli surat-surat berharga pemerintah dan atau bank Indonesia yang diterbitkan berdasarkan prinsip syariah.⁶

Berdasarkan bentuk-bentuk produk pelayanan pada bank syariah sebagaimana disebutkan, maka penelitian ini akan fokus pada jaminan yang terdapat pada akad pembiayaan *Mudharabah*. Pembiayaan *Mudharabah* sendiri adalah suatu perjanjian antara penanam dana dan pengelola dana untuk melakukan kegiatan usaha tertentu, dengan pembagian keuntungan antara

⁶Warkum Sumitro, 1996, *Asas-asas Perbankan Islam dan Lembaga Terkait*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal. 5.

kedua belah pihak berdasarkan *nisbah* yang telah disepakati sebelumnya di dalam suatu akad yang selanjutnya disebut akad *Mudharabah*⁷.

Mudharabah berasal dari kata *dharb* yang berarti memukul atau berjalan. Sedang yang dimaksud dengan memukul atau berjalan, yaitu seseorang yang sedang berjalan di muka bumi dalam mencari karunia Allah SWT. Secara praktis akad *Mudharabah* yaitu akad kerja sama dua orang atau lebih, di mana salah satu pihak menyediakan modal secara penuh dan pihak lain menjalankan usaha. Pemilik modal disebut dengan *Shahibul Maal*, sedangkan pengelola dana disebut dengan *Mudharib*. Antara *Shahibul Maal* dengan *Mudharib* keduanya terikat dengan kerja sama usaha yang pembagian keuntungannya disepakati bersama, sedangkan kerugiannya ditanggung oleh pemilik modal, jika kerugian itu disebabkan bukan karena kelalaian pengelola, akan tetapi jika kerugian disebabkan karena kelalaian pengelola, maka pengelola berkewajiban menanggung kerugian tersebut.⁸

Dilihat dari asal usul kata, *Mudharabah* menurut pendapat Ulama Nahwu Bashroh berasal dari kata *Dharb* atau *mashdarnya*, karena Ulama Nahwu Bashroh berpendapat bahwa *lafadz-lafadz* yang *Mutashorif* berasal dari *Mashdar*.⁹ Menurut Ulama nahwu *Kuffah* berasal dari kata *Dharaba* karena menurut Ulama nahwu *Kuffah* bahwa *lafadz-lafadz* yang *Mutashorif* berasal dari *fi'il madhi*¹⁰. Proses kejadian kata ini menurut ilmu *sharaf* bahwa

⁷ *Ibid.*, hal. 6.

⁸ Wangsa widjaja Z, 2012, *Pembiayaan Bank Syariah*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hal. 192

⁹ Mohammad Ridlwan Qoyyum Sa'id, 2004, *Rahasia Sukses Fuqoha*, Mitra Gayatri, Kediri, hal. 10-11.

¹⁰ *Ibid.*, hal. 11.

kata *Mudharabah* adalah *waqaf* dari *mudharabatan* di mana sebagai *masdar* dari *dhaaraba yudhaaribu mudharabatan*, sesuai Kaidah Tata Bahasa Arab bahwa lafadz yang fi'il madhinya berwazan *faa'ala maka mashdarnya fiao'lan* dan *mufaa'alatan*.¹¹

Kata *Mudharabah* ini mempunyai beberapa sinonim, yaitu *muqaradhah*, *qiradh*, atau *muamalah*. Masyarakat Irak menggunakannya dengan istilah *Mudharabah* atau kadang kala juga *muamalah*, masyarakat Islam Madinah atau wilayah hijaz lainnya menyebutnya dengan *muqaradhah* atau *qiradh*.¹²

Pada prinsipnya disimpulkan bahwa akad *Mudharabah* adalah suatu pelayanan yang diberikan oleh perbankan syariah yang esensinya merupakan suatu bentuk pembiayaan atau kerja sama antara pihak bank dan pihak *Mudharib* (yang mengelola). Karena akad *Mudharabah* merupakan bentuk pembiayaan berdasarkan kerja sama dan bukan merupakan bentuk hutang piutang, maka akad tersebut tidak memerlukan suatu jaminan. Hal demikian didasarkan pada diktum kedua tentang ketentuan khusus di dalam Fatwa MUI No 105/DSN-MUI/X/2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah*, Musyarakah dan Wakalah bil Istismar yang menyebutkan bahwa Pemilik Modal tidak boleh meminta Pengelola untuk menjamin pengembalian modal.

¹¹ Gholayani, 2003, *Jaami'u Al Dhurus Al 'Arobiyyah Juz I*, Al Maktabah Al'Ashriyah, Beirut, hal. 125.

¹²Al Kasani, 1996, *Bada'i al Shana'i fi tartibi al-sya'i juz VI*, Darul Fikr, Beirut, hal. 121.

Fatwa MUI No 105/DSN-MUI/X/2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah*, *Musyarakah* dan *Wakalah bil Istismar* mengizinkan pihak bank, untuk menarik jaminan terhadap modal pembiayaan yang diberikan. Namun hal demikian perlu ada keikhlasan atau persetujuan dari pihak *Mudharib* yang dibuktikan dengan bentuk surat pernyataan tidak keberatan memberikan jaminan pengembalian modal. Pihak *mudharib* perlu membuat surat keterangan tidak keberatan dari pihak *Mudharib* atas jaminannya tersebut dipasang APHT ketika pihak *Mudharib* melakukan wanprestasi jika jaminan pengembalian modal tersebut berupa tanah dan bangunan.

APHT sendiri berdasarkan Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah. Hak Tanggungan didefinisikan sebagai suatu Akta Pejabat Pembuat Akta Tanah yang berisi pemberian Hak Tanggungan kepada kreditur tertentu sebagai jaminan untuk pelunasan piutangnya. Adapun APHT diatur secara spesifik di dalam Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 3 Tahun 1997 Tentang ketentuan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah).

Penulis menyampikan dalam penulisan disertasi ini seiring dengan perkembangan regulasi, terhadap Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah telah diubah terakhir dengan Peraturan

Pemerintah Nomor 18 Tahun 2021 tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun Dan Pendaftaran Tanah. Berdasarkan Pasal 102 Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2021 tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun Dan Pendaftaran Tanah pada intinya mejelaskan bahwa Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah masih tetap berlaku, hal ini penulis sampaikan karena salah satu dasar hukum yang dijadikan analisis yaitu Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 3 Tahun 1997 Tentang ketentuan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah.

Berdasarkan konsep tentang APHT tersebut di atas, apabila dikaitkan dengan perjanjian dalam akad *Mudharabah* di mana akad *Mudharabah* sendiri merupakan suatu bentuk kerjasama, maka pemasangan APHT terhadap jaminan yang diserahkan oleh pihak *Mudharib* hanya dapat dilaksanakan/dapat dilakukan pada saat pihak *Mudharib* itu cidera janji atau wanprestasi. Hal demikian dikarenakan dalam pembiayaan *Mudharabah* konsep hutang piutang muncul apabila pihak *Mudharib* telah melakukan cidera janji, sebelum itu maka konsep yang dipakai adalah kerjasama, bukan hutang piutang sehingga tidak boleh terhadap jaminan *Mudharib* kemudian dipasang hak tanggungan di awal akad pembiayaan *Mudharabah*.

Pernyataan demikian juga selaras dengan apa yang sudah ditentukan di dalam Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional

Nomor 3 Tahun 1996 tentang Bentuk Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan, Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT), Buku Tanah Hak Tanggungan, dan Sertifikat Hak Tanggungan, di mana berdasarkan ketentuan tersebut baik itu SKMHT maupun APHT memerlukan data jumlah hutang yang perlu dicantumkan di dalamnya. Mengingat dalam pembiayaan *Mudharabah* ini bukan merupakan hutang piutang, maka pemasangan APHT yang perlu mencantumkan hutang merupakan sesuatu hal yang mustahil, karena nominal tersebut bukan merupakan hutang tetapi penyertaan modal untuk usaha.

Pada saat ini banyak PPAT memasang APHT atas jaminan yang diserahkan oleh pihak *Mudharib* dalam akad pembiayaan *Mudharabah* di awal, seperti akta pemberian hak tanggungan Nomor 649/2018 yang ditandatangani oleh PPAT Herry Sosiawan pada tanggal 15 Oktober 2018, di mana akta tersebut memasang hak tanggungan atas Akad pembiayaan *Mudharabah* yang dikeluarkan oleh PPAT yang sama.

Hal ini diperkuat dengan temuan bahwa pada Bank BTN Cabang Syariah Solo dan Bank Muamalat Indonesia dalam pelaksanaan pembiayaan *Mudharabah*, *Mudharib* akan dimintakan jaminan terhadap tanah dan bangunan. Tujuan dari penggunaan jaminan tersebut tidak lain adalah untuk mengantisipasi jika adanya kegagalan usaha yang dikelola oleh *Mudharib* (nasabah) disebabkan salah kelola atau wanprestasi nasabah, maka modal usaha yang sudah disepakati akan dijadikan utang dan untuk

pengembalian/pelunasan utang tersebut akan diambil dari hasil penjualan objek hak tanggungan

Hal demikian/praktik demikian dapat dikatakan tidak mencerminkan penerapan syariah Islam secara *kaffah* dan *istiqamah*. Untuk itu penelitian ini akan membahas dan mengkaji tentang jaminan yang terdapat di awal akad pembiayaan *Mudharabah*, sehingga diharapkan penelitian ini dapat membangun sebuah model jaminan syariah, yang berdasarkan pada nilai-nilai Islam, adapun judul yang diajukan yaitu : **Membangun Konstruksi Hukum Jaminan Syariah Dalam Akad Pembiayaan Mudharabah.**

1.2 Fokus Studi dan Permasalahan

Fokus studi ini diarahkan pada kajian tentang pemasangan APHT pada akad *Mudharabah* yang dilakukan sebelum pihak *Mudharib* melakukan cidera janji dengan pertanyaan yang dirumuskan di dalam rumusan masalah adapun rumusan permasalahan yaitu adalah:

1. Mengapa dalam akad pembiayaan *Mudharabah* yang memiliki sifat kerjasama langsung dilakukan pemasangan hak tanggungan?
2. Bagaimana konstruksi hukum yang mengatur mengenai mekanisme pelaksanaan pembuatan akta pengikatan jaminan syariah (tanah dan atau bangunan) pada akad pembiayaan *Mudharabah* di Indonesia?
3. Bagaimana membangun konstruksi hukum jaminan syariah dalam akad pembiayaan mudharabah?

1.3 Tujuan Penelitian

Penelitian ini memiliki tujuan yang ingin dicapai. Tujuan tersebut didasarkan pada perumusan masalah dalam penelitian. Tujuan penelitian dalam disertasi ini secara spesifik yaitu:

- a. Untuk menganalisis dan menemukan dalam akad pembiayaan *Mudharabah* yang memiliki sifat kerjasama langsung dilakukan pemasangan hak tanggungan;
- b. Untuk menganalisis dan menemukan konstruksi hukum yang mengatur mekanisme pelaksanaan pembuatan akta pengikatan jaminan syariah (tanah dan atau bangunan) pada akad pembiayaan *Mudharabah* di Indonesia
- c. Untuk menganalisis, menemukan dan membangun konstruksi hukum jaminan syariah dalam akad pembiayaan *Mudharabah* di Indonesia

1.4 Kegunaan Penelitian

Penelitian disertasi ini diharapkan dapat memberikan kontribusi antara lain:

- a. Kontribusi dari sisi teoritis

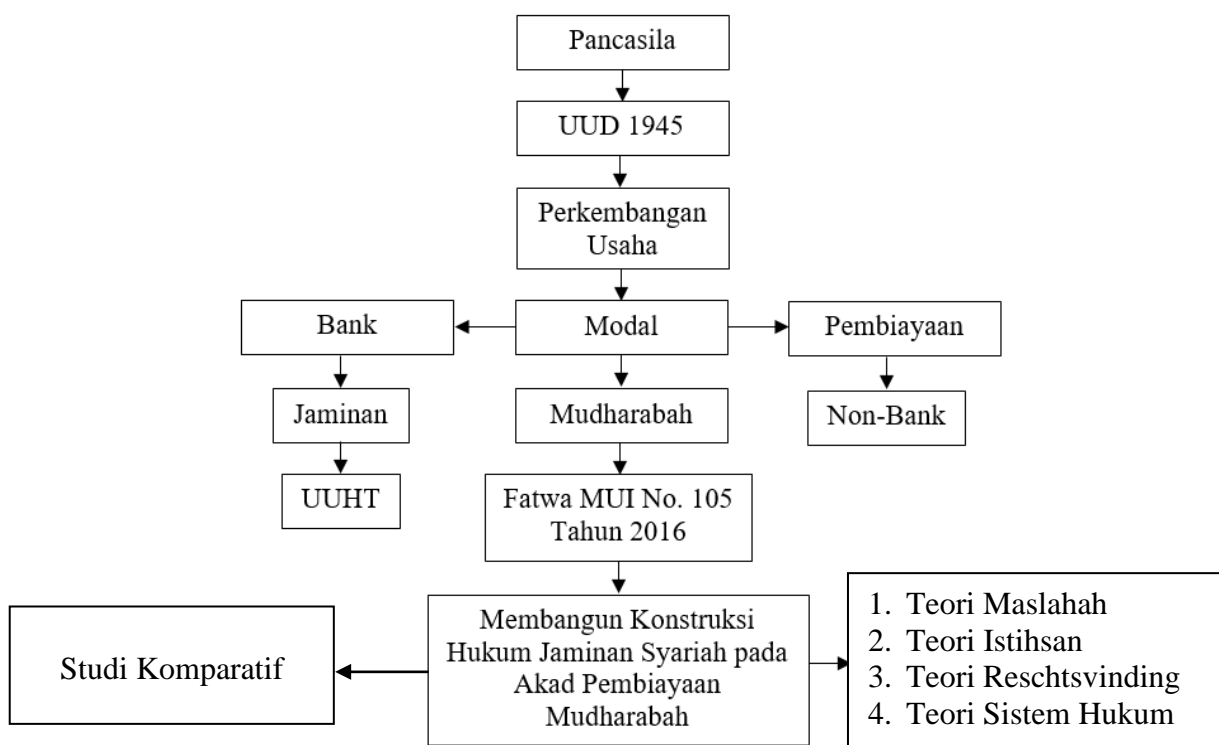
Penulisan disertasi ini diharapkan dapat memberikan sumbangsih terhadap pengembangan ilmu pengetahuan khususnya di bidang ilmu hukum yang mengkaji dan mempelajari tentang Hukum Islam, terutama yang berkaitan dengan pelaksanaan pengikatan jaminan syariah pada perbankan syariah di Indonesia. Penelitian ini juga diharapkan dapat menemukan suatu konsep baru atau nilai-nilai baru hukum dalam Jaminan Syariah khususnya pada akad *Mudharabah* di Indonesia.

b. Kontribusi dari sisi praktis

Dari sisi praktis, penulisan disertasi ini diharapkan dapat memberikan kontribusi kepada beberapa pihak di antaranya adalah kepada pemangku kepentingan dalam membuat konsep dan gagasan tentang pengikatan jaminan syariaah (tanah dan atau bangunan) atas jaminan pihak *Mudharib* dalam akad *Mudharabah*

1.5 Kerangka Pemikiran

Penelitian ini menggunakan kerangka pemikiran yang digunakan sebagai pemandu agar penulis dan pembaca dapat dengan mudah memahami substansi dan permasalahan hukum di dalam penelitian ini. Adapun kerangka pemikiran sebagaimana dimaksud penulis paparkan dalam bentuk ragaan seperti di bawah ini:



Gambar 1. Kerangka Pikir

Berangkat dari pemikiran bahwa perkembangan usaha membutuhkan sebuah kerja sama. Kerja sama bisa dilakukan dengan memanfaatkan fasilitas pemberian modal maupun fasilitas pemberian kredit. Fokus studi dalam penelitian ini adalah membangun konstruksi hukum jaminan syariah dalam akad Mudharabah.

Perumusan masalah pertama dianalisis dengan teori bekerjanya hukum dari Robert B Siedmen untuk menemukan aspek-aspek dalam akad pembiayaan Mudharabah yang memiliki sifat kerja sama di dalam praktek justru langsung dilakukan pemasangan hak tanggungan. Perumusan masalah kedua dianalisis dengan pendekatan perundang-undangan, pendekatan konseptuan baik dari kajian pengaturan bank

konvensional maupun bank syariah. Perumusan masalah ketiga dianalisis dengan teori sistem hukum dari Lawrence M. Friedman, untuk menemukan *novelty* dengan mengkaji tiga komponen sistem hukum yang meliputi substansi hukum, struktur hukum, dan kultur hukum. Selain itu, Teori Reschvinding (Penemuan Hukum) yang didalam praktek belum ada. Teori Masalah, dalam konteks penelitian ini, digunakan oleh penulis untuk menjelaskan bagaimana hakikat serta urgensi adanya pengikatan jaminan syariah (tanah dan atau bangunan) semisal pengikatan jaminan cukup dengan SKMHT dalam pelaksanaan akad pembiayaan Mudharabah pada bank syariah di Indonesia. Teori Istihsan digunakan sebagai dasar untuk menyatakan bahwa jaminan yang terdapat pada akad pembiayaan Mudharabah, yang masih mengacu kepada UU No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah (bersifat konvensional) itu perlu mendapatkan koreksi untuk kemudian diadakan perubahan.

Berdasarkan atas kerangka pemikiran di atas, sesuai dengan apa yang sudah dibahas di dalam latar belakang, bahwa pada prinsipnya penelitian ini akan mencoba mengkaji dan membahas isu yang berkaitan dengan akad pembiayaan *Mudharabah*. Isu hukum yang disajikan dalam penelitian ini diawali ketika praktek pembiayaan pada perbankan syariah menyatakan bahwa, setiap akad pembiayaan *Mudharabah* nasabah atau *Mudharib* dapat dimintakan jaminan atas pengembalian modal dengan cara menanda tangani surat pernyataan perihal kewajiban pengembalian

modal oleh nasabah atau *Mudharib* kepada pihak *Shahibul Mal*. Hal ini mengacu pada ketentuan yang terkandung di dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah dan Fatwa MUI No 105/DSN-MUI/X/2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah*, Musyarakah Dan Wakalah Bil Istismar.

Surat pernyataan perihal kewajiban pengembalian modal sebagaimana dimaksud, di dalamnya terdapat sebuah pernyataan dari pihak *Mudharib* yang menyatakan bahwa *Mudharib* bersedia untuk dibebankan Hak Tanggungan atas jaminan yang diserahkan oleh pihak *Mudharib*. Kenyataan demikian yang pada akhirnya menimbulkan konsekuensi atas jaminan pengembalian modal yang diberikan oleh pihak *Mudharib* akan dipasang APHT pada awal dilaksanakannya akad *Mudharabah*.

Fakta demikian menimbulkan persoalan, mengingat pembiayaan *Mudharabah* ini merupakan suatu pembiayaan kerja sama, sehingga tidak mungkin ditentukan jumlah utang yang dapat ditentukan di awal pada saat pembuatan APHT. Sejatinya pembuatan APHT yang mencantumkan nominal hutang, perlu dicantumkan pada saat pihak *Mudharib* telah melakukan cidera janji atau wanprestasi atas apa yang sudah diperjanjikan, untuk itu jika pemasangan APHT di awal akad *Mudharabah* adalah tidak tepat.

Penelitian ini memiliki suatu novelty yang akan merubah sistem pengikatan jaminan dalam akad *mudharabah* yang semula pengikatan

tersebut menggunakan APHT oleh penulis diusulkan untuk dirubah dengan SKMHT. Dasar novelty sebagaimana disebutkan akan diberikan justifikasi dengan menggunakan beberapa perbandingan tentang pelaksanaan pengikatan jaminan syariah di negara lain. Perbandingan dasar justifikasi juga yang penulis gunakan ialah teori2 yang digunakan. Adapun teori yang digunakan adalah Teori Mashlahah, Teori Istihsan, dan Teori *Rechtsvinding*.

Atas dasar hal demikian maka jaminan yang diserahkan oleh pihak *Mudharib* tidak perlu dibebani APHT, melainkan cukup hanya dengan SKMHT saja. Apabila pihak *Mudharib* cidera janji, barulah SKMHT tersebut diajukan oleh PPAT untuk dibuatkan APHT. Prihal SKMHT sendiri berdasarkan konstruksi hukum yang berlaku memiliki batas waktu di mana, atas jaminan yang sudah diserahkan yang dipasangi SKMHT perlu segera dibuatkan APHT untuk dimohonkan penerbitan sertifikat hak tanggungan. Mengenai batas waktu tersebut saat ini diatur di dalam Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 Tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan Untuk Menjamin Pelunasan Kredit tertentu. Berdasarkan Pasal 2 Peraturan Menteri, ini dinyatakan bahwa Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan berlaku sampai dengan berakhirnya perjanjian pokok yaitu sebagai berikut :

- a. Kredit/Pembiayaan/Pinjaman yang diberikan kepada nasabah Usaha Mikro dan Usaha Kecil, dalam lingkup pengertian usaha produktif milik perorangan dan/atau badan usaha perorangan.
- b. Kredit/Pembiayaan/Pinjaman yang ditujukan untuk pengadaan perumahan yaitu:
 1. Kepemilikan atau perbaikan rumah inti, rumah sederhana atau rumah susun dengan luas tanah maksimum 200 m² (dua ratus meter persegi) dan luas bangunan tidak lebih dari 70 m² (tujuh puluh meter persegi); dan
 2. Kepemilikan atau perbaikan Kapling Siap Bangun (KSB) dengan luas tanah 54 m² (lima puluh empat meter persegi) sampai dengan 72 m² (tujuh puluh dua meter persegi) dan kredit yang diberikan untuk membiayai bangunannya.
- c. Kredit/Pembiayaan/Pinjaman produktif lainnya dengan plafon sampai dengan Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah).

Atas hal demikian dapat disimpulkan bahwa yang menjadi novelty penulis dalam penelitian ini adalah agar di dalam Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 Tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan Untuk Menjamin Pelunasan Kredit tertentu, perlu ditetapkan hingga berakhirnya perjanjian pokok untuk pembiayaan *Mudharabah*.

1.6 Kerangka Teoritis

Penelitian ini juga, menggunakan beberapa teori sebagai pisau analisis dalam menjelaskan permasalahan pelaksanaan pembuatan APHT pada bank syariah yang masih mengacu kepada Undang-Undang Hak Tanggungan. Adapun teori yang dipakai oleh penulis yaitu antara lain:

a. Teori Mashlahah

Secara etimologi, kata mashlahah berasal dari kata *al-salâh* yang berarti kebaikan dan manfaat. Kata mashlahah berbentuk mufrad, sedangkan jamaknya adalah *al-masâlih*. Kata *al-mashlahah* menunjukkan pengertian tentang sesuatu yang banyak kebaikan dan manfaatnya, sedangkan secara terminologi, mashlahah dapat diartikan mengambil manfa'at dan menolak madharat (bahaya) dalam rangka memelihara tujuan syara' (hukum Islam). Tujuan syara' yang harus dipelihara tersebut adalah memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Apabila seseorang melakukan aktivitas yang pada intinya untuk memelihara kelima aspek tujuan syara' di atas, maka dinamakan mashlahah.¹³

Menurut Imam al-Ghazali, tujuan syara' yang dijadikan patokan dalam menentukan kemaslahatan itu bukan kehendak dan tujuan manusia. Oleh karenanya, kemaslahatan yang dapat dijadikan pertimbangan (landasan) untuk menetapkan hukum menurut al-Ghazali adalah apabila: Pertama, mashlahah itu sejalan dengan jenis tindakan-tindakan syara'. Kedua, mashlahah itu tidak meninggalkan atau bertentangan dengan nashh syara'.

¹³ Zuhdi, Formulasi Teori Mashlahah dalam Paradigma Pemikiran Hukum Islam Kontemporer, *Jurnal Isti bath*, Vol. 12, No. 1 Desember 2013 hal. 288-309.

Ketiga, mashlahah itu termasuk ke dalam kategori mashlahah yang dharuri, baik yang menyangkut kemaslahatan pribadi maupun orang banyak dan universal, yaitu berlaku sama untuk semua orang.¹⁴

Dengan berdasar pada pengertian masalah sebagaimana dikemukakan secara sederhana masalah (*al-maslahah*) memiliki arti sebagai suatu kebaikan, kebermanfaatan, kepantasan, kelayakan, keselarasan, serta kepatutan. Kata *al-maslahah* sendiri merupakan lawan kata dari *al-mafsadah* yang memiliki arti kerusakan. Masalah atau sering disebut masalah mursalah, atau kerap juga disebut *istislâh*, yaitu suatu kemaslahatan yang tidak disinggung oleh *syara'* dan tidak pula terdapat dalil-dalil yang menyuruh untuk mengerjakan atau meninggalkannya, sedang jika dikerjakan akan mendatangkan kebaikan yang besar atau kemaslahatan.¹⁵

Dalam Hukum Islam, masalah dapat dipastikan merupakan sebuah tujuan dalam setiap pembentukan hukum Islam, Peranan masalah dalam menetapkan hukum sangatlah dominan dan menentukan, sebab Alquran dan Sunah sebagai sumber hukum Islam sangat memperhatikan prinsip kemaslahatan ini. Demikian juga metode *istinbâth* yang lain sangat memperhatikan maslahat dalam mengembangkan hukum Islam, Karena itu semua produk hukum Islam, baik yang bersumber dari dalil yang disepakati

¹⁴ *Ibid.*, hal. 310.

¹⁵ Agus Hermanto, Konsep Maslahat dalam Menyikapi Masalah Kontemporer (Studi Komparatif al-Tûfi dan al-Ghazali), *Jurnal AL-'ADALAH*, Vol. 14, Nomor 2 Tahun 2017, hal. 433-460.

maupun dalil yang diperselisihkan, tidak satupun yang terlepas dari prinsip untuk mewujudkan kemaslahatan umat manusia.¹⁶

Teori masalah, dalam konteks penelitian ini, digunakan oleh penulis untuk menjelaskan bagaimana hakikat serta urgensi adanya pengikatan jaminan syariah (tanah dan atau bangunan) semisal APHT Syariah dalam pelaksanaan akad pembiayaan pada bank syariah di Indonesia. Hal demikian dilakukan oleh penulis dengan cara memposisikan teori kemaslahatan sebagai suatu tujuan utama dalam pelaksanaan pembiayaan pada perbankan syariah di Indonesia. Sehingga apabila teori kemaslahatan ini diposisikan oleh penulis sebagai tujuan utama, maka teori kemaslahatan ini juga secara langsung oleh penulis digunakan sebagai alat untuk membedakan antara pendekatan pembuatan APHT konvensional dan pembuatan pengikatan jaminan syariah.

Sebagaimana kita ketahui bahwasanya tujuan pembentukan APHT konvensional memiliki pendekatan yang berbeda dengan tujuan utama pengikatan jaminan syariah, di mana perbedaan pendekatan tersebut dapat dilihat ketika pendekatan pembuatan APHT konvensional ditujukan semata-mata untuk pemerataan ekonomi dan memperoleh keuntungan yang tidak terbatas, sedangkan pembuatan pengikatan jaminan syariah Syariah memiliki pendekatan yang ditujukan semata-mata agar tercapainya kemaslahatan umat manusia. Hal demikian dapat dilihat ketika sistem ekonomi syariah lebih mengutamakan aspek hukum dan etika yakni adanya keharusan menerapkan

¹⁶ Hamzah K, Revitalisasi Teori Maslahat Mulghâh al-Thûfi dan Relevansinya dalam Pembentukan Perundang-Undangan di Indonesia, *Jurnal Ahkam*, Vol. XV, No. 1, Januari 2015, hal. 27-36.

prinsip-prinsip hukum dan etika bisnis yang Islami, antara lain: prinsip ibadah (*al-tawhîd*), persamaan (*al-musâwah*), kebebasan (*al-hurriyyah*), keadilan (*al-‘adl*), tolong-menolong (*al-ta‘âwun*) dan toleransi (*al-tasâmuh*). Sehingga dari prinsip-prinsip hukum dan etika tersebutlah dapat dikatakan sebagai refleksi dari implementasi teori maslahat pada pembentukan APHT syariah.¹⁷

b. Teori Istihsan

Istihsan adalah metode istinbath hukum yang banyak sekali digunakan dalam terminologi dan istinbath hukum oleh dua imam Mazhab yaitu Imam Abu Hanifah dan Imam Malik. Para ulama fiqh pada saat ini memiliki pandangan yang berbeda-beda dalam mendefinisikan istilah istihsan.¹⁸ Al-Kharkî mendefinisikan Istihsan sebagai suatu penetapan hukum dari seorang mujtahid terhadap suatu masalah yang menyimpang dari ketentuan hukum yang diterapkan pada masalah-masalah yang serupa, karena alasan yang lebih kuat yang menghendaki dilakukannya penyimpangan itu.¹⁹

Abu Hanifah adalah ulama yang banyak menetapkan hukum dengan menggunakan istihsan. Meskipun demikian Abu Hanifah jarang menjelaskan bagaimana maksud daripada penggunaan istihsan tersebut. Hanya saja setiap kali menetapkan suatu hukum dengan cara istihsan, Abu Hanifah mengatakan: “Astahsin”, artinya saya menganggap (sesuatu itu adalah) baik. Penetapan hukum dengan cara istihsan ini kemudian dipraktikkan oleh murid-

¹⁷ Abdul Hamid, Aplikasi Teori Mashlahah (Maslahat) Najmu al-Dîn al-Thûfi dalam Penyelesaian Sengketa Perjanjian Bisnis di Bank Syariah, *Jurnal AL-‘ADALAH*, Vol. XII, No. 4, Desember Tahun 2015, hal. 729-742.

¹⁸ Abu Zahrah, 1994, *Ushul Fiqh*, terj. Saefullah Ma’shum, Pustaka Firdaus, Jakarta, hal. 401.

¹⁹ Muhammad Sulaiman ‘Abdullah al-Asyraf, 1992, *al-wadhîh Fi Ushul al-Fiqh Lil Muftadiin*, Amman: Dar al-Nafais, hal. 140.

muridnya sehingga golongan Hanafiah dikenal sebagai golongan yang menilai istihisan sebagai salah satu metode istinbath hukum.²⁰

Istihisan pada prinsipnya dapat dijadikan sebagai metode istinbath hukum yang mempunyai kekuatan. Adapun kekuatan istihisan menjadi sebuah metode hukum adalah sebagai berikut:

1. Istihisan bersifat responsif, karena istihisan menciptakan, menetapkan hukum baru yang diorientasikan dengan nilai-nilai intifaiyah (urgensitas) seperti pembolehan mengambil upah, bayaran bagi pengguna kamar mandi. Sebab tanpa ada uang ganti, tidak akan mungkin seorang petugas untuk menjaga kebersihannya. Contoh lain yaitu seperti hukum budidaya undur-undur atau cacing yang diasumsikan mampu mengobati penyakit stroke, kolesterol dan maag.²¹ Karena permasalahan ini tidak terjadi di masa Rasulullah, maka perlu adanya Istinbath hukum. Istinbath hukum yang relevan dengan situasi dan kondisi pada saat sekarang disebut dengan metode istihisan.
2. Istihisan bersifat progresif, Keprogresifan istihisan sebagai metode Istinbath hukum adalah karena istihisan bergerak maju, seperti contoh Akad salam, menurut hukum jual beli, maka harus berwujud beserta sifat-sifatnya, sedangkan akad salam adalah akad jual beli, yang barangnya belum berwujud, hanya pemesan memberikan karakter-

²⁰ Yusno Abdullah Otta, ISTIHSAN (Telaah Sosio-Kultural Pemikiran Imam Hanafi), publish pada laman <https://media.neliti.com/media/publications/240326-istihisan-telaah-sosio-kultural-pemikiran-325f555c.pdf>, diakses pada 17-05-2020 WIB.

²¹ Majalah Keluarga Sakinah, No. 446/XXX/VII/2009, hal. 27.

karakter barang yang dipesan. Ini tidak boleh dalam hukum qiyas, namun dalam istihsan diperbolehkan. Bolehnya menurut istihsan karena hidup di zaman sekarang telah berubah, seiring dengan zaman juga gaya hidup manusia atau disebut budaya juga telah berubah, maka sesuai dengan hukum responsif, hukum harus mampu mengadopsi terhadap problematika sosial. Contoh lain yaitu Akad Sirkah kerja, seorang pemborong bila akan mengerjakan gedung, jembatan, jalan, baik dengan cara borongan atau hitungan hari. Untuk mengukur sejauhmana kemampuan orang (tenaga) dalam satu hari itu ada perbedaan di antara manusia satu dengan yang lain. Maka dari itu untuk menetapkan kepastian hukum boleh atau tidaknya dalam bayaran (baik borongan atau harian) maka diperlukan metode baru yaitu istihsan.

Teori Ishtisan dalam penulisan disertasi ini penulis gunakan sebagai teori yang melandasi dan membenarkan tentang perlunya konsep pembentukan jaminan syariah pada akad pembiayaan di bank syariah yang baik dan benar-benar sesuai dengan prinsip syariah, dan perkembangan kehidupan dalam masyarakat pada saat sekarang.

Teori ini berdasarkan penjelasan di atas, digunakan sebagai dasar untuk menyatakan bahwa pembuatan APHT pada perbankan syariah, yang masih mengacu kepada Undang-Undang hak tanggungan (bersifat konvensional) itu perlu mendapatkan koreksi untuk kemudian diadakan perubahan. Perubahan sebagaimana dimaksud dilakukan dengan cara

memperhatikan perkembangan dalam masyarakat pada saat ini, yang menginginkan pelaksanaan pengikatan dalam pembiayaan pada perbankan syariah diterapkan secara kaffah dan istiqomah.

c. Teori Rechtsvinding

Setiap peminat ilmu melakukan penelitian yang berupa menghimpun, menata dan memaparkan material penelitiannya. Kegiatan pemaparan tidak sepenuhnya netral dan obyektif. Tiap pengetahuan tentang kenyataan selalu lebih dari sekedar mengamati dan mendata atau merekam bentuk, keras-lembut, warna dan gerakan. Pengetahuan mengimplikasikan penstrukturan, artinya dalam proses pengamatan dan pendataan, pikiran subyek meletakkan hubungan- hubungan, membeda-bedakan dan memisah-misahkan unsur yang esensial dari yang tidak esensial, mengelompokkan dan memisahkan berdasarkan sejumlah persamaan tertentu (yang difungsikan sebagai kriteria pengelompok). Penstrukturan pada dasarnya adalah mengkonstruksi teori yang kemudian digunakan untuk menata kenyataan, menganalisis dan memahami. Sehingga dapat diartikan bahwa tiap pengetahuan tentang kenyataan apa pun adalah pengetahuan hasil interpretasi, dalam arti sudah bermuatan teori, dan karena itu sesungguhnya tidak pernah murni obyektif dan netral. Karena itu juga pengetahuan sesungguhnya merupakan hipotesis yang diterima sebagai “benar” atau sudah terbukti sepanjang ia atau yang melandasinya belum difalsifikasi.²²

²²Karl R. Popper, 1961, *The Logic of Scientific Discovery*, Science Editions, Vittorio Klostermann, Frankfrut, dalam Bernard Arief Sidharta, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, hal. 149.

Demikian juga pada kajian hukum -sebagai ilmu kenyataan- penelitiannya berupa inventarisasi dan deskripsi sistematis material hukum, yang pada tingkat pemaparan hukum yang terjadi adalah kegiatan menentukan isi aturan hukum setepat mungkin. Pengembangan Ilmu Hukum adalah kegiatan mengantisipasi dan menawarkan penyelesaian masalah hukum konkrit yang mungkin timbul dan harus dihadapi di dalam masyarakat, baik yang dihadapi individu perorangan maupun masyarakat sebagai keseluruhan.²³

Kegiatan menentukan isi aturan hukum berarti menetapkan apa yang menjadi norma hukum, pada dasarnya adalah merumuskan hipotesis tentang makna aturan hukum atau teks undang- undang. Oleh karena itulah Aulis Aarnio mengatakan bahwa ilmu hukum adalah ilmu tentang makna-makna.²⁴

Menentukan makna dari sesuatu adalah menginterpretasi sesuatu itu. Dengan demikian memaparkan aturan hukum adalah “menafsirkan” aturan hukum. Karena itu pula memaparkan aturan hukum akan sangat bergantung pada teori interpretasi yang dianut yuridis.²⁵

Kegiatan pemaparan tidak sepenuhnya netral dan objektif, karena itulah pengembangan ilmu hukum tidak netral dan tidak bebas nilai. Disadari atau tidak disadari yuris mengambil sikap dan bertolak dari titik berdiri pribadi dalam menghadapi dan mengolah obyek telaahnya, yakni dalam menjalankan kegiatan pemaparan, intervensi, interpretasi dan sistematisasi

²³*Ibid*, hal. 134.

²⁴Aulis Aarnio, 1983, *A Hermeneutik Approach in Legal Theory, Philosophical Perspective in Jurisprudence*, Helsinki, hal. 64.

²⁵*Ibid.*, hal. 150.

hukum. Ini berarti pengembanan hukum juga berpatisipasi dalam proses pembentukan hukum yang berupa penemuan hukum (interpretasi hukum dan argumentasi hukum).²⁶

Penemuan hukum (*rechtsvinding*), lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang kongkrit.²⁷ Dengan demikian dalam upaya penemuan hukum ada beberapa unsur yang dapat terlibat dalam penemuan hukum ini, sebagai contohnya adalah ilmuwan hukum yang prodak hukumnya disebut doktrin.

Dalam pengertian lain, penemuan hukum (*rechtsvinding*) adalah suatu teori yang memberikan arah bagaimana cara menemukan aturan yang sesuai untuk suatu peristiwa hukum tertentu, dengan cara penyelidikan yang sistematis terhadap suatu aturan, dengan cara menghubungkan antara satu aturan dengan aturan yang lainnya²⁸. Penemuan hukum ini merupakan proses konkritisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa kongkrit. Hal ini selaras dengan apa yang dikatakan oleh Amir Syamsuddin bahwa penemuan hukum (*rechtsvinding*) merupakan proses pembentukan hukum dalam upaya penerapan peraturan hukum umum terhadap peristiwanya berdasarkan kaidah-kaidah tertentu, seperti interpretasi, argumentasi atau penalaran (*redenering*), konstruksi

²⁶*Ibid.*, hal. 135

²⁷Jaenal Aripin, *Peradilan Agama Dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Kencana Prenada Media, Jakarta, hal. 126.

²⁸Algra, dkk., 1998, *Rechtsgeleerd Handwoordenboek*, yang diterjemahkan oleh Saleh Adiwinata, *Kamus Istilah Hukum Fockema Andrea Belanda Indonesia*, Bimacipta, Jakarta, hal. 4.

hukum, dan lain-lainnya.²⁹

Kaidah-kaidah atau teori-teori penemuan hukum ini bertujuan agar penerapan aturan hukum terhadap suatu peristiwa hukum dapat dilakukan secara tepat dan relevan menurut hukum, sehingga hal ini dapat berimplikasi pada produk hukum yang dihasilkan oleh hakim dalam menangani permasalahan hukum. Hal ini juga mengandung arti bahwa sebagai proses konkretisasi peraturan (*das sollen*) ke dalam peristiwa konkret tertentu (*das sein*).

Penemuan hukum pada hakekatnya mewujudkan pengembangan hukum secara ilmiah dan secara praktikal. Penemuan hukum ihwalnya adalah berkenaan dengan hal mengkonkretisasi produk pembentukan hukum. Penemuan hukum adalah proses kegiatan pengambilan keputusan yuridis konkret yang secara langsung menimbulkan akibat hukum bagi suatu situasi individual (putusan-putusan hakim, ketetapan, pembuatan akta oleh PPAT).³⁰

Dalam arti tertentu, penemuan hukum adalah pencerminan pembentukan hukum. Jika dalam pembentukan hukum yang terjadi adalah menetapkan hal umum yang berdasarkan pada waktunya dapat dijabarkan hal yang khusus yang mengemuka (dimunculkan terlebih dulu), namun pada waktu yang bersamaan dapat dikonstatasi (ditetapkan atau dirumuskan peristiwa konkretnya) dampak keberlakuan secara umum. Kekhasan

²⁹Amir Syamsuddin, *Penemuan Hukum ataukah Prilaku Chaos?*, dalam Opini harian Kompas, Sabtu, 5 Januari 2008, hal. 8

³⁰Meuwissen, Diterjemahkan Bernard Arief Sidharta, 2009, *Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, Refika Aditama, Bandung, hal. 11

penemuan hukum telah mendapat perhatian (pembahasan) yang luas dalam teori hukum dan filsafat hukum.

Keilmuan mengenai metodologi penemuan hukum sudah banyak berkembang dari masa ke masa, namun tentang teori penemuan hukum dapat diamati adanya perkembangan tertentu. Pada abad XIX perhatian terutama dicurahkan pada keahlian interpretasi dan menguraikan (menjelaskan), namun sekarang bergeser ke titik berat yang lebih banyak diletakkan pada penemuan suatu argumentasi yang dipertanggungjawabkan secara rasional. Sekarang sudah sampai pada pemahaman bahwa interpretasi undang-undang atau penerapan hukum adalah lebih sekedar hanya menerapkan suatu silogisme secara formal dan benar³¹.

Masalah terletak pada menemukan dan menyusun premis-premis dari suatu penalaran. Sekarang sudah tidak cukup lagi bahwa penalaran dijalankan secara logikal benar (dan demikian sah), namun juga untuk pemilihan premis-premis harus dijalankan dengan memberikan argumen-argumen yang rasional (sejauh hal itu dimungkinkan). Dalam hubungan ini maka dibedakan antara *heuristika* dari suatu keputusan yuridikal dan legitimasi terhadapnya. Dengan *heuristika* dimaksudkan sejarah terjadinya secara faktual dari keputusan tersebut, sedangkan legitimasi adalah pertanggungjawaban rasional (jika dikehendaki: pertanggungjawaban normatif) dari keputusan tersebut. Memisahkan *heuristika* dan legitimasi dalam rentang waktu adalah keliru. Keduanya adalah berjalan saling

³¹ Meuwissen, Diterjemahkan Bernard Arief Sidharta, 2009, *Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, Refika Aditama, Bandung, hal.9.

menutupi, yang berarti baik pada tahap sebelum pengambilan keputusan atau *ex ante* maupun pada tahap sesudahnya atau *ex post*. Faktor-faktor faktual (*psikhis* dan kemasyarakatan) dan argumentasi-argumentasi rasional memainkan peranan. Namun titik beratnya terletak, baik *ex ante* maupun *ex post* pada argumentasi rasional. Sebuah keputusan hukum konkrit yang di hadapan forum ilmiah hukum dan di hadapan para pihak yang terkait pada keputusan itu tidak mampu mengembangkan argumentasi yang dapat diterima, seyogianya tidak berlaku (tidak dapat diberlakukan) sebagai hukum positif. Pemahaman yang demikian itu dalam ajaran metode-yuridis dan teori argumentasi telah dikembangkan secara mendasar. Terkait padanya juga muncul ke permukaan sifat khas dari apa yang dinamakan berpikir yuridis. Sesungguhnya berpikir yuridis itu tidak ada, artinya tidak ada jenis berpikir yang terpisah atau tersendiri (yang lain dari yang lain). Seorang yuris menalar dan berpikir (semoga) sama baik atau jeleknya seperti yang lain-lain. Hanya struktur dari konteks, yang di dalamnya seorang yuris, yang terlibat dalam pembentukan hukum, berargumentasi adalah spesifik (khas). Kespesifikan ini terletak dalam struktur dari pertanggungjawaban di hadapan forum yang relevan.

Untuk suatu pemahaman tentang kekhasan dari penemuan hukum maka tradisi hermeneutika yang sudah sangat tua adalah sangat penting. Sebuah keputusan hukum selalu mengimplikasikan hal penetapan suatu hubungan tertentu antara kaidah dan fakta, yakni antara momen-momen normatif (dari undang-undang misalnya) dan momen-momen faktual (dari

situasi konkret misalnya). Momen-momen ini saling mempengaruhi, antara keduanya terdapat semacam hubungan sirkular (lingkaran tak berujung pangkal). Fakta - fakta dikualifikasi dari sudut norma dan norma diseleksi berdasarkan kejadian (fakta-fakta). Martin Kriele mengatakan: ada suatu *Hinund Herwandern des Blicks* (memalingkan arah pandangan ke kanan dan ke kiri berulang-ulang) yang terus menerus. Kaidah dan fakta mewujudkan pra pemahaman atau *Vorverstaendnis* bagi masing-masing, yang menentukan pada interpretasi dan penilaian pada momen yang lain. Sekali lagi nampak bahwa dalam lingkungan pengembangan hukum maka norma dan fakta justru tidak boleh dipisahkan satu dari yang lain. Tokoh-tokoh besar dalam bidang hukum perdata Belanda, misalnya Paul Scholten, Bregstein dan Eggens sudah berkali-kali menyatakan pemahaman ini dalam kata-kata secara lisan maupun tulisan dan juga dalam penanganan hukum mereka didemonstrasikan. Namun nampak masih mungkin untuk menstrukturkan lebih lanjut argumentasi-argumentasinya³²

Kegiatan menemukan hukum atau *rechtsvinding*, misalnya dapat dianggap sebagai seni. Paul Scholten sangat menekankan arti penting dari seni (art) dalam penemuan hukum, namun Paul Scholten mengingatkan agar seni dalam penemuan hukum di sini tidak diartikan ketrampilan atau teknik melainkan suatu pemberian bentuk pada gambaran-gambaran yang kabur, yaitu membuat suatu (fakta konkret) mengkristalisasi menjadi hukum. Penciptaan bentuk hukum seperti ini menurut Paul Scholten, merupakan

³² *Ibid.*, hal.12.

seni.³³

Penemuan hukum pada dasarnya merupakan kegiatan praktek hukum (pembentuk undang-undang, hakim dan sebagainya). Namun penemuan hukum tidak dapat dipisahkan dari ilmu atau teori hukum. Secara historis teoritis, praktek hukum itu lahirnya lebih dahulu dari ilmu hukum, namun dalam perkembangannya praktek hukum memerlukan landasan teoritis dari ilmu hukum, sebaliknya ilmu hukum memerlukan materialnya dari praktek hukum. Jadi dalam prakteknya, praktek hukum dan ilmu hukum itu saling membutuhkan.

Untuk itu perludipelajari cara atau ilmu mencari dan menemukan hukum. Penemuan hukum bukanlah merupakan ilmu baru, namun telah lama dan dipraktekkan oleh pembentuk undang-undang, hakim dan para ilmuwan hukum yang berusaha memecahkan permasalahan hukum yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, dan tidak jarang ilmuwan hukum menemukan hukum secara reflektif, tanpa disadari.³⁴

Penemuan hukum sebagai sebuah reaksi terhadap situasi-situasi problematikal yang dipaparkan dalam peristilahan hukum berkenaan dengan pertanyaan-pertanyaan hukum atau *rechtsvragen*, konflik-konflik hukum dan sengketa hukum. Penemuan hukum diarahkan pada pemberian jawaban terhadap pertanyaan-pertanyaan tentang hukum dan hal pencarian penyelesaian-penyelesaian terhadap sengketa-sengketa konkrit. Terkait

³³Shidarta, 2006, *Moralitas Profesi Hukum, Suatu Tawaran Kerangka Berpikir*, Refika Aditama, Bandung, hal. 154

³⁴Sudikno Mertokusumo 1, 2006, *Penemuan Hukum suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, hal. 1.

padanya antara lain pertanyaan-pertanyaan yang diajukan tentang penjelasan (tafsiran) dan penerapan aturan-aturan hukum dan pertanyaan-pertanyaan tentang makna dari fakta-fakta hukum yang diterapkan padanya. Penemuan hukum berkaitan dengan hal menemukan penyelesaian-penyelesaian dan jawaban-jawaban berdasarkan norma-norma hukum. Penemuan hukum termasuk kegiatan sehari-hari para yuris dan terjadi pada semua bidang hukum, yang merupakan aspek penting dalam ilmu hukum dan praktek hukum. Yuris dalam menjalankan profesinya, pada dasarnya harus membuat keputusan- keputusan hukum berdasarkan analisisnya terhadap fakta-fakta yang diajukan sebagai masalah hukum dalam kaitannya dengan norma-norma hukum positif.³⁵

Pada masa undang-undang dianggap sudah sempurna adanya, dan interpretasi tidak diperlukan. Sekarang pun usaha kearah hal demikian dapat dicapai apabila perundang-undangan itu dituangkan dalam bentuk yang jelas sesuai dengan teknik perundang-undangan yang ada, sehingga interpretasi tidak diperlukan atau sangat kecil peranannya. Montesquieu mengajukan persyaratan mengenai ukuran kejelasan suatu perundang-undangan sebagai berikut:

1. Gaya penuturan hendaknya padat dan sederhana. Hal ini mengandung arti bahwa pengutaraan dengan menggunakan ungkapan-ungkapan kebesaran atau grandiose dan retorik adalah mubazir dan menyesatkan. Istilah-istilah yang dipilih hendaknya sejauh mungkin mutlak dan tidak nisbi,

³⁵Law Comunity <https://wonkdermayu.wordpress.com/kuliah-hukum/penemuan-hukum-atau-rechtsvinding/>, diakses pada tanggal 20 April 2020 Pukul 12.52 WIB

sehingga demikian sedikit kemungkinan peluang bagi perbedaan pendapat individual;

2. Peraturan-peraturan hendaknya membatasi dirinya pada hal-hal yang nyata dan aktual dengan menghindari hal-hal yang bersifat metafora (kiasan) dan hipotetis;
3. Peraturan hendaknya jangan terlampau tinggi, oleh karenanya ditujukan untuk orang-orang dengan kecerdasan sedang saja. Peraturan itu bukan latihan dalam penggunaan logika, namun hanya penalaran sederhana yang dapat dilakukan oleh orang-orang biasa;
4. Jangan mengacaukan permasalahan pokok dengan kekecualian, pembatasan atau modifikasi, kecuali dalam hal-hal yang sangat diperlukan;
5. Peraturan tidak boleh mengandung argumentasi. Adalah berbahaya untuk memberikan alasan terperinci bagi suatu peraturan. oleh karena yang demikian itu hanya akan membuka pintu untuk pertentangan pendapat;
6. Akhirnya di atas semua, harus dipertimbangkan dengan penuh kematangan dan mempunyai kegunaan praktis, jangan hendaknya menggoncangkan hal-hal yang elementer dalam penalaran dan keadilan serta la natuta des choses. Peraturan-peraturan yang lemah yang tidak perlu dan tidak adil akan menyebabkan orang tidak menghormati perundang-undangan dan menghancurkan otoritas negara.³⁶

³⁶Satjipto Rahardjo dan Ronny Hanitijo Soemitro, 1986, *Pengantar Ilmu Hukum*, Buku Materi Pokok Modul 1-5 Universitas Terbuka, Karunia, Jakarta, hal. 86

Penelitian ini *Grand Theory* yang dipakai yaitu teori kesejahteraan masyarakat (*Welfare State*) yaitu konsep negara kesejahteraan memberikan bagaimana keadilan dan kesejahteraan diwujudkan dalam masyarakat pelaku ekonomi. Sebuah negara kesejahteraan adalah konsep pemerintahan dimana negara memainkan peran penting dalam perlindungan ekonomi dan kesejahteraan sosial warganya. Penelitian ini *Middle Theory* yang dipakai yaitu teori perundang-undangan sedangkan untuk *Applied Theory* yang digunakan untuk penelitian ini adalah Teori Sistem Hukum oleh Lawrence Friedman berbicara mengenai sistem hukum. Konsep hukum sebagai suatu sistem, menurut Lawrence M. Friedman terdiri dari sub sistem substansi hukum, struktur hukum dan budaya hukum.³⁷ Hukum juga merupakan suatu alat yang dapat dipergunakan untuk melakukan perubahan sosial.³⁸

Dalam penulisan disertasi ini ditemukan sebuah realitas bahwa berlakunya akad Mudharabah dalam sebuah perjanjian yang dilakukan menimbulkan kesenjangan yaitu bahwa tidak terdapat regulasi secara eksplisit mengatur tentang pengikatan jaminan pihak mudharib dalam akad pembiayaan mudharabah. Dalam praktek, jaminan pihak *mudharib* dalam akad *mudharabah* dipasang Hak Tanggungan. Fakta demikian sangat kontradiktif dengan prinsip-prinsip syariah Islam mengingat konsep pemasangan hak tanggungan ditunjukkan bagi akad utang piutang bukan

³⁷ Lawrence M. Friedman, 1977, *Law and Society, an Introduction*, Printice Hall, New Jersey, hal. 7.

³⁸ Ishaq dan Yunasril, *Dasar-dasar Ilmu Hukum*, hal. 209.

dalam akad pembiayaan mudharabah. antara kreditur dan debitur di Indonesia masih.

1.7 Metode Penelitian

Untuk menyearahkan penyusunan disertasi pada pelaksanaannya harus dilakukan berdasarkan metode-metode tertentu. Metode di dalam suatu penelitian merupakan usaha untuk menemukan, mengembangkan dan menguji kebenaran dari suatu pengetahuan.³⁹ Senada dengan pernyataan Soemitro di dalam bukunya juga menjelaskan bahwa metode penelitian mengandung aspek-aspek antara lain tahapan-tahapan kegiatan yang dilakukan, bahan dan alat serta cara yang digunakan untuk mengumpulkan data, mengolah, dan menganalisis untuk memperoleh jawaban atas pertanyaan penelitian.⁴⁰

Penelitian disertasi ini merupakan penelitian hukum, sehingga metode yang digunakan adalah metode-metode yang lazim digunakan dalam penelitian hukum lain. Sebagaimana diketahui bahwasanya metode penelitian hukum memiliki ciri-ciri tertentu yang merupakan identitasnya. Karena ilmu hukum dapat dibedakan dari ilmu-ilmu pengetahuan lainnya. Bahkan kemungkinan, para ilmuwan dari ilmu-ilmu pengetahuan tertentu di luar hukum, akan menganggap penelitian hukum bukan merupakan suatu penelitian yang ilmiah sifatnya. Hal itu disebabkan persyaratan kegiatan ilmiah mempunyai segi-segi yang universal maupun segi-segi khusus berlaku

³⁹Ronny Hanitjo Soemitro, 1982, *Metodologi Penelitian Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hal 2.

⁴⁰Soemitro, 1990, *Metodologi Penelitian Hukum*, Rineka Cipta, Jakarta, hal. 10.

bagi ilmu pengetahuan tertentu.⁴¹ Adapun metode penelitian yang penulis gunakan dalam penelitian disertasi ini dilakukan dengan cara dan pendekatan sebagai berikut:

1. Titik pandang (*Standing Point*)

Titik pandang (*stand point*) memperlihatkan posisi peneliti pada saat melakukan penelitian, yang memperlihatkan kedalaman dan kompleksitas peneliti akan tradisi dan sudut pandang yang digunakan pada saat memasuki tempat penelitian. Dalam penelitian ini penulis menggunakan tradisi kualitatif, yang operasionalisasinya dilakukan sesuai dengan paradigma konstruksivisme.

Penelitian kualitatif sendiri merupakan suatu metode penelitian yang dipengaruhi oleh paradigma naturalistik-interpretatif Weberian, perspektif post-positivistik kelompok teori kritis serta post-modernisme seperti dikembangkan oleh Baudrillard, Lyotard, dan Derrida. Penelitian kualitatif memiliki gaya tersendiri yaitu suatu penelitian yang berusaha mengkonstruksi realitas dan memahami maknanya. Penelitian kualitatif biasanya sangat memperhatikan proses, peristiwa dan otentisitas. Memang dalam penelitian kualitatif kehadiran nilai peneliti bersifat eksplisit dalam situasi yang terbatas, melibatkan subjek dengan jumlah relatif sedikit. Dengan demikian, hal yang umum dilakukan ia berkuat dengan analisis

⁴¹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2015, *Penelitian Hukum Normatif*, PT. Raja Grafindo Perkasa, Jakarta, hal. 1.

tematik. Peneliti kualitatif biasanya terlibat dalam interaksi dengan realitas yang ditelitinya.⁴²

2. Paradigma Penelitian

Penulisan disertasi ini menggunakan paradigma konstruksivisme, dalam konteks ilmu studi, paradigma ini berfungsi sebagai seperangkat keyakinan atau sebuah realitas sebagai hasil konstruksi yang bersifat relatif/nisbi, spesifik dan kontekstual. Posisi penulis yang menggunakan paradigma konstruksivisme dalam menghadapi realitas/permasalahan hukum tidak berdiri sebagai partisipan saja, melainkan penulis juga akan mencari jawaban atas permasalahan hukum yang ditimbulkan dari di pasangannya hak tanggungan atas jaminan oleh pihak *Mudharib* di dalam pembiayaan *Mudharabah* yang dilaksanakan pada bank syariah di Indonesia saat ini.

Penelitian ini menggunakan beberapa teori antara lain yaitu Teori Mashlahah, Teori Istihsan, dan Teori *Rechtsvinding*. Teori-teori yang digunakan tersebut digunakan dalam rangka untuk membuat suatu perubahan atau merekonstruksi pelaksanaan pengikatan jaminan dalam akad pembiayaan mudharabah.

3. Pendekatan penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian yuridis empiris yang bertujuan untuk memberikan gambaran fakta-fakta yang terjadi dilapangan dengan

⁴² Gumilar Rusliwa Somantri, Memahami Metode Kualitatif, *Jurnal Makara Sosial Humaniora*, VOL. 9, NO. 2, Desember tahun 2005, hal. 57-65.

mengkaitkan fakta-fakta tersebut dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan berkaitan dengan akad pembiayaan Mudharabah. Dalam penelitian disertasi ini, penulis menggunakan beberapa pendekatan yang dilakukan, Pendekatan tersebut yaitu antara lain:

- a. Pendekatan kasus/ *Case Approach*. Pendekatan ini dilakukan dengan menelaah terhadap berbagai kasus yang terjadi dan berkaitan dengan permasalahan yang diangkat dalam penelitian ini. Pendekatan kasus di dalam penelitian ini akan dispesifikan pada kasus-kasus nyata yaitu terjadinya pemasangan APHT yang dilakukan dalam akad pembiayaan *Mudharabah*. Mengingat pemasangan tersebut menurut penulis merupakan suatu yang menyalahi prinsip-prinsip syariah Islam, maka fenomena/fakta pemasangan APHT atas jaminan yang diberikan oleh pihak *Mudharib* merupakan suatu kasus yang akan dijadikan bahan analisis di dalam penelitian disertasi ini.
- b. Pendekatan terhadap Undang-Undang/ *statute approach*. Pendekatan ini digunakan dengan cara melihat dan menelusuri konsep pengaturan, dan dasar-dasar hukum yang saat ini berlaku tentang pemasangan APHT atas jaminan *Mudharib* pada pembiayaan *mudharabah* di perbankan syariah saat ini. Pendekatan terhadap undang-undang akan peneliti awali dengan cara menelusuri konstruksi hukum yang ada, baik itu konstruksi pada level Undang-Undang sampai dengan peraturan pelaksanaan

di bawahnya, seperti peraturan pemerintah, peraturan menteri agraria, termasuk Fatwa Majelis Ulama Indonesia yang berkaitan dengan permasalahan hukum yang diangkat di dalam penelitian disertasi ini.

- c. Pendekatan perbandingan/ *Comparative approach*. Pendekatan ini dilakukan penulis dengan membandingkan bagaimana konsep pelaksanaan jaminan dalam pembiayaan *Mudharabah* di berbagai negara. Studi *comparative*/ studi perbandingan juga akan penulis batasi dengan memprioritaskan perbandingan dengan negara-negara yang menganut sistem syariah dalam pelaksanaan kehidupan berbangsa dan bernegara seperti di Malaysia, Brunei Darussalam dan negara-negara lainnya.
- d. Pendekatan empiris. Pendekatan empiris ini digunakan oleh penulis untuk menjelaskan bagaimana reaksi dan kondisi masyarakat terhadap pelaksanaan akad pembiayaan *mudharabah* di mana jaminannya dipasang APHT. Pendekatan empiris juga akan digunakan untuk menggambarkan bagaimana kondisi umum masyarakat, seperti tingkat pengetahuan terhadap pembiayaan *Mudharabah* dan konsep jaminan syariah dalam pembiayaan-pembiayaan yang ditawarkan pada perbankan syariah saat ini.

4. Sumber Data

Penelitian disertasi ini menggunakan data primer dan data sekunder, sebagai data pendukung untuk mengkaji dan mendalami

penelitian sehingga diharapkan hasilnya dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah. Adapun data primer dan data sekunder sebagaimana dimaksud dapat dijelaskan sebagai berikut:

a. Data primer

Data primer yaitu data yang diperoleh secara langsung dari lapangan atau dari masyarakat.⁴³ Dalam konteks pengumpulan data primer, peneliti melakukan wawancara dengan berbagai pihak yang dianggap memiliki informasi langsung dari sumbernya, sehingga mampu memberikan informasi yang akurat. Penelitian lapangan yang dilakukan sebagaimana dimaksud, yaitu dilakukan dengan melakukan wawancara ke 2 (dua) bank, yaitu Bank Tabungan Negara Syariah Kantor Cabang Pembantu Solo (selanjutnya disebut BTN Syariah KCP Solo) dan Bank Muamalat Indonesia, selain ke Bank Syariah sebagaimana disebutkan, penulis juga melakukan wawancara ke Dewan Syariah Nasional - Majelis Ulama Indonesia (selanjutnya disebut DSN-MUI) untuk meminta klarifikasi mengenai praktik pembiayaan *Mudharabah* yang saat ini dipasang hak tanggungan. Penulis juga menyebarkan ke beberapa responden dari unsur masyarakat guna mengetahui bagaimana respon masyarakat terhadap pembiayaan *mudharabah*, berikut akan penulis jelaskan hasil temuan di lapangan selama proses penelitian berlangsung.

b. Data sekunder

⁴³Soerjono Soekanto, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Perss, Jakarta, hal. 52.

Adapun data sekunder dalam penelitian ini terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier. Bahan hukum primer yaitu bahan hukum yang mengikat, dan terdiri dari norma atau kaidah dasar, peraturan-peraturan yang dipakai dalam konteks penelitian ini secara umum yaitu berupa Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah, Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah, Fatwa DSN-MUI No.07/DSN-MUI/IV/2000, Fatwa DSN-MUI No.105/DSN-MUI/IV/2016.

Data sekunder juga meliputi bahan hukum sekunder, yaitu merupakan suatu bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai dokumen tentang pelaksanaan pembentukan APHT pada perbankan syariah yang masih mengacu kepada Undang-Undang Hak Tanggungan maupun dokumen lain yang berkaitan dengan hukum syariah Islam. Laporan hasil penelitian, jurnal, majalah ilmiah, dokumen-dokumen hukum dan literatur lainnya yang berkaitan dengan masalah jaminan syariah Islam sebagai objek yang diteliti.

Bahan hukum tersier yakni suatu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder

misalnya kamus, ensiklopedia, indeks kumulatif jurnal yang memuat berita atau masalah tentang pelaksanaan jaminan syariah⁴⁴

5. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data dalam penelitian ini menggunakan beberapa cara yaitu sebagai berikut:

- a. Studi pustaka yaitu pengumpulan dan inventarisasi terhadap bahan-bahan hukum yang memiliki relevansi dengan permasalahan yang ada, sehingga diperoleh suatu kerangka acuan baik secara teoritik maupun berdasarkan norma hukum mengenai berbagai hal yang berhubungan dengan permasalahan pemasangan APHT dalam pembiayaan *Mudharabah* saat ini.
- b. Pengamatan (*observasi*), di mana dalam penelitian ini menggunakan pengamatan yang interaktif antar peneliti dan yang partisipan sebagai objek yang diteliti. Hal ini dalam rangka untuk mencari permasalahan tentang fenomena pemasangan APHT dalam pembiayaan *Mudharabah*.
- c. Wawancara, dalam pengumpulan data dengan melalui teknik wawancara, dilakukan dengan menggunakan teknik wawancara yang terstruktur dan tidak terstruktur. Di mana dalam teknik wawancara yang terstruktur dilakukan dengan cara penulis mempersiapkan bahan-bahan pertanyaan yang akan diajukan, sedangkan wawancara yang tidak terstruktur dilakukan oleh penulis dengan tidak mempersiapkan

⁴⁴*Op.Cit*, hal. 34.

pertanyaan-pertanyaan terlebih dahulu. Hal ini dilakukan untuk mendapatkan informasi yang lebih mendalam yang bersifat discovery guna mengungkap motivasi, maksud atau penjelasan dari responden mengenai pemahaman terhadap suatu peristiwa, situasi atau keadaan tertentu,⁴⁵ terutama yang berkaitan dengan permasalahan yang diangkat di dalam penelitian ini. Penelitian ini dilakukan juga dengan cara melakukan wawancara pada 42 responden yang ikut berpartisipasi dalam memberikan jawaban atas pertanyaan yang sudah diberikan dari jumlah tersebut 20 responden merupakan Notaris dan PPAT, 10 responden merupakan praktisi bank syariah, 6 responden merupakan dosen fakultas hukum dan dosen dari ekonomi syariah, dan 6 responden merupakan nasabah bank syariah. Peneliti juga melakukan wawancara dengan sebagai Kepala Bagian Penasehat Hukum Bank Muamalat Indonesia, Pimpinan Kantor Bank BTN Cabang Syariah Solo, dan Wakil Sekretaris Badan Pengurus Harian dari Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI).

6. Teknik Analisis Data

Keseluruhan data yang diperoleh selama penelitian, penulis olah dan analisa. Semua bahan hukum yang ada yang didapat dari hasil penelitian diperlukan untuk menjawab perumusan masalah yang sudah ditetapkan. Semua data tersebut berupa peraturan perundang-undangan,

⁴⁵Lexy J. Moleong, 1990, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Remaja Rosdakarya, Bandung, hal. 139.

kontrak-kontrak pembiayaan *Mudharabah* yang disertai dengan jaminan dan atas jaminan tersebut dibuatkan suatu APHT. Dokumen-dokumen tersebut dikumpulkan dan disistematisasi, kemudian dikomparasikan dan dianalisis secara lengkap dan rinci menurut pokok bahasan dan permasalahan yang telah diajukan dan ditentukan, sehingga memudahkan interpretasi data dan pengambilan kesimpulan guna menjawab permasalahan. Analisis data dilakukan dalam bentuk analisis kualitatif, sehingga dapat ditemukan konsep hukum yang tepat bagi pengaturan pelaksanaan jaminan syariah di Indonesia.

7. Teknik Validasi Data

Data yang telah terkumpul disusun secara sistematis kemudian dianalisis menggunakan metode analisis yuridis normatif yaitu analisa yang menggunakan peraturan perundang-undangan, teori-teori hukum, asas-asas hukum serta doktrin.

Pemilihan terhadap analisis yang dilakukan hendaknya selalu bertumpu pada tipe dan tujuan penelitian serta sifat data yang terkumpul. Apabila data yang diperoleh kebanyakan bersifat pengukuran (angka-angka) hendaknya analisis yang diambil adalah kuantitatif, tetapi bila sulit di ukur dengan angka sebaiknya analisis kualitatif⁴⁶.

Data yang diperoleh baik dari studi kepustakaan maupun dari penelitian lapangan akan di analisis secara deskriptif kualitatif. Analisis

⁴⁶Bambang Waluyo, 1991, *Penelitian Hukum dalam Praktek*, Sinar Grafika, Jakarta, hal. 77-78.

deskriptif kualitatif yaitu metode analisis data yang mengelompokkan dan menyeleksi data yang diperoleh dari penelitian lapangan menurut kualitas dan kebenarannya, kemudian dihubungkan dengan teori-teori, asas-asas, dan kaidah-kaidah hukum yang diperoleh dari studi kepustakaan sehingga diperoleh jawaban atas permasalahan yang dirumuskan.

1.8 Orisinalitas Penelitian

Berdasarkan penelusuran kepustakaan atau informasi yang penulis peroleh, maka dalam penelitian ini mengandung kebaruan dan keaslian yang dapat dipertanggungjawabkan. Hal ini dapat ditunjukkan dengan adanya perbedaan aspek fokus penelitian sekarang dengan penelitian lain yang pernah dilakukan sebelumnya.

Penelitian ini akan menggunakan orisinalitas penelitian agar penelitian ini dapat bersifat original, untuk itu penulis akan membandingkan penelitian yang akan peneliti lakukan dengan beberapa penelitian sebelumnya yang hampir memiliki persamaan secara tema, namun secara substansi memiliki perbedaan, orisinalitas sebagaimana dimaksud akan tampak seperti berikut:

Tabel 1
Orisinalitas Penelitian

No	Penyusun	Judul Disertasi	Fokus Kajian	Perbedaan
1.	Noor Hafidah, 2017, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia	Hukum Jaminan Syariah dan Implementasinya dalam perbankan syariah di Indonesia	Tentang prinsip hukum jaminan syariah dalam konteks sistem hukum nasional, dengan kesimpulan penelitiannya menyatakan bahwa pelaksanaan atas jaminan syariah sangat diperlukan dan dalam pelaksanaannya perlu dilakukan dengan prinsip-prinsip hukum Jaminan Syariah (<i>Al-rahn</i>) yaitu adalah: <i>Al Hurriyah</i> (Asas Kebebasan), <i>Al-Musawah</i> (Asas Persamaan dan Kesetaraan), <i>Al-Adalah</i> (Asas Keadilan), <i>Al-Ridha</i> (Asas Kerelaan), <i>Al-Shidq</i> (Asas Kejujuran dan Kebenaran), <i>Al-Kitabah</i> (Asas	Penelitian ini hanya fokus dan menemukan tentang prinsip-prinsip hukum syariah dalam pembiayaan di dalam perbankan syariah, sedangkan penelitian penulis lebih kongkrit dan spesifik memberikan tawaran novelty yaitu berupa tawaran bahwa atas akad <i>Mudharabah</i> tidak perlu dipasang APHT melainkan cukup SKMHT

			Tertulis).	
2.	Muhamad Yadi, 2020, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Indonesia	Pengikatan Jaminan Kebendaan dalam Kontrak Pembiayaan Muḍārabah Sebagai Upaya Penyelesaian Sengketa Debitur Wanprestasi (Analisis Putusan MA Nomor 272/K/AG/2015 Tentang Pembiayaan Muḍārabah)	Penelitian ini menunjukkan bahwa pembebanan jaminan dalam kontrak pembiayaan <i>Mudharabah</i> dilakukan untuk menghindari character risk dari <i>Mudharib</i> berdasarkan fatwa DSN-MUI No: 105/DSN-MUI/X/2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan <i>Mudharabah</i> Musyarakah dan Wakalah bil Istitsmar.	Nilai kebaruan dalam penelitian ini yaitu dasar pembenaran jaminan syariah pada pembiayaan <i>Mudharabah</i> di perbankan syariah, di mana pembenaran sebagaimana dimaksud guna menghindari adanya <i>character risk</i> dari pihak <i>Mudharib</i>. Berbeda dengan penelitian penulis, lebih fokus bukan hanya pembenaran, melainkan menemukan terobosan hukum atas pemasangan SKMHT terhadap jaminan oleh pihak <i>Mudharib</i> dalam akad <i>Mudharabah</i>.
3.	Zaenal Arifin, pada Fakultas Hukum	Membangun Konstruksi Hukum Jaminan Syariah	Penelitian ini menunjukan bahwa terdapat perbedaan	Penelitian penulis lebih kongkrit dan spesifik

	Universitas 17 Agustus 1945 Semarang, 2022	Dalam Akad Pembiayaan Mudharabah	secara prinsip antara akad pembiayaan mudharabah dengan konsep kredit dalam utang piutang sehingga pengikatan jaminan dalam akad pembiayaan mudharabah perlu dilaksanakan dengan konsep jaminan syariah bukan dengan konsep hak tanggungan yang pada umumnya digunakan bagi perjanjian kredit utang piutang.	memberikan tawaran novelty yaitu berupa tawaran bahwa atas akad <i>Mudharabah</i> tidak perlu dipasang APHT melainkan cukup SKMHT Nilai kebaruan dalam penelitian ini yaitu dasar pembenaran jaminan syariah pada pembiayaan <i>Mudharabah</i> di perbankan syariah, di mana pembenaran sebagaimana dimaksud guna menghindari adanya <i>character risk</i> dari pihak <i>Mudharib</i>.
--	--	-------------------------------------	--	---

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

2.1 Perbankan Konvensional

Bank konvensional adalah bank yang menjalankan kegiatan usahanya secara konvensional yang terdiri atas Bank Umum Konvensional dan Bank Perkreditan Rakyat⁴⁷. Pengertian Bank berdasarkan UU No. 10 tahun 1998 yang menyempurnakan UU No. 7 tahun 1992, Bank sebagai badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk kredit dan atau bentuk-bentuk lain dalam rangka meningkatkan taraf hidup orang banyak. Berdasarkan pengertian itu, bank konvensional adalah bank yang dalam operasionalnya menerapkan metode bunga sudah ada terlebih dahulu, menjadi kebiasaan dan telah dipakai secara meluas dibandingkan metode bagi hasil.

Bank konvensional pada umumnya beroperasi dengan mengeluarkan produk-produk untuk menyerap dana dari masyarakat antara lain tabungan, simpanan deposito, simpanan giro; menyalurkan dana yang telah dihimpun dengan cara mengeluarkan kredit antara lain kredit investasi, kredit modal kerja, kredit konsumtif, kredit jangka pendek; pelayanan jasa keuangan antara lain kliring, inkaso, kiriman uang, Letter of Credit, dan jasa-jasa lainnya seperti jual beli surat berharga, bank draft, wali amanat, penjamin emisi, dan perdagangan efek.

⁴⁷ Rizal Yaya, Aji Erlangga Martawireja, Ahim Abdurahim, Akuntansi Perbankan Syariah Teori dan Praktik Kontemporer (Jakarta: Salemba Empat, 2014), hal. 48

Dari definisi di atas dapat disimpulkan bahwa bank merupakan lembaga keuangan yang kegiatannya Menghimpun dana (*funding*) dari masyarakat dalam bentuk simpanan, maksudnya dalam hal ini bank sebagai tempat penyimpanan uang atau berinvestasi bagi masyarakat. Tujuan utama masyarakat menyimpan uang biayanya adalah untuk keamanan uangnya, sedangkan tujuan kedua adalah untuk melakukan investasi dengan harapan memperoleh bunga dari hasil simpanannya. Tujuan lainnya adalah untuk memudahkan melakukan transaksi pembayaran. Untuk memenuhi tujuan di atas, baik untuk mengamankan, uang maupun untuk melakukan investasi, bank menyediakan sarana yang disebut dengan simpanan. Jenis simpanan yang di tawarkan sangat bervariasi tergantung dari bank yang bersangkutan. Secara umum jenis simpanan yang ada di bank adalah terdiri dari simpanan giro (*demand deposit*), simpanan tabungan (*saving deposit*) dan simpanan deposito (*time deposit*).

Kegiatan bank termasuk Menyalurkan dana (*lending*) ke masyarakat, dalam hal ini bank memberikan pinjaman (*credit*) kepada masyarakat. Dengan kata lain, bank menyediakan dana bagi masyarakat untuk membutuhkannya. Pinjaman kredit yang diberikan dibagi dalam berbagai jenis sesuai dengan keinginan nasabah. Sebelum kredit diberikan bank terlebih dahulu menilai apakah kredit tersebut layak diberikan atau tidak. Penilaian ini dilakukan agar bank terhindar dari kerugian akibat tidak dapat dikembalikannya pinjaman yang disalurkan bank dengan berbagai sebab.

Jenis kredit yang biasa diberikan oleh hampir semua bank adalah kredit investasi, kredit modal kerja, atau kredit perdagangan.

Kegiatan yang dilakukan bank adalah Memberikan jasa-jasa bank lainnya (services) seperti pengiriman uang (transfer), penagihan surat-surat berharga yang berasal dari dalam kota (clearing), penagihan surat-surat berharga yang berasal dari luar kota dan luar negeri (inkaso), letter of credit (L/C), safe deposit box, bank garansi, bank notes, travellers cheque, dan jasa lainnya. Jasa-jasa bank lainnya ini merupakan jasa pendukung dari kegiatan pokok bank yaitu menghimpun dan menyalurkan dana.⁴⁸

Tujuan bank yang utama adalah sebagai penunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan, pertumbuhan ekonomi dan stabilitas nasional kearah peningkatan kesejahteraan rakyat banyak. Sesuai dengan pengertian bank atau dua macam fungsi utama bank Indonesia, yaitu Sebagai badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk giro, deposito berjangka sertifikat deposito, tabungan bentuk lain yang dipercayakan masyarakat kepada bank dan Sebagai badan usaha yang menyalurkan dana kepada masyarakat dalam bentuk kredit.

2.2 Perbankan Syariah

Bank Islam atau Bank Syariah adalah lembaga keuangan yang usaha pokoknya memberikan kredit dan jasa-jasa dalam lalu lintas pembayaran serta

⁴⁸ Kasmir, Dasar-Dasar Perbankan (Jakarta: Rajawali Pers, 2013), hal. 4-5.

peredaran uang yang pengoperasiannya disesuaikan dengan prinsip-prinsip Syariah Islam. Berdasarkan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 sebagaimana telah direvisi dengan Undang-Undang nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, Bank Syariah adalah bank umum yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah yang dalam kegiatannya memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran. Menurut pasal 1 ayat 1 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, Perbankan Syariah adalah “segala sesuatu yang menyangkut tentang Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah (UUS), mencakup kelembagaan, kegiatan usaha, serta cara dan proses dalam melaksanakan kegiatan usahanya”.

Menurut Masfuk Zuhdi, yang dimaksud dengan Bank Islam adalah suatu lembaga yang fungsi utamanya menghimpun dana untuk disalurkan kepada orang atau lembaga yang membutuhkannya dengan sistem tanpa bunga, sedangkan tujuan didirikannya Bank Islam adalah untuk menghindari bunga uang yang diberlakukan oleh Bank Konvensional.⁴⁹ Bank Syariah adalah bank yang menjalankan kegiatan usahanya dengan berdasarkan prinsip syariah dan menurut jenisnya terdiri atas Bank Umum Syariah dan Bank Pembiayaan Rakyat Syariah. Berdasarkan rumusan tersebut, Bank Syariah berarti bank yang tata cara beroperasinya didasarkan pada tata cara bermuamalat secara Islam, yaitu mengacu pada ketentuan-ketentuan Al-Qur'an dan Al-Hadits.⁵⁰

⁴⁹ Masfuk Zuhdi, 1988, *Masail fiqhiyah*, Haji Masagung, Jakarta, hal. 216.

⁵⁰ Muhammad Sadi, 2015, *Konsep Hukum Perbankan Syariah Pola Relasi Sebagai Institusi Intermediasi dan Agen Investasi*, Setara Press, Malang, hal. 36-39

Tujuan Perbankan Syariah, pada pasal Pasal 3 dinyatakan bahwa Perbankan Syariah bertujuan menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan keadilan, kebersamaan, dan pemerataan kesejahteraan rakyat. Dalam mencapai tujuan menunjang pelaksanaan pembangunan nasional, Perbankan Syariah tetap berpegang pada Prinsip Syariah secara menyeluruh (kaffah) dan konseksten (istiqamah)” (Pasal 3 UU Perbankan Syariah dan Penjelasannya).

Sebagai perusahaan, Perbankan Syariah bertugas mencari keuntungan. Namun, dengan memerhatikan Prinsip Syariah, maka Perbankan syariah harus dapat mencari keuntungan secara halal, bebas dari kebatilan, penzaliman, penipuan (gharar), dan lain-lain. Lebih dari itu, sebisa mungkin Perbankan Syariah mencari keuntungan pada kegiatan yang berdampak secara langsung pada pemberdayaan masyarakat. Hal ini tentu berbeda dengan perbankan konvensional yang lahir dari semangat kapitalisme sehingga keuntungan menjadi tujuan pokok, meskipun harus dengan menindas masyarakat, melakukan penipuan, atau menyalahgunakan dana masyarakat untuk kepentingan pemegang saham atau pihak lain yang dapat mengendalikan bank konvensional.⁵¹

⁵¹ Zubairi Hasan, Undang-Undang Perbankan Syariah Titik Temu Hukum Islam dan Hukum Nasional (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2009), hal. 31-34.

2.3 Akad Pembiayaan *Mudharabah*

2.3.1 Definisi Akad

Lafal akad berasal dari lafal Arab *al-'aqd* yang berarti perikatan, perjanjian atau permufakatan (*al-ittifaq*). Secara terminologi fikih, akad didefinisikan sebagai pertalian *ijab* (pernyataan melakukan ikatan) dan *qabul* (pernyataan menerima ikatan) sesuai dengan kehendak syariat yang berpengaruh pada obyek perikatan. Jika dirumuskan pengertian akad adalah suatu perikatan, perjanjian yang ditandai adanya pernyataan melakukan ikatan (*ijab*) dan pernyataan menerima ikatan (*qabul*) sesuai dengan syariah Islamiyah yang mempengaruhi obyek yang diperikatkan oleh pelaku perikatan.⁵²

Akad (ikatan, keputusan, atau penguatan) atau perjanjian atau transaksi dapat diartikan sebagai kemitraan yang berbingkai dengan nilai-nilai syariah. Dalam istilah Fiqih, secara umum akad berarti sesuatu yang menjadi tekad seseorang untuk melaksanakan, baik yang muncul dari satu pihak, seperti wakaf, talak, sumpah, maupun yang muncul dari dua pihak, seperti jual beli, sewa, wakalah, dan lain-lain.

Tujuan akad yang telah diuraikan oleh Syamsul Anwar adalah untuk menciptakan suatu akibat hukum. Lebih tegas lagi tujuan akad adalah maksud bersama yang dituju dan yang hendak diwujudkan oleh para pihak melalui perbuatan akad. Akibat hukum tersebut dalam Islam disebut “hukum akad” (*hukm al-'aqd*). Tujuan akad untuk akad bernama telah ditentukan secara

⁵² Syamsul Anwar, 2007, *Hukum Perjanjian Syariah (Studi tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat)* Cetakan Pertama, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal. 67.

umum oleh Pembuat Hukum Syariah, sementara tujuan akad tidak bernama ditentukan oleh para pihak sendiri sesuai dengan maksud mereka menutup akad.⁵³

Menurut ulama fikih, akad memiliki akibat hukum, yaitu tercapainya sasaran yang ingin dicapai sejak semula, seperti pemindahan hak milik seperti dari penjual kepada pembeli dan akad itu bersifat mengikat bagi pihak-pihak yang berakad, tidak boleh dibatalkan kecuali disebabkan oleh hal-hal yang dibenarkan syarak, seperti terdapat cacat pada objek akad atau akad itu tidak memenuhi salah satu rukun atau syarat akad.⁵⁴

Setelah diketahui bahwa akad merupakan suatu perbuatan yang sengaja dibuat oleh dua orang atau lebih, berdasarkan keridho'an masing-masing maka akan timbul rukun-rukun akad, yaitu :

- a. Orang-orang yang berakad (*Aqid*);
- b. Benda-benda yang diakadkan (*Ma'qud 'alaih*);
- c. Tujuan atau maksud mengadakan akad (*marudhu 'al-'aqad*);
- d. Ijab dan Kabul (*Sighat al-'aqad*).

Kesepakatan apabila akad sudah memenuhi rukun-rukun tersebut, maka ia sudah dapat dikatakan sebagai akad karena substansi dari akad sudah ada, namun akad tersebut baru akan dapat dikatakan sah apabila telah memenuhi syarat akad tersebut.

Sejalan dengan berkembangnya sistem perbankan syariah, maka terdapat dua lembaga yang memiliki peran penting dalam menentukan

⁵³ *Ibid.*, hal. 69-70.

⁵⁴ Abdul Aziz Dahlan dkk., 2001, *Ensiklopedi Hukum Islam (Jilid 1)*, Cetakan Kelima, Ihtiar Baru van Hoeve, Jakarta, hal. 67.

jalannya lembaga keuangan ini, yaitu Dewan Syariah Nasional, Bank Indonesia dan Otoritas Jasa Keuangan. Dewan Syariah Nasional bertanggung jawab dalam menyediakan dan mengatur segala produk perbankan syariah, sedangkan Bank Indonesia mengatur tentang tata cara dan tata kerja bank syariah sebagai salah satu lembaga keuangan di Indonesia. Dalam transaksi perbankan, masing-masing pihak terlebih dahulu diikat dengan sebuah perjanjian yang disebut akad. Akad dapat diartikan sebagai manifestasi dari seseorang atau kelompok untuk melahirkan keinginan melakukan kegiatan transaksi yang bersifat pertukaran harta maupun bentuk lainnya.

Kedudukan akad dalam sistem perbankan syariah sangatlah penting, karena akad inilah yang membedakan antara transaksi sistem perbankan konvensional dengan transaksi sistem perbankan syariah. Akad dalam perbankan syariah haruslah terbebas dari riba, gharar dan maisir. Sehingga akad tersebut sangat berpengaruh dalam menentukan kelanjutan kesepakatan dari masing-masing pihak. Ciri dari akad dalam hukum Islam adalah adanya kerelaan dari kedua belah pihak, dengan demikian akan terbangun komunikasi yang harmonis dan masing-masing pihak tidak merasa dirugikan.

Secara umum tentang pembatalan perjanjian tidak mungkin dilaksanakan sebab dasar perjanjian adalah kesepakatan kedua belah pihak yang terikat dalam perjanjian tersebut. Namun pembatalan perjanjian dapat terjadi apabila.⁵⁵

a. Jangka waktu akad telah berakhir

⁵⁵ H. Chairuman Pasaribu, *Op.cit*, hal. 4.

Lazimnya suatu perjanjian selalu didasarkan pada jangka waktu tertentu, apabila telah sampai waktu yang diperjanjikan secara otomatis batallah perjanjian yang telah diadakan oleh kedua belah pihak. Dasar hukum tentang hal ini terdapat dalam surat at-Taubah ayat 4, yang berbunyi:

إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوا شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا
عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُوا إِلَيْهِمْ عَاهَدَهُمْ إِلَىٰ مَدَّتِهِمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ

Artinya :

“Kecuali orang-orang musyrikin yang kamu Telah mengadakan perjanjian (dengan mereka) dan mereka tidak mengurangi sesuatu pun (dari isi perjanjian)mu dan tidak (pula) mereka membantu seseorang yang memusuhi kamu, Maka terhadap mereka itu penuhlah janjinya sampai batas waktunya. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertaqwa”

b. Salah satu pihak menyimpang dari akad

Apabila salah satu pihak yang telah melakukan perbuatan yang menyimpang dari apa yang telah diperjanjikan, maka pihak lain dapat membatalkan perjanjian tersebut. Sesuai dengan firman Allah dalam surat at-Taubah ayat 7, yang berbunyi :

كَيْفَ يَكُونُ لِلْمُشْرِكِينَ عَهْدٌ عِنْدَ اللَّهِ وَعِنْدَ رَسُولِهِ إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ عِنْدَ
الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ مِمَّا أَسْتَقِيمُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ

Artinya :

“Maka selama mereka berlaku lurus kepadamu, hendaklah kamu berlaku lurus (pula) terhadap mereka. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertakwa”

c. Jika ada kelancangan dari bukti penghianatan (penipuan)

Apabila salah satu pihak melakukan sesuatu kelancangan dan telah ada bukti-bukti bahwa salah satu pihak mengadakan penghinaan terhadap apa yang telah diperjanjikan, maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan oleh pihak lainnya. Sesuai dengan firman Allah dalam surat an-Anfal ayat 58 yang berbunyi:

Artinya :

وَأِمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَأَنْذِرْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ ۗ إِنَّ اللَّهَ لَا

يُحِبُّ الْخَائِنِينَ

“Dan jika kamu khawatir akan (terjadinya) pengkhianatan dari suatu golongan, Maka kembalikanlah perjanjian kepada mereka dengan cara yang jujur. Sesungguhnya Allah tidak menyukai orang-orang yang berkhianat”

Secara etimologi *Mudharabah* berasal dari kata *dharb*, yang berarti secara harfiah adalah bepergian, berjalan, atau memukul istilah *Mudharabah* melalui akar kata *ضرب* yang diungkapkan sebanyak lima puluh delapan kali. Ayat-ayat Al Qur'an tersebut memiliki kaitan dengan *Mudharabah*, meski diakui sebagai kaitan yang jauh. Pengertian berjalan atau memukul ini lebih tepatnya adalah proses seseorang memukul kakinya dalam menjalankan usaha atau perjalanan untuk tujuan dagang. Dengan demikian karena *dharb* berhak menerima bagian keuntungan atas dukungan dan kerjanya. Secara terminologi, para Ulama Fiqh mendefinisikan *Mudharabah* atau *Qiradh* dengan: “Pemilik modal (investor) menyerahkan modalnya kepada pekerja

(pedagang) untuk diperdagangkan, sedangkan keuntungan dagang itu menjadi milik bersama dan dibagi menurut kesepakatan”.⁵⁶

Imam Syafi’i menyatakan bahwa “*Mudharabah*” adalah suatu akad yang memuat penyerahan modal kepada orang lain untuk mengusahakannya dan keuntungannya dibagi antara mereka berdua. Meskipun ia telah menegaskan kategorisasi *Mudharabah* sebagai suatu akad, namun ia tidak menyebutkan apa yang harus dipenuhi dari persyaratan kedua pihak melakukan akad, sebagaimana ia juga tidak menjelaskan cara pembagian keuntungan. Menurut Hanafiyah *Mudharabah* adalah suatu perjanjian untuk berkongsi di dalam keuntungan dengan modal dari salah satu pihak dan kerja (usaha) dari pihak lain.⁵⁷ Menurut Mazhab Maliki yaitu penyerahan uang di muka oleh pemilik modal dalam jumlah uang yang ditentukan kepada seseorang yang akan menjalankan usaha dengan uang itu dengan imbalan sebagian dari keuntungannya. Menurut Mazhab Syafi’i mendefinisikan dengan pemilik modal menyerahkan sejumlah uang kepada pengusaha untuk dijalankan dalam suatu usaha dagang dengan keuntungan menjadi milik bersama antara keduanya sedangkan menurut Mazhab Hanbali yaitu penyerahan suatu barang atau sejenisnya dalam jumlah yang jelas dan tertentu kepada orang yang mengusahakannya dengan mendapatkan bagian tertentu dari keuntungannya. Menurut Muhammad, salah satu hal yang mungkin terlupakan dari defenisi-defenisi yang dikemukakan oleh para ahli fikih klasik

⁵⁶ Hendi Suhendi, 2002, *Fiqh Muamalah*, Rajawali Pers, Jakarta, hal. 135.

⁵⁷ Imam Syafi’i, *Al-‘Umm, Juz Ii*, Maktabah Al-Kulliyati, Mesir, hal. 91.

adalah bahwa kegiatan kerjasama *mudharabah* merupakan jenis usaha yang tidak secara otomatis mendatangkan untung/hasil.

Penjelasan mengenai untung dan rugi perlu ditambahi sebagai bagian yang integral dari sebuah definisi yang baik. Hal ini karena dalam *mudharabah* tidak saja mempertimbangkan aspek keuntungan dalam usahanya tersebut namun juga mempunyai konsekuensi untuk mengalami kerugian. Kerugian modal ditimpakan kepada penyedia modal sedangkan kerugian tenaga keterampilan dan kesempatan mendapat laba ditanggung oleh pengusaha atau pengelola. Dalam bahasa hukum *mudharabah* berarti kontrak kerjasama di mana salah satu mitra yaitu pemilik berhak mendapatkan bagian keuntungan karena sebagai pemilik barang, ia disebut *rabbil mal*, pemilik barang yang disebut *raisal-mal* dan mitra lainnya berhak memperoleh bagian keuntungan atas pekerjaannya dan orang ini disebut *dharb* atau pengelola.⁵⁸

Menurut Ibnu Hazm yang dikutip oleh Afzalur Rahman *mudharabah* merupakan bagian dari bahasa fiqih yang tidak mempunyai dasar acuan langsung dalam Al-Qur'an dan hadist karena praktek *mudharabah* ini sebenarnya telah dipraktekkan sejak zaman sebelum Islam dan Islam mengakuinya dengan tetap ada dalam sistem Islam. Apabila kesepakatan-kesepakatan yang telah disepakati antara pemilik modal dengan pengelola telah diingkari oleh salah satu pihak, maka keadaan tersebut menyebabkan kecacatan dalam perjanjian tersebut sehingga pengelolaan dan penguasaan harta tersebut dianggap *ghasab*. Dalam *mudharabah* sendiri terdapat

⁵⁸ Afzalur Rahman, 1995, *Doktrin Ekonomi Islam*, Dana Bakti Wakaf, Yogyakarta, hal. 395.

ketentuan-ketentuan yang mendasari aktivitas *mudharabah* tersebut. Dalam hal modal, para ulama mengemukakan bahwa modal tersebut dapat direalisasikan dalam bentuk sejumlah mata uang yang beredar. *Mudharabah* dibagi menjadi dua yaitu:⁵⁹

a) *Mudharabah Mutlaqah*

Mudharabah mutlaqah adalah bentuk kerja sama antara *shahibul maal* (penyedia dana) dengan *Mudharib* (pengelola) yang cakupannya sangat luas dan tidak dibatasi oleh spesifikasi jenis usaha, waktu dan daerah bisnis. Penyedia dana melimpahkan kekuasaan yang sebesar-besarnya kepada *Mudharib* untuk mengelola dananya. Jadi bank memiliki kebebasan penuh untuk menyalurkan dananya ini ke bisnis manapun yang diperkirakan menguntungkan. Penerapan umum dalam produk ini adalah.⁶⁰

- i. Bank wajib memberitahukan kepada pemilik dana mengenai nisbah dan tatacara pemberitahuan keuntungan atau pembagian keuntungan secara risiko yang dapat ditimbulkan dari penyimpanan dana apabila telah tercapai kesepakatan, maka hal tersebut harus dicantumkan dalam akad.
- ii. Untuk tabungan *Mudharabah*, bank dapat memberikan buku tabungan sebagai bukti penyimpanan serta kartu ATM dan atau alat penarikan lainnya pada penabung.

⁵⁹ Abdurrahman Al-Jaziri, 1990, *Al-Fiqh 'Ala Madzahib Al Arba'ah, Jilid III*, Daar Al-Fikr, Beirut, hal.42.

⁶⁰ Wiroso, 2005, *Penghimpunan Dana Dan Distribusi Hasil Usaha Bank Syariah*, Pt Grasindo, Jakarta, hal. 38.

- iii. Tabungan *Mudharabah* dapat diambil setiap saat oleh penabung sesuai dengan perjanjian yang disepakati namun tidak diperkenankan mengalami saldo negatif.
- iv. Ketentuan-ketentuan lain yang berkaitan dengan tabungan tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip syariah.⁶¹

b) *Mudharabah Muqayyadah*

Jenis *Mudharabah* ini merupakan penyaluran dana *Mudharabah* langsung kepada pelaksanaan usahanya, di mana bank bertindak sebagai perantara (*arranger*) yang mempertemukan antara pemilik dana dengan pelaksana usaha. Pemilik dana dapat menetapkan syarat-syarat tertentu yang harus dipatuhi oleh bank dalam mencari bisnis (pelaksana usaha). Karakteristik jenis simpanan ini adalah:⁶²

1. Sebagai tanda bukti simpanan bank menerbitkan bukti simpanan khusus. Bank wajib memisahkan dana dari rekening lainnya. Simpanan khusus dicatat pada pos tersendiri dalam rekening administratif.
2. Dana simpanan khusus harus disalurkan secara langsung kepada pihak yang diamanatkan oleh pemilik dana.
3. Bank menerima komisi atas jasa mempertemukan kedua pihak, sedangkan antara pemilik dana dan pelaksana usaha berlaku nisbah bagi hasil. Dalam lembaga keuangan akad tersebut diterapkan untuk proyek yang dibiayai langsung oleh dana nasabah, sedangkan lembaga keuangan hanya bertindak sebagai wakil yang mengadministrasikan proyek itu.

⁶¹ Naf'an, 2014, *Pembiayaan Musyarakah Dan Mudharabah*, Graha Ilmu, Yogyakarta, hal. 117.

⁶² *Ibid.*, hal. 118.

Faktor-faktor yang harus ada (rukun) dalam akad *Mudharabah* adalah sebagai berikut.⁶³

- a) Pelaku, jelas bahwa rukun dalam akad *Mudharabah* sama dengan rukun dalam akad jual beli ditambah satu faktor tambahan, yakni nisbah keuntungan. Faktor pertama pelaku, di dalam akad *Mudharabah* minimal ada dua perilaku, pihak pertama bertindak sebagai pemilik modal (*Shahibul Maal*), sedangkan pihak kedua bertindak sebagai pelaksana usaha (*Mudharib*). Tanpa adanya dua pelaku ini akad *Mudharabah* tidak ada.
- b) Objek, faktor kedua (objek *Mudharabah*) merupakan konsekuensi logis dari tindakan yang dilakukan oleh para pelaku. Pemilik modal menyerahkan modalnya sebagai objek *Mudharabah*, sedangkan pelaksana usaha menyerahkan pekerjaannya sebagai objek *Mudharabah* modal yang disembarkan bisa berbentuk uang atau barang yang dirinci berapa nilai uangnya, sedangkan kerja yang diserahkan bisa berbentuk keahlian, keterampilan, skil, dan lain sebagainya. Tanpa dua objek ini akad *Mudharabah* tidak ada. Para fuqaha sebenarnya tidak membolehkan modal *Mudharabah* berbentuk barang, harus uang tunai karena barang tidak dapat dipastikan taksiran harganya dan dapat mengakibatkan ketidak pastian besarnya modal *Mudharabah*. Namun para ulama mazhab Hanafi membolehkannya dan nilai barang yang dijadikan setoran modal harus disepakati pada saat akad oleh *Mudharib* dan *Shahibul Maal*. Yang

⁶³ Ghufron A. Mas'adi, 2002, *Fiqh Muamalah Kontekstual*, PT Raja Grafindo Persada, Semarang, hal. 197.

jelas tidak boleh adalah modal *Mudharabah* yang belum disetor. Para fuqaha telah sepakat tidak bolehnya *Mudharabah* dengan hutang, tanpa adanya setoran modal, berarti *Shahibul Maal* tidak memberikan kontribusi apapun padahal *Mudharib* telah bekerja. Para ulama syafi'i dan maliki melarang hal itu karena merusak sahnya akad. Persetujuan,⁶⁴

- c) faktor ketiga yaitu persetujuan kedua belah pihak memiliki prinsip sama-sama rela. Di sini kedua belah pihak harus secara rela bersepakat untuk mengikatkan diri dalam akad *Mudharabah* si pemilik dana setuju dengan perannya untuk mengkontribusikan dana, sementara si pelaksana usaha pun setuju dengan perannya untuk mengkontribusikan kerja. Nisbah Keuntungan,
- d) faktor yang keempat yaitu nisbah adalah rukun yang khas dalam akad *mudharabah*, yang tidak ada pada jual beli. Nisbah ini mencerminkan imbalan yang berhak diterima oleh kedua belah pihak yang bekerjasama atau bermudharabah. *Mudharib* mendapatkan imbalan atas kerjanya, sebagai *Shahibul Maal* mendapatkan imbalan atau penyertaan modalnya. Nisbah keuntungan inilah yang akan mencegah terjadinya perselisihan antara kedua belah pihak mengenai cara pembagian keuntungan.

Indonesia juga memiliki pengaturan serta fatwa mengenai konsep *Mudharabah*. Berdasarkan ketentuan kitab-kitab fikih maupun Fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN) tentang *mudharabah* bahwa bagi hasil harus didasarkan presentase dari keuntungan yang didapatkan bukan dari jumlah

⁶⁴ *Ibid*, hal. 98.

modal pembiayaan yang diberikan lembaga keuangan atau perbankan, karena hal ini merupakan wujud keadilan.⁶⁵ Demikian pula apabila terjadi kerugian maka kerugian tersebut ditanggung oleh sepenuhnya oleh lembaga selaku *shahibul Maal* selama kerugian yang timbul bukan disebabkan oleh kelalaian ataupun kesalahan serta pelanggaran yang dilakukan pengelola (*nasabah*). Karena apabila tidak demikian, maka *mudharib* akan mudah melakukan suatu pelanggaran yang merugikan bank dan akhirnya terjadi penzaliman pada salah satu pihak. Maka hal ini yang harus dihindari. Dalam *mudharabah*, pengelola adalah wakil dari lembaga atau *shahibul maal* agar dana yang dipakai untuk usaha sehingga mendapatkan keuntungan. Keuntungan tersebut diadakan kesepakatan tentang bagi hasil atau yang disebut nisbah. Apabila usaha yang dilakukan *mudharib* mengalami kerugian yang diperoleh anggota adalah kerugian tenaga dan waktu melaksanakan kegiatan tersebut.⁶⁶

Di dalam fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia Nomor: 07/DSN-MUI/IV/2000 penetapannya pada penerapan kedua poin 4 menyebutkan : Keuntungan *mudharabah* adalah jumlah yang didapat sebagai kelebihan dari modal. Syarat keuntungan berikut ini harus dipenuhi :

- I. Harus diperuntukan bagi kedua pihak dan tidak boleh disyaratkan hanya satu pihak.
- II. Bagian keuntungan proporsional bagi setiap pihak harus diketahui dan dinyatakan pada waktu kontrak disepakati dan harus dalam

⁶⁵ Cholil Nafis, 2010, *Fatwa Fiqh Muamalah Majelis Ulama Indonesia: Analisis Ke Atas Pemikiran Hukum, Metode ,Istinbat Dan Penyerapannya Ke Dalam Peraturan Perundangan*, Universiti Malaya, Kuala Lumpur, hal. 87.

⁶⁶ Syamsul Anwar, 2007, *Studi Hukum Islam Kontemporer*, Rm Books, Jakarta, hal. 302-303.

bentuk prosentasi (nisbah) dari keuntungan sesuai kesepakatan. Perubahan nisbah harus berdasarkan kesepakatan. Penyedia menanggung semua kerugian akibat dari *mudharabah*, dan pengelola tidak boleh menanggung kerugian apapun kecuali diakibatkan dari kesalahan disengaja, kelalaian atau pelanggaran kesepakatan. Dalam penyaluran pembiayaan menggunakan prosedur seperti yang diterapkan pada bank konvensional lainnya, namun dalam konsep pengaplikasiannya tetap tidak melalaikan dari sistem syariah yang berlaku. Penerapan *mudharabah*, bank memposisikan diri sebagai mitra kerja yaitu sebagai penyedia dana untuk memenuhi kebutuhan modal nasabah, sehingga posisi bank dengan nasabah adalah sejajar, sesuai dengan fatwa No.07/DSN-MUI/IV/2000, sedangkan pada praktek penentuan bagi hasil telah lebih dahulu ditentukan secara nominal di awal akad dari keuntungan nisbah yang sudah diasumsikan berdasarkan keuntungan sebelumnya dari jumlah modal pembiayaan yang diberikan. Bagi hasil yang ditentukan nominalnya dan disepakati bersama akan dibayar.

Dalam fatwa DSN No. 07/DSN-MUI/IV/2000 dalam kegiatan usaha *mudharib* memiliki hak eksklusif yang tidak boleh ada campur tangan dari penyedia dana, tetapi ia mempunyai hak untuk melakukan pengawasan agar tercapai keadilan. Sebab pada dasarnya akad dalam *mudharabah* tidak ada

ganti rugi, karena pada dasarnya akad ini bersifat amanah (*Yad al-Amanah*).⁶⁷ Risiko yang terjadi dalam pemberian pembiayaan seperti kemacetan ataupun kerugian dalam pembayaran, harus diantisipasi sedini mungkin. Hal ini dapat dilakukan dengan cara; Mengingatnkan, penyuratan, memberi tenggang waktu, sita jaminan, dan pengadilan. Yang terakhir ini merupakan solusi terakhir jika anggota tidak memenuhi kewajibannya. Langkah-langkah tersebut apabila dilihat dari sudut fikih Islam telah sesuai dengan prinsip-prinsip syari'ah. Islam mengajarkan saling mengingatkan akan kesalahan dengan penuh kesabaran. Allah berfirman dalam surah al-Ashr (103) ayat 1-3 "*Demi waktu sesungguhnya manusia dalam keadaan merugi. Kecuali orang-orang yang beriman, beramal saleh, yang saling menasehati dalam kebaikan dan saling menasehati dalam kesabaran*".

Ayat di atas menjelaskan bahwa bila seseorang tidak mau merugi dalam hidupnya, maka hendaknya ia harus saling mengingatkan kesalahan satu dengan yang lainnya, sehingga akan kembali kepada jalan yang benar. Dalam konteks pembiayaan *mudharabah* yang dalam praktek pengembalian modal serta bagi hasil yang mengalami masalah, artinya nasabah tidak membayar atau selalu lambat dalam membayar angsuran maka harus selalu diingatkan. Mengingatnkan dilakukan untuk membangun sesuatu hal yang lebih baik.

Nasabah yang melakukan kesalahan harus diingatkan, ditanyakan masalahnya dan apa yang menyebabkan keterlambatan dalam pembayaran

⁶⁷ Fadhilah Mursid, Kajian Fatwa Dewan Syariah Nasional tentang *Mudharabah*, Tawazun, *Journal of Sharia Economic Law*. Volume 3, Nomor 1, Maret 2020. hal. 115.

mengenai usaha yang selama ini dilakukan dan apa-apa saja kendalanya. Dalam tingkatan *maqāsid syari'ah ḍarūriyah* penjagaan terhadap agama dalam bagi hasil. Pelarangan terhadap bagi hasil yang mengandung unsur riba harus ditinggalkan, karena pelarangan agama tentang riba adalah perkara yang wajib ditinggalkan.⁶⁸ Allah SWT berfirman yang artinya: “*Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu memakan riba dengan berlipat ganda dan bertakwalah kepada Allah supaya kamu mendapat keberuntungan*” (an-Nisa:162).

Meninggalkan riba adalah suatu bentuk aspek ḍarūriyah yang harus dipenuhi sebagai eksistensi menjaga agama. Islam sangat menekankan kepada perdamaian dan kekeluargaan. Oleh karena itu masalah-masalah yang timbul diupayakan dengan cara damai dan kekeluargaan. Karena pada dasarnya usaha bersama ini sifatnya adalah ta'awun (tolong menolong), sehingga jangan sampai ada yang terzalimi. Oleh karena itu penundaan pembayaran yang diberikan lembaga kepada nasabah merupakan bentuk pencarian solusi agar perdamaian dan kekeluargaan tetap terjaga. Islam memberi masa pengunduran pembayaran tersebut.⁶⁹ Sebagaimana firman Allah SWT surah al-Baqarah (2) ayat 280 “*Dan apabila yang berhutang itu dalam kesukaran, maka berilah tenggang waktu sampai dia dalam kemudahan. Dan jika kalian mersedekahkan (uang pinjaman tersebut), hal itu lebih baik bagimu, jika kalian mengetahui*”. Pengunduran dalam pembayaran tersebut adalah sampai

⁶⁸ Oni Sahroni dan Karimadiwarman.,A, *Maqashid Bisnis & Keuangan Islam: Sintensis Fikih Dan Ekonomi*, Rajawali Pers, Jakarta, hal.66.

⁶⁹ Mohammad Fauzan, Penerapan Fatwa DSN-MUI No.07/Dsn-Mui/Iv/2000 Tentang Mudharabah Di Pt. Bni Syariah Cabang Palu Perspektif Maqasid Syariah, Millah: *Jurnal Studi Agama*, Vol. 19, No. 1, Agustus 2019 , hal. 88.

peminjam mendapatkan kemudahan, bahkan ayat di atas justru menganjurkan untuk mendedikannya.

Memberikan suatu jaminan kepada yang diberi pembiayaan, pada dasarnya Islam tidak melarang adanya praktek pemberian jaminan, dengan pertimbangan untuk kemaslahatan kedua belah pihak.⁷⁰ Dalam al-Qur'an surah al-Baqarah ayat 283 *"Jika kamu dalam perjalanan (dan bermuamalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan yang di pegang (oleh yang berpiutang)."* Ayat diatas menjelaskan diperbolehkannya memberikan jaminan terhadap pembiayaan *mudharabah*. Dalam transaksi harus ada persyaratan saling merelakan antara kedua belah pihak dan tidak ada paksaan yang menjadikan adanya penzaliman ataupun ketidakadilan. Dan penyerahan jaminan harus ada kerelaan antara kedua belah pihak antara lembaga dan anggota. Imam Syatibi berpandangan bahwa tujuan utama dari maqāsid syari'ah adalah untuk menjaga dan memperjuangkan lima hal yang paling penting. Penjagaan itu dalam syariat dikenal dengan *kulliyat al-khamsah* lima hal yang paling penting, yaitu menjaga agama, jiwa, akal, keturunan, dan memelihara harta. Kelima maqasid tersebut bertingkat-tingkat sesuai dengan tingkatan masalah dan kepentingannya. Urgensi dan kepentingan tersebut terbagi atas tiga kebutuhan, yakni, *darūriyah* (kebutuhan primer), *hājiyah* (kebutuhan sekunder), dan *tahsīniyah* (kebutuhan tersier).⁷¹

⁷⁰ Abu Ishaq Al-Syatibi, *Al-Muwafaqat Fi Ushuli Al-Syariah*, II, Daarul Al-Kutub Al-Ilmiyah, Beirut, hal. 2-3.

⁷¹ Abu Ishak Asy-Syatibi, 2000, *Al-Muwafaqat Fi Usuli Asy-Syariah*, Jilid. 2, Darut Kutub Al-Ilmiyah Beirut, hal. 8.

Penanganan yang dilakukan terhadap nasabah jika terjadi kerugian jika dilihat dari ruang lingkup maqāsid syarī'ah berdasarkan fatwa DSN maka, sebagai aspek *darūriyah* (primer) dalam hal ini, pemberian sanksi atau sita jaminan kepada nasabah adalah bentuk dari mencegah terjadinya risiko keuangan yang akan terjadi. Maka perlindungan terhadap risiko keuangan tersebut adalah bentuk dari penjagaan harta (*hifzul māl*). Risiko yang bisa terjadi pada akad *mudharabah* adalah; risiko nasabah, dan risiko terkait pembayaran.⁷² Dalam *maqāsid syarī'ah* aspek *darūriyah* apabila hal tersebut tidak dilaksanakan maka akan berdampak terhadap keselamatan kelangsungan operasional perbankan itu sendiri atau dikenal sebagai penjagaan terhadap harta (*hifzul māl*). Sebagai aspek *ḥājjiyah* (sekunder), penanganan nasabah sebelum terjadi kerugian: mengingatkan, tagih terus menerus, memberi tenggang waktu, sita jaminan dan pengadilan. Adalah hal yang lazim dilakukan oleh perbankan syari'ah. Tujuannya agar nasabah lebih memperhatikan lagi terhadap kewajibannya, sedangkan pada tingkatan aspek *taḥsīniyah* (tersier). Dalam *mudharabah* bentuk dari penjagaan terhadap harta (*hifzul māl*), jaminan *mudharabah* adalah bentuk dari penyempurnaan sehingga bagi bank jaminan adalah bentuk dari keseriusan nasabah dalam mengajukan pembiayaan *mudharabah*. Namun tidak memberlakukan sanksi atau ganti rugi kepada nasabah pada pembiayaan *mudharabah* sebagaimana fatwa yang telah ditetapkan oleh DSN-MUI No 07. Karena pada dasarnya

⁷² Muhamad, 2005, *Manajemen Pembiayaan Bank Syariah*, Upp Amp Ykpn, Yogyakarta, 2005, hal. 128-130.

akad ini bersifat amanah (*yad al-amanah*), kecuali akibat dari kesalahan disengaja atau melanggar kesepakatan.

Nasabah selaku pengelola harus senantiasa menunaikan kewajibannya kepada bank dan nasabah harus mempunyai itikad yang baik dalam menunaikan kewajibannya dan tidak boleh dengan sengaja menunda-nunda pembayaran. Ibnu Asyur menjelaskan bahwa menjaga kepercayaan muktasib (orang yang bekerja) itu dengan cara melindungi harta sebagaimana firman Allah: “*Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama-suka diantara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu; sesungguhnya Allah adalah Maha Penyayang kepadamu*”.⁷³ Ayat ini menjadi dalil legalitas tujuan *hifzul māl* yang harus diterapkan dalam setiap praktek bisnis. *Hifzul māl* yang dimaksud diimplementasikan dengan ketentuan *tautsiq* (pengikatan) dalam akad muamalah maliah. Terkait ayat tersebut pihak nasabah harus mentaati akad yang telah dilakukan, seperti pembayaran tepat waktu. Kalaupun ada kendala dalam pembayaran maka komunikasikan kepada pihak bank dan jangan ada kecurangan di dalam transaksi pembayaran sedangkan ia mampu. Tujuan dari *maqāsid syarī’ah* adalah mencapai kemaslahatan. Lawan dari kemaslahatan adalah *mafsadah* (kerusakan). Syatibi mengatakan tujuan dari syariat adalah mewujudkan kemaslahatan dunia maupun akhirat. Kemaslahatan inilah dalam pandangan Atssyatibi disebut *maqāsid syarī’ah*. Dengan kata lain, penetapan

⁷³ Adiwarman dan Oni, *Maqashid Bisnis Dan Keuangan Islam Sintesis Fikih Dan Ekonomi*, Rajawali Pers, Jakarta, 2015, hal. 66.

syariat, baik secara keseluruhan maupun secara rinci didasarkan pada *illat* (motif penetapan hukum), yaitu mewujudkan kemaslahatan.

Pembiayaan atau *financing* merupakan salah satu tugas pokok bank yaitu penyediaan dana, barang, serta fasilitas lainnya yang diberikan kepada nasabah untuk mendukung investasi yang telah direncanakan, baik dilakukan sendiri maupun lembaga berdasarkan ketentuan syariah dan standar akuntansi perbankan Syariah yang berlaku. Pembiayaan menurut Pasal 1 angka 25 UU Perbankan Syariah, penyediaan dana atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berupa: Transaksi bagi hasil dalam bentuk *Mudharabah* dan musyarakah transaksi sewa-menyewa dalam bentuk ijarah atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiya bittamlik*, transaksi jual beli dalam bentuk piutang murabahah, salam, dan istishna, transaksi pinjam-meminjam dalam bentuk piutang qardh dan transaksi sewa-menyewa jasa dalam bentuk ijarah untuk transaksi multijasa.⁷⁴

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 10 tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Pasal 1 ayat 12 menjelaskan bahwa Pembiayaan adalah penyediaan uang atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara Bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai untuk mengembalikan uang atau tagihan tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan atau bagi hasil.⁷⁵

⁷⁴ Muhammad Syafi'i Antonio, 2001, *Bank Syariah Dari Teori Ke Praktek*, Gema Insani Press, Jakarta, hal. 160.

⁷⁵ Arrison Hendry, 1999, *Perbankan Syariah*, Muamalah Institute, Jakarta, hal. 25.

Adapun macam-macam pembiayaan antara lain: Pembiayaan konsumtif yaitu pembiayaan yang diajukan untuk pembiayaan yang bersifat konsumtif seperti, pembiayaan untuk pembelian rumah, kendaraan bermotor, pembiayaan pendidikan, dan apa pun yang sifatnya konsumtif. Pembiayaan produktif yaitu pembiayaan yang ditujukan untuk pembiayaan sektor produktif, seperti pembiayaan modal kerja, pembiayaan pembelian barang modal, dan lainnya yang mempunyai tujuan untuk pemberdayaan sektor riil.

1. Pengertian *Mudharabah*

Pengertian *Mudharabah* berasal dari kata *dharb*, berarti memukul atau berjalan. Pengertian memukul atau berjalan ini lebih tepatnya adalah proses seseorang memukulkan kakinya dalam menjalankan usaha, sedangkan secara istilah, *Mudharabah* merupakan akad kerja sama usaha antara dua pihak di mana pihak pertama (pemilik dana) menyediakan seluruh dana, sedangkan pihak kedua (pengelola dana) bertindak selaku pengelola, dan keuntungan usaha dibagi di antara mereka sesuai kesepakatan sedangkan kerugian finansial hanya ditanggung oleh pengelola dana. Menurut Syafi'i Antonio, *Mudharabah* adalah akad kerjasama usaha antara dua pihak di mana pihak pertama (*shahibul maal*) menyediakan seluruh (100%) modal, sedangkan pihak lainnya menjadi pengelola. Keuntungan usaha secara *Mudharabah* dibagi menurut kesepakatan yang dituangkan dalam kontrak, sedangkan apabila rugi ditanggung oleh pemilik modal selama kerugian itu bukan akibat kelalaian

si pengelola⁷⁶, apabila kerugian itu diakibatkan karena kecurangan atau kelalaian si pengelola, maka pengelola harus bertanggung jawab atas kerugian tersebut. Umer Chapra, seorang pakar ekonomi dari Pakistan mengartikan *Mudharabah* sebagai sebuah bentuk kemitraan di mana salah satu mitra disebut shahibul *maal* atau *rabbul maal* (penyedia dana) yang menyediakan sejumlah modal tertentu dan bertindak sebagai mitra pasif, sedangkan mitra yang lain disebut *Mudharib* yang menyediakan keahlian usaha dan manajemen untuk menjalankan *venture*, perdagangan, industri atau jasa dengan tujuan untuk mendapatkan laba.

Pengertian-pengertian yang dijelaskan diatas tentang *Mudharabah*, maka dapat diambil kesimpulan bahwa akad *Mudharabah* adalah akad kerjasama usaha antara dua pihak di mana pihak pertama sebagai penyedia dana (*shahibul maal*) menyediakan seluruh dana, sedangkan pihak kedua (pengelola dana/*Mudharib*) bertindak selaku pengelola, dan keuntungan dibagi antara mereka sesuai dengan kesepakatan, sedangkan kerugian ditanggung oleh pemilik dana selama kerugian tidak diakibatkan oleh kelalaian pengelola dana, apabila kerugian yang terjadi diakibatkan oleh kelalaian si pengelola, maka kerugian ini akan ditanggung oleh pengelola dana.⁷⁷

2. Dasar Hukum *Mudharabah*

a. Al-Qur'an

⁷⁶ Dwi Suwiknyo, 2010, *Kompilasi Tafsir Ayat-Ayat Ekonomi Islam*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hal. 181.

⁷⁷ Muhammad Syafi'i Antonio, 2001, *Bank Syariah: Dari Teori Ke Praktik*, Gema Insani Pers, Jakarta, hal. 95.

Dasar Hukum *Mudharabah* QS. Al-Baqarah ayat 283 “Jika kamu dalam perjalanan (dan bermu’amalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang (oleh yang berpiutang). Akan tetapi jika Sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (hutangnya) dan hendaklah ia bertakwa kepada Allah Tuhannya; dan janganlah kamu (para saksi) menyembunyikan persaksian. Dan barang siapa yang menyembunyikannya, maka sesungguhnya ia adalah orang berdosa hatinya; dan Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan”.

QS. Al-Maidah ayat 1 “Hai orang-orang yang beriman, penuhilah aqad-aqad itu. Dihalalkan bagimu binatang ternak, kecuali yang akan dibacakan kepadamu. (yang demikian itu) dengan tidak menghalalkan berburu ketika kamu sedang mengerjakan haji. Sesungguhnya Allah menetapkan hukum-hukum menurut yang dikehendaki-Nya”. Aqad (perjanjian) dalam ayat di atas mencakup: janji prasetia seorang hamba kepada Allah dan perjanjian yang dibuat oleh manusia dalam pergaulan sehari-hari dengan sesamanya”.

Aqad (perjanjian) dalam ayat di atas mencakup: janji prasetia seorang hamba kepada Allah dan perjanjian yang dibuat oleh manusia dalam pergaulan sehari-hari dengan sesamanya.

b. Al Hadits

Al-Hadits Nabi riwayat Thabrani mengatakan Abbas bin Abdul-Muthalib “Jika menyerahkan harta sebagai *Mudharabah*, ia mensyaratkan kepada *Mudharibnya* agar tidak mengurangi lautan dan tidak menuruni lembah, serta tidak membeli hewan ternak.” Jika persyaratan itu dilanggar, ia (*Mudharib*) harus menanggung risikonya. Ketika persyaratan yang ditetapkan Abbas itu didengar Rasulullah, beliau membernarkannya.” (HR. Ath-Thabrani dari Ibnu Abbas).

Hadits riwayat Ibnu Majah Dari Shalih bin Shuhaib r.a. bahwa Rasulullah saw. bersabda, “Tiga hal yang di dalamnya terdapat keberkatan: jual beli secara tangguh, muqaradhah (*Mudharabah*), dan mencampur gandum dengan tepung untuk keperluan rumah, bukan untuk dijual.” (HR. Ibnu Majah no. 2280, kitab at-Tijarah).

c. Ijma’

Mudharabah juga didasarkan pada ijma’. Diriwayatkan, bahwa sejumlah sahabat menyerahkan (kepada orang, *Mudharib*) harta anak yatim sebagai *Mudharabah* dan tidak ada seorang pun mengingkari mereka karena hal itu dipandang sebagai ijma’.

d. Qiyas

Sebagian ulama juga mendasarkan *Mudharabah* ini dengan diqiyaskan pada transaksi *musaqah*⁷⁸. Landasan Pembiayaan *Mudharabah* dalam Fatwa DSN MUI Nomor: 07/DSN-MUI/IV/2000 Fitur dan mekanisme Akad Pembiayaan *Mudharabah* adalah: Bank

⁷⁸ Neneng Nurhasanah, 2015, *Mudharabah Dalam Teori Dan Praktik*, PT Refika Aditama, Bandung, hal. 69.

bertindak sebagai pemilik dana (*shahibul maal*) yang menyediakan dana dengan fungsi sebagai modal kerja dan nasabah sebagai pengelola dana (*Mudharib*) dalam kegiatan usahanya.

Bank memiliki hak dalam pengawasan dan pembinaan usaha nasabah walaupun tidak ikut serta dalam pengelolaan usaha nasabah, antara lain bank dapat melakukan review dan meminta bukti-bukti dari laporan hasil usaha nasabah berdasarkan bukti pendukung yang dapat dipertanggungjawabkan. *Mudharabah* dan Prinsip Bagi Hasil berdasarkan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan maupun undang-undang perubahannya. Bentuk penghimpunan dana dapat dilakukan melalui penerimaan simpanan dari masyarakat. Simpanan adalah dana yang dipercayakan oleh masyarakat kepada bank berdasarkan akad/perjanjian penyimpanan dalam bentuk giro, tabungan, deposito dan bentuk lainnya yang dipersamakan dengan itu.

Kegiatan penghimpunan dana dan pembiayaan merupakan kegiatan pelayanan jasa Perbankan Syariah yang utama dari semua kegiatan Lembaga keuangan bank syariah. Pelayanan jasa berupa penghimpunan dana dari masyarakat dapat dilakukan dengan prinsip *Wadi'ah* dan *Mudharabah*. Di samping mendapatkan dana dari masyarakat Perbankan Syariah juga mendapatkan dana dalam bentuk modal yang disetorkan pada saat pendirian bank syariah. Modal adalah dana yang diserahkan oleh pemilik (*owner*). Produk

penghimpunan dana dengan akad wadiah ini adalah Giro, dan Tabungan wadiah. Giro wadiah, nasabah menitipkan dananya dan setiap saat nasabah berhak mengambilnya dan berhak mendapatkan bonus dari keuntungan pemanfaatan dana giro oleh bank. Besarnya bonus tidak ditetapkan di muka tetapi benar-benar merupakan “kebijaksanaan” bank.⁷⁹

Giro Wadiah seharusnya merupakan titipan murni, bank tidak mempergunakan untuk investasi dan pembiayaan. Jika kemudian dimodifikasi dengan memberi rekomendasi kepada bank untuk mempergunakannya dan memanfaatkan hasilnya, hal itu tergantung kesepakatan para pihak (kerelaan *shahibul maal*). Namun pemberian bonus oleh bank sebagaimana praktek saat ini walaupun tidak ditentukan di muka dalam konteks wadiah belum dapat diterima. Dalam kondisi yang demikian sebenarnya tidak perlu memakai model “wadiah”, tapi dengan aqad *syirkah Mudharabah* saja.⁸⁰ Dalam kontrak Islam dikenal *wadiah yad amanah*, merupakan titipan murni, harta yang dititipkan diadministrasikan dalam pembukuan yang terpisah dengan kekayaan bank. Penyimpan tidak bertanggung jawab atas kerusakan atau kehilangan barang yang disimpan yang tidak disebabkan perbuatan atau kesalahan penyimpan, sedangkan dalam

⁷⁹ Adiwarmarman Karim, 2010, *Bank Islam: Analisis Fiqih Dan Keuangan*, PT Rajagrafindo Persada, Jakarta, hal. 107.

⁸⁰ Hendi Suhendi, 2010, *Fiqh Muamalah*, Ed.1, Cet Ke-6, Rajawali Pers, Jakarta, hal. 135.

tabungan wadiah lebih gampang dari pada giro wadiah karena dapat ditarik dapat ditarik melalui ATM.

2.3.2 Prinsip Bagi Hasil dalam *Mudharabah*

Tingginya risiko pada akad *Mudharabah* menjadikan alasan mengapa praktisi perbankan lebih memilih penyaluran pembiayaan kepada masyarakat menggunakan akad *murabahah*. Akad ini dinilai lebih rendah risikonya dan pasti keuntungannya, padahal secara teoritis yang mempunyai dampak langsung kepada pertumbuhan ekonomi berupa tumbuhnya peluang usaha baru, kesempatan kerja baru, dan peningkatan pendapatan penduduk adalah pembiayaan dalam bentuk kerja sama, yaitu *Mudharabah* maupun musyarakah. Realita ini menunjukkan bahwa produk bagi hasil belum menjadi primadona di bank syariah. Pertanyaan yang muncul kemudian adalah mengapa pembiayaan bagi hasil khususnya *Mudharabah* masih belum menjadi produk unggulan bagi masyarakat.⁸¹

Akad lain dalam penghimpunan dana adalah *Mudharabah* secara terminologi *Mudharabah* adalah pemilik harta menyerahkan harta kepada pihak lain untuk diniagakan keuntungan dibagi dua sesuai dengan kesepakatan dan kerugian hanya dibebankan kepada pemilik benda pihak kedua tidak dibebani kerugian. Definisi tersebut dianggap paling lengkap karena memperhatikan tiga hal, yaitu: pertama, adanya penyerahan benda dari pemilik kepada pihak lain, kedua, adanya ketentuan mengenai pembagian

⁸¹ Moh. Nurul Qomar, *Mudharabah* Sebagai Produk Pembiayaan perbankan Syariah Perspektif Abdullah Saeed, *Journal Of Islamic Banking And Finance*, Vol. 2 No. 2, 2018. hal. 202.

keuntungan yaitu keuntungan dibagi dua dengan presentase sesuai dengan kesepakatan, dan ketiga, adanya pernyataan tentang kerugian. Produk penghimpunan dana dengan akad *Mudharabah* ini adalah tabungan dan deposito *Mudharabah*. Tabungan *Mudharabah*, dana yang disimpan nasabah akan dikelola bank, guna memperoleh keuntungan. Bank sebagai *mudharib* membagi keuntungan dengan *shahib al-mal* sesuai dengan nisbah (presentase) yang berlaku. Pembagian biasanya dilakukan tiap bulan berdasarkan saldo yang mengendap. Tabungan *Mudharabah* mengandung unsur ketidakpastian (*gharar*), karena nasabah sewaktu-waktu dapat menarik dananya dari bank sehingga menimbulkan fluktuasi dana nasabah tersebut yang disimpan di bank.⁸²

Untuk menghilangkan unsur *gharar* yang dilarang dalam Islam ini maka dalam prakteknya bank Syariah menentukan limit waktu penarikan dana nasabah, artinya nasabah tidak bisa menarik dananya sewaktu-waktu seperti menggunakan Anjungan Tunai Mandiri (ATM) akan tetapi akan ada kesepakatan tentang penarikan dana.⁸³ Deposito investasi *Mudharabah*, simpanan pihak ketiga yang peraturannya hanya dapat dilakukan dalam jangka waktu tertentu (jatuh tempo), dengan mendapatkan imbalan bagi hasil dalam bentuk berbagai pendapatan atas penggunaan dana tersebut. Tabungan haji *Mudharabah*, simpanan pihak ketiga yang penarikannya dilakukan pada saat nasabah akan menunaikan ibadah haji atau pada kondisi-kondisi tertentu

⁸² Wiroso, 2005, *Penghimpunan Dana Dan Distribusi Hasil Usaha Bank Syariah*, Pt. Grasindo, Jakarta, hal. 52.

⁸³ Abdul Ghofur Anshori, 2009, *Perbankan Syariah Di Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, hal. 92.

sesuai dengan perjanjian nasabah merupakan simpanan dengan memperoleh imbalan bagi hasil (*Mudharabah*).

Tabungan qurban, simpanan pihak ketiga yang dihimpun untuk ibadah qurban dengan penarikan dilakukan pada saat nasabah akan melaksanakan ibadah qurban, atau atas kesepakatan antara pihak bank dan nasabah. Juga merupakan simpanan yang memperoleh imbalan bagi hasil (*Mudharabah*). Ketiga bentuk terakhir ini, belum diketemukan unsur yang meragukan.

Menurut Gemala Dewi dalam melakukan penghimpunan dana masyarakat bank konvensional dan bank Syariah mempunyai perbedaan paradigma yang sangat mendasar yaitu: Tujuan masyarakat menyerahkan dananya pada bank konvensional dimaksudkan untuk menabung dan mengamankan dananya dari kemungkinan hal-hal yang tidak diharapkan di samping mengharapkan bunga dari dana yang disimpan tersebut. Tujuan masyarakat menyalurkan dananya pada bank syariah adalah untuk diinvestasikan dalam berbagai pembiayaan, apabila memperoleh laba akan dibagi sesuai nisbah bagi hasil, sedangkan apabila menderita kerugian maka masyarakat ikut menanggung kerugian tersebut.⁸⁴

Perjanjian menurut Yan Pramadya Puspa⁸⁵ adalah suatu perbuatan di mana seseorang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap seseorang lain atau lebih. Perbuatan hukum ini dapat dilakukan oleh orang perorang maupun dilakukan oleh kelompok orang dan atau korporasi. Perbuatan hukum yang

⁸⁴ Gemala Dewi, 2008, *Aspek-Aspek Hukum Dalam Perbankan dan Perasuransian Syariah Di Indonesia*, Kencana, Depok, hal. 94.

⁸⁵ Yan Pramadya Puspa, 1977, *Kamus Hukum*, Penerbit Aneka Ilmu, Semarang, hal. 248.

dilakukan oleh korporasi adalah korporasi yang berbadan hukum di mana yang mewakili korporasi tersebut adalah direksinya. Perjanjian yang menimbulkan akibat hukum hanya dapat dilakukan oleh orang yang cukup umur atau cakap dan tidak berada di bawah pengampuan. Untuk mengukur kedewasaan seseorang dalam Islam ditentukan aqil balik yakni pernah mimpi basah, sementara dalam hukum positif dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 7 seseorang dikatakan dewasa apabila telah berumur 19 tahun bagi laki-laki dan 16 tahun bagi perempuan dan atau sudah menikah yang kemudian dirubah pada Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2019 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 1 yang menjelaskan ketentuan Pasal 7 diubah menjadi seseorang dikatakan dewasa apabila telah berumur 19 tahun bagi pria dan wanita.

Untuk kasus ini anak tersebut dapat mewakilkan kepada orang tua atau walinya untuk melakukan perbuatan hukum atas nama anak tersebut. Begitupun juga seorang istri tidak boleh melakukan tindakan hukum kecuali atas izin suaminya. Prinsip bagi hasil dalam penghimpunan dana hanya terdapat dalam prinsip *Mudharabah*, sedangkan dalam prinsip *wadi'ah* bank tidak diharuskan melakukan bagi hasil terhadap nasabah, bank hanya akan memberikan bonus sesuai dengan kerelaan bank dan tidak boleh di perjanjikan sebelumnya, sedangkan apabila mengalami kerugian akibat dari digunakannya dana oleh bank maka bank akan bertanggungjawab atas kerugian tersebut. Sebaliknya apabila bank tidak menggunakan dana nasabah

tersebut maka risiko tetap ditanggung nasabah sendiri. Adapun cara perhitungan bagi hasil adalah dengan *Revenue Sharing* artinya bagi hasil yang dihitung dari total pendapatan pengelolaan dana atau bisa juga dengan *Profit Sharing*.

Ada beberapa faktor yang mempengaruhi besar kecilnya bagi hasil di perbankan syariah yaitu: besaran kontribusi dana investasi, penentuan jenis sumber dana yang di ikut sertakan dalam bagi hasil, jenis penyaluran dana dan pendapatan yang terkait penentuan pendapatan yang dibagi dihasilkan, nisbah yang disepakati sejak awal. Secara teoritis prinsip bagi hasil dan risiko merupakan inti atau karakteristik utama.⁸⁶ Akan tetapi dalam kegiatan pembiayaan bagi hasil dan risiko produk *musyarakah* dan *Mudharabah* kurang diminati dalam kegiatan pembiayaan.

Lembaga-Lembaga intermediasi di mana bank berfungsi sebagai perantara pihak yang kekurangan modal (*lack of fund*) dan pihak lain yang kelebihan modal (*surplus of fund*). Di samping itu bank juga harus mengembalikan dana nasabah penabung setiap saat. Semestinya bank dengan nasabah harus memahami betul tentang filosofi pembiayaan dengan sistem *mudharabah* dan *musyarakah*. Islam memberikan solusi yang adil bagi kedua belah pihak dengan prinsip pertanggung jawaban yang jelas, bukan hanya ingin mendapatkan keuntungan sendiri sementara pihak yang lain mengalami kerugian.

⁸⁶ Nasrah Mawardi, Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penetapan Return Bagi Hasil deposito Mudharabah Mutlaqah: Studi Kasus Pada Unit Syariah Bank X, *Jurnal Eksis*, Vol.4 No.1, Januari-Maret 2008, hal. 62.

Prinsip bagi hasil menurut Bank Indonesia adalah suatu prinsip pembagian laba yang diterapkan dalam kemitraan kerja, di mana porsi bagi hasil ditentukan pada saat akad kerja sama. Jika usaha mendapatkan keuntungan, porsi bagi hasil adalah sesuai kesepakatan namun jika terjadi kerugian maka porsi bagi hasil disesuaikan dengan kontribusi modal masing-masing pihak. Dasar yang digunakan dalam perhitungan bagi hasil adalah berupa laba bersih usaha setelah dikurangi dengan biaya operasional. Profit sharing (bagi hasil), pada dasarnya merupakan pembiayaan dengan prinsip kepercayaan dan kesepakatan murni antara kedua belah pihak atau lebih yaitu, pemilik modal (investor) dalam hal ini bank Syariah dengan pemilik usaha dalam hal ini nasabah adalah pengelola usaha.

Prinsip bagi hasil dalam perbankan Syariah yang paling banyak dipakai adalah *al-musyarakah* dan *al-Mudharabah*. *Al-musyarakah* adalah akad kerja sama antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu di mana masing-masing pihak memberikan kontribusi dana dengan kesepakatan bahwa keuntungan dan risiko akan ditanggung bersama sesuai dengan kesepakatan. *Al-Mudharabah* berasal dari kata *dharab*, yang berarti berjalan atau memukul. Secara teknis, *al-Mudharabah* adalah kerjasama usaha antara dua orang di mana pihak pertama (*shahibul maal*) menyediakan seluruh modal, sedangkan pihak lainnya menjadi pengelola. Keuntungan usaha dibagi menurut kesepakatan dalam kontrak, sedangkan apabila rugi ditanggung oleh

pemilik modal selama kerugian itu bukan akibat kelalaian si pengelola.⁸⁷ Seandainya kerugian itu diakibatkan karena kecurangan atau kelalaian pengelola, pengelola harus bertanggungjawab atas kerugian tersebut.

Adapun metode penghitungan bagi hasil dibedakan menjadi tiga cara yaitu: (1) Menggunakan metode *profit and loss sharing*, yaitu para pihak akan memperoleh bagian hasil sebesar nisbah yang telah disepakati dikalikan besarnya keuntungan (*profit*) yang diperoleh oleh pengusaha (*Mudharib*), sedangkan apabila terjadi kerugian ditanggung bersama sebanding dengan kontribusi masing-masing pihak. (2) Menggunakan metode *profit sharing*, artinya para pihak mendapatkan bagian hasil sebesar nisbah dikalikan dengan perolehan keuntungan yang didapatkan oleh pengusaha (*Mudharib*), sedangkan apabila terjadi kerugian financial akan ditanggung oleh pemilik dana (*shahibul maal*). (3) Menggunakan metode *revenue sharing*, yaitu para pihak mendapatkan bagian hasil sebesar nisbah dikalikan dengan besarnya pendapatan (*revenue*) yang diperoleh oleh pemilik usaha. Dalam praktiknya metode *profit and loss sharing* dipakai untuk menghitung bagi hasil pada pembiayaan musyarakah, kemudian metode *profit sharing* dipakai untuk menghitung bagi hasil dalam pembiayaan *Mudharabah*, sedangkan metode *revenue sharing* dipakai untuk menghitung bagi hasil untuk nasabah deposan yang menyimpan dananya di bank Syariah dengan skema tabungan *mudharabah* atau deposito *mudharabah*.

⁸⁷ Kartika Soetopo, *Analisis Implementasi Prinsip Bagi Hasil, Risiko Dan Penanganan Pembiayaan Bermasalah Terhadap Pembiayaan Musyarakah Dan Pembiayaan Mudharabah (Studi Kasus: Bank Syariah Mandiri Kc Manado)*, hal. 211.

1. *Mudharabah* dalam Akad Perbankan Syariah

Dalam bagi hasil, penentuannya dalam bentuk persentase atau biasa disebut nisbah. Nisbah menurut Sri Nurhayati dan Wasilah berjudul *Akuntansi Syariah di Indonesia*, didefinisikan sebagai besaran yang digunakan untuk pembagian keuntungan. Nisbah mencerminkan imbalan yang berhak diterima oleh kedua pihak dan pemilik dana tidak boleh meminta pembagian keuntungan dengan menyatakan nilai nominal tertentu karena dapat menimbulkan riba. Nisbah harus diketahui jelas oleh kedua belah pihak. Jika dalam akad tidak dijelaskan masing-masing porsi maka pembagiannya menjadi 50% dan 50%. Hal-hal yang berkaitan dengan bagi hasil dapat dijelaskan sebagai berikut:⁸⁸

1. Persentase Nisbah keuntungan harus didasarkan dalam bentuk persentase antara kedua belah pihak, bukan dinyatakan dalam nilai nominal rupiah tertentu. Nisbah keuntungan itu misalnya 50:50 %, 70:30 %, 60:40 % atau 55:45 %. Jadi nisbah keuntungan ditentukan berdasarkan kesepakatan, bukan berdasarkan porsi setoran modal.
2. Bagi Untung dan Bagi Rugi, Dalam kontrak ini, return dan timing cash flow tergantung kepada kinerja riilnya, apabila laba bisnisnya besar, kedua belah pihak mendapat bagian yang besar pula. Bila laba bisnisnya kecil, mereka mendapat bagian yang kecil juga.

⁸⁸ Abu Bakar Siddiq, "Pengaruh Jumlah Pendapatan, Penyaluran, Tabungan, Nisbah, Dan Bi Rate Terhadap Tingkat Imbal Bagi Hasil Nasabah Dengan Skim *Mudharabah*", Skripsi, Fakultas Ekonomi Dan Ilmu Sosial Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah, Jakarta, 2009, hal. 65.

Filosofi ini hanya dapat berjalan jika nisbah laba di tentukan dalam bentuk persentase, bukan dalam bentuk nominal rupiah tertentu.

3. Jaminan ketentuan pembagian kerugian bila kerugian yang terjadi hanya murni diakibatkan oleh risiko bisnis (*business risk*), bukan karena risiko karakter buruk *Mudharib*.

Kerugian terjadi karena karakter buruk, misalnya karena *Mudharib* lalai dan atau melanggar persyaratan–persyaratan kontrak pembiayaan, maka *shahibul maal* tidak perlu menanggung kerugian seperti itu, sedangkan untuk *character risk, mudharib* pada hakikatnya menjadi wakil dari *Shahibul Maal* dalam mengelola dana dengan seizin *shahibul maal*, sehingga wajib baginya berlaku amanah. Jika *Mudharib* melakukan keteledoran, kelalaian, kecerobohan dalam merawat dan menjaga dana, yaitu melakukan pelanggaran, kesalahan, dan kelewatan dalam perilakunya yang tidak termasuk dalam bisnis pembiayaan yang disepakati, atau ia keluar dari ketentuan yang disepakati, *mudharib* tersebut harus menanggung kerugian pembiayaan sebesar bagian kelalaiannya sebagai sanksi dan tanggung jawabnya.⁸⁹ Ia telah menimbulkan kerugian karena kelalaian dan perilaku zalim karena ia telah memperlakukan harta orang lain yang dipercayakan kepadanya di luar ketentuan yang disepakati *Mudharib* tidak pula berhak untuk menentukan sendiri mengambil bagian dari keuntungan tanpa

⁸⁹ Erni Susana dan Annisa Prasetyanti, Pelaksanaan Dan Sistem Bagi Hasil Pembiayaan Al-Mudharabah Pada Bank Syariah, *Jurnal Keuangan Dan Perbankan*, Vol. 15, No. 3 (2011), hal. 78.

kehadiran atau sepengetahuan Shahibul Maal sehingga Shahibul Maal dirugikan. Jelaslah ini konteksnya adalah *Character Risk*.⁹⁰

Pihak *mudharib* yang lalai atau menyalahi kontrak ini, maka *shahibul-maal* dibolehkan meminta jaminan tertentu kepada *mudharib*. Jaminan ini akan disita oleh *shahibul maal* jika ternyata timbul kerugian karena *Mudharib* melakukan kesalahan, yakni lalai dan ingkar janji.

2. Menentukan Besarnya Nisbah Keuntungan

Besarnya nisbah keuntungan besarnya nisbah ditentukan berdasarkan kesepakatan masing-masing pihak yang berkontrak. Jadi, angka besaran nisbah ini muncul sebagai hasil tawar-menawar antara *shahib maal* dengan *Mudharib*. Dengan demikian, angka nisbah ini bervariasi, bisa 50:50, 60:40, 70:30,80:20, bahkan 99:1. Namun para ahli fiqih sepakat bahwa nisbah 100:0 tidak diperbolehkan. Dalam prakteknya di perbankan modern, tawar menawar nisbah hanya terjadi pada deposit dengan jumlah besar karena memiliki daya tawar yang relatif tinggi (*special nisbah*, sedangkan untuk deposit kecil tawar menawar tidak terjadi. Bank syariah hanya mencantumkan nisbah yang ditawarkan, setelah itu deposit boleh setuju atau tidak. Bila tidak setuju, nasabah dipersilakan mencari bank syariah lain yang menawarkan nisbah yang lebih menarik.

2.3.3 Konsep serta Mekanisme Pembiayaan *Mudharabah* pada Perbankan Syariah

⁹⁰ Adiwarman Karim, 2004, *Bank Islam Analisis Fiqih Dan Keuangan*, Pt Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal. 44.

Perkembangan Bank Syariah telah melaju pesat berjalan dengan munculnya Lembaga Keuangan Syariah seperti Asuransi Takaful, Pasar Modal Syariah, Pegadaian Syariah, Pegadaian Syariah, *Baitul Maal wat Tamwil* (BMT) bahkan Asuransi Syariah. Menurut Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, Pasal 1 angka 7, memberikan batasan pengertian Bank Syariah yaitu bank yang menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan prinsip syariah dan menurut jenisnya terdiri atas Bank Syariah dan Bank Pembiayaan Rakyat Syariah. Prinsip Syariah adalah prinsip yang aturan perjanjiannya atau akadnya berdasarkan hukum Islam antara bank dengan pihak lain untuk penyimpanan dana maupun penyaluran dana.⁹¹

Sebagaimana dijelaskan dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Pasal 4 bahwa fungsi bank syariah adalah sebagai berikut: Bank Syariah dan UUS wajib menjalankan fungsi menghimpun dan menyalurkan dana masyarakat. Bank Syariah dan UUS dapat menjalankan fungsi sosial dalam bentuk lembaga baitul maal, yaitu menerima dana yang berasal dari zakat, infak, sedekah, hibah atau dana sosial lainnya dan menyalurkannya kepada organisasi pengelola zakat. Bank Syariah dan UUS dapat menghimpun dana sosial yang berasal dari wakaf uang dan menyalurkan kepada pengelola wakaf (*nazhir*) sesuai dengan kehendap pemberi wakaf (*wakif*). Pelaksanaan fungsi sosial sebagaimana dimaksud pada ayat 2 dan ayat (3) sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

⁹¹ Nofinawati, Perkembangan Perbankan Syariah Di Indonesia, *Uris*, Volume 14, Nomor 2, Juli-Desember 2015, hal. 175

1. Pembiayaan pada Bank Syariah

Pengertian Pembiayaan menurut Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan Pasal 1 angka 12 bahwa Pembiayaan adalah penyediaan uang atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai untuk mengembalikan uang atau tagihan tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan atau bagi hasil.

Pembiayaan menurut Pasal 1 angka 25 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 bahwa Pembiayaan adalah penyediaan dana atau tagihan yang dipersamakan untuk itu berupa:⁹² transaksi bagi hasil dalam bentuk *mudharabah* dan *musyarakah* ; transaksi sewa-menyewa dalam bentuk ijarah atau sewa beli dalam bentuk ijarah *muntahiya bittamlik*, transaksi jual beli dalam bentuk piutang murabahah, salam dan istishna; transaksi pinjam meminjam dalam bentuk piutang *qardh*; transaksi sewa-menyewa jasa dalam bentuk ijarah untuk transaksi multijasa berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara bank Syariah dan/atau UUS dan pihak lain yang mewajibkan pihak dibiayai dan/atau di fasilitasi dana untuk mengembalikan dana tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan *ujrah*, tanpa imbalan atau bagi hasil. Pembiayaan menurut sifat penggunaan dibagi menjadi dua bagian. Pertama, pembiayaan produktif yaitu pembiayaan yang ditujukan untuk memenuhi kebutuhan produksi dalam arti luas. Kedua, pembiayaan konsumtif yaitu pembiayaan yang digunakan untuk memenuhi

⁹² Neni Sri Imaniyati, 2003, *Perbankan Syariah Dalam Perspektif Hukum Ekonomi*, Mandar Maju, Bandung, hal.29.

kebutuhan konsumsi, sedangkan menurut keperluannya pembiayaan produktif dibagi menjadi dua, pertama pembiayaan modal kerja yaitu pembiayaan untuk memenuhi kebutuhan peningkatan produksi baik secara kuantitatif maupun kualitatif. Kedua, untuk keperluan perdagangan atau peningkatan *utility of place* dari suatu barang.

Pada bank konvensional penghimpunan dana dari masyarakat dilakukan dalam bentuk Tabungan, Deposito dan Giro yang lazim disebut dengan dana pihak ketiga. Di Perbankan Syariah penghimpunan dana di masyarakat dilakukan dengan prinsip *Wadi'ah* dan *Mudharabah*. Dalam kegiatan penghimpunan dana ini nasabah bertindak sebagai *shahibul maal* (pemilik dana) dan bank sebagai *Mudharib* (pengelola) *Wadi'ah* adalah titipan dari satu pihak kepada pihak yang lain, baik individu maupun badan hukum yang harus dijaga dan dikembalikan kapan saja si penyimpan menghendakinya. Tujuan dari perjanjian tersebut adalah untuk menjaga keselamatan barang/uang dari kehilangan, kemusnahan, kecurian dan sebagainya.⁹³

Dari pengertian tersebut dapat dipahami bahwa rukun dari perjanjian *wadi'ah* ini adalah: barang/uang yang dititipkan orang yang menitipkan/nasabah orang yang menerima titipan/bank ijab dan qabul. Konsep *wadi'ah* yang dikembangkan di Perbankan Syariah adalah giro *wadi'ah* dan tabungan *wadi'ah*. Prinsip *wadi'ah* yang berlaku untuk tabungan *wadi'ah* dan giro *wadi'ah* adalah: Prinsip *wadi'ah* yang diterapkan adalah

⁹³ Zainudin Ali, 2010, *Hukum Perbankan Syariah*, Sinar Grafika, Jakarta, hal. 1.

wadi'ah yad adhamanah, yang berarti bank dapat memanfaatkan dan menyalurkan dana yang disimpan serta menjamin bahwa dana tersebut dapat ditarik setiap saat oleh pemilik dana, namun demikian rekening ini tidak boleh mengalami saldo negatif (*overdraft*). Keuntungan atau kerugian dari penyaluran dana menjadi hak milik atau ditanggung bank, sedangkan pemilik dana tidak memperoleh imbalan atau menanggung kerugian. Manfaat yang diperoleh pemilik dana adalah jaminan keamanan dari simpanannya serta fasilitas giro dan tabungan lainnya. Bank dapat memberikan bonus kepada pemilik dana namun tidak boleh diperjanjikan di muka. Giro wadi'ah adalah produk pendanaan bank Syariah berupa simpanan dari nasabah dalam bentuk rekening giro untuk keamanan dan kemudahan pemakaiannya. Beberapa fasilitas giro wadi'ah yang diberikan bank, seperti buku cek, bilyet giro, kartu ATM, wesel bank. Produk Giro wadi'ah seperti: Giro BSM Dollar Singapura, Giro BSM, Giro BSM Valas, Giro BSM OURO.

Bank Muamalat adalah giro wadi'ah bank Muamalat dalam mata uang Rupiah maupun Valas, pribadi maupun perusahaan. Tabungan wadi'ah adalah produk pendanaan bank Syariah berupa simpanan dari nasabah dalam bentuk rekening tabungan untuk keamanan dan kemudahan pemakaiannya akan tetapi tidak sefleksibel giro *wadi'ah*, karena nasabah tidak dapat menarik dananya dengan cek. Adapun syarat syarat dalam pelaksanaan tabungan wadi'ah ini adalah: penarikan hanya dapat dilakukan dengan mendatangi bank atau ATM, penarikan tidak dapat dilakukan dengan cek, bilyet giro atau surat perintah pembayaran lainnya yang sejenis. Bank hanya dapat

menyelenggarakan tabungan dalam rupiah. Penghimpunan dana *Mudharabah* ini menggunakan prinsip tabungan (penarikan dilakukan dengan syarat-syarat tertentu dan tidak bisa dengan cek dan alat yang dipersamakan dengan itu) dan deposito (penarikan hanya dapat dilakukan pada waktu tertentu sesuai kesepakatan). Beberapa produk yang termasuk Tabungan *Mudharabah* adalah Tabungan Haji, Tabungan Investa Cendekia, Tabungan Qurban dan Tabungan dengan Kartu Share, sedangkan yang termasuk Produk Deposito adalah deposito Bank syariah Mandiri, Deposito BSM Valas dan Deposito *Mudharabah*.⁹⁴

2.4 Jaminan/Agunan

2.4.1 Definisi Jaminan/Agunan

Istilah jaminan merupakan terjemahan dari bahasa Belanda, yaitu *zekerheid* atau *cauite*. *Zekerheid* atau *cautie* mencakup secara umum cara-cara kreditur menjamin dipenuhinya tagihannya, di samping tanggung jawab umum debitur terhadap barang-barangnya. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, jaminan berasal dari jamin yang artinya adalah menanggung. Jaminan adalah tanggungan atas pinjaman yang diterima atau garansi atau janji seseorang untuk menanggung utang atau kewajiban tersebut tidak terpenuhi.⁹⁵ Jaminan adalah suatu perikatan antara kreditur dengan debitur, di mana debitur memperjanjikan sejumlah hartanya untuk pelunasan utang menurut ketentuan perundang-undangan yang berlaku apabila dalam waktu

⁹⁴ Fatahullah, Implementasi Prinsip Bagi Hasil dan Risiko Di Perbankan Syariah, *Law Reform*, vol. 3, no. 2, Desember 2010, hal. 14.

⁹⁵ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan Dan Pengembangan Bahasa, 1989, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, hal. 384.

yang ditentukan terjadi kemacetan pembayaran utang si debitur. Jaminan adalah aset pihak peminjaman yang dijanjikan kepada pemberi pinjaman jika peminjam tidak dapat mengembalikan pinjaman tersebut.⁹⁶

Istilah agunan dapat dibaca dalam Pasal 1 angka 23 Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan. Agunan adalah : “Jaminan tambahan diserahkan nasabah debitur kepada Bank dalam rangka mendapatkan fasilitas kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip Syariah.” Agunan dalam konstruksi ini merupakan jaminan tambahan (*accessoir*). Tujuan agunan adalah untuk mendapatkan fasilitas dari Bank. Jaminan ini diserahkan oleh debitur kepada Bank. Unsur-unsur agunan, yaitu:

- 1) Jaminan tambahan;
- 2) Diserahkan oleh debitur kepada Bank;
- 3) Untuk mendapatkan fasilitas kredit atau pembiayaan.

Pasal 1 ayat 26 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah menyebutkan : “Agunan adalah jaminan tambahan, baik berupa benda bergerak maupun benda tidak bergerak yang diserahkan oleh pemilik agunan kepada Bank Syariah dan/atau UUS, guna menjamin pelunasan kewajiban nasabah penerima fasilitas”.

Adapun dalam hukum Islam, jaminan perorangan adalah suatu perjanjian antara seorang yang memberikan hutang/kreditor (*makfûl lahu*) dengan seorang pihak ketiga sebagai penjamin (*kâfil*) yang menjamin

⁹⁶ Syukri Iska, 2012, *Sistem Perbankan Syariah di Indonesia dalam Perspektif Fikih Ekonomi*, Fajar Media Press, Yogyakarta, hal.50.

dipenuhinya kewajiban-kewajiban si berhutang-debitor (*makfûl 'anhu*). Jaminan kebendaan dapat diadakan antara kreditor dengan debitornya, tetapi juga dapat diadakan antara kreditor dengan debitornya, tetapi juga dapat diadakan antara kreditor dengan seorang pihak ketiga yang menjamin dipenuhinya kewajiban-kewajiban si berhutang (debitor).⁹⁷ Soal jaminan, sebagaimana tersebut di atas, di dalam ajaran Islam dikenal dengan konsep kafalah yang termasuk juga di dalam jenis *dhamman* (tanggungan), sedangkan jaminan dalam bentuk harta benda dikenal dengan istilah gadai (*rahn*). Adapun sumber hukum Islam *rahn* pada akad pembiayaan diantaranya:

1. Al-Qur'an

Jika kamu dalam perjalanan (dan bermu'amalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang (oleh yang piutang). Akan tetapi jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (hutangnya) dan hendaklah ia bertakwa kepada Allah Tuhannya; "dan janganlah kamu (para saksi) menyembunyikan persaksian. Dan barang siapa yang menyembunyikan, maka sesungguhnya ia adalah orang yang berdosa hatinya; dan Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan." (QS. Al-Baqarah 2:283).

Dalam kesempatan Nabi memberikan jaminannya kepada krediturnya atas utang beliau. Jaminan adalah salah satu cara untuk

⁹⁷ Soebekti, 1991, *Jaminan-jaminan Untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hal. 15.

memastikan bahwa hak-hak kreditur tidak akan dihilangkan, dan untuk menghindarkan diri dari memakan harta orang dengan cara yang batil". Sebagaimana dalam surat Al-Baqarah 2:188: "Dan janganlah sebahagian kamu memakan harta sebahagian yang lain di antara kamu dengan jalan yang bathil dan (janganlah) kamu membawa (urusan) harta itu kepada hakim, supaya kamu dapat memakan sebahagian daripada harta benda orang lain itu dengan (jalan berbuat) dosa, padahal kamu Mengetahui." (QS. Al-Baqarah 2:188). Namun demikian, karena meminta jaminan dipandang oleh para pendukung perbankan Islam sebagai suatu penghambat dalam aliran dana bank untuk para pengusaha kecil, bank-bank Islam cenderung mengkritik bank-bank konvensional sebagai terlalu "berorientasi jaminan". Dalam kalimat *International Islamic Bank for Investment and Development* (IIBID), jaminan-jaminan adalah "unsur terpenting" dalam keputusan memberikan pinjaman oleh bank konvensional. Secara tidak langsung ini menyatakan bahwa bagi bank Islam, jaminan bukanlah soal penting dalam keputusan pembiayaan.

2. Hadits

Dasar hukum yang dijadikan rujukan dalam membuat rumusan gadai syariah adalah hadist Nabi Muhammad saw, yang antara lain diungkapkan sebagai berikut :

Dari Anas r.a berkata: "*Rasulullah menggadaikan baju besinya kepada seorang Yahudi di Madinah dan mengambil darinya gandum untuk keluarga beliau.*" (HR Bukhari).

Aisyah ra. menuturkan: “*Rasulullah Shalallahu alaihi wasalam pernah membeli makanan dari orang Yahudi dengan tempo (kredit) dan beliau mengagunkan baju besinya.*” (HR Bukhari dan Muslim).

Hadist yang diriwayatkan oleh Abu Huraira ra., yang berbunyi: “*Barang gadai tidak boleh disembunyikan dari pemilik yang menggadaikan, baginya risiko dan hasilnya*”

3. Ijtihad Ulama

Ijtihad jumhur ulama menyepakati kebolehan status dari *al-rahn*. Alasan yang dikemukakan oleh jumhur ulama diisyaratkan pada waktu tidak berpergian maupun pada waktu berperguan bukanlah menjadi syarat sahnya *al-rahn*. Hal ini berdasarkan argumentasi perbuatan Rasulullah SAW yang menukarkan gandum dengan baju besi kepada orang Yahudi di Madinah⁹⁸.

Ijtihad berkaitan dengan praktek hutang piutang dengan jaminan (gadai) seperti timbulnya persoalan tentang adanya siapa yang menanggung biaya pemeliharaan barang jaminan (marhun) selama berada pada pihak yang memberi piutang (murtahin). Oleh karena itu, para fuqoha’ berusaha merumuskan ketentuan-ketentuan dalam hutang piutang dengan jaminan (gadai) tanpa keluar dari aturan hukum Islam. Hal ini dimaksudkan agar masing-masing pihak yang melibatkan dirinya pada perjanjian hutang piutang dengan jaminan (gadai) tidak saling merugikan atau terdapat unsur-unsur yang menimbulkan kemudharatan. Ketentuan-

⁹⁸ Wahbah Zuhaily, 2002, *Al-Fiqh Al-Islam wa Adillatuhu*, Dar Al-Fikr juz VI, Cet. 4, Beirut Hal. 4210.

ketentuan yang terdapat dalam perjanjian utang-piutang itu merupakan hasil ijtihad para fuqoha', antara lain tentang rukun dan syarat-syarat dalam perjanjian hutang piutang dengan jaminan (gadai).⁹⁹

Jaminan merupakan salah satu unsur dalam analisis pembiayaan oleh karena itu, barang-barang yang diserahkan nasabah harus dinilai pada saat dilaksanakan analisis pembiayaan dan harus berhati-hati dalam menilai barang-barang tersebut karena harga yang dicantumkan oleh nasabah tidak selalu menunjukkan harga yang sesungguhnya (harga pasar pada saat itu). Dengan kata lain, nasabah kadang-kadang menaksir barang-barang yang digunakannya di atas harga yang sesungguhnya. Penilaian yang terlalu tinggi bisa berakibat lembaga keuangan berada pada posisi yang lemah. Jika likuiditas/penjualan barang agunan tidak dapat dihindarkan, keadaan tersebut dapat membawa lembaga keuangan kepada kerugian karena hasil penjualan agunan biasanya akan lebih rendah dari pada harga semula maupun harga pasar pada saat agunan akan dijual sehingga tidak dapat menutupi kewajiban nasabah lembaga keuangan.

Agunan adalah jaminan tambahan yang diserahkan nasabah debitur kepada bank dalam rangka pemberian fasilitas kredit atau pembiayaan prinsip syariah. Agunan hanya salah satu syarat yang diharuskan dalam pemberian fasilitas kredit selain bank juga harus menilai watak, kemampuan, modal, dan prospek usaha dari nasabah debitur. Berarti agunan bukan sesuatu yang harus atau mutlak disediakan debitur. Namun agunan merupakan "Benteng"

⁹⁹ *Ibid.*, Hal. 4212.

terakhir dalam upaya pengembalian kredit apabila terjadi kegagalan pembayaran kredit yang bersumber dari *first way out*. Oleh karena itu nilai agunan sangat penting sebagai indikator pembayaran kembali kegagalan pembayaran kredit. Jaminan pembiayaan adalah hak dan kekuasaan atas barang jaminan yang diserahkan oleh debitur kepada lembaga keuangan guna menjamin pelunasan utangnya apabila pembiayaan yang diterimanya tidak dapat dilunasi sesuai waktu yang diperjanjikan dalam perjanjian pembiayaan atau *addendum*-nya.¹⁰⁰

2.4.2 Manfaat Jaminan Dalam Mitgasi Risiko

Layanan keuangan syariah saat ini telah menyebar ke seluruh dunia dalam berbagai bentuk lembaga keuangan. Khusus di Indonesia, sejak tahun 1992 tumbuh berbagai lembaga keuangan seperti Bank Syariah, Bank Muamalat, Bank BTN Syariah, Koperasi Syariah dan lain sebagainya. Perkembangan pasar perbankan syariah (lembaga keuangan) berkaitan erat dengan penanganan risiko yang ditangani oleh lembaga tersebut agar roda fungsi lembaga keuangan sebagai penghimpun dan penyalur dana berjalan stabil. Industri perbankan syariah perlu memiliki, menerapkan dan mengontrol risiko yang tidak diharapkan dan untuk mengambil peluang bisnis yang tercipta sebagaimana yang sudah dilakukan oleh bank konvensional. Karakteristik dari produk dan pelaksanaannya yang unik dan berbeda antara bank syariah dengan bank konvensional. Kasmir mengatakan jenis bank jika dilihat dari cara menentukan harga terbagi dua macam, yaitu bank yang

¹⁰⁰ Taswan, 2006, *Manajemen Perbankan Konsep, Teknik Dan Aplikasi*, Upp Stim Ykpn, Yogyakarta, hal. 230.

berdasar konvensional dan bank yang berdasarkan prinsip syariah. Perbedaan yang utama dari keduanya adalah penentuan harga, baik harga jual atau harga beli. Penentuan harga bank konvensional selalu berdasarkan bunga (*interest*), sedangkan Islam, memakai skema konsep bagi hasil, baik untung maupun rugi.

Perkembangan lembaga keuangan syariah tergolong cepat. Salah satu penunjang dari bank syariah ini adalah adanya keyakinan dari masyarakat Muslim bahwa bank konvensional mengandung unsur ribawi.¹⁰¹ Hal ini diperkuat Keputusan Mukhtamar NU ke-2 di Surabaya pada 9 Oktober 1927. Dalam Hasil Bahstul Masail NU, diputuskan bunga dalam bank masih timbul interpretasi yang berbeda-beda dalam menetapkan bunga bank. Akan tetapi, mayoritas ulama ada yang mengharamkan bunga bank meskipun sebagian ulama' lain membolehkan dan memakruhkannya. Begitu juga pasca fatwa MUI yang diselenggarakan pada tanggal 16 November 2009, tentang haramnya bunga bank, sangat mendukung berkembangnya pembiayaan syariah. Salah satunya dukungan kepada bank syariah adalah UU Nomor 10 Tahun 1998 sebagai pengganti UU Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, yang memberikan peluang kepada bank syariah. Di dalamnya disebutkan tujuan dikembangkannya bank syariah dan operasional bank syariah adalah :

1. Memenuhi kebutuhan jasa perbankan syariah bagi masyarakat yang tidak menerima konsep bunga.

¹⁰¹ Hari Sudarsono, 2007, *Bank Dan Lembaga Keuangan Syariah: Deskripsi Dan Ilustrasi*, Ekonisia Yogyakarta, hal. 21.

2. Membuka peluang pembiayaan bagi pengembang usaha berdasarkan prinsip kemitraan.
3. Memenuhi kebutuhan akan produk dan jasa perbankan yang memiliki beberapa keunggulan komparatif berupa peniadaan pembebanan bunga yang berkesinambungan (*perpetual interest free*).
4. Membatasi kegiatan spekulasi yang tidak produktif, pembiayaan ditujukan kepada usaha-usaha yang lebih memperhatikan unsur moral.

Abdul Gani Abdullah mengemukakan dalam analisis dan evaluasi hukum yang dilakukannya terhadap bank syariah, menemukan sedikitnya empat hal yang menjadi tujuan pengembangan perbankan berdasar prinsip Syariah:

1. Untuk memenuhi kebutuhan jasa perbankan bagi masyarakat yang tidak dapat menerima konsep bunga.
2. Terciptanya dual banking sistem di Indonesia yang mengakomodasi terlaksananya sistem perbankan konvensional dan perbankan syariah dengan baik dalam proses kompetisi yang sehat, di mana didukung dengan pola perilaku bisnis yang bernilai dan bermoral.
3. Mengurangi risiko kegagalan sistem keuangan di Indonesia.

4. Mendorong peran perbankan dalam menggerakkan sektor riil dan membatasi segala bentuk eksploitasi yang tidak produktif serta mengabaikan nilai-nilai moral.¹⁰²

Dalam perjalanannya lembaga keuangan syariah mengalami suatu risiko-risiko yang rentan terhadap kemampuan dan efektifitas untuk menjalankan operasionalnya. Ada beberapa jenis risiko yang berkaitan dengan lembaga keuangan syariah yaitu :

1. Risiko Kredit atau Pembiayaan,
2. Risiko Pasar (*Market Risk*),
3. Risiko Operasional (*Operational Risk*),
4. Risiko Likuiditas (*Liquidity Risk*),
5. Risiko Hukum (*Legal Risk*),
6. Risiko Reputasi (*Reputation Risk*),
7. Risiko Strategik (*Strategic Risk*),
8. Risiko Kepatuhan (*Compliance Risk*),
9. Risiko Modal (*Capital Risk*).

Adiwarman menyatakan jenis-jenis risiko terbagi tiga bagian :

1. Risiko Pembiayaan
2. Risiko Pasar (*Market Risk*)
3. Risiko Operasional (*Operational Risk*)

Rinciannya sebagai berikut:

1. Risiko Pasar meliputi, yaitu :

¹⁰² Zainul Arifin, 2009, *Bunga dan Ribâ dalam Perpektif Sejarah Dan Agama*, Bank Indonesia, Jakarta, hal. 23.

- a. Risiko tingkat suku bunga (*Interest Rate Risk*)
- b. Risiko pertukaran mata uang (*Foreign Exchange Risk*)
- c. Risiko harga (*Price Risk*)
- d. Risiko likuiditas (*Liquidity Risk*)

2. Risiko Operasional (*Operational Risk*), yang meliputi :¹⁰³

- a. Risiko reputasi (*Reputation Risk*)
- b. Risiko kepatuhan (*Compliance Risk*)
- c. Risiko Strategik (*Strategic Risk*)
- d. Risiko Transaksi (*Transactional Risk*)
- e. Risiko Hukum (*Legal Risk*)

Begitu juga bank yang bergerak di bidang pelayanan dan distribusi jasa keuangan, tentunya terhadap berbagai jenis risiko tersebut, bank akan berupaya memperkecil risiko-risiko yang akan ditimbulkan. Bank juga memainkan peran penting dalam memelihara kepercayaan masyarakat terhadap sistem moneter melalui kedekatan hubungannya dengan badan-badan pengatur dan instansi pemerintah. Para pelaku usaha perbankan (bankir) menyadari bahwa dalam menjalankan fungsi jasa-jasa keuangan bank berada pada bisnis berisiko. Risiko dalam perbankan yaitu suatu kondisi yang sulit bagi sebuah bank yang nampak dalam bidang keuangan maupun dalam bidang lainnya sehingga bank tidak dapat beroperasi dengan normal atau bahkan bank menjadi bangkrut. Bank saat ini harus menerapkan manajemen risiko, termasuk manajemen risiko kredit sesuai dengan regulasi

¹⁰³ Adiwarman A. Karim, *Bank Islam Analisis Fiqh Dan Keuangan*, hal. 260.

yang dikeluarkan Bank Indonesia yang sejalan dengan rekomendasi *Bank for International Settlements* (BIS). Hal ini dimaksudkan untuk memberikan tuntunan bagi perbankan agar dapat beroperasi secara lebih berhati-hati dalam ruang lingkup perkembangan kegiatan usaha dan operasional perbankan yang semakin pesat.¹⁰⁴ Bank harus menerima dan mengelola berbagai jenis risiko keuangan secara efektif, agar dampak negatif tidak terjadi untuk meminimalisir kerugian dari akibat tidak dijalankannya manajemen risiko yang efektif dan disiplin, apabila bank tanpa kegiatan yang berisiko, maka bank tidak akan memperoleh return sebagai imbal hasilnya.

Risiko kredit adalah risiko akibat kegagalan debitur dan/atau pihak lain dalam memenuhi kewajiban kepada bank. Menurut H. Masyhud Ali, risiko kredit adalah risiko kerugian yang diderita bank, terkait dengan kemungkinan bahwa pada saat jatuh tempo. Beberapa pihak mengeluarkan definisi tentang manajemen risiko. Menurut Bank Indonesia, manajemen risiko merupakan serangkaian prosedur dan metodologi yang digunakan untuk mengidentifikasi, mengukur, memantau, dan mengendalikan risiko yang timbul dari kegiatan usaha bank. Fahmi mendefinisikan manajemen risiko adalah suatu bidang ilmu yang membahas tentang bagaimana suatu organisasi menerapkan hukum dalam memetakan berbagai permasalahan yang ada dengan menempatkan berbagai pendekatan manajemen secara komprehensif dan sistematis.

¹⁰⁴ M Quraish Shihab, Tafsir Al-Misbah, *Lentera Hati*, Volume 15, 2002, Jakarta, hal 436.

Tampubolon, memberikan beberapa definisi tentang manajemen risiko sebagai berikut :¹⁰⁵

- a. Manajemen risiko merupakan titik sentral dari manajemen strategik bank. Manajemen risiko merupakan proses di mana sebuah bank secara metodik menghubungkan risiko yang melekat pada kegiatannya dengan tujuan untuk mempertahankan atau memperbesar keuntungan dari setiap aktivitas dan lintas portofolio dari semua kegiatan.
- b. Fokus manajemen risiko yang baik adalah mengidentifikasi, mengelola, dan mengendalikan risiko dengan sebaik-baiknya. Tujuannya untuk menambah value dari semua aktivitas bank ke arah yang paling maksimal. Proses ini akan memimpin kita terhadap pemahaman mengenai faktor-faktor yang berpotensi memiliki dampak ke atas (*upside*), yaitu yang menguntungkan bank, dan ke bawah (*downside*), yaitu yang merugikan bank. Hal ini mengingatkan peluang untuk sukses dan mengurangi kemungkinan gagal maupun ketidakpastian dalam mencapai tujuan perusahaan.
- c. Manajemen risiko adalah sejumlah kegiatan atau proses manajemen yang terarah dan bersifat proaktif yang ditujukan untuk mengakomodasi kemungkinan gagal pada salah satu atau sebagian dari sebuah transaksi atau instrument. Karena itu manajemen risiko

¹⁰⁵ Moh Solachuddin Zulfa, Analisis Tentang Manajemen Risiko Dalam Operasional Pembiayaan Murāba'ah Di Bmt Amanah, *Qtishadia*, Vol. 7, No.1, Maret 2014, hal. 161.

harus merupakan sebuah proses yang dinamis, tidak statis, dan berubah sejalan dengan perubahan kebutuhan dan risiko usaha.

- d. Manajemen risiko haruslah merupakan proses yang terus bertumbuh dan berkelanjutan, mulai dari penyusunan strategi bank sampai pada penerapan strategi tersebut. Kegiatan ini harus secara metodik mengidentifikasi semua risiko yang ada di sekitar kegiatan bank di masa lalu, masa kini dan terlebih lagi di masa yang akan datang.
- e. Esensi dari manajemen risiko yaitu adanya persetujuan bersama (komite atau korporat) atas tingkat risiko yang dapat diterima atau ditolerir dan seberapa jauh program pengendalian risiko telah disusun untuk mengurangi dampak negatif dari risiko yang akan diambil tersebut.
- f. Manajemen risiko harus diintegrasikan ke dalam budaya organisasi melalui sebuah kebijakan dan sebuah program yang efektif karena diarahkan oleh semua manajemen puncak. Manajemen risiko menerjemahkan strategi ke dalam teknik dan tujuan-tujuan operasi, menetapkan tanggung jawab ke seluruh organisasi di mana setiap manajer dan pegawai bertanggung jawab dalam mengelola risiko sebagai bagian dari deskripsi jabatannya.¹⁰⁶ Kegunaan jaminan adalah untuk:

¹⁰⁶ *Ibid*, hal. 162.

- 1) Memberikan hak dan kekuasaan kepada bank untuk mendapat pelunasan dari agunan apabila debitur melakukan janji, yaitu untuk membayar kembali utangnya pada waktu yang telah ditetapkan dalam perjanjian.
- 2) Menjamin agar debitur berperan serta dalam transaksi untuk membiayai usahanya, sehingga kemungkinan untuk meninggalkan usaha atau proyeknya dengan merugikan diri sendiri atau perusahaannya dapat dicegah atau sekurang-kurangnya untuk berbuat demikian dapat diperkecil.
- 3) Memberikan dorongan kepada debitur untuk memenuhi janjinya khususnya mengenai pembayaran kembali sesuai dengan syarat-syarat yang telah disetujui agar debitur dan atau pihak ketiga yang ikut menjamin tidak kehilangan kekayaan yang telah dijaminakan kepada bank.¹⁰⁷

2.4.3 Jaminan dalam Perbankan Syariah

Untuk mengantisipasi kerugian yang mungkin saja timbul dalam kegiatan pembiayaan, bank harus menetapkan kebijakan sebagai langkah antisipatif sedini mungkin, yaitu sejak mempertimbangkan memberikan pembiayaan, dengan adanya jaminan yang dimiliki oleh nasabah. Ketentuan jaminan dalam hukum positif Indonesia tidak dapat diterapkan begitu saja pada perbankan syariah, tanpa mengkaji dan menganalisis ketentuan hukum Islam, karena bank syariah tetap harus menerapkan *shariah compliant* dalam

¹⁰⁷ Rachmadi Usman, 2003, *Aspek-Aspek Hukum Perbankan Di Indonesia*, Gremedia Pustaka Utama, Jakarta, hal.286.

sistem dan operasionalnya. Untuk pembiayaan musyarakah dan mudharabah, konsep fikih muamalat tidak mengenal adanya keharusan penyertaan jaminan dari para pihak, dan tidak ada pendapat ulama tentang kebolehan meminta jaminan dari peserta kongsi dan juga *muḍārib*. Akad mudharabah dan musyarakah bertujuan untuk bekerjasama investasi untuk mendapatkan keuntungan, yang seharusnya sejak dari awal sudah dilandasi rasa saling percaya dari para patner dan juga mitra kerjanya. Dalam hal ini, bank syariah sebagai mitra kerja untuk pembiayaan musyarakah dan sebagai *ṣāhib al-māl* dalam pembiayaan *mudharabah* harus memiliki penilaian tentang kepercayaan dan amanah kepada calon nasabah debiturnya.

Dalam *rule* fikih muamalat pemilik dana dan pihak perbankan syariah sebagai pihak intermediasi tidak dapat menuntut calon nasabah untuk menyerahkan barang jaminan, karena hal tersebut bukan prioritas yang harus dipertimbangkan dalam pemberian dana pembiayaan baik untuk produk mudharabah maupun musyarakah.¹⁰⁸ Ada hal lain yang lebih penting harus dinilai oleh pemilik dana yaitu feasibilitas dan prospek usaha yang dibiayai oleh pihak penyandang dana pembiayaan. Namun pihak bank syariah tetap harus melindungi dana nasabah yang dikelolanya sehingga tidak mungkin memberikan pembiayaan bila tidak disertai barang jaminan.

Dalam menjalankan operasional pembiayaannya bank syariah memiliki perbedaan yang sangat prinsipil dengan bank konvensional. Pada bank konvensional, penyaluran kredit tidak dibedakan antara konsumtif dan

¹⁰⁸ Ade Arthesa, 1993, *Bank dan Lembaga Keuangan Bukan Bank*, Erlangga, Jakarta, hal. 23.

produktif, apalagi perbedaan akad sehingga semua penyaluran kredit pada bank konvensional menggunakan manajemen risiko yang sama. Demikian juga sistem pengambilan keuntungannya juga menggunakan sistem yang sama yaitu pengambilan keuntungan melalui bunga (*interest*). Manajemen bank tidak terlalu menghabiskan energi untuk membuat *standard operating procedure* terhadap masing-masing pembiayaan, karena perlakuan kredit pada bank konvensional hanya satu saja. Karena kredit tersebut merupakan hutang yang harus dibayar oleh debitur dalam jumlah tertentu sesuai dengan kesepakatan yang telah dibuat di awal kontrak. Dengan perjanjian kredit seperti tersebut pihak bank tidak perlu meneliti dan menganalisis tujuan permohonan kredit yang diajukan oleh pemohon, atau kelayakan usaha dan hal-hal lain yang berkaitan dengan kredit usaha atau kredit produktif, karena yang dibutuhkan oleh bank hanya sistem penjaminannya.

Pada bank syariah unsur *riba*, *gharar* dan *tadlis* harus dihilangkan dan operasionalnya disesuaikan dengan konsep fikih, bahwa hal-hal yang dilarang dalam transaksi bisnis seperti *riba*, *tadlis* dan *gharar* jelas keharamannya. Bank Syariah di Indonesia menjadi salah satu institusi yang eksis dalam masyarakat harus menghindari unsur *riba* dalam sistemnya maupun operasionalnya, apalagi menggunakan sistem pengambilan keuntungan dengan cara *interest*, meskipun masih terjadi debat di kalangan pemikir hukum Islam. Diversifikasi model pembiayaan dapat dilakukan oleh bank syariah selama tetap berpegang pada prinsip-prinsip kehalalan transaksi keuangan, barang dan jasa. Dengan pola transaksi berbeda-beda bank syariah

dituntut kehandalan dalam membuat *role mode* untuk setiap sistem operasional sebagai bentuk implementasi dari akad yang disepakati antara bank dengan debiturnya.¹⁰⁹

Kemampuan internal manajemen bank dalam menilai feasibilitas suatu usaha untuk dibiayai menjadi langkah awal untuk memprediksi kualitas suatu usaha tersebut mampu mendatangkan keuntungan atau tidak bagi bank syariah. Tidak semua nasabah debitur memiliki kemampuan mengelola usaha, sehingga bila penilaian dan analisis yang dilakukan oleh manajemen bank syariah tidak tepat maka mungkin terbuka peluang terjadinya NPF bagi bank. Namun tidak semua nasabah debitur menepati akad yang telah dibuat untuk membayar kembali pembiayaan yang telah diberikan kepadanya beserta keuntungan yang menjadi hak bank syariah. Sehingga bank syariah harus hati-hati terhadap berbagai kemungkinan, sehingga cara praktis penanggulangannya melalui sistem penjaminan dan agunan tambahan yang ditetapkan oleh manajemen bank syariah pada awal akad. Perjanjian penyaluran pembiayaan pada bank syariah tetap dengan mengedepankan prinsip tata kelola yang baik, mencakup prinsip transparansi, akuntabilitas, pertanggungjawaban, profesional dan menerapkan prinsip kehati-hatian bank dalam penyaluran dananya sebagaimana ketentuan UU No. 21 Tahun 2008 Pasal 34 dan Pasal 35.

Adapun bunyi Pasal 34 ayat (1) yaitu: “Bank syariah dan UUS wajib menerapkan tata kelola yang baik yang mencakup prinsip transparansi,

¹⁰⁹ Ascara, 2008, *Akad Dan Produk Bank Syariah*, Grafindo, Jakarta, hal. 82.

akuntabilitas, pertanggungjawaban, profesional dan kewajaran dalam menjalankan kegiatannya. "Bank syariah tidak mungkin menanggung risiko yang dilakukan oleh nasabah debiturnya, karena bank syariah sebagai pengelola dana tabungan dan deposito berposisi sebagai *Mudharib* dalam akad *mudharabah* paralel harus mampu mempertanggungjawabkan semua dana nasabah krediturnya. Langkah-langkah pengamanan penyaluran pembiayaan pada bank syaria'ah ditetapkan sesuai ketentuan yuridis formal yang ditetapkan oleh pemerintah Indonesia, karena pemerintah sebagai penjamin tabungan masyarakat pada bank-bank yang beroperasi di Indonesia memiliki kepentingan untuk menjaga stabilitas ekonomi.¹¹⁰

Pemerintah juga menetapkan ketentuan pengelolaan keuangan yang sehat pada perbankan agar tidak terjadi pengemplangan dana masyarakat oleh manajemen bank umum karena banyak juga manajemen bank yang menggunakan dana masyarakat untuk kepentingan pribadi, seperti kasus terbaru terjadi di Bank Surabaya, direktur utamanya melarikan dana nasabah. Risiko yang dihadapi bank syariah dari penyaluran pembiayaan musyarakah dan *mudharabah* sangat besar karena pembiayaan NUCC ini sepenuhnya tergantung dari mekanisme pasar dan kehandalan nasabah debitur dalam mengelola investasi. Faktor risiko inilah yang menyebabkan bank syariah sangat hati-hati dan membatasi jumlah dana yang bisa dikucurkan untuk pembiayaan NUCC baik musyarakah maupun *mudharabah*. Bank syariah juga protektif dalam melakukan investasi untuk pembiayaan ini, sehingga

¹¹⁰ Zulkifli, 2003, *Pendahuluan Praktis Transaksi Perbankan Syariah*, Zikrul Hakim, Jakarta, hal. 63

semua pembiayaan bank syariah yang diklasifikasikan sebagai pembiayaan natural *un-certainty contract* dilakukan dalam relatif singkat (*short term investment*). Jaminan sebagai ukuran kemampuan kekayaan yang dimiliki nasabah debitur dapat menjadi salah satu bentuk keyakinan bank. Dengan jaminan pada pembiayaan *musyarakah* dan *mudharabah* bank syariah memperoleh keyakinan terhadap kemampuan finansial nasabah debiturnya. Baik kemampuan nasabah debitur untuk menghadirkan jaminan dalam bentuk *cash collateral* maupun agunan dalam bentuk fidusia dan hak tanggungan.¹¹¹

Pada Pasal 1 ayat (26) UU No 21 Tahun 2008 ditegaskan kembali bahwa jaminan dari nasabah debitur urgen bagi bank syariah. Jaminan yang dibutuhkan oleh bank bisa dalam bentuk jaminan pokok maupun jaminan tambahan. Bila bank tidak memiliki jaminan apa-apa dari nasabah debiturnya maka bank tidak dapat menagih haknya ketika nasabah debitur melakukan salah satu tindakan *moral hazard* yang mengakibatkan NPF bagi bank syariah, bahkan bisa saja nasabah debitur melarikan diri sehingga bank tidak memiliki aset untuk menuntut penunaian kewajiban debiturnya. Dalam Pasal 23 UU No. 21 Tahun 2008, pada ayat (2) dijelaskan lebih lanjut tentang prosedur pengucuran pembiayaan, jaminan perlu dikuasai oleh bank dan dinilai untuk mengukur kemampuan nasabah debiturnya. Bank bukan hanya menilai jaminan saja karena beberapa aspek lain yang terkait dengan pembiayaan perlu dinilai seperti modal dan prospek usaha.

¹¹¹ Muhammad Maulana, Jaminan Dalam Pembiayaan Pada Perbankan Syariah di Indonesia (Analisis Jaminan Pembiayaan Musyarakah Dan Mudharabah), *Jurnal Ilmiah Islam Futuravol*. 14. No. 1, Agustus 2014, hal. 85

2.4.4 Penerapan Jaminan dalam Akad *Mudharabah*

Secara umum jaminan dalam hukum Islam (*fiqh*) dibagi menjadi dua: jaminan yang berupa orang (*personal guaranty*) dan jaminan yang berupa harta benda. Yang pertama sering dikenal dengan istilah *dhaman* atau *kafalah*, sedangkan yang kedua dikenal dengan istilah *rahn*. Jaminan menurut UU No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan adalah keyakinan atas kesanggupan nasabah debitur untuk melunasi kewajibannya sesuai dengan yang diperjanjikan. Jaminan di sini meliputi watak, kemampuan, modal, agunan, dan prospek usaha dari Nasabah Debitur, sedangkan jaminan identik dengan agunan yaitu Jaminan tambahan yang diserahkan nasabah debitur kepada bank dalam rangka pemberian fasilitas kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syari'ah. (pasal 1 angka 23 UU No. 10 Tahun 1998).

a. *Kafalah*

Kafalah menurut etimologi berarti al-dhamanah, hamalah, dan za'amah. Ketiga istilah tersebut memiliki arti yang sama, yakni menjamin atau menanggung, sedangkan menurut terminologi *kafalah* adalah "Jaminan yang diberikan oleh kafil (penanggung) kepada pihak ketiga atas kewajiban (prestasi) yang harus ditunaikan pihak kedua (tertanggung)".¹¹² *Kafalah* diisyaratkan oleh Allah SWT. pada Al-Qur'an Surat Yusuf; "*penyeru-penyeru itu berkata: "Kami kehilangan piala Raja, dan siapa yang dapat mengembalikannya akan memperoleh bahan makanan (seberat) beban unta, dan aku menjamin terhadapnya"*. Dalam hadis Nabi

¹¹² Zuhaili, 2002, *Al-Fiqh Al-Islamy Wa Adillatuhu*, Dar Al-Fikr, Beirut, Hal. 4141.

SAW. “*Pinjaman hendaklah dikembalikan dan yang menjamin hendaklah membayar*” (H.R. Abu Dawud). Kafalah dinilai sah menurut hukum Islam apabila memenuhi rukun dan syaratnya, yaitu:

1. *Kafil* (orang yang menjamin), disyaratkan sudah baligh, berakal, tidak dicegah membelanjakan harta (*mahjur*) dan dilakukan dengan kehendaknya sendiri.
2. *Makful lah* (orang yang berpiutang/berhak menerima jaminan), syaratnya ialah diketahui oleh orang yang menjamin, ridha (menerima), dan ada ketika terjadinya akad menjaminan.
3. *Makful 'anhu* (orang yang berutang/yang dijamin), disyaratkan diketahui oleh yang menjamin, dan masih hidup (belum mati).
4. *Mahmun bih atau makful bih* (hutang/kewajiban yang dijamin), disyaratkan merupakan hutang/prestasi yang harus dibayar atau dipenuhi, menjadi tanggungannya (*makful anhu*), dan bisa diserahkan oleh penjamin (*kafil*).
5. *Lafadz ijab qabul*, disyaratkan keadaan lafadz itu berarti menjamin, tidak digantungkan kepada sesuatu dan tidak berarti sementara.

Kafalah dibagi menjadi dua macam, yaitu kafalah dengan jiwa (*kafalah bi al-nafs*) dan kafalah dengan harta (*kafalah bi al-maal*). Kafalah dengan jiwa dikenal pula dengan *Kafalah bi al-Wajhi*, yaitu adanya kesediaan pihak penjamin (al-Kafil, al-Dhamin atau al-Za‘im) untuk menghadirkan orang yang ia tanggung kepada yang ia janjikan

tanggungan (*Makful lah*).¹¹³ Kafalah yang kedua ialah kafalah harta, yaitu kewajiban yang mesti ditunaikan oleh *dhamin* atau *kafil* dengan pembayaran (pemenuhan) berupa harta. Kafalah harta ada tiga macam, yaitu: pertama, *kafalah bi al-Dayn*, yaitu kewajiban membayar hutang yang menjadi beban orang lain. kedua, kafalah dengan penyerahan benda, yaitu kewajiban menyerahkan benda-benda tertentu yang ada di tangan orang lain, seperti mengembalikan barang yang *di-ghashab* dan menyerahkan barang jualan kepada pembeli. Ketiga, kafalah dengan aib, maksudnya adalah jaminan bahwa jika barang yang dijual ternyata mengandung cacat, karena waktu yang terlalu lama atau karena hal-hal lainnya, maka penjamin (pembawa barang) bersedia memberi jaminan kepada penjual untuk memenuhi kepentingan pembeli (mengganti barang yang cacat tersebut).

b. *Rahn*

Secara etimologi, kata *al-rahn* berarti tetap, kekal, dan jaminan. Akad *al-rahn* dalam istilah hukum positif disebut dengan barang jaminan (agunan), sedangkan menurut istilah *al-rahn* adalah “*harta yang dijadikan pemiliknya sebagai jaminan utang yang bersifat mengikat.*” Berdasarkan definisi yang berasal dari ulama madzhab Maliki tersebut, obyek jaminan dapat berbentuk materi, atau manfaat, di mana keduanya merupakan harta menurut jumhur ulama. Benda yang dijadikan barang jaminan (agunan) tidak harus diserahkan secara

¹¹³ Muhammad Syafi'i Antonio, 2001, *Sistem dan Prosedur Operasional Bank Syariah*, Uii Press, Yogyakarta, hal. 38

aktual, tetapi boleh juga penyerahannya secara hukum, seperti menjadikan sawah sebagai jaminan (agunan), sehingga yang diserahkan adalah surat jaminannya (sertifikat sawah).¹¹⁴

Berbeda dengan definisi di atas, menurut ulama Syafi'iyah dan Hanabilah, *al-rahn* adalah “menjadikan materi (barang) sebagai jaminan utang, yang dapat dijadikan pembayar utang apabila orang yang berutang tidak bisa membayar utangnya itu.” Definisi ini mengandung pengertian bahwa barang yang boleh dijadikan jaminan (agunan) utang itu hanya yang bersifat materi; tidak termasuk manfaat sebagaimana yang dikemukakan ulama madzhab Maliki. Barang jaminan itu boleh dijual apabila utang tidak dapat dilunasi dalam waktu yang disepakati kedua belah pihak. Para ulama fiqh mengemukakan bahwa akad *al-rahn* dibolehkan dalam Islam berdasarkan al-Qur'an dan sunnah Rasul. Dalam surat al-Baqarah, 283: Jika kamu dalam perjalanan (dan bermu'amalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis, Maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang (oleh yang berpiutang). Akan tetapi jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (hutangnya) dan hendaklah ia bertakwa kepada Allah Tuhannya; dan janganlah kamu (para saksi) menyembunyikan persaksian. Dan Barang siapa yang menyembunyikan-nya, maka sesungguhnya ia adalah orang yang

¹¹⁴ Dewan Syariah Nasional MUI, 2005, *Konsep & Implementasi Bank Syariah*, Renaisan, Jakarta, hal. 54.

berdosa hatinya; dan Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan. Rahn dinilai sah menurut hukum Islam, apabila telah memenuhi rukun dan syarat sebagai berikut:

- a. Syarat yang terkait dengan orang yang berakad adalah cakap bertindak hukum. Kecakapan bertindak hukum, menurut Jumah Ulama adalah orang yang telah baligh dan berakal, sedangkan menurut ulama Hanafiyah, kedua belah pihak yang berakad tidak disyaratkan baligh tetapi cukup berakal saja. Oleh sebab itu menurut mereka anak kecil yang *mumayyiz* boleh melakukan akad rahn, dengan syarat akad al-rahm yang dilakukan anak kecil yang sudah *mumayyiz* ini mendapatkan persetujuan dari walinya.
- b. Syarat *shigat* (lafal). Ulama Hanafiyah mengatakan dalam akad al-rahm tidak dikaitkan dengan syarat tertentu atau dikaitkan dengan masa yang akan datang karena al-rahm sama dengan akad jual beli, apabila akad itu didasarkan pada syarat tertentu atau dikaitkan dengan masa yang akan datang, maka syaratnya batal, sedangkan akadnya sah. Ulama Malikiyah, Syafi'iyah dan Hanabilah mengatakan apabila syarat itu adalah syarat yang mendukung kelancaran akad itu, maka syarat itu diperbolehkan, tetapi apabila syarat itu bertentangan dengan tabiat akad *al-rahm* maka syaratnya batal.¹¹⁵ Kedua syarat dalam contoh di atas (perpanjangan al-rahm satu bulan dan agunan boleh dimanfaatkan), termasuk syarat yang

¹¹⁵ Hendi Suhendi, 2002, *Fiqh Muamalah*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta: , Cet. I, hal. 105.

tidak sesuai dengan tabiat al-rahn, karenanya syarat itu dinyatakan batal.

- c. Syarat al-marhum bibi (utang) adalah: (1) merupakan hak yang wajib dikembalikan kepada orang tempat berutang. (2) Utang itu boleh dilunasi dengan agunan itu. (3) Utang itu jelas dan tertentu.
- d. Syarat al-marhun (barang yang dijadikan agunan), menurut para pakar fiqh, adalah: (1) barang jaminan (agunan) itu boleh dijual dan nilainya seimbang dengan utang, (2) barang jaminan itu bernilai dan dapat dimanfaatkan, (3) barang jaminan itu jelas dan tertentu, (4) agunan itu milik sah orang yang berutang, (5) barang jaminan itu tidak terkait dengan hak orang lain, (6) barang jaminan itu merupakan harta yang utuh, tidak bertebaran dalam beberapa tempat, dan (7) barang jaminan itu boleh diserahkan baik materinya maupun manfaatnya.

Di samping syarat-syarat di atas, para ulama fiqh sepakat menyatakan bahwa al-rahn itu baru dianggap sempurna apabila barang yang dirahn itu secara hukum sudah berada di tangan pemberi utang, dan uang yang dibutuhkan telah diterima peminjam uang.

Jika barang jaminan itu berupa benda tidak bergerak, seperti rumah dan tanah, cukup surat jaminan tanah atau surat-surat rumah itu yang dipegang oleh pemberi utang. Syarat yang terakhir (kesempurnaan al-rahn) oleh para ulama disebut sebagai qabdh al-marhun (barang jaminan dikuasai secara hukum). Syarat ini menjadi penting karena dalam surat al-Baqarah, 2:

283 dinyatakan "*fa rihanun maguudhati*" (barang jaminan itu dikuasai secara hukum). Sebagai perbandingan, dalam sistem yang berlaku di Indonesia jaminan digolongkan menjadi 2 macam, yaitu jaminan materiil (kebendaan), dan jaminan *materiil* (perorangan, *borgtocht*). Jaminan kebendaan mempunyai ciri-ciri "kebendaan" dalam arti memberikan hak mendahului di atas benda-benda tertentu dan mempunyai sifat melekat dan mengikuti benda yang bersangkutan, sedangkan jaminan perorangan tidak memberikan hak mendahului atas benda-benda tertentu, tetapi hanya dijamin oleh harta kekayaan seorang lewat orang yang menjamin pemenuhan perikatan yang bersangkutan.

Berbeda dengan perbankan konvensional yang dalam penyaluran dananya menggunakan istilah kredit, di perbankan syari'ah penyaluran dana menggunakan istilah pembiayaan. Pembiayaan adakalanya dengan mengambil keuntungan berdasarkan margin keuntungan (profit margin), seperti dalam akad jual beli murabahah, salam, istishna dan ijarah, juga dikenal pembiayaan yang menggunakan prinsip bagi hasil, yaitu melalui akad musyarakah dan *Mudharabah*. Kedua akad pembiayaan ini dilihat dari ciri khasnya sangat berbeda sekali dengan akad yang lain. Di antara perbedaan menonjol adalah bahwa bank syari'ah dalam penyaluran dananya kepada nasabah penerima pembiayaan tidak dapat dipastikan memperoleh keuntungan tertentu (modal pembiayaan ditambah return) sebagaimana dalam skema pembiayaan yang mengambil keuntungan berdasarkan margin keuntungan. Akan tetapi, justru pihak bank sangat memungkinkan mengalami

kerugian bila usaha nasabahnya mengalami kegagalan atau kebangkrutan. Inilah konsekuensi dari skema pembiayaan dengan prinsip bagi hasil (*profit and loss sharing*).

Namun, sebaliknya bila usaha nasabah berhasil maka akan memperoleh bagi hasil yang mungkin lebih besar bila dibandingkan penyaluran dana melalui skim pembiayaan berdasarkan margin keuntungan, ini karena di antara kedua pihak (bank dan nasabah) telah ada kesepakatan bagi hasilnya, yang biasanya berkisar 30%:70%, 40%:60%, atau 50%:50%. Atas dasar tingkat spekulasi yang tinggi dalam skim pembiayaan, maka umumnya bank syari'ah sangat berhati-hati dalam melakukan penyaluran dana melalui skim ini.¹¹⁶ Apalagi kalau mengingat bahwa bank syari'ah sebagaimana bank konvensional merupakan lembaga *intermediary* keuangan. Di mana dana yang dikelola oleh bank sebagian besar merupakan dana pihak ketiga (nasabah kreditur) baik yang berupa dana tabungan (titipan/*wadi'ah*) maupun dana investasi yang berupa deposito (*Mudharabah* atau *musyarakah*). Dan sebagaimana lazimnya bahwa dana nasabah tersebut sewaktu-waktu atau dalam jangka waktu tertentu akan diambil kembali oleh nasabah dengan tambahan keuntungan baik yang berupa bagi hasil (bila berupa dana investasi) atau bonus (bila berupa dana titipan). Sebagai wujud sikap kehati-hatian bank dalam melakukan penyaluran dananya melalui skim pembiayaan melalui bagi hasil ini. Sebelum memberikan kredit atau pembiayaan, bank syari'ah harus melakukan penilaian yang seksama terhadap

¹¹⁶ Adiwarman A. Karim, 2004, *Bank Islam: Analisis Fiqih Dan Keuangan*, Grafindo Persada, Jakarta, hal. 286.

watak, kemampuan, modal, agunan, dan prospek usaha dari Nasabah Debitur. Kelima unsur tersebut yang sering disebut 5C perkreditan (*Character, Capital, Capacity, Collateral dan Condition of Economy*). Memang secara teoritis bahwa yang terpenting pertama-pertama adalah karakter dari nasabah calon penerima pembiayaan nasabah debitur). Karena jika karakternya baik, sekalipun kondisi yang lainnya buruk, nasabah debitur akan tetap berusaha serius dan dengan jujur melaporkan hasil usahanya dengan mengembalikan dana pembiayaan yang disertai bagi hasilnya.

Namun, tidak dapat dipungkiri bahwa pada kenyataannya jaminan sangat menentukan tingkat keamanan pembiayaan yang disalurkan oleh bank. Di samping itu, keberadaan agunan menjadi sangat penting. Hal ini berhubungan dengan filosofi dasar dari dana bank sebagaimana disinggung di atas, yaitu bahwa dana bank adalah dana nasabah atau masyarakat yang harus dilindungi dan digunakan secara sangat hati-hati.

Atas dasar beberapa pertimbangan di atas, maka pengajuan pembiayaan di bank syari'ah yang menggunakan skim musyarakah ataupun mudharahah dikenakan kewajiban memberikan agunan. Padahal secara teoritis, pengenaan kewajiban memberikan agunan kepada nasabah debitur untuk skim/akad musyarakah dan mudharahah bertentangan dengan prinsip dasar kedua akad tersebut, yang dalam hukum Islam dikenal dengan akad kepercayaan (amanah).¹¹⁷

¹¹⁷ Jaih Mubarak, 2001, *Perkembangan Fatwa Ekonomi Syariah Di Indonesia*, Pustaka Bani Quraisy, Bandung, hal. 51.

Kenyataan di atas, meskipun masih menyimpan persoalan status hukumnya dari sisi hukum Islam, menunjukkan bahwa jaminan mutlak diperlukan untuk memberikan kepastian bahwa dana tersebut dapat dikembalikan. Atau setidaknya bank tidak akan mengalami kerugian yang terlalu besar, jika misalnya ternyata hanya dapat mengeksekusi agunan atau jaminan yang telah diberikan, karena debitur bertindak semaunya atau asal-asalan dalam menjalankan usaha bisnisnya. Dalam hukum positif Indonesia terdapat berbagai peraturan perundang-undangan yang mengatur jaminan dalam rangka melaksanakan sistem kehati-hatian (prudential) yang harus dilakukan oleh industri perbankan, termasuk perbankan syariah. Peraturan perundang-undangan tersebut antara lain dapat dilihat dalam UU No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, yang telah diubah dengan UU No. 10 tahun 1998, peraturan perundang-undangan Bank Indonesia. Berikut akan disebutkan beberapa pasal perundang-undangan di atas yang terkait dengan urgensi jaminan di perbankan

Dalam UU No. 10 tahun 1998 terdapat pada pasal 8, dan penjelasannya pasal 8 ayat (1) serta pasal 12 A ayat (1) berikut ini: "...Dalam memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah, Bank umum wajib mempunyai keyakinan berdasarkan analisis yang mendalam atau itikad baik dan kemampuan serta kesanggupan debitur untuk melunasi hutangnya atau dimaksud sesuai dengan yang mengembalikan pembiayaan diperjanjikan" (pasal 8 ayat (1)). "Kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah yang diberikan bank mengandung risiko, sehingga dalam

pelaksanaannya bank harus memperhatikan asas-asas perkreditan atau pembiayaan berdasarkan prinsip syari'ah yang sehat”.

Untuk mengurangi risiko tersebut, jaminan pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syari'ah dalam arti keyakinan atas kesanggupan nasabah debitur untuk melunasi kewajibannya sesuai dengan yang diperjanjikan merupakan faktor penting yang harus diperhatikan bank. Untuk memperoleh keyakinan tersebut, sebelum memberikan pembiayaan, bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan, dan prospek usaha dari Nasabah Debitur. Mengingat bahwa agunan sebagai salah satu unsur pemberian kredit, maka apabila berdasarkan unsur-unsur lain telah dapat diperoleh keyakinan atas kemampuan Nasabah Debitur mengembalikan utangnya, agunan dapat hanya berupa barang, proyek atau hak tagih yang dibiayai dengan kredit yang bersangkutan. Tanah...” (penjelasan pasal 8 ayat (1)) “Bank Umum dapat membeli sebagian atau seluruh agunan, baik melalui pelelangan maupun di luar pelelangan berdasarkan penyerahan secara sukarela oleh pemilik agunan atau berdasarkan kuasa untuk menjual di luar lelang dari pemilik agunan dalam Nasabah Debitur tidak memenuhi kewajibannya kepada bank, dengan ketentuan agunan yang dibeli tersebut wajib dicairkan secepatnya (pasal.12-a (1)). Dalam Peraturan Bank Indonesia (PBI) No. 5/7/PBI/2003 tentang kualitas Aktiva Produktif Bagi Bank Syari'ah pasal 2 (ayat 1) dan penjelasannya, dan pada PAPSI (Pedoman Akuntansi Perbankan Syari'ah Indonesia) tahun 2003 Bank Indonesia: Penanaman dana Bank Syariah pada

Aktiva Produktif wajib dilaksanakan berdasarkan prinsip kehati-hatian. (Pasal 2 (ayat 1)). Kehati-hatian dalam penanaman dana yaitu penanaman dana dilakukan antara lain berdasarkan:

- 1) Analisis kelayakan usaha dengan memperhatikan sekurang-kurangnya faktor 5C (*Character, Capital, Capacity, Condition of economy & Collateral*);
- 2) Penilaian terhadap aspek prospek usaha, kondisi keuangan dan kemampuan membayar. (Penjelasan Pasal 2).¹¹⁸

“Pada prinsipnya dalam pembiayaan *Mudharabah* tidak dipersyaratkan adanya jaminan, namun agar tidak terjadi moral hazard berupa penyimpangan oleh pengelola dana, pemilik dana dapat meminta jaminan dari pengelola dana atau pihak ketiga. Jaminan ini hanya dapat dicairkan apabila pengelola dana terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad”.

Konsep musyarakah dan *mudharabah* dalam rubuk fikih muamalat memiliki beberapa pergeseran pada beberapa aspek penting ketika konsep tersebut diimplementasikan pada operasionalisasi bank syariah. Kenyataan ini terjadi karena beberapa prinsip dasar yang tidak sama antara konsep musyarakah dengan kenyataan empirik pada perkembangan perbankan syariah. Dalam hal ini posisi bank Syariah pada pembiayaan musyarakah dan mudharabah lebih dilematis, dan keberadaannya lebih rumit bila dilihat dari aspek *shariah compliance* karena juga harus mematuhi hukum positif.

¹¹⁸ Gemala Dewi, 2006, *Aspek Aspek Hukum Dalam Perbankan Dan Perasuransian Syariah Di Indonesia*, Kencana, Jakarta, hal. 108.

Berikut ini sebagai gambaran simpel tentang aspek kepatuhan perbankan syariah untuk mereduksi risiko. Begitu banyak risiko yang dihadapi oleh bank syariah dalam penyaluran pembiayaan terutama musyarakah dan *mudharabah*, oleh karena itu pada pembiayaan musyarakah dan *mudharabah*, pihak manajemen bank syariah harus mensiasatinya agar tidak timbul dilema dalam pengelolaan pembiayaan.

Bank syariah harus memastikan dengan karakteristik pembiayaan musyarakah dan *mudharabah*, nasabah akan mampu mendatangkan keuntungan. Dalam pembiayaan *mudharabah* yang secara konseptual mengharuskan modal usaha dari *ṣahib al-māl*, hampir tidak mungkin pihak bank memberikan pembiayaan kepada nasabah debiturnya yang tidak memiliki modal awal dalam menganalisis permohonan pembiayaan calon nasabah debiturnya telah memiliki usaha atau paling tidak memiliki modal awal untuk merintis usaha, sehingga pihak bank dapat menganalisis kemampuan skill dan karakter usaha yang dimilikinya. Meskipun *track record* ada melalui jaringan perbankan tanpa ada fakta empirik sebagai bentuk usaha yang sedang berjalan, pihak bank syariah akan mengalami kesulitan mendanai nasabah debiturnya untuk merintis usaha dengan akad *mudharabah*. Kenyataan yang berbeda antara konsep *mudharabah* dan sistem perbankan syariah bahwa pembiayaan yang diberikan kepada nasabah debitur bukan bersumber dari modal bank sendiri menyebabkan pembiayaan yang diinvestasikan pada usaha nasabahnya berbeda dengan teori fikih muamalah.

Jalan satu-satunya yang praktis dan mudah diimplementasikan oleh manajemen bank syariah adalah melalui jaminan dan agunan.¹¹⁹

Adanya jaminan yang diagunkan tersebut akan dijadikan sebagai pegangan bagi bank syariah bahwa nasabah debitur akan komit untuk melaksanakan janjinya, apabila kepatuhan terhadap janji tidak dilakukan maka dapat dipastikan sewaktu-waktu dalam kondisi yang telah disepakati dalam kontrak, pihak bank syariah dapat mengeksekusi jaminan yang telah diagunkan oleh nasabah debiturnya untuk menutupi semua kerugian yang timbul akibat wanprestasi. Harta yang telah diagunkan oleh debitur kepada bank syariah sebagai penjamin bahwa dia akan mematuhi dengan sepenuh hati seluruh isi perjanjian yang telah dibuat dan disepakati bersama. Dengan adanya harta debitur yang telah diagunkan pada bank syariah, maka debitur akan terdorong dan termotivasi untuk bekerja dengan sebaik-baiknya dan semaksimal mungkin untuk mengelola usahanya dalam rangka memperoleh keuntungan dan mencegah terjadinya kerugian yang akan mengancam keberadaan hartanya yang telah diagunkan pada bank.

Sejalan dengan kenyataan di atas, menurut Imam al-Kasany bahwa bila kreditur atau *ṣāhib al-māl* khawatir dengan keamanan dana yang telah diinvestasikan maka jaminan dapat dipersyaratkan dalam perjanjian pokok investasi musyarakah tersebut. Karena realisasi dari akad *mudharabah* tersebut juga sepenuhnya ada ditangan si pemilik modal, artinya realisasi dari

¹¹⁹ Mervyn K. Lewis Dan Latifa M. Algaoud, 2007, *Bank Syariah*, Serambi, hal.58.

perjanjian baru bisa diwujudkan bila sipemilik modal telah menyerahkan dana atau modal untuk dikelola oleh *mudharib*.

Adapun alasan yang dikemukakan oleh Imam al-Kasan tentang bolehnya meminta dan menggunakan agunan sebagai pejamin dalam pembiayaan *mudharabah*, yaitu:¹²⁰

- 1) Akad *mudharabah* yang disepakati para pihak awalnya didasarkan dari kerelaan *ṣāhib al-māl* untuk menyerahkan kekayaan yang dimilikinya untuk dikelola oleh *muḍārib*. Kerelaan tersebut menjadi tanggung jawab bagi *muḍārib* untuk memelihara dan menjaga amanah sehingga realisasi investasi *mudharabah* akan berjalan dengan baik. Dengan dasar itu pula wewenang yang akan diberikan kepada *mudharib* sangat luas demi untuk memastikan keleluasaan dalam mengelola usaha.
- 2) Dalam pengelolaan usaha bisnis dengan akad *mudharabah*, pengelola menempati posisi sebagai wakil dari pemilik modal. Meskipun tidak dilakukan akad wakalah dalam perjanjian pokoknya, *mudharib* memiliki posisi yang kuat sebagai pemegang amanah dan mengemban mandate untuk mengelola harta pemodal dengan baik supaya dapat mendatangkan keuntungan melalui harta yang telah dipercayakan kepadanya. Dalam akad *mudharabah* mengandung nilai amanah dan wakalah yang mengharuskan *mudharib* secara profesional mengelola usaha

¹²⁰ Abdullah Abdul Husain At Tariqi, 2004, *Ekonomi Islam Prinsip, Dasar, Dan Tujuan*, Magistra Insana Press, Yogyakarta, hal.3.

dengan memperhitungkan risiko, dengan kesadaran yang dimiliki *mudharib* akan merasakan juga dampak dari kerugian tersebut baik secara materiil maupun non materiil.

Dalam aplikasi musyarakah, pihak manajemen bank syariah harus memastikan bahwa usaha tersebut dikelola dengan baik dan taat asas berdasarkan perjanjian yang telah disepakati. Semua aset dalam usaha tersebut dapat digunakan oleh bank sebagai jaminan pokok, yang biasanya digunakan untuk menyelesaikan masalah kemacetan pembiayaan dengan cara *first way out*, apabila jaminan pokok tersebut tidak memadai untuk menutupi semua risiko pembiayaan yang mungkin dihadapi bank, maka dalam operasionalnya pihak manajemen akan meminta nasabah debitur untuk menyediakan agunan tambahan.

Setiap pihak memiliki kebebasan untuk membuat berbagai akad dan syarat-syarat yang terkandung dalam bentuk klausula-klausula dalam shighat akad selama berada dalam koridor yang dibolehkan yaitu tidak menghalalkan yang haram dan mengharamkan yang halal atau tidak bertentangan dengan kaidah-kaidah umum tentang qawaid fihiyyah yang merupakan hasil analisis dari syariat. Suatu akad yang dibuat termasuk syarat yang dikandungnya harus mampu mewujudkan keinginan para pihak untuk tujuan kemaslahatan baik bagi individu, kelompok maupun masyarakat, baik dalam aspek sosial maupun ekonomi secara menyeluruh. Kebebasan yang dimiliki oleh para pihak untuk membuat suatu akad harus didasarkan pada kemauan dan kerelaan sendiri serta kemampuan para pihak untuk mematuhi klausula

perjanjian yang dibuat bahkan poin-poin tertentu yang dijabarkan dalam suatu akad.

Para pihak yang membuat akad memiliki wewenang mutlak untuk membuat akad dan membuat klausula tertentu dalam akad tertentu yang disepakati yang dapat mengikat para pihak atau satu pihak saja dengan kewajiban tertentu demi terpenuhinya kebutuhan dan menjaga kepentingan masing-masing. Para pihak dalam membuat akad bisa saja merumuskan diktum perjanjian tertentu yang dapat menarik pihak lainnya untuk mematuhi ketentuan yang telah dirumuskan dan kemudian disepakati bersama, tanpa perlu memperhatikan keseimbangan posisi atau efek dari akad tersebut dari sisi laba atau rugi atau *ghaban fahisy* yang mungkin akan dialami oleh salah satu dari para pihak. Kesepakatan yang dibuat dalam suatu perjanjian harus didasarkan pada kerelaan para pihak untuk memenuhi klausula akad, dan menyadari sepenuhnya bahwa persyaratan yang dikandung dalam perjanjian tersebut sepenuhnya dibuat untuk menjaga kepentingan masing-masing pihak bukan untuk mendhalimi atau mendiskreditkan pihak lain, karena apabila persyaratan dibuat untuk mendhalimi pihak yang terlibat dalam perjanjian tersebut akan batal demi hukum, karena bertentangan dengan syariat. Kebutuhan membuat akad baru selain dari format yang telah dimuat dalam kategori *'uqūd al-musamma* dan juga persyaratan yang dikandungnya untuk kebutuhan masyarakat. Hal ini juga didasarkan pada kenyataan bahwa sebagian besar akad yang eksis dalam fikih muamalat dan rubuk lain keberadaannya telah ada sejak sebelum Islam, karena eksistensi akad tersebut

terjadi didasarkan pada aktifitas ekonomi dan sosial masyarakat pada masa lalu.¹²¹

Kebebasan membuat akad baru selain akad musamma dapat dilakukan oleh para pihak selama didasarkan pada kesepakatan dan kerelaan tanpa memaksa kehendak kepada pihak lain sehingga bebas dari akad yang mengandung unsur mendhalimi salah satu pihak oleh pihak lain. Di kalangan fukaha ada dua pendapat mengenai prinsip kebebasan membuat akad. Kelompok ulama pertama dari kalangan madzhab Zahiri termasuk Ibn Hazm, mereka berpendapat cukup dengan memilih akad yang telah ada dengan menambah aturan tertentu dalam syarat akad, sedangkan kelompok kedua adalah ulama madzhab Ḥanābilah dan juga fukaha dari madzhab lainnya, mereka berpendapat membuat akad baru dengan menselaraskannya dengan akad-akad lain yang telah eksis lebih dahulu. Menurut mereka prinsip dasar pembuatan akad boleh dilakukan selama tidak dilarang syara' atau tidak bertentangan dengan nash-nash syariat.

Adapun dalil yang digunakan oleh ulama madzhab Ḥanābilah dan ulama lainnya tentang boleh membuat akad baru dan juga klausula sebagai persyaratannya adalah keumuman ayat al-Quran Surat Al-Maidah ayat 1. Wahbah al-Zuhayli menginterpretasikan ayat tersebut bahwa setiap akad yang dibuat dengan kerelaan mengikat para pihak yang telah menyetujuinya dengan segala konsekwensinya. Ayat ini juga menetapkan kewajiban untuk menepati setiap akad yang telah dibuat di antara para pihak, karena

¹²¹ Deni K Yusup, Peran Notaris Dalam Praktek Perjanjian Bisnis Di Perbankan Syariah (Tinjauan Dari Perpektif Hukum Ekonomi Syariah, *Al- 'Adalah*, Volume Xii, No 4, Desember 2015. hal. 45.

keberadaan akad tersebut didasarkan pada keinginan para pihak untuk membentuknya sehingga wajib pulapara pihak untuk menunaikan setiap diktum dari akad tersebut.

Dasar hukum lainnya yang digunakan oleh fukaha dan dapat dijadikan sebagai dasar pembolehan penggunaan jaminan pada pembiayaan akad *mudharabah* dan musyarakah yang disalurkan oleh bank syariah dan unit usaha syariah lainnya sebagai akad yang dimodifikasi dengan persyaratan tertentu yaitu kaidah umum tentang muamalah yang membolehkan membuat akad meskipun tidak ada syariat yang menetapkan hukum atau penjelasan tentang kebolehan.¹²² Selama tidak ada satupun dalil yang mengharamkannya maka semua aspek muamalah boleh dilakukan, karena tujuan muamalah dan ketentuan hukum yang digunakan untuk legalitasnya adalah kemaslahatan umat. Hadis Nabi Muhammad juga menyatakan kebolehan membuat syarat tertentu selama persyaratan yang diformat tersebut tidak menetapkan sesuatu yang bertentangan dengan syariat. Hadis tersebut yaitu: Dari ‘Umar Ibn ‘Auf bahwa Rasulullah SAW bersabda: “Setiap perdamaian dibolehkan di antara umat Islam kecuali perdamaian yang mengharamkan yang halal dan menghalalkan yang haram, dan setiap umat Islam terikat terhadap syarat yang dibuatnya, kecuali syarat tersebut mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram.” (HR. Abū Dāud, Ibn Mājah dan Tarmizi).

¹²² Ibnu Rusyd, 1996, *Bidāyah Al-Mujtahid*, Dar Al-Fikr , Beirut, hal, 583.

Setiap akad yang dibuat oleh para pihak harus didasarkan pada kerelaan mereka sebagai wujud dari kebebasan, bukan kerelaan karena keterpaksaan terhadap keadaan atau kondisi sehingga mereka seperti tidak memiliki pilihan lain. Dalam kondisi tertentu ada pihak juga harus menerima kenyataan dengan merelakan kebebasan dan keinginan mereka teredam karena posisi negosiasi yang tidak seimbang. Dalam kondisi seperti ini kebebasan membuat akad belum muncul dengan baik, sehingga keabsahan akad untuk diberlakukan dan dipatuhi oleh masing-masing pihak belum tercapai sehingga tidak bisa dipastikan akad tersebut mengikat para pihak. Hanya akad yang telah memenuhi ketentuan kebebasan dalam membuat akad yang bisa membuat para pihak tunduk dan mematuhi sepenuhnya secara suka rela terhadap diktum perjanjian yang telah mereka buat. Bila nantinya dalam proses implementasi ternyata kesepakatan yang telah dibuat tersebut telah menyulitkan salah satu pihak maka hal tersebut dapat dianggap sebagai konsekwensi dari akad, maka keterpaksaan tersebut tidak bisa dianggap sebagai sesuatu yang telah melanggar prinsip kebebasan berkontrak. Setiap pihak memiliki kesempatan dan kebebasan sepenuhnya untuk menganalisis terhadap semua kemungkinan dan konsekwensi yang akan terjadi bila akad tersebut dibuat dan disepakati.

Konsep jaminan dalam perbankan syariah dan bank konvensional memiliki perbedaan, perbedaan sebagaimana dimaksud adalah ketika konsep jaminan bank konvensional merupakan suatu kewajiban atau keharusan yang perlu diberikan oleh pihak debitur sebagai prasyarat untuk mengajukan

pembiayaan atau kredit sedangkan konsep jaminan pada perbankan syariah bukan sesuatu keharusan sebagai prasyarat ketika akan mengajukan pembiayaan. Hal demikian disebabkan didalam produk2 yang ada dalam perbankan syariah tidak menuntut pihak debitur untuk menyerahkan jaminan tapi dalam akad mudharabah merupakan model produk akad kerjasama.

2.5 Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan dan Akta Pemberian Hak Tanggungan

2.5.1 Definisi Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan dan Akta Pemberian Hak Tanggungan

SKMHT atau Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan merupakan surat kuasa yang diberikan oleh pemberi jaminan kepada pihak lain (biasanya diberikan kepada bank) untuk membebankan hak tanggungan (menandatangani Akta Pemberian Hak Tanggungan atau APHT). SKMHT ini pada prinsipnya dibuat karena belum dapat dibuatnya/ditandatanganinya APHT berdasarkan alasan tertentu. Jadi pada prinsipnya kegunaan atau fungsi dari SKMHT adalah agar kemudian hari sesuai waktu yang ditentukan pihak Bank/Kreditur dapat mewakili pemberi jaminan untuk melaksanakan pembebanan hak tanggungan dengan menandatangani APHT. SKMHT diatur di dalam pasal 15 UU Hak Tanggungan Nomor 4 thn 1996.

APHT sendiri berdasarkan Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah. Hak Tanggungan didefinisikan sebagai suatu Akta Pejabat Pembuat Akta Tanah yang berisi pemberian Hak Tanggungan kepada

kreditur tertentu sebagai jaminan untuk pelunasan piutangnya. Adapun APHT diatur secara spesifik di dalam Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 3 Tahun 1997 Tentang ketentuan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah).

Berdasarkan konsep tentang APHT tersebut di atas, apabila dikaitkan dengan perjanjian dalam akad *Mudharabah* di mana akad *Mudharabah* sendiri merupakan suatu bentuk kerjasama, maka pemasangan APHT terhadap jaminan yang diserahkan oleh pihak *Mudharib* hanya dapat dilaksanakan/dapat dilakukan pada saat pihak *Mudharib* itu cidera janji atau wanprestasi. Hal demikian dikarenakan dalam pembiayaan *Mudharabah* konsep hutang piutang muncul apabila pihak *Mudharib* telah melakukan cidera janji, sebelum itu maka konsep yang dipakai adalah kerjasama, bukan hutang piutang sehingga tidak boleh terhadap jaminan *Mudharib* kemudian dipasang hak tanggungan di awal akad pembiayaan *Mudharabah*.

Suatu kegiatan usaha akan selalu berkaitan erat dengan permodalan. Modal usaha adalah kunci pengembangan usaha baik bagi perorangan maupun dalam suatu perusahaan. Tanpa modal, bisa dipastikan usaha akan sulit tumbuh, meskipun modal bukan satu-satunya kunci kesuksesan usaha. Modal usaha yang berbentuk dana tersebut dapat diperoleh dari perorangan maupun dari lembaga keuangan. Dalam kehidupan sehari-hari, manusia terkadang membutuhkan bantuan dana baik untuk pemenuhan kebutuhannya maupun

untuk modal usahanya. Bantuan dana tersebut bisa diperoleh melalui pinjaman dari bank atau lembaga pembiayaan seperti leasing. Pinjaman yang diperoleh dari lembaga perbankan disebut dengan kredit. Pemberian kredit tersebut didasarkan pada suatu perjanjian yaitu perjanjian kredit. Perjanjian kredit itu sendiri berakar dari perjanjian pinjam-meminjam. Dalam kehidupan masyarakat, kredit bukanlah merupakan sesuatu yang asing lagi. Setiap usaha apakah itu dibidang industri, pertanian, perhubungan, perdagangan memerlukan pembiayaan yang berfungsi sebagai faktor produksi sehingga melalui bantuan kredit dari bank usaha semakin besar dan berkembang.

Adapun dasar hukum Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan, yaitu sebagai berikut:¹²³

1. Pasal 15 Undang-Undang nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan Dengan Tanah;
2. Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 4 Tahun 1996 tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan untuk Menjamin Pelunasan Kredit-Kredit Tertentu;
3. Peraturan Menteri Negara Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat

¹²³ Salim H, 2016, *Teknik Pembuatan Akta Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT)*, Raja Grafindo Persda, Jakarta, hal. 311.

Kuasa Membebankan Hak Tanggungan untuk Menjamin Pelunasan Kredit Tertentu; dan

4. Surat keputusan direksi Bank Indonesia nomor 26/24/KEP/DIR/1993 tentang kredit usaha kecil yang kemudian dicabut dan diganti dengan surat keputusan direksi Bank Indonesia nomor 30/55/LEP/DIR tanggal 8 Agustus 1998. Keputusan diatas menyatakan bahwa: “Perbankan Indonesia bertujuan menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan, pertumbuhan ekonomi dan stabilitas nasional kearah peningkatan kesejahteraan rakyat banyak”.

Kreditur setelah memperoleh SKMHT dari debitur atau pemilik jaminan, maka selambat-lambatnya 1 (satu) bulan setelah diberikan SKMHT diwajibkan untuk memasang akta pemberian hak tanggungan (APHT) namun untuk kredit usaha kecil, pemerintah mengeluarkan kebijakan yaitu dengan menentukan bahwa kredit usaha kecil cukup digunakan SKMHT. Pengecualian dari ketentuan pasal 15 ayat (3) dan ayat (4) adalah untuk jenis-jenis kredit tertentu sebagaimana yang dimuat pada pasal 15 ayat (3) Undang-Undang Hak Tanggungan.¹²⁴ Jenis-jenis kredit ini sendiri diatur dalam Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala BPN Nomor 4 Tahun 1996 tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan Untuk Menjamin Pelunasan Kredit-Kredit Tertentu dan

¹²⁴ Salim H, 2011, *Perkembangan Hukum Jaminan Di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal. 10.

Peraturan Menteri Negara Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan untuk Menjamin Pelunasan Kredit Tertentu. “Permen Agraria”. Salah satu jenis kredit yang dikecualikan menurut Permen Agraria ini adalah Kredit produktif yang diberikan oleh Bank Umum dan Bank Perkreditan Rakyat dengan plafon kredit tidak melebihi Rp.50.000.000,- (lima puluh juta rupiah). Untuk kredit jenis ini, SKMHT berlaku sampai berakhirnya masa berlaku perjanjian pokok yang bersangkutan. Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan sebagai suatu proses yang ditempuh dalam peralihan hak atas tanah yang dijadikan jaminan Hak Tanggungan melalui suatu proses pemberian, pendaftaran, dan pencoretan Hak Tanggungan tersebut. Oleh karena itu, aspek mekanisme (sistem dan prosedur) menjadi penting dalam penyelenggaraan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan tersebut.

Dengan pemberian Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan yang selanjutnya yang diikuti Akta Pemberian Hak Tanggungan menjadikan bank yakin bahwa agunan yang diserahkan dapat dieksekusi untuk melunasi utang debitur yang tertunggak. Hal ini didasarkan pada Pasal 14 ayat 2 dan 3 bahwa: Sertifikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat 1 memuat irah-irah dengan kata kata “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA” dan Sertifikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat 2 mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum

tetap dan berlaku sebagai pengganti *grosse acte hypotheek* sepanjang mengenai hak atas tanah. Mekanisme pemberian Hak Tanggungan dalam SKMHT merupakan kunci terjadinya proses pelimpahan kepada pihak ketiga, karena di dalamnya terdapat janji pelunasan utang. Hal ini diatur dalam Pasal 10 ayat (2) UUHT bahwa:¹²⁵ “Pemberian Hak Tanggungan didahului dengan janji untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu, yang dituangkan di dalam dan merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian utang-piutang yang bersangkutan atau perjanjian lainnya yang menimbulkan utang tersebut. Pemberian Hak Tanggungan dilakukan dengan pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan oleh PPAT sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

Dalam rangka memenuhi asas spesialisitas sebagaimana ditentukan dalam Pasal 15 ayat (1) huruf c UUHT, maka dalam SKMHT juga dipersyaratkan atau wajib mencantumkan secara jelas unsur-unsur pokok dalam pembebanan Hak Tanggungan, menurut penjelasannya, hal ini sangat diperlukan untuk kepentingan perlindungan pemberi Hak Tanggungan. Ketentuan dalam Pasal 15 ayat (1) huruf c UUHT menentukan, bahwa dalam SKMHT mencantumkan secara jelas hal-hal berikut:

1. Objek Hak Tanggungan;
2. Jumlah utang sesuai dengan yang diperjanjikan;
3. Nama serta identitas kreditur;

¹²⁵ M. Isnaeni, 2016, *Pengantar Jaminan Kebendaan*, Pt Revka Petra Media , Surabaya, hal. 82.

4. Nama serta identitas debitur apabila debitur bukan pemberi Hak Tanggungan. Adapun “jumlah utang” yang dimaksud adalah jumlah utang sesuai dengan yang diperjanjikan.¹²⁶

Objek Hak Tanggungan adalah tanah berserta dengan segala sesuatu yang merupakan satu kesatuan dengan tanah yang bersangkutan yang diberikan sebagai jaminan. Kejelasan mengenai unsur-unsur pokok dalam pembebanan Hak Tanggungan sangat diperlukan untuk kepentingan, kepastian dan perlindungan, baik kepada penerima maupun pemberi kuasa. Ini berarti Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan adalah suatu surat kuasa yang benar-benar khusus, hanya terbatas untuk memberikan atau membebankan Hak Tanggungan semata-mata. Dalam hal Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan telah memenuhi syarat formal dan syarat substansi (materiil), maka dalam Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Hak Tanggungan menyatakan bahwa, kuasa untuk membebankan Hak Tanggungan tidak dapat ditarik kembali atau tidak dapat berakhir oleh sebab apapun juga kecuali karena kuasa tersebut telah dilaksanakan atau karena telah habis jangka waktunya sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dan (4).

Dengan tidak dipenuhinya persyaratan mengenai muatan SKMHT, maka mengakibatkan SKMHT yang bersangkutan menjadi tidak sah atau batal demi hukum sebagaimana ditentukan dalam Penjelasan atas Pasal 15 ayat (1) UUHT yang menentukan: Tidak dipenuhinya syarat ini mengakibatkan surat kuasa yang bersangkutan batal demi hukum, yang

¹²⁶ Fuady, Munir, 2016, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*. Citra Aditya Bakti , Bandung, hal. 35.

berarti bahwa surat kuasa yang bersangkutan tidak dapat digunakan sebagai dasar pembuatan Akta Pemberi Hak Tanggungan. PPAT wajib menolak permohonan untuk membuat APHT, apabila Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan tidak dibuat sendiri oleh pemberi Hak Tanggungan atau tidak memenuhi persyaratan termaksud di atas. Berdasarkan keterangan di atas sudah jelas bahwa bila larangan dan persyaratan untuk membuat SKMHT sebagaimana ditentukan dalam Pasal 15 ayat (1) UUHT tidak dipenuhinya, maka konsekuensi hukum atas SKMHT yang dibuat tersebut menjadi "tidak sah" atau "batal demi hukum", karenanya dengan sendirinya SKMHT yang demikian itu tidak dapat dijadikan sebagai "dasar" bagi pembuatan APHT dan dalam hal ini PPAT wajib untuk menolak permohonan untuk membuat APHT-nya.¹²⁷

Pemberian pembiayaan tentunya juga mengandung risiko, yaitu apabila pihak yang meminjam atau debitur tidak mampu melunasi kredit sesuai perjanjian. Untuk menjamin kredit tersebut dan memperkecil risiko biasanya kreditur akan meminta jaminan pelunasan utang kepada debitur. Kredit menurut Pasal 1 angka 11 UU No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan adalah penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga bank.

¹²⁷ Supriadi, 2015, *Pengertian Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hal. 56.

Untuk menjamin kreditur terhadap pelunasan kredit debitur diperlukan adanya suatu benda jaminan. Benda jaminan pembiayaan dapat berupa barang sebagai jaminan kebendaan dan atau berupa janji penanggungan utang sehingga merupakan jaminan perorangan. Jaminan kebendaan berupa memberikan hak kebendaan kepada pemegang jaminan (kreditur) dapat berupa benda bergerak dan benda tidak bergerak berupa hak atas tanah. Jaminan berupa hak atas tanah untuk pelunasan suatu kredit (utang) disebut Hak Tanggungan. Hak Tanggungan dalam Pasal 1 angka 1 UU No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain.

Dapat dikatakan bahwa Hak Tanggungan adalah hak jaminan atas tanah yang dibebankan pada hak atas tanah tertentu untuk menjamin pelunasan utang tertentu kepada kreditur tertentu yang kedudukannya diutamakan dalam memperoleh pelunasan atas piutangnya dari pada kreditur lainnya. Proses pembebanan Hak Tanggungan agar memberikan kepastian hukum menurut hukum wajib dihadiri pemberi HT/debitur, penerima HT (kreditur) untuk menandatangani Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT)

dihadapan PPAT.¹²⁸ Namun ada kalanya ternyata saat ditetapkan waktu untuk penandatanganan akta pihak pemberi HT berhalangan hadir, maka hukum menentukan dapat untuk diberikan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (SKMHT) kepada pihak penerima HT (Bank). Sebelum berlakunya UUHT, UU No. 4 Tahun 1996 hak jaminan atas tanah diberlakukan lembaga Hak Tanggungan. Dalam lembaga Hak Tanggungan juga dikenal Surat Kuasa Memasang Hak Tanggungan yang dapat dibuat memberikan kuasa kepada Kreditur untuk membuat Akta Surat Kuasa Memasang Hak Tanggungan (SKMHT).

Fungsi SKMHT di sini seolah-olah dilembagakan, karena Hak Tanggungan selalu diawali dengan pembuatan SKMHT, sehingga kadang tidak dilanjutkan ke tahap pembebanan Hak Tanggungan. Pembebanan akan dilakukan apabila dilihat ada indikasi pemberi HT/debitur akan cidera janji. Hal demikian sebetulnya memberikan kedudukan yang lemah pada pihak Kreditur, namun karena biasanya Kreditur dapat sewaktu-waktu memasang Hak Tanggungan pertama, kedua, dan seterusnya, maka selalu diawali dengan SKMHT. Alasan yang lain karena untuk memasang Hak Tanggungan akan memakan biaya banyak dan waktu yang lama yang dibebankan kepada Kreditur.

Berdasarkan Pasal 15 UUHT menentukan bahwa pemberian kuasa membebaskan hak tanggungan dibuat dengan Akta Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan dan menunjuk Pejabat Pembuat Akta Tanah

¹²⁸ Muljadi Kartini dan Gunawan Widjaja, 2016, *Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan*, Prenada Media Group, Jakarta, hal.14.

untuk membuat Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan tersebut. Berupa pengisian data-data ke dalam blangko surat kuasa membebaskan hak tanggungan yang telah ditetapkan dengan Peraturan Menteri Negara Agraria Nomor 3 Tahun 1996 tentang Bentuk Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan, Akta Pemberian Hak Tanggungan, Buku Tanah Hak Tanggungan dan Sertifikat Hak Tanggungan. Kenyataan ini memberikan tanda bahwa PPAT sesungguhnya bertindak terbatas pada tindakan pengisian blangko yang telah ditetapkan dan memberikan ruang gerak yang sempit bagi PPAT dalam merumuskan suatu perbuatan hukum ke dalam suatu akta.

Blangko Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan yang telah ditetapkan tersebut oleh Percetakan Umum Republik Indonesia (Peruri) yang dapat diperoleh Pejabat Pembuat Akta Tanah di setiap kantor pos masing-masing kabupaten atau Kota dengan membuat surat permohonan pembelian blangko surat kuasa membebaskan hak tanggungan. Blangko surat kuasa membebaskan hak tanggungan tersebut untuk setiap eksemplar dengan harga Rp.17.500,00 (tujuh belas ribu lima ratus rupiah). Kenyataan ini memberikan tanda bahwa Pejabat Pembuat Akta Tanah bertindak terbatas pada tindakan pengisian blangko yang telah ditetapkan. Peranan PPAT dalam membuat akta surat kuasa membebaskan hak tanggungan tidak terbatas pada pengisian blangko saja.

Meskipun akta surat kuasa membebaskan hak tanggungan telah ditetapkan blangko dan cara pengisiannya akan tetapi dalam penelitian ditemukan bahwa PPAT dapat membuat akta surat kuasa membebaskan hak

tanggungannya meski tetap mengacu pada blangko yang telah ditetapkan, akan tetapi PPAT dapat menambahkan atau merenvoi kemauan para pihak yang belum terakomodir dalam akta surat kuasa membebaskan hak tanggungan. Fungsi blangko dalam pembuatan SKMHT dalam tahun 2012 telah diubah seiring dengan terbitnya Perkabang Nomor 8 Tahun 2012. Setelah dikeluarkanya Perkabang Nomor 8 Tahun 2012, sebagaimana dimaksud PPAT sudah tidak menggunakan blangko sebagai syarat untuk menerbitkan SKMHT.

Syarat sahnya suatu akta SKMHT selain harus dibuat dengan akta PPAT, juga harus pula memenuhi persyaratan sahnya suatu SKMHT, yaitu sebagai berikut:

1. Tidak memuat kuasa untuk melakukan perbuatan hukum lain dari pada membebaskan Hak Tanggungan,
2. Tidak memuat kuasa substitusi,
3. Mencantumkan secara jelas objek Hak Tanggungan, jumlah utang dan nama serta identitas krediturnya, nama dan identitas debitur apabila debitur bukan pemberi Hak Tanggungan.

Jumlah pembiayaan yang dijamin dapat berupa hutang yang telah diperjanjikan dengan jumlah tertentu atau jumlah yang pada saat permohonan eksekusi Hak Tanggungan dapat ditentukan berdasarkan perjanjian yang menjadi dasar timbulnya hubungan hutang piutang. Adapun yang dimaksud dengan “tidak memuat kuasa untuk melakukan perbuatan hukum lain: dalam ketentuan ini, misalnya tidak memuat kuasa untuk menjual, menyewakan

objek Hak Tanggungan, atau memperpanjang hak atas tanah. Berkenaan dengan larangan tersebut, maka tidak termasuk larangan memberikan kuasa dengan memberikan janji-janji fakultatif.

Dengan demikian dari Penjelasan atas Pasal 15 ayat (1) UUHT tersebut, dapat diketahui bahwa pemberian kuasa membebaskan Hak Tanggungan dilakukan bila hal itu "benar-benar diperlukan" dan "diberikan langsung oleh pemberi Hak Tanggungan" dan "harus memenuhi persyaratan" tertentu sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 15 ayat (1) UUHT. Persyaratan yang demikian dapat menimbulkan ketidakpastian, karena dalam UUHT kita tidak diberikan patokan mengenai kapan "benar-benar" ada keperluan untuk pembuatan SKMHT.

Penafsiran yang demikian membawa pada pikiran, bahwa Hak Tanggungan harus dipasang; kalau begitu, Hak Tanggungan, walaupun hak tetapi ditafsirkan sebagai kewajiban. Kewajiban yang dimaksud dalam pasal 15 ayat (1) UUHT hendaknya jangan ditafsirkan, bahwa setiap pemberian Hak Tanggungan diwajibkan disertai dengan SKMHT, tidak demikian maksud dari ketentuan dalam pasal 15 ayat (1) UUHT. Maksudnya, bila pemberian Hak Tanggungan dikuasakan kepada pihak atau orang lain maka kuasa yang demikian "wajib" dituangkan dalam bentuk akta notariil atau akta PPAT. Artinya, bahwa pembuatan SKMHT terikat kepada persyaratan dan bentuk tertentu yang telah ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan, apabila tidak dipenuhi persyaratan dan bentuk tertentu tersebut, maka sesuai

dengan penjelasannya, “surat kuasa” yang demikian diancam “batal demi hukum”.

Sekali lagi, kewajiban di sini bertalian dengan “kewajiban” penuangan SKMHT tersebut dalam bentuk akta notariil atau akta PPAT. Syarat autentik untuk akta kuasa membebankan Hak Tanggungan, kiranya sama dengan kuasa untuk memasang hipotek didasarkan atas prinsip pemberian perlindungan kepada pemberi Hak Tanggungan terhadap tindakan yang gegabah. Karena tindakan memberikan kuasa membebankan Hak Tanggungan bisa membawa konsekuensi yang besar sekali, yaitu ujung-ujungnya bisa kehilangan hak atas tanah yang dijamin. Kewajiban penuangan dalam bentuk akta autentik, diharapkan sebelum pemberi kuasa menandatangani kuasanya, ia akan mendapatkan penjelasan dan peringatan seperlunya dari pejabat umum yang bersangkutan. Dengan prinsip seperti itu, maka kuasa untuk “menerima” pemberian tidak perlu berbentuk akta autentik.

Persetujuan istri/suami untuk pemberian jaminan tidak disyaratkan untuk dituangkan dalam akta autentik, bahkan tidak ditentukan bentuknya, jadi bebas. Hanya saja demi untuk kepentingan pembuktian dikemudian hari, kiranya akan lebih aman kalau dibuat secara tertulis. Berdasarkan ketentuan dalam pasal 15 ayat (1) UUHT dapat ditafsirkan, bahkan pemberian kuasa untuk membebankan Hak Tanggungan tersebut harus dilakukan secara tertulis berasal dari perkataan “surat” kuasa atau “akta” PPAT dan dibuat di hadapan pejabat umum, yang dalam hal ini PPAT. Berbeda dengan SKMHT yang hanya boleh dibuat dengan suatu akta notariil, maka SKMHT tidak

hanya dibuat dengan suatu akta notariil melainkan dapat pula dibuat dengan suatu akta PPAT.

Kewenangan PPAT membuat akta kuasa membebankan Hak Tanggungan didasarkan pada pasal 1 angka 4 UUHT yang antara lain menyatakan: “PPAT adalah pejabat umum yang berwenang membuat akta pembebanan hak atas tanah dan akta pemberian kuasa membebankan Hak Tanggungan, yang bentuk aktanya ditetapkan berdasarkan Perkaban No. 8 Tahun 2012, sebagai bukti dilakukannya perbuatan hukum tertentu mengenai tanah yang terletak dalam daerah kerjanya masing-masing. Dalam kedudukannya sebagai yang disebutkan di atas, maka akta-akta yang dibuat PPAT merupakan akta autentik. Pembuatan SKMHT ditugaskan kepada PPAT yang keberadaannya sampai pada wilayah kecamatan, dalam rangka memudahkan pemberian pelayanan kepada pihak-pihak yang memerlukan”. Kepada para pihak terbuka pilihan untuk memberikan kuasa tersebut secara notariil atau melalui akta PPAT.

Jika dipilih notariil, akta yang bersangkutan sudah tentu harus memenuhi semua persyaratan untuk sahnyanya suatu akta Notaris. Kalau dibuat dengan PPAT, maka mengingat PPAT dalam pembuatan akta terikat kepada wilayah kerjanya dan letak objek jaminan terletak, dalam pembuatan SKMHT wilayah kerja PPAT juga akan mempengaruhi kewenangannya. Di dalam syarat-syarat yang harus dipenuhi/termuat, tidak ada syarat, bahwa wilayah kerja PPAT, di hadapan siapa kuasa itu dibuat, harus meliputi wilayah di mana objek Hak Tanggungan itu terletak. Apalagi tidak logis, kalau untuk

SKMHT, kewenangan PPAT harus di batasi sampai seluas wilayah kerjanya, karena kuasa itu pada umumnya nantinya tidak akan dilaksanakan untuk menandatangani APHT di hadapan PPAT lain, yang wilayah kerjanya meliputi letak tanah. Pemberian kuasa tidak ada kaitannya dengan letak tanah, karena bukan merupakan transaksi tanah. Suatu kuasa justru sangat dibutuhkan, kalau letak tanah berjauhan dengan tempat tinggal si pemilik.¹²⁹

Terdapat beberapa persyaratan yang harus dipenuhi dalam pembuatan surat kuasa membebankan Hak Tanggungan tersebut. Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan berisikan “kuasa khusus” untuk melakukan tindakan membebankan persil jaminan dengan Hak Tanggungan. Karena itu dalam SKMHT dilarang untuk memuat kuasa untuk melakukan perbuatan hukum lain dari pada membebankan Hak Tanggungan. Dinyatakan dalam Penjelasannya, bahwa yang dimaksud dengan “tidak membuat kuasa untuk melakukan perbuatan hukum lain”, misalnya tidak memuat kuasa untuk menjual, menyewakan objek Hak Tanggungan, atau memperpanjang hak atas tanah. SKMHT semata-mata hanya memuat klausul “kuasa khusus” untuk melakukan perbuatan hukum membebankan persil jaminan dengan Hak Tanggungan saja.

Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 15 ayat (1) huruf a UUHT, kita melihat pembuat Undang-Undang sekarang, menyimpang dari praktik yang selama ini berjalan, menghendaki, agar kuasa membebankan Hak Tanggungan dibuat dalam suatu akta yang khusus hanya memuat

¹²⁹ Purwahid Patrik dan Kashadi, 2016, *Hukum Jaminan*, Semarang: Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, hal. 45.

kewenangan membebankan Hak Tanggungan saja. Namun demikian logisnya, Pasal 15 ayat (1) huruf a UUHT, harus diartikan secara longgar, yaitu kuasa untuk membebankan Hak Tanggungan bisa meliputi juga perbuatan lain yang berkaitan dengan tindakan/perbuatan memberikan Hak Tanggungan. Mestinya pasal tersebut tidak boleh ditafsirkan, bahwa kuasa membebankan Hak Tanggungan, hanya boleh berisi perbuatan membebankan Hak Tanggungan ”dalam arti sempit saja”.¹³⁰

Jadi yang dilarang memasukkan kewenangan-kewenangan lain yang tidak ada kaitannya langsung dengan tindakan “membebankan” Hak Tanggungan. Syarat lainnya sebagaimana ditentukan dalam Pasal 15 ayat (1) huruf b UUHT, bahwa dalam SKMHT dilarang memuat kuasa substitusi. Dinyatakan dalam Penjelasannya, bahwa yang dimaksud dengan pengertian substitusi adalah penggantian penerima kuasa melalui pengalihan. Substitusi di sini berarti terjadi penggantian penerima kuasa melalui pengalihan atau pelimpahan kuasa yang dilakukan oleh penerima kuasa kepada pihak lain, jadi penerima kuasa mengalihkan kuasanya kepada orang lain sebagai penggantinya. Dengan demikian berdasarkan ketentuan dalam Pasal 15 ayat (1) huruf b UUHT, pembentukan Undang-Undang melarang “kuasa membebankan Hak Tanggungan” tersebut “dikuasakan lagi” (dialihkan) kepada pihak lain sebagai penggantinya dan untuk itu maka harus dinyatakan secara tegas larangan kuasa substitusi dalam SKMHT-nya.

¹³⁰ Sri Mulyani, Angka Waktu Penggunaan Akta Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan Dalam Rangka Pemberian Fasilitas Kredit Perumahan Bersubsidi (Penelitian Di Bank Artha Graha, *Tesis*, Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara Medan 2019, hal. 67

Larangan substitusi dalam Pasal 15 ayat (1) huruf b UUHT bukan karena kehendak pemberi kuasa, tetapi karena Undang-Undang menentukannya demikian, bahwa pada setiap pemberian kuasa untuk membedakan Hak Tanggungan, ada kewajiban bagi pemberi kuasa untuk mencantumkan secara tegas dalam surat kuasanya membebaskan Hak Tanggungan tersebut tidak boleh di substitusikan. Memang ada kata "wajib" tersebut dalam Pasal 15 ayat (1) huruf b, UUHT, tetapi pelanggaran atas ketentuan "wajib" tersebut tidak selalu harus berupa "berupa demi hukum", bisa saja "dapat dituntut pembatalannya", bergantung pada maksud pembuat Undang-Undang dengan "mewajibkan" syarat tersebut. Kalau maksudnya untuk memberikan perlindungan kepada kepentingan umum, maka bisa diterima, bahwa akibatnya "batal" demi hukum, tetapi kalau tujuannya seperti yang diduga melindungi kepentingan pemberi kuasa, biasanya diberikan kepada pihak yang hendak dilindungi, untuk menilai sendiri, apakah ia menderita kerugian (dalam arti, apa kepentingannya ada yang terlanggar), dan kalau ya, maka kepadanya diberikan kesempatan untuk "menuntut" pembatalannya. Ditentukan dalam Penjelasan atas Pasal 15 ayat (1) huruf b UUHT, bahwa bukan merupakan substitusi, jika penerima kuasa memberikan kuasa kepada pihak lain dalam rangka penugasan untuk bertindak mewakilinya. Dari penjelasan tersebut dapat diketahui, bahwa penugasan yang diberikan penerima kuasa kepada orang lain yang merupakan bawahannya, yang bertindak untuk mewakilinya (bukan bertindak atas nama

pemberi kuasa) dalam membebankan Hak Tanggungan bukan atau tidak merupakan pemberian kuasa substitusi.

2.5.2 Kuasa dan Manfaat

Lembaga hak jaminan atas tanah yang diatur dalam Hukum Pertanahan (UU No. 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria/UUPA) disebut dengan Lembaga Hak Tanggungan. Lembaga ini mengganti lembaga Hipotik yang dulu dipergunakan untuk hak jaminan atas tanah-tanah Hak Barat. Hak Tanggungan dalam UUPA disebut dalam Pasal 51 bahwa “Hak tanggungan yang dapat dibebankan pada Hak Milik, Hak Guna Usaha dan Hak Guna Bangunan tersebut dalam pasal 25, 33 dan 39 diatur dengan Undang-Undang”. Lembaga Hak Tanggungan ini sebagai lembaga hak jaminan yang kuat yang dibebankan pada hak atas tanah sebagai pengganti Hipotik dan *Creditverband*.

Keberadaan lembaga hipotik dan *creditverband* yang merupakan produk zaman kolonial Belanda dalam kenyataannya tidak dapat menampung perkembangan yang terjadi dalam bidang perbankan khususnya dalam bidang perkreditan/pembiayaan dan jaminan kredit. Pasal 57 UUPA mengatur bahwa selama undang-undang mengenai hak tanggungan tersebut (Pasal 51) belum terbentuk, maka yang berlaku ialah ketentuan-ketentuan mengenai *hypotheek* tersebut dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia

dan *Credietverband* tersebut dalam S.1908-542 sebagai yang telah diubah dengan S.1937-190”.¹³¹

Setelah keluarnya Undang-Undang No.4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah / UUHT (LN 1996-42; TLN 3632). Dengan demikian terpenuhi sudah amanat dari ketentuan Pasal 51 UUPA, bahwa UU tentang Hak Tanggungan sudah terbentuk, sehingga tidak berlaku lagi ketentuan tentang Hipotik dan *Credietverban*. Pasal 25 UUHT juga mengatur bahwa sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam UUHT, semua peraturan perundang-undangan mengenai pembebanan HT, kecuali ketentuan mengenai *Credietverband* dan Hipotik sepanjang mengenai pembebanan HT, tetap berlaku sampai ditetapkannya peraturan pelaksanaan UUHT dan dalam penerapannya dengan ketentuan UUHT.

Hak Tanggungan memberikan perlindungan yang seimbang baik kepada kreditur, debitur maupun pemberi HT. Bahkan juga kepada pihak ketiga yang kepentingannya bisa terpengaruh oleh cara penyelesaian utang piutang kreditur dan debitur, dalam hal debitur cidera janji. Pihak ketiga dalam hal ini adalah khususnya para kreditur yang lain dan yang membeli objek HT. Namun demikian HT sangat memberikan perlindungan kepada kreditur dan kedudukan istimewa kepada kreditur tertentu. Kedudukan istimewa kreditur pemegang Hak Tanggungan (HT) adalah:

¹³¹ Boedi Harsono. 2015. *Hukum Agraria Indonesia*. Djembatan, Jakarta, hal. 428.

1. Kreditur diberi hak utama untuk mendahului mengambil pelunasan piutang dari kreditur-kreditur yang lain jika debitur cidera janji (*Droit De Preference*). Dalam perjanjian utang piutang (kredit) maka kreditur pemegang HT diberikan kedudukan yang diutamakan untuk menerima pelunasan piutangnya dari kreditur yang lain dari hasil penjualan Objek HT, apabila debitur cidera janji atau gagal bayar. Namun kedudukan hak mendahului tersebut tidak mengurangi preferensi piutang-piutang Negara menurut ketentuan hukum yang berlaku.
2. Hak Tanggungan membebani objek HT di tangan siapapun benda tersebut berada (*Droit De Suite*), yaitu kreditur pemegang HT tetap berhak menjual lelang objek HT, biarpun sudah berpindah haknya ketangan orang lain, apabila debitur cidera janji.
3. Jika pemberi HT dinyatakan pailit, kreditur pemegang HT tetap berwenang melakukan segala hal yang diperolehnya menurut UUHT. Objek HT tidak termasuk dalam boedel kepailitan, sebelum kreditur mengambil pelunasan piutangnya dari penjualan objek HT tersebut. Yang dinyatakan pailit adalah pemberi HT, yaitu pihak yang menunjuk harta kekayaannya sebagai jaminan. Dalam hal ini Pemberi HT tidak selalu debitur sebagai pihak yang berutang, namun bisa juga pihak lain.
4. Sifat Hak Tanggungan tidak dapat dibagi-bagi (*asa ondelbaarheid*). Sifat tersebut memberikan kedudukan istimewa kepada kreditur, maka sifat HT tidak dapat dibagi-bagi, jika dibebankan atas lebih dari satu objek HT. HT akan membebani objek-objek HT masing-masing secara utuh, jika

kreditnya dilunasi secara angsuran maka HT tetap membebani setiap objek untuk sisa utang yang belum dilunasi. Namun dalam praktek asas ini dapat disimpangi dan harus disebut dalam Akta Pembenannya.

5. Mudah dan pasti dalam pelaksanaan eksekusinya. Bagi kreditur pemegang HT disediakan cara khusus yang diatur dalam Pasal 20 UUHT yaitu menggunakan haknya menjual objek HT melalui pelelangan umum berdasarkan Pasal 6 UUHT atau ditempuh dengan "*parate executie*" berdasarkan Pasal 224 RIB dan 158 RRBg. Bahkan juga dapat melakukan penjualan di bawah tangan. Dalam hal debitur cidera janji tidak perlu ditempuh cara gigatan perdata biasa, yang memakan waktu dan biaya.
 6. Perlindungan hukum bagi kepentingan Kreditur pemegang HT adalah kepastian tentang tanggal lahir HT. Lahirnya HT adalah tanggal hari ketujuh setelah penerimaan secara lengkap surat-surat yang diperlukan bagi pendaftarannya dan jika hari ketujuh itu jatuh pada hari libur, buku tanah yang bersangkutan diberi tanggal hari kerja berikutnya.
- a. Setiap Perjanjian Pembiayaan Selalu Dibuat atau Tidak Dibuatkan Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungannya**

Bank dan lembaga keuangan lainnya berfungsi antara lain untuk memberikan pembiayaan. Pembiayaan ialah suatu fasilitas untuk memperoleh pinjaman uang. Pinjaman uang menyebabkan timbulnya utang, yang harus dibayar oleh debitur menurut syarat-syarat yang ditetapkan dalam suatu perjanjian pembiayaan atau persetujuan untuk membuka pembiayaan. Seseorang yang ingin mengajukan pembiayaan

kepada pihak bank misalnya, maka ia harus memenuhi persyaratan yang diajukan. Persyaratan tersebut seperti jumlah pembiayaan yang diajukan dengan jaminan yang ada harus lebih tinggi nilai jaminannya. Kaitannya jaminan tersebut berupa tanah, maka juga memiliki kriteria tersendiri. Masing-masing lembaga perbankan memiliki kriteria yang bervariasi. Kriteria tanah yang dijadikan jaminan antara bank yang satu dengan lainnya tidaklah seragam.¹³²

Dalam menetapkan kriteria tanah yang dijadikan jaminan utangnya, tentu saja dengan tujuan bahwa apabila debitur tidak dapat melunasi utangnya, maka bank dapat melelang objek yang dijadikan jaminan utang tersebut tanpa ada kerugian. Setelah dinilai mengenai jaminan yang diberikan, disesuaikan dengan jumlah pembiayaan yang diajukan, dan telah disetujui pengajuan pembiayaannya, maka pihak bank akan mencatatkan hal tersebut di PPAT. Idealnya, semua utang yang jaminannya berupa hak atas tanah, maka untuk menjamin kepastian hukumnya dibebani dengan hak tanggungan. Hak tanggungan dipilih karena memiliki keistimewaan. Pengertian hak tanggungan yang terdapat dalam UUHT yaitu hak jaminan atas tanah untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain. Dalam arti, bahwa jika debitur cidera janji, kreditor pemegang Hak Tanggungan berhak menjual melalui pelelangan umum tanah yang dijadikan jaminan menurut ketentuan peraturan

¹³² Andrew Nathanael Saroinsong, Fungsi Bank Dalam Sistem Penyaluran Kredit Perbankan, *Lex Privatum*, Vol.I, No. 3, Agustus-Oktober 2014, hal. 87.

perundang-undangan yang bersangkutan, dengan hak mendahului dari pada kreditur-kreditur yang lain. Berdasarkan keterangan yang disampaikan oleh pihak bank, perjanjian yang dibuat untuk mencatat terjadinya utang piutang tersebut yakni perjanjian kredit.

Hal ini merupakan perjanjian pokok sebelum dilakukan langkah selanjutnya, karena adanya hak tanggungan setelah terjadinya pembiayaan. Hal ini selaras bahwasanya hak tanggungan diberikan untuk menjamin pelunasan piutang kreditur. Dikatakan bahwa, hak tanggungan adalah *accessoir* pada suatu piutang tertentu. Kelahiran, eksistensi, peralihan, eksekusi dan hapusnya suatu hak tanggungan ditentukan oleh adanya, peralihannya dan hapusnya piutang yang dijamin. Ini merupakan hakikat hak tanggungan. Tanpa adanya suatu piutang tertentu yang secara tegas dijamin pelunasannya, menurut hukum tidak akan ada hak tanggungan. Tahap pemberian hak tanggungan tersebut didahului dengan janji akan memberikan hak tanggungan sebagai jaminan pelunasan kredit yang diperjanjikan.

Janji tersebut wajib dituangkan di dalam dan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari perjanjian utang piutang atau perjanjian lain. Perjanjian tersebut harus dituangkan dalam bentuk tertulis, meskipun bisajuga akta di bawah tangan, bisa juga berbentuk otentik. Setelah perjanjian pembiayaan dibuat, menurut keterangan narasumber dari pihak bank, PPAT akan membuat SKMHTnya. Dalam tahapan ini mengapa SKMHT langsung dibuat karena pada umumnya pihak debitur tidak hadir.

Oleh karena itu, memberikan kuasanya kepada pihak bank. Pada tahap pemberian hak tanggungan, seringkali SKMHT sudah dibuat untuk berjaga-jaga apabila debitur tidak dapat hadir dalam perbuatan hukum membebaskan hak tanggungan atas obyek yang dijadikan jaminan.

Ketentuan yang terdapat di dalam penjelasan UUHT, bahwa pada dasarnya dalam memberikan hak tanggungan, pemberi hak tanggungan wajib hadir di hadapan PPAT. Jika karena sesuatu sebab tidak dapat hadir sendiri, ia wajib menunjuk pihak lain sebagai kuasanya, dengan SKMHT, yang berbentuk akta otentik. Sebenarnya dalam tahap pemberian hak tanggungan, tidak harus dibuat SKMHT nya, karena SKMHT hanya dibuat apabila pemberi hak tanggungan tidak dapat hadir sendiri. Jika SKMHT tetap dibuat dalam tahap pemberian hak tanggungan tersebut, misalkan tanpa konfirmasi kepada pemberi hak tanggungan, ini tentu saja tidak sesuai dengan aturan yang sudah diberlakukan. Kondisi yang semestinya, debitur tetap harus diberi konfirmasi bahwa kehadirannya dibutuhkan untuk pemberian hak tanggungan di PPAT, kemudian apabila debitur menyatakan tidak dapat hadir, maka dibuatlah SKMHT. Dalam pembuatan SKMHT tentunya ada biaya yang dikeluarkan untuk jasa pejabat yang membuatnya.

b. Akibat Hukumnya Setelah Dibuatnya SKMHT Tidak Diikuti Dengan Pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan

SKMHT terdapat jangka waktu yang membatasinya. Untuk hak atas tanah yang sudah terdaftar wajib diikuti dengan pemberian hak

tanggung selambat-lambatnya satu bulan, dan untuk hak atas tanah yang belum terdaftar wajib diikuti dengan pembuatan akta pemberian hak tanggungan selambat-lambatnya tiga bulan sesudah diberikan. Hal ini dijelaskan dalam Pasal 15 ayat 3 dan 4 UUHT. Penjelasan yang disampaikan dalam UUHT, pada tahap pemberian hak tanggungan oleh pemberi hak tanggungan kepada kreditur, hak tanggungan yang bersangkutan belum lahir. Hak tanggungan itu baru lahir pada saat dibukukannya dalam buku tanah di Kantor Pertanahan. Oleh karena itu, kepastian mengenai saat didaftarkannya hak tanggungan tersebut adalah sangat penting bagi kreditur. Kepastian tersebut dikatakan penting bagi kreditur, karena kedudukan kreditur akan mendapat keistimewaan dibanding kreditur-kreditur yang lain, setelah hak tanggungannya lahir. Kepastian sangat penting bagi kreditur karena akan menentukan peringkat dalam hubungannya dengan kreditur-kreditur lainnya yang juga pemegang hak tanggungan, dengan tanah yang sama sebagai jaminannya.

Perlu memperhatikan jangka waktu yang terdapat dalam SKMHT, karena apabila jangka waktunya telah habis dan dalam hal ini belum diikuti dengan pembuatan APHT, maka harus membuat SKMHT yang baru. Ketentuan adanya batas waktu berlakunya SKMHT tersebut memiliki maksud untuk mencegah berlarut-larutnya waktu pelaksanaan kuasanya. Hal ini disampaikan dalam penjelasan Pasal 15 ayat 6 UUHT. Dalam praktek, ada yang dalam pembuatan SKMHT tidak langsung diikuti oleh pembuatan APHT. Hal ini tentu sangat merugikan terutama untuk si

debitur, baik dalam hal secara ekonomi, dan waktu. Ketentuan yang terdapat di dalam Pasal 13 UUHT ayat 2, yakni selambat-lambatnya tujuh hari kerja setelah penandatanganan APHT, PPAT wajib mengirimkan APHT dan warkah lain yang diperlukan ke Kantor Pertanahan.¹³³

Hal ini juga diperkuat dengan ketentuan yang terdapat pada Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 3 Tahun 1997 tentang ketentuan pelaksanaan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah, baik dalam Pasal 114, Pasal 115, dan Pasal 117, untuk pendaftaran hak tanggungan yang obyeknya berupa hak atas tanah atau hak milik atas satuan rumah susun yang sudah terdaftar atas nama pemberi hak tanggungan, untuk pendaftaran hak tanggungan yang obyeknya berupa hak atas tanah atau hak milik atas satuan rumah susun yang sudah terdaftar tetapi belum atas nama pemberi hak tanggungan dan diperoleh pemberi hak tanggungan karena peralihan hak melalui pewarisan atau pemindahan hak. Untuk pendaftaran hak tanggungan yang obyeknya berupa hak atas tanah yang belum terdaftar, PPAT yang membuat APHT nya wajib selambat-lambatnya tujuh hari kerja setelah menandatanganan APHT menyerahkan kepada Kantor Pertanahan berkas yang diperlukan.

Setelah itu, dalam Pasal 119 UUHT disebutkan, dalam waktu tujuh hari kerja setelah pendaftaran hak tanggungan tersebut dilakukan, Kepala Kantor Pertanahan menerbitkan sertifikat hak tanggungan, apabila sampai

¹³³ Kun Amim Baljun, Pemberlakuan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan Yang Tidak Diikuti Dengan Pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan, Universitas Indonesia, hal. 4

terlalu lamanya SKMHT tersebut kemudian tidak dibuatkan APHT nya, maka ada akibat hukum yang ditimbulkan. Ketentuan tersebut diatur dalam Pasal 15 ayat 6 UUHT, bahwa SKMHT yang tidak diikuti dengan APHT dalam waktu yang ditentukan, maka batal demi hukum. Padahal, untuk lahirnya hak tanggungan harus menempuh selain tahap pembebanan hak tanggungan, juga tahap pendaftarannya di Kantor Pertanahan, apabila dari tahap pemberian hak tanggungan tidak dapat diikuti dengan pembuatan APHT, maka tahap selanjutnya yaitu pendaftaran di Kantor Pertanahan tidak dapat dilakukan.¹³⁴

Hal ini akan mengakibatkan status kreditur menjadi kreditur konkuren, yakni tidak dapat memiliki hak istimewa dalam hal mendapat pelunasan utangnya lebih dahulu dibanding kreditur lainnya, dan pembagiannya pun berimbang. Kalau seluruh atau sebagian harta kekayaan debitur telah dipindahkan kepada pihak lain, karena bukan lagi kepunyaan debitur, bukan lagi merupakan jaminan bagi pelunasan piutang krediturnya. Dalam hal proyek-proyek tertentu, yaitu jenis-jenis kredit usaha kecil, yang diatur dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia tanggal 29 Mei 1993 Nomor 26/24/KEP/Dir ditetapkan batas jangka waktu lain dengan Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 4 Tahun 1996 tentang penetapan batas waktu penggunaan surat kuasa membebankan hak tanggungan untuk menjamin pelunasan kredit-kredit tertentu. Peraturan ini untuk melaksanakan apa yang

¹³⁴ Samsaimun, 2018, *Peraturan Jabatan PPAT Pengantar Peraturan Jabatan Pejabat Pembuat Akta Tanah (Ppat) Dalam Peralihan hak Atas Tanah Di Indonesia*, Pustaka Reka Cipta, Bandung, hal. 3.

diamanahkan oleh Pasal 15 ayat 5 UUHT, dan merupakan pengecualian dari ketentuan yang terdapat dalam Pasal 15 ayat 2 dan 3 UUHT.

2.5.3 SKMHT dan APHT Dalam Akad *Mudharabah*

Keabsahan pembebanan Hak Tanggungan dalam akad pembiayaan pada bank syariah dapat dilihat dari urgensi adanya lembaga Hak Tanggungan itu sendiri berdasarkan Undang –Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda –Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah (selanjutnya disebut Undang –Undang Hak Tanggungan) dan didasarkan pada bentuk akta yang dibuat oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah (selanjutnya disebut PPAT) untuk pendaftaran pembebanan Hak Tanggungan pada kantor pertanahan setempat. Akta yang dimaksud di sini adalah Akta Pemberian Hak Tanggungan (selanjutnya disebut APHT) dan/ atau Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (selanjutnya disebut SKMHT), untuk selanjutnya dikaitkan dengan makna pembiayaan pada bank syariah dan akad–akad pembiayaan pada bank syariah serta syarat sahnya suatu akad dalam ekonomi syariah (dalam hal ini akad pembiayaan pada bank syariah). Pasal 1 ayat (1) Undang –Undang Hak Tanggungan menyebutkan yang dimaksud dengan Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang –Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok – Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda–benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur–kreditur lain.

Dari ketentuan tersebut dapat disimpulkan bahwa lahirnya lembaga jaminan Hak Tanggungan didasari atas adanya suatu utang yang dijamin dengan jaminan hak atas tanah guna menjamin pelunasan utang tersebut. Istilah utang atau kredit selama ini lebih dikenal pada perbankan konvensional, sedangkan di dalam perbankan syariah istilah utang atau kredit tidaklah dikenal. Dalam Pasal 1 ayat (25) Undang–Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah (selanjutnya disebut Undang-Undang Perbankan Syariah) menjelaskan yang dimaksud dengan pembiayaan adalah penyediaan dana atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berupa :¹³⁵

- a. Transaksi bagi hasil dalam bentuk akad *Mudharabah* dan musyarakah;
- b. Transaksi sewa menyewa dalam bentuk akad *ijarah* atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiya bittamlik*;
- c. Transaksi jual beli dalam bentuk pembiayaan/jual beli *murabahah*, *salam*, dan *istishna'*;
- d. Transaksi pinjam meminjam dalam bentuk akad *qardh*;
- e. Transaksi sewa menyewa jasa dalam bentuk akad *ijarah* untuk transaksi *multijasa* berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara Bank Syariah dan/ atau UUS dan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai dan/ atau diberi fasilitas dana untuk mengembalikan dana tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan *ujrah*, tanpa imbalan, atau bagi hasil.

¹³⁵ Ahmad Yusufayus dan dan Abdul Aziz, 2009, *Manajemen Operasional Bank Syariah*, Stain Press, Cirebon, hal. 67.

Dalam perbankan konvensional penyediaan dana mutlak merupakan utang/kredit, sedangkan di dalam perbankan syariah penyediaan dana tidak mutlak merupakan pembiayaan, akan tetapi harus dilihat dulu bentuk akad-akad dalam perbankan syariah itu sendiri. Akad yang paling sering kita jumpai dalam prakteknya pada perbankan syariah di antaranya adalah akad musyarakah, mudharabah dan murabahah. Akad-akad yang ditawarkan oleh perbankan Syariah tersebut tidaklah sama dengan utang/kredit. Musyarakah merupakan akad kerjasama diantara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu yang masing-masing pihak memberikan modal dana dengan ketentuan bahwa keuntungan akan dibagi sesuai dengan kesepakatan yang telah diperjanjikan, sedangkan kerugian ditanggung sesuai dengan porsi dana masing-masing. *Mudharabah* merupakan akad kerja sama suatu usaha antara pihak pertama (malik, *Shahibul Maal*, atau bank syariah) yang menyediakan seluruh modal dan pihak kedua (amil, mudharib, atau nasabah) yang bertindak selaku pengelola dana dengan membagi keuntungan usaha sesuai dengan kesepakatan yang diperjanjikan dalam akad, sedangkan kerugian ditanggung sepenuhnya oleh pemilik modal kecuali jika pihak kedua melakukan kesalahan yang disengaja, lalai atau menyalahi aturan yang diperjanjikan. Akad murabahah adalah akad pembiayaan suatu barang dengan menyebutkan harga kulak kepada pembeli dan pembeli membayarnya dengan harga yang lebih sebagai keuntungan yang disepakati, dalam akad murabahah disini tidak terikat dengan cara pembayaran baik itu dibayar dengan tunai atau

dengan system kredit, maka hal demikian tetap dikatakan jual beli muarabahah.

Jika melihat macam macam bentuk akad *murabahah* yang sering digunakan dalam prakteknya oleh perbankan syariah tersebut tidaklah tepat jika dipersamakan dengan utang/ kredit dalam perbankan konvensional. Akad *mudharabah* dan musyarakah didasarkan pada prinsip kerjasama antara bank dengan nasabah, dan akad *murabahah* didasarkan pada prinsip jual beli, sehingga tidaklah dapat disamakan antara istilah pembiayaan yang secara prinsip bukanlah didasarkan pada utang/ kredit. Adanya Hak Tanggungan sebagaimana diatur di dalam Pasal 1 ayat (1) juncto Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Hak Tanggungan yaitu untuk menjamin pelunasan utang tertentu tidak dapat dijadikan dasar atau landasan untuk menjamin pemenuhan kewajiban oleh nasabah yang berpembiayaan pada perbankan syariah, karena secara prinsip utang/kredit dengan pembiayaan adalah suatu hal yang berbeda.

Keabsahan pembebanan Hak Tanggungan dalam akad pembiayaan pada perbankan syariah juga harus dilihat dari bentuk akta yang merupakan akad/ perjanjian sebelum dilakukan pembebanan Hak Tanggungan hak atas tanah yang merupakan jaminan pembiayaan pada perbankan syariah. Pembebanan Hak Tanggungan wajib dilakukan dengan didahului dibuatnya akta oleh PPAT.¹³⁶ Berdasarkan Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Hak Tanggungan menyebutkan bahwa Pemberian Hak Tanggungan dilakukan

¹³⁶ Rahmat Syafei, 2006, *Fiqh Muamalah untuk UIN, STAIN, PTAIS dan Umum*, Pustaka Setia, Bandung, 2006, hal. 70.

dengan pembuatan APHT oleh PPAT sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Atau dalam hal tanah yang menjadi objek Hak Tanggungan belum bersertifikat atau dalam hal pemberi Hak Tanggungan tidak dapat hadir di hadapan PPAT, maka dapat dibuatkan SKMHT oleh PPAT dan selanjutnya akan ditindaklanjuti dengan dibuatkan APHT untuk kemudian didaftarkan pada Kantor Pertanahan setempat. Sebagaimana dimuat dalam Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Hak Tanggungan, maka terhadap akta baik APHT maupun SKMHT harus dibuat oleh PPAT berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sehingga pembuatan akta APHT dan SKMHT harus didasarkan pada Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 8 Tahun 2012 Tentang Pelaksanaan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah (selanjutnya disebut Perkaban Nomor 8 Tahun 2012).

Peraturan tersebut merupakan petunjuk bagi PPAT untuk membuat akta (di antaranya adalah SKMHT dan APHT) di mana dalam aturan tersebut juga dilampirkan bentuk dari SKMHT maupun APHT yang wajib dijadikan dasar atau petunjuk bagi PPAT dalam membuat akta yang berkaitan dengan pembebanan Hak Tanggungan. Pada Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia (selanjutnya disebut Perkaban) Nomor 8 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 3 Tahun 1997 tentang Ketentuan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah dijelaskan pada Pasal 96 ayat (1) pada dasarnya Bentuk

akta yang dipergunakan dalam akta (APHT dan SKMHT) tata cara pengisiannya dibuat sesuai dengan lampiran pada Perkaban tersebut. Pada Pasal 96 ayat (2) Perkaban Nomor 8 Tahun 2012 secara tegas dinyatakan bahwa terhadap pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan tidaklah dapat dilakukan berdasarkan akta yang pembuatannya tidak sesuai dengan ketentuan pada ayat (1) yang merupakan bentuk akta dan tata cara pengisian akta yang dilampirkan pada Perkaban Nomor 8 Tahun 2012 tersebut.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa terhadap bentuk akta yang merupakan petunjuk dan tata acara pengisian akta merupakan bentuk baku/standar dari akta-akta yang menjadi kewenangan PPAT termasuk dalam hal ini adalah APHT dan SKMHT. Lampiran SKMHT dan APHT di dalam Perkaban Nomor 8 Tahun 2012 redaksionalnya dapat dikatakan masih dipergunakan/disediakan untuk kepentingan utang/ kredit dalam perbankan konvensional. Redaksi APHT yang dalam lampiran Perkaban tersebut antara lain berbunyi sebagai berikut:¹³⁷

- a. Penyebutan Debitur dan Kreditur;
- b. Penyebutan redaksi "...telah ditandatangani perjanjian utang piutang....
- c. Penyebutan "bahwa untuk menjamin pelunasan utang Debitur sejumlah Rp...../ sejumlah uang yang dapat ditentukan di kemudian hari berdasarkan perjanjian utang piutang tersebut di atas dan penambahan, perubahan, perpanjangan serta pembaharuannya (selanjutnya disebut utang-piutang)

¹³⁷ Lampiran Akta Pemberian Hak Tanggungan, Perkaban Nomor 8 Tahun 2012, hal. 3.

- d. Penyebutan berulang kali redaksi “utang –piutang” dalam pasal 2 lampiran APHT.

Sedangkan untuk redaksi SKMHT dalam lampiran Perkaban Nomor 8 Tahun 2012, antara lain berbunyi sebagai berikut:

- a. Penyebutan Debitur dan Kreditur;
- b. Penyebutan redaksi “untuk membebankan Hak Tanggungan guna menjamin pelunasan utang....
- c. Penyebutan redaksi “... Untuk menjamin sisa utang yang belum dilunasi....

Redaksi-redaksi yang termuat di dalam lampiran Perkaban nomor 8 Tahun 2012 sebagaimana penulis uraikan di atas, yang pada dasarnya merupakan redaksi baku yang digunakan sebagai petunjuk tata cara pengisian APHT dan SKMHT oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah dalam membebankan Hak Tanggungan dapat disimpulkan sesuai dengan dasar adanya Hak Tanggungan itu sendiri yaitu adanya suatu pembiayaan. Dari hal tersebut dapat dikatakan redaksi-redaksinya selama ini hanya sebatas untuk utang/kredit di dalam perbankan konvensional, karena terdapat redaksi utang, debitur dan kreditur yang dikenal dalam perbankan konvensional. Sehingga tidaklah tepat apabila pembiayaan pada perbankan syariah dipersamakan dengan utang dan tidaklah tepat jika Debitur dipersamakan dengan Nasabah/Penerima Fasilitas Pembiayaan serta tidaklah tepat juga apabila Kreditur dipersamakan dengan Penyedia Dana sebagaimana redaksi yang termuat di dalam Lampiran Perkaban tersebut.

Dalam prakteknya agar redaksi dalam APHT dan SKMHT tersebut sesuai dan selaras dengan perbankan syariah maka PPAT menselaraskan redaksi-redaksi dengan merubah Utang menjadi Pembiayaan, Debitur menjadi Nasabah atau Penerima Fasilitas Pembiayaan dan Kreditur menjadi Bank/ Penyedia Dana. Dalam praktiknya, bentuk APHT dan SKMHT yang digunakan untuk melakukan pendaftaran Hak Tanggungan terhadap hak atas tanah khususnya yang dijadikan jaminan dalam akad pembiayaan pada bank syariah sama dengan APHT dan SKMHT yang digunakan untuk melakukan pendaftaran Hak Tanggungan terhadap hak atas tanah yang dijadikan jaminan dalam perjanjian kredit pada bank konvensional.

Formatnya disesuaikan dengan lampiran Perkaban No 8 Tahun 2012, hanya saja ada perbedaan dalam redaksi yang digunakan, seperti dalam APHT untuk jaminan pada bank syariah yang menggunakan redaksi “dibuktikan dengan akad pembiayaan” walaupun hal ini berbeda dengan apa yang ada di dalam lampiran Perkaban, namun Kantor Pertanahan masih menerima pendaftaran terhadap Hak Tanggungan tersebut walaupun secara prinsip bertentangan dengan pasal 96 ayat 5 Perkaban yang menyebutkan bahwa Kepala Kantor Pertanahan menolak pendaftaran akta PPAT yang tidak sesuai dengan Perkaban tersebut. Kantor Pertanahan beralasan redaksi tersebut tidak substansial dan mengandung makna yang sama dengan perjanjian utang/kredit (seperti yg terlampir dalam lampiran APHT Perkaban Nomor 8 Tahun 2012) sehingga masih bisa di tolerir.

Perubahan terhadap redaksi yang merupakan bentuk baku/ standar pembuatan APHT dan SKMHT sesuai dengan Perkaban Nomor 8 Tahun 2012 yang diselaraskan dengan redaksi/ istilah dalam perbankan syariah yang kemudian masih diterima dan ditolerir oleh Kantor Pertanahan, merupakan adanya pelanggaran dan bentuk inkonsistensi terhadap Penerapan Perkaban tersebut oleh Kantor Pertanahan itu sendiri. Karena Pasal 96 ayat (1) dan ayat (5) Perkaban Nomor 8 Tahun 2012 pada intinya pembuatan akta (diantaranya APHT dan SKMHT) oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah yang tata cara, pengisiannya wajib dibuat sesuai lampiran dan tidak dapat dilakukan berdasarkan akta yang pembuatannya tidak sesuai dengan ketentuan lampiran Perkaban tersebut. Terlebih di dalam Pasal 96 ayat (5) ditegaskan bahwa Kepala Kantor Pertanahan menolak pendaftaran akta Pejabat Pembuat Akta Tanah yang tidak sesuai dengan lampiran Perkaban.

Bentuk diterimanya dengan alasan mentolerir APHT dan SKMHT oleh PPAT yang dirubah dan diselaraskan dengan perbankan syariah oleh Kantor Pertanahan, adalah bentuk pelanggaran terhadap Perkaban dan bentuk inkonsistensi terhadap penerapan Perkaban itu sendiri. Redaksi tersebut sangatlah substansial karena redaksi utang yang selaras dengan dasar adanya Hak Tanggungan tidak dapat begitu saja dirubah/ atau diganti dengan dasarnya dan pada prinsipnya utang kredit tidaklah dapat dipersamakan dengan pembiayaan. Terlebih dapat dikatakan Lampiran dalam Perkaban tersebut adalah bentuk baku mengenai petunjuk dan tata cara pengisian Akta

oleh PPAT yang diantaranya merupakan Akta yang berhubungan dengan Pembebanan Hak Tanggungan, yaitu APHT dan SKMHT.

Selanjutnya jika dilihat dari syarat sahnya suatu akad sebagaimana termuat di dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah pada Pasal 26 yang menyebutkan bahwa akad tidak sah apabila bertentangan dengan:¹³⁸

- a. Syariat Islam;
- b. Peraturan Perundang–Undangan;
- c. Ketertiban Umum; dan/ atau
- d. Kesusilaan.

Syariat Islam termasuk di dalamnya juga harus sesuai dengan asas akad yang merupakan landasan dasar atau prinsip dibuatnya akad yang salah satunya harus didasarkan pada asas sebab yang halal yang berarti tidak bertentangan dengan hukum dan tidak dilarang oleh hukum dan tidak haram. Yang berkaitan dengan syarat sahnya akad yang harus sesuai dan tidak bertentangan dengan Peraturan Perundang–Undangan. Undang-Undang Hak Tanggungan di dalam Pasal 1 ayat (1) juncto Pasal 10 ayat (1) secara tegas mengatakan bahwa Hak Tanggungan pada dasarnya adalah menjamin pelunasan suatu “Utang”.

Sedangkan pembiayaan merupakan suatu hal yang berbeda dan tidak dapat dipersamakan dengan utang. Sehingga dapat dikatakan dengan dipaksakannya jaminan hak atas tanah dalam pembiayaan pada perbankan

¹³⁸ Yoga Arief Setiawan, Tinjauan Hukum Penggunaan Multi Akad Dan Penghitungan Biaya Sewa Penyimpanan (Ijarah) Dalam Transaksi Gadai (Rahn) Di Pegadaian Syariah Menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah Dan Fatwa Dsn Mui, Universitas Padjadjaran, 2014. hal. 56

syariah yang dibebani dengan lembaga jaminan Hak Tanggungan tidaklah sesuai dengan ketentuan Pasal 1 ayat (1) juncto Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Hak Tanggungan. Adanya perubahan redaksi APHT dan SKMHT yang telah dibakukan petunjuk dan tata cara pengisiannya dalam Perkaban Nomor 8 Tahun 2012 dapat dikatakan juga bertentangan dengan Pasal tersebut di atas dan juga bertentangan dengan Pasal 96 ayat (1) dan ayat (3) dalam Perkaban Nomor 8 Tahun 2012 itu sendiri. Dengan demikian, alasan sebab yang halal yang mengatakan tidak bertentangan dengan hukum tidaklah terpenuhi.

Dengan tidak terpenuhinya alasan sebab yang halal yang berkaitan dengan syarat sahnya suatu akad yang tidak boleh bertentangan dengan Peraturan Perundang-Undangan juga tidaklah terpenuhi, maka tidak terpenuhinya salah satu syarat akad tersebut berdasarkan Pasal 28 ayat (3) Kompilasi Hukum Ekonomi Islam berakibat akad tersebut batal/ batal demi hukum karena akad yang batal adalah akad yang kurang rukun dan atau syarat-syaratnya. Sahnya suatu akad menurut syara' apabila tidak bertentangan dengan rukun dan syarat yang telah ditetapkan oleh hukum syara'. Sehingga dapat disimpulkan bahwa terhadap Pembebanan Hak Tanggungan dalam akad pembiayaan pada perbankan syariah yang didahului oleh pembuatan APHT dan/ atau SKMHT oleh PPAT yang merupakan bentuk dari suatu Akad/Perjanjian tidaklah memenuhi syarat sahnya akad yaitu tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan

sehingga terhadap pembebanan Hak Tanggungan dalam akad pembiayaan pada perbankan syariah dapat dikatakan batal/ batal demi hukum.

2.5.4 Implikasi APHT Dalam Akad *Mudharabah*

Pembiayaan *Mudharabah* biasanya diikuti dengan proses pembebanan hak tanggungan terhadap hak atas tanah yang dijamin oleh nasabah kepada bank syariah yang kemudian dituangkan ke dalam bentuk Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT), sebagai tersebut dan diatur UU Nomor 4 Tahun 1996 (UUHT) yang dibuat di muka dan di hadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT). Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT), menurut pasal 1 PP Nomor 24 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 1998 tentang Peraturan Jabatan Pejabat Pembuat Akta Tanah adalah pejabat umum yang diberi kewenangan untuk membuat akta-akta autentik mengenai perbuatan hukum tertentu mengenai hak atas tanah atau Hak Milik Atas Satuan Rumah Susun. Dalam Pasal 53 PERKABAN Nomor 1 Tahun 2006, dinyatakan bahwa:

1. Akta PPAT dibuat dengan mengisi blanko akta yang tersedia secara lengkap sesuai petunjuk pengisiannya.
2. Pengisian blanko akta dalam rangka pembuatan akta PPAT sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus dilakukan sesuai dengan kejadian, status dan data yang benar serta didukung dengan dokumen sesuai peraturan perundang-undangan.¹³⁹

¹³⁹ Hatta Isnaini Wahyu Utomo, Prinsip Kehati-Hatian Pejabat Pembuat Akta Tanah Dalam Peralihan Tanah Yang Belum Bersertifikat, *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, No. 3 Vol. 24, Juli 2017, hal. 67.

Berdasarkan isi pasal tersebut, memang peran PPAT hanya mengisi blanko akta yang telah dibuat dan diterbitkan oleh Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia (BPN RI) dan selama ini telah menjadi permakluman umum bahwa akad *Mudharabah* dapat diikuti dengan APHT sebagai akta penjaminannya. Dalam pembuatan akta-akta autentik mengenai perbuatan hukum tertentu mengenai hak atas tanah atau Hak Milik Atas Satuan Rumah Susun, PPAT dituntut kecermatan, ketelitian dan kehati-hatiannya walaupun hanya mengisi blanko yang telah dibuat dan diterbitkan oleh Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia (BPN RI) karena jika terjadi suatu kesalahan atau kekeliruan dalam pembuatan akta-akta PPAT tersebut dapat berakibat kebatalan pada akta-akta tersebut.

Dalam hal pembuatan APHT pada akad *Mudharabah* oleh PPAT maka APHT tersebut dapat menjadi batal demi hukum karena tidak terpenuhinya syarat yang diharuskan oleh Undang-Undang, sebagaimana dijelaskan pada bagian Penjelasan Umum UUHT angka (8) bahwa: “Oleh karena Hak Tanggungan menurut sifatnya merupakan ikutan atau *accessoir* pada suatu piutang tertentu, yang didasarkan pada suatu perjanjian utang-piutang atau perjanjian lain, maka kelahiran dan keberadaannya ditentukan oleh adanya piutang yang dijamin pelunasannya.” Hal ini tentunya berakibat hukum kepada pihak bank menjadi tidak dapat mengeksekusi jaminan berupa hak atas tanah apabila debitur, dalam hal ini *Mudharib*, tidak dapat memenuhi prestasi atau kewajibannya sesuai isi kesepakatan dalam akad atau diistilahkan dalam hukum perikatan dengan wanprestasi.

Jika ini terus dilakukan maka tentu akan merugikan bagi pihak perbankan syariah apalagi jika debitur lebih mengetahui dan memahami persoalan ini. Dalam PERKABAN BPN RI Nomor 1 tahun 2006 tentang Ketentuan Pelaksanaan PP Nomor 37 Tahun 1998 tentang Peraturan Jabatan PPAT yang telah diubah dengan PERKABAN Nomor 23 Tahun 2009 dan PP Nomor 37 tahun 1998 tentang Peraturan Jabatan Pejabat Pembuat Akta Tanah yang telah diubah dengan PP Nomor 24 Tahun 2016, tidak dicantumkan secara khusus mengenai sanksi yang dapat dikenakan kepada PPAT yang melakukan pelanggaran atau kelalaian dalam melaksanakan tugas jabatannya tetapi pada bagian Penjelasan Umum UUHT angka 11 ditegaskan mengenai adanya sanksi administratif sebagai berikut: “Untuk menjamin kepastian hukum serta memberikan perlindungan kepada pihak-pihak yang berkepentingan, dalam Undang-Undang ini diatur sanksi administratif yang dikenakan kepada para pelaksana yang bersangkutan, terhadap pelanggaran atau kelalaian dalam memenuhi berbagai ketentuan pelaksanaan tugasnya masing-masing, selain dikenakan sanksi administratif tersebut di atas, apabila memenuhi syarat yang diperlukan, yang bersangkutan masih dapat digugat secara perdata dan/atau dituntut pidana.” Sanksi Administratif yang dikenakan kepada PPAT karena kelalaian dalam memenuhi berbagai ketentuan pelaksanaan tugasnya masing-masing, tercantum dalam Pasal 23 ayat (1) UUHT, yang berbunyi: “Pejabat yang melanggar atau lalai dalam memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (1), Pasal 13 ayat (2),

dan Pasal 15 ayat (1) Undang-undang ini dan/atau peraturan pelaksanaannya dapat dikenai sanksi administratif, berupa:

- a. teguran lisan;
- b. teguran tertulis;
- c. pemberhentian sementara dari jabatan;
- d. pemberhentian dari jabatan.

”PPAT yang telah membuatkan APHT pada akad *Mudharabah* pada bank syariah tentunya dapat dimintai pertanggungjawaban hukum karena telah mengakibatkan kerugian bagi pihak bank syariah. Berdasarkan teori pertanggungjawaban yang dikemukakan oleh Ridwan maka hal ini termasuk kepada konsep liability yang menunjuk pada pertanggungjawaban hukum yaitu tanggung gugat akibat kesalahan yang dilakukan oleh subyek hukum yaitu PPAT.

Dan berdasarkan teori tanggung jawab dalam perbuatan melawan hukum (*tort liability*) oleh Abdulkadir Muhammad maka PPAT yang telah membuatkan APHT pada akad *Mudharabah* dapat dituntut tanggung jawabnya akibat perbuatan melawan hukum yang dilakukan karena kelalaian (*negligence tort liability*), didasarkan pada konsep kesalahan (*concept of fault*) yang berkaitan dengan moral dan hukum yang sudah bercampur baur (*interminglend*), di mana dalam praktik perbankan syariah telah terjadi percampuran penggunaan peraturan perundang-undangan (UUHT digunakan sebagai dasar hukum pengikatan jaminan dan di sisi lain, untuk perjanjian atau akad-akad pokoknya telah bersumber pada UU Perbankan Syariah dan

Fatwa-Fatwa DSN-MUI serta Peraturan Bank Indonesia, sehingga terjadi kekeliruan dan ketidakjelasan terhadap esensi dari perjanjian pokoknya).

PPAT yang telah membuatkan APHT pada akad *Mudharabah* bank syariah dapat dimintakan pertanggungjawaban secara perdata karena sebagaimana dijelaskan di atas bahwa perbuatan itu bertentangan dengan UUHT yang menjelaskan bahwa perjanjian pokok dari APHT merupakan perjanjian utang-piutang.

Pembuatan APHT dalam akad *Mudharabah* Bank Syariah kepada PPAT, tentunya adalah atas dasar permintaan pihak bank itu sendiri dan memang selama ini telah menjadi permakluman umum bahwa akad *Mudharabah* dapat diikuti dengan APHT sebagai akta penjaminannya. Seharusnya pihak perbankan syariah juga melakukan analisis kesyariahan yang mendalam secara fiqh mu'amalah terhadap setiap Produk Operasional Bank Syariah supaya tidak menimbulkan permasalahan dan kerugian di kemudian hari pada Bank Syariah itu sendiri. Dengan pesatnya pertumbuhan perbankan syariah di Indonesia maka diharapkan ke depannya, pemerintah dapat membuat suatu peraturan perundang-undangan yang khusus mengatur tentang pengikatan jaminan terhadap hak atas tanah untuk perbankan syariah sehingga unsur kesyariahan dalam setiap akad-akad perbankan syariah dapat terwujud dan terpenuhi secara sempurna. Tidak perlu lagi menggunakan APHT sebagai pengikatan jaminan terhadap hak atas tanah yang digunakan perbankan konvensional, khususnya pada akad *Mudharabah*.

2.5.5 SK Kepala BPN Untuk Mikro

Pembangunan nasional khususnya di bidang ekonomi memerlukan perhatian yang serius dari negara melalui pemerintah untuk kepentingan rakyat Indonesia. Dalam hal ini perkembangan kebutuhan dan peningkatannya diperlukan dana yang merupakan salah satu pendukung untuk menggerakkan kegiatan masyarakat di bidang ekonomi. Kebutuhan akan dana atau umumnya dalam dunia perbankan Indonesia disebut kredit terkadang dikaitkan dengan adanya jaminan demi pengamanan pemberian dana atau kredit itu sendiri. Jaminan adalah hal yang penting dalam membuat dan melaksanakan perjanjian kredit atau perjanjian pinjam meminjam uang serta melindungi kepentingan para pihak khususnya kreditur.

Mengingat pentingnya dana pembiayaan tersebut dalam proses pembangunan, sudah semestinya jika pemberi dan penerima pembiayaan serta pihak lain yang terkait mendapat perlindungan melalui suatu lembaga hak jaminan yang kuat dan yang dapat memberikan kepastian hukum bagi semua pihak yang berkepentingan. Dalam memberikan pembiayaan, bank harus yakin bahwa dana yang dipinjamkan harus dapat kembali tepat waktu beserta dengan nisbah bagi hasilnya dan sesuai dengan syarat-syarat yang telah disepakati bersama oleh para pihak yang bersangkutan dalam perjanjian pembiayaan sehingga dalam pelaksanaan perjanjian pembiayaan agar dapat terlaksana secara sehat dan terjamin.

Hal ini dimaksudkan sebagai solusi hukum untuk memberikan kepastian pengembalian pembiayaan tersebut. Dalam praktek jaminan yang

sering digunakan adalah jaminan kebendaan yaitu berupa tanah, atau yang disebut dengan jaminan hak tanggungan. Hak tanggungan merupakan lembaga hak jaminan yang kuat atas benda tidak bergerak berupa tanah yang dijadikan jaminan, karena memberikan kedudukan yang lebih tinggi bagi kreditur pemegang hak tanggungan dibandingkan dengan kreditur lainnya. Memberikan Hak Tanggungan, pemberi Hak Tanggungan wajib hadir di hadapan PPAT. Notaris/pejabat pembuat akta tanah adalah pejabat umum yang berprofesi membuat akta pendirian dan anggaran dasar suatu badan hukum maupun badan usaha sehingga PPAT mengetahui betul organ badan hukum mana yang berwenang mewakili badan hukum maupun badan usaha ketika mengikatkan diri dalam Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan (SKMHT) yang kemudian ditindaklanjuti dengan APHT.

Surat kuasa membebankan hak tanggungan yang telah diterima pejabat pembuat akta tanah menjadi akta pemberian hak tanggungan maupun akta pemberian hak tanggungan yang telah diterima kantor pertanahan menjadi Sertifikat Hak Tanggungan (SHT), merupakan bukti otentik yang tidak perlu diragukan lagi kekuatan pembuktiannya dilihat dari jangka waktunya, Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan (SKMHT) terbagi atas 3 macam:¹⁴⁰

1. Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan berlaku 1 (satu) bulan yang dibuat dikarenakan pemegang jaminan/kreditur berhalangan hadir dan/atau dikarenakan alasan lain.

¹⁴⁰ Isnaeni, 2016, *Pengantar Jaminan Kebendaan*, PT Revka Petra Media, Surabaya, hal. 82.

2. Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan berlaku 3 (tiga) bulan yang dibuat dikarenakan jaminan yang dijamin sedang diproses pendaftaran atau balik nama kepada penjamin dikarenakan jual beli.
3. Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan berlaku sampai dengan berakhirnya perjanjian pokok yang dibuat guna penjaminan kredit mikro yang diatur oleh Keputusan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Badan Pertanahan Nasional Nomor 22 Tahun 2017.

Mengenai SKMHT pada bagian 1 (pertama) dan 2 (kedua) ialah Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan yang akan segera diproses pendaftaran Hak Tanggungan dan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan bagian 3 (ketiga) adalah Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan yang pendaftaran hak tanggungannya dilakukan jika dilihat dari terjadi wanprestasi atau tidaknya.

Berdasarkan Keputusan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Badan Pertanahan Nasional Nomor 22 Tahun 2017, kredit mikro adalah kredit yang diberikan perbankan kepada nasabah/debitur yang diperuntukkan pada usaha mikro dan kepemilikan rumah berdasarkan luas tertentu dan kredit lain yang besarnya jumlah kredit sampai dengan Rp. 200.000.000,- (dua ratus juta rupiah). Menurut M. Khoidin, bahwa pelaksanaan jaminan atas tanah selama ini telah terjadi hal-hal yang tidak mendukung keberadaan suatu lembaga hak jaminan yang kuat karena terjadi dalam praktek seolah-olah melembagakan SKMHT tersebut, sedangkan Konsumen paling besar yang menggunakan surat kuasa membebaskan hak tanggungan (SKMHT) adalah perbankan yang

berkedudukan sebagai kreditur, tidak dapat dibayangkan jika ternyata ada debitur yang mengetahui dan memahami kedudukan jangka waktu surat kuasa membebaskan hak tanggungan (SKMHT) kredit mikro dan sudah tentu peluang seperti ini terbuka lebar untuk dilakukan oleh debitur. Tentu jika hal ini terjadi akan menimbulkan ketidakpercayaan dari klien terhadap kualitas akta yang dibuat oleh pejabat pembuat akta tanah (PPAT).¹⁴¹

Dikeluarkannya Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Badan Pertanahan Nasional Nomor 22 Tahun 2017 dikarenakan kredit mikro saat ini memiliki potensi tinggi dalam penggunaan SKMHT dan menunjukkan bahwa dalam kredit mikro, perbankan sebagai lembaga penyalur dana tetap membutuhkan jaminan dalam pemberian fasilitas kredit sehingga diatur tentang jangka waktu surat kuasa membebaskan hak tanggungan sampai dengan berakhirnya kredit pokok. Akan tetapi dengan aturan tersebut membuat surat kuasa membebaskan hak tanggungan kredit mikro yang diberikan tidak ditingkatkan pada hak tanggungan, bank selaku kreditur dalam pemberian kredit mikro kepada debitur umumnya tidak menguasai benda yang menjadi jaminan kredit secara fisik, tetapi hanya memiliki hak kebendaan secara administratif.

Pengikatan obyek jaminan yang berupa tanah, yaitu Hak Milik, Hak Guna Bangunan dan Hak Guna Usaha, prosesnya hanya sampai dengan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (SKMHT) saja, dengan tidak

¹⁴¹ Ahmad Zulfikar, Kekuatan Hukum Jangka Waktu Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan Kredit Mikro pada Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 22 Tahun 2017, *Wajah Hukum*, Volume 3(2), Oktober 2019, hal. 110

dibebankan Hak Tanggungan atas obyek jaminan tersebut, maka kreditur belum memiliki hak kebendaan atas jaminan tersebut secara factual. Sebab kepastian hukum kreditur sebagai kreditur preferen terletak pada hak tanggungan, dan sebagai fungsinya SKMHT hanyalah kuasa yang diberikan debitur atau pemilik jaminan kepada kreditur, untuk ditingkatkan pada hak tanggungan. Kelemahan atas Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan (SKMHT) kredit mikro ini tidak dapat dihindarkan, namun tetap digunakan. Ke depannya tidak dapat dipungkiri akan terjadi suatu permasalahan hukum atas penggunaannya. Hal ini menimbulkan pertanyaan, apa yang menjadi tujuan dikeluarkannya Permen Nomor 22 Tahun 2017 itu. Apakah Permen itu dapat menjadi hambatan untuk menyalurkan pemberian kredit mikro, jika tujuan Permen itu untuk memberikan kemudahan debitur kredit mikro mendapatkan pinjaman dari perbankan, kenapa di dalam Permen tidak mengatur tentang bea pendaftaran hak tanggungan khusus untuk kredit mikro saja.

Surat Kuasa adalah salah satu bentuk dari perjanjian yang mana dapat diartikan sebagai suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. PPAT harus memiliki pengetahuan yang luas mengenai SKMHT agar dapat menyesuaikan klausula SKMHT baik mikro maupun non mikro. Dengan pengetahuan yang mendalam mengenai kuasa, PPAT dapat menanyakan kepada klien mengenai :

1. Ruang lingkup mengenai kuasa yang akan dibuat.

2. Data-data apa saja yang ada yang dimiliki oleh klien (para pihak), demikian juga semua peraturan yang terkait dengan materi dan substansi kuasa tersebut.
3. Semua data, peraturan, semua yang terkait dengan ruang lingkup surat kuasa membebaskan hak tanggungan (SKMHT) yang dimintakan untuk dibuat.
4. Hak-hak dan kewajiban-kewajiban apa saja yang diminta dirumuskan dalam SKMHT meskipun bentuk SKMHT telah baku.¹⁴²

Dalam pembuatan SKMHT, PPAT perlu membangun struktur akta dan menyusun sebuah akta PPAT sesuai anatomi akta, ada beberapa hal yang dapat dijadikan dasar untuk membangun struktur akta Notaris, antara lain :

1. Latar belakang yang akan diperjanjikan.
2. Identifikasi para pihak (subjek hukum).
3. Identifikasi objek yang akan diperjanjikan.
4. Membuat kerangka akta.
5. Merumuskan substansi akta.
6. Kedudukan para pihak
7. Batasan-batasan (yang boleh atau tidak diperbolehkan) menurut aturan hukum.
8. Hal-hal yang dibatasi dalam pelaksanaannya.
9. Pilihan hukum dan pilihan pengadilan.
10. Klausula penyelesaian sengketa.

¹⁴² Yogi Hanapiah, Hal-Hal Yang Perlu Diperhatikan Oleh Notaris Dalam Membuat Akta Perjanjian Notariil, *Jurnal Akta*, Vol 5, No, 1 Januari 2018, hal.113.

11. Kaitannya dengan akta yang lain (jika ada).

Dalam hal ini PPAT berperan untuk mengarahkan klien dalam isi SKMHT agar tidak bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum, dan kesusilaan. Perjanjian harus didasarkan pada konsensus atau kesepakatan dari pihak-pihak yang membuat. Dengan asas konsensualisme, perjanjian dikatakan telah lahir jika ada kata sepakat atau persesuaian kehendak di antara para pihak yang membuat perjanjian tersebut. PPAT dalam membuat akta perjanjian notariil harus jujur, cermat, teliti, tidak memihak salah satu pihak dan memahami semua peraturan yang berhubungan dengan akta yang akan dibuatnya.

Terdapat beberapa larangan yang ada dalam membuat perjanjian bagi PPAT. Larangan bagi PPAT dalam membuat perjanjian tersebut ialah:

- a. PPAT dilarang membuat akta perjanjian yang memihak kepada salah satu pihak.
- b. PPAT dilarang membuat akta perjanjian yang bertentangan dengan akta yang dibuat sebelumnya.
- c. PPAT dilarang membuat akta pencabutan perjanjian pemberian kuasa secara sepihak di mana akta pemberian kuasa tersebut telah ditandatangani oleh kedua belah pihak (pemberi kuasa dan penerima kuasa).
- d. PPAT dilarang memberitahukan isi (segala sesuatu mengenai akta yang dibuatnya) dan segala keterangan yang diperolehnya guna pembuatan akta.
- e. PPAT dilarang untuk tidak membacakan isi akta kepada para pihak, kecuali para pihak sudah membacanya sendiri, mengerti dan menyetujui.

Hal demikian sebagaimana dinyatakan dalam penutup akta dan tiap halaman diparaf oleh para pihak/para penghadap, para saksi dan PPAT sedangkan halaman terakhir ditanda tangani para pihak, para saksi dan PPAT.

- f. PPAT dilarang membuat akta perjanjian yang bertentangan dengan UU, ketertiban umum dan/atau kesusilaan.
- g. PPAT dilarang membuat akta simulasi (bohongan) lebih-lebih dalam hal untuk tujuan yang bertentangan dengan UU.

PPAT harus memperhatikan perwakilan dalam perjanjian. Perwakilan demi hukum tidak dibenarkan untuk disubstitusikan, lembaga perwakilan dalam hukum privat dibedakan menjadi 3 (tiga) yaitu:

- 1) Perwakilan menjadi kontraktual yaitu perwakilan karena adanya pemberian kuasa.
- 2) Perwakilan organik, yaitu seseorang yang berkedudukan di salah satu organ badan hukum mewakili badan hukum tersebut.
- 3) Perwakilan demi hukum, yaitu seseorang yang karena kedudukannya.

Sebagai misal: dalam kedudukannya selaku orang tua mewakili anaknya yang masih di bawah umur atau suami dan istri salah satu meninggal dunia maka suami/istri yang hidup lebih lama (masih hidup), maka demi hukum menjadi wali dari anak kandungnya tersebut. Dalam pembuatan akta perjanjian notariil agar diusahakan di dalam pembuatannya mengandung unsur kelengkapan, kebenaran, kejelasan dan keabsahan. Maksudnya adalah:

- a. Mengandung unsur kejelasan artinya: Mulai dari judul akta harus mengandung/mencerminkan secara garis besar substansi dari isi akta. Redaksi setiap pasal tidak boleh berwayuh arti atau mempunyai arti lebih dari satu arti/bisa ditafsirkan lain. Jangan berpindah ke pasal yang lain sebelum tuntas terkait redaksi pasal tersebut. Memuat secara detail segala sesuatu yang memang harus diatur dalam akta/perjanjian tersebut.
- b. Mengandung unsur kebenaran: Usahakan sepanjang dimungkinkan mengupayakan kebenaran material. Hal demikian bisa diupayakan dengan pemberian nasehat hukum kepada para penghadap terkait dengan akta yang akandibuat dan dikemukakan akibat hukum dan sanksi dalam hal tidak mengemukakan atau menyampaikan segala sesuatu selain daripada yang sebenarnya.

Tiada dipenuhinya syarat yang diharuskan oleh UU sebagai contoh: PT, Yayasan didirikan tidak dengan akta Notaris (tidak notariil). Notaris harus jujur, mandiri, cermat, dan tidak memihak serta harus mengikuti semua peraturan tidak terbatas peraturan jabatan Notaris tetapi juga semua peraturan yang ada hubungannya dengan akta yang akan dibuat. Dalam menyusun klausula agar dalam penyusunan klausula dari segi legal benar-benar aman dan kuat, diusahakan menyusun klausula sedetail mungkin agar di kemudian hari jika timbul sengketa dapat ditekan sekecil mungkin bahkan dihindari.

BAB III

PEMASANGAN HAK TANGGUNGAN TERHADAP AKAD PEMBIAYAAN

MUDHARABAH

Guna menjawab pertanyaan di dalam rumusan masalah pertama yang akan mengkaji dan menganalisis tentang faktor-faktor yang mengakibatkan dipasangnya hak tanggungan dalam pembiayaan *mudharabah*, maka penulis melakukan penelitian lapangan guna memperoleh data yang menunjang atas jawaban dari perumusan permasalahan yang sudah ditetapkan, adapun penelitian lapangan yang penulis lakukan di beberapa lokasi yang hasilnya akan dijelaskan sebagai berikut:

3.1 Pelaksanaan Pembiayaan *Mudharabah* Di BTN Syariah Solo

Sebelum masuk pada pembahasan mengenai pelaksanaan pembiayaan *Mudharabah* di BTN Syariah KCP Solo, pada bagian ini penulis memberikan deskripsi umum mengenai profil BTN Syariah KCP Solo. Berdasarkan perspektif historis, sejarah berdirinya BTN Syariah KCP Solo tidak dapat dilepaskan dari sejarah berdirinya tentang BTN dan BTN Syariah, kelahiran dari BTN sendiri pada umumnya memiliki maksud dalam rangka mendidik masyarakat umum agar gemar menabung. Pemerintah Hindia Belanda melalui *Koninklijk Besluit* No. 27 Tanggal 16 Oktober 1897 mendirikan POSTPAARBANK, yang kemudian terus berkembang serta tercatat telah memiliki 4 cabang pada tahun 1939 di Jakarta, Surabaya, Medan, dan Makassar. Pada tahun 1940 kegiatan dalam aktivitas perbankan yang dilakukan oleh POSTPAARBANK mengalami gangguan yang disebabkan

oleh adanya penyerbuan Jerman atas Netherland yang mengakibatkan penarikan tabungan besar besaran dalam waktu relative singkat. Namun demikian keadaan keuangan POSTPAARBANK pada tahun 1941 kemudian berangsur-angsur pulih kembali.

Tahun 1942, ketika Hindia Belanda menyerah tanpa syarat kepada pemerintah Jepang, Jepang mengeluarkan kebijakan untuk membekukan seluruh aktivitas perbankan yang dilakukan oleh POSTPAARBANK dan mendirikan TYOKIN KYOKU sebuah bank yang bertujuan untuk menarik dana masyarakat melalui tabungan. Usaha pemerintah Jepang ini tidak berjalan secara sukses, mengingat penarikan uang dari masyarakat yang dilakukan secara paksa sehingga mengakibatkan bank ini hanya memiliki satu cabang yaitu cabang Yogyakarta.

Proklamasi Kemerdekaan Republik Indonesia pada 17 Agustus Tahun 1945 telah berdampak untuk memprakarsai pengambil alihan TYOKIN KYOKU dari Pemerintah Jepang ke Pemerintah RI, di mana pengambil alihan tersebut berjalan sukses, sehingga bank TYOKIN KYOKU kemudian melakukan penggantian nama menjadi Kantor Tabungan Pos yang kemudian menjadi cikal bakal lahirnya BTN.

Banyak kejadian bernilai sejarah sejak Tahun 1950 tetapi yang substansif bagi sejarah BTN adalah dikeluarkannya UU Darurat No. 9 Tahun 1950 Tanggal 9 Tahun 1950 yang mengubah nama "POSTSPAARBANK IN INDONESIA" berdasarkan Staatsblat No. 295 Tahun 1941 menjadi Bank Tabungan Pos dan memindahkan induk kementerian dari Kementerian

Perhubungan ke Kementerian Keuangan di bawah Menteri Urusan Bank Sentral. UU darurat tersebut masih bernama Bank Tabungan Pos, tetapi tanggal 9 Februari 1950 ditetapkan sebagai hari dan tanggal lahir Bank Tabungan Negara. Nama Bank Tabungan Pos menurut Undang Undang Darurat tersebut dikukuhkan dengan Undang Undang No.36 Tahun 1953 Tanggal 18 Desember 1953. Perubahan nama dari *Bank Tabungan Pos* menjadi Bank Tabungan Negara didasarkan pada PERPU No. 4 tahun 1963 tanggal 22 juni 1963 yang kemudian dikuatkan dengan UU No. 2 tahun 1964 tanggal 25 Mei 1964.¹⁴³

Penegasan status Bank Tabungan Negara sebagai bank milik Negara ditetapkan dengan UU NO. 20 Tahun 1968 tanggal 19 Desember 1968 yang sebelumnya (sejak tahun 1964) Bank Tabungan Negara menjadi BNI V. Jika tugas pendirian POSTPAARBANK (1897) sampai Bank Tabungan Negara (1968) adalah bergerak dalam lingkup penghimpunan dana masyarakat melalui tabungan, maka sejak tahun 1974 Bank Tabungan Negara ditambah tugasnya yaitu memberikan layanan KPR dan untuk pertama kalinya penyaluran KPR terjadi pada tanggal 10 Desember 1976, karena itulah tanggal 10 Desember diperingati sebagai hari KPR bagi BTN.

Badan hukum BTN mengalami perubahan lagi pada tahun 1992, yaitu dengan dikeluarkannya PP No. 24 tahun 1992 tanggal 29 April 1992 yang merupakan pelaksanaan dari UU No. 7 Tahun 1992 badan hukum BTN berubah menjadi Perusahaan Perseroan. Sejak itu nama BTN menjadi PT

¹⁴³ Sumber diperoleh dari wawancara dengan Bapak Arif Hartono sebagai Pimpinan Cabang BTN Syariah Solo pada 26 Juni 2021

Bank Tabungan Negara (Persero) dengan call name Bank BTN. Berdasarkan kajian konsultan independent, Price Waterhouse Coopers, Pemerintah melalui BUMN dalam surat nomor S-554 / MMBU / 2002 tanggal 21 Agustus 2002 memutuskan Bank BTN sebagai Bank Umum dengan fokus bisnis pembiayaan perumahan tanpa subsidi.

Berawal dari adanya perubahan peraturan perundang-undangan perbankan oleh pemerintah dari UU Perbankan No. 7 Tahun 1992 menjadi Perbankan No. 10 Tahun 1998, dunia perbankan nasional menjadi marak dengan boomingnya bank syariah. Persaingan dalam pasar perbankan pun kian ketat. Belum lagi dengan dikeluarkannya PBI No. 4/1/PBI/2002 tentang perubahan kegiatan usaha bank umum konvensional menjadi bank umum berdasarkan prinsip syariah oleh bank umum konvensional, jumlah bank syariah pun bertambah dengan banyaknya UUS (Unit Usaha Syariah). Manajemen PT. Bank Tabungan Negara (Persero), melalui rapat komite pengarah tim implementasi restrukturasi Bank BTN tanggal 12 Desember 2013, manajemen bank BTN menyusun rencana kerja dan perubahan anggaran dasar untuk membuka UUS agar dapat bersaing di pasar perbankan syariah.

Tujuan dari pendirian UUS Bank BTN adalah untuk memenuhi kebutuhan nasabah akan produk dan layanan perbankan sesuai prinsip syariah dan memberi manfaat yang setara, seimbang dalam pemenuhan kepentingan nasabah dan Bank. Sebagai bagian dari Bank BTN yang merupakan Bank BUMN BTN Syariah menjalankan fungsi intermediasi dengan menghimpun

dana masyarakat melalui produk giro, Tabungan, Deposito dan menyalurkan kembali ke sektor riil melalui berbagai produk pembiayaan KPR, Multiguna, Talangan Haji, Investasi dan Modal kerja. Mendukung pencapaian sasaran laba usaha Bank, meningkatkan ketahanan Bank dalam menghadapi perubahan lingkungan usaha. Memberi keseimbangan dalam pemenuhan kepentingan nasabah dan pegawai.

Untuk mengantisipasi adanya kecenderungan tersebut, PT Bank Tabungan Negara (Persero) pada Rapat Umum Pemegang Saham tanggal 16 Januari 2004 dan perubahan Anggaran Dasar dengan akta No. 29 tanggal 27 Oktober 2004 oleh Emi Sulistyowati, SH Notaris di Jakarta yang ditandai dengan terbentuknya divisi syariah berdasarkan Ketetapan Direksi No. 14/DIR/DSYA/2004. Pembentukan Unit Usaha Syariah ini juga untuk memperkuat tekad ajaran Bank BTN untuk menjadikan kerja sebagai bagian dari ibadah yang tidak terpisah dengan ibadah-ibadah lainnya.

PT. Bank Tabungan Negara adalah suatu lembaga yang bergerak sebagai sarana penghimpunan dana dari masyarakat serta menyalurkannya lagi kembali kepada masyarakat dalam bentuk pembiayaan atau kredit perumahan dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak.

Selanjutnya Bank BTN Unit Usaha Syariah disebut “BTN Syariah” dengan motto “Maju dan Sejahtera Bersama”. Dalam pelaksanaan kegiatannya, Unit Usaha Syariah didampingi oleh Dewan Pengawas Syariah (DPS) yang bertindak sebagai pengawas, penasehat dan pemberi saran kepada Direksi, Pimpinan Divisi Syariah, dan Pimpinan Kantor Cabang Syariah

mengenai hal-hal yang terkait dengan prinsip syariah. Pada bulan November 2004 dibentuklah struktur organisasi kantor cabang syariah PT. BTN, di mana setiap kantor cabang syariah dipimpin oleh satu orang kepala cabang yang bertanggung jawab kepada kepala divisi syariah. Yang pada saat bersamaan Direktur Utama Bank BTN meminta rekomendasi penunjukan DPS dan pada tanggal 3 Desember 2004, Direktur Utama Bank BTN menerima surat rekomendasi DSN/MUI tentang penunjukkan DPS bagi BTN Syariah.

Pada tanggal 15 Desember 2004, Bank BTN menerima surat persetujuan dari BI, Surat No. 6/1350/DPbs perihal persetujuan BI mengenai prinsip KCS (Kantor Cabang Syariah) Bank BTN. Tanggal inilah yang diperingati secara resmi sebagai hari lahirnya BTN Syariah. Secara sinergi melalui persetujuan dari BI dan Direksi PT. BTN dibukalah KCS Jakarta pada tanggal 14 Februari 2005. Diikuti pada tanggal 25 Februari 2005 dibuka KCS Bandung kemudian pada tanggal 17 Maret 2005 dibuka KCS Surabaya yang secara berturut-turut tanggal 4 dan tanggal 11 April 2005 KCS Yogyakarta dan KCS Makassar dan pada bulan Desember 2005 dibukanya KCS Malang dan Solo. Pada tahun 2007, Bank BTN telah mengoperasikan 12 (dua belas) Kantor Cabang Syariah dan 40 Kantor Layanan Syariah (Office Channelling) pada kantor-kantor cabang dan cabang pembantu Konvensional kantor cabang Syariah tersebar di lokasi Jakarta, Bandung, Surabaya, Yogyakarta, Makasar, Malang, Solo, Medan, Batam, Tangerang, Bogor, dan Bekasi. Seluruh Kantor Cabang Syariah ini dapat beroperasi

secara ontime-realttime berkat dukungan teknologi informasi yang cukup memadai.

Di dalam penelitian ini penulis memfokuskan tempat penelitian di BTN Syariah Cabang Solo, di mana PT. Bank Tabungan Negara (Persero) Tbk. Syariah Cabang Solo sendiri memiliki lokasi yang sangat strategis karena bertempat di Jl.Slamet Riyadi No.322 Solo. Menurut Arif Hartono sebagai *Branch Manager* atau Pimpinan BTN Kantor Cabang Solo disebutkan beberapa alasan pertimbangan yang diambil dalam memilih lokasi tersebut, antara lain :¹⁴⁴

- 1) Bank Tabungan Negara (Persero) Tbk. Syariah Solo memiliki posisi yang cukup dekat dengan kantor cabang Bank BTN Konvensional Solo, sehingga hal ini dapat memudahkan dalam proses pemindahan berkas berkas dan kebutuhan kebutuhan lainnya.
- 2) Jalan Slamet Riyadi merupakan nama jalan yang sudah dikenal oleh banyak masyarakat sekitar solo sehingga para konsumen atau calon nasabah mudah mencari keberadaan Bank BTN Syariah Cabang Solo tersebut.

Sampai dengan tahun 2020-2021, terdapat berbagai produk Produk dan jasa layanan yang ada di Bank BTN Syariah Cabang Solo berdasarkan data yang diperoleh dari Harfi Widyananto sebagai kepala *Commercial* dan

¹⁴⁴ Wawancara dengan Arif Hartono sebagai Pimpinan Kantor Cabang Syariah Solo pada 26 Juni 2021

Small Medium Enterprise BTN Syariah Solo jenis produk dan layanan yang ada di Bank BTN Syariah Cabang Solo meliputi : ¹⁴⁵

1) Pembiayaan Kendaraan Bermotor BTN iB.

Pembiayaan kendaraan bermotor BTN iB adalah Produk pembiayaan dalam rangka pembelian kendaraan bermotor (mobil dan sepeda motor) bagi nasabah perorangan dengan menggunakan prinsip akad *Murabahah* (Jual Beli)

2) Pembiayaan Tunai Emas BTN iB.

Solusi atas kebutuhan dana untuk keperluan mendadak dengan cara menggadaikan emas yang dimiliki dengan proses yang cepat dan aman serta angsuran yang ringan menggunakan akad "*Qardh*" (Gadai) yang disertai dengan surat gadai sebagai penyerahan Marhun untuk jaminan pengembalian seluruh atau sebagian hutang nasabah kepada bank (Murtahin)

3) Pembiayaan Emasku BTN iB.

Pembiayaan Emasku BTN iB digunakan untuk memberikan solusi bagi nasabah yang ingin memiliki investasi dengan kepemilikan emas lantakan (batangan) bersertifikat Antam berdasarkan prinsip syariah dengan menggunakan akad *Murabahah* (Jual Beli)

4) Pembiayaan Multimanfaat BTN iB.

Solusi bagi pegawai dan pensiunan untuk keperluan pembelian jenis barang elektronik, furniture, dan kebutuhan lainnya tanpa uang

¹⁴⁵ Wawancara dengan Harfi Widyananto bagian kepala *Commercial dan Small Medium Enterprise* Kantor Cabang Syariah Solo pada 26 Juni 2021

muka, angsuran ringan dan tetap sampai dengan lunas dan jangka waktu pembiayaan sampai dengan 10 tahun melalui akad “*Murabahah*” (Jual Beli)

5) Pembiayaan Multijasa BTN iB.

Pembiayaan yang hadir untuk keperluan mendanai kebutuhan layanan jasa seperti Pendidikan, Kesehatan, Wisata, Umrah, dan Pernikahan dengan jangka waktu pembiayaan sampai dengan 10 tahun serta menggunakan akad “*Kafalah bil Ujroh*” (Imbalan atas jasa penjaminan)

6) Pembiayaan Konstruksi BTN iB

Pembiayaan Konstruksi BTN iB hadir untuk memberikan solusi bagi pebisnis guna membiayai konstruksi proyek properti yang meliputi bangunan dan infrastruktur yang terkait dengan menggunakan akad “*Musyarakah*” (kerjasama)

7) Pembiayaan Modal Kerja BTN iB

Modal Kerja BTN iB adalah fasilitas pembiayaan dengan akad *Mudharabah*, berupa penyediaan dana oleh Bank BTN untuk memenuhi kebutuhan modal kerja usaha nasabah, baik perorangan, perusahaan atau lembaga, maupun koperasi, dengan rencana pengembalian berdasarkan proyeksi kemampuan cashflow nasabah

8) Pembiayaan Investasi BTN iB

Pembiayaan Investasi BTN iB hadir untuk memberikan solusi bagi nasabah guna pembelian/pengadaan barang investasi (*capital*

expenditure) dengan menggunakan akad akad “*Murabahah*” (penyediaan dana atau tagihan), “*Musyarakah*” (Akad penyediaan dana untuk kerja sama) atau “*Istishna*” (Akad penyediaan dana atau tagihan)

9) KPR BTN Platinum iB.

Pembiayaan yang hadir sebagai solusi bagi kepemilikan rumah, ruko, hingga apartemen yang menjadi idaman, baik untuk pertama kali, yang kedua, atau bahkan yang ketiga melalui proses yang cepat, uang muka ringan dan angsuran tetap selama jangka waktu pembiayaan melalui akad “*Murabahah*” (jual beli) yang memberikan berbagai macam manfaat

10) KPR BTN Indent iB.

Produk pembiayaan dalam rangka pembelian rumah, ruko, rukan, rusun/apartemen secara inden (atas dasar pesanan), bagi nasabah perorangan dengan menggunakan prinsip akad *Istishna*’(Jual Beli atas dasar pesanan), dengan pengembalian secara tangguh (cicilan bulanan) dalam jangka waktu tertentu.

11) KPR BTN Bersubsidi iB

Pembiayaan yang ditujukan untuk program kesejahteraan masyarakat berpenghasilan rendah yang bekerjasama dengan Kementerian Pekerjaan Umum dan Perumahan Rakyat dalam rangka kemudahan kepemilikan rumah, dengan akad “*Murabahah*” (jual beli) yang memberikan berbagai macam manfaat.

12) Tabungan BTN Batara iB.

Merupakan salah satu produk tabungan yang berdasarkan prinsip wadiah yaitu yang bersifat penitipan barang atau uang antara pihak yang mempunyai barang / uang dengan pihak yang diberi kepercayaan dengan tujuan untuk menjaga keselamatan, keamanan serta keutuhan barang / uang.

13) Tabungan BTN Prima iB.

Produk tabungan sebagai media penyimpanan dana dalam rupiah dengan menggunakan akad sesuai syariah “*Mudharabah*” (investasi), baik bank menjanjikan bagi hasil yang menguntungkan dan bersaing bagi nasabah atas simpanan.

14) Tabungan BTN Batara Haji & Umroh.

Produk tabungan untuk merencanakan ibadah haji dan umroh berdasarkan prinsip syariah dengan menggunakan akad “*Mudharabah Mutlaqah*”(Investasi), yang merupakan kerja sama antara dua pihak dengan keuntungan dan kerugian dibagi menurut nisbah yang disepakati dimuka.

15) Tabungan BTN Qurban iB.

Merupakan produk tabungan yang diperuntukkan kepada masyarakat yang mempunyai rencana untuk berqurban dengan menggunakan prinsip “*Mudharabah*” (investasi).

16) Tabungan BTN Simpanan Pelajar iB.

Bank BTN menawarkan Tabungan Simpanan Pelajar yang ditujukan untuk sarana pembelajaran buah hati Anda. Dengan

persyaratan mudah dan sederhana serta fitur yang menarik, dalam rangka edukasi dan inklusi keuangan untuk mendorong budaya menabung sejak dini

17) Tabungan BTN Emas iB.

Produk tabungan untuk merencanakan pembelian emas yang merupakan salah satu bentuk investasi terbaik guna memenuhi kebutuhan masa depan dengan tetap mendapatkan bagi hasil yang menguntungkan serta berdasarkan prinsip syariah dengan akad “*Mudharabah Mutlaqah*” (Investasi)”, yaitu kerja sama antara dua pihak dengan keuntungan dan kerugian dibagi menurut nisbah yang disepakati dimuka

18) Deposito BTN iB.

Deposito Batara iB adalah produk penyimpanan dana dalam bentuk deposito dengan akad *Mudharabah*, untuk tujuan investasi dalam jangka waktu tertentu sesuai pilihan dan kebutuhan nasabah.

BTN Syariah Solo saat ini sudah melakukan berbagai pembiayaan *Mudharabah*. Sebelum masuk pada pembahasan mengenai proses pelaksanaan pembiayaan *Mudharabah* di KCP BTN Solo beserta permasalahan yang muncul, maka pada bagian ini penulis tegaskan kembali kajian tentang pembiayaan *Mudharabah* secara singkat. Hal demikian sangat diperlukan agar tidak terjadi pemahaman yang keliru secara prinsip dengan mempersamakan antara konsep utang-piutang yang dilaksanakan oleh perbankan konvensional dan juga konsep pembiayaan/kerjasama yang dilakukan oleh perbankan syariah saat ini. Secara umum Pembiayaan atau *financing* merupakan salah satu tugas

pokok bank yaitu penyediaan dana, barang, serta fasilitas lainnya yang diberikan kepada nasabah untuk mendukung investasi yang telah direncanakan, baik dilakukan sendiri maupun lembaga berdasarkan ketentuan syariah dan standar akuntansi perbankan syariah yang berlaku.¹⁴⁶ Pembiayaan menurut Pasal 1 angka 25 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, didefinisikan sebagai penyediaan dana atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berupa¹⁴⁷

- a. Transaksi bagi hasil dalam bentuk *mudharabah* dan *musyarakah*;
- b. Transaksi sewa-menyewa dalam bentuk *ijarah* atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiya bittamlik*;
- c. Transaksi jual beli dalam bentuk piutang *murabahah*, *salam*, dan *istishna*
- d. Transaksi pinjam-meminjam dalam bentuk piutang *qard*;
- e. Transaksi sewa-menyewa jasa dalam bentuk *ijarah* untuk transaksi multijasa.

Berdasarkan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 10 tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Pasal 1 ayat 12 mendefinisikan bahwa “Pembiayaan adalah penyediaan uang atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara Bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak yang

¹⁴⁶Veitzal Rivai, 2010, *Islamic Banking*, Jakarta: PT Bumi Aksara, 2010, hal. 681

¹⁴⁷Wangsawidjaja Z, 2012, *Pembiayaan Bank Syariah*, PT Gramedia Pustaka Utama , Jakarta, hal. 79.

dibiayai untuk mengembalikan uang atau tagihan tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan atau bagi hasil”¹⁴⁸

Pada pelaksanaannya, Bank BTN Syariah Cabang Solo sudah melakukan transaksi dalam pembiayaan *Mudharabah* sejak didirikannya, di mana pembiayaan *Mudharabah* yang saat ini sudah direalisasikan yaitu sebanyak 51 loan dengan total nominal sebesar Rp100.580.000.000,-. Pelaksanaan akad *Mudharabah* sebagaimana disebutkan dalam pelaksanaannya dipasangi APHT ketika jaminan syariahnya berupa tanah dan atau bangunan, maksud dan tujuan APHT dalam *mudharabah* menurut Arif Hartono Tidak lain agar ketika pihak *Mudharib* melakukan wanprestasi terhadap jaminan yang diserahkan dapat dilakukan eksekusi.

Pernyataan yang dikeluarkan oleh Arif Hartono senada dengan pernyataan dari Kepala Bagian Penasehat Hukum Bank Muamalat Indonesia di mana menurut Mahmud mengenai akad pembiayaan *Mudharabah* dipasang hak tanggungan, ditujukan untuk mengantisipasi jika adanya kegagalan usaha yang dikelola oleh *Mudharib* (nasabah) disebabkan salah kelola atau wanprestasi nasabah, maka modal usaha yang sudah disepakati akan dijadikan utang dan untuk pengembalian/pelunasan utang tersebut akan diambil dari hasil penjualan objek hak tanggungan¹⁴⁹.

Pada BTN Syariah Cabang Solo sendiri dalam pelaksanaan pembiayaan *Mudharabah* terdapat dua permasalahan utama yang sering

¹⁴⁸Sutan Remy Sjahdeini, 1999, *Perbankan Islam dan Kedudukannya dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*, PT Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, hal. 215.

¹⁴⁹ Wawancara dengan Bapak Mahmud sebagai Kepala Bagian Penasehat Hukum Bank Muamalat Indonesia pada 4 Juli 2021

terjadi. Pertama, sulitnya memonitor atau mengawasi penggunaan dana yang disalurkan dari BTN Syariah kepada BAITUL MAAL WAT TAMWIL (BMT) atau Koperasi Jasa Keuangan Mikro Syariah (KJKS). Kedua, sulitnya memonitor penggunaan dana yang disalurkan dari BMT/KJKS kepada nasabah.¹⁵⁰

Pihak BTN Syariah Cabang Solo dalam menentukan seorang *Mudharib* telah melakukan wanprestasi atau tidak, dibuktikan dengan saat pihak *Mudharib* sudah tidak membayar angsuran pengembalian modal sebagaimana mestinya. Bank mengawali dengan pemberian surat peringatan pertama, kedua, dan ketiga (ditambah dengan pernyataan) berbeda di Bank Muamalat, Bank Muamalat mengukur *Mudharib* melakukan wanprestasi adalah ketika pihak *Mudharib* tidak memenuhi kewajiban - kewajibannya sebagaimana yang tertera di suatu akad yang telah disepakati. Dengan demikian, dalam hal nasabah-nasabah tidak menjalankan kewajiban atau melanggar pembatasan dan atau melakukan tindakan-tindakan yang disepakati sebagai cidera janji, maka bank berhak menyatakan nasabah (*mudharib*) melakukan wanprestasi.¹⁵¹

3.2 Pelaksanaan Pembiayaan *Mudharabah* dari Persepsi Publik

Pada penelitian ini peneliti juga ingin mengetahui mengenai bagaimana persepsi publik terhadap pemasangan Hak Tanggungan terhadap jaminannya yang dijadikan jaminan pelunasan atas suatu pembiayaan

¹⁵⁰ Wawancara dengan Bapak Arif Hartono sebagai Pimpinan Kantor Bank BTN Cabang Syariah Solo pada 26 Juni 2021

¹⁵¹ Wawancara dengan Mahmud sebagai Kepala Bagian Penasehat Hukum Bank Muamalat Indonesia pada 4 Juli 2021

mudharabah. Hal ini dimaksudkan untuk memberikan justifikasi/nilai urgensi atas novelty yang ditawarkan oleh penulis di dalam penelitian ini. Untuk memperoleh bagaimana pandangan/persepsi publik atas pelaksanaan pembiayaan *mudharabah* di mana jaminan pihak *mudharib* dipasang Hak Tanggungan, maka peneliti telah menyebarkan kuisioner dalam bentuk pertanyaan-pertanyaan yang disebarakan melalui *google form*, pada tanggal 14 April 2021 sampai dengan tanggal 21 April 2021. Ada 42 responden yang ikut berpartisipasi dalam memberikan jawaban atas pertanyaan yang sudah diberikan dari jumlah tersebut 20 responden merupakan Notaris dan PPAT, 10 responden merupakan praktisi bank syariah, 6 responden merupakan dosen fakultas hukum dan dosen dari ekonomi syariah, dan 6 responden merupakan nasabah bank syariah. Adapun jawaban-jawaban yang telah diberikan oleh responden terlampir pada Lampiran II.

Kuisioner untuk memberikan gambaran bagaimana persepsi, tingkat pengetahuan, dan gambaran kondisi empiris yang terjadi dalam praktik pembiayaan *mudharabah* dalam aktivitas perbankan syariah.

Untuk pertanyaan pertama, penulis menggali informasi tentang sejauh mana masyarakat memahami akad pembiayaan *Mudharabah*. Dari semua responden secara umum mengetahui tentang pembiayaan *mudharabah*. Di mana menurut responden umumnya menjawab bahwa pembiayaan *mudharabah* biasanya digunakan antara pemilik modal dengan orang atau lembaga lain yang memiliki proses bagi hasil dari usaha yang dikerjakan, apabila untung maka kedua belah pihak mendapatkan manfaatnya dari proses

bagi hasil dari usaha yang dikerjakan. bila mengalami kerugian maka kedua belah pihak menanggung kerugiannya. Sebagaimana yang dituturkan responden Edi Sutirso yang memiliki latar belakang Praktisi Bank Syariah menyebutkan bahwa pembiayaan *Mudharabah* adalah akad pembiayaan yang berbasis bagi hasil di mana modal seluruhnya dari pemilik dana (pemodal). Nisbah besarnya bagi hasil antara pemodal dan pengelola dana telah ditetapkan dari awal. Nisbah yang merupakan porsi/bagian yang menjadi hak masing-masing pihak antara bank dan nasabah adalah syarat dari akad pembiayaan *mudharabah*.

Dwi Susetyo yang merupakan nasabah bank syariah memberikan keterangan tentang akad pembiayaan *mudharabah* dengan mengatakan bahwa akad pembiayaan *mudharabah* secara sederhana dipahami sebagai bank syariah menyediakan sepenuhnya modal dan nasabah menyediakan usaha dan keahlian. Jika terjadi keuntungan dibagi sesuai rasio bagi hasil yang disepakati. Jika terjadi kerugian, maka sepenuhnya ditanggung oleh bank sebagai pemilik dana kecuali kerugian tersebut karena kelalaian dari pihak nasabah selaku *Mudharib*/Pelaksana Usaha.

Pada dasarnya masyarakat dari 42 Responden sudah cukup mengetahui tentang pembiayaan *mudharabah* itu merupakan suatu bentuk pembiayaan kerjasama bukan utang piutang, sehingga tidak membutuhkan pembebanan atas hak tanggungan. Seperti pendapat Ridho Wasik yang memiliki latar belakang Notaris dan PPAT yang menyebutkan bahwa Perjanjian kerja sama antara dua pihak, di mana pihak pertama sebagai

pemilik modal (dalam hal ini LKS) dengan pihak kedua sebagai pengelola modal/nasabah. Keuntungan dari kerja sama tersebut dibagi sesuai kesepakatan. Risiko kerugian ditanggung *shahibul maal*/LKS (Lembaga Keuangan Syariah). Ada sebagian pula masyarakat yang menyatakan sepakat dengan pemasangan hak tanggungan pada jaminan pihak *mudharib*. seperti Puji Rianto yang merupakan nasabah dari salah satu bank syariah menyatakan jaminan tersebut harus dikembalikan ke kajian syariah, apabila tidak perlu maka jaminan dapat ditiadakan. Namun, kenyataannya Indonesia tidak menerapkan Hukum Islam secara menyeluruh. Hukum atau Peraturan tersebut yang harus diselaraskan dengan pelaksanaan prinsip – prinsip syariah. Turunan dari aturan syariah itu sendiri dibuat sebagai jembatan agar pelaksanaan akad syariah tidak bertabrakan dengan regulasi perbankan karena keuangan tunduk kepada Undang – Undang Nomor 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia.

Terkait kepentingan atas adanya jaminan dalam akad pembiayaan *mudharabah*, Agus Susanto yang merupakan Notaris dan PPAT berpendapat bahwa jaminan biasanya digunakan manakala orang yang memiliki keahlian atau penerima modal kerja tidak menjalankan sesuai dengan kesepakatannya, apabila mengalami kerugian, jaminan digunakan untuk menanggung kerugian tersebut, apabila benar diterapkan pola *mudharabah* dan tidak ada penyimpangan maka jaminan seperti tidak berguna, sesuai dengan prinsip *mudharabah*. Senada dengan jawaban yang diberikan oleh Yayat Hidayat yang merupakan praktisi di salah satu bank syariah. Yayat Hidayat

berpendapat bahwa jaminan pada akad *mudharabah* menjadi hal yang sangat penting karena jaminan tersebut digunakan untuk menjaga amanah dari nasabah atau pengelola modal.

Ada perbedaan pendapat dari 42 responden dimana 10 responden menganggap jaminan dalam akad pembiayaan *mudharabah* tidak terlalu penting atau tidak wajib dan 32 responden menganggap jaminan dalam akad pembiayaan *mudharabah* penting, untuk menjamin komitmen dan tanggung jawab atas pembiayaan yang diberikan kepada *mudharib*. Bagi responden yang menganggap jaminan *mudharabah* tidak diperlukan mereka berpendapat bahwa *mudharabah* merupakan akad yang mementingkan kerja sama antara pemilik modal dengan pengelola. 32 responden menyatakan bahwa jaminan menjadi hal yang penting dalam pelaksanaan akad *mudharabah*, karena untuk mengantisipasi dan meminimalisir risiko jika pengelola tidak dapat memenuhi kewajiban. Jaminan juga digunakan sebagai bentuk komitmen atau tanggung jawab dari nasabah terhadap bank.

Pembebanan Hak Tanggungan pada perjanjian pembiayaan *mudharabah* menurut Undang-undang Hak Tanggungan Nomor 4 tahun 1996 dibolehkan. Karena hutang dalam pembiayaan *mudharabah* muncul jika terjadi moral hazard dari *mudharib*. Hal ini dimungkinkan jika melihat pada hutang yang timbul pada perjanjian pengelolaan harta kekayaan orang yang belum dewasa atau di bawah pengampuan, yang mana perjanjian tersebut menurut UUHT dapat dibebankan hak tanggungan. APHT sebagai akta untuk pembebanan Hak Tanggungan dapat digunakan pada perjanjian pembiayaan

mudharabah. Karena isian perjanjian pokok yang menjadi dasar pembebanan hak tanggungan dapat dipenuhi oleh perjanjian *mudharabah*. M. Abduh yang merupakan praktisi di bank syariah berpendapat bahwa dalam konsep syariah merupakan *Saddu al-Dzari'ah* adalah menghambat segala sesuatu yang menjadi jalan kerusakan. Objek *al-Dzari'ah* ditinjau dari segi akibatnya dibagi menjadi, pertama, perbuatan yang akibatnya menimbulkan kerusakan/bahaya. Kedua, Perbuatan yang jarang menimbulkan kerusakan/bahaya yang akan berlaku efektif jika nasabah melakukan moral hazard, walaupun akad *mudharabah* bukan merupakan akad utang piutang tapi akad kerjasama. Tetapi, jika nasabah melakukan wanprestasi terhadap akad *Mudharabah* maka akan berubah dari akad kerjasama menjadi akad utang piutang.

Pada tanggapan yang diberikan oleh responden, terdapat pula responden yang menyatakan APHT tidak sesuai dengan konstruksi hukum yang berlaku di Indonesia. Hal ini terkait pemahaman responden mengenai *mudharabah* yang merupakan akad kerjasama bukan akad hutang piutang maka tidak perlu perlu jaminan maka APHT tidak diperlukan juga. Ridho Wasik yang memiliki latar belakang Notaris dan PPAT berpendapat bahwa Pembuatan APHT dalam akad pembiayaan *mudharabah* tidak sesuai dengan akad yang diperjanjikan, karena APHT yang berlaku saat ini berkaitan dan berisi tentang akad utang piutang (*Qardh*), sementara *mudharabah* berbeda istilah dan hukumnya dengan *Qardh*. Klasifikasi dari responden yang menganggap APHT hanya diperuntukan untuk ekonomi konvensional

sedangkan akad pembiayaan *mudharabah* merupakan akad yang terdapat pada ekonomi syariah

Selanjutnya, maraknya PPAT yang membuat permohonan APHT kepada BPN atas jaminan pihak *Mudharib* dalam akad pembiayaan *Mudharabah* menjadi permasalahan karena banyaknya masyarakat yang menganggap bahwa akad *Mudharabah* tidak memerlukan jaminan namun fakta yang terjadi adalah PPAT banyak melakukan permohonan APHT terkait akad *Mudharabah*. Permasalahan ini diajukan ke 42 responden di mana respon-respon tersebut memiliki pendapat yang berbeda.

Layaknya yang dikemukakan oleh Sheha Habib yang merupakan Dosen terkait faktor yang mengakibatkan PPAT membuat permohonan APHT kepada BPN atas jaminan pihak *mudharib* dalam akad pembiayaan *mudharabah* adalah karena belum adanya aturan secara spesifik yang mengatur tentang jaminan pada akad pembiayaan *Mudharabah*. Jadi satu – satunya cara yang dapat digunakan adalah APHT untuk jaminan atas terlaksananya kewajiban nasabah. Sejalan dengan yang disampaikan Sheha Habib, Hery Wahyono yang berlatar belakang praktisi menuturkan faktor penyebabnya adalah untuk memastikan secara hukum mempunyai nilai eksekutor jika *Mudharib* melakukan wanprestasi. Responden Hazirudi yang merupakan Notaris dan PPAT menuturkan faktor Notaris melakukan permohonan adalah agar mempunyai kekuatan dalam eksekutorial

Mengenai SKMHT dijadikan dasar yang kuat untuk mengikatkan jaminan yang diberikan oleh pihak *mudharib* dalam akad pembiayaan

mudharabah, Agus Sasmito yang merupakan Praktisi menyatakan SKMHT dapat digunakan sebagai dasar yang kuat untuk mengikat jaminan sesuai dengan batasan yang diatur dalam Undang-Undang Hak Tanggungan terkait SKMHT yang memiliki durasi sepanjang waktu pinjaman dan memiliki hak eksekutorial bagi kreditur.

3.3 Pelaksanaan Pembiayaan *Mudharabah* Dari Persepsi Majelis Ulama Indonesia

MUI atau Majelis Ulama Indonesia adalah Lembaga Swadaya Masyarakat yang mewadahi ulama, zu'ama, dan cendekiawan Islam di Indonesia untuk membimbing, membina dan mengayomi kaum muslimin di seluruh Indonesia. Majelis Ulama Indonesia berdiri pada tanggal, 7 Rajab 1395 Hijriah, bertepatan dengan tanggal 26 Juli 1975 di Jakarta, Indonesia.

MUI berdiri sebagai hasil dari pertemuan atau musyawarah para ulama, cendekiawan dan zu'ama yang datang dari berbagai penjuru tanah air, antara lain meliputi dua puluh enam orang ulama yang mewakili 26 Provinsi di Indonesia pada masa itu, 10 orang ulama yang merupakan unsur dari ormas-ormas Islam tingkat pusat, 4 orang ulama dari Dinas Rohani Islam, Angkatan Darat, Angkatan Udara, Angkatan Laut dan POLRI serta 13 orang tokoh/cendekiawan yang merupakan tokoh perorangan. Dari musyawarah tersebut, dihasilkan adalah sebuah kesepakatan untuk membentuk wadah tempat bermusyawarahnya para ulama. zuama dan cendekiawan muslim, yang tertuang dalam sebuah "Piagam Berdirinya MUI," yang ditandatangani oleh seluruh peserta musyawarah yang kemudian disebut Musyawarah

Nasional Ulama I. Momentum berdirinya MUI bertepatan ketika bangsa Indonesia tengah berada pada fase kebangkitan kembali, setelah 30 tahun merdeka, di mana energi bangsa telah banyak terserap dalam perjuangan politik kelompok dan kurang peduli terhadap masalah kesejahteraan rohani umat. Dalam perjalanannya, selama dua puluh lima tahun, Majelis Ulama Indonesia sebagai wadah musyawarah para ulama, zu'ama dan cendekiawan muslim berusaha untuk:¹⁵².

Sebagai suatu lembaga Majelis Ulama Indonesia (MUI) mempunyai fungsi dan tujuan. Adapun tujuan dari Majelis Ulama Indonesia sebagaimana tercantum dalam pedoman Anggaran Dasar dan Anggaran Rumah Tangga (AD-ART) MUI pada Bab III, pasal 14 adalah menggerakkan kepemimpinan dan kelembagaan Islam yang dinamis dan efektif sehingga mampu mengarahkan dan mendorong umat Islam untuk melaksanakan akidah Islamiyah, membimbing umat Islam menjalankan ibadah, menuntun umat dalam mengembangkan muamalah, dan menjadi panutan dalam mengembangkan akhlak karimah untuk mewujudkan masyarakat yang aman, damai, adil, dan makmur rohaniyah dan jasmaniyah yang diridhoi Allah SWT, sedangkan fungsi dari Majelis Ulama Indonesia (MUI) adalah:

- 1) Sebagai wadah musyawarah para ulama, zu'ama dan cendekiawan muslim dalam mengayomi umat dan mengembangkan kehidupan Islami, demokratis, akomodatif, dan aspiratif

¹⁵² MUI, "Sejarah MUI", <https://mui.or.id>, diakses tanggal 20 Agustus 2021 Pukul 10:02

- 2) Sebagai wadah silaturahmi para ulama, zu;ama dan cendikiawan muslim untuk mengembangkan dan mengamalkan ajaran Islam dan menggalang ukhwah Islamiyah.
- 3) Sebagai wadah yang mewakili umat Islam dan hubungan serta konsultasi antar umat beragama.
- 4) Sebagai pemberi fatwa kepada umat Islam dan pemerintah, baik diminta maupun tidak diminta.

Selama ini masih adanya perbedaan pendapat karena MUI dianggap sebagai organisasi masyarakat (ormas) oleh sebagian pemangku kebijakan tetapi pada kenyataannya memiliki kewenangan atribusi di bidang jaminan produk halal dan perbankan syariah, kemudian dilihat MUI dengan negara, dapat terlihat menurut Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 151 Tahun 2014 Tentang Bantuan Pendanaan Kegiatan MUI, disebutkan bahwa MUI merupakan mitra pemerintah dalam penyelenggaraan program pembangunan pengembangan kehidupan yang Islami. Hal tersebut menunjukkan bahwa adanya pengakuan MUI sebagai mitra pemerintah.

Eksistensi MUI disebut di berbagai macam produk hukum seperti Undang-Undang Jaminan Produk Halal, Undang-Undang Perbankan Syariah, dan bahkan mendapatkan bantuan khusus dari pemerintah melalui Perpres No 151 Tahun 2014, MUI tetap menegaskan bahwa lembaganya merupakan lembaga swadaya masyarakat¹⁵³

¹⁵³MUI, "Sejarah MUI", <https://mui.or.id>, diakses tanggal 20 Agustus 2021 Pukul 10:02

Diskursus dalam praktik transaksi *mudharabah* yang di dalamnya terdapat kewajiban *mudharib* untuk memberikan jaminan masih juga terjadi perbedaan pendapat di kalangan ulama. Menurut ulama klasik, dalam perjanjian *mudharabah* tidak diperlukan dan tidak dibenarkan adanya jaminan. Hal ini didasarkan pada pemahaman bahwa transaksi *mudharabah* terjadi karena adanya kepentingan bersama untuk bermitra usaha yang didasarkan pada sikap saling membutuhkan dan saling percaya. Terjadinya akad *mudharabah* bilamana pemilik modal sudah merasa yakin dan percaya atas diri orang yang akan mengelola modalnya itu. Karenanya jaminan yang dibebankan pada pengelola modal dinilai tidak mencerminkan nilai *mudharabah* yang sesungguhnya.

Tujuan adanya jaminan dalam transaksi *mudharabah* adalah sebagai pengikat agar mitra kerja sama *mudharabah* beritikad baik dan bersungguh-sungguh dalam menjalankan usaha dan amanah sesuai dengan syariat Islam. Ketentuan ini sesuai dengan kaidah usul fikih yang berbunyi :

أَيْنَمَا وَجَدَتِ الْمَصْلَحَةُ فَتَمَّ حُكْمُ اللَّهِ

Artinya :

“Di mana terdapat kemaslahatan, di sana terdapat hukum Allah.”¹⁵⁴

Pada penelitian ini dilakukan wawancara ke pada Dr. H. Asep Supyadillah, M.Ag. beliau merupakan Wakil Sekretaris Badan Pengurus

¹⁵⁴Himpunan Fatwa Majelis Ulama, 2007, *MUI*, Jakarta, hal. 359.

Harian dari Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI), membahas tentang Jaminan Syariah dalam Akad Pembiayaan *Mudharabah*.

Terkait akad pembiayaan *mudharabah* yang diwajibkan menggunakan hak tanggungan dengan jaminan yang dibebankan kepada *mudharib* sebagai pengelola dana, eksekusi dapat dilakukan ketika *mudharib* melanggar syarat dan ketentuan. Akibatnya, *mudharib* wajib melakukan pengembalian dana *mudharabah* dan *shahibul maal* dapat meminta *mudharib* untuk membuat surat pengakuan hutang.

Menurut Fatwa DSN 07/DSN-MUI/IV/2000 jaminan bukanlah syarat mutlak, karena pada dasarnya akad *mudharabah* bersifat amanah (*yad al-amanah*), kecuali akibat dari kesalahan disengaja, kelalaian, atau pelanggaran kesepakatan. Bank Islam mengambil inisiatif meminta jaminan untuk meyakinkan bahwa modal yang dipinjamkan kepada nasabah diharapkan kembali seperti semula sesuai dengan ketentuan awal ketika berlangsungnya akad. Meskipun dalam hukum Islam dijelaskan bahwa pemilik modal tidak diperkenankan meminta jaminan dari *mudharib* namun dalam Bank Islam tetap meminta berbagai macam jaminan. Jaminan tidak dimaksudkan untuk memastikan kembalinya modal, akan tetapi untuk meyakinkan bahwa *mudharib* benar-benar melaksanakan segala ketentuan yang telah disepakati dalam akad. *Mudharib* diwajibkan membuat laporan yang memuat tentang perkembangan usahanya tiap jangka waktu tertentu menyangkut pelaksanaan umum dari akad *mudharabah* dan arus pembayaran yang diterima dan juga menjaga seluruh catatan yang berkaitan dengan akad. Pihak bank dibolehkan

mengecek, mengaudit, serta menginventarisir seluruh barang yang disimpan di gudangnya tanpa ada rasa keberatan.

Menurut Fatwa 105/DSN-MUI/X/2016 menjelaskan bahwa Pengelola tidak wajib mengembalikan modal usaha secara penuh pada saat terjadi kerugian, kecuali kerugian itu berasal dari kerugian *ta'addi* (melakukan suatu perbuatan yang seharusnya tidak dilakukan), *tafrith* (tidak melakukan sesuatu yang semestinya dilakukan) atau *mukhalafat al-syuruth* (menyalahi isi dan/atau substansi atau syarat-syarat yang disepakati dalam akad). Pemilik Modal tidak boleh meminta pengelola untuk menjamin pengembalian modal. Namun, pada pengembalian modal dapat terjadi di mana pengelola atas kehendaknya sendiri tanpa permintaan Pemilik Modal menjamin pengembalian modal tersebut.

Ditetapkannya jaminan dalam transaksi *mudharabah* lebih didasarkan pada penerapan metode ijtihad yang tidak dalam maksud mengesampingkan dari hukum asalnya namun lebih didasarkan pada prinsip penggunaan metode istihsan. Metode ini pada prinsipnya mengutamakan tujuan untuk mewujudkan kemaslahatan atau menolak bahaya-bahaya secara khusus sebab dalil umum

Seiring berjalannya waktu, terdapat perubahan fatwa-fatwa yang berkembang demi kemaslahatan orang banyak. Perdebatan tentang jaminan *mudharabah* diperbolehkan atau tidak selama pengelola dana yang terkait dengan sadar rela untuk memberikan jaminan terhadap modal yang diberikan maka jaminan *mudharabah* dapat dilakukan.

Mengenai implementasi ketika pengelola atau *mudharib* sudah rela untuk memberikan jaminan pertanyaan yang muncul adalah apakah jaminan yang sudah diajukan tersebut akan membatalkan akad *mudharabah*?. Hal ini tentu tidak membatalkan akad tersebut. Syarat tambahan ini merupakan kesepakatan yang disetujui oleh kedua belah pihak.

Hal yang perlu diperhatikan juga adalah mengenai agunan yang diberikan oleh nasabah pada lembaga keuangan syariah atas pembiayaan yang diterima dalam akad pembiayaan *mudharabah*, secara spesifik belum terdapat aturan yang mengatur mengenai hal tersebut. Untuk mengatur atau membuat peraturan terkait agunan diperlukan pengertian tentang kaidah fiqih *Ma La Yatimmu al-Wajibu illa bihi fa huwa wajib* (suatu kewajiban tidak akan sempurna, kecuali dengan adanya sesuatu, maka sesuatu tadi hukumnya menjadi wajib) yang membahas tentang rangkaian untuk mewajibkan, perlu sesuatu yang bisa menjadikan tata tertib agar kewajiban itu dapat berjalan dengan baik maka hal itu dapat dilakukan. ini merupakan hukum syariat *kullî*. Disebut sebagai hukum syariat karena kaidah ini digali dari dalil-dalil syariat, baik al-Quran maupun as-Sunnah, melalui dalâlah iltizâm yang terdapat di dalamnya. Misalnya, firman Allah dalam QS. Al-Maidah ayat 6 “*Basuhlah muka dan tangan kalian sampai dengan siku.*”

Ayat ini menyatakan, bahwa hukum membasuh tangan hingga siku-siku hukumnya wajib dalam wudhu. Namun, kewajiban membasuh tangan hingga siku-siku tersebut tidak akan sempurna, kecuali dengan memasukkan bagian atas siku (lengan) dalam basuhan sehingga siku-sikunya pasti akan

terbasuh. Sebab, jika tidak dimasukkan dalam basuhan, siku-siku yang menjadi batas yang harus dibasuh itu tidak akan terbasuh dengan sempurna. Sehingga kewajiban membasuh bagian atas siku merupakan konotasi yang menjadi konsekuensi logis dari kewajiban membasuh siku-siku. Konotasi seperti ini bisa ditarik dari *dalâlah iltizâm: ilâ al-marâfiq* (sampai dengan siku). Dari kasus seperti inilah, lahir kaidah *Mâ lâ Yatimmu al-Wâjibu illâ bihi fa Huwa Wâjib*.

Adapun cakupan kaidah *Mâ lâ Yatimmu al-Wâjibu illâ bihi fa Huwa Wâjib* itu bisa meliputi dua aspek:

- 1) Kewajiban yang terikat dengan sesuatu sebagai syaratnya.

Contohnya Bila pembuat syariat menyatakan: *Wajabat ‘alayka as-shalât in kunta mutathahhir[an]* (shalat memiliki hukum wajib bagi kamu, jika kamu telah bersuci)

- 2) Kewajiban yang tidak terikat dengan sesuatu sebagai syaratnya atau kewajiban tersebut bersifat mutlak.

Dalam konteks yang pertama, tidak ada perbedaan pendapat, bahwa memenuhi syarat tersebut hukumnya tidak wajib, tetapi yang wajib adalah melaksanakan hukum asal, jika syaratnya telah terpenuhi. Misalnya, hukum *thahârah* (bersuci) sebagai syarat bagi shalat. Pada dasarnya, melaksanakan hukum *thahârah* tersebut tidak wajib, namun yang wajib adalah melaksanakan shalatnya. Hanya saja, shalat tersebut wajib dilaksanakan, ketika syarat *thahârah*nya terpenuhi. Untuk mewajibkan *thahârah* sebagai syarat bagi kewajiban tersebut diperlukan dalil tersendiri, dan tidak bisa

dengan serta-merta menjadi wajib karena menjadi syarat bagi kewajiban tersebut. Dengan kata lain, memenuhi syarat tersebut sebagai sebuah kewajiban tidak bisa diambil dari dalil wajibnya shalat, dengan menggunakan logika dalâlah iltizâm seperti di atas. Artinya, tidak bisa dibuat kesimpulan, misalnya, jika shalat hukumnya wajib, maka *thahârah* yang dibutuhkan oleh shalat itu hukumnya juga wajib. Akan tetapi, kewajiban memenuhi syarat *thahârah* itu harus dinyatakan oleh dalil kasus *thahârah*

Pada prinsipnya, dengan terpenuhinya rukun dan syarat maka akad pembiayaan *mudharabah* dapat dilaksanakan. Belakangan ini, dalam hukum yang berlaku di Indonesia dan beberapa negara lain terkait barang agunan barang tersebut harus diikat sesuai dengan peraturan yang ada secara baik. Pada prinsipnya karena tidak diatur secara spesifik pada peraturan yang berlaku maka akan kembali kepada konsep masalah kebiasaan yang terjadi di masyarakat.

Di masa mendatang regulasi yang berlaku mengalami kesulitan-kesulitan dalam implementasinya maka perlu ada perbaikan – perbaikan oleh pihak yang memiliki kewenangan. Sejauh ini, DSN-MUI telah mendorong KNEKS (Komite Nasional Ekonomi dan Keuangan Syariah) untuk membantu persoalan hambatan – hambatan yang mungkin oleh pelaku industri mengalami kesulitan, terkait pengikatan. Di mana secara tertulis pengikatan tersebut dituliskan hutang. Peristiwa ini terjadi ketika wanprestasi atau ada kewajiban yang harus dilaksanakan tapi tidak dilaksanakan pada saat proses pengelolaan modal.

3.4 Penyebab Akad Pembiayaan Mudharabah Langsung Dilakukan

Pemasangan Hak Tanggungan

Berdasarkan pada penelitian, untuk menjawab rumusan masalah pertama dalam penelitian ini, yaitu mengapa akad pembiayaan *mudharabah* dipasang Hak Tanggungan, maka jawaban tersebut dapat diidentifikasi sebagai beberapa faktor yaitu:

1. Faktor Yuridis

Faktor yang menjadi penting dalam penelitian ini adalah bahwa awalnya di Indonesia masih mengaut rezim Perbankan Konvensional dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998, namun seiring perkembangannya terbitlah Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang ternyata juga masih terdapat masalah yaitu tidak ada ketentuan hukum baik pada level Undang-Undang atau peraturan pelaksana lainnya yang mengatur secara spesifik tentang pengikatan jaminan dalam akad pembiayaan mudharabah sehingga dalam praktek pihak bank dan pihak-pihak terkait lainnya selalu memasang hak tanggungan terhadap jaminan yang diberikan oleh pihak mudharib kepada shohibul mal dalam akad pembiayaan mudharabah.

Tidak diaturnya jaminan secara jelas dalam UU Perbankan Syariah menimbulkan kekosongan hukum, maka tidak heran apabila bank syariah menggunakan prosedur jaminan dan lembaga-lembaga jaminan dalam perbankan konvensional yaitu hak tanggungan. Hal ini perlu mendapatkan perhatian khusus, karena bank syariah tidak menjalankan

prinsip-prinsip syariah secara kaffah dimana pada satu sisi bank syariah menerapkan pembiayaan syariah, namun pada sisi lain masih menggunakan sistem jaminan konvensional untuk melengkapi aturan mengenai jaminannya.

Hukum Islam dalam prosesnya mempunyai peluang yang besar untuk dapat masuk sebagai salah satu bahan pokok yang sangat diperlukan untuk membina hukum nasional tersebut. Disamping bahan-bahan hukum lainnya seperti yang berasal dari hukum Barat dan hukum adat. Dalam hubungan ini hukum Islam ingin mendapatkan tempat yang lebih luas dalam kehidupan hukum Nasional yang akan datang ia harus dapat menunjukkan keunggulan keunggulan komperatifnya dari berbagai hukum yang lainnya. Hal tersebut memberikan gambaran terhadap konstruksi hukum Islam di Indonesia dalam pembangunan hukum nasional, sehingga hak-hak konstitusional dalam bergama tidak diartikan sebagai makna yang bersifat abstrak, tetapi lebih memberikan makna yang bersifat konkrit melalui hukum formal yang memiliki nilai-nilai materil sebagai dasar dalam penguatan sistem hukum Islam dalam pembangunan hukum nasional.

2. Faktor Kepercayaan (*Trust*)

Pihak Bank atau Shahibul Mal pada dasarnya mengharapkan keuntungan dari akad pembiayaan mudharabah itu sendiri. Namun, tidak dipungkiri bahwa kemungkinan kerugian dalam pengelolaan usaha yang dilakukan oleh pihak mudharib sendiri dapat terjadi. Namun jika kerugian

tersebut disebabkan oleh pihak mudharib yang melakukan cidera janji atau lalai yang dapat dibuktikan secara hukum maka pihak bank perlu melakukan tindakan untuk menjaga modal yang telah diberikan.

Pemasangan Hak Tanggungan atas jaminan pihak Mudharib ditujukan untuk menjamin pengembalian modal, sehingga ketika pihak Mudharib melakukan cidera janji, atas jaminan yang diberikan dapat dilakukan eksekusi, karena hak tanggungan memiliki kekuatan eksekutorial setara putusan pengadilan.

3. Pemantauan Penggunaan Dana Sulit

Praktik pembiayaan *mudharabah* saat ini pihak *shahibul mal* sangat sulit untuk memantau penggunaan dana yang dikeluarkan, sehingga alternatif yang dapat dilakukan oleh bank adalah meminta jaminan yang kemudian dipasang hak tanggungan.

Indonesia tidak menganut sitem hukum syariah secara murni, sehingga pelaksanaan pembiayaan *mudharabah* serta jaminan yang diberikan perlu juga disesuaikan dengan ketentuan yang ada dan mengatur mengenai praktik pembiayaan *mudharabah* di Indonesia.

BAB IV

KONSTRUKSI HUKUM YANG MENGATUR MENGENAI MEKANISME PELAKSANAAN PEMBUATAN AKTA PENGIKATAN JAMINAN SYARIAH (TANAH DAN ATAU BANGUNAN) PADA AKAD PEMBIAYAAN MUDHARABAH DI INDONESIA

Pada bagian bab ini, penulis memaparkan tentang peraturan dari akad pembiayaan *mudharabah* ditinjau dari perspektif hukum nasional. Akad pembiayaan *mudharabah* secara filosofis merupakan suatu bentuk tanggung jawab negara dalam upaya menciptakan kesejahteraan sosial sesuai dengan amanat Undang – Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pembiayaan *mudharabah* tidak bisa dilepaskan dari adanya aktifitas di perbankan. Telah disinggung pada bagian sebelumnya, bahwa hakikat dari adanya aktivitas perbankan memiliki tujuan yang diharapkan dapat memberikan pengaruh bagi pertumbuhan ekonomi nasional.

Di Negara Kesatuan Republik Indonesia sistem ekonomi Indonesia diatur di dalam Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945. Di dalam Pasal 33 dijelaskan bahwa pesan moral dan pesan budaya dalam konstitusi Republik Indonesia di bidang kehidupan ekonomi. Lebih jauh lagi pasal ini bukan sekedar memberikan petunjuk tentang susunan perekonomian dan wewenang negara mengatur kegiatan perekonomian, melainkan mencerminkan cita-cita, suatu keyakinan yang dipegang teguh serta diperjuangkan secara konsisten

oleh para pimpinan pemerintahan¹⁵⁵. Pesan konstitusional tersebut tampak jelas, bahwa adalah suatu sistem ekonomi yang menjadi tujuan, bukan ekonomi kapitalistik (berdasar paham individualisme), namun suatu sistem ekonomi berdasar kebersamaan dan berdasar atas asas kekeluargaan¹⁵⁶.

Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945, dengan tegas menjelaskan Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas azas kekeluargaan. Cabang-cabang produksi yang fundamental bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara. Bumi air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Seiring berjalannya waktu, setelah amandemen Undang-Undang Dasar 1945 keempat pada tanggal 10 Agustus 2002, terdapat penambahan pasal dengan dimasukkannya dua ayat baru yang menjelaskan perekonomian Indonesia diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional. Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam banyak undang-undang¹⁵⁷.

Penambahan dua ayat dalam pasal ini merupakan upaya untuk mengakomodasi ketentuan dalam Penjelasan Undang-Undang Dasar Negara

¹⁵⁵ Bagir Manan, 1995, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, Mandar Maju, Bandung, hal. 45.

¹⁵⁶ Herman Soewardi, 1989, *Koperasi: Suatu Kumpulan Makalah*, Bandung: Ikopin, hal. 413.

¹⁵⁷ Jimly Asshiddiqie, 2010, *Konstitusi Ekonomi*, PT Kompas Media Nusantara, Jakarta, hal. 69.

Republik Indonesia Tahun 1945 yang telah dihapus, yang membahas tentang demokrasi ekonomi. Dalam pasal ini cukup jelas bahwa peranan negara dalam mengatur perekonomian memiliki andil yang signifikan¹⁵⁸. Secara tegas Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945 beserta penjelasannya, melarang adanya penguasaan sumber daya alam di tangan orang-seorang. Dengan kata lain monopoli, oligopoli maupun praktek kartel dalam bidang pengelolaan sumber daya alam adalah bertentangan dengan prinsip pasal 33. Prinsip larangan adanya monopoli juga perlu diterapkan di dalam setiap lini kehidupan, salah satunya dalam aktivitas di perbankan.

Perkembangan peran perbankan tidak terlepas dari ketetapan sistem perbankan yang telah ditetapkan pada Undang-Undang No. 10 Tahun 1998 menjelaskan bahwa Bank adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan atau bentuk-bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak¹⁵⁹. Bank memberikan fungsi sebagai suatu lembaga intermediasi memberikan pengaruh terhadap perekonomian di suatu negara. Bank memberikan kontribusi yang nyata kepada dinamika perekonomian¹⁶⁰. Perbankan diharapkan mampu mengendalikan sistem kestabilan moneter di suatu negara, yaitu kontribusinya dalam mengatur perputaran uang yang merupakan fungsi dari perbankan sendiri. Perbankan

¹⁵⁸ D. Soekarno, "Amandemen Terhadap UUD 1945", Suara Pembaharuan, 1996, <http://www.Suarapembaharuan.com>, diakses tanggal 4 September 2021.

¹⁵⁹ Thomas Suyatno, 2001, *Kelembagaan Perbankan I*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hal. 12.

¹⁶⁰ Abduh dan Omar. "Islamic banking and economic growth: the Indonesian Experience". *International Journal of Islamic and Middle Eastern Finance and Management*, 5(1), hal. 35-47.

memiliki peran untuk menghimpun dan menyalurkan dana masyarakat. Peranan perbankan ini yang merupakan aktifitas guna menunjang kelancaran perekonomian negara. sehubungan dengan hal ini, tingkat kepercayaan yang diberikan oleh masyarakat sangatlah penting. Guna meningkatkan rasa kepercayaan yang diberikan oleh masyarakat kepada bank adalah dengan memberikan imbalan jasa yang dapat berupa bunga, bagi hasil, pelayanan, dan lain sebagainya¹⁶¹.

Aktifitas perbankan mengalami perkembangan yang signifikan, konsep perbankan saat ini telah mengalami transformasi, dari yang semula sifatnya hanya konvensional saja, kemudian berkembang menerapkan konsep syariah Islam, yang kemudian lahir istilah yang dikenal dengan perbankan syariah¹⁶². Gagasan mengenai bank syariah telah muncul sejak lama, ditandai dengan banyaknya pemikir-pemikir muslim yang menulis tentang keberadaan bank Islam, misalnya Anwar Qureshi pada tahun 1946, Naeim Siddiqi pada tahun 1948, dan Mahmud Ahmad pada tahun 1952. Awal abad ke-20 merupakan masa kebangkitan dunia Islam dari “ketidurannya” di tengah pergolakan dunia. Kondisi ini membawa pada kesadaran baru untuk menerapkan prinsip dan nilai-nilai syariah dalam kehidupan nyata. Perkembangan lebih lanjut ditandai dengan berdirinya *Islamic Development Bank* (IDB), atas prakarsa sidang menteri Luar Negeri Negara OKI (Organisasi Konferensi Islam) tahun 1970 di Pakistan, Libiya (1973), dan

¹⁶¹ Thomas Suyatno, 2001, *Kelembagaan Perbankan I*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hal. 12.

¹⁶² Binti Nur Aisyah, Pertumbuhan Perbankan Syariah di Indonesia, *Jurnal Ahkam*, Volume 14, Nomor 1, Juli 2012, hal.85.

Jeddah (1975). Dalam sidang tersebut diusulkan penghapusan sistem keuangan bunga dan menggantinya dengan sistem bagi hasil. Maka berdirinya IDB memotivasi Negara Islam untuk mendirikan LKS (Lembaga Keuangan Syariah).¹⁶³

Di Asia – Pasifik, *Phillipine Amanah Bank* didirikan tahun 1973 berdasarkan dekrit presiden. Untuk *Islamic Development Bank* berdiri tahun 1974 yang disponsori oleh negara yang telah tergabung dalam OKI yang kemudian diikuti pendirian lembaga keuangan di berbagai Negara bukan OKI. Meskipun utamanya bank tersebut merupakan bank antar pemerintah dengan tujuan menyediakan dana untuk proyek pembangunan di negara anggotanya, IDB menyediakan layanan jasa finansial berbasis *fee* dan *profit sharing* untuk negara tersebut dan secara eksplisit menyatakan diri berdasarkan pada syariah Islam¹⁶⁴.

Umat Islam Indonesia telah lama mendambakan adanya bank yang beroperasi sesuai dengan syariah. K.H Mas Mansur, ketua Pimpinan Pusat Muhammadiyah periode 1937-1944 menguraikan pendapatnya tentang penggunaan bank konvensional sebagai hal yang terpaksa dilakukan karena umat Islam belum mempunyai bank sendiri yang bebas riba kemudian disusul dengan ide umat mendirikan bank syariah di Indonesia yang sebenarnya telah muncul sejak pertengahan tahun 1970-an¹⁶⁵. Wacana ini dibicarakan pada

¹⁶³ Gemala Dewi, 2007, *Aspek-aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransia Syariah di Indonesia*, Kencana Media Group, Jakarta, hal. 53.

¹⁶⁴ Chapra, Umer, dan Habib Ahmed. 2002, *Corporate Governance in Islamic Financial Institution*, Ocasional Paper IDB, Jeddah, hal. 22

¹⁶⁵ Karnaen A. Perwataatmadja, 1996, *Membumikan Ekonomi Islam di Indonesia*, Usaha Kami, Jakarta, hal. 30.

seminar nasional hubungan Indonesia dengan Timur Tengah pada tahun 1974 dan pada tahun 1976 dalam seminar internasional yang dilaksanakan oleh lembaga studi ilmu-ilmu kemasyarakatan (LSIK) dan yayasan Bhineka Tunggal Ika. Namun ada beberapa alasan yang menghambat terealisasinya ide ini, yaitu: operasi bank syariah yang menerapkan prinsip bagi hasil belum diatur, karena hal ini tidak sejalan dengan UU pokok Perbankan yang berlaku, yaitu UU No. 14 Tahun 1967. Konsep bank syariah dari segi politis juga dianggap berkonotasi ideologis, sebagai bagian atau berkaitan dengan konsep Negara Islam, sehingga tidak dikehendaki pemerintah.¹⁶⁶

Perdebatan Ulama dengan cendekiawan sangat luar biasa mengenai bunga bank, yang terbagi menjadi tiga kelompok yaitu kelompok yang menghalalkan, syubhat, dan mengharamkan. Selanjutnya, pada tahun 1980-an, digelar diskusi dengan tema Bank Islam sebagai pilar ekonomi Islam. M. Dawan Rahardjo mengajukan rekomendasi Bank Islam sebagai konsep alternatif untuk menghindari riba, sekaligus berusaha menjawab tantangan kebutuhan pembiayaan guna pengembangan usaha dan ekonomi masyarakat. Dalam tulisannya, jalan keluar yang direkomendasikan adalah transaksi pembiayaan dengan tiga modus, yakni *muḍlârabah*, *musyârahah* dan *murâbahah*.¹⁶⁷

Dari perdebatan para cendekiawan dan ulama, dilakukan uji coba skala relatif terbatas seperti Baituttanwil Salman Bandung dan lembaga

¹⁶⁶ Gemala Dewi dkk., 2007, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Cetakan Ketiga, Kencana Prenada Media, Jakarta, hal. 30.

¹⁶⁷ Muhammad Syafi'i Antonio, 1999, *Bank Syariah Bagi Bankir & Praktisi Keuangan*, Bank Indonesia dan Tazkia Institute, Jakarta, hal.58.

serupa dalam bentuk koperasi yaitu koperasi Ridho Gusti. Akan tetapi, prakarsa khusus mendirikan bank Islam di Indonesia dilakukan pada tahun 1990, ditandai dengan acara lokakarya bunga bank dan Perbankan di Cisarua Bogor yang diselenggarakan oleh MUI. Berdasarkan amanat Munas IV MUI hasil dari lokakarya yang dibahas pada Munas IV MUI di hotel Sahid Jaya Jakarta 22-25 Agustus 1990, dibentuklah kelompok kerja untuk mendirikan bank Islam di Indonesia. Tugas yang diemban Tim Perbankan MUI, adalah melakukan pendekatan dan konsultasi dengan semua pihak terkait.¹⁶⁸

Bank Muamalat Indonesia lahir sebagai hasil kerja tim perbankan MUI tersebut. Akta pendirian PT. Bank Muamalat Indonesia ditandatangani pada tanggal 1 November 1991. Pada saat itu terkumpul komitmen pembelian saham sebanyak Rp 84 miliar. Pada tanggal 3 November 1991, pada acara silaturahmi dengan presiden di istana Bogor, dapat dipenuhi total komitmen modal disetor awal sebesar Rp 106.126.382. Dana tersebut berasal dari presiden dan wakil presiden, sepuluh menteri kabinet pembangunan V, yayasan Amal Bhakti Muslim Pancasila, yayasan Dakab, Supersemar, Dharmais, Purna Bhakti Pertiwi, PT PAL, dan PINDAD. Selanjutnya yayasan Dana Dakwah Pembangunan ditetapkan sebagai yayasan penopang bank syariah. Dengan terkumpulnya modal awal tersebut, pada tanggal 1 Mei 1992 Bank Muamalat Indonesia (BMI) mulai beroperasi.

Pendirian Bank Muamalat Indonesia diikuti oleh perkembangan bank-bank perkreditan rakyat syariah (BPRS), namun kedua jenis bank tersebut

¹⁶⁸ M. Syafi'i Antonio, 2001, *Bank Islam*, Gema Insani, Jakarta hal.18.

belum sanggup menjangkau masyarakat Islam lapisan bawah. Oleh karena itu, dibangunlah lembaga-lembaga simpan-pinjam yang disebut Baitul Mal Wa Tamwil (BMT). Pada tahun 1998 muncul undang-undang No. 10 tahun 1998 tentang perubahan UU No. 7 tahun 1992 tentang perbankan, di mana terdapat perubahan yang memberikan peluang lebih besar bagi pengembangan bank syariah¹⁶⁹.

4.1 Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah

Perbankan syariah menjadi salah satu lembaga keuangan pilihan masyarakat saat ini, karena di samping dalam sistem keuangannya tidak mengandung riba, perbankan syariah telah menerapkan prinsip-prinsip nilai ekonomi Islam di dalamnya. Terlebih hal tersebut telah didukung dalam bentuk regulasi yaitu Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dan terdapat dukungan dari fatwa yang dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional.¹⁷⁰ Di Indonesia kita mengenal dua sistem perbankan (*dual banking system*), yaitu bank konvensional dan bank syariah yang diatur di dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan. Namun karena perbankan syariah memiliki kekhususan dan belum diatur secara spesifik di dalam Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan, maka lahirilah Undang – Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah (selanjutnya disebut Undang – Undang Perbankan Syariah). Dua

¹⁶⁹ Gemala Dewi, 2007, *Aspek-aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransian Syariah di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hal.59

¹⁷⁰ Ahmad Ifham Sholihin, 2010, *Buku Pintar Ekonomi Syariah*, hal. 155.

sistem perbankan (dual banking system) ini mulai diakui secara tegas di Indonesia pada tahun 1998, saat diubahnya Undang – Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan. Dengan lahirnya undang – undang tersebut maka eksistensi bank syariah mulai diakui secara tegas keberadaannya di Indonesia atau saat itu dikenal juga dengan istilah bank dengan prinsip bagi hasil.

Menurut ketentuan Pasal 1 ayat (1) Undang–Undang Perbankan Syariah menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan perbankan syariah adalah segala sesuatu yang menyangkut tentang bank syariah dan unit usaha syariah (selanjutnya disebut UUS), mencakup kelembagaan, kegiatan usaha, serta cara dan proses dalam melaksanakan kegiatan usahanya, sehingga tata cara operasionalnya berdasarkan tata cara muamalat, yaitu berdasarkan ketentuan yang terdapat dalam Al–Quran dan Al–Hadist, berpedoman pada praktik- praktik bentuk usaha yang ada pada zaman Rasulullah, bentuk – bentuk usaha yang tidak dilarang oleh Rasulullah atau bentuk – bentuk usaha baru yang lahir sebagai hasil ijtihad para ulama/cendikiawan yang tidak menyimpang dari ketentuan Al–Quran dan Al–Hadist.

Kegiatan usaha Bank Syariah di Indonesia dijelaskan pada Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Pada pasal 19 dijelaskan kegiatan yang menyertakan akad *mudharabah* meliputi menghimpun dana dalam bentuk investasi berupa deposito, tabungan, atau bentuk lainnya yang dipersamakan berdasarkan akad *mudharabah* atau akad lain yang tidak bertentangan, menyalurkan pembiayaan bagi hasil

berdasarkan akad *mudharabah*, akad *musyarakah* atau akad lain yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah. Membeli, menjual, atau menjamin atas risiko 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*.

Dalam kegiatan menghimpun dana, yang dimaksud akad *mudharabah* adalah akad kerja sama antara pihak pertama (*malik*, *shahibul mal*, atau Nasabah) sebagai pemilik dana dan pihak kedua (*'amil*, *Mudharib*, atau Bank Syariah) yang bertindak sebagai pengelola dana dengan membagi keuntungan usaha sesuai dengan kesepakatan yang dituangkan dalam akad¹⁷¹, sedangkan pada kegiatan Pembiayaan, yang dimaksud dengan akad *Mudharabah* adalah akad kerja sama suatu usaha antara pihak pertama (*malik*, *Shahibul Maal*, atau Bank Syariah) yang menyediakan seluruh modal dan pihak kedua (*'amil*, *Mudharib*, atau Nasabah) yang bertindak selaku pengelola dana dengan membagi keuntungan usaha sesuai dengan kesepakatan yang dituangkan dalam akad, sedangkan kerugian ditanggung sepenuhnya oleh Bank Syariah kecuali jika pihak kedua melakukan kesalahan yang disengaja, lalai atau menyalahi perjanjian¹⁷².

Pasal 19 sudah menyebutkan secara eksplisit tentang akad *Mudharabah* Namun dalam UU tersebut belum mengatur secara spesifik tentang bagaimana pelaksanaan dari akad pembiayaan *mudharabah* salah

¹⁷¹ Agus Iskandar, 2010, *Kajian Hukum Perjanjian Pembiayaan Al-Mudharabah Berdasarkan Prinsip Syariah*. Pranata Hukum, Bandar Lampung, hal. 6.

¹⁷² Ascarya, 2006, *Akad dan Produk Bank Syariah*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal. 61.

satunya berkaitan dengan pelaksanaan penarikan jaminan dalam akad pembiayaan mudharabah sehingga perlu ada peraturan pelaksana yang mengatur secara spesifik tentang bagaimana pelaksanaan penjaminan dalam akad pembiayaan mudharabah terutama yang berkaitan dengan jaminan yang diserahkan oleh pihak mudharib kepada pihak shohibul mal.

Salah satu bentuk jaminan dalam perbankan syariah adalah jaminan atas tanah. Dalam prakteknya jaminan atas tanah dalam perbankan syariah guna menjamin kepastian hukum terhadap jaminan yang diberikan oleh nasabah penerima fasilitas kepada bank, maka bank syariah melakukan hal yang sama seperti perbankan konvensional yaitu melakukan pembebanan Hak Tanggungan terhadap jaminan atas tanah tersebut melalui Pejabat yang berwenang yaitu dalam hal ini adalah Pejabat Pembuat Akta Tanah (selanjutnya disebut PPAT).

Hal tersebut menurut penulis menimbulkan problematika hukum terhadap peraturan yang ada mengenai Hak Tanggungan itu sendiri jika dikaitkan dengan konsep pembiayaan syariah dan problematika terhadap PPAT, seperti yang kita ketahui bahwa Hak Tanggungan sebelum dilakukan pendaftaran di kantor pertanahan maka terlebih dahulu dibuatkan Akta Pemberian Hak Tanggungan (selanjutnya disebut APHT) oleh PPAT sesuai dengan peraturan yang berlaku¹⁷³. Juga dimungkinkan bahwa PPAT dapat membuat Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (selanjutnya disebut SKMHT) dalam hal pemberi Hak Tanggungan tidak dapat hadir

¹⁷³ Adrian Sutedi, 2010, *Hukum Hak Tanggungan*, Sinar Grafika, Jakarta, hal. 92.

dihadapan PPAT sesuai yang tercantum dalam Pasal 15 Ayat (1) Undang – Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda – Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah (selanjutnya disebut Undang – undang Hak Tanggungan) dan/atau dalam hal tanah yang menjadi objek Hak Tanggungan belum bersertifikat¹⁷⁴.

APHT sendiri berdasarkan Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Hak Tanggungan didefinisikan sebagai suatu “*Akta Pejabat Pembuat Akta Tanah yang berisi pemberian Hak Tanggungan kepada kreditur tertentu sebagai jaminan untuk pelunasan piutangnya*”. Adapun APHT diatur secara spesifik di dalam Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 3 Tahun 1997 Tentang ketentuan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah).

Berdasarkan konsep tentang APHT, apabila dikaitkan dengan perjanjian dalam akad *mudharabah* di mana akad *mudharabah* sendiri merupakan suatu bentuk kerjasama, maka pemasangan APHT terhadap jaminan yang diserahkan oleh pihak *mudharib* hanya dapat dilaksanakan/dapat dilakukan pada saat pihak *Mudharib* itu cidera janji atau wanprestasi. Hal demikian dikarenakan dalam pembiayaan *mudharabah* konsep hutang piutang muncul apabila pihak *mudharib* telah melakukan cidera janji, sebelum itu maka konsep yang dipakai adalah kerjasama, bukan

¹⁷⁴ *Ibid.*, hal 95.

hutang piutang sehingga tidak boleh terhadap jaminan *mudharib* kemudian dipasang hak tanggungan diawal akad pembiayaan *mudharabah*.

4.2 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah

Salah satu unsur dalam pemberian pembiayaan dan sebagai sarana perlindungan bagi keamanan debitur untuk adanya kepastian atas pelunasan utang debitur adalah lembaga jaminan. Lembaga jaminan perkreditan diperlukan yaitu dalam pelaksanaan suatu prestasi oleh debitur, sehingga meskipun berdasarkan unsur-unsur lain dapat di peroleh keyakinan atas kemampuan debitur mengembalikan utangnya, jaminan tambahan atau agunan tetap diminta oleh pihak bank.¹⁷⁵

Hak Tanggungan, menurut ketentuan Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang berkaitan dengan tanah adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain.

¹⁷⁵ Amira Khairunissa, Kashadi, Yuli Prasetyo Adhi, Perjanjian Kredit Dengan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (SKMHT) Yang Berakhir Jangka Waktunya Di Perusahaan Daerah Bank Perkreditan Rakyat Kendali Artha Kabupaten Kendal, *Diponegoro Law Review*, Vol. 1, No, 2, Tahun 2013, hal. 9

Dalam rumusan Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Hak Tanggungan tersebut dapat diketahui pada dasarnya suatu Hak Tanggungan adalah suatu bentuk jaminan pelunasan utang, dengan hak mendahulukan, dengan objek jaminannya berupa Hak-Hak Atas Tanah yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria atau Undang-Undang Pokok Agraria.

Dari pengertian tersebut di atas dapat diketahui bahwa pada dasarnya suatu Hak Tanggungan merupakan suatu bentuk dari jaminan pelunasan utang, dengan hak mendahulu, dengan objek (jaminan)nya berupa hak-hak atas tanah yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria atau Undang-Undang Pokok Agraria

Menurut Undang-Undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang berkaitan dengan tanah dari butir a menimbang tersebut jelas bahwa harus ada interaksi antara faktor hukum dan faktor ekonomi, khususnya dalam lembaga jaminan, di satu sisi lembaga jaminan harus dapat mengakumulasikan penyediaan dana dan di lain pihak lembaga tersebut harus mampu memberi kepastian hukum kepada para pihak yang berkepentingan¹⁷⁶

Ketentuan mengenai Hak Tanggungan diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, yang selanjutnya disebut Undang-Undang Hak Tanggungan. Dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun

¹⁷⁶ Dian Cahyo Wibowo, Gunarto, Pelaksanaan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (Skmht) Di Kota Pekalongan, *Jurnal Akta*, Vol. 4, Nomor 2, Juni 2017, hal. 252.

1996 “Hak Tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, yang selanjutnya disebut Hak Tanggungan, adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur terhadap kreditur-kreditur lain tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain”.

Ketentuan dalam Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan menyatakan: Pemberi Hak Tanggungan adalah orang perseorangan atau badan hukum yang mempunyai kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum terhadap obyek hak tanggungan yang bersangkutan. Dari bunyi ketentuan Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan di atas, dapat diketahui siapa yang menjadi pemberi Hak Tanggungan dan mengenai persyaratannya sebagai pemberi Hak Tanggungan. Sebagai pemberi Hak Tanggungan tersebut, bisa orang perseorangan atau badan hukum dan pemberinya pun tidak harus debitur sendiri, bisa saja orang lain atau bersama-sama dengan debitur, di mana bersedia menjamin pelunasan utang debitur.

Pada prinsipnya setiap orang perseorangan maupun badan hukum dapat menjadi pemberi hak tanggungan, sepanjang mereka mempunyai “kewenangan hukum” untuk melakukan perbuatan hukum terhadap hak atas

tanah yang akan dijadikan sebagai jaminan pelunasan utang dengan dibebani hak tanggungan sebagaimana dipersyaratkan ketentuan dalam Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan dan demikian pula dinyatakan antara lain dalam angka 7 penjelasan umum atas Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan: Pada saat pembuatan SKMHT dan Akta Pemberian Hak Tanggungan, harus sudah ada keyakinan pada PPAT yang bersangkutan, bahwa pemberi Hak Tanggungan mempunyai kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum terhadap obyek Hak Tanggungan yang dibebankan walaupun kepastian mengenai dimilikinya kewenangan tersebut baru dipersyaratkan pada waktu pemberian Hak Tanggungan didaftar.

Salah satu syarat dari Hak Tanggungan adalah Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan atau yang sering disebut SKMHT. Pengaturan SKMHT diatur dalam Peraturan Menteri Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 3 Tahun 1996 mengatur tentang Bentuk SKMHT, Akta Pemberian Hak Tanggungan, Buku Hak Tanggungan, dan Sertifikat Hak Tanggungan. Pasal 1 ayat 1 PP Nomor 24 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 1998 tentang Peraturan Jabatan Pejabat Pembuat Akta Tanah yang dimaksud dengan Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan atau yang sering disebut SKMHT adalah surat kuasa yang benar-benar khusus, hanya terbatas untuk memberikan atau membebankan Hak Tanggungan semata-mata. Fungsi

SKMHT ialah sebagai pengganti apabila pemberi Hak Tanggungan tidak dapat hadir dihadapan Pejabat Pembuatan Akta Tanah.

Ketentuan yang mengatur tentang pemberian dan pendaftaran hak tanggungan dapat ditemukan dalam Bab IV Undang-Undang Hak Tanggungan dengan sub judul Tata Cara Pemberian, Pendaftaran, Peralihan dan Hapusnya Hak Tanggungan, mulai dari Pasal 10 sampai dengan Pasal 15. Pasal 10 Ayat 1 berbunyi Pemberian Hak Tanggungan dimulai dengan dibuatnya perjanjian untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu, yang dituangkan di dalam dan merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian utang-piutang yang bersangkutan atau perjanjian lainnya yang menimbulkan utang tersebut.

Sesuai dengan sifat *accessoir* dari Hak Tanggungan, pemberiannya haruslah mengikuti dari perjanjian pokok, yaitu perjanjian yang menimbulkan hubungan hukum utang-piutang yang dijamin pelunasannya. Perjanjian yang menimbulkan hubungan utang-piutang ini dapat dibuat dengan akta di bawah tangan atau harus dibuat dengan akta otentik, tergantung pada ketentuan hukum yang mengatur materi perjanjian itu. Dalam hal hubungan utang-piutang itu timbul dari perjanjian utang-piutang atau perjanjian kredit, perjanjian tersebut dapat dibuat di dalam maupun di luar negeri dan pihak-pihak yang bersangkutan dapat orang perseorangan atau badan hukum asing sepanjang kredit yang bersangkutan dipergunakan untuk kepentingan pembangunan di wilayah negara Republik Indonesia.

Dari apa yang termuat dalam Pasal 10 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda – Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah. Undang-Undang Hak Tanggungan tersebut menggambarkan bahwasanya Hak Tanggungan digunakan untuk menjamin pelunasan suatu utang/kredit yang selama ini dikenal dalam sistem perbankan konvensional, sedangkan di dalam perbankan syariah tidak dikenal utang piutang atau kredit akan tetapi pembiayaan. Adanya lembaga Hak Tanggungan untuk jaminan atas tanah di dalam pembiayaan syariah juga menimbulkan problematika dalam hal apabila nasabah tidak dapat memenuhi kewajibannya.

Proses pembebanan Hak Tanggungan dilaksanakan melalui dua tahapan kegiatan, yaitu: Tahapan pemberian Hak Tanggungan, dengan dibuatnya Akta Pemberian Hak Tanggungan oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah, yang didahului dengan perjanjian utang-piutang yang dijamin. Tahapan pendaftaran oleh Kantor Pertanahan, yang merupakan saat lahirnya Hak Tanggungan yang dibebankan

Pada aturan ini disebut bahwa perjanjian yang dimaksud merupakan perjanjian utang-piutang yang di mana pada pengertian akad pembiayaan *mudharabah* merupakan akad yang dilakukan atas dasar kerja sama. Hal ini tentu menjadi permasalahan yang timbul pada saat melakukan proses akad. Fakta di lapangan menunjukkan bahwa pada pelaksanaan akad pembiayaan *Mudharabah* memiliki tahapan yaitu pengajuan jaminan oleh *mudharib* yang di mana hal ini bertentangan dengan prinsip-prinsip akad *mudharabah*.

Ketentuan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan (UUHT) yang mengatur tentang kuasa memasang atau membebankan hak tanggungan (SKMHT), tidak bisa dilepaskan riwayatnya dari praktik pemberian Surat Kuasa Memasang Hipotik (SKMH) di masa lalu. Sehingga baru dapat dipahami dengan baik manakala kembali menengok riwayat dari SKMH. SKMHT adalah surat yang menyatakan mengenai pemberian kuasa atau pelimpahan kuasa dari pemberi hak tanggungan kepada penerima hak tanggungan. Di mana pihak pemberi hak tanggungan disini adalah umumnya debitur dan pihak yang menerima kuasa umumnya berkedudukan sebagai kreditur. Pengertian mengenai Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan tidak diartikan secara khusus dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta benda-benda yang berkaitan dengan Tanah (UUHT). Menurut Djaja S. Meliala ditafsirkan bahwa Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan adalah persetujuan dengan nama seseorang memberikan kekuasaan kepada orang lain untuk membebankan hak tanggungan¹⁷⁷.

Pada proses selanjutnya adalah Pemberian Hak Tanggungan diproses dengan pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan oleh PPAT mengikuti peraturan perundang-undangan yang berlaku, apabila objek Hak Tanggungan berupa hak atas tanah yang berasal dari konversi hak lama yang telah memenuhi syarat untuk didaftarkan akan tetapi pendaftarannya belum dilakukan, pemberian Hak Tanggungan dilakukan bersamaan dengan

¹⁷⁷ Djaja S. Meliala, 1997, *Pemberian Kuasa menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Tarsito, Bandung, hal.117.

permohonan pendaftaran hak atas tanah yang bersangkutan. Pada peraturan tersebut yang dimaksud dengan hak lama adalah hak kepemilikan atas tanah menurut hukum ada yang telah ada akan tetapi proses administrasi dalam konversinya belum selesai dilaksanakan. Syarat-syarat yang harus dipenuhi adalah syarat-syarat yang ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku. Mengingat tanah dengan hak sebagaimana dimaksud di atas pada waktu ini masih banyak, pembebanan Hak Tanggungan pada hak atas tanah itu dimungkinkan asalkan pemberiannya dilakukan bersamaan dengan permohonan pendaftaran hak atas tanah tersebut. Kemungkinan ini dimaksudkan untuk memberi kesempatan kepada pemegang hak atas tanah yang belum bersertifikat untuk memperoleh kredit.

Hal-hal yang perlu dicantumkan dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan dijelaskan pada pasal 11 Undang–Undang Nomor 4 Tahun 1996 yang diharuskan adalah nama dan identitas pemegang dan pemberi Hak Tanggungan, domisili pihak – pihak terkait, dan apabila di antara mereka ada yang berdomisili di luar Indonesia, baginya harus pula dicantumkan suatu domisili pilihan di Indonesia, dan dalam hal domisili pilihan itu tidak dicantumkan, kantor PPAT tempat pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan dianggap sebagai domisili yang dipilih, penunjukan secara jelas utang atau utang-utang yang dijamin, nilai tanggungan, uraian yang jelas mengenai objek Hak Tanggungan.

Pada penunjukan utang atau utang–utang yang dijamin tentu memiliki pengertian yang berbeda pada saat melakukan akad *mudharabah*, yang di

mana akad *mudharabah* tidak mengenal utang atau utang-utang melainkan kerja sama antara pemilik modal atau *shahibul maal* dengan pengelola modal atau *Mudharib*. Artinya, tidak terdapat jaminan yang perlu dijamin pada akad ini karena apabila terjadi kerugian atau keuntungan maka akan ditanggung secara bersama-sama.

Akta Pemberian Hak Tanggungan dapat dicantumkan janji-janji yaitu, janji yang membatasi kewenangan pemberi Hak Tanggungan untuk menyewakan obyek Hak Tanggungan dan/atau menentukan atau mengubah jangka waktu sewa dan/atau menerima uang sewa di muka, kecuali dengan persetujuan tertulis lebih dahulu dari pemegang Hak Tanggungan. Janji yang membatasi kewenangan pemberi Hak Tanggungan untuk mengubah bentuk atau tata susunan obyek Hak Tanggungan, kecuali dengan persetujuan tertulis lebih dahulu dari pemegang Hak Tanggungan. Janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang Hak Tanggungan untuk mengelola obyek Hak Tanggungan berdasarkan penetapan Ketua Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi letak obyek Hak Tanggungan apabila debitur sungguh-sungguh cidera janji. Selanjutnya adalah janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang Hak Tanggungan untuk menyelamatkan obyek Hak Tanggungan. Jika hal itu diperlukan untuk pelaksanaan eksekusi atau untuk mencegah menjadi hapusnya atau dibatalkannya hak yang menjadi obyek Hak Tanggungan karena tidak dipenuhi atau dilanggarnya ketentuan undang-undang. Janji bahwa pemegang Hak Tanggungan akan memperoleh seluruh atau sebagian dari ganti rugi yang diterima pemberi Hak Tanggungan untuk

pelunasan piutangnya apabila obyek Hak Tanggungan dilepaskan haknya oleh pemberi Hak Tanggungan atau dicabut haknya untuk kepentingan umum.

Ketentuan–ketentuan ini menetapkan isi yang sifatnya wajib untuk sahnya Akta Pemberian Hak Tanggungan. Tidak dicantumkannya secara lengkap hal-hal yang diwajibkan pada pasal ini mengakibatkan akta yang bersangkutan batal demi hukum. Ketentuan ini dimaksudkan untuk memenuhi asas spesialisasi dari Hak Tanggungan, baik mengenai subjek, objek, ataupun utang yang dijamin.

Pada dasarnya janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang Hak Tanggungan untuk memiliki objek Hak Tanggungan apabila debitur melakukan cedera janji, batal demi hukum. Selanjutnya, peraturan mengenai pendaftaran Hak Tanggungan di Kantor Pertanahan sebagaimana dinyatakan pada pasal 13 adalah APHT dilanjutkan dengan pemberian Hak Tanggungan wajib didaftarkan pada Kantor Pertanahan yang selambat-lambatnya tujuh hari kerja setelah penandatanganan Akta Pemberian Hak Tanggungan, PPAT wajib mengirimkan Akta Pemberian Hak Tanggungan yang bersangkutan dan warkah lain yang diperlukan kepada Kantor Pertanahan. Pendaftaran Hak Tanggungan dilakukan oleh Kantor Pertanahan dengan memproses buku-tanah Hak Tanggungan dan mencatatnya dalam buku-tanah hak atas tanah yang menjadi objek Hak Tanggungan serta menyalin catatan tersebut pada sertifikat hak atas tanah yang bersangkutan.

Salah satu asas Hak Tanggungan adalah asas publisitas. Oleh karena itu didaftarkannya pemberian Hak Tanggungan merupakan syarat mutlak untuk lahirnya Hak Tanggungan tersebut dan meningkatnya Hak Tanggungan terhadap pihak ketiga. Pengiriman oleh PPAT berarti akta dan warkah lain yang diperlukan itu disampaikan ke Kantor Pertanahan melalui petugasnya atau dikirim melalui pos tercatat. PPAT wajib menggunakan cara yang paling baik dan aman dengan memperhatikan kondisi daerah dan fasilitas yang ada, serta selalu berpedoman pada tujuan untuk didaftarnya Hak Tanggungan itu secepat mungkin. *Warkah* lain yang dimaksud pada ayat ini meliputi surat-surat bukti yang berkaitan dengan obyek Hak Tanggungan dan identitas pihak-pihak yang bersangkutan, termasuk di dalamnya sertifikat hak atas tanah dan/atau surat-surat keterangan mengenai obyek hak Tanggungan. PPAT wajib melaksanakan ketentuan pada ayat ini karena jabatannya. Sanksi atas pelanggarannya akan ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur jabatan PPAT, agar pembuatan buku-tanah Tanggungan tersebut tidak berlarut-larut sehingga dapat merugikan pihak-pihak yang berkepentingan dan mengurangi jaminan kepastian hukum, ayat ini menetapkan satu tanggal yang pasti sebagai tanggal buku-tanah itu, yaitu tanggal hari ketujuh dihitung dari hari dipenuhinya persyaratan berupa surat-surat untuk pendaftaran secara lengkap. Dengan dibuatnya buku-tanah Hak Tanggungan, asas publisitas terpenuhi dan Hak Tanggungan itu mengikat juga pihak ketiga.

Kantor Pertanahan menerbitkan sertifikat Hak Tanggungan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai tanda bukti adanya hak tanggungan. Sertifikat ini mempunyai kuasa ekskutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dan berlaku sebagai pengganti *grosse acte Hypotheek* sepanjang mengenai hak atas tanah. Namun, terdapat pengecualian apabila diperjanjikan lain, sertifikat hak atas tanah yang telah dicantumkan catatan pembebanan Hak Tanggungan dikembalikan kepada pemegang hak atas tanah yang bersangkutan. Selanjutnya Sertifikat Hak Tanggungan diserahkan kepada pemegang Hak Tanggungan

SKMHT atau Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan selanjutnya diharuskan dibuat dengan akta PPAT dan memenuhi persyaratan yang telah diatur di Undang–Undang Hak Tanggungan pasal 15. Persyaratan berikut meliputi tidak memuat kuasa untuk melakukan perbuatan hukum lain dari pada membebaskan Hak Tanggungan, tidak memuat kuasa substitusi, dan mencantumkan secara jelas objek Hak Tanggungan, jumlah utang dan nama serta identitas kreditur, nama dan identitas debitur apabila debitur ukan pemberi Hak Tanggungan.

Berdasarkan ketentuan Pasal 15 ayat (1) UUHT yang menyatakan bahwa SKMHT wajib dibuat dengan akta Notaris atau akta PPAT dan memenuhi persyaratan yaitu tidak memuat kuasa untuk melakukan perbuatan hukum lain daripada membebaskan hak tanggungan, tidak memuat kuasa substitusi, mencantumkan secara jelas obyek hak tanggungan, jumlah uang

dan nama serta identitas krediturnya, nama dan identitas debitur apabila debitur bukan pemegang hak tanggungan. SKMHT yang tidak memenuhi sebagaimana ditentukan dalam Pasal 15 ayat (1) UUHT, merupakan konsekuensi yang sangat menentukan yaitu batal demi hukum atau tidak sah.

Penjelasan Umum angka 7 dan Penjelasan Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Hak Tanggungan dinyatakan bahwa pemberian Hak Tanggungan wajib dilakukan sendiri oleh pemberi Hak Tanggungan dengan cara hadir di hadapan PPAT. Hanya apabila sesuatu sebab tidak dapat hadir sendiri di hadapan PPAT, ia wajib menunjuk pihak lain sebagai kuasanya, dengan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (disingkat SKMHT) yang berbentuk akta otentik. Pembuatan SKMHT selain oleh ditugaskan kepada PPAT, karena PPAT ini yang keberadaannya sampai wilayah kecamatan dalam rangka pelayanan di bidang pertanahan.

Kuasa Untuk Membebaskan Hak Tanggungan tidak dapat ditarik kembali atau tidak dapat berakhir oleh sebab apapun juga kecuali karena kuasa tersebut telah dilaksanakan atau karena telah habis jangka waktunya. Terkait SKMHT untuk hak atas tanah yang sudah terdaftar wajib diikuti dengan pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan selambat-lambatnya satu bulan sesudah diberikan dan mengenai hak atas tanah yang masih belum terdaftar wajib diikuti dengan pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan selambat-lambatnya tiga bulan sesudah diberikan. Ketentuan ini dalam hal SKMHT diberikan untuk menjamin pembiayaan tertentu yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku. SKMHT yang tidak

diikuti dengan pembuatan APHT dalam waktu yang ditentukan seperti penjelasan di atas atau keadaan SKMHT diberikan untuk menjadim kredit maka akan batal demi hukum.

Jika piutang yang dijamin Hak Tanggungan beralih karena *cessie*, subrogasi, pewarisan, atau sebab-sebab lain, Hak Tanggungan tersebut ikut beralih karena hukum kepada kreditur yang baru. Beralihnya Hak Tanggungan wajib didaftarkan oleh kreditur yang baru kepada Kantor Pertanahan. Peralihan pendaftaran Hak Tanggungan ini dilakukan oleh Kantor Pertanahan dengan mencatatnya pada buku-tanah Hak Tanggungan dan buku-tanah hak atas tanah yang menjadi objek Hak Tanggungan serta menyalin catatan tersebut pada sertifikat Hak Tanggungan dan sertifikat hak atas tanah yang bersangkutan. Tanggal pencatatan pada buku-tanah sebagaimana dimaksud pada penjelasan di atas adalah tanggal hari ketujuh setelah diterimanya secara lengkap surat-surat yang diperlukan bagi pendaftaran beralihnya Hak Tanggungan dan jika hari ketujuh itu jatuh pada hari libur, catatan itu diberi bertanggal hari kerja berikutnya. Beralihnya Hak Tanggungan mulai berlaku bagi pihak ketiga pada hari tanggal pencatatan.

Hak Tanggungan dapat batal atau hapus karena hal-hal seperti hapusnya hutang yang dijamin dengan Hak Tanggungan, dilepaskannya Hak Tanggungan oleh pemegang Hak Tanggungan, pembersihan Hak Tanggungan berdasarkan penetapan peringkat oleh Ketua Pengadilan Negeri, hapusnya hak atas tanah yang dibebani Hak Tanggungan. Pada proses hapus Hak Tanggungan karena dilepaskan oleh pemegangnya dilakukan dengan

pemberian pernyataan tertulis mengenai dilepaskannya Hak Tanggungan tersebut oleh pemegang Hak Tanggungan kepada pemberi Hak Tanggungan. Batalnya Hak Tanggungan karena pembersihan Hak Tanggungan berdasarkan penetapan peringkat oleh Ketua Pengadilan Negeri terjadi karena permohonan pembeli hak atas tanah yang dibebani Hak Tanggungan tersebut agar hak atas tanah yang dibelinya itu dibersihkan dari beban Hak Tanggungan. Selanjutnya, Hapusnya Hak Tanggungan karena hapusnya hak atas tanah yang dibebani Hak Tanggungan tidak menyebabkan hapusnya utang yang dijamin.

Berdasarkan pada tinjauan mengenai mekanisme pemasangan APHT di dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah dapat disimpulkan bahwasanya pemasangan APHT dapat dilaksanakan dalam aktivitas di perbankan yang menyangkut permasalahan perbankan di bidang utang piutang, karena dengan sifatnya yang memiliki eksekutorial maka sertifikat hak tanggungan merupakan satu bentuk jaminan agar pihak kreditur dapat sungguh – sungguh untuk mengembalikan modal yang diberikan oleh pihak debitur.

4.3 Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2021 Tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun, dan Pendaftaran Tanah

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja yang disahkan pada tanggal 5 Oktober 2020 menyebutkan bahwa orang asing

bisa mendapatkan status Hak Milik atas Satuan Rumah Susun (sarusun) diatas tanah hak guna bangunan. Adanya peraturan ini diharapkan dapat turut mendorong perkembangan industri properti dan akan berdampak ganda pada pertumbuhan berbagai industri lainnya. Perluasan pemberian Hak Milik atas Satuan Rumah Susun (HMSRS) diatas tanah hak guna bangunan yang diberikan kepada Orang Asing termasuk juga badan hukum asing. Pada Pasal 144 ayat (2) menerangkan, hak milik atas satuan rumah susun diatas tanah hak guna bangunan dapat beralih atau dialihkan dan dijaminakan oleh orang asing. Selain itu, hak milik atas satuanrumah susun tersebut dapat dijaminkandengan dibebani hak tanggungan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, sebagaimana tercantum dalam Pasal 144 ayat (3). Pada Pasal 145 Undang-undang Cipta Kerja menjelaskan bahwa hak milik Rumah susun yang dapat diberikan kepada WNA merupakan rumah susun yang berada di tanah hak guna bangunan dan hak pakai diatas tanah negara atau Hak Pengelolaan (HPL). Pasal terebut diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2021 tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun, dan Pendaftaran Tanah yang telah diundangkan pada tanggal 2 Februari 2021. Berdasarkan Pasal 71 menjelaskan bahwa Rumah Susun yang dapat dimiliki oleh orang asing merupakan rumah susun yang didirikan diatas tanah Hak Guna Bangunan (HGB) dan Hak Pakai diatas tanah negara, tanah Hak Milik, dan tanah HPL¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Soraya Putri, Kepemilikan Satuan Rumah Susun Diatas Tanah Hak Guna Bangunan

Implementasi PP Nomor 18 Tahun 2021 tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun dan Pendaftaran Tanah mengandung ketentuan 3R yakni *Right, Restriction and Responsibility*. PP Nomor 18 tahun 2021 ini dibuat berdasarkan amanat UU Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja (UUCK) untuk melakukan penyederhanaan peraturan dan perizinan demi mendorong iklim investasi. Pemerintah akan memberikan kemudahan pada beberapa detail kebijakan Hak Pengelolaan, Satuan Rumah Susun, Hak Atas Tanah dan Pendaftaran Tanah namun tetap memberikan pengawasan dan evaluasi yang ketat¹⁷⁹.

Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2021 mengganti beberapa PP dan sejumlah pasal seperti PP Nomor 40 Tahun 1996 tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan dan Hak Atas Tanah, PP Nomor 103 Tahun 2015 tentang Kepemilikan Rumah Tempat Tinggal atau Hunian Oleh Orang Asing yang Berkedudukan di Indonesia dan 2 pasal di PP Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah. PP 18 2021 dilahirkan untuk mengubah isi dalam PP No. 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah. Dalam sistem negara Indonesia, prosedur pendaftaran tanah diatur dalam PP 18 Tahun 2021 tentang Hak Pengelollan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun dan Pendaftaran Tanah. Seperti dikutip di pasal 1 ayat 1, yang dimaksud dengan Pendaftaran Tanah adalah rangkaian kegiatan yang dilakukan oleh Pemerintah secara terus menerus, berkesinambungan dan teratur.

Oleh Orang Asing, *Acta Diurnal Jurnal Ilmu Hukum Kenotariatan*, Vol.5 No.1, Desember 2021, hal 21.

¹⁷⁹ Rumah.com, “Mengenal PP 18 2021 Tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun, dan Pendaftaran Tanah”, diakses tanggal 31 Maret 2022 pada 07.13 WIB

Serangkaian kegiatan tersebut mencakup pengumpulan, pengolahan, pembukuan, dan penyajian serta pemeliharaan data fisik yaitu letak, batas dan luas bidang tanah dan satuan rumah susun. Selain itu juga termasuk data yuridis yaitu keterangan mengenai status hukum bidang tanah dan satuan rumah susun.

Perkaban Nomor 8 Tahun 2012 pasal 96 ayat 1 pada dasarnya menjelaskan bahwa Bentuk akta yang dipergunakan dalam akta (APHT dan SKMHT) tata cara pengisiannya dibuat sesuai dengan lampiran pada Perkaban tersebut. Lebih detailnya Perkaban Nomor 8 Tahun 2012 menjelaskan bahwa bentuk-bentuk akta yang dipergunakan di dalam pembuatan akta dan cara pengisiannya terdiri dari akta jual beli, akta tukar menukar, akta hibah, akta pemasukan ke dalam perusahaan, akta pembagian hak bersama, akta pemberian hak tanggungan, akta pemberian hak guna bangunan/hak pakai atas tanah hak milik, surat kuasa membebaskan hak tanggungan. Selanjutnya Pasal 96 ayat 2 menjelaskan bahwa pembuatan akta sebagaimana yang dimaksud dalam pasal 95 ayat (1) dan (2) harus dilakukan dengan menggunakan formulir sesuai dengan bentuk sebagaimana dimaksud pada ayat (1) yang disediakan. Dapat disimpulkan bahwa terhadap bentuk akta yang merupakan petunjuk dan tata acara pengisian akta merupakan bentuk baku/ standar dari akta – akta yang menjadi kewenangan PPAT termasuk dalam hal ini adalah APHT dan SKMHT. Pada Pasal 96 ayat 3 menjelaskan bahwa Pendaftaran perubahan data pendaftaran tanah sebagaimana dimaksud dalam pasal 95 ayat (1) dan pembuatan akta

pemberian hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam pasal 95 ayat (2) tidak dapat dilakukan berdasarkan akta yang pembuatannya melanggar ketentuan pada ayat (2).

Lampiran SKMHT dan APHT di dalam Perkebuan Nomor 8 Tahun 2012 redaksionalnya dapat dikatakan masih dipergunakan/ disediakan untuk kepentingan utang/ kredit dalam perbankan konvensional. Redaksi APHT yang dalam lampiran Perkebuan tersebut antara lain berbunyi: Penyebutan Debitur dan Kreditur, Penyebutan redaksi "... telah ditandatangani perjanjian utang piutang...", Penyebutan "bahwa untuk menjamin pelunasan utang Debitur sejumlah Rp...../ sejumlah uang yang dapat ditentukan di kemudian hari berdasarkan perjanjian utang piutang tersebut di atas dan penambahan, perubahan, perpanjangan serta pembaharuannya (selanjutnya disebut utang – piutang), Penyebutan berulang kali redaksi "utang – piutang" dalam pasal 2 lampiran APHT.

Redaksi – redaksi yang terdapat pada lampiran Perkebuan nomor 8 Tahun 2012 sebagaimana diuraikan di atas, yang pada dasarnya merupakan redaksi baku yang digunakan sebagai petunjuk tata cara pengisian APHT dan SKMHT oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah dalam membebankan Hak Tanggungan dapat disimpulkan sesuai dengan dasar adanya Hak Tanggungan itu sendiri yaitu adanya suatu utang/kredit. Dari hal tersebut dapat dikatakan redaksi-redaksinya selama ini hanya sebatas untuk utang/ kredit di dalam perbankan konvensional, karena terdapat redaksi utang, debitur dan kreditur yang dikenal dalam perbankan konvensional.

Pembiayaan pada perbankan syariah jika dipersamakan dengan utang piutang tidak tepat dan jika debitur dipersamakan dengan Nasabah/ Penerima fasilitas pembiayaan juga tidak tepat. Kreditur juga tidak dapat dipersamakan dengan Penyedia dana sebagaimana redaksi yang termuat di dalam Lampiran Perkaban tersebut. Pada prakteknya agar redaksi dalam APHT dan SKMHT tersebut sesuai dan selaras dengan perbankan syariah maka PPAT menyelaraskan redaksi-redaksi dengan merubah Utang menjadi Pembiayaan, Debitur menjadi Nasabah atau Penerima Fasilitas Pembiayaan dan Kreditur menjadi Bank/ Penyedia Dana. bahwa dalam prakteknya, bentuk APHT dan SKMHT yang digunakan untuk melakukan pendaftaran Hak Tanggungan terhadap hak atas tanah khususnya yang dijadikan jaminan dalam akad pembiayaan pada bank syariah sama dengan APHT dan SKMHT yang digunakan untuk melakukan pendaftaran Hak Tanggungan terhadap hak atas tanah yang dijadikan jaminan dalam perjanjian kredit pada bank konvensional.

Standar perjanjian *mudharabah* dalam hal agunan aturan OJK yaitu: Bank Syariah dibolehkan meminta jaminan dalam pembiayaan *Mudharabah* bertujuan agar nasabah serius melakukan pembayaran secara tertib. Bank Syariah diperbolehkan meminta kepada Nasabah untuk membuat surat pernyataan perihal kewajiban pengembalian modal oleh Nasabah kepada Bank Syariah mengacu pada Fatwa DSN-MUI No. 105 Tahun 2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah*, *Musyarakah* dan *Wakalah bil Istitsmar*.

Dalam Perjanjian mengenai eksekusi jaminan dalam Perjanjian *Mudharabah* perlu disebutkan bahwa eksekusi harus berdasarkan kesepakatan para pihak apabila nasabah benar-benar tidak bisa lagi melakukan pelunasan atas pembiayaan yang diberikan dan tidak boleh dilakukan “serta merta” jika Nasabah mengalami keterlambatan dalam membayar. Jika surat pernyataan perihal kewajiban pengembalian modal oleh nasabah kepada Bank Syariah mengacu pada Fatwa DSN-MUI No. 105 Tahun 2016 tidak terpenuhi, maka barang jaminan hanya dapat dieksekusi/dilikuidasi apabila Nasabah sebagai *Mudharib* terbukti secara nyata dan sah sesuai hukum yang berlaku melakukan tindakan penyimpangan perilaku (moral hazard) sebagai *Ta'addi (ifrath)*, yaitu melakukan sesuatu yang tidak semestinya dilakukan. *Taqshir (tafrith)*, yaitu tidak melakukan sesuatu yang semestinya dilakukan. Atau *Mukhalafat al-syurut*, yaitu melanggar ketentuan (yang tidak bertentangan dengan prinsip dan nilai syariah) yang disepakati oleh pihak-pihak yang berakad, apabila terpaksa dilakukan eksekusi atas barang jaminan Nasabah, maka perlu diatur bahwa pembagian hasil eksekusi didasarkan pada jumlah sisa pembiayaan (modal) yang belum dibayarkan oleh Nasabah kepada pihak Bank Syariah.

4.4 Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 Tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan Untuk Menjamin Pelunasan Kredit tertentu

Kewajiban PPAT setelah pembuatan akta SKMHT yaitu ditindaklanjuti dengan pembuatan APHT. SKMHT mengenai hak atas tanah yang sudah terdaftar wajib diikuti dengan pembuatan APHT selambat-lambatnya satu bulan setelah ditandatanganinya SKMHT. Adapun SKMHT mengenai hak atas tanah yang belum terdaftar wajib diikuti dengan pembuatan APHT selambat-lambatnya tiga bulan setelah ditandatanganinya SKMHT. SKMHT mengenai tanah yang sudah bersertipikat, namun belum atas nama dari pemegang hak wajib diikuti dengan pembuatan APHT selambat-lambatnya tiga bulan setelah ditandatanganinya SKMHT¹⁸⁰.

SKMHT untuk menjamin kredit tertentu diatur dalam Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/ Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 22 Tahun 2017 tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Pada Permen ATR/ Kepala BPN Nomor 22 Tahun 2017 diatur mengenai jangka waktu berlakunya SKMHT sebagai berikut: a) SKMHT untuk menjamin pelunasan kredit/ pembiayaan/ pinjaman berlaku sampai dengan berakhirnya perjanjian pokok yaitu dalam hal: Kredit/ pembiayaan/ pinjaman yang diberikan kepada nasabah usaha mikro dan usaha kecil, dalam lingkup pengertian usaha produktif milik perorangan dan/atau badan usaha perorangan. Kredit/ pembiayaan/ pinjaman yang ditujukan untuk pengadaan perumahan yaitu: 1) Kepemilikan atau perbaikan rumah inti, rumah sederhana atau rumah susun dengan luas tanah maksimum 200 m² (dua ratus meter persegi) dan luas bangunan tak lebih dari 70 m² (tujuh puluh meter persegi);

¹⁸⁰ Harniwati, Kedudukan PPAT Dalam Pelaksanaan Hak Tanggungan Secara Elektronik Dalam Hukum Positif Indonesia, *Ensiklopedia of Journal*, Vol. 3, No. 5, Desember 2021, hal 59.

dan 2) Kepemilikan atau perbaikan Kapling Siap Bangun (KSP) dengan luas tanah 54 m² (lima puluh empat meter persegi) sampai dengan 72 m² (tujuh puluh dua meter persegi) dan kredit yang diberikan untuk membiayai bangunannya, dan b) Kredit/ pembiayaan/ pinjaman produktif lainnya dengan plafon sampai dengan Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah).

SKMHT yang berlaku sampai 3 (tiga) bulan, terhadap hak atas tanah yang sertifikatnya sedang dalam masa pengurusan, dengan kriteria sebagai berikut: a) Kredit/ pembiayaan/ pinjaman produktif untuk usaha mikro/ usaha kecil dengan plafon kredit Rp50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) sampai dengan Rp250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah); dan b) Kredit/ pembiayaan/ pinjaman yang ditujukan untuk pengadaan rumah toko oleh usaha mikro/ usaha kecil dengan paling luas sebesar 200 m² (dua ratus meter persegi) dan luas bangunan paling luas 70 m² (tujuh puluh meter persegi) dengan plafon kredit/ pembiayaan/ pinjaman tidak melebihi Rp250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah) yang dijamin dengan hak atas tanah yang dibiayai pengadaannya dengan kredit/ pembiayaan/ pinjaman tersebut¹⁸¹.

4.5 Fatwa DSN-MUI No.07/DSN-MUI/IV/2000

Kedudukan Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia, juga tidak diatur dalam ketentuan pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan juncto Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019 tentang Perubahan Atas Undang-

¹⁸¹ *Ibid.*, hal. 60.

Undang Nomor 12 Tahun 2011. Dalam Pasal 8 ayat (1) undang-undang tersebut juga tidak disebutkan mengenai fatwa yang dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia.

Dikaji dari sudut pandang konstitusi dan hukum, fatwa MUI pada dasarnya tidak mengikat dan tidak bisa dipaksakan melalui penegak hukum, bagaimanapun fatwa itu hanya sekedar pendapat hukum (*legal opinion*) yang boleh diikuti dan boleh tidak diikuti. Demikian juga jika ditinjau dari sudut peraturan yang bersifat abstrak, fatwa baru bisa mengikat kalau sudah bentuk hukum tertentu oleh lembaga yang berkompeten, sehingga menjadi hukum positif. Berkaitan dengan penelitian ini fatwa yang dimaksud adalah fatwa yang mengatur tentang pembiayaan mudharabah yaitu fatwa Nomor 07 Tahun 2000. Dimana sejatinya fatwa tersebut merupakan pendapat hukum yang sifatnya tidak mengikat sehingga terhadapnya perlu dilegalisasi oleh peraturan baik di level Undang-Undang maupun level peraturan yang lebih rendah (peraturan pelaksana). Sejatinya terhadap fatwa MUI No.07/DSN-MUI/IV/2000 sudah terdapat standarisasi OJK tentang produk mudharabah dimana terdapat beberapa substansi dari fatwa mui tersebut yang diatur dan diberikan standar otoritas jasa keuangan Namun, terdapat beberapa substansi didalam fatwa yang belum sepenuhnya diakomodir oleh Standar OJK maupun oleh peraturan perundangan lainnya. Salah satunya adalah pengikatan jaminan dalam akad pembiayaan mudharabah maka penelitian ini mencoba untuk mengusulkan terdapatnya legalisasi dari fatwa mui nomor No.07/DSN-MUI/IV/2000 oleh peraturan perundangan agar mengatur tentang

pengikatan jaminan syariah yang menerapkan prinsip syariah secara kaffah dan istiqamah.

Masyarakat melaksanakan fatwa sebagai bentuk kesadaran beragama secara pribadi, bukan sebagai kewajiban hukum. Artinya fatwa MUI bukanlah hukum negara yang mempunyai kedaulatan yang bisa dipaksakan bagi seluruh rakyat. Pada dasarnya legalitas fatwa MUI pun tidak bisa dan mampu memaksa harus ditaati oleh seluruh umat Islam¹⁸². Secara umum, memang fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia memang hanya bersifat legal opinion, karena belum ataupun tidak diakomodir dalam peraturan yang dikeluarkan oleh pihak yang dimaksud dalam ketentuan pasal 8 ayat 1 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan. Namun, secara khusus, dalam hal fatwa mengenai ekonomi syariah, fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia telah diakomodir oleh Peraturan Bank Indonesia.

Aturan mengenai jaminan dalam Islam salah satunya terdapat dalam Surah Al Baqarah ayat 283 yang kutipan artinya berbunyi :

“Jika kamu dalam perjalanan (dan bermuamalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang (oleh yang berpiutang). Akan tetapi jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (hutangnya) dan hendaklah ia bertaqwa kepada Allah Tuhannya, dan janganlah kamu (para saksi) menyembunyikannya, maka sesungguhnya ia adalah orang yang berdosa hatinya, dan Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan”.

¹⁸² Al Fitri Johar, Kekuatan Hukum Fatwa Majelis Ulama Indonesia dari Perspektif Peraturan perundang-undangan di Indonesia, 11 Januari 2019, hal 7.

Dalam firman Allah tersebut terdapat pengecualian adanya barang jaminan, yaitu jika orang tersebut amanah, maka tidak diperlukan lagi adanya jaminan. Namun adanya jaminan juga tidak dilarang, sepanjang tidak ada larangan dalam syari'ah sesuai dengan prinsip dasar muamalah di mana pada dasarnya segala bentuk muamalat adalah mubah, kecuali yang ditentukan lain oleh Al Qur'an dan sunah Rasul. Hal tersebut sesuai dengan kaidah fiqh yang berbunyi “*Pada dasarnya, semua bentuk muamalah boleh dilakukan kecuali ada dalil yang mengharamkannya.*”

Berdasarkan Fatwa DSN-MUI No.07/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan *Mudharabah (Qiradh)* dijelaskan bahwa pembiayaan *Mudharabah* adalah pembiayaan yang disalurkan oleh Lembaga Keuangan Syariah (selanjutnya disebut LKS) kepada pihak lain untuk usaha yang produktif. Dalam pembiayaan yang dilakukan, LKS sebagai shahibul maal (pemilik modal) membiayai sepenuhnya kebutuhan suatu usaha, sedangkan pengusaha (nasabah) bertindak sebagai *Mudharib* atau pengelola usaha. Jangka waktu usaha, tata cara pengembalian dana dan pembagian keuntungan ditentukan berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak (LKS dengan pengusaha). *Mudharib* dapat melakukan macam-macam usaha yang telah disepakati bersama dan sesuai dengan syariah, dan LKS tidak ikut serta dalam manajemen perusahaan atau project tetapi mempunyai hak dalam pembinaan dan pengawasan.

Mengenai jaminan yang digunakan. Pada prinsipnya pembiayaan *mudharabah* tidak ada jaminan, namun agar *Mudharib* tidak melakukan

penyimpangan, LKS dapat meminta jaminan dari *Mudharib* atau pihak ketiga. Jaminan hanya dapat dicairkan apabila *Mudharib* melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad. Kriteria pengusaha, prosedur pembiayaan dan mekanisme pembagian keuntungan diatur oleh LKS dengan memperhatikan Fatwa DSN. Adanya fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia tersebut memberikan kejelasan tentang dibolehkannya jaminan dalam akad *Mudharabah*. Fatwa tersebut menimbulkan pertanyaan, karena berbeda dengan pendapat ulama-ulama terdahulu yang dengan tegas melarang adanya jaminan dalam akad *mudharabah*.

4.6 Fatwa DSN-MUI No. 105/DSN-MUI/X/2016

Seiring dengan perkembangan ekonomi syariah yang diikuti dengan berdirinya berbagai lembaga keuangan syariah seperti bank syariah, muncul pemahaman baru (*ijtihad*) terhadap berbagai model akad /transaksi yang ada dalam Islam selama ini terutama ketika akad tersebut diaplikasikan dalam perbankan syariah. Dalam konteks jaminan (agunan) pada akad *Mudharabah*, para ulama di Indonesia, yaitu Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) membolehkannya. Hal ini berdasarkan pada fatwa DSN-MUI No: 07/DSN-MUI/IV/ tentang Pembiayaan *Mudharabah* yang pada prinsipnya menyatakan bahwa dalam pembiayaan *Mudharabah* tidak ada jaminan, namun untuk mengantisipasi agar tidak terjadinya penyimpangan, maka Lembaga Keuangan Syariah sebagai pemberi modal (*shohibul mal*) dapat meminta jaminan kepada nasabah (*Mudharib*, pihak

kedua). Hal ini juga diatur secara jelas dalam Peraturan Bank Indonesia Nomor: 7/46/PBI/2005 Pasal 6 huruf (o) yang menyatakan bahwa “Bank dapat meminta jaminan atau agunan untuk mengantisipasi risiko apabila nasabah tidak dapat memenuhi kewajiban sebagaimana dimuat dalam akad karena kelalaian dan/atau kecurangan.

Terkait dengan pembahasan di atas muncul pertanyaan kembali, apakah pihak pertama (*shahibul mal*, bank syariah), diperbolehkan meminta kepada pihak kedua (*Mudharib*, nasabah) untuk menjamin pengembalian modal yang diberikan, terutama ketika mengalami kerugian? Menurut fatwa DSN-MUI No. 105/DSN-MUI/X/2016 tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah*, *Musyarakah*, dan *Wakalah Bil Istitsmar*. Pengelola tidak wajib mengembalikan modal usaha secara penuh pada saat terjadi kerugian, kecuali kerugian karena *ta'addi*, *tafrith* atau *mukhalafat al-syuruth*. Pemilik modal (*shohibul mal*, bank syariah) tidak boleh meminta pengelola untuk menjamin pengembalian modal, kecuali atas kehendaknya sendiri. Pemilik Modal boleh meminta pihak ketiga untuk menjamin pengembalian modal, apabila mengalami kerugian, pihak pengelola juga tidak wajib mengembalikan modal usaha secara penuh pada saat kerugian, kecuali kerugian tersebut dapat dibuktikan akibat *ta'addi* (melakukan sesuatu yang tidak boleh dilakukan), *tafrith* (tidak melakukan sesuatu yang mestinya dilakukan), atau *mukhalafat al-syuruth* (melanggar ketentuan-ketentuan yang disepakati pihak-pihak yang berakad).

Pada pembuktiannya, apabila diterima oleh Pemilik Modal, kerugian tersebut menjadi tanggung jawab Pemilik Modal. Namun, jika dalam pembuktiannya tidak diterima oleh Pemilik Modal, perselisihan diselesaikan melalui jalur litigasi atau non-litigasi. Adanya keputusan yang ditetapkan dan mengikat, kerugian menjadi tanggung jawab Pengelola, apabila terjadi perbedaan pendapat antara pemilik modal dan pengelola atas kerugian yang terjadi, maka pengelola wajib membuktikan bahwa kerugian yang dialami tersebut bukan karena *ta'addi*, *tafrith* atau *mukhalafat al-syuruth*.

Setelah mengetahui tentang perbankan syariah dan akad *mudharabah*, maka pada prinsipnya disimpulkan bahwa akad *mudharabah* adalah suatu pelayanan yang diberikan oleh perbankan syariah yang esensinya merupakan suatu bentuk pembiayaan atau kerja sama antara pihak bank dan pihak *mudharib* (yang mengelola usaha), oleh karena akad *mudharabah* ini merupakan suatu pembiayaan bukan hutang piutang, maka dalam pelaksanaannya tersebut, pada dasarnya tidak memerlukan adanya suatu jaminan. Namun, demi menghindari risiko kerugian dari pihak bank sebagai *shahibul mal*, maka kemudian di dalam Fatwa MUI No 105/DSN-MUI/X/2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah*, Musyarakah dan *Wakalah bil Istismar* juga membolehkan pihak bank, untuk menarik jaminan terhadap modal pembiayaan yang diberikan. Hal demikian perlu atas keikhlasan atau persetujuan dari pihak *mudharib* yang dibuktikan dengan bentuk surat pernyataan tidak keberatan memberikan jaminan pengembalian modal dan surat keterangan tidak

keberatan dari pihak *mudharib* atas jaminannya tersebut dipasang APHT ketika pihak *mudharib* melakukan wanprestasi jika jaminan pegembalian modal tersebut berupa tanah dan bangunan.

Praktek pemasangan hak tanggungan dalam akad pembiayaan *mudharabah* menjadi dilematis apabila dikaitkan dengan prinsip syariah, walau pada dasarnya pihak *mudharib* telah memberikan persetujuan atas pemasangan APHT terhadap jaminan yang diserahkan, namun mengingat konsep akad pembiayaan *mudharabah* merupakan akad kerjasama, maka seharusnya terhadap jaminan yang diberikan selayaknya dipasang hak tanggungan setelah pihak *mudharib* benar-benar telah terbukti melakukan ingkar janji, hal demikian juga diatur di dalam Fatwa MUI No 105/DSN-MUI/X/2016 yang menyebutkan bahwa pihak *mudharib* telah melakukan *ta'addi, tafrith* atau *mukhalafat al-syuruth*. sehingga terjadinya utang-piutang dan jaminan atas pihak *mudharib* dapat dibebankan hak tanggungan ketika sudah dilakukan pembuktian tentang apakah pihak *Mudharib* benar-benar telah melakukan *ta'addi, tafrith* atau *mukhalafat al-syuruth*. Atas dasar hal tersebut maka perlu dibuatkan sebuah mekanisme jaminan syariah di Indonesia yang benar-benar dapat menerapkan prinsip syariah Islam secara kaffah dan istiqomah pada praktik perbankan syariah di Indonesia.

4.7 Standar OJK tentang Produk *Mudharabah*

Standar Produk *Mudharabah* yang menjelaskan tentang konsep, ketentuan serta standar syariah, standar operasional, dan standar perjanjian dibuat berdasarkan program kerja Departemen Perbankan Syariah Otoritas Jasa

Keuangan tahun 2017, sebagai implementasi inisiatif strategi yang telah ditetapkan dalam Roadmap Perbankan Syariah 2015-2019.

Standar ini dibentuk dengan tujuan yaitu menginventarisasi ketentuan dan standar syariah terakait produk berbasis *mudharabah*. Standar operasional produk bank syariah terkait produk berbasis akad *mudharabah*, diidentifikasi dan dianalisis permasalahan serta solusi terkait ketentuan dan standar syariah serta standar operasional produk berbasis akad *mudharabah* pada perbankan syariah. Penyusunan standar produk berbasis akad *mudharabah* yang bersifat *minimum standard* namun komprehensif dan memadai yang disepakati oleh kalangan, industri perbankan syariah sehingga dapat menjadi standar yang melengkapi dan menyempurnakan Buku Kodifikasi Produk Perbankan Syariah.

Secara umum, tujuan dibentuknya Standar Produk *Mudharabah* adalah sebagai pedoman implementasi operasional terkait produk berbasis akad *Mudharabah* pada perbankan syariah, baik untuk pembiayaan konsumsi, produksi maupun investasi implementasi operasional tersebut harus dipastikan berjalan sesuai koridor kepatuhan pada prinsip dan ketentuan syariah sebagaimana yang tertuang dalam Al-Quran dan As-Sunnah, Pendapat Ulama, Fatwa DSN-MUI, dan Standar Syariah Internasional.

Hasil keluaran atau *output* dari dibentuknya Standar Produk *Mudharabah* yaitu diharapkan dapat membantu pelaku industri Perbankan Syariah dalam melaksanakan produk pembiayaan berbasis akad *Mudharabah* serta mengembangkannya lebih lanjut untuk meningkatkan daya saingnya sehingga

diharapkan dapat meningkatkan kinerja pembiayaan perbankan syariah secara kuantitas dan kualitas.

Dalam pembahasan tentang jaminan pada produk *Mudharabah*, standar yang digunakan merujuk pada fatwa DSN-MUI Nomor: 07/DSN-MUI/IV/2000 mengenai pembiayaan *Mudharabah* dijelaskan pengelola modal boleh menentukan jenis usaha apa yang akan dikembangkan berdasarkan kesepakatan bersama dan sesuai dengan aturan syari'ah. Dalam hal ini pemilik modal tidak boleh ikut dalam manajemen dalam usaha tersebut, tetapi mempunyai hak untuk melakukan pengawasan dan pembinaan terkait usaha tersebut. Pada prinsipnya dalam pembiayaan *Mudharabah* ini tidak terdapat jaminan, namun untuk memastikan dan meminimalisir risiko yang akan terjadi di waktu yang akan datang, pemilik modal dapat meminta jaminan yang telah disepakati bersama dari penerima modal atau pihak ketiga untuk menjamin usaha serta personal penerima modal. Jaminan ini tidak boleh dicairkan kecuali jika *Mudharib* sebagai pengelola modal terbukti secara sah sesuai hukum yang berlaku melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad.

Pada Fatwa DSN-MUI Nomor: 92/DSN-MUI/IV/2014 Tentang Pembiayaan Yang Disertai *Rahn* dijelaskan tentang ketentuan terkait barang jaminan yaitu Barang jaminan (*marhun*) harus berupa harta (*maal*) berharga baik benda bergerak maupun tidak bergerak yang boleh dan dapat diperjual belikan, termasuk aset keuangan berupa sukuk, efek syariah atau surat berharga lainnya, dalam hal barang jaminan (*marhun*) merupakan *musya'* (bagian yang

dimiliki secara bersama) maka *musya'* yang digadaikan harus sesuai dengan porsi kepemilikannya, dan barang jaminan (*marhub*) boleh diasuransikan sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku dan/atau kesepakatan,

Pada prinsipnya dalam akad *mudharabah* tidak diperbolehkan adanya barang jaminan (*marhun*), namun agar Nasabah/pengelola dana tidak melakukan penyimpangan perilaku (*moral hazard*), maka lembaga keuangan Syariah boleh meminta barang jaminan dari Nasabah/pengelola dana atau pihak ketiga yang disepakati.

Pembahasan tentang penjaminan yang terjadi pada akad pembiayaan *Mudharabah* dipertegas kembali pada Fatwa DSN-MUI Nomor: 105/DSN-MUI/X/2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah, Musyarakah* dan *Wakalah bil Istitsmar*. Pada fatwa ini diterangkan bahwa Penjaminan pengembalian modal adalah penjaminan dari *Mudharib/syarik/wakil bil istitsmar* untuk mengembalikan modal secara penuh kepada *shahibul maal/syarik/muwakkil*. Pemilik modal tidak boleh meminta pengelola untuk menjamin pengembalian modal. Namun, Pengelola boleh menjamin pengembalian modal atas kehendanya sendiri tanpa permintaan dari pemilik modal dan pemilik modal boleh meminta pihak ketiga untuk menjamin pengembalian modal.

Berdasarkan peraturan yang berkaitan dengan akad pembiayaan *mudharabah* sebagaimana penulis telah jelaskan dapat dilihat bahwa tidak terdapat satu aturanpun mengatur mengenai pengikatan jaminan syariah dalam akad pembiayaan *mudharabah*. Ketentuan yang paling menonjol dan memiliki

kelemahan sehingga mengakibatkan jaminan pihak mudharib dalam akad pembiayaan mudharabah langsung dipasang hak tanggungan adalah Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dimana Undang-Undang tersebut memiliki kelemahan yaitu tidak mengatur tentang konsep jaminan syariah pada akad pembiayaan mudharabah. Selanjutnya ketentuan yang memiliki kelemahan adalah Peraturan Kepala BPN hal tersebut dikarenakan peraturan BPN tidak mengatur batas waktu SKMHT yang dikhususkan dalam akad pembiayaan mudharabah.

BAB V

MEMBANGUN KONSTRUKSI HUKUM JAMINAN SYARIAH DALAM DALAM AKAD PEMBIAYAAN MUDHARABAH

5.1 Landasan Filosofis Pancasila Terkait dengan Hukum Jaminan Syariah dalam Akad Mudharabah

Salah satu hal penting yang diperhatikan adalah bahwa hukum dipahami dan dikembangkan sebagai satu kesatuan sistem yang didalamnya terdapat aspek substansi hukum, aspek struktur hukum dan aspek budaya hukum. Hukum nasional adalah kesatuan hukum yang dibangun untuk mencapai tujuan Negara yang bersumber dari falsafah dan konstitusi negara, yang di dalam kedua hal itulah terkandung tujuan, dasar, dan cita hukum negara Indonesia.¹⁸³

Secara ilmiah bahwa suatu masyarakat, suatu bangsa senantiasa memiliki suatu pandangan hidup atau filsafat hidup masing-masing, yang berbeda dengan bangsa lain di dunia. Demikian juga dengan bangsa Indonesia sebagai salah satu bangsa dari masyarakat internasional, memiliki sejarah serta prinsip dalam hidupnya yang berbeda dengan bangsa-bangsa lain di dunia. Prinsip-prinsip dasar itu ditemukan oleh para peletak dasar negara yang diangkat dari filsafat hidup bangsa Indonesia, yang kemudian diabstraksikan menjadi suatu prinsip dasar filsafat negara yaitu Pancasila. Berdasarkan pada kenyataan sejarah tersebut, maka dapat

¹⁸³ Frankiano B. Randang, *Membangun Hukum Nasional yang Cerdas dan Demokratis*, Servanda Jurnal Ilmiah Hukum, Volume 3, No. 5, Januari 2009, ISSN 1907 -162030, hal. 1 dalam <http://repo.unsrat.ac.id/196/1/.pdf>, akses tanggal 24 Juli 2013

disimpulkan bahwa filsafat Pancasila sebagai suatu pandangan hidup bangsa Indonesia.¹⁸⁴

Pancasila sebagai pandangan hidup (*way of life*) bukan hanya sekedar komitmen politik saja melainkan merupakan kebenaran filsafat dari nilai-nilai dasar yang hidup dalam kehidupan sosial budaya bangsa Indonesia untuk mencapai tujuan masyarakat adil dan makmur. Secara konstitusional disahkan dalam Undang-undang Dasar RI 1945 pada tanggal 18 Agustus 1945. Sebagaimana dikatakan Soekarno pada pidato tanggal 1 Juni 1945, Pancasila adalah dasar statis yang mempersatukan dan sekaligus Leitstar (bintang pimpinan) atau bintang pemandu atau penuntun yang secara dinamis mengarahkan bangsa dan negara RI mencapai tujuan.¹⁸⁵

Di dalam Pembukaan UUD NRI 1945, Pancasila adalah cita hukum (*recht idee*)¹⁸⁶. Indonesia yang menguasai hukum dasar Indonesia baik tertulis maupun tidak tertulis, dalam arti Pancasila sebagai sumber inspirasi dalam pembentukan suatu peraturan perundang-undangan. Pancasila sebagai “bintang pemandu” mengandung nilai-nilai yang menjadi landasan atau dasar serta motivasi sekaligus tolak ukur bagi bangsa Indonesia dalam kehidupan sehari-hari maupun dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Nilai-nilai yang terkandung dalam kelima Sila dari Pancasila merupakan nilai yang tergolong nilai kerohanian yang mengakui adanya nilai material

¹⁸⁴ Kaelan, *Filsafat Pancasila Pandangan Hidup Bangsa Indonesia*, Paradigma, Yogyakarta, 2002, hal.1

¹⁸⁵ Yudi Latif, *Negara Paripurna, Historis, Rasionalitas, dan Aktualitas Pancasila*, Jakarta: PT.Gramedia Pustaka Utama, Cet-2, 2011, hal.15

¹⁸⁶ Abdulkadir Besar, *Cita Negara Integralistik Faham Indonesia*, BP-7 Pusat, Jakarta, hal.51

dan vital. Menurut Notonegro, sesuatu dikatakan bernilai kerohanian jika berguna bagi rohani manusia, bernilai material bila berguna bagi jasmani manusia; dan bernilai vital, apabila berguna bagi manusia untuk dapat mengadakan kegiatan (beraktivitas)¹⁸⁷. Nilai-nilai Pancasila ditetapkan dalam Ketetapan MPRS No.XX/MPRS/1966 yang kemudian diganti dengan Ketetapan MPR No.III/MPR/2000, adalah pandangan hidup, kesadaran, dan cita hukum serta watak bangsa Indonesia yang menjadi dasar negara RI. Nilai-nilai yang terkandung dalam sila-sila Pancasila, adalah sebagai berikut:¹⁸⁸

1. Sila I : mengandung nilai keyakinan adanya Tuhan YME, dan ketaqwaan untuk menjalankan semua perintahNya dan menjauhi semua laranganNya. Nilai-nilai ini meliputi dan menjiwai sila-sila II, III, IV, V.
2. Sila II : mengandung nilai-nilai kemanusiaan yaitu pengakuan terhadap adanya martabat manusia, perlakuan yang adil terhadap sesama manusia, pengertian manusia yang beradab yang memiliki daya cipta, rasa, karsa, dan keyakinan. Nilai-nilai ini dijiwai dila I, meliputi dan menjiwai sila III, IV, dan V.
3. Sila III : mengandung nilai persatuan bangsa yang mendiami wilayah Indonesia, bangsa Indonesia adalah persatuan suku-suku bangsa di wilayah Indonesia, dan pengakuan terhadap “Ke-Bhineka-an” suku bangsa (etis) dan kebudayaan bangsa (berbeda-beda namun satu jiwa) yang memberi arah

¹⁸⁷ hal.Burhanudin Salam, *Filsafat Pancasilaisme*, Jakarta:PT.Rineka Cipta, Cet-3, 1996, hal.38

¹⁸⁸ Ibid, hal.39-40

dalam pembinaan kesatuan bangsa. Nilai ini dijiwai sila I, II, meliputi dan menjiwai sila IV, V.

4. Sila IV : Kedaulatan negara di tangan rakyat, pimpinan kerakyatan adalah hikmat kebijaksanaan yang dilandasi akal sehat, manusia Indonesia sebagai warga negara dan warga masyarakat mempunyai kedudukan, hak, dan kewajiban yang sama, musyawarah untuk mufakat dicapai dalam permusyawaratan wakil-wakil rakyat. Nilai-nilai ini dijiwai sila I, II, III meliputi dan menjiwai sila V.
5. Sila V : mengandung nilai-nilai perwujudan keadilan sosial dalam kehidupan sosial atau kemasyarakatan meliputi seluruh rakyat Indonesia, keadilan dalam kehidupan terutama meliputi bidang-bidang ideologi, politik, ekonomi, sosial, kebudayaan dan pertahanan dan keamanan nasional, cita-cita masyarakat adil dan makmur material spritual yang merata bagi seluruh rakyat Indonesia.

Pada nilai-nilai yang terkandung dalam ke lima (5) sila Pancasila sebagaimana tersebut di atas, mencerminkan bahwa sila Ketuhanan YME menjadi sumber pokok nilai-nilai kehidupan bangsa Indonesia, menjiwai dan mendasari serta membimbing perwujudan kemanusiaan yang adil dan beradab, penggalangan persatuan Indonesia yang telah menciptakan Negara RI yang berdaulat penuh, bersifat kerakyatan yang dipimpin oleh kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan, guna mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Kelima nilai Pancasila tersebut berhubungan erat satu sama lain,

tidak dapat dipisah-pisahkan bahkan merupakan satu kesatuan yang bulat. Dalam hubungan kesatuan ini sila pertama mendasari dan menjiwai sila kedua, ketiga, keempat dan kelima. Sila kedua dijiwai oleh sila pertama dan bersama-sama menjiwai sila ketiga, keempat dan kelima. Sila ketiga dijiwai oleh sila pertama dan kedua dan bersama-sama menjiwai sila keempat dan kelima. Sila keempat dijiwai oleh sila pertama, kedua, ketiga dan keempat. Kelima sila merupakan satu kesatuan, maka sila yang satu juga mengandung sila lainnya, oleh karena itu meskipun unsur Pancasila ada lima tetapi dasar negara kita adalah satu yaitu Pancasila.¹⁸⁹

Tujuan nasional diwujudkan melalui Pembangunan Nasional yang termaktub dalam Pembukaan UUD 1945, yaitu melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, serta ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Pembangunan ekonomi sebagai bagian dari Pembangunan Nasional merupakan salah satu upaya untuk mencapai masyarakat yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan UUD Negara RI 1945.

Hidup berbangsa dan bernegara di Indonesia harus berdasarkan Pancasila. Pancasila merupakan suatu kesepakatan dari *founding father* yang menggambarkan keanekaragaman masyarakat Indonesia. begitu pula dalam Jaminan Syariah dalam Akad Mudharabah, sebenarnya sudah digambarkan dalam sila-sila Pancasila yaitu sila ke-lima yaitu keadilan

¹⁸⁹ Sunoto, 2003, *Mengenal Filsafat Pancasila Pendekatan melalui Metafisika, Logika dan Etika*, Hanindita Graha Widya, Cet ke-14, Yogyakarta, hal.97

sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Bank memiliki fungsi menghimpun dana yang tidak dipergunakan kemudian menyalurkan kembali dana tersebut ke dalam masyarakat untuk jangka waktu tertentu. Fungsi ini sangat menentukan pertumbuhan suatu bank, sebab dana yang berhasil dihimpun akan menentukan pula volume dana yang dapat dikembangkan oleh bank tersebut dalam bentuk pemberian kredit, pembelian efek-efek atau surat berharga dalam pasar uang¹⁹⁰. Secara kelembagaan, perbankan pada umumnya adalah lembaga perantara keuangan (*financial intermediary institution*) antara kreditur dan debitur dana.¹⁹¹ Dalam menghimpun dana, paling tidak bank syariah mempunyai empat alternatif pemasukan dana yaitu :

Pertama, Bank Syariah melakukan kegiatan usaha dengan menampilkan produk perbankan Islam seperti giro berdasarkan prinsip wadiah, tabungan berdasarkan prinsip wadiah dan *Mudharabah*, deposito berjangka berdasarkan *wadiah* atau *Mudharabah*. Kedua, bank syariah menjalankan operasionalnya melalui produk-produk penerimanya meliputi : transaksi jual beli berdasarkan prinsip *murabahah*, *istisna'*, *ijarah*, *ba'i salam* dan jual beli lainnya. Pembiayaan bagi hasil berdasarkan *Mudharabah*, musyarakah dan bagi hasil lainnya. Pembiayaan lainnya berdasarkan prinsip hiwalah, rahn, qard, membeli, menjual atau menjamin atas risiko sendiri surat-surat berharga pihak ketiga yang diterbitkan atas dasar transaksi nyata (*underlying transaction*) berdasarkan prinsip jual beli atau hiwalah.

¹⁹⁰ Azhar Abdullah, 1970, *Kelembagaan Perbankan*, PT. Grafindo Pustaka Utama, Jakarta, hal. 29.

¹⁹¹*Ibid.*, hal. 29.

Selanjutnya, membeli surat-surat berharga pemerintah dan atau bank Indonesia yang diterbitkan berdasarkan prinsip syariah.¹⁹²

Ketiga, penghimpunan dana yang dilakukan bank melalui pinjaman, yang dapat berupa *Call Money*, pinjaman antar bank, kredit likuiditas Bank Sentral (di Indonesia BI misalnya). *Call Money* merupakan sumber dana yang dapat diperoleh bank berupa pinjaman jangka pendek dari bank lain melalui interbank call money market yang biasanya untuk memenuhi kebutuhan dana mendesak seperti terjadi *rush* atau kalah kliring. Pinjaman antar bank sedikit berbeda dengan call money, karena walaupun sama-sama pinjaman dari bank lain tetapi ia dilakukan untuk memenuhi kebutuhan yang terencana dalam pengembangan usaha atau meningkatkan penerimaan bank. Sedangkan Kredit Likuiditas Bank Indonesia (KLBI) yaitu kredit yang diberikan oleh bank Indonesia terutama kepada bank yang sedang mengalami kesulitan likuiditas.¹⁹³

Operasional penghimpunan dana, maka bank melakukan penyaluran dana pada masyarakat yaitu melempar kembali dana yang diperoleh lewat simpanan giro, tabungan dan deposito ke masyarakat dalam bentuk pinjaman (kredit) bagi bank yang berdasarkan prinsip konvensional atau pembiayaan (*financing*) bagi bank yang berdasarkan prinsip syariah. Dalam penyaluran dana ini pihak bank mengambil keuntungan dengan cara-cara sebagaimana yang dianut oleh prinsipnya baik konvensional maupun syariah. Jika bank konvensional keuntungan utama diperoleh dari selisih bunga simpanan yang

¹⁹² *Ibid.*, hal. 29

¹⁹³ *Ibid.*, hal. 30

diberikan kepada penyimpan dengan bunga pinjaman atau kredit yang disalurkan. Hal ini sering dikenal dengan istilah spread based.¹⁹⁴

Pada bank yang memiliki prinsip syariah, keuntungan bukan dari bunga, tetapi disesuaikan dengan prinsip syariah seperti berdasarkan prinsip bagi hasil (*Mudharabah*), pembiayaan berdasarkan prinsip penyertaan modal (*musyarakah*), pembiayaan barang modal berdasarkan prinsip sewa murni tanpa pilihan (*ijarah*), dengan adanya pilihan pemindahan kepemilikan atas barang yang disewa dari pihak bank oleh pihak lain (*ijarah wa iqtina*). Dalam prakteknya bank syariah akad *Mudharabah* dipergunakan untuk membingkai hubungan hukum antara bank syariah dengan nasabah investor pada penghimpunan dana dalam bentuk tabungan dan deposito dan juga dipergunakan untuk membingkai hubungan hukum antara bank syariah dengan nasabah penerima fasilitas dalam penyaluran dana, yaitu pembiayaan *Mudharabah*, akan tetapi bentuk *Mudharabah* pada investasi dengan pembiayaan berbeda.¹⁹⁵

Pada umumnya bentuk *Mudharabah* yang dipergunakan pada investasi adalah *Mudharabah* mutlaqah sedangkan pada pembiayaan *Mudharabah* yang dipergunakan adalah bentuk *Mudharabah* muqayyadah. Hal ini dikarenakan nasabah investor mempercayakan dananya pada bank syariah untuk dikelola yang cakupannya sangat luas dan tidak dibatasi oleh spesifikasi jenis usaha, waktu dan daerah bisnis, sehingga bank syariah

¹⁹⁴ Otoritas Jasa Keuangan, “Konsep Operasional Perbankan Syariah”, <https://www.ojk.go.id/id/kanal/syariah/tentang-syariah/Pages/Konsep-Operasional-PBS.aspx>, diakses tanggal 17 Maret 2022 Pukul 14:02.

¹⁹⁵ Remy Sjahdeini, 2005, *Perbankan Islam dan Kedudukannya dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2005. hal. 29

dapat leluasa untuk mengelola dana tersebut, sedangkan untuk pembiayaan, bank syariah menetapkan batasan jenis usaha, waktu dan daerah bisnis. Hal ini sebagai upaya bank syariah untuk melindungi kepentingan nasabah penyimpan dana, nasabah investor dan sebagai penerapan dari prinsip kehati-hatian.¹⁹⁶

Mudharabah biasa diterapkan baik pada produk penghimpunan dana maupun pembiayaan. Pada sisi *Mudharabah* diterapkan pada: Pembiayaan modal kerja, seperti modal kerja perdagangan dan jasa, dan Investasi khusus, sumber dana khusus untuk penyaluran yang khudu pula dengan syarat yang telah ditetapkan oleh Shahibul Maal. Dalam pelaksanaan pembiayaan *Mudharabah* bilamana kerugian dikarenakan dari risiko karakter buruk dari nasabah (*character risk*) misalnya nasabah lalai dan/atau melanggar persyaratan-persyaratan perjanjian *Mudharabah* maka pemilik dana (shahibul maal/bank) tidak perlu menanggung kerugian seperti ini. Maka *Mudharib* harus menanggung kerugian *Mudharabah* sebesar bagian kelalaiannya sebagai sanksi dan tanggung jawabnya. Untuk menghindari moral hazard dari pihak *Mudharib* yang lalai atau menyalahi kontrak maka pemilik dana (*shahibul maal*) dibolehkan meminta jaminan tertentu kepada *Mudharib*. Jaminan ini akan disita oleh *shahibul maal* jika ternyata timbul kerugian karena *Mudharib* melakukan kesalahan. Jadi tujuan pengenaan jaminan dalam akad *mudharabah* adalah untuk menghindari moral hazard dari nasabah (*Mudharib*) bukan untuk mengamankan nilai investasi jika terjadi

¹⁹⁶ Yahman dan Trisadini Prasastinah Usanti, 2011, *Bunga Rampai Hukum Aktual Dalam Prespektif Hukum Bisnis Kontraktual Berimplikasi Pidana dan Perdata*, Mitra Mandiri, Surabaya, hal.63.

kerugian karena faktor risiko bisnis. Tegasnya bila kerugian yang timbul disebabkan karena faktor risiko bisnis, jaminan *Mudharib* tidak dapat disita oleh *shahibul maal*¹⁹⁷.

Berdasarkan fatwa DSN Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan *Mudharabah (Qiradh)* pada prinsipnya dalam pembiayaan *Mudharabah* maupun pembiayaan *musyarakah* tidak ada jaminan, namun untuk menghindari terjadinya penyimpangan, Lembaga Keuangan Syariah dapat meminta jaminan. Jaminan ini hanya dapat dicairkan apabila *Mudharib* terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad.¹⁹⁸ Persyaratan minimum dalam akad pembiayaan *Mudharabah* yang diterapkan oleh perbankan syariah adalah sebagai berikut:¹⁹⁹

- a. Menggunakan judul/kata' *Mudharabah* (syarat akad)
- b. Menyebutkan hari dan tanggal akad dilakukan (syarat akad)
- c. Menyebutkan pihak yang bertransaksi dan/atau yang mewakilinya (rukun akad)
- d. Menetapkan bank sebagai pemilik dana atau *shahibul maal* dan nasabah sebagai pengelola dana atau *Mudharib* (rukun akad)
- e. Mencantumkan nisbah bagi hasil yang disepakati bagi masing-masing pihak (rukun akad)

¹⁹⁷ Adiwarmar Karim, 2007, *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, hal. 209.

¹⁹⁸ Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia, *Himpunan Fatwa Dewan Syariah Nasional MUI*, Gaung Persada Press, Jakarta, hal. 39 dan 52.

¹⁹⁹ Ascarya, 2007, *Akad dan Produk Bank Syariah*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, hal. 66.

- f. Menetapkan jenis usaha yang akan dilakukan oleh nasabah (syarat akad)
- g. Menyebutkan bahwa kerugian ditanggung oleh bank apabila tidak disebabkan pelanggaran akad dan bertindak melebihi kapasitas (syarat akad)
- h. Menetapkan sanksi bagi nasabah apabila lalai membayar bagi hasil pada waktunya (kesepakatan)
- i. Menetapkan kesepakatan apabila terjadi *force majeure* (kesepakatan)
- j. Menetapkan jaminan dari pihak ketiga apabila diperlukan (kesepakatan)
- k. Menetapkan sanksi-sanksi apabila diperlukan (kesepakatan)
- l. Menetapkan Badan Arbitrase Syariah sebagai tempat penyelesaian apabila terjadi sengketa (kesepakatan)

Bank syariah mempunyai karakteristik yang berbeda dengan bank konvensional, yaitu di samping berfungsi sebagai intermediasi juga berfungsi sosial sebagaimana diamanatkan pada Pasal 4 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (selanjutnya disebut Undang-Undang Perbankan Syariah). Secara garis besar kegiatan operasional bank syariah dibagi menjadi 3 (tiga) kategori, yaitu kegiatan penghimpunan dana (*funding*), kegiatan penyaluran dana (*lending*) dan jasa bank berupa

penyediaan bank garansi (*kafalah*), *letter of credit* (L/C), hiwalah, wakalah dan jual beli valuta asing (*sharf*).²⁰⁰

Bank syariah menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan investasi, dan menyalurkan kembali dana tersebut kepada masyarakat yang memerlukannya dalam bentuk pembiayaan. Menurut Pasal 1 angka 12 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 (selanjutnya disebut Undang-Undang Perbankan) yang dimaksud pembiayaan berdasarkan prinsip syariah adalah penyediaan uang atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berdasarkan kesepakatan antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai untuk mengembalikan uang atau tagihan tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan atau bagi hasil.

Pembiayaan menurut Pasal 1 angka 25 Undang-Undang Perbankan Syariah adalah penyediaan dana atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berupa transaksi bagi hasil dalam bentuk *Mudharabah* dan *Musyarakah*, transaksi sewa-menyewa dalam bentuk *ijarah* atau *sewabeli* dalam bentuk *ijarah muntahiyah bit tamlik*, transaksi jual beli dalam bentuk *piutang Murabahah*, *Salam* dan *Istishna*, transaksi pinjam meminjam dalam bentuk *piutang Qardh* dan transaksi sewa menyewa jasa dalam bentuk *Ijarah untuk transaksi multijasa*. Berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara bank syariah dan/atau UUS dan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai

²⁰⁰ Otoritas Jasa Keuangan, “Konsep Operasional Perbankan Syariah”, <https://www.ojk.go.id/id/kanal/syariah/tentang-syariah/Pages/Konsep-Operasional-PBS.aspx>, diakses tanggal 17 Maret 2022 Pukul 14:10.

dan/atau diberi fasilitas dana untuk mengembalikan dana tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan ujah, tanpa imbalan atau bagi hasil.

Salah satu pembiayaan yang disalurkan oleh bank syariah adalah pembiayaan *Mudharabah*. *Mudharabah* menurut Abdullah Saeed adalah sebuah perjanjian di antara paling sedikit dua pihak, yaitu satu pihak pemilik modal (*shahib al-mal atau rabb al-mal*) mempercayakan sejumlah dana kepada pihak lain, pengusaha (*mudharib*), untuk menjalankan suatu aktivitas atau usaha.²⁰¹ Muhammad Syafii Antonio mendefinisikan, *Al mudharabah* adalah akad kerjasama antara dua pihak di mana pihak pertama (*shahibul mal*) menyediakan seluruh modal, sedangkan pihak lain (*mudharib*) menjadi pengelola, keuntungan usaha dibagi dalam bentuk prosentase (nisbah) sesuai kesepakatan, sedangkan apabila rugi ditanggung oleh pemilik modal selama kerugian itu bukan akibat kelalaian pengelola, seandainya kerugian itu diakibatkan oleh kelalaian si pengelola maka si pengelola harus bertanggung jawab atas kerugian tersebut.²⁰²

Dilihat secara sekilas *mudharabah* menyerupai riba, karena masing-masing pemilik uang pada kedua transaksi ini menyerahkan uang kepada orang atau pihak lain, dan kemudian menerima kembalian yang lebih banyak. Akan tetapi hukum antara *Mudharabah* dan riba tentu sangat berbeda, *Mudharabah* hukumnya halal, sedangkan riba adalah haram. Allah berfirman dalam Surat Al-Baqarah ayat 275, yang berbunyi

²⁰¹ Abdullah Saeed, 1996, *Islamic Banking and Interest a Study of The Prohibition of riba and Contemporary Intrepretation*, E.J Briil Leiden, New York, hal.66 .

²⁰² Syafi'i Antonio, 2000, *Bank Syari'ah Suatu Pengenalan Umum*, Tazkia Institute, hal. 135

الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ
 الْمَسِّ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا ۗ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ۚ
 فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ ۗ وَمَنْ عَادَ
 فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ ۗ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ

Artinya :

“Orang-orang yang memakan riba tidak dapat berdiri melainkan seperti berdirinya orang yang kemasukan setan karena gila. Yang demikian itu karena mereka berkata bahwa jual beli sama dengan riba. Padahal Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba. Barangsiapa mendapat peringatan dari Tuhannya, lalu dia berhenti, maka apa yang telah diperolehnya dahulu menjadi miliknya dan urusannya (terserah) kepada Allah. Barangsiapa mengulangi, maka mereka itu penghuni neraka, mereka kekal di dalamnya.” (QS. Al-Baqarah: 275).

Pinjam meminjam merupakan akad yang menitikberatkan pada sikap tolong menolong atau ta’awun dan dengan demikian maka balasannya akan berupa pahala dari Allah swt. Salah satu prinsip yang mendasari akad adalah prinsip ta’awun (saling menguntungkan) setiap akad yang dilakukan harus bersifat saling menguntungkan semua pihak yang berakad. Suatu akad harus memperhatikan kebersamaan. Dalam surat Al Maidah ayat 2 menerangkan: “... Hendaklah kamu tolong menolong dalam kebaikan dan takwa dan janganlah kamu tolong menolong untuk berbuat dosa dan permusuhan”. Ayat ini menerangkan bahwa tolong menolong dalam ketaqwaan merupakan salah satu faktor penegak agama karena saling tolong menolong akan menciptakan rasa saling memiliki di antara umat sehingga akan lebih mengikat

persaudaraan, sedangkan dalam hadits nabi dikatakan bahwa ariah (barang pinjaman) adalah barang yang wajib dikembalikan (HR. Abu Daud dan At—Tirmizi). Kaidah fiqh: “*Setiap utang piutang yang mendatangkan manfaat (bagi yang berpiutang, muqridh) adalah riba.*”

Dalam Hukum Islam juga mengatur mengenai Jaminan yang merupakan akad pelengkap dan berfungsi sebagai jaminan atas hak yang terhutang oleh salah satu pihak dari kedua orang yang menjalankan akad. Lazimnya akad jaminan terjadi pada akad utang-piutang sehingga berbagai hukum yang berlaku pada akad utang-piutang berlaku pula pada akad ini. Adapun jenis jaminan yang terdapat dalam Islam yaitu *rahn* (gadai), *kafalah* (jaminan), dan *hiwalah*.²⁰³

“*Rahn*” secara bahasa, memiliki banyak definisi. Di antaranya adalah *habs* yang berarti tertahan, terhalang, tercegah, atau yang semakna dengannya. *Rahn* adalah mengesahkan atau menguatkan hutang dengan suatu barang yang memungkinkan hutang terbayar dengannya atau dari hasil penjualannya²⁰⁴. Dalam istilah syar’i bahwa orang yang menerima gadaian disebut *murtahin*, orang yang menggadaikan disebut *rahin*, dan barang yang digadaikan disebut *rahn*. Dalam Islam *Rahn* diperbolehkan, hal ini berdasarkan Firman Allah SWT dalam Surat Al-Baqarah ayat 283 yang berbunyi

²⁰³ Hafidah, N, 2017, *Hukum Jaminan Syariah; Implementasinya dalam Perbankan Syariah di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, hal. 56.

²⁰⁴ Syaikh Abu Bakar Jabir al-Jaza ‘iri, 2018, *Minhajul Muslim*, cet. 22, Darul Haq, Jakarta, hal. 689.

﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً فَإِنْ أَمِنَ
بِعَضِّكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ
يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾

Artinya :

“Dan jika kamu dalam perjalanan sedang kamu tidak mendapatkan seorang penulis, maka hendaklah ada barang jaminan yang dipegang. Tetapi, jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (utangnya) dan hendaklah dia bertakwa kepada Allah, Tuhannya. Dan janganlah kamu menyembunyikan kesaksian, karena barangsiapa menyembunyikannya, sungguh, hatinya kotor (berdosa). Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.” (QS. Al-Baqarah: 283).

Ditegaskan oleh banyak ulama bahwa tidaklah Allah Ta'ala dan Rasul-Nya membedakan antara 2 (dua) hal yang sekilas nampak sama, melainkan antara keduanya terdapat perbedaan yang mendasarinya. Sebagaimana tidaklah syariat menyamakan antara dua hal, melainkan antara keduanya terdapat persamaan yang mendasarinya. Adapun perbedaan akad utang-piutang dengan akad bagi hasil yaitu sebagai berikut :²⁰⁵

Tabel 2.
Perbandingan Akad Piutang dan Akad Mudharabah

Akad Piutang	Akad Mudharabah
Uang sepenuhnya menjadi milik penghutang (debitur), sehingga ia memiliki hak penuh untuk menggunakan uang tersebut sesuai dengan yang ia kehendaki. Baik	Uang/modal sepenuhnya adalah milik pemodal. Pengusaha berkewajiban untuk menjaganya dan menggunakannya dalam usaha yang telah disepakati. Ia tidak dibenarkan

²⁰⁵ Muhammad Arifin, 2018, *Riba & Tinjauan Kritis Perbankan Syariah*, Darul Ilmi, Bogor, hal. 156-159.

<p>dibelanjakan, dihibahkan dihutangkan atau ditabungkan (dibekukan). Kreditur bukan sebagai pemilik saham, hal ini sebagaimana yang kita dapatkan di berbagai perbankan yang ada di masyarakat.</p>	<p>untuk menghibahkan, menghutangkan atau membekukan (menabungkan) uang itu. Dengan demikian, perusahaan (atau saham perusahaan) milik pemodal, sedangkan pelaku usaha hanya berhak mendapatkan bagian dari keuntungan saja. (Pemilik modal adalah para pemilik saham perusahaan atau bank).</p>
<p>Pemberi piutang (kreditur) tidak dibenarkan untuk ikut campur dalam pengelolaan uang yang telah ia piutangkan.</p>	<p>Pemilik modal dibenarkan untuk mengawasi pemakaian modal yang ia berikan kepada pelaku usaha, apabila pelaku usaha menyalahi kesepakatan, maka pemilik modal berhak menghentikan perjanjian.</p>
<p>Bila debitur mengizinkan pada kreditur untuk mengelola uang tersebut, maka pada keadaan ini kreditur berstatus sebagai pegawai.</p>	<p>Pemilik modal diizinkan untuk ikut serta mengelola modalnya, dan statusnya tidak pernah berubah, yaitu sebagai pemilik modal.</p>
<p>Debitur berkewajiban untuk mengembalikan utang piutang dengan utuh pada tempo yang telah disepakati, walaupun uang tersebut hilang dicuri orang, tanpa peduli sedikitpun apakah ada kesalahan yang dilakukan oleh penghutang</p>	<p>Pengusaha tidak berkewajiban untuk mengembfalikan modal bila uang hilang, misalnya jika uang dicuri orang, dengan catatan tidak ada kesalahan dari engusaha dalam merawat atau menyimpan modal</p>

<p>dalam merawat atau menyimpan atau tidak.</p>	<p>tersebut.</p>
<p>Bila debitur menggunakan uang piutangnya untuk usaha kemudian terjadi kerugian, maka seluruh kerugian sepenuhnya menjadi tanggung jawab debitur. Adapun kreditur tidak berkewajiban untuk ikut menanggung kerugian sedikitpun dan dalam bentuk apapun.</p>	<p>Bila pengusaha merugi dalam usahanya, maka pemodal harus ikut menanggung kerugian tersebut. Pemodal menanggung seluruh kerugian finansial, sedangkan pengusaha menanggung kerugian tenaga dan seluruh jerih payahnya (<i>non-finansial</i>).</p>
<p>Bila debitur menggunakan uang itu untuk usaha, dan ia beruntung, maka keuntungan sepenuhnya menjadi milik debitur.</p>	<p>Bila dari modal, pengusaha mendapatkan keuntungan, maka keuntungan menjadi milik bersama, pemodal dan pengusaha sesuai dengan perjanjian.</p>
<p>Debitur diharamkan untuk mensyaratkan keuntungan apapun dari piutang yang ia berikan.</p>	<p>Pemodal diharamkan untuk mensyaratkan keuntungan dari modal yang ia berikan kepada pengusaha.</p>
<p>Bila telah jatuh tempo dan debitur dalam keadaan kesusahan, maka pemilik uang diwajibkan untuk menunda tagihan, dan status akad utang piutang tetap seperti sedia kala.</p>	<p>Bila telah jatuh tempo, usaha yang dijalankan oleh pengusaha merugi, maka pemilik modal dibenarkan untuk menarik seluruh modalnya, dengan ketentuan akad <i>Mudharabah</i> antara mereka terputus (selesai.)</p>

<p>Riba pada piutang senantiasa menyesuaikan dengan jumlah besarnya piutang dan tempo pembayaran, tanpa peduli akan apa yang didapatkan oleh kreditur.</p>	<p>Bagi hasil benar-benar sesuai dengan keuntungan bersih yang berhasil didapatkan oleh pelaku usaha. Bahkan bila terjadi kerugian, maka dana pemodal dapat berkurang atau bahkan mungkin saja hangus.</p>
--	--

Dari pengertian yang terkandung di Undang-Undang Perbankan dan Undang-Undang Perbankan Syariah tersebut dapat diambil kesimpulan bahwa utang / kredit dan pembiayaan keduanya merupakan bentuk fasilitas penyediaan dana yang diberikan oleh perbankan. Secara prinsip utang / kredit (dalam perbankan konvensional) dengan pembiayaan (dalam perbankan syariah) secara garis besar merupakan suatu hal yang sangat berbeda. Perbedaan itu dapat dilihat dari keuntungan atau imbalan yang diterima oleh bank atas penyediaan dana yang bank berikan.

Pada kredit / utang yang diberikan oleh bank konvensional pengembalian atas dana yang dipinjamkan disertai dengan adanya pemberian bunga, sedangkan di dalam perbankan syariah tidak dikenal bahkan dilarang adanya pemberian bunga/riba²⁰⁶. Pembiayaan dalam perbankan syariah tidak mutlak sama dengan utang/ kredit. Dalam perbankan konvensional penyediaan dana mutlak merupakan utang / kredit, sedangkan di dalam perbankan syariah penyediaan dana tidak mutlak merupakan utang / kredit, akan tetapi harus dilihat dulu bentuk akad-akad dalam perbankan syariah itu

²⁰⁶ Agus Triyanta, 2016, *Hukum Perbankan Syariah*, Setara Press, Malang, hal. 43

sendiri. Akad yang paling sering dijumpai dalam prakteknya pada perbankan syariah di antaranya adalah akad musyarakah, *Mudharabah* dan murabah.²⁰⁷

Di Indonesia, sistem yang berlaku pada jaminan dasarnya digolongkan menjadi 2 (dua) macam, yaitu jaminan materiil (kebendaan), dan jaminan immateriil (perorangan atau *borgtocht*). Jaminan kebendaan mempunyai ciri-ciri “kebendaan” dalam arti memberikan hak mendahului di atas benda-benda tertentu dan mempunyai sifat melekat dan mengikuti benda yang bersangkutan, sedangkan jaminan perorangan tidak memberikan hak mendahului atas benda-benda tertentu, tetapi hanya dijamin oleh harta kekayaan seorang lewat orang yang menjamin pemenuhan perikatan yang bersangkutan. Jaminan dalam hukum perdata adalah sesuatu yang diberikan kepada kreditur yang diserahkan oleh debitur untuk menimbulkan keyakinan dan menjamin bahwa debitur akan memenuhi kewajiban yang dapat dinilai dengan uang yang timbul dari suatu perikatan.²⁰⁸

Terkait jaminan dalam hukum Islam, jaminan perorangan adalah suatu perjanjian antara seorang yang memberikan hutang/kreditur (*makfûl lahu*) dengan seorang pihak ketiga sebagai penjamin (*kâfil*) yang menjamin dipenuhinya kewajiban-kewajiban yang berhutang-debitur (*makfûl ‘anhu*). Jaminan ini bahkan dapat diadakan di luar atau tanpa sepengetahuan si berhutang tersebut (*debitur*), sedangkan jaminan kebendaan dapat diadakan antara kreditor dengan debitornya, tetapi juga dapat diadakan antara kreditor

²⁰⁷ Akhmad Mujahidin, *Hukum Perbankan Syariah*, Rajawali Press, Jakarta, 2016, hal. 83

²⁰⁸ Hadisoeperto, 1984, *Pokok-pokok Hukum Perikatan dan Hukum Jaminan*, Cet. I, Liberty, Yogyakarta, hal. 50.

dengan debitornya, tetapi juga dapat diadakan antara kreditor dengan seorang pihak ketiga yang menjamin dipenuhinya kewajiban-kewajiban si berhutang (debitur).²⁰⁹

Secara umum, jaminan dalam hukum Islam dibagi dua yaitu *damman* atau *kafalah* dan *rahn*. *Kafalah* yang merupakan jaminan berupa orang, sedangkan jaminan dalam bentuk harta benda dikenal dengan istilah gadai (*rahn*). Gadai adalah menahan salah satu harta peminjam sebagai jaminan atas pinjaman yang diterimanya. Status gadai terbentuk saat terjadinya akad hutang-piutang yang dibarengi dengan penyerahan jaminan.²¹⁰

Pada jaminan yang berbasis pada hukum Islam pada saat ini, belum ada aturan yang berlaku secara universal hal demikian disebabkan karena masing-masing negara di dunia memiliki karakteristik hukumnya masing-masing (tidak semua negara-negara di dunia menerapkan prinsip syariah Islam). Pengikatan jaminan syariah yang belum berlaku secara universal disebabkan karena saat ini masih banyak ulama dan para ahli di bidang hukum Islam yang berpendapat atau menafsirkan ketentuan pengikatan jaminan syariah yang ada didalam Al-Qur'an ataupun Hadist. Saat ini masih banyak ulama atau ahli bidang hukum Islam memiliki pendapat yang beragam dalam penafsiran tentang pengikatan hukum jaminan syariah.

Dalam akad *mudharabah*, salah satu pihak berfungsi sebagai pemilik modal/penyedia modal (*shahibul mal*) dan pihak lain yang berperan sebagai

²⁰⁹ Soebekti, 1991, *Jaminan-Jaminan untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hal. 15.

²¹⁰ Muhammad Syafi'i Antonio, 1999, *Bank Syariah Wacana Ulama dan Cendekiawan*, Bank Indonesia, Jakarta, hal. 215.

pengelola (*mudharib*) dengan nisbah perkongsian untung menurut kesepakatan yang disepakati. Sebagai pihak yang diberi amanah, *mudharib* dituntut untuk bertindak hati-hati dan bertanggung jawab terhadap kerugian yang terjadi karena kelalaiannya. Perjanjian *mudharabah* dapat dilakukan antara beberapa penyedia dana dan pelaku usaha. Jika usaha mengalami kerugian, maka seluruh kerugian ditanggung oleh pemilik modal, kecuali jika ditemukan adanya kelalaian atau kesalahan oleh pengelola dana, seperti penyelewengan, kecurangan, dan penyalahgunaan dana.

5.2 Urgensi Hukum Jaminan Sariah Dalam Akad Mudharabah

Indonesia merupakan negara dengan mayoritas penduduk muslim terbesar di Asia, untuk itu dalam kegiatan kehidupannya tidak lepas dari pengaruh ajaran-ajaran islam, salah satunya ajaran mengenai model atau sistem perbankan. Sistem Perbankan di Indonesia yang diatur melalui Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan.

Regulasi tersebut nampaknya masih terdapat kekurangan, karena melihat negara Indonesia merupakan negara dengan mayoritas penduduknya beragama islam, maka perlu dibentuk sebuah lembaga perbankan yang memiliki konsep syariah. Untuk itu, lahirlah regulasi yang terbaru saat ini Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Urgensinya adalah bahwa terdapat pandangan umat islam yang menjauhi sesuatu hal yang dianggap riba, sehingga hadirnya Perbankan syariah merupakan salah satu jawaban terhadap pandangan umat islam.

Kaitannya dengan penulisan disertasi ini hadirnya regulasi mengenai perbankan syariah merupakan sebuah nafas segar apabila pelaksanaannya sesuai dengan ketentuan dan rukunnya.

Hubungan antara *shahibul mal* dengan *mudharib* merupakan hubungan yang mengutamakan kepercayaan (*trust*). karena hubungan yang terjalin merupakan hubungan saling percaya maka *shahibul mal* tidak dapat menuntut jaminan apapun dari *mudharib* untuk mengembalikan modal dengan keuntungan. Penyedia modal atau *shahibul mal* memiliki kewajiban untuk menyediakan modal yang dipercayakan kepada *mudharib* untuk mendanai kegiatan usaha atau lainnya. Pengelola modal atau *mudharib* berkewajiban untuk menyediakan keahlian, waktu, pikiran dan upaya untuk mengelola kegiatan usaha atau lainnya untuk memperoleh keuntungan seoptimal mungkin, meskipun bank tidak diperkenankan meminta jaminan dari pengelola modal, sebagian ulama lain berpendapat jaminan diperbolehkan diminta oleh pemilik modal kepada pelaku usaha. Namun, pengambilan jaminan tersebut didasarkan pengelola modal menyalahi ketentuan yang telah disepakati atau yang disebut *moral hazard*.²¹¹

Berdasarkan Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) Nombor : 07/DSN-MUI/IV/2000 mengenai pembiayaan mudharabah (*qiradh*) bahwa pada prinsipnya dalam mudharabah tidak ada jaminan. Namun agar mudharib tidak melakukan penyimpangan, Lembaga Keuangan Syari'ah boleh meminta jaminan dari mudharib atau pihak ketiga.

²¹¹ Akhmad Mujahidin, *Hukum Perbankan Syariah*, Rajawali Press, Jakarta, 2016, hal. 90

Jaminan ini hanya dapat dicairkan apabila mudharib terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepekatinya bersama dalam akad.

5.3 Membangun Konstruksi Hukum Jaminan Syariah Dalam Akad

Mudharabah

Memahami hukum dalam sebuah konstruksi hukum memerlukan sebuah teori sebagai pisau analisis untuk menganalisisnya. Teori yang acap kali digunakan yaitu teori dari Lawrence M. Friedman yang berbicara mengenai sistem hukum. Konsep hukum sebagai suatu sistem, menurut Lawrence M. Friedman terdiri dari sub sistem substansi hukum, struktur hukum dan budaya hukum.²¹² Hukum juga merupakan suatu alat yang dapat dipergunakan untuk melakukan perubahan sosial.²¹³

Dalam penulisan disertasi ini ditemukan sebuah realitas bahwa berlakunya akad Mudharabah dalam sebuah perjanjian yang dilakukan menimbulkan kesenjangan yaitu bahwa tidak terdapat regulasi secara eksplisit mengatur tentang pengikatan jaminan pihak mudharib dalam akad pembiayaan mudharabah. Dalam praktek, jaminan pihak *mudharib* dalam akad *mudharabah* dipasang Hak Tanggungan. Fakta demikian sangat kontradiktif dengan prinsip-prinsip syariah Islam mengingat konsep pemasangan hak tanggungan ditunjukkan bagi akad utang piutang bukan dalam akad pembiayaan mudharabah. antara kreditur dan debitur.

5.3.1 Substansi Hukum Jaminan Syariah Dalam Akad Mudharabah

Substansi hukum adalah peraturan-peraturan yang dipakai oleh

²¹² Lawrence M. Friedman, 1977, *Law and Society, an Introduction*, Printice Hall, New Jersey, hal. 7.

²¹³ Ishaq dan Yunasril, *Dasar-dasar Ilmu Hukum*, hal. 209.

para pelaku dan penegak hukum pada waktu melakukan perbuatan hukum dan hubungan hukum. Dalam akad Mudharabah substansi hukum dapat ditemukan dalam sumber hukum formil. Fatwa MUI No 105/DSN-MUI/X/2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah*, *Musyarakah* dan *Wakalah bil Istismar* mengizinkan pihak bank, untuk menarik jaminan terhadap modal pembiayaan yang diberikan. Namun hal demikian perlu ada keikhlasan atau persetujuan dari pihak *Mudharib* yang dibuktikan dengan bentuk surat pernyataan tidak keberatan memberikan jaminan pengembalian modal. Pihak mudharib perlu membuat surat keterangan tidak keberatan dari pihak *Mudharib* atas jaminannya tersebut dipasang APHT ketika pihak *Mudharib* melakukan wanprestasi jika jaminan pengembalian modal tersebut berupa tanah dan bangunan.

Surat keterangan perihal kewajiban pengembalian modal sebagaimana dimaksud, di dalamnya terdapat sebuah pernyataan dari pihak Mudharib yang menyatakan bahwa Mudharib bersedia untuk dibebankan Hak Tanggungan atas jaminan yang diserahkan oleh pihak Mudharib. Kenyataan demikian yang pada akhirnya menimbulkan konsekuensi atas jaminan pengembalian modal yang diberikan oleh pihak Mudharib akan dipasang APHT pada awal dilaksanakannya akad Mudharabah.

Fakta demikian menimbulkan persoalan, mengingat pembiayaan Mudharabah ini merupakan suatu pembiayaan kerja sama,

sehingga tidak mungkin ditentukan jumlah utang yang dapat ditentukan di awal pada saat pembuatan APHT. Sejatinya pembuatan APHT yang mencantumkan nominal hutang, perlu dicantumkan pada saat pihak Mudharib telah melakukan cidera janji atau wanprestasi atas apa yang sudah diperjanjikan, untuk itu jika pemasangan APHT di awal akad Mudharabah adalah tidak tepat.

Peneliti menarik kesimpulan bahwa yang menjadi novelty penulis dalam penelitian ini adalah di dalam Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 Tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan Untuk Menjamin Pelunasan Kredit tertentu, perlu ditetapkan hingga berakhirnya perjanjian pokok untuk pembiayaan Mudharabah.

Pelaksanaan SKMHT dibatasi waktu selama berakhirnya perjanjian pokok sebagaimana diatur di dalam Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 perlu adanya perubahan di dalam ketentuan yang ada di dalam pasal 2 yang semula berbunyi Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan untuk menjamin pelunasan kredit/pembiayaan/pinjaman berlaku sampai dengan berakhirnya perjanjian pokok. Untuk itu Konstruksi hukum yang akan dibangun oleh penulis dapat dijelaskan dalam tabel sebagai berikut:

Tabel 3
Konstruksi Hukum Jaminan Syariah Dalam Akad Mudharabah

Eksisting	Kedepan
Hukum Jaminan Syariah dalam Akad Mudharabah diatur dalam Undang-Undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan	Kedepan diatur dalam Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 tahun 2017 tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan Untuk Menjamin Pelunasan Kredit Tertentu
Diatur didalam Undang-Undang Hak Tanggungan	<p>Kedepan dengan menambahkan pasal 2 butir d Peraturan Menteri Agraria</p> <p>Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan untuk menjamin elunasan kredit/pembiayaan/pinjaman berlaku sampai dengan berakhirnya perjanjian pokok yaitu sebagai berikut:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Kredit/Pembiayaan/Pinjaman yang diberikan kepada nasabah Usaha Mikro dan Usaha Kecil, dalam lingkup pengertian usaha produktif milik perorangan dan/atau badan usaha perorangan. b. Kredit/Pembiayaan/Pinjaman yang ditujukan untuk pengadaan perumahan yaitu: <ol style="list-style-type: none"> 1. Kepemilikan atau perbaikan rumah inti, rumah sederhana atau rumah susun dengan luas tanah maksimum 200 m² (dua ratus meter persegi) dan luas bangunan tidak lebih dari 70 m² (tujuh puluh meter persegi); dan 2. Kepemilikan atau perbaikan Kapling Siap Bangun (KSB)

	<p>dengan luas tanah 54 m² (lima puluh empat meter persegi) sampai dengan 72 m² (tujuh puluh dua meter persegi) dan kredit yang diberikan untuk membiayai bangunannya.</p> <p>c. Kredit/Pembiayaan/Pinjaman produktif lainnya dengan plafon sampai dengan Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah).</p> <p>Tambahan (Novelty):</p> <p>d. Untuk pembiayaan dalam akad mudharabah maka, jangka waktu akan ditentukan berdasarkan pada saat pihak nasabah melakukan cedera janji dan atau masa berlaku akad <i>Mudharabah</i> sudah berakhir.</p>
--	---

Sumber: Data sekunder yang diolah tahun 2022

5.3.2 Struktur Hukum Jaminan Syariah Dalam Akad Mudharabah

Untuk membangun struktur hukum jaminan syariah dalam akad pembiayaan *Mudharabah*, akan digunakan teori struktur hukum L.M Friedman. Struktur hukum (*legal structure*) yang merupakan bagian dari teori sistem hukum adalah salah satu dasar dan elemen nyata dari sistem hukum. Struktur hukum yang dilambangkan sebagai tiang kerangka yang menopang tegaknya suatu bangunan sistem hukum. Komponen struktur adalah kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum dengan berbagai macam fungsinya untuk mendukung

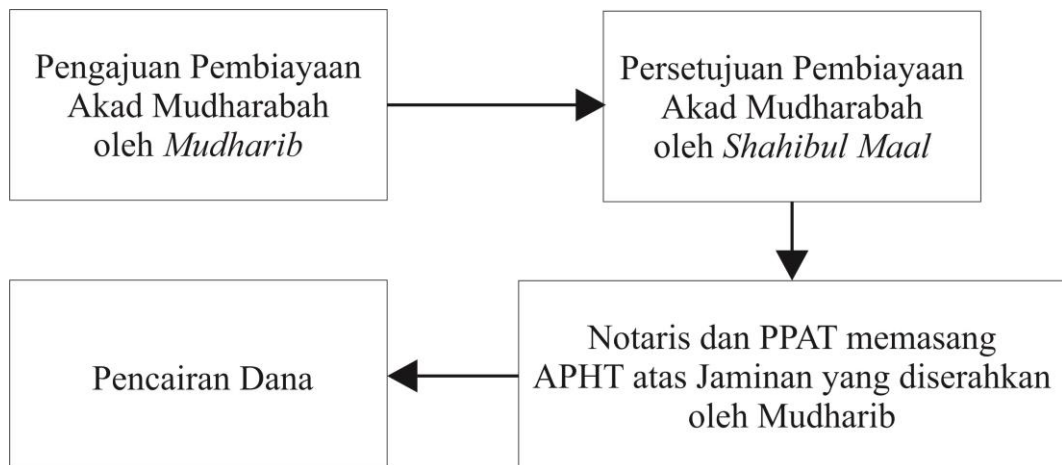
bekerjanya sistem hukum²¹⁴. Kelembagaan dalam hal ini tidak hanya lembaga formal yang berkaitan dengan pemerintahan, tetapi juga lembaga-lembaga terkait dengan kalangan dunia usaha dan perbankan.

Struktur hukum (*legal structure*) merupakan institusionalisasi dari entitas-entitas hukum. Struktur hukum adalah pola yang memperlihatkan tentang bagaimana hukum itu dijalankan menurut ketentuan-ketentuan formalnya. Fokus perhatiannya adalah pada bagaimana penegak hukum pengadilan, pembuat hukum serta proses hukum itu berjalan dan dijalankan, apakah sesuai atau justru menyimpang dari mekanisme dan prosedur yang sudah diatur oleh ketentuan formalnya.

Dalam Penelitian disertasi ini belum ditemukan adanya lembaga pengawas yang mengawasi terkait dengan akad Mudharabah dalam suatu perjanjian, untuk itu dalam struktur hukum perlu dibentuk sebuah lembaga yang dinamakan Dewan Pengawas Syariah yang tupoksi mengawasi segala sesuatu yang terjadi dalam perjanjian akad Mudharabah. Tugas pokok selanjutnya yang harus diperhatikan dan paling utama dari Dewan Pengawas Syariah yaitu apabila terjadi akad pembiayaan dengan cara Kerjasama Mudharabah sebaiknya Dewan Pengawas Syariah Melarang untuk memasang APHT karena belum terjadi hutang piutang, karena dasarnya adalah kerjasama.

²¹⁴ Lawrence M.Friedman, 2009, *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, terjemahan M.Khozin, Bandung, PT.Nusa Media, cet 1, hal.13-17

Struktur atau kelembagaan yang sedang berjalan terkait dengan Penjaminan Syariah dalam Akad Mudharabah digambarkan sebagai berikut



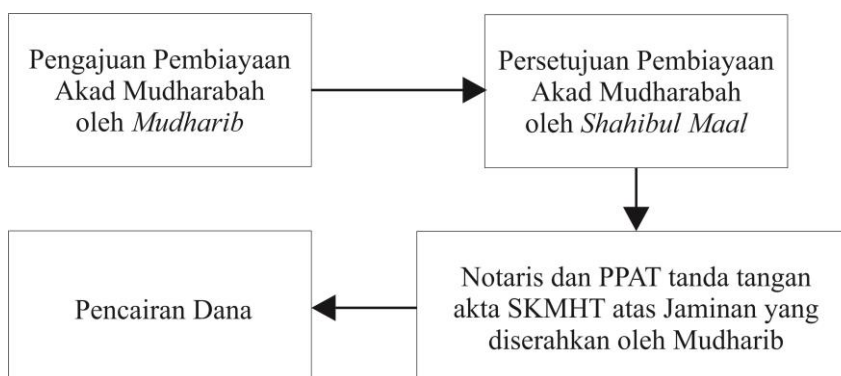
Gambar 2. Struktur Eksiting pada Penjaminan pada Akad Pembiayaan Mudharabah

Proses pembiayaan akad Mudharabah diawali dengan pengajuan pembiayaan Akad Mudharabah oleh pengelola modal atau *Mudharib* ke pemilik modal (*Shahibul Mall*) atau dalam kasus ini merupakan Bank Syariah. Setelah itu, Persetujuan pembiayaan akan disampaikan ke pengelola modal. Pemilik modal akan meminta jaminan kepada pengelola sebagai pegangan bagi bank syariah bahwa nasabah melaksanakan janjinya. Bank syariah akan meminta PPAT untuk memasang APHT atas jaminan yang diserahkan oleh mudharib, apabila kepatuhan terhadap janji tidak dilakukan maka dapat dipastikan sewaktu-waktu dalam kondisi yang telah disepakati dalam kontrak, pihak bank syariah dapat mengeksekusi jaminan yang telah diagunkan

oleh pengelola untuk menutupi semua kerugian yang timbul akibat wanprestasinya. Harta yang telah dijaminkan oleh pengelola kepada bank syariah sebagai penjamin bahwa pengelola perlu mematuhi dengan sepenuh hati seluruh isi perjanjian yang telah dibuat dan disepakati bersama. Dengan adanya jaminan yang telah dijaminkan pada bank syariah, maka pengelola akan terdorong dan termotivasi untuk bekerja dengan sebaik-baiknya dan semaksimal mungkin untuk mengelola usahanya dalam rangka memperoleh keuntungan dan mencegah terjadinya kerugian yang akan mengancam keberadaan hartanya yang telah dijaminkan pada bank.

Berdasarkan konsep tentang APHT, apabila dikaitkan dengan perjanjian dalam akad *Mudharabah* di mana akad *Mudharabah* sendiri merupakan suatu bentuk kerjasama, maka pemasangan APHT terhadap jaminan yang diserahkan oleh pihak *Mudharib* hanya dapat dilaksanakan/dapat dilakukan pada saat pihak *Mudharib* itu cidera janji atau wanprestasi. Hal demikian dikarenakan dalam pembiayaan *Mudharabah* konsep hutang piutang muncul apabila pihak *Mudharib* telah melakukan cidera janji, sebelum itu maka konsep yang dipakai adalah kerjasama, bukan hutang piutang sehingga tidak boleh terhadap jaminan *Mudharib* kemudian dipasangi hak tanggungan di awal akad pembiayaan *Mudharabah*.

Struktur atau kelembagaan yang ideal berjalan terkait dengan Penjaminan Syariah dalam Akad Mudharabah digambarkan sebagai berikut



Gambar 3. Struktur Ideal pada Penjaminan pada Akad Pembiayaan Mudharabah

Dalam hal pembuatan APHT pada akad *Mudharabah* oleh PPAT maka APHT tersebut dapat menjadi batal demi hukum karena tidak terpenuhinya syarat yang diharuskan oleh Undang-Undang, sebagaimana dijelaskan pada bagian Penjelasan Umum UUHT angka (8) bahwa: “Oleh karena Hak Tanggungan menurut sifatnya merupakan ikutan atau *accessoir* pada suatu piutang tertentu, yang didasarkan pada suatu perjanjian utang-piutang atau perjanjian lain, maka kelahiran dan keberadaannya ditentukan oleh adanya piutang yang dijamin pelunasannya.” Hal ini tentunya berakibat hukum kepada pihak bank menjadi tidak dapat mengeksekusi jaminan berupa hak atas tanah apabila debitur, dalam hal ini *Mudharib*, tidak dapat memenuhi prestasi atau kewajibannya sesuai isi kesepakatan dalam akad atau diistilahkan dalam hukum perikatan dengan wanprestasi.

Jaminan dalam transaksi *Mudharabah* juga terdapat dalam Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor: 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *Mudharabah* yang menyatakan bahwa pada prinsipnya, dalam pembiayaan *Mudharabah* tidak ada jaminan, namun agar *Mudharib* tidak melakukan penyimpangan Lembaga Keuangan Syariah dapat meminta jaminan dari *Mudharib* atau pihak ketiga. Ditetapkannya jaminan dalam transaksi *Mudharabah* lebih didasarkan pada penerapan metode ijtihad yang tidak dalam maksud mengesampingkan dari hukum asalnya namun lebih didasarkan pada prinsip penggunaan metode istihsan. Metode ini pada prinsipnya mengutamakan tujuan untuk mewujudkan kemaslahatan - kemaslahatan atau menolak bahaya-bahaya secara khusus sebab dalil umum menghendaki dicegahnya bahaya itu.²¹⁵

Teori istihsan yang merupakan penetapan hukum dari seorang mujtahid terhadap suatu masalah yang menyimpang dari ketentuan hukum yang diterapkan pada masalah-masalah yang serupa, karena alasan yang lebih kuat yang menghendaki dilakukannya penyimpangan itu. Teori Istihsan dalam penulisan disertasi ini oleh penulis digunakan sebagai teori yang melandasi dan membenarkan tentang perlunya konsep pemasangan APHT pada akad pembiayaan di bank syariah yang baik dan benar-benar sesuai dengan prinsip syariah, dan perkembangan kehidupan dalam masyarakat pada saat sekarang.

²¹⁵ Iskandar Usman, 1994, *Istihsan dan Pembaharuan Hukum Islam*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal. 20.

Teori ini berdasarkan penjelasan diatas, digunakan sebagai dasar untuk menyatakan bahwa pembuatan APHT pada perbankan syariah, yang masih mengacu kepada Undang-Undang Hak Tanggungan (bersifat konvensional), itu perlu mendapatkan koreksi untuk kemudian diadakan perubahan, perubahan sebagaimana dimaksud dilakukan dengan cara memperhatikan perkembangan dalam masyarakat pada saat ini, yang menginginkan pelaksanaan pengikatan dalam pembiayaan pada perbankan syariah diterapkan secara kaffah dan istiqomah.

Perubahan mengenai pengikatan jaminan dalam akad pembiayaan *Mudharabah*, pengikatan jaminan pada akad pembiayaan *Mudharabah* pada saat ini, masih dilakukan dengan memasang hak tanggungan, yang sebelumnya dilakukan dengan cara memberikan surat kuasa membebaskan hak tanggungan, agar penerapan prinsip syariah Islam dapat tercermin di dalam pengikatan jaminan dalam akad pembiayaan *Mudharabah*, maka pada penelitian disertasi ini, penulis akan memberikan suatu terobosan baru, di mana akad pembiayaan *Mudharabah* yang saat ini dipasang hak tanggungan, diubah menjadi hanya dipasang SKMHT saja. Namun saat ini pelaksanaan SKMHT dibatasi waktu selama berakhirnya perjanjian pokok sebagaimana diatur di dalam Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 perlu adanya perubahan di dalam ketentuan yang ada di dalam pasal 2

5.3.3 Budaya Hukum Jaminan Syariah Dalam Akad Mudharabah

Budaya hukum (*legal culture*) adalah sikap dan nilai-nilai yang terkait dengan tingkah laku bersama yang berhubungan dengan hukum dan lembaga-lembaganya. Kebiasaan selama ini dalam pembiayaan mudharabah masih menggunakan aturan kredit konvensional.²¹⁶ Seharusnya berkaca pada konsep Mudharabah seharusnya antara kedua belah pihak saling percaya karena Amanah UU perbankan Syariah untuk melaksanakan syariah secara konsisten dan komprehensif. Faktanya dalam akad Mudharabah, Perbankan Syariah secara langsung meletakkan APHT, pada jika sesuai dengan konsep Mudharabah, hal tersebut tidak dapat diberlakukan.

Mengacu pada permasalahan pokok yang dihadapi pengelola dana terhadap penjaminan pada akad Mudharabah dalam praktik pembiayaan di Indonesia sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, maka perlu perbaikan suatu sistem hukum secara menyeluruh mulai dari budaya hukum, struktur, dan substansi hukum yang dilakukan secara terus menerus. Perbaikan atau perubahan budaya hukum awalnya dilakukan di kalangan perbankan syariah dan pengelola modal. Perbaikan budaya hukum baik di kalangan pengelola modal atau *mudharib* dan pemilik modal *shahibul mal* penting dilakukan karena menyangkut pola pikir, sikap, dan perilaku hukum islam yang kaffah dan istiqamah.

²¹⁶ Susan Glazebrook, 1999, *The Role of The Rule of Law in The Asian Economic Crisis*, Plenary Session of the Inter-Pacific Bar Association Nineth Annual Conference, Bangkok, hal. 59.

Lawrence M. Friedman berpendapat bahwa kultur hukum atau budaya hukum bisa diartikan sebagai pola pengetahuan, sikap, dan perilaku sekelompok masyarakat terhadap sebuah sistem hukum. Dari pola-pola tersebut, dapat dilihat tingkat integrasi masyarakat tersebut dengan sistem hukum terkait dengan kata lain tingkat integrasi ini ditandai dengan tingkat pengetahuan, penerimaan kepercayaan, dan kebergantungan mereka terhadap sistem hukum itu. Pengertiannya budaya hukum merupakan tanggapan umum yang sama dari masyarakat tertentu terhadap gejala-gejala hukum. Tanggapan itu merupakan kesatuan pandangan terhadap nilai-nilai dan perilaku hukum. Jadi suatu budaya hukum menunjukkan tentang pola perilaku individu sebagai anggota masyarakat yang menggambarkan tanggapan (Orientasi) yang sama terhadap kehidupan hukum yang dihayati masyarakat bersangkutan²¹⁷

Perkembangan perbankan syariah di Indonesia berpengaruh pada instrumen lainnya, seperti lembaga Notaris yang selama ini terlibat dalam mengeluarkan surat keterangan hukum mengenai akad-akad bisnis syariah.²¹⁸ Agar suatu perjanjian mendapatkan kekuatan hukum, maka harus tercatat di hadapan PPAT, karena itu setiap bisnis syariah termasuk di dalamnya adalah bisnis syariah selalu membutuhkan PPAT sebagai pejabat yang membuat akta otentik sesuai

²¹⁷ Hadikusuma, Hilman. 2000. *Antropologi Hukum Indonesia*, Alumni, Bandung, hal. 11

²¹⁸ Aidil, 2011, *Mengenal Notaris Syariah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hal. 40

dengan tugasnya yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014.²¹⁹

PPAT oleh negara dilimpahi wewenang untuk melaksanakan sebagian tugas negara di bidang hukum privat, berkenaan dengan pelaksanaan akad-akad syariah, sering diminta untuk mengotentikkan hubungan hukum para pihak. Untuk menjamin kepastian, ketertiban dan perlindungan hukum, dibutuhkan alat bukti tertulis yang bersifat autentik mengenai perbuatan, perjanjian, penetapan dan peristiwa hukum yang dibuat oleh atau di hadapan PPAT.

Bank sebagai lembaga keuangan, memanfaatkan jasa hukum PPAT dalam setiap perjanjian bisnis, seperti: akad pembiayaan, perjanjian kredit, termasuk perjanjian tambahannya yakni mengenai pengikatan jaminan. Pada umumnya bank-bank konvensional lebih melibatkan PPAT dalam pembuatan akta perjanjian / perikatan dibandingkan dengan bank syariah, namun saat ini bank-bank syariah sebagai subsistem dari sistem perbankan nasional yang diatur secara khusus dalam Undang-Undang Perbankan Syariah (UUPS) juga menggunakan jasa hukum PPAT di dalam setiap kegiatan bisnisnya, terutama yang terkait dengan Akta Akad Pembiayaan (AAP). Namun, hal yang perlu ditekankan disini adalah produk-produk bank syariah menggunakan prinsip-prinsip dan asas-asas hukum ekonomi syariah. Segala bentuk pencatatan perjanjian bisnis yang dituangkan dalam akta

²¹⁹ *Ibid.*, hal. 85-86

PPATnya pun harus pula merujuk kepada norma-norma hukum ekonomi syariah.²²⁰

PPAT dalam memformulasikan akta akad perbankan syariah, harus memperhatikan hal yang diatur di dalam Undang-Undang Jabatan Notaris, serta pentingnya pemahaman di bidang perbankan syariah. Peraturan khusus mengenai bentuk akta syariah atau klausul akta akad syariah (kontrak) belum ada sampai sejauh ini. Pada prakteknya, akad yang dibuat antara pihak bank dan nasabah masih mengacu pada hukum positif, begitu juga akad pembiayaan yang dibuat PPAT. Bentuk akta akad syariah yang dibuat secara notariil agar dapat disebut sebagai akta otentik harus memenuhi ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka dari itu PPAT dalam memformulasikan bentuk akta akad syariah wajib memperhatikan ketentuan Undang-Undang Jabatan Notaris. Dalam praktek, banyak PPAT yang membuat dan meresmikan akta akad syari'ah yang tidak memahami prinsip-prinsip syariah.

Pada perbankan syariah, tidak dikenal perjanjian kredit akan tetapi dikenal dengan pembiayaan sebagaimana tersebut dalam Pasal 1 Angka 25 Undang- Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (untuk selanjutnya disebut UUPS) dan atas pembiayaan tersebut dapat diberikan agunan. Dalam ketentuan Pasal 1 Angka 25 UUPS ditegaskan bahwa: “Agunan adalah jaminan tambahan, baik berupa benda bergerak maupun benda tidak bergerak yang diserahkan

²²⁰ Deni K Yusup, Peran Notaris dalam Praktek Perjanjian Bisnis di Perbankan Syariah (Tinjauan dari Perpektif Hukum Ekonomi Syariah, *Al-'ADALAH*, Volume XII, No 4, Desember 2015. hal. 8.

oleh pemilik agunan kepada Bank Syariah dan/atau UUS, guna menjamin pelunasan kewajiban Nasabah Penerima Fasilitas.”

Adanya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang juga memerlukan barang atau benda jaminan tambahan, ternyata dalam penjaminan tersebut masih mempergunakan Undang-Undang Hak Tanggungan (UUHT), Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (SKMHT), serta Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT) yang tidak syariah dan juga belum ada lelang syariah. Contohnya dalam SKMHT dan UUHT misalnya masih ada kalimat pelunasan utang, perjanjian utang-piutang, kreditur, debitur dan kredit dalam lembaga perbankan yang melaksanakan kegiatan secara konvensional. Padahal, kata-kata tersebut tidak dikenal dalam akad perbankan syariah karena bergantung pada akad yang dibuat antara nasabah dan bank syariah.

Dalam praktiknya, pembiayaan *Mudharabah* biasanya diikuti dengan proses pembebanan hak tanggungan terhadap hak atas tanah yang dijaminan oleh nasabah kepada bank syariah yang kemudian dituangkan ke dalam bentuk Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT), sebagai tersebut dan diatur UU Nomor 4 Tahun 1996 (UUHT) yang dibuat di muka dan di hadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT). Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT), menurut Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2016 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 1998 Tentang Peraturan Jabatan pasal 1 menjelaskan Pembuat Akta Tanah adalah pejabat umum yang diberi kewenangan untuk membuat akta-akta otentik mengenai

perbuatan hukum tertentu mengenai hak atas tanah atau Hak Milik Atas Satuan Rumah Susun.

Berdasarkan Pasal 53 Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 1 Tahun 2006 memang peran PPAT hanya mengisi blanko akta yang telah dibuat dan diterbitkan oleh Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia (BPN RI) dan selama ini telah menjadi permakluman umum bahwa akad *Mudharabah* dapat diikuti dengan APHT sebagai akta penjaminannya. Dalam pembuatan akta-akta autentik mengenai perbuatan hukum tertentu mengenai hak atas tanah atau Hak Milik Atas Satuan Rumah Susun, PPAT dituntut kecermatan, ketelitian dan kehati-hatiannya walaupun hanya mengisi blanko yang telah dibuat dan diterbitkan oleh Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia (BPN RI) karena jika terjadi suatu kesalahan atau kekeliruan dalam pembuatan akta-akta PPAT tersebut dapat berakibat kebatalan pada akta-akta tersebut.

Dalam hal pembuatan APHT pada akad *Mudharabah* oleh PPAT maka APHT tersebut dapat menjadi batal demi hukum karena tidak terpenuhinya syarat yang diharuskan oleh Undang-Undang, sebagaimana dijelaskan pada bagian Penjelasan Umum UUHT angka (8) bahwa: “Oleh karena Hak Tanggungan menurut sifatnya merupakan ikutan atau *accessoir* pada suatu piutang tertentu, yang didasarkan pada suatu perjanjian utang-piutang atau perjanjian lain, maka kelahiran dan keberadaannya ditentukan oleh adanya piutang yang dijamin pelunasannya.” Hal ini tentunya berakibat hukum kepada pihak bank menjadi tidak dapat mengeksekusi jaminan berupa

hak atas tanah apabila debitur, dalam hal ini *Mudharib*, tidak dapat memenuhi prestasi atau kewajibannya sesuai isi kesepakatan dalam akad atau diistilahkan dalam hukum perikatan dengan wanprestasi.

Jaminan dalam transaksi *Mudharabah* juga terdapat dalam Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor: 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *Mudharabah* yang menyatakan bahwa pada prinsipnya, dalam pembiayaan *Mudharabah* tidak ada jaminan, namun agar *Mudharib* tidak melakukan penyimpangan Lembaga Keuangan Syariah dapat meminta jaminan dari *Mudharib* atau pihak ketiga. Ditetapkannya jaminan dalam transaksi *Mudharabah* lebih didasarkan pada penerapan metode ijtihad yang tidak dalam maksud mengesampingkan dari hukum asalnya namun lebih didasarkan pada prinsip penggunaan metode istihsan. Metode ini pada prinsipnya mengutamakan tujuan untuk mewujudkan kemaslahatan - kemaslahatan atau menolak bahaya-bahaya secara khusus sebab dalil umum menghendaki dicegahnya bahaya itu.²²¹

Teori istihsan yang merupakan penetapan hukum dari seorang mujtahid terhadap suatu masalah yang menyimpang dari ketentuan hukum yang diterapkan pada masalah-masalah yang serupa, karena alasan yang lebih kuat yang menghendaki dilakukannya penyimpangan itu. Teori Ikhtisan dalam penulisan disertasi ini oleh penulis digunakan sebagai teori yang melandasi dan membenarkan tentang perlunya konsep pemasangan APHT pada akad

²²¹ Iskandar Usman, 1994, *Istihsan dan Pembaharuan Hukum Islam*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal. 20.

pembiayaan di bank syariah yang baik dan benar-benar sesuai dengan prinsip syariah, dan perkembangan kehidupan dalam masyarakat pada saat sekarang.

Teori ini berdasarkan penjelasan diatas, digunakan sebagai dasar untuk menyatakan bahwa pembuatan APHT pada perbankan syariah, yang masih mengacu kepada Undang-Undang Hak Tanggungan (bersifat konvensional), itu perlu mendapatkan koreksi untuk kemudian diadakan perubahan, perubahan sebagaimana dimaksud dilakukan dengan cara memperhatikan perkembangan dalam masyarakat pada saat ini, yang menginginkan pelaksanaan pengikatan dalam pembiayaan pada perbankan syariah diterapkan secara kaffah dan istiqomah.

Perubahan mengenai pengikatan jaminan dalam akad pembiayaan *Mudharabah*, pengikatan jaminan pada akad pembiayaan *Mudharabah* pada saat ini, masih dilakukan dengan memasang hak tanggungan, yang sebelumnya dilakukan dengan cara memberikan surat kuasa membebaskan hak tanggungan, agar penerapan prinsip syariah Islam dapat tercermin di dalam pengikatan jaminan dalam akad pembiayaan *Mudharabah*, maka pada penelitian disertasi ini, penulis akan memberikan suatu terobosan baru, di mana akad pembiayaan *Mudharabah* yang saat ini dipasang hak tanggungan, diubah menjadi hanya dipasang SKMHT pada awal akad *Mudharabah* tersebut dimulai. Namun saat ini pelaksanaan SKMHT dibatasi waktu selama berakhirnya perjanjian pokok sebagaimana diatur di dalam Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22

Tahun 2017 perlu adanya perubahan di dalam ketentuan yang ada di dalam pasal 2 yang semula berbunyi :

Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan untuk menjamin pelunasan kredit/pembiayaan/pinjaman berlaku sampai dengan berakhirnya perjanjian pokok yaitu sebagai berikut: a. Kredit/Pembiayaan/Pinjaman yang diberikan kepada nasabah Usaha Mikro dan Usaha Kecil, dalam lingkup pengertian usaha produktif milik perorangan dan/atau badan usaha perorangan. b. Kredit/Pembiayaan/Pinjaman yang ditujukan untuk pengadaan perumahan yaitu (1) Kepemilikan atau perbaikan rumah inti, rumah sederhana atau rumah susun dengan luas tanah maksimum 200 m² (dua ratus meter persegi) dan luas bangunan tidak lebih dari 70 m² (tujuh puluh meter persegi); dan (2) Kepemilikan atau perbaikan Kapling Siap Bangun (KSB) dengan luas tanah 54 m² (lima puluh empat meter persegi) sampai dengan 72 m² (tujuh puluh dua meter persegi) dan kredit yang diberikan untuk membiayai bangunannya. c. Kredit/Pembiayaan/Pinjaman produktif lainnya dengan plafon sampai dengan Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah).

Perubahan dilakukan menjadi Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan untuk menjamin pelunasan kredit/pembiayaan/pinjaman berlaku sampai dengan berakhirnya perjanjian pokok yaitu sebagai berikut: a. Kredit/Pembiayaan/Pinjaman yang diberikan kepada nasabah Usaha Mikro dan Usaha Kecil, dalam lingkup pengertian usaha produktif milik perorangan dan/atau badan usaha perorangan. b. Kredit/Pembiayaan/Pinjaman yang ditujukan untuk pengadaan perumahan yaitu (1) Kepemilikan atau perbaikan

rumah inti, rumah sederhana atau rumah susun dengan luas tanah maksimum 200 m² (dua ratus meter persegi) dan luas bangunan tidak lebih dari 70 m² (tujuh puluh meter persegi); dan (2) Kepemilikan atau perbaikan Kapling Siap Bangun (KSB) dengan luas tanah 54 m² (lima puluh empat meter persegi) sampai dengan 72 m² (tujuh puluh dua meter persegi) dan kredit yang diberikan untuk membiayai bangunannya. c. Kredit/Pembiayaan/Pinjaman produktif lainnya dengan plafon sampai dengan Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah). d. Untuk pembiayaan dalam akad mudharabah maka, jangka waktu akan ditentukan berdasarkan pada saat pihak nasabah melakukan cidera janji.

Untuk format SKMHT sendiri pada prinsipnya perlu dilakukan penyesuaian antara SKMHT yang biasa digunakan di Bank Konvensional dengan SKMHT yang diterapkan pada Bank Syariah. Hal-hal yang perlu dilakukan penyesuaian adalah substansi yang mengatur tentang estimasi waktu dimana waktu berlakunya SKMHT perlu diperpanjang sampai dengan terdapat putusan pengadilan yang menetapkan bahwa pihak mudharib telah ingkar janji. Hal-hal yang perlu disesuaikan lainnya adalah yang berkaitan dengan redaksi kalimat yang menyebutkan utang piutang diubah menjadi konsep pembiayaan atau konsep kerja sama.

5.4 Studi Komparatif Jaminan Syariah dalam Akad Mudharabah di Malaysia dan Brunei Darussalam

Malaysia sebagai negara yang memiliki agama resmi adalah Islam dengan total jumlah penduduk muslim 61,3% atau sekitar 18.972.326 orang, Oleh karena itu, pemerintah Malaysia mempunyai kewajiban untuk mengakomodasi pengembangan lembaga keuangan syariah di Malaysia sesuai dengan agama Islam yang mayoritas dianut rakyatnya. Malaysia yang termasuk negara di kawasan Asia Tenggara memulai perkembangan perkembangan dan keuangan syariah pada saat pemerintah membentuk tabungan haji pada tahun 1963 dengan menggunakan skema akad *Mudharabah*, musyarakah, dan ijarah²²²

Kebijakan yang dibuat oleh *Islamic Banking and Takaful Department* Bank Negara Malaysia nomor BNM/RH/STD 028-8 tentang *Mudharabah* memiliki tujuan untuk memberikan referensi tentang hukum Syariah yang terkait dengan *mudharabah*. menetapkan persyaratan operasional utama terkait dengan implementasi *Mudharabah*. mempromosikan kepatuhan dari awal hingga akhir dengan persyaratan Syariah yang mencakup kepatuhan terhadap praktik perbankan yang sehat dan menjaga kepentingan pelanggan.

Secara garis besar proses dimulainya akad *Mudharabah* memiliki kemiripan dengan yang terjadi di Indonesia. Mulai dari modal yang disediakan oleh *rabbul mal* untuk *Mudharib* dengan tujuan usaha atau pengelolaan modal. Modal dapat berbentuk uang *cash* atau sejenisnya, termasuk aset yang tidak berwujud. Mengenai bagi hasil yang dibahas pada kebijakan ini, Bagi hasil adalah motif utama dari kontrak *Mudharabah* dan

²²² Ika Yulita, Perbandingan Tingkat Efisiensi Perbankan Syariah Antara Malaysia dan Indonesia, *Skripsi*, Fakultas Syariah dan Hukum, UIN Syarif Hidayatullah, 2015, hal.71.

karena itu merupakan komponen fundamental dari kontrak dan untuk pembagian hasilnya ditentukan pada saat awal akad *Mudharabah* dilakukan, apabila terjadi pembatalan atau pemutusan akad *Mudharabah*, semua modal yang tersisa akan dikembalikan ke *rabbul mal*.

Brunei Darussalam memiliki wilayah terletak di Barat Daya pulau Borneo (Sabah). Luas wilayahnya $\pm 5.765 \text{ Km}^2$ dengan ibu kotanya Bandar Sri Begawan. Brunei merdeka dari jajahan Inggris di bawah negara persemakmuran Inggris tanggal 1 Januari 1984. Etnis dan suku dari penduduk Brunei memiliki mayoritas etnis Melayu (90%) muslim, etnis Cina dan sebagian kecil etnis India. Filosofi politik Brunei adalah penerapan yang begitu ketat terhadap Melayu Islam Beraja (MIB) yang terdiri dari 2 dasar, yaitu: pertama, Islam sebagai *Guiding Principle*, dan kedua Islam sebagai *Form of Fortification*. Dari dua dasar ini kemudian muncul penanaman nilai-nilai ke Islaman kenegaraan (pengekalan) dengan tiga konsep, yaitu: Mengekalkan Negara Melayu; Mengekalkan Negara Islam (hukum Islam yang bermazhab Syafi'i – dari sisi fiqhnya – dan bermazhab Ahl Sunnah wal Jamaah – dari sisi akidahnya); dan Mengekalkan negara beraja. Untuk menerapkan Melayu Islam Beraja ini maka pemerintah menunjuk tim untuk menyusun materi secara cermat dan lengkap untuk dimasukkan dalam kurikulum pelajaran dari pendidikan terendah sampai tertinggi.²²³

Bank pertama di Brunei berdiri pada tahun 1935 dengan nama Post Office Saving Bank. Bank ini berdiri sebelum terjadinya kolonisasi oleh

²²³ Saedon Awang, 1996, *Perlaksanaan dan pentadbiran undang-undang Islam di Negara Brunei Darussalam: satu tinjauan*, Dewan Bahasa dan Pustaka Brunei, Kementerian Kebudayaan, Belia dan Sukan, Bandar Seri Begawan, hal. 9.

Inggris. Dokumen tentang bank ini tidak bisa banyak ditelusuri dikarenakan rusak saat terjadi pendudukan koloni di Brunei. Bank Hong Kong & Shanghai berdiri saat terjadinya kolonisasi oleh Inggris sekitar tahun 1940-an. Bank tersebut didukung sepenuhnya oleh negara koloni dengan menggunakan sistem perbankan konvensional berdasarkan Hukum Inggris (British Law). Beberapa bank selanjutnya berdiri, yaitu Malaya Banking (1960), United Malayan Banking Corporation (1963), National Bank of Brunei (1964), Citibank (1971), Islamic Development Bank (1980), Baiduri Bank (1992), Tabung Amanah Islamic Brunei (1992), dan Development Bank of Brunei (1995).²²⁴

Pada pertengahan tahun 1980-an, Bank National of Brunei (Bank Negara Brunei) merger dengan Islamic Development Bank (IDB) dengan nama International Bank of Brunei (Bank Internasional Bank). Bank ini menjadi satu-satunya bank lokal yang ada di Brunei pada saat itu. Penduduk Brunei yang mayoritas beragama Islam mendorong munculnya permintaan akan kehadiran suatu jenis perbankan yang beroperasi sesuai dengan prinsip-prinsip Islam. Keberadaan bank syariah dianggap sebagai fardhu kifayah. Sebagai respon atas kebutuhan tersebut, bank Islam pertama dengan nama Tabung²²⁵

Amanah Islam Brunei (TAIB) didirikan pada tahun 1992. Bank TAIB pada awal mulanya adalah sebuah group mutual fund yang fungsi

²²⁴ Ebrahim Shahid, Islamic Banking in Brunei Darussalam, *Internasional Jurnal of Social Economics*, Vol. 28, No. 4, Mei 2001, hal. 314-337.

²²⁵ Ali Rama, Analisis Deskriptif Perkembangan Perbankan Syariah Di Asia Tenggara, *The Journal of Tauhidinomics*, Vol. 1, No. 2, 2015, hal.118.

utamanya untuk mengorganisasi dana haji bagi masyarakat yang mau menunaikan haji. Bank TAIB ini juga berfungsi sebagai lembaga tabungan dan pinjaman milik pemerintah Brunei. Bank syariah kedua di Brunei dibentuk pada tahun 1993 dengan nama Bank Islam Brunei (Islamic Bank of Brunei: IBB). Bank IBB adalah hasil ganti nama dari Bank Internasional Brunei (International Bank of Brunei). IBB memberikan produk dan layanan keuangan yang sesuai dengan prinsip-prinsip syariah khususnya pada bidang perdagangan dan keuangan komersil. Kedua bank syariah tersebut, Islamic Development Bank Berhard (IDBB) juga termasuk salah satu bank syariah yang ada di Brunei. Bank IBB dan IDBB selanjutnya melakukan merger dengan nama baru sebagai Bank Islam Brunei Darussalam Berhard (BIBD) pada akhir tahun 2000.²²⁶

Jadi dari total bank yang ada di Brunei hanya terdapat dua bank syariah yaitu Bank Islam Brunei Darussalam Berhard (Islamic Bank of Brunei: IBB) dan Tabung Amanah Islam Brunei (TAIB) yang menawarkan produk dan layanan perbankan dan keuangan sesuai prinsip syariah. Berdasarkan laporan dari Autoriti Monetari Brunei Darussalam (AMBD), perbankan syariah mengalami pertumbuhan yang cukup signifikan pada tahun 2010 dengan total aset mencapai sekitar B\$ 6,36 miliar dan total deposito sebesar B\$ 5,167 miliar, atau sebesar 37% dan 34,6% dari total pangsa pasar. Perkembangan yang signifikan tersebut mendorong pemerintah Brunei untuk mengembangkan sektor keuangan syariah

²²⁶ *Ibid.*, hal. 118.

lainnya, seperti takaful, sukuk dan pasar modal syariah.²²⁷

Industri keuangan syariah di Brunei Darussalam diatur di bawah otoritas “Autoriti Monetari Brunei Darussalam (AMBD)” atau Monetary Authority of Brunei Darussalam. AMBD dibentuk dan diresmikan pada tahun 2011 melalui peraturan Autoriti Monetari Brunei Darussalam Order 2010. AMBD berfungsi sebagai bank sentral di Brunei Darussalam (lihat keterangan resmi di situs AMBD). Sebelum pembentukan AMBD sebagai otoritas bank sentral, industri perbankan dibawah pengawasan kementerian keuangan (Finance Ministry).²²⁸

Kerangka regulasi sistem keuangan di Brunei Darussalam terdiri dari aspek legal dan teknis. Kerangka legal adalah undang-undang yang mengatur tentang operasional dan administrasi lembaga keuangan. Kerangka teknis terdiri dari garis petunjuk, standar dan prosedur untuk mendukung undang-undang pada area yang bersifat teknis yang tidak terakomodir dalam undang-undang yang ada.²²⁹

Undang-Undang yang mengatur tentang sistem perbankan di Brunei adalah Brunei Banking Act 1957 dan Banking Order 2006. Regulasi yang mengatur sistem perbankan syariah adalah Islamic Banking Order yang diterbitkan pada tahun 2008. UU ini mengatur tentang regulasi dan perizinan bisnis perbankan syariah dan semua permasalahan yang terkait

²²⁷ Sultan Remi Sjahdeini, 2018, *Perbankan Syariah Produk dan Aspek-Aspek Hukumnya*, hal. 82-83.

²²⁸ Haerul Akmal, Mohammad. Analisis Perkembangan Ekonomi Islam di Asia Tenggara (Sebuah Kajian Historis), *Jurnal BAABU AL-ILMI: Ekonomi dan Perbankan Syariah*, Vol. 2, No.1, 2017, hal. 8.

²²⁹ Ali Rama, *op. cit.* hal. 125.

dengan perbankan syariah. Dalam rangka untuk memperkuat aspek tata kelola lembaga keuangan syariah khususnya terkait dengan kerangka syariah governance, Finance Ministry Brunei menerbitkan peraturan berupa “Syariah Financial Supervisory Board Order Th 2006”.

Peraturan ini mengatur tentang pendirian Syariah Financial Supervisory Board (SFSB) yang berfungsi untuk mengatur administrasi dan bisnis lembaga keuangan yang beroperasi sesuai syariah. Lembaga pengawas syariah ini pada awalnya berada di bawah otoritas Finance Ministry, tetapi kemudian berpindah di bawah naungan AMBD sejak didirikan pada tahun 2011.

Syariah Financial Supervisory Board didirikan pada tahun 2006 dengan tujuan untuk meningkatkan sistem syariah governance dan pengawasan serta untuk mendorong pertumbuhan industri keuangan syariah di Brunei. Keanggotaan lembaga pengawas syariah ini terdiri dari ex-officio dari Ministry of Finance dan Mufti Kerajaan Brunei serta tidak kurang dari enam orang yang diangkat oleh Sultan dan Yang Di-Pertuan Agung berdasarkan rekomendasi dari Ministry of Finance atau Authority Monetari Brunei Darussalam. Secara garis besar dapat digambarkan sebagai berikut :

Tabel 4
Studi Komparasi Jaminan Syariah Akad Mudharabah

No	Uraian	Indonesia	Malaysia	Brunei Darussalam
1.	Sejarah	Inisiatif pendirian bank Islam	Era perbankan syariah di	Amanah Islam Brunei (TAIB)

		<p>Indonesia dimulai pada tahun 1980 melalui diskusi-diskusi bertemakan bank Islam sebagai pilar ekonomi Islam. Tahun 1990, Majelis Ulama Indonesia (MUI) membentuk kelompok kerja untuk mendirikan Bank Islam di Indonesia. Sebagai hasil kerja Tim Perbankan MUI tersebut adalah berdirilah bank syariah pertama di Indonesia, yaitu PT Bank Muamalat Indonesia (BMI), yang sesuai akte pendiriannya, berdiri pada tanggal 1 Nopember 1991. Sejak tanggal 1 Mei 1992, Bank Muamalat resmi beroperasi dengan modal awal sebesar Rp 106.126.382.000.²³⁰</p>	<p>Malaysia bisa ditelusuri kembali ke tahun 1963 yang mana pada saat itu pemerintah membentuk lembaga Tabung Haji. Awal 1980-an adalah awal langkah diperkenalkannya perbankan syariah di Malaysia atas inisiatif Perdana Menteri Mahathir Muhammad, yaitu ketika Malaysia secara resmi memperkenalkan Undang-undang Perbankan Syariah 1983 (IBA 1983), dan UU Takaful 1984.²³¹</p>	<p>didirikan pada tahun 1992. Bank TAIB pada awal mulanya adalah sebuah group mutual fund yang fungsi utamanya untuk mengorganisasi dana haji bagi masyarakat yang mau menunaikan haji. Bank TAIB ini juga berfungsi sebagai lembaga tabungan dan pinjaman milik pemerintah Brunei. Bank syariah kedua di Brunei dibentuk pada tahun 1993 dengan nama Bank Islam Brunei (Islamic Bank of Brunei: IBB).²³²</p>
2.	Dasar Hukum	<p>Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak</p>	<p><i>Islamic Banking and Takaful Department</i> Bank Negara Malaysia nomor</p>	<p>Brunei Banking Act 1957 dan Banking Order 2006 serta Syariah Financial Supervisory Board Order Th 2006</p>

²³⁰ Zainudin, Perkembangan , Tantangan, dan Peluang Bank Syariah, *JES (Jurnal Ekonomi Syariah)*, Vol.1, No. 1, 2016, hal. 129.

²³¹ Azmi Ghozali, Perkembangan Bank Syariah Di Asia Tenggara: Sebuah Kajian Historis, *Falah: Jurnal Ekonomi Syariah*, Vol. 4, No. 1, 2019, hal. 47-48.

²³² Ali Rama, *op. cit.* hal. 107.

		Tanggung Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah, Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2021 Tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun, dan Pendaftaran Tanah, Fatwa DSN-MUI No.07/DSN-MUI/IV/2000, Fatwa DSN-MUI No.105/DSN-MUI/IV/2016.	BNM/RH/STD 028-8 tentang <i>Mudharabah</i>	
3	Konsep/Tujuan Jaminan dalam Akad Mudharabah	Akad mudharabah bertujuan untuk bekerjasama investasi untuk mendapatkan keuntungan, yang seharusnya sejak dari awal sudah dilandasi rasa saling percaya dari para patner dan juga mitra kerjanya. Namun, guna mencegah resiko apabila debitur melakukan wanprestasi, maka dibuatlah SKMHT.	Memberikan referensi tentang hukum Syariah yang terkait dengan <i>mudharabah</i> . menetapkan persyaratan operasional utama terkait dengan implementasi <i>Mudharabah</i> . Bagi hasil adalah motif utama dari kontrak <i>Mudharabah</i> dan karena itu merupakan komponen fundamental dari kontrak dan untuk pembagian hasilnya	Meningkatkan sistem shariah governance dan pengawasan serta untuk mendorong pertumbuhan industri keuangan syariah di Brunei. Keanggotaan lembaga pengawas syariah ini terdiri dari ex-officio dari Ministry of Finance dan Mufti Kerajaan Brunei serta tidak kurang dari enam orang yang diangkat oleh Sultan dan Yang Di-Pertuan Agung berdasarkan rekomendasi dari Ministry of Finance atau Authoriti Monetari

			<p>ditentukan pada saat awal akad <i>Mudharabah</i> dilakukan, apabila terjadi pembatalan atau pemutusan akad <i>Mudharabah</i>, semua modal yang tersisa akan dikembalikan ke <i>rabbul mal</i>.</p>	Brunei Darussalam ²³³
4	Pelaksanaan	<p>Di Indonesia Pelaksanaan akad pembiayaan mudharabah dilekati dengan APHT yang digunakan sebagai jaminan agar ketika pihak Mudharib melakukan wanprestasi terhadap jaminan yang diserahkan dapat dilakukan eksekusi.</p>	<p>Di Malaysia, Pembiayaan secara Mudharabah tidak menggunakan akad-akad bagi hasil, hal ini dilakukan guna menyalurkan pembiayaan yang merupakan ciri utama bank syariah. Dengan kata lain bahwa di Malaysia apabila melakukan pembiayaan Mudharabah tidak dilekati jaminan apapun dan sesuai dengan peruntukkan Mudharabah.</p>	<p>Di Brunei Darussalam, pelaksanaan pembiayaan Mudharabah tidak dilekati dengan Jaminan.</p>

Sumber: Data sekunder *searching internet, 2022*

²³³ Ali Rama, *op. cit.* hal. 119.

BAB VI

PENUTUP

Bab terakhir dalam disertasi ini menjelaskan kesimpulan dan saran yang diperoleh dalam penelitian ini. Peneliti membuat kesimpulan berdasarkan paparan hasil dan analisis data yang diperoleh setelah proses pengambilan data. Selanjutnya, diberikan juga saran sebagai masukan untuk penelitian lanjutan yang masih terkait dengan penelitian ini.

6.1 Simpulan

1. Penyebab atau faktor-faktor akad pembiayaan Mudharabah langsung dilakukan pemasangan hak tanggungan antara lain (1) Faktor Yuridis, Tidak diaturnya jaminan secara jelas dalam UU Perbankan Syariah menimbulkan kekosongan hukum. Hal ini perlu mendapatkan perhatian khusus, karena bank syariah tidak menjalankan prinsip-prinsip syariah secara Kaffah dan Istiqamah. (2) Faktor Kepercayaan (*Trust*), Pihak Bank atau Shahibul Mal pada dasarnya mengharapkan keuntungan dari akad pembiayaan mudharabah itu sendiri. Namun, tidak dipungkiri bahwa kemungkinan kerugian dalam pengelolaan usaha yang dilakukan oleh pihak mudharib sendiri dapat terjadi.. (3) Pemantauan Penggunaan Dana Sulit, Praktik pembiayaan *mudharabah* saat ini pihak *shahibul mal* sangat sulit untuk memantau penggunaan dana yang dikeluarkan, sehingga alternatif yang dapat dilakukan oleh bank adalah meminta jaminan yang kemudian dipasang hak tanggungan.

2. Akad pembiayaan Mudharabah apabila ditinjau dari hukum positif di Indonesia, dalam pelaksanaannya berkaitan dan diatur di dalam beberapa ketentuan perundang-undangan seperti di dalam UUD NRI Tahun 1945 Pasal 33 yang mengatur tentang sistem ekonomi nasional, UU Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang perbankan Syariah, Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2021 tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun dan Pendaftaran Tanah, Fatwa DSN-MUI No.07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah, Fatwa DSN-MUI No. 105/DSN-MUI/X/2016 tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah*. Namun, dari sekian ketentuan peraturan perundang-undangan sebagaimana disebutkan tidak secara eksplisit mengatur tentang pengikatan jaminan pihak mudharib dalam akad pembiayaan mudharabah. Dalam praktek, jaminan pihak *mudharib* dalam akad *mudharabah* dipasang Hak Tanggungan. Fakta demikian sangat kontradiktif dengan prinsip-prinsip syariah Islam mengingat konsep pemasangan hak tanggungan ditunjukan bagi akad utang piutang bukan dalam akad pembiayaan mudharabah.
3. Konstruksi Hukum jaminan syariah dalam akad pembiayaan mudharabah kedepan adalah dengan memasukan SKMHT kedalam substansi hukum maupun struktur hukum yang diatur dalam Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 tahun 2017 tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan Untuk Menjamin Pelunasan Kredit

Tertentu. Secara struktur hukum bahwa Dewan Pengawas Syariah melarang untuk memasang hak tanggungan dalam akad pembiayaan akad Mudharabah. Secara budaya hukum kebiasaan bahwa komunitas perbankan menggunakan aturan kredit di bank konvensional. Kedepan agar dilaksanakan amanat Undang-Undang Perbankan Syariah melaksanakan Syariah secara konsisten dan komprehensif dalam transaksi akad Mudharabah, terutama dalam pengikatan jaminan syariah akad Mudharabah.

6.2 Implikasi Studi

Penelitian disertasi ini juga diharapkan dapat memberikan kontribusi antara lain:

a. Kontribusi dari sisi teoritis

Dari sisi teoritis, dapat disimpulkan bahwa antara konsep Mudharabah dengan pelaksanaannya memiliki perbedaan yang menimbulkan sebuah ketidakadilan bagi para pihak, untuk itu Penulisan disertasi ini diharapkan dapat memberikan sumbangsih terhadap pengembangan ilmu pengetahuan khususnya dibidang ilmu hukum yang mengkaji dan mempelajari tentang hukum Islam, terutama yang berkaitan dengan pelaksanaan pengikatan jaminan syariah pada akad pembiayaan Mudharabah di Indonesia.

b. Kontribusi dari sisi praktis

Dari sisi praktis, penulisan disertasi ini juga diharapkan dapat memberikan kontribusi kepada beberapa pihak diantaranya adalah kepada

pemangku kepentingan dalam membuat konsep baru dalam pengikatan jaminan pihak *Mudharib* dalam akad pembiayaan *Mudharabah* dan gagasan tentang pemasangan APHT atas jaminan pihak *Mudharib* dalam akad *Mudharabah*

6.3 Rekomendasi

Berdasarkan praktik pembiayaan pada perbankan syariah menyatakan bahwa, setiap akad pembiayaan *Mudharabah* nasabah atau *Mudharib* dapat dimintakan jaminan atas pengembalian modal dengan cara menanda tangani surat pernyataan perihal kewajiban pengembalian modal oleh nasabah atau *Mudharib* kepada pihak *Shahibul Maal*, hal ini mengacu pada ketentuan yang terkandung di dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah dan Fatwa MUI No 105/DSN-MUI/X/2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah*, Musyarakah Dan Wakalah Bil Istismar. Surat pernyataan perihal kewajiban pengembalian modal sebagaimana dimaksud, di dalamnya terdapat sebuah pernyataan dari pihak *Mudharib* yang menyatakan bahwa *Mudharib* bersedia untuk di bebaskan Hak Tanggungan atas jaminan yang diserahkan oleh pihak *Mudharib*. Kenyataan demikian yang pada akhirnya menimbulkan konsekuensi atas jaminan pengembalian modal yang diberikan oleh pihak *Mudharib* akan dipasang APHT pada awal dilaksanakannya akad *Mudharabah*

Rekomendasi yang dapat peneliti berikan adalah perubahan konstruksi hukum yang ada di dalam Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/Kepala

Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 Tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan Untuk Menjamin Pelunasan Kredit tertentu, di mana berdasarkan Pasal 2 peraturan menteri ini menyatakan bahwa Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan yang berlaku dengan berakhirnya perjanjian pokok dirubah menjadi **berlaku hingga pihak pengelola modal melakukan cidera janji sehingga SKMHT perlu diubah atau ditindak lanjuti dengan penerbitan APHT.**

Perubahan ketentuan yang ada di dalam Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017, guna menunjang kelancaran dan efektifnya novelty yang diajukan peneliti, maka rekomendasi peneliti juga akan diberikan kepada pihak-pihak yang terkait dengan pelaksanaan partisipasi masyarakat yaitu antara lain:

1. Pemerintah Republik Indonesia khususnya untuk Kementrian Agraria Dan Tata Ruang agar segera melakukan revisi atas, Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 terutama untuk memperpanjang masa berlaku dari SKMHT menjadi ditentukan berdasarkan pada saat pihak nasabah melakukan cidera janji dan atau masa berlaku akad *Mudharabah* sudah berakhir.
2. Pihak Bank Syariah agar lebih menerapkan prinsip-prinsip syariah dalam melakukan akad pembiayaan *Mudharabah*, dengan sebisa

mungkin tidak meminta jaminan kepada pihak *Mudharib*. Jika memang dirasa perlu meminta jaminan kepada pihak *Mudharib* maka perlu ada pembuktian terlebih dahulu bahwa pihak *Mudharib* telah melakukan cidera janji.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU:

- Aarnio, A, 1983, *A Hermeneutik Approach in Legal Theory, Philosophical Perspective in Jurisprudence*, Helsinki
- Abdul Aziz Dahlan dkk, 2001, *Ensiklopedi Hukum Islam (Jilid 1)*, Cetakan Kelima, Ichtiar Baru van Hoeve, Jakarta
- Abdullah Saeed, 1996, *Islamic Banking and Interest a Study of The Prohibition of riba and Contemporary Intrepretation*, E.J Briil Leiden, New York-Koln
- Abdurrahman Al-Juzairi, 2004, *Al-Fiqh 'Ala Al Madzahibu Al Arba'ah,,Juz III*, Al Maktabah Al 'Asriyah: Beirut
- Adiwarman dan Oni, 2015, *Maqashid Bisnis Dan Keuangan Islam Sintesis Fikih Dan Ekonomi*, Rajawali Pers , Jakarta
- Adiwarman Karim, 2007, *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan*, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- Agus Triyanta, 2016, *Hukum Perbankan Syariah*, Setara Press, Malang
- Aidil, 2011, *Mengenal Notaris Syariah*, Citra Aditya Bakti, Bandung
- Akhmad Mujahidin, 2016, *Hukum Perbankan Syariah*, Rajawali Press, Jakarta
- Al Kasani, 1996, *Bada'i al Shana'i fi tartibi al-sya'i ,juz VI*, Darul Fikr, Beirut
- Al-Arif, M, 2011, *Dasar-Dasar Ekonomi Islam*, Era Adicitra Intermedia, Solo
- Algra, dkk., 1998, *Rechtsgeleerd Handwoordenboek*, yang diterjemahkan oleh Saleh Adiwinata, *Kamus Istilah Hukum Fockema Andrea Belanda Indonesia*, Bimacipta, Jakarta
- Ali, Z, 2010, *Hukum Perbankan Syariah*, Sinar Grafika, Jakarta
- Al-Jaziri, A, *Alfiqh 'Ala Madzahib Al Arba'ah, Jilid Iii.*: Daar Al-Fikr, Beirut
- Al-Syatibi, A, 2005, *Al-Muwafaqat Fi Ushuli Al-Syariah*, Ii, Beirut: Daarul Al-Kutub Al-Ilmiyah
- Amin, A, 2009, *Menata Perbankan Syariah di Indonesia*, UIN Press, Jakarta

- Anshori A, G, 2009, *Perbankan Syariah Di Indonesia*, Gadjah Mada University Press , Yogyakarta
- Antonio, M, S, 1999, *Bank Syariah Bagi Bankir & Praktisi Keuangan*, Bank Indonesia dan Tazkia Institute, Jakarta
- _____, 2001a, *Bank Syariah Dari Teori Ke Praktek*, Gema Insani Press , Jakarta
- _____, 2001, *Bank Islam*, Gema Insani, Jakarta
- Anwar, S, 2007, *Studi Hukum Islam Kontemporer*, Rm Books, Jakarta
- Arifin, Z, 2009, *Bunga Dan Ribâ Dalam Perpektif Sejarah Dan Agama*, Bank Indonesia, Jakarta
- Aripin J. 2008, *Peradilan Agama Dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Kencana Prenada Media, Jakarta
- Arthesa, A, 1993, *Bank Dan Lembaga Keuangan Bukan Bank*, Erlangga, Jakarta.
- Ascarya, 2008, *Akad Dan Produk Bank Syari'ah*, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- AsSyeh Mushtofa Al Gholayani, 2003, *Jaami'u Al Dhurus Al 'Arobiyyah Juz I*, Al Maktabah Al' Ashriyah Beirut
- Asy-Syatibi, A, I, 2000 *Al-Muwafaqat Fi Usuli Asy-Syariah*, Jilid. 2, Darut Kutub Al-Ilmiyah, Beirut
- At-Tariqi, H, 2004, *Ekonomi Islam Prinsip, Dasar, Dan Tujuan*, Magistra Insana Press , Yogyakarta
- Azhar Abdullah, 1970, *Kelembagaan Perbankan*, PT. Grafindo Pustaka Utama, Jakarta
- Bagir Manan, 1995, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, Mandar Maju, Bandung
- Baljun, A, 2018, *Pemberlakuan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan Yang Tidak Diikuti Dengan Pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan*, Universitas Indonesia,
- Boedi Harsono, 2015, *Hukum Agraria Indonesia*. Djembatan , Jakarta
- Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia, 2006, *Himpunan Fatwa Dewan Syariah Nasional MUI*, Gaung Persada Press, Jakarta

- Dewan Syariah Nasional MUI, 2005, *Konsep & Implementasi Bank Syariah*, Renaisan Jakarta
- Dewi, G, 2006, *Aspek Aspek Hukum Dalam Perbankan Dan Perasuransian Syariah Di Indonesia*, Kencana, Jakarta
- Dewi, G, 2007, *Aspek-aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransia Syariah di Indonesia*. Kencana Media Group, Jakarta
- Evita Isretno, 2011, *Pembiayaan Mudharabah Dalam Sistem Perbankan Syari'ah*, Cintya press, Jakarta
- Fuady, M. 2016. *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*. Citra Aditya Bakti, Bandung
- Gemala Dewi, 2007a, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Cetakan Ketiga, Kencana Prenada Media, Jakarta
- _____, 2007b, *Aspek-aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransian Syariah di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta
- Ghufron A. Mas'adi, 2002 *Fiqh Muamalah Kontekstual*, Rajagrafindo Persada, Semarang
- Hafidah, N, 2017, *Hukum Jaminan Syariah; Implementasinya dalam Perbankan Syariah di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta
- Hendry A. 1999, *Perbankan Syariah*, Muamalah Institute, Jakarta
- Ibnu Rusyd, 1983, *Bidāyah Al-Mujtahid*, Beirut, Dar Al-Fikr, Libanon
- Imam Syafi'i, 1961, *Al- 'Umm, Juz Ii*, Maktabah Al-Kulliyati, Mesir
- Imaniyati, N I, 2003 *Perbankan Syariah Dalam Perspektif Hukum Ekonomi*, Mandar Maju, Bandung
- Iskandar, A, 2010, *Kajian Hukum Perjanjian Pembiayaan Al-Mudharabah Berdasarkan Prinsip Syariah*. Pranata Hukum
- Isnaeni, 2016, *Pengantar Jaminan Kebendaan*, PT Revka Petra Media, Surabaya
- Jimly Asshiddiqie, 2010, *Konstitusi Ekonomi*, PT Kompas Media Nusantara, Jakarta
- Karim, Adiwarmarman Azwar, 2008, *Bank Islam Analisa Fiqih dan Keuangan* (ed k III – IV), Raja Grapindo Press, Jakarta

- Karl R. Popper, 1961, *The Logic of Scientific Discovery*, Science Editions, Vittorio Klostermann, Frankfurt, dalam Bernard Arief Sidharta, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung
- Kartini, M dan Widjaja, G. 2016 *Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan*. Prenada Media Group , Jakarta
- Kasmir, 2015, *Bank dan Lembaga Keuangan Lainnya*, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- Lexy J. Moleong, 1990, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Remaja Rosdakarya, Bandung
- Meliala, D, S, 1997, *Pemberian Kuasa menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Tarsito, Bandung
- Mertokusumo, S. 2006, *Penemuan Hukum suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta
- Mervyn K. Lewis dan Latifa M, 2007, Algaoud, *Bank Syariah*, Serambi
- Meuwissen, 2009, *Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, Refika Aditama, Bandung
- Mubarak, J, 2001, *Perkembangan Fatwa Ekonomi Syariah Di Indonesia*, Pustaka Bani Quraisy, Bandung
- Muhamad, 2005, *Manajemen Pembiayaan Bank Syariah*, UPP AMP YKPN, Yogyakarta
- Muhammad Arifin, 2018, *Riba & Tinjauan Kritis Perbankan Syariah*, Pustaka, Bekasi
- Muhammad Sulaiman ‘Abdullah al-Asyraf, 1992, *al-wadhiih Fi Ushul al-Fiqh Lil Mubtadiin*, Dar al-Nafais, Amman
- Naf’an, 2014, *Pembiayaan Musyarakah Dan Mudharabah*, Graha Ilmu, Yogyakarta
- Nafis, C, 2010, *Fatwa Fiqh Muamalah Majelis Ulama Indonesia: Analisis Ke Atas Pemikiran Hukum, Metode ,Istinbat Dan Penyerapannya Ke Dalam Peraturan Perundangan*, Universiti Malaya, Kuala Lumpur
- Nurhasanah, N, 2015, *Mudharabah Dalam Teori Dan Praktik*, t Refika Aditama, Bandung
- Oni Sahroni dan Karimadiwarman.,A, 2015, *Maqashid Bisnis & Keuangan Islam: Sintensis Fikih Dan Ekonomi*, Rajawali Pers, Jakarta

- Pasaribu, C, dan Suhrawardi, K, 1996, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Sinar Grafika, Jakarta
- Pasaribu, C. Dan Suhrawardi K., 1996, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Sinar Grafika, Jakarta
- Perwataatmadja, K, 1996, *Membumikan Ekonomi Islam di Indonesia*, Usaha Kami, Jakarta
- Rahardjo, S. dan Soemitro, R. H. 1986, *Pengantar Ilmu Hukum*, Buku Materi Pokok Modul 1-5 Universitas Terbuka, Karunia, Jakarta
- Rahman, A, 1995, *Doktrin Ekonomi Islam*, Dana Bakti Wakaf , Yogyakarta
- Rivai, V, 2010, *Islamic Banking*, Bumi Aksara, Jakarta,
- Sa'id, M.R.Q, 2004, *Rahasia Sukses Fuqoha*, Mitra Gayatri, Kediri
- Salim H, 2016 , *Teknik Pembuatan Akta Pejabat Pembuat Akta Tanah (Ppat)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta,
- Salim H, 2011 *Perkembangan Hukum Jaminan Di Indonesia*, Raja Grafindo Persada , Jakarta
- Samsaimun, 2018, *Peraturan Jabatan Ppat Pengantar Peraturan Jabatan Pejabat Pembuat Akta Tanah (Ppat) Dalam Peralihanhak Atas Tanah Di Indonesia*, Pustaka Reka Cipta , Bandung
- Satrio, 2014. *Hukum Jaminan, Hak Jaminan Kebendaan, Hak Tanggungan* Buku 2. Citra Aditya Bakti, Bandung
- Shidarta, 2006, *Moralitas Profesi Hukum, Suatu Tawaran Kerangka Berpikir*, Refika Aditama, Bandung
- Shihab, Q, 2002, *Tafsir Al-Misbah* Volume 15, Lentera Hati , Jakarta
- Sjahdeini, S, 1999, *Perbankan Islam dan Kedudukannya dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*, Pustaka Utama Grafiti , Jakarta
- Soekanto, S. dan Sri Mamudji, 2015, *Penelitian Hukum Normatif*, Raja Grafindo Perkasa, Jakarta
- Soemitro, R. H. 1982, *Metodologi Penelitian Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta
- _____, 1990, *Metodologi Penelitian Hukum*, Rineka Cipta , Jakarta
- Soerjono Soekanto, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Perss, Jakarta

- Soewardi, H, 1989, *Koperasi: Suatu Kumpulan Makalah*, Ikopin, Bandung
- Sudarsono, H, 2007, *Bank Dan Lembaga Keuangan Syariah: Deskripsi Dan Ilustrasi*, Ekonisia, Yogyakarta
- Suhendi, H, 2002, *Fiqh Muamalah*, Raja Grafindo Persada , Jakarta
- Sumitro W, 1996, *Asas-asas Perbankan Islam dan Lembaga Terkait*, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- Supriadi. 2015. *Pengertian Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan*. Kencana Prenada Media Group, Jakarta
- Sutarno, 2000, *Aspek-Aspek Hukum Perkreditan Bank*, Alfabeta, Bandung
- Sutedi, A, 2010, *Hukum Hak Tanggungan*, Sinar Grafika, Jakarta
- Suwiknyo, D, 2010 *Kompilasi Tafsir Ayat-Ayat Ekonomi Islam*, Pustaka Pelajar , Yogyakarta
- Suyatno, T, 2001, *Kelembagaan PerbankanI*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta
- Syafei, R, 2006, *Fiqh Muamalah Untuk Uin, Stain, Ptais Dan Umum*, Pustaka Setia, Bandung
- Syamsul Anwar, 2007, *Hukum Perjanjian Syariah (Studi tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat)*, Cetakan Pertama, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- Syukriiska, 2012, *Sistem Perbankan Syariah Di Indonesia Dalam Perspektif Fikih Ekonomi*, Fajar Media Press, Yogyakarta
- Taswan, 2006, *Manajemen Perbankan Konsep, Teknik Dan Aplikasi*, Upp Stim Ykpn, Yogyakarta
- Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan Dan Pengembangan Bahasa, 1989, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta
- Usman, I, 1994, *Istihsan dan Pembaharuan Hukum Islam*, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- Usman, R, 2003, *Aspek-Aspek Hukum Perbankan Di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta
- Wangsawidjaja Z, 2012, *Pembiayaan Bank Syariah*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta

- Widjaja, W. 2012, *Pembiayaan Bank Syariah*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta
- Wiroso, 2005, *Penghimpunan Dana Dan Distribusi Hasil Usaha Bank Syariah*, Grasindo, Jakarta
- Yahman dan Trisadini Prasastinah Usanti, 2011, *Bunga Rampai Hukum Aktual Dalam Prespektif Hukum Bisnis Kontraktual Berimplikasi Pidana dan Perdata*, Mitra Mandiri, Surabaya
- Yusufayus, A, dan Aziz, D, 2009, *Manajemen Operasional Bank Syariah*. Stain Press, Cirebon
- Zahrah, I, 1994, *Ushul Fiqh, terj. Saefullah Ma'shum*, Pustaka Firdaus, Jakarta
- Zuhaili, W, 2002, *Al-Fiqh Al-Islamy Wa Adillatuhu*, Dar Al-Fikr, Beirut
- Zulkifli, S, 2003, *Pendahuluan Praktis Transaksi Perbankan Syariah*, Zikrul Hakim, Jakarta

JURNAL:

- Abduh dan Omar, "Islamic banking and economic growth: the Indonesian Experience". *International Journal of Islamic and Middle Eastern Finance and Management*, 5(1), 35-47 tahun 2012
- Abdul Hamid, "Aplikasi Teori Mashlahah (Maslahat) Najmu al-Dîn al-Thûfi dalam Penyelesaian Sengketa Perjanjian Bisnis di Bank Syariah", *Jurnal AL-ADALAH*, Vol. XII, No. 4, Desember Tahun 2015
- Abu Bakar Siddiq, 2009, "Pengaruh Jumlah Pendapatan, Penyaluran, Tabungan, Nisbah, Dan Bi Rate Terhadap Tingkat Imbal Bagi Hasil Nasabah Dengan Skim *Mudharabah*", Skripsi, Fakultas Ekonomi Dan Ilmu Sosial, Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah, Jakarta
- Agus Hermanto, "Konsep Maslahat dalam Menyikapi Masalah Kontemporer (Studi Komparatif al-Tûfi dan al-Ghazali)", *jurnal AL-ADALAH*, Vol. 14 Nomor 2 Tahun 2017
- Ahmad Zulfikar, "Kekuatan Hukum Jangka Waktu Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan Kredit Mikro pada Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 22 Tahun 2017", *Wajah Hukum*, Volume 3(2), Oktober 2019
- Amira Khairunissa, Kashadi, Yuli Prasetyo Adhi, "Perjanjian Kredit Dengan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (SKMHT) Yang Berakhir Jangka Waktunya Di Perusahaan Daerah Bank Perkreditan Rakyat Kendali Artha Kabupaten Kendal", dalam *Diponegoro Law Review*, Vol. 1, No, 2, Tahun 2013

- Binti A, "Pertumbuhan Perbankan Syariah di Indonesia", *Jurnal Ahkam*, Volume 14 Nomor 1, Juli 2012
- Chapra, Umer, dan Habib Ahmed, Corporate Governance in Islamic Financial Institution. *Ocasional Paper IDB*. Tahun 2002
- Dian Cahyo Wibowo, Gunarto, "Pelaksanaan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (SKMHT) Di Kota Pekalongan", *Jurnal Akta*, Vol. 4, Nomor 2, Juni 2017
- Erni Susana Dan Annisa Prasetyanti, "Pelaksanaan Dan Sistem Bagi Hasil Pembiayaan Al-Mudharabah Pada Bank Syariah," *Jurnal Keuangan Dan Perbankan* 15, No. 3 (2011): 466–78.
- Fadhilah M, "Kajian Fatwa Dewan Syariah Nasional tentang *Mudharabah*", *Journal Of Sharia Economic Law*. Volume 3, Nomor 1, Maret 2020
- Fransisca M, "Analisis Kredit Macet", *Jurnal Administrasi Bisnis*, Vol 5 Nomor 1, Tahun 2019
- Gumilar S, "Memahami Metode Kualitatif", *Jurnal Makara Sosial Humaniora*, Vol. 9, No. 2, Desember tahun 2005
- Hamzah K, "Revitalisasi Teori Maslahat Mulghâh al-Thûfi dan Relevansinya dalam Pembentukan Perundang-Undangan di Indonesia", *Jurnal Ahkam*, Vol. XV, No. 1, Januari 2015
- Harfin Z, "Formulasi Teori Mashlahah dalam Paradigma Pemikiran Hukum Islam Kontemporer", *Jurnal Istinbath*, Vol. 12, No. 1 Desember 2013
- Hatta U, "Prinsip Kehati-Hatian Pejabat Pembuat Akta Tanah Dalam Peralihan Tanah Yang Belum Bersertifikat", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, No. 3 Vol. 24, Juli 2017
- Ika Yulita, 2015, "Perbandingan Tingkat Efisiensi Perbankan Syariah Antara Malaysia dan Indonesia", *Skripsi*, Fakultas Syariah dan Hukum, UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta
- Kartika Soetopo, "Analisis Implementasi Prinsip Bagi Hasil, Risiko Dan Penanganan Pembiayaan Bermasalah Terhadap Pembiayaan Musyarakah Dan Pembiayaan *Mudharabah* (Studi Kasus:Bank Syariah Mandiri Kc Manado)", *Jurnal Accountability*, Vol 5, No 2 Tahun 2016
- Mohammad F, *Penerapan Fatwa Dsn-Mui No.07/Dsn-Mui/Iv/2000 Tentang Mudharabah Di Pt. Bni Syariah Cabang Palu Perspektif Maqasid Syariah*, *Jurnal Studi Agama*, Vol. 19, No. 1, Agustus 2019

- Muhammad Maulana, “Jaminan Dalam Pembiayaan Pada Perbankan Syariah di Indonesia (Analisis Jaminan Pembiayaan Musyarakah Dan Mudharabah)”, *Jurnal Ilmiah Islam Futuravol*. Vol.14 No. 1, Agustus 2014
- Nasrah Mawardi, “Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penetapan Return Bagi Hasil Deposito Mudharabah Mutlaqah: Studi Kasus Pada Unit Syariah Bank X”, *Jurnal Eksis*, Vol.4 No.1, Maret 2008
- Nofinawati, “Perkembangan Perbankan Syariah Di Indonesia”, *Uris*, Volume 14, Nomor 2 Desember 2015
- Nurul Q, “Mudharabah Sebagai Produk Pembiayaan perbankan Syariah Perspektif”, *Journal Of Islamic Banking And Finance*, Vol. 2 No. 2, Tahun 2018
- Saroinsong, A N. “Fungsi Bank Dalam Sistem Penyaluran Kredit Perbankan”. *Jurnal Lex. Privatum*, (Vol.II, No. 3), Agustus 2014.
- Setia W, *Pengertian, Peranan, dan perkembangan Bank Syariah di Indonesia*, “VALUE ADDED”, Vol. 2, No. 1, Maret 2005
- Solachuddin Z, “Analisis Tentang Manajemen Risiko Dalam Operasional Pembiayaan Murāba’ah Di Bmt Amanah”, *Qtishadia*, Vol. 7, No.1, Maret 2014
- Sri Mulyani, 2019, “Angka Waktu Penggunaan Akta Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan Dalam Rangka Pemberian Fasilitas Kredit Perumahan Bersubsidi (Penelitian Di Bank Artha Graha)”, *Tesis*, Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, Medan
- Yoga Arief Setiawan, 2014 , “Tinjauan Hukum Penggunaan Multi Akad Dan Penghitungan Biaya Sewa Penyimpanan (Ijarah) Dalam Transaksi Gadai (Rahn) Di Pegadaian Syariah Menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah Dan Fatwa Dsn Mui”, *Skripsi*, Universitas Padjadjaran, Sumedang
- Yogi H, “Hal-Hal Yang Perlu Diperhatikan Oleh Notaris Dalam Membuat Akta Perjanjian Notariil”, *Jurnal Akta*, Vol 5 No 1, Januari 2018

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN:

- Undang – Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria
- Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang berkaitan Dengan Tanah

Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah

Undang-Undang Nomor 33 Tahun 2014 tentang Jaminan Produk Halal

Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 151 Tahun 2014 Tentang Bantuan Pendanaan Kegiatan Majelis Ulama Indonesia,

Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 8 Tahun 2012 Tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 3 Tahun 1997 Tentang Ketentuan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah

Peraturan Menteri Agraria Dan Tata Ruang/ Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 22 Tahun 2017 Tentang Penetapan Batas Waktu Penggunaan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan Untuk Menjamin Pelunasan Kredit Tertentu

INTERNET:

Bank Tabungan Negara, 2021, *Produk Dana*, <https://www.btn.co.id/id/Syariah-Home>. (diunduh pada tanggal 18 Agustus 2021 Pukul 18:10)

Soekarno, D, 1996, *Amandemen Terhadap UUD 1945*, <http://www.Suarapembaharuan.com>, (diunduh pada tanggal 26 September 2021 pukul 12:31)

Kamus Besar Bahasa Indonesia Online, 2021, *Definisi Bank*, <https://kbbi.web.id/bank> (diunduh pada 07/04/2021, Pukul 15.15 WIB)

Komisi Informasi dan Komunikasi MUI, *Sejarah MUI*, <https://mui.or.id/sejarah-mui/>, (diunduh pada tanggal 26 September 2021 pukul 12:23)

Yusno Otta, 2009, *ISTIHSAN (Telaah Sosio-Kultural Pemikiran Imam Hanafi)*, <https://www.neliti.com/id/publications/240326/istihsan-telaah-sosio-kultural-pemikiran-imam-hanafi>, (diunduh pada 17-05-2020 WIB)

LAINNYA:

Amir Syamsuddin, *Penemuan Hukum ataukah Prilaku Chaos?*, dalam Opini harian Kompas, Sabtu, 5 Januari 2008, halaman. 8

Sumber diperoleh dari wawancara dengan Bapak Arif Hartono sebagai Pimpinan Cabang BTN Syariah Solo pada 26 Juni 2021

Wawancara dengan Bapak Arif Hartono sebagai Pimpinan Kantor Cabang Syariah Solo pada 26 Juni 2021

Wawancara dengan Bapak Arif Hartono sebagai Pimpinan Kantor Cabang Syariah Solo pada 26 Juni 2021

Wawancara dengan Bapak Harfi Widyananto bagian kepala *Commercial dan Small Medium Enterprise* Kantor Cabang Syariah Solo pada 26 Juni 2021

Wawancara dengan Bapak Mahmud sebagai Pimpinan Kantor Pusat Bank Muamalat Indonesia pada 4 Juli 2021

LAMPIRAN

LAMPIRAN I

1. Pertanyaan yang penulis ajukan kepada responden meliputi:

- a. Se jauh mana saudara mengetahui tentang akad pembiayaan *Mudharabah*?
- b. Menurut saudara sejauh mana urgensi atas adanya jeminan dalam Akad Pembiayaan *Mudharabah*?
- c. Menurut saudara praktik atas jaminan pihak debitur (*Mudharib*) yang dibuatkan APHT sudah sesuai dengan konstruksi hukum yang berlaku di Indonesia? Jika iya mohon jelaskan dasar hukum dibuatkannya APHT atas jaminan yang diserahkan oleh debitur dalam akad pembiayaan *Mudharabah*?
- d. Menurut saudara apa faktor yang mengakibatkan maraknya PPAT permohonan APHT kepada BPN atas jaminan pihak *Mudharib* dalam akad pembiayaan *Mudharabah*?
- e. Menurut saudara apakah SKMHT dapat dijadikan dasar yang kuat untuk mengikat jaminan yang diberikan oleh pihak *Mudharib* dalam akad pembiayaan *Mudharabah*