

BAB III

ATURAN HUKUM LEMBAGA JAMINAN DALAM OPERASIONAL PERBANKAN SYARIAH

A. Korelasi Hukum antara Perjanjian Jaminan dengan Perjanjian Pembiayaan di Bank Syariah

Pembebanan jaminan dalam pembiayaan bank syariah merupakan hubungan hukum antara nasabah pembiayaan dan bank syariah. Perikatan yang terjadi bersumber dari perjanjian yang dilangsungkan setelah adanya kesepakatan. Perikatan berdasarkan Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata) dapat terjadi atau dilahirkan dalam dua ketentuan, yakni dilahirkan karena adanya persetujuan atau perjanjian dan adanya aturan perundang-undangan.

Pasal 1233 KUHPerdata

Perikatan lahir karena suatu persetujuan atau karena undang-undang. Perikatan ditujukan untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu.

Pasal 1313 KUHPerdata

Suatu persetujuan adalah suatu perbuatan dimana satu orang atau lebih mengikatkan diri terhadap satu orang lain atau lebih.

Pasal 1352 KUHPerdata

Perikatan yang lahir karena undang-undang timbul dari undang-undang sebagai akibat perbuatan orang.

Mengkaji tentang perikatan yang timbul karena perjanjian, maka terdapat banyak bentuk perjanjian yang ramai dilakukan masyarakat umum baik secara bawah tangan maupun berbentuk akta otentik, atau bisa berbentuk perjanjian antar individu, antar individu dengan institusi, atau juga sesama institusi. Terminologi kontrak dapat didefinisikan yaitu suatu perjanjian yang dilakukan oleh dua pihak atau lebih dengan didasarkan pada kesepakatan atau persetujuan yang melahirkan hubungan hukum berupa perikatan yang didalamnya terdapat hak dan kewajiban yang harus saling dipenuhi. Kontrak dan perjanjian pada dasarnya adalah dua kata yang memiliki arti yang sama, namun dalam penggunaannya atau penempatan kata yang dibahasakan, kata perjanjian cenderung bermakna lebih luas yaitu dapat berbentuk lisan maupun tulisan, sedangkan kata kontrak digunakan lebih mengarah kepada istilah yang merujuk sebuah perjanjian berbentuk tertulis. Walaupun seperti itu, dua kata ini sebenarnya bermakna sama, karena perjanjian adalah terjemahan dalam bahasa Inggris yaitu *contract*.

Suatu perjanjian yang memiliki kekuatan hukum di dalamnya maka akan sangat memperhatikan asas-asas berkontrak. Asas-asas berkontrak dalam hukum di Indonesia yakni asas kebebasan berkontrak, asas konsensualitas, asas pacta sunt servanda, asas itikad baik dan asas kepribadian. Perjanjian pembebanan jaminan yang ada pada perbankan syariah, maka mengikuti asas-asas tersebut yang dapat dijelaskan sebagai berikut:

1. Asas Konsensualitas

Asas fundamental yang menguasai hukum kontrak adalah prinsip konsensualitas, dimana persetujuan-persetujuan dapat terjadi karena penyesuaian kehendak atau konsensus para pihak.¹ Asas ini merupakan asas yang menyatakan bahwa perjanjian dilandaskan pada adanya kesepakatan kedua belah pihak yang berkontrak. Kesepakatan adalah terjadinya persesuaian antara kehendak dan pernyataan yang dibuat oleh masing-masing pihak.² Ketentuan asas konsensualisme dimuat dalam pasal 1320 ayat (1) KUHPerdara bahwa untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat dan prinsip dasarnya adalah kesepakatan dengan bunyi pasal “sepakat mereka yang mengikatkan dirinya”.

Apapun kontrak yang dibuat, dapat dikatakan bahwa kesepakatan bersama merupakan prinsip dasar yang menentukan keabsahan kontrak. Ada empat syarat yang harus dipenuhi sebelum suatu kontrak dapat dinyatakan mengikat secara hukum: kontrak harus dibuat beranjak dari kehendak bebas para pihak, pihak yang membuat kontrak harus memiliki kecakapan hukum untuk bertindak, kontrak harus mengenai hal tertentu dan apa yang diperjanjikan tidak boleh sesuatu yang melawan hukum.³

2. Asas Kebebasan Berkontrak

¹Arfiana Novera dan Meria Utama, *Dasar-dasar Hukum Kontrak dan Arbitrase* (Malang: Tunggul Mandiri Publishing, 2014), h. 16.

²Burhanuddin S., *Hukum Kontrak Syariah* (Yogyakarta: BPFE, 2009), h. 47.

³Rosa Agustina, *et al.*, *Hukum Perikatan (Law of Obligations)* (Denpasar: Pustaka Larasan, 2012), h. 81.

Landasan hukum dari asas kebebasan berkontrak adalah pasal 1338 ayat (1) yaitu “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”.

Kalimat dalam pasal 1338 ini dalam kaitannya dengan asas kebebasan berkontrak, dapat dipahami bahwa setiap perjanjian mengikat kedua belah pihak dan setiap orang dapat leluasa membuat perjanjian apa saja asalkan dalam ruang lingkup aturan yang berlaku atau tidak melanggarnya (seperti melanggar ketertiban umum atau kesusilaan).

Ruang lingkup asas kebebasan berkontrak yakni:⁴

- a. Membuat atau tidak membuat perjanjian
- b. Mengadakan perjanjian dengan siapapun
- c. Menentukan isi perjanjian, persyaratan, dan pelaksanaannya
- d. Menentukan bentuk perjanjian, yakni berbentuk tulisan ataupun lisan

Berlakunya asas kebebasan berkontrak ini pada kenyataannya ternyata tidaklah berlaku mutlak. KUHPerdara memberikan pembatasan mengenai berlakunya asas kebebasan berkontrak, seperti yang dimaksudkan dalam ketentuan pasal 1320 ayat (1) KUHPerdara yang menerangkan bahwa perjanjian tidak sah apabila dibuat tanpa adanya kata sepakat dari para pihak yang membuatnya. Pasal 1320 ayat (2) KUHPerdara dapat dipahami bahwa kebebasan untuk membuat suatu perjanjian dibatasi oleh suatu kecakapan. Pasal 1320 ayat (4) dan Pasal 1337 menerangkan bahwa para pihak tidak bebas membuat

⁴Burhanuddin S., *Hukum Kontrak Syariah*, h. 47.

perjanjian yang menyangkut kuasa yang dilarang oleh Undang- Undang atau bertentangan dengan kesusilaan atau bertentangan dengan ketentuan umum. Pasal 1332 KUHPerdara memberikan arah mengenai kebebasan para pihak untuk membuat perjanjian sepanjang menyangkut objek perjanjian. Menurut ketentuan ini adalah tidak bebas untuk memperjanjikan setiap barang apapun, hanya barang-barang yang mempunyai nilai ekonomis saja yang dapat dijadikan objek perjanjian.⁵

3. Asas Pacta Sunt Servanda

Asas Pacta Sunt Servanda atau disebut juga asas kepastian hukum, bahwasanya perjanjian bersifat mengikat bagi pihak yang melaksanakan kontrak seperti halnya undang-undang. Landasan hukumnya adalah pasal 1338 yang menyebut “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang”. Kemudian dilanjutkan dengan keterangan “suatu perjanjian tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu”.

Di dalam Pasal 1339 KUHPerdara juga dimasukkan asas bahwa di dalam sebuah persetujuan orang menciptakan sebuah kewajiban hukum dan bahwa ia terikat pada janji-janji kontraktualnya serta harus memenuhinya, dipandang sebagai sesuatu yang patut dan bahkan orang tidak lagi mempertanyakan mengapa hal itu demikian. Suatu pergaulan hidup dimungkinkan bila seseorang

⁵Arfiana Novera dan Meria Utama, *Dasar-dasar Hukum...*, h. 16.

dapat mempercayai kata-kata orang lain.⁶ Kewajiban melaksanakan atau tidak melaksanakan sesuatu muncul berdasarkan perjanjian yang dibuat dan disepakati, demikian juga menilai salah satu pihak telah melakukan cedera janji (wanprestasi) harus semata-mata didasarkan pada perjanjian yang ada. Asas ini jika dihubungkan dengan kaidah hukum yurisprudensi dari putusan kasasi MA Nomor 2123/K/Pdt/1996 tanggal 29 Juni 1998 yang menunjukkan abstraksi hukum bahwa dalam menilai ada atau tidaknya cedera janji, maka fokus pemeriksaan hakim harus diarahkan pada ruang lingkup apakah ada perjanjian yang tidak dilaksanakan oleh pihak terkait, suatu kesalahan apabila dalam menerapkan hukum didasarkan diluar isi perjanjian.⁷

4. Asas Itikad Baik

Pasal 1338 KUHPerdara mencantumkan teks untuk keberadaan asas lain selain asas kepastian hukum dan kebebasan berkontrak, yaitu asas itikad baik melalui kalimat “perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik”.

Itikad baik dalam sebuah kontrak dapat tergambar melalui isi kontrak yang tidak melanggar norma yang berlaku seperti kepatutan dan kesusilaan. Unsur kejujuran memerankan posisi yang penting dan utama dalam kapasitas itikad baik. Kejujuran para pihak dalam kontrak ini meliputi pada kejujuran atas

⁶*Ibid.*, h. 15.

⁷Fauzan, *Kaidah-kaidah Hukum Yurisprudensi* (Jakarta: Kencana, 2015), h. 268, dikutip dalam Imron Rosyadi, *Jaminan Kebendaan Berdasarkan Akad Syariah:Aspek Perikatan, Prosedur Pembebanan dan Eksekusi* (Jakarta: Kencana, 2017), h. 15.

kehendak dan tujuan para pihak. Ketidakjujuran salah satu pihak dalam kontrak dapat mengakibatkan kerugian bagi pihak lainnya.

5. Asas Kepribadian

Asas kepribadian merupakan asas yang menetapkan bahwa seseorang yang akan melakukan dan atau membuat kontrak hanya untuk perseorangan saja. Hal ini dapat dilihat dalam pasal 1315 dan pasal 1340 KUHPdata. Menurut pasal 1315, pada umumnya seseorang tidak dapat mengadakan perikatan atau perjanjian selain untuk dirinya sendiri. Pasal 1340 menegaskan bahwa perjanjian hanya berlaku antara pihak yang membuatnya.⁸

Setelah dilakukannya suatu perjanjian atau kontrak, maka konsekuensi dari adanya perjanjian tersebut adalah munculnya hak dan kewajiban di antara kedua belah pihak yang melakukan perjanjian. Hak dan kewajiban tersebut merupakan akibat hukum dari dilangsungkannya perjanjian yang telah disepakati bersama. Akibat hukum suatu perjanjian pada dasarnya lahir dari adanya hubungan hukum dari perikatan.

Selanjutnya hak dan kewajiban ini tidak lain adalah hubungan timbal balik dari para pihak, yakni kewajiban di pihak pertama merupakan hak bagi pihak kedua, begitu pun sebaliknya, kewajiban di pihak kedua merupakan hak bagi pihak pertama.

⁸Burhanuddin, *Hukum Kontrak Syariah*, h. 48.

Dengan demikian, akibat hukum di sini tidak lain adalah pelaksanaan dari pada suatu perjanjian itu sendiri.⁹

Hak dan kewajiban para pihak yang bertransaksi atau bisa disebut antara pelaku usaha/produsen dan konsumen tercantum dalam Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen berikut:

Hak konsumen adalah:

- a. hak atas kenyamanan, keamanan, dan keselamatan dalam mengkonsumsi barang dan/atau jasa;
- b. hak untuk memilih barang dan/atau jasa serta mendapatkan barang dan/atau jasa tersebut sesuai dengan nilai tukar dan kondisi serta jaminan yang dijanjikan;
- c. hak atas informasi yang benar, jelas, dan jujur mengenai kondisi dan jaminan barang dan/atau jasa;
- d. hak untuk didengar pendapat dan keluhannya atas barang dan/atau jasa yang digunakan;
- e. hak untuk mendapatkan advokasi, perlindungan, dan upaya penyelesaian sengketa perlindungan konsumen secara patut;
- f. hak untuk mendapat pembinaan dan pendidikan konsumen;
- g. hak untuk diperlakukan atau dilayani secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif;
- h. hak untuk mendapatkan kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian, apabila barang dan/atau jasa yang diterima tidak sesuai dengan perjanjian atau tidak sebagaimana mestinya;
- i. hak-hak yang diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan lainnya.¹⁰

Kewajiban konsumen adalah:

- a. membaca atau mengikuti petunjuk informasi dan prosedur pemakaian atau pemanfaatan barang dan/atau jasa, demi keamanan dan keselamatan;
- b. beritikad baik dalam melakukan transaksi pembelian barang dan/atau jasa;
- c. membayar sesuai dengan nilai tukar yang disepakati;

⁹Arfiana Novera dan Meria Utama, *Dasar-dasar Hukum...*, h 16-17.

¹⁰Pasal 4 UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

- d. mengikuti upaya penyelesaian hukum sengketa perlindungan konsumen secara patut.¹¹

Menurut Pasal 1339 KUHPerdata, suatu kontrak tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan dalam kontrak, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan (diwajibkan) oleh kepatutan, kebiasaan dan undang-undang. Dengan demikian, setiap perjanjian diperlengkapi dengan aturan-aturan yang terdapat dalam undang-undang dan dalam adat kebiasaan (di suatu tempat dan suatu kalangan tertentu), sedangkan kewajiban-kewajiban yang diharuskan oleh kepatutan (norma-norma kepatutan) harus juga dipedulikan.¹²

Perjanjian pembiayaan di bank syariah melahirkan hak dan kewajiban antara bank syariah dengan nasabah pembiayaan. Hak dan kewajiban haruslah tercantum dalam kontrak secara jelas agar tidak terjadi kesalahpahaman dikemudian hari. Klausul hak dan kewajiban dari kedua belah pihak harus benar-benar diketahui dan dipahami untuk terjadinya transaksi yang transparan. Dengan begitu masing-masing pihak diharapkan dapat bertanggung jawab dalam perjanjian yang disepakati.

Berdasarkan hukum perdata terdapat berbagai perbedaan perjanjian sebagaimana yang terkait dengan hukum perikatan, perjanjian dibedakan satu dengan yang lainnya. Salah satu perbedaannya yang sering dikemukakan adalah mengenai adanya perjanjian pokok dan perjanjian tambahan atau disebut perjanjian *accessoir*.

¹¹Pasal 5 UU tentang Perlindungan Konsumen

¹²Arfiana Novera dan Meria Utama, *Dasar-dasar Hukum...*, h. 17.

Kedua jenis perjanjian tersebut terutama ditemukan dalam suatu kegiatan utang-piutang, yakni proses penyaluran dana lembaga perbankan.

Rutten dalam Salim HS menyebut perjanjian pokok adalah perjanjian-perjanjian yang untuk adanya mempunyai dasar yang mandiri.¹³ Kemudian perjanjian pokok dapat dipahami merupakan perjanjian yang melandasi atau menimbulkan dibuatnya perjanjian lain. Perjanjian lain tersebut adalah perjanjian tambahan. Perjanjian tambahan adalah perjanjian yang dibuat berdasarkan atau berkaitan dengan perjanjian pokok. Perjanjian tambahan terjadi karena adanya perjanjian yang lebih dulu mendasarinya yaitu perjanjian pokok. Contohnya adalah perjanjian pembiayaan sebagai perjanjian pokok dan perjanjian jaminan sebagai perjanjian tambahan.¹⁴

Perjanjian kredit atau pembiayaan pada perbankan syariah sebagai perjanjian pendahuluan, membawa konsekuensi bahwa perjanjian tersebut harus ada sebelum adanya perjanjian ikutan (*accessoir*). Perjanjian pembiayaan menjadi dasar akan eksistensi perjanjian tambahan. Perjanjian pembiayaan pada perbankan syariah merupakan perjanjian obligatoir dimana perjanjian tersebut mengandung adanya kewajiban nasabah pembiayaan (debitur) kepada bank syariah (kreditur). Perjanjian pembiayaan merupakan perjanjian obligatoir yang akan melahirkan hak pribadi/hak perorangan yang bersifat relatif. Dimana hak tersebut hanya dapat ditegakkan pada pihak tertentu yakni pihak yang melaksanakan kontrak. Mengingat hak yang timbul

¹³Salim HS, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia* (Jakarta: Rajawali Press, 2012), h. 29.

¹⁴M, Bahsan, *Hukum Jaminan dan Jaminan Kredit Perbankan Indonesia* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2012), h. 132-133.

dari perjanjian obligatoir adalah hak pribadi yang dimaksud adalah hak tagih sehingga dengan demikian posisi kreditur hanyalah pada posisi konkuren. kreditur mengharapkan keamanan modal dan kepastian hukum dalam realisasi pembiayaannya.

Bank syariah tidak terlepas dari keberadaan risiko pembiayaan. Risiko pembiayaan adalah risiko akibat kegagalan nasabah atau pihak lain dalam memenuhi kewajiban kepada bank sesuai dengan perjanjian yang disepakati. Perbankan syariah membedakan antara dua jenis gagal bayar, yaitu nasabah mampu (gagal bayar sengaja) dan nasabah gagal bayar karena bangkrut yang tidak mampu membayar kembali utangnya karena alasan-alasan yang diakui syariah.¹⁵ Dengan begitu berdasar pada sikap kehati-hatian (*prudent*) dalam menghadapi risiko pembiayaan yakni pembiayaan bermasalah atau *non performing financing*, untuk itu bank syariah dalam memperkuat posisinya mensyaratkan adanya perjanjian pembebanan jaminan kepada nasabah.

Perjanjian jaminan adalah perjanjian yang timbul karena adanya perjanjian pembiayaan. Jadi sifatnya adalah ikutan atau *accessoir* yang diadakan untuk kepentingan perjanjian pokok. Sehingga timbul dan hapusnya bergantung pada perjanjian pokok. Pengertian jaminan adalah suatu tanggungan yang diberikan oleh debitur dan/atau pihak ketiga kepada kreditur untuk menjamin kewajibannya dalam suatu perikatan. Lembaga jaminan ini diberikan untuk kepentingan kreditur guna sikap kehati-hatian dan manajemen risiko melalui suatu perikatan khusus yang

¹⁵Bambang Rianto Rustam, *Manajemen Risiko Perbankan Syariah di Indonesia* (Jakarta: Salemba Empat, 2013), h. 55.

bersifat *accessoir* dari perjanjian pokok oleh debitur dengan kreditur. Dalam praktiknya sering dibuat dalam bentuk perjanjian jaminan yang baik berupa jaminan kebendaan maupun jaminan perorangan, yang ditujukan untuk menjamin perjanjian pokok berupa perjanjian pembiayaan.

Menurut Mariam Darus Badruzaman dikutip oleh Imron Rosyadi, dalam hak kebendaan menganut beberapa asas, yaitu:

1. Asas tertutup, yaitu melekat sifat *limitatif*, sehingga terbatas pada apa yang ditentukan undang-undang, di luar yang ditentukan tidak diperbolehkan membuat perjanjian yang menimbulkan hak kebendaan baru.
2. Asas *droit de suit*, yaitu hak kebendaan mengikuti bendanya ke tangan siapa saja benda itu beralih.
3. Asas publisitas, yaitu terhadap hak kebendaan berlaku prinsip *open baarheid*, yakni kewajiban mengumumkan kepada publik mengenai hak yang dimilikinya seperti untuk benda tetap yang berupa tanah dicatatkan di buku tanah kantor pertanahan.
4. Asas spesialitas, yaitu dalam sebuah kebendaan atas tanah harus ditunjukkan dengan jelas wujud, batas, luas, dan sebagainya.
5. Asas totalitas, yaitu hak kebendaan hanya dapat diletakkan terhadap objeknya secara totalitas, dengan kata lain tidak dapat diletakkan untuk bagian-bagian tertentu saja.

6. Asas *accessoir*, yaitu pelekatan di mana suatu benda lazimnya terdiri dari bagian-bagian yang melekat menjadi satu dengan benda pokok seperti sebuah mesin melekat *spare part* yang menempel padanya.
7. Asas pemisahan horizontal, dalam hal ini menurut UU No. 5 Tahun 1960 yang mengadopsi sistem hukum atas menganut asas pemisahan horizontal. Adapun KUHPerdara menganut asas pemisahan vertikal.
8. Asas dapat diserahkan, hak kepemilikan atas benda mengandung wewenang untuk menyerahkan benda yang dimilikinya.
9. Asas perlindungan, artinya setiap orang yang beritikad baik dalam memperoleh hak kebendaan akan mendapat perlindungan secara hukum, meskipun yang menyerahkan adalah pihak yang tidak memiliki kewenangan.
10. Asas absolut, yaitu ketentuan-ketentuan yang mengatur hukum benda bersifat absolut yakni hak kebendaan wajib dihormati dan ditaati setiap orang.¹⁶

Perjanjian pembebanan jaminan dapat dilakukan melalui bentuk lisan maupun tertulis. Perjanjian pembebanan jaminan dalam bentuk lisan, biasanya dilakukan dalam kehidupan bermasyarakat (antar individu/personal/perorangan), sedangkan perjanjian pembebanan jaminan dalam bentuk tertulis, biasanya dilakukan dalam transaksi lembaga keuangan baik bank maupun non bank.¹⁷ Perjanjian jaminan berkenaan dengan berbagai macam bentuk pengikatan jaminan dalam praktik

¹⁶Mariam Darus Badruzaman, *Mencari Sistem Hukum Benda Nasional* (Bandung: Alumni, 2010), h. 36, dikutip dalam Imron Rosyadi, *Jaminan Kebendaan Berdasarkan Akad Syariah* (Aspek Perikatan, Prosedur Pembebanan dan Eksekusi) (Depok: Kencana, 2017), h. 38-39.

¹⁷Salim HS, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, h. 30.

perbankan di Indonesia termasuk perbankan syariah, senantiasa disyaratkan dalam bentuk tertulis, sebagaimana dalam formulir atau model-model tertentu dari bank atau dituangkan dalam bentuk akta notaris. Untuk kekayaan harta dalam jumlah besar demi kepastian hukum lazim dituangkan dalam akta notaris.¹⁸

Kedudukan perjanjian jaminan yang dikonstruksikan sebagai perjanjian tambahan itu menjamin kuatnya lembaga jaminan tersebut bagi keamanan penyaluran pembiayaan oleh bank syariah. Sebagai perjanjian yang bersifat tambahan memperoleh akibat-akibat hukum seperti:

1. Adanya tergantung pada perjanjian pokok
2. Hapusnya tergantung pada perjanjian pokok
3. Jika perjanjian pokok batal maka ikut batal
4. Ikut beralih dengan beralihnya perjanjian pokok
5. Jika perutangan pokok beralih karena cessi, subrogasi maka ikut beralih juga tanpa adanya penyerahan khusus.¹⁹

Pembebanan jaminan mengikuti terjadinya transaksi utang-piutang. Sifatnya mengikuti dari pendahulunya yang utama dan harus ada yaitu transaksi utang-piutang berupa produk pembiayaan perbankan syariah. Perjanjian pembiayaan dapat berdiri sendiri (independent) dan perjanjian jaminan tidak dapat berdiri sendiri melainkan ada setelah ada pendahulunya sebagai sebab terjadinya. Saat diterapkan adanya

¹⁸Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Jaminan diIndonesia, Pokok-pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan* (Yogyakarta: Liberty Offset, 2011), h. 40.

¹⁹*Ibid.*, h. 37.

jaminan, maka pasti sebelumnya ada transaksi utang-piutang. Sedangkan saat ada transaksi utang-piutang tidak mesti ada jaminan, namun jaminan dalam produk pembiayaan perbankan syariah merupakan bentuk sikap kehati-hatian yang diamanahkan peraturan perundang-undangan serta memang berdampak baik bagi realisasi manajemen risiko pembiayaan.

B. Urgensi Jaminan dalam Produk Pembiayaan Bank Syariah

Lembaga keuangan atau bisa disebut sebagai lembaga intermediasi, berdasarkan kompetensinya dalam menghimpun dana dari masyarakat secara langsung, maka dapat digolongkan menjadi dua bentuk, yakni lembaga keuangan depositori (*depository financial institution*) atau disebut lembaga bank dan lembaga keuangan non depositori (*non depository financial institution*) atau disebut lembaga keuangan bukan bank (LKBB). Lembaga keuangan bank bentuknya ada bank umum dan bank perkreditan rakyat. Sedangkan lembaga keuangan bukan bank seperti pegadaian, koperasi simpan pinjam, pasar modal, perusahaan sewa guna (*leasing*), asuransi, perusahaan modal ventura, dan dana pensiun. Kemudian untuk lembaga keuangan syariah antara lain pegadaian syariah, *Baitul Mal Wat Tamwil* (BMT), Pasar Modal Syariah, Perusahaan Pembiayaan Syariah, Asuransi Syariah dan lain-lain.

Bank merupakan salah satu bentuk lembaga keuangan modern yang tersebar di masyarakat saat ini dan menjadi lembaga populer yang dikenal oleh masyarakat dari kalangan menengah ke bawah sampai kalangan menengah ke atas. Bank dapat

diartikan suatu badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan (tabungan) kemudian menyalurkannya lagi dalam bentuk kredit atau pembiayaan. Jadi bank merupakan lembaga intermediasi antara pihak yang berlebih (*surplus*) dengan pihak yang kekurangan (*deficit*) yang memerlukan bantuan.

Undang-undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah menyebutkan definisi bank sebagai berikut:

Bank adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan/atau bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup.²⁰

Sistem perbankan yang diterapkan di Indonesia adalah berbentuk *dual banking system*. *Dual banking system* adalah terselenggaranya dua sistem perbankan, yakni konvensional dan syariah secara berdampingan yang pelaksanaannya diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku.²¹

Bank Syariah adalah bank yang operasionalnya berdasarkan pada prinsip syariah yang pada dasarnya merupakan suatu bentuk penerapan nilai-nilai syariah dalam bermuamalah pada lembaga keuangan bank. Kehadiran bank syariah adalah upaya untuk menghindarkan masyarakat dari transaksi ribawi dan dapat bertransaksi secara syariah dalam aktivitas perbankan. Hal tersebut menjadi gerakan memasyarakatkan ekonomi syariah dan mensyariahkan ekonomi masyarakat.

²⁰Pasal 1 Angka 2 UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

²¹Muhammad Syarif Hidayatullah, *Perbankan Syariah: Pengenalan Fundamental dan Pengembangan Kontemporer* (Banjarbaru: Dreamedia, 2017), h. 125.

Syariah secara etimologi (bahasa) adalah jalan yang lurus. Sedangkan secara terminologi (istilah) syariah dapat diartikan peraturan-peraturan yang mengatur hubungan antara manusia dengan Allah (*habluminallah*) dan hubungan antara manusia dengan manusia (*habluminannas*). Aktivitas syariah mencakup kegiatan-kegiatan yang mempertimbangkan halal dan haram atau baik dan buruk.

Kata syariah di dalam versi bank syariah Indonesia adalah aturan perjanjian berdasarkan yang dilakukan oleh pihak bank dan pihak lain untuk penyimpanan dana dan/atau pembiayaan kegiatan usaha dan kegiatan lainnya sesuai dengan hukum Islam. Selain itu bank syariah biasa disebut *Islamic Banking* atau *Interest Free Banking*, yaitu suatu sistem perbankan dalam pelaksanaan operasional tidak menggunakan sistem bunga (*riba*), spekulasi (*maisir*), dan ketidakpastian (*gharar*).²²

Secara mendasar bank syariah seperti halnya bank konvensional memiliki tiga fungsi utama yaitu penghimpunan dana (*funding*), penyaluran dana (*lending*) dan jasa keuangan (*financial service*). Namun fungsi tersebut secara operasional memiliki karakter yang berbeda, karena bank syariah berdasar pada prinsip syariah yang dalam syariat Islam diharamkannya transaksi ribawi. Dengan begitu, dalam sistem operasinya bank syariah melaksanakan aktivitas ekonomi dengan tuntunan syariat Islam dan tetap secara ekonomi perbankan, melangsungkan operasional pada transaksi *funding*, *lending* dan *financial service* yang dikontrol aturan syar'i. Transaksi ribawi dengan pembungaan uang yang ada dibank konvensional, diganti dengan akad-akad sesuai syariah pada operasional bank syariah.

²²Zainuddin Ali, *Hukum Perbankan Syariah* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h. 1.

Secara umum dalam dunia perbankan terdapat beberapa prinsip yang menjadi landasan operasional perbankan dalam menjalankan aktivitas ekonominya. Prinsip-prinsip yang dimaksud adalah sebagai berikut:

1. Prinsip kepercayaan (*fiduciary relation principle*), yakni prinsip yang mendasari aktivitas bank untuk menghimpun dana masyarakat. Bank pada saat menjalankan operasionalnya untuk menghimpun dana masyarakat harus mampu menimbulkan kepercayaan (*trust*) kepada para nasabah bahwa dana yang dihimpun akan dikelola berdasarkan prinsip pengelolaan perusahaan yang sehat atau *good corporate governance*.²³

Landasan hukumnya terdapat dalam UU Perbankan dan UU Perbankan Syariah berikut:

Untuk kepentingan nasabah bank wajib menyediakan informasi mengenai kemungkinan timbulnya risiko kerugian sehubungan dengan transaksi nasabah yang dilakukan bank.²⁴

Bank syariah dan UUS wajib memelihara tingkat kesehatan yang meliputi sekurang-kurangnya mengenai kecukupan modal, kualitas aset, likuiditas, rentabilitas, solvabilitas, kualitas manajemen yang menggambarkan kapabilitas dalam aspek keuangan, kepatuhan terhadap prinsip syariah dan prinsip manajemen islami, serta aspek lainnya yang berhubungan dengan usaha bank syariah dan UUS.²⁵

²³Noor Hafidah, *Hukum Jaminan Syariah dan Implementasinya dalam Perbankan Syariah di Indonesia* (Yogyakarta: UII Press, 2017), h. 2.

²⁴Pasal 29 Ayat (4) UU No. 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan UU No. 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan.

²⁵Pasal 51 Ayat (1) UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

2. Prinsip kehati-hatian (*prudential principle*), yakni prinsip yang mengharuskan bank pada saat menyalurkan dana ke nasabah harus berhati-hati dalam kerangka *business judgement rules* atau pertimbangan bisnis terhadap keputusan terbaik yang diambil oleh bank.²⁶

Landasan hukumnya sebagai berikut:

UU No.10 Tahun 1998 berbunyi:

Perbankan Indonesia dalam menentukan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan menggunakan prinsip kehati-hatian.²⁷

UU No 21 Tahun 2008 berbunyi:

Perbankan Syariah dalam melakukan kegiatan usahanya berasaskan Prinsip Syariah, demokrasi ekonomi, dan prinsip kehati-hatian.²⁸

Prinsip Kehati-hatian adalah pedoman pengelolaan bank yang wajib dianut guna mewujudkan perbankan yang sehat, kuat, dan efisien sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.²⁹

3. Prinsip kerahasiaan (*secrecy principle*), yakni prinsip yang mendasari bahwa bank dalam menjalankan aktivitas ekonominya wajib merahasiakan keterangan mengenai nasabah penyimpanan dan simpanannya. Namun demikian, kewajiban merahasiakan data nasabah tidak berlaku mutlak,

²⁶ Noor Hafidah, *Hukum Jaminan Syariah...*, h. 2.

²⁷ Pasal 2 UU No. 10 UU Perbankan

²⁸ Pasal 2 UU Perbankan Syariah.

²⁹ Penjelasan Pasal 2 UU Perbankan Syariah.

melainkan dapat dikecualikan atau dibuka atau dengan alasan-alasan yang diakui secara hukum.³⁰

Landasan hukumnya sebagai berikut:

Pasal 41

Bank dan Pihak Terafiliasi wajib merahasiakan keterangan mengenai Nasabah Penyimpan dan Simpanannya serta Nasabah Investor dan Investasinya.

Pasal 42

- (1) Untuk kepentingan penyidikan pidana perpajakan, pimpinan Bank Indonesia atas permintaan Menteri Keuangan berwenang mengeluarkan perintah tertulis kepada Bank agar memberikan keterangan dan memperlihatkan bukti tertulis serta surat mengenai keadaan keuangan Nasabah Penyimpan atau Nasabah Investor tertentu kepada pejabat pajak.
- (2) Perintah tertulis sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus menyebutkan nama pejabat pajak, nama nasabah wajib pajak, dan kasus yang dikehendaki keterangannya.

Pasal 43

- (1) Untuk kepentingan peradilan dalam perkara pidana, pimpinan Bank Indonesia dapat memberikan izin kepada polisi, jaksa, hakim, atau penyidik lain yang diberi wewenang berdasarkan undang-undang untuk memperoleh keterangan dari Bank mengenai Simpanan atau Investasi tersangka atau terdakwa pada Bank.
- (2) Izin sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diberikan secara tertulis atas permintaan tertulis dari Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia, Jaksa Agung, Ketua Mahkamah Agung, atau pimpinan instansi yang diberi wewenang untuk melakukan penyidikan.
- (3) Permintaan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) harus menyebutkan nama dan jabatan penyidik, jaksa, atau hakim, nama tersangka atau terdakwa, alasan diperlukannya keterangan, dan hubungan perkara pidana yang bersangkutan dengan keterangan yang diperlukan.³¹

4. Prinsip mengenal nasabah (*know your customer principle*), yakni prinsip yang mengharuskan pihak bank untuk mengenal dan mengetahui identitas nasabah

³⁰Noor Hafidah, *Hukum Jaminan Syariah...*, h. 3

³¹Pasal 41 – 43 UU Perbankan Syariah.

terutama bonafiditas pribadi nasabah dan/atau bidang usahanya, termasuk mencermati setiap transaksi yang mencurigakan yang dilakukan oleh nasabah. Landasan hukumnya terdapat dalam Peraturan Bank Indonesia No. 3/10/PBI/2001 tentang Penerapan Prinsip Mengenal Nasabah. Tujuan utama penerapan prinsip tersebut selain untuk melindungi bank dari berbagai aktivitas bisnis yang bertentangan dengan hukum dan merugikan bank, juga untuk melindungi nama baik dan reputasi lembaga keuangan.

Mengingat adanya prinsip “*No Risk No Return*” maupun “*Hight Risk Hight Return*” dalam dunia bisnis yang memang diakui dalam ilmu ekonomi, maka hal tersebut juga berlaku pada bank syariah. Dari keempat prinsip yang telah disebutkan di atas, maka menjadi suatu yang begitu signifikan dalam pengendalian risiko pembiayaan yang disebut prinsip kehati-hatian dalam perbankan (*prudential banking principle*). Prinsip ini menjadi landasan yang urgen untuk diperhatikan dan mampu diterapkan agar operasional dapat berjalan dengan ideal dan stabil. Amanat diperintahkannya prinsip kehati-hatian pada perbankan di Indonesia terdapat dalam undang-undang perbankan seperti UU No.10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas UU No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan dan UU No 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Menurut Veithzal Rivai dan Andria Permata Veithzal bahwa prinsip kehati-hatian merupakan prinsip untuk melindungi pembiayaan dari berbagai permasalahan

dengan cara mengenal *customer* baik melalui identitas calon *customer* maupun dokumen pendukung informasi dari calon *customer*.³²

Permadi Gandapradja mengartikan prinsip kehati-hatian adalah konsep yang memiliki unsur sikap, prinsip, standar kebijakan dan teknik manajemen risiko bank yang sedemikian rupa, sehingga dapat menghindari akibat sekecil apapun yang dapat membahayakan atau merugikan *stakeholder*, terutama para nasabah deposan dan bank sendiri.³³

Melihat pada definisi di atas, maka prinsip kehati-hatian adalah landasan manajemen risiko yang bertujuan untuk menjaga dana masyarakat atau nasabah deposan agar tetap aman dan tidak mengalami kerugian untuk terciptanya stabilitas keuangan bagi bank.

Bank syariah sebagai lembaga intermediasi atau lembaga yang menghimpun dana dari masyarakat, memperhatikan hal itu maka bank syariah perlu untuk mengelola kegiatan usahanya berdasarkan prinsip kehati-hatian dengan penerapan yang optimal. Berbeda dengan bank konvensional dalam penyaluran dananya menggunakan istilah kredit, di bank syariah penyaluran dana cenderung menggunakan istilah pembiayaan.

Pembiayaan adakalanya dengan mengambil keuntungan berdasarkan margin seperti dalam akad jual beli *murābahah*, *salam*, *istishna'*. Lalu *ujrah* (upah/biaya

³²Veithzal Rivai dan Andri Permata Veithzal, *Islamic Financial Managemen: Teori, Konsep dan Aplikasi* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2008), h. 149-150.

³³Permadi Gandapradja, *Dasar dan Prinsip Pengawasan Bank* (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2004), h 21.

sewa) dalam akad *ijarah*. Kemudian juga dikenal pembiayaan yang menggunakan prinsip bagi hasil, yaitu pembiayaan melalui akad *musyārahah* dan *mudhārabah*. Kedua akad pembiayaan berdasar bagi hasil ini dilihat dari ciri khasnya sangat berbeda sekali dengan akad yang lain. Di antara perbedaan menonjol adalah bahwa bank syariah dalam penyaluran dananya kepada nasabah penerima pembiayaan tidak dapat dipastikan memperoleh keuntungan tertentu (modal pembiayaan ditambah *return*) sebagaimana dalam skim 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 skim 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 nisbah bagi hasilnya berbentuk persentase seperti 50:50, 60:40, 70:30 dan lain-lain.

Prinsip syariah dalam sistem perbankan syariah selain melarang transaksi riba, juga melarang transaksi yang didasarkan pada motif spekulasi, artinya harus selalu berkaitan dengan kegiatan riil. Sistem ekonomi syariah secara ideal adalah berbasis equitas, oleh karena itu aktiva produktif bank syariah seharusnya lebih didominasi oleh pembiayaan yang bersifat *equity financing* yaitu *musyārahah* dan *mudhārabah* yang lebih dikenal sebagai pembiayaan dengan prinsip bagi hasil (*profit and loss*

sharing). Pembiayaan dengan prinsip bagi hasil ini memiliki keterkaitan langsung dengan sektor riil karena pembiayaan bank langsung ditujukan pada kegiatan ekonomi riil yang diharapkan memberikan nilai tambah yang dapat dibagi hasilkan. Pembiayaan yang berdasarkan *debt financing* atas dasar jual beli seperti *murabahah*, *salam*, dan *isthisna'* serta *ijarah muntahiyah bit tamlik* pada dasarnya juga terkait langsung dengan sektor riil. Namun dampak nilai tambah ekonomi yang ditimbulkan lebih kecil dibandingkan dengan pembiayaan bagi hasil

Atas dasar manajemen risiko dalam skema pembiayaan, maka umumnya bank syariah sangat berhati-hati dalam melakukan penyaluran dana melalui skim ini. Apalagi kalau mengingat bahwa bank syariah sebagaimana bank konvensional merupakan lembaga intermediasi keuangan. Dimana dana yang dikelola oleh bank sebagian besar merupakan dana pihak ketiga (nasabah deposan/penabung) baik yang berupa produk tabungan, giro, maupun deposit dan baik akad *wadi'ah* maupun *mudhārabah*. Sebagaimana lazimnya juga, bahwa dana nasabah tersebut sewaktu-waktu atau dalam jangka waktu tertentu akan diambil kembali oleh nasabah deposan.

Sebagai bentuk penerapan aktual sikap kehati-hatian bank dalam melakukan penyaluran dananya melalui skema pembiayaan melalui bagi hasil ini, sebelum memberikan pembiayaan, bank syariah harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan, dan prospek usaha dari nasabah debitur

Peraturan perundang-undangan di Indonesia mengatur masalah jaminan dalam rangka pelaksanaan prinsip kehati-hatian (*prudential banking principle*) yang harus

diterapkan oleh lembaga perbankan termasuk bank syariah. Peraturan tersebut seperti aturan yang ada dalam UU No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana telah dirubah dengan UU No. 10 Tahun 1998, UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, Peraturan dari Bank Indonesia dan KUHPerdota.

UU No. 10 Tahun 1998 berbunyi:

...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 mengembalikan pembiayaan dimaksud sesuai dengan yang diperjanjikan.³⁴

Kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah yang diberikan bank mengandung risiko, sehingga dalam pelaksanaannya bank harus memperhatikan asas-asas perkreditan atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah yang sehat. Untuk mengurangi risiko tersebut, jaminan pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah 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 kredit, 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.³⁵

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.³⁶

³⁴Pasal 8 Ayat 1 UU No 10 Tahun 1998 tentang Perbankan.

³⁵Penjelasan Pasal 8 Ayat 1 UU tentang Perbankan.

³⁶Pasal 12 Huruf a Ayat (1) UU tentang Perbankan.

UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah berbunyi:

Bank syariah dan UUS dalam melakukan kegiatan usahanya wajib menerapkan prinsip kehati-hatian.³⁷

Selanjutnya dalam Peraturan Bank Indonesia (PBI) No. 5/7/PBI/2003 tentang kualitas Aktiva Produktif Bagi Bank Syariah pasal 2 (ayat 1) dan penjelasannya.

Penanaman dana Bank Syariah pada Aktiva Produktif wajib dilaksanakan berdasarkan prinsip kehati-hatian.³⁸

Yang dimaksud dengan prinsip 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 memhayar.³⁹

KUH Perdata pasal 1131 dan pasal 1132 berikut ini:

Segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatannya perseorangan.⁴⁰

Kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan padanya; pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi bagi menurut keseimbangan yaitu menurut besar-kecilnya piutang masing-masing kecuali apabila di antara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan.⁴¹

Setiap pembiayaan yang akan disalurkan pada nasabah tidak lepas dari tahapan-tahapan proses pemberian pembiayaan, ada 4 (empat) tahapan, yaitu:

³⁷Pasal 35 Ayat (1) UU tentang Perbankan Syariah.

³⁸Pasal 2 Ayat (1) PBI No5/7/PBI/2003 tentang Kualitas Aktiva Produktif bagi Bank Syariah.

³⁹Penjelasan Pasal 1 PBI tentang Kualitas Aktiva Produktif bagi Bank Syariah.

⁴⁰Pasal 1131 KUHPerdata

⁴¹Pasal 1132 KUHPerdata

1. Tahap sebelum pemberian pembiayaan diputuskan oleh bank, yaitu tahap bank mempertimbangkan permohonan pembiayaan calon debitur, ini disebut tahap analisa pembiayaan
2. Tahap setelah pembiayaan diputuskan pemberiannya oleh bank dan kemudian penuangan keputusan ke dalam perjanjian pembiayaan serta dilaksanakannya pengikatan agunan untuk pembiayaan yang diberikan ini. Tahap ini disebut tahap dokumentasi pembiayaan.
3. Tahap setelah perjanjian pembiayaan ditandatangani oleh kedua belah pihak dan dokumentasi pengikatan agunan pembiayaan telah selesai dibuat serta selama pembiayaan itu digunakan oleh nasabah debitur sampai tenor belum berakhir. Tahap ini disebut tahap pengawasan dan pengamanan pembiayaan.
4. Tahap setelah pembiayaan menjadi bermasalah yaitu tahapan penyelamatan dan penagihan pembiayaan.

Tahap pertama sampai tahap ketiga adalah tahap-tahap preventif atau tahap-tahap pencegahan bagi bank agar pembiayaan tidak jadi bermasalah, sedangkan tahap keempat adalah tahap represif setelah pembiayaan menjadi bermasalah. Ini artinya bank melangsungkan operasional *screening*⁴², kemudian dilakukan *monitoring*⁴³ dan

⁴²*Screening* (penyaringan) dalam pembiayaan dilakukan dengan adanya aplikasi analisis pembiayaan untuk penilaian terhadap nasabah yang memang layak untuk menerima pembiayaan dari bank dan termasuk pula cara bank untuk meminimalisir terjadinya *non performing financing/problem financing* (pembiayaan bermasalah) yang akan merugikan pihak bank.

⁴³*Monitoring* (pemantauan) merupakan proteksi dalam pembiayaan. Bentuk-bentuk *monitoring* dalam pembiayaan adalah sebagai berikut: *on disk monitoring* adalah pemantauan yang

jika terjadi pembiayaan bermasalah maka dilakukan tindakan penanganan seperti penagihan. Pada tahap analisa kelayakan nasabah pembiayaan., sebelum pemberian pembiayaan diputuskan oleh bank, yaitu tahap bank mempertimbangkan permohonan pembiayaan calon debitur. Pemberian pembiayaan tidak akan lepas dari analisis kredit atau penilaian pembiayaan yang dilakukan sebelum pembiayaan tersebut dikucurkan kepada calon nasabah debitur, yakni suatu proses untuk menganalisis atau menilai suatu permohonan pembiayaan yang diajukan oleh calon debitur sehingga memberikan keyakinan kepada bank bahwa proyek yang akan dibiayai dengan pembiayaan bank cukup layak (*feasible*).

Sebagaimana bank konvensional, bank syariah dalam melakukan peluncuran pembiayaan dilakukan dengan berpegang pada prinsip kehati-hatian seperti disampaikan dengan adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur hal tersebut yang wujudnya dalam pembiayaan ialah *The Five C's of Credit Analysis* atau yang dikenal dengan prinsip 5C, suatu prinsip yang cukup klasik yang sampai saat ini masih dipergunakan sebagai pedoman dalam pemberian pembiayaan.

Corak pertumbuhan ekonomi yang banyak diwarnai oleh kegiatan lahirnya perjanjian kredit bank, memberikan suatu akurasi, bahwa dana yang dipasok oleh pihak bank harus diamankan seketat mungkin mengingat dana tersebut berasal dari kantong masyarakat dan juga mengingat prinsip ketahanan yang ditekankan oleh

bersifat administratif, *on side monitoring* adalah pemantauan lapangan atau pemantauan secara langsung melihat ke tempat lokasi usaha dari nasabah yang menerima pembiayaan., dan *exeption monitoring* adalah ,emberikan tekanan atau dorongan terhadap hal-hal yang masih belum dijalankan agar selanjutnya dapat dijalankan.

Undang-Undang Perbankan. Perjanjian pembiayaan yang dirakit perlu pengamanan yang mantap seiring dengan prinsip ketahanan yang diacu oleh pihak bank selaku lembaga keuangan. Pemberian fasilitas produk pembiayaan ini memerlukan jaminan demi keamanan pemberian pembiayaan tersebut.

Undang-undang No. 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-undang No. 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan dan Undang-undang No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah telah mengamanatkan agar bank syariah senantiasa berpedoman pada prinsip kehati-hatian dalam melaksanakan kegiatan usahanya, termasuk dalam operasional pembiayaan dengan pengadaan barang jaminan (agunan) di dalamnya. Jaminan berbentuk harta benda milik nasabah termasuk dalam hal yang diperhitungkan dalam analisis kelayakan penyaluran dana atau prinsip 5C.

Dengan demikian dalam aturan perbankan telah diintegrasikan teori ekonomi prinsip 5C ke dalam beberapa ketentuan pasal-pasal Perbankan untuk selanjutnya menjadi pedoman bagi bank umumnya dan bank syariah khususnya dalam realisasi pembiayaan. Prinsip 5C bertujuan untuk mengetahui kemampuan dan kemauan nasabah untuk membayar angsuran dengan tepat waktu. Dengan begitu analisis dengan prinsip 5C merupakan bentuk analisis pembiayaan yang menganalisis dari segi kualitatif (kemauan bayar) dan kuantitatif (kemampuan bayar) yang merupakan operasional *screening*

Screening yang dilakukan di bank syariah selain analisis menggunakan prinsip 5 C, juga ada *screening* tambahan yakni *screening syariah*, atau terdapat “S”

sebagai poin tambah dalam analisis pembiayaan, yaitu syariah. Beberapa hal yang harus dipertimbangkan terlebih dahulu dalam *screening syariah* yaitu: apakah objek yang akan dibiayai halal? apakah proyek menimbulkan kemudharatan untuk masyarakat? apakah proyek berkaitan dengan perbuatan asusila? apakah proyek tersebut berhubungan dengan perjudian? apakah usaha terkait dengan industri senjata ilegal? dan apakah proyek tersebut merugikan syiar Islam baik secara langsung maupun tidak langsung?⁴⁴ Analisis dengan prinsip 5C + S sebagai berikut:

1. *Character* adalah keadaan watak/sifat/tabi'at dari nasabah sebagai penerima pembiayaan.
2. *Capacity* adalah kemampuan nasabah dalam menjalankan usahanya guna meraih keuntungan demi lancarnya pembayaran.
3. *Capital* adalah modal sendiri yang dimiliki oleh nasabah termasuk dalam asset-aset ekonomis.
4. *Condition* adalah keadaan usaha yang berhubungan dengan stabilitas ekonomi.
5. *Collateral* adalah harta benda yang dimiliki nasabah pembiayaan dan dijadikan sebagai jaminan untuk diserahkan kepada bank.
6. *Syariah* adalah kelayakan usaha yang dibiayai dilihat dari kehalalannya yaitu sesuai dengan prinsip syariah.⁴⁵

⁴⁴ Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah: dari Teori ke Praktik* (Jakarta: Gema Insani, 2009), h. 33-34.

⁴⁵ Muhammad Syarif Hidayatullah, *Perbankan Syariah...*, h. 151.

Collateral menjadi salah satu bagian analisis yang penting diperhatikan. *Collateral* adalah suatu jaminan dan jaminan yang dimaksud disini bukanlah jaminan perorangan melainkan jaminan kebendaan atau bisa disebut agunan yang merupakan harta benda milik nasabah pembiayaan, karena jaminan kebendaan disebut *collateral*, sedangkan jaminan perorangan disebut *guarantee*. *Collateral* merupakan bentuk analisis kuantitatif atau kemampuan bayar, karena dapat menjadi ukuran kemampuan nasabah pembiayaan dan juga *collateral* atau barang jaminan akan menjadi pembayaran pelunasan pembiayaan jika nasabah mengalami pembiayaan bermasalah yang memang sudah tidak mampu bayar, selain itu juga dapat dikategorikan analisis kualitatif atau kemauan bayar, karena dengan adanya harta benda milik nasabah yang dititipkan atau ditahan di bank syariah, maka dapat menimbulkan keseriusan dan kesungguhan untuk mengelola bisnis yang dijalankan dan membayar angsuran setiap bulannya.

Adanya jaminan dalam pembiayaan merupakan upaya guna memperkecil risiko, dimana jaminan merupakan sarana perlindungan bagi keamanan kreditur yaitu kepastian hukum akan pelunasan hutang debitur atau pelaksanaan suatu prestasi oleh debitur. Pemberian jaminan kebendaan selalu menyendirikan suatu bagian dari kekayaan seseorang dan menyediakannya guna pemenuhan kewajiban. Adanya jaminan kebendaan yang menentukan dengan jelas benda tertentu yang diikat dalam perjanjian jaminan memberikan kepada kreditur suatu hak terhadap benda yang diikat untuk mendapatkan pelunasan terlebih dahulu dari kreditur lainnya dengan cara

mengeksekusi benda jaminan tersebut, apabila debitur tidak mampu lagi membayar utangnya.⁴⁶

Adiwarman A. Karim menyebutkan kriteria barang jaminan, yakni:

- a. Objek adalah barang milik nasabah
- b. Objeknya spesifik dalam ukuran, karakter dan nilai (berdasar pada nilai pasar yang nyata)
- c. Objek bisa dipindahkan oleh bank meskipun tidak dimanfaatkan oleh bank.⁴⁷

Penjelasan lain tentang hal tersebut memaparkan bahwa pertimbangan yang dilakukan oleh bank terhadap kriteria barang jaminan yakni persyaratan *marketable* dan *secured*. *Marketable* disini artinya pada saat dieksekusi, jaminan tersebut mudah dijual atau diuangkan untuk melunasi seluruh utang debitur. Kemudian persyaratan *secured* berarti benda jaminan pembiayaan dapat diikat secara yuridis formal, sesuai dengan ketentuan hukum dan perundang-undangan. Jika kemudian hari terjadi wanprestasi, bank punya kekuatan secara yuridis untuk melakukan tindakan eksekusi.⁴⁸

Selain penilaian secara hukum yang biasanya dilakukan oleh bank dalam realisasi pembiayaan yang diikuti dengan perikatan jaminan, bank melakukan penilaian secara ekonomi seperti jenis dan bentuk jaminan, kondisi objek jaminan

⁴⁶Yosue Sengkey, “ Kedudukan Bank Sebagai Pemegang Jaminan Kebendaan Terhadap Adanya Penangguhan Eksekusi Objek Jaminan”, *Lex Privatum* 3, no. 4 (2015): h. 6.

⁴⁷Adiwarman A. karim, *Islamic Banking: Fiqh and Financial Analysis* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2005), h. 106.

⁴⁸Irma Devita Purnama Sari, *Kiat-kita Cerdas, mudah, dan Bijak Memahami Masalah Hukum Jaminan Perbankan* (Bandung: Mizan Pustaka, 2014), h. 19.

pembiayaan kemudahan pengalihan kepemilikan objek jaminan pembiayaan, tingkat harga yang jelas dan prospek pemasaran.

Fungsi Jaminan secara yuridis adalah kepastian hukum pelunasan pembiayaan di dalam perjanjian tersebut atau kepastian realisasi suatu prestasi dalam suatu perjanjian, dengan mengadakan perjanjian penjaminan melalui lembaga-lembaga jaminan yang dikenal dalam hukum Indonesia. Menurut M. Bahsan fungsi jaminan dalam pembiayaan yakni sebagai pengamanan pelunasan pembiayaan, sebagai pendorong motivasi debitur, dan fungsi yang terkait dengan pelaksanaan ketentuan perbankan.⁴⁹ Dengan demikian dapat dipahami secara sederhana bahwa barang yang dijaminakan haruslah bernilai ekonomis dan yuridis.

Bank syariah selaku kreditur memiliki hak untuk menuntut pemenuhan piutangnya terhadap harta kekayaan nasabah pembiayaan selaku debitur yang dipakai sebagai jaminan. Selanjutnya hak pemenuhan dari kreditur itu dilakukan dengan cara penjualan benda-benda yang diikat sebagai jaminan pembiayaan, bahwa hasilnya setelah dieksekusi dengan tujuan pembayaran sisa pelunasan atau pemenuhan hutang. Inilah yang diberikan oleh hak kebendaan yang memberikan kekuasaan langsung terhadap bendanya. Dalam jaminan kebendaan, piutang yang terjadi lebih dulu diutamakan pemenuhannya dari piutang yang terjadi sesudahnya atau belakangan dan inilah yang disebut hak *preference*. Jika terjadi pertemuan antara jaminan kebendaan

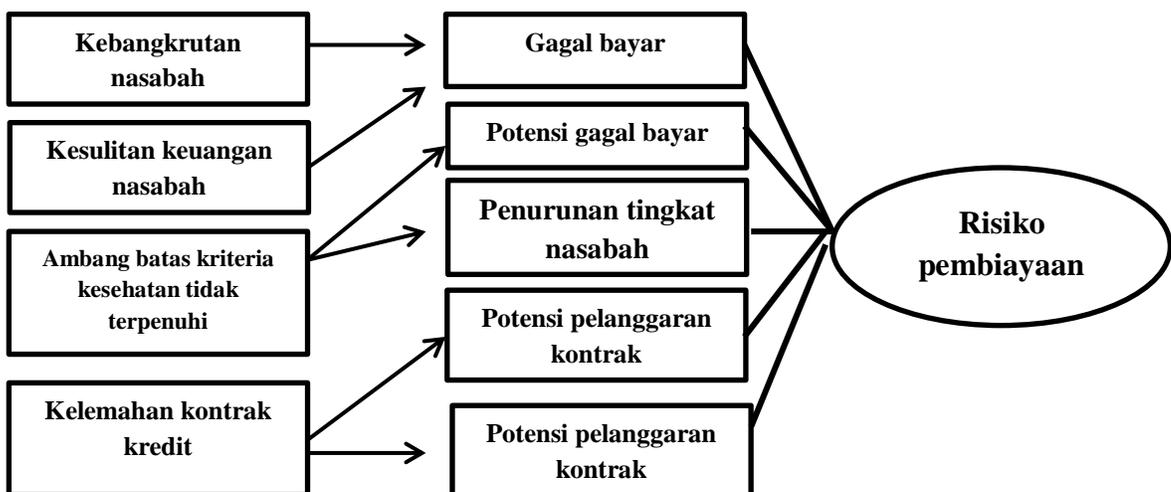
⁴⁹M. Bahsan, *Hukum Jaminan dan Jaminan Kredit Perbankan Indonesia* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2012), h. 103-105.

dengan jaminan perorangan, pada dasarnya jaminan kebendaan lebih didahulukan dan diutamakan daripada jaminan perorangan.

Risiko pembiayaan terjadi karena gagal bayar yang disebabkan oleh kesulitan keuangan atau kebangkrutan yang dialami oleh nasabah pembiayaan. Selain itu, apabila pemenuhan batas kriteria kesehatan debitur tidak terpenuhi, maka akan berpotensi menimbulkan gagal bayar dan penurunan peringkat nasabah akibat penurunan kinerja nasabah. potensi risiko pembiayaan juga dapat muncul akibat kontrak pembiayaan yang lemah sehingga menyebabkan pelanggaran kontrak pembiayaan⁵⁰

Gambar 3.1

Korelasi Masing-masing Aspek yang dalam Risiko Pembiayaan



Sumber: Ikatan Bankir Indonesia, *Mengelola Bisnis Pembiayaan Bank Syariah* (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2015), h. 84.

⁵⁰Ikatan Bankir Indonesia, *Mengelola Bisnis Pembiayaan Bank Syariah* (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2015), h. 83.

Bagian akhir dari suatu siklus pembiayaan yakni pelunasan pembiayaan. Pelunasan pembiayaan idealnya terjadi sesuai dengan tenor pembiayaan yang disepakati dalam akad pembiayaan. Namun dapat pula terjadi tidak sesuai dengan akad. Tidak sesuai dengan tenor akad bisa terjadi pelunasan dini/dipercepat dari pada tenor yang ditentukan di awal akad atau bahkan melewati tenor yang telah disepakati.

Nasabah yang memiliki dana berlebih dan ingin segera menyelesaikan siklus pembiayaannya dapat mengajukan pelunasan dini atau pelunasan dipercepat di bank syariah. Saat hal tersebut terjadi di bank konvensional, maka akan dikenakan *penalty* atau denda, karena saat terjadi pelunasan dipercepat di bank konvensional, maka yang demikian sama halnya memangkas keuntungan bank konvensional dan merupakan kerugian finansial bagi bank konvensional karena sumber dan penarikan keuntungan berasal dari bunga kredit pada transaksi pinjaman uang serta merupakan tindakan yang dianggap melanggar isi kontrak (*wanprestasi*) oleh bank konvensional. Sedangkan jika hal itu terjadi di bank syariah, maka sama sekali tidak ada *penalty* atau denda, karena saat terjadi pelunasan dipercepat di bank syariah, maka yang demikian sama halnya mempercepat keuntungan yang tertunda bagi bank syariah, karena sumber dan penarikan keuntungan berasal dari margin pada transaksi jual beli barang secara kredit yang harga jual telah diketahui dari awal kontrak.

Pelunasan dapat pula terjadi di luar jadwal yang telah ditentukan dalam akad pembiayaan karena munculnya pembiayaan bermasalah atau *problem financing/non performing financing*. Jika terjadi demikian, maka bank syariah wajib berupaya

memperbaiki kualitas pembiayaan nasabah secara optimal dengan kinerja yang profesional. Tujuan akhirnya adalah penyelamatan pembiayaan sehingga menjadi sehat kembali.⁵¹

Cara yang dapat ditempuh oleh bank syariah dalam penyelamatan pembiayaan pada pembiayaan untuk tujuan penggunaan produktif dengan penggunaan jumlah yang besar bisa berbentuk restrukturisasi pembiayaan, yakni upaya perbaikan yang dilakukan oleh bank terhadap nasabah pembiayaan yang mengalami kesulitan memenuhi kewajiban. Kriteria nasabah dalam restrukturisasi pembiayaan yakni nasabah pembiayaan berpotensi atau telah mengalami kesulitan pembayaran angsuran, nasabah pembiayaan memiliki itikad baik dan kooperatif, dan nasabah pembiayaan memiliki prospek usaha yang baik dan diproyeksikan mampu memenuhi kewajiban setelah direstrukturisasi. Cara lainnya adalah dengan likuidasi jaminan, yaitu pencairan jaminan atas fasilitas pembiayaan nasabah pembiayaan untuk menurunkan atau melunasi kewajiban pembiayaan nasabah ke bank syariah. likuidasi jaminan dapat dilakukan melalui penjualan jaminan maupun penebusan jaminan. Selain dua cara sebelumnya dapat pula terjadi penyelesaian pembiayaan melalui pihak ketiga, maksudnya adalah dilakukan melalui lembaga peradilan dalam lingkungan peradilan agama.

Jaminan kebendaan atau agunan merupakan jalan keluar kedua “*second way out*” untuk menyelamatkan pembiayaan yang diberikan kepada nasabah apabila

⁵¹*Ibid.*, h. 131.

nasabah tidak dapat melunasi kewajibannya. Namun begitu, jaminan itu sendiri juga mengandung risiko pada saat akan dieksekusi yang dijelaskan sebagai berikut:

1. Keabsahan kepemilikan jaminan atau harta yang dijaminkan
2. Pengikatan tidak sempurna sehingga menempatkan bank sebagai kreditur konkuren.
3. Masalah taksasi nilai jaminan. Pada saat eksekusi jaminan dilakukan, tidak jarang nilai likuidasi jaminan tidak cukup menutupi *outstanding* kewajiban debitur karena:
 - a. Penilai atau *appraisal over estimate* terhadap nilai agunan.
 - b. Bank tidak melakukan *up date* nilai (hertaksasi) jaminan dan tidak meminta tambahan jaminan apabila jaminan yang sudah diserahkan diketahui tidak lagi mencukupi *outstanding* pembiayaan debitur.⁵²

Lembaga-lembaga jaminan yang ada di Indonesia memiliki hak parate eksekusi atau eksekusi langsung dengan peraturan perundang-undangan yang menjadi payung hukumnya masing-masing. Parate eksekusi adalah pelaksanaan eksekusi yang dilakukan sendiri oleh kreditur tanpa melalui putusan/vonis hakim. Parate eksekusi atau eksekusi langsung, terjadi apabila seorang kreditur menjual barang-barang tertentu milik debitur tanpa mempunyai titel eksekutorial. Maka demikian hal tersebut merupakan pengeksekusian berupa penjualan barang jaminan saat terjadi

⁵²Ikatan Bankir Indonesia, *Mengelola Bisnis Pembiayaan Bank Syariah*, h. 84-85.

wanprestasi berupa tak terbayarkannya kewajiban nasabah pembiayaan (debitur) kepada bank syariah (kreditur) dengan kekuasaan sendiri tanpa melalui keputusan hakim.

Kreditur yang menginginkan implementasi suatu perjanjian dari seorang yang tidak memenuhi kewajibannya, pada dasarnya harus minta bantuan pengadilan. Untuk merealisasikan eksekusi wajib untuk memenuhi satu syarat, yaitu izin dari hakim. Ini adalah sebagai akibat berlakunya suatu asas hukum yang berbunyi “*Nemo Judex Idoneus in propria Causa*” yang artinya tidak seorangpun dapat menjadi hakim yang baik bagi dirinya sendiri. Namun dengan adanya parate eksekusi maka memberikan kepastian hukum dan kedudukan kreditur yang terjamin dan semakin terlindungi apabila debitur cedera janji, karena debitur seperti telah menyisihkan sebagian atau seluruh harta kebendaannya untuk pelunasan hutangnya di kemudian hari.

Parate eksekusi dalam lembaga jaminan gadai berlandaskan pada pasal 1155

Ayat (1) KUH Perdata:

Bila oleh pihak-pihak yang berjanji tidak disepakati lain, maka jika debitur atau memberi gadai tidak memenuhi kewajibannya, setelah lampaunya jangka waktu yang ditentukan, atau setelah dilakukan peringatan untuk pemenuhan janji dalam hal tidak ada ketentuan tentang jangka waktu yang pasti, kreditur berhak untuk menjual barang gadainya dihadapan umum menurut kebiasaan-kebiasaan setempat dan dengan persyaratan yang lazim berlaku, dengan tujuan agar jumlah utang itu dengan bunga dan biaya dapat dilunasi dengan hasil penjualan itu.⁵³

⁵³Pasal 1151 KUHPperdata.

Parate eksekusi dalam lembaga jaminan fidusia berlandaskan pada Undang-undang Jaminan Fidusia:

Apabila debitur atau pemberi fidusia cidera janji, eksekusi terhadap benda yang menjadi objek jaminan fidusia atas kekuasaannya sendiri.⁵⁴

Parate eksekusi dalam lembaga jaminan hipotik berlandaskan pada pasal 1178

Ayat (2) KUHPerduta:

Namun diperkenankan kepada pemegang hipotik pertama untuk pada waktu diberikannya hipotik dengan tegas minta diperjanjikan bahwa, jika utang pokok tidak dibayar, ia secara mutlak akan dikuasakan menjual persil yang diperikatkan, dimuka umum, untuk mengambil pelunasan utang pokok maupun bunga serta biaya dari pendapatan penjualan itu. Janji tersebut harus dibukukan dalam register-register umum, sedangkan penjualan lelang harus dilakukan menurut cara sebagaimana diatur dalam pasal 1211.⁵⁵

Hak parate eksekusi dalam hipotik, disyaratkan bahwa hal tersebut harus dengan tegas diperjanjikan. Jadi harus ada kejelasan dan ketegasan klausul eksekusi langsung dalam perjanjian. Lalu terkait dengan objek hipotik berkenaan parate eksekusi, bahwasanya objek hipotik saat ini hanya berlaku pada benda berupa kapal dengan volume kotor paling sedikit 20 m³. Hal ini sebagaimana diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Dagang (KUH Dagang):

Kapal-kapal Indonesia yang berukuran paling sedikit 20 m³ (duapuluh meter kubik) isi kotor, dapat dibukukan didalam suatu register kapal menurut ketentuan-ketentuan yang akan ditetapkan dalam suatu undang-undang; Dalam undang-undang ini harus pula diatur tentang caranya peralihan hak milik dan penyerahan akan kapal-kapal atau kapal-kapal dalam pembuatan

⁵⁴Pasal 15 Ayat (3) Undang-undang No42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

⁵⁵pasal 1178 Ayat (2) KUHPerduta

yang dibukukan dalam register kapal tersebut, dan andil-andil dalam kapal-kapal atau kapal-kapal dalam pembuatan seperti itu dapat diletakkan hipotik. Atas kapal-kapal yang disebutkan dalam ayat kesatu, tidak dapat diletakkan gak gadai. Atas kapal-kapal yang dibukukan tak berlakulah pasal 1977 Kitab Undang-undang Hukum Perdata.⁵⁶

Lembaga hipotik yang masih berlaku khusus setelah lahirnya UUHT adalah kapal ukuran 20 m³ atau lebih seperti yang diatur dalam KUH Perdata, KUH Dagang dan UU tentang Pelayaran. Hal demikian karena sifat Kapal dengan ukuran tersebut dianggap sebagai benda tetap atau tidak bergerak.⁵⁷

Parate eksekusi dalam lembaga jaminan hak tanggungan berlandaskan pada Undang-undang Hak Tanggungan:

Apabila debitur cidera janji, pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual objek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut.⁵⁸

Parate eksekusi dalam lembaga jaminan resi gudang berlandaskan pada Undang-undang Sitem Resi Gudang (SRG):

Apabila pemberi Hak Jaminan cedera janji, penerima Hak Jaminan mempunyai hak untuk menjual objek jaminan atas kekuasaan sendiri melalui lelang umum atau penjualan langsung.⁵⁹

⁵⁶Pasal 314 KUHDagang.

⁵⁷I Made Soewandi, *Balang Lelang:Kewenangan Balai Lelang dalam Penjualan Jaminan Kredit Macet* (Yogyakarta: Yayasan Gloria,2005), h. 14.

⁵⁸Pasal 6 Undang-undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan dengan Tanah.

⁵⁹Pasal 16 Ayat (1) Undang-undang No. 9 Tahun 2006 tentang Sistem Resi Gudang Sebagaimana telah dirubah dengan Undang-undang No. 9 Tahun 2011

Memperhatikan dengan keberadaan peraturan hukum yang menaungi setiap lembaga jaminan yang telah disebutkan di atas berkenaan dengan pengekseskuan barang jaminan, maka dengan demikian memiliki kekuatan hukum yang jelas serta kepastian hukum dalam operasionalnya. Peraturan perundang-undangan tersebut menjadi dasar dan pedoman dalam menjalankan proses penjaminan dalam kategori jaminan kebendaan. Gadai, jaminan fidusia, hipotik, hak tanggungan dan jaminan resi gudang memiliki legalitasnya masing-masing yang menunjukkan eksistensinya dalam hukum jaminan.

Cara penjualan barang jaminan atau agunan dapat dilakukan sebagai berikut:

- a. Penjualan barang jaminan di bawah tangan, yakni penjualan langsung tanpa melalui proses lelang baik dilakukan oleh nasabah pembiayaan maupun bank itu sendiri.
- b. Penjualan barang jaminan dengan cara lelang, yakni penjualan barang jaminan melalui pelelangan umum dengan harga minimal sebesar nilai limit lelang yang telah ditentukan, dan bertujuan menurunkan atau melunasi kewajiban pembiayaan nasabah pembiayaan.⁶⁰

Penjualan harta benda yang dijaminan oleh nasabah pembiayaan yang wanprestasi berupa terjadinya *non performing financing*, dapat dilakukan dengan cara penjualan dibawah tangan maupun dengan cara lelang. Baik penjualan di bawah tangan maupun lelang (penjualan dimuka umum) adalah pilihan dalam penerapannya, walaupun secara undang-undang penjualan dimuka umum atau lelang lebih

⁶⁰Ikatan Bankir Indonesia, *Mengelola Bisnis Pembiayaan Bank Syariah*, h. 132.

diamanatkan secara yuridis, karena memang dilakukan oleh pejabat berwenang yang memiliki kompetensi secara hukum dalam melaksanakan penjualan berbentuk lelang barang jaminan. Dalam penjualan barang jaminan, jika hasil penjualan ternyata melebihi jumlah sisa angsuran pembayaran nasabah, maka kelebihan tersebut akan dikembalikan kepada nasabah, namun jika hasil penjualan kurang atau belum cukup meng-*cover* sisa angsuran yang harus dibayarkan, maka nasabah perlu menambah pembayaran untuk menutupi kekurangannya.

Sebenarnya secara ekonomis selain amanat dalam pandangan yuridis, bahwasanya dengan pelelangan umum yang merupakan penjualan dengan pembeli adalah penawar harga tertinggi, diharapkan dapat diperoleh yang tinggi pula. Akan tetapi pada kenyataannya pelelangan tidak selalu mencapai harga yang lebih tinggi, dibandingkan dengan penjualan di bawah tangan.

Penjualan dibawah tanganpun di atur diatur dan dilindungi secara hukum jika itu adalah kesepakatan antara kedua belah pihak yang bertransaksi (pemberi jaminan dan penerima jaminan) yaitu pada Pasal 20 ayat (2) ⁶¹ Undang-undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan

⁶¹*Atas kesepakatan pemberi dan pemegang Hak Tanggungan, penjualan objek Hak Tanggungan dapat dilaksanakan di bawah tangan jika dengan demikian itu akan diperoleh harga tertinggi yang menguntungkan semua pihak.*

dengan Tanah dan Pasal 29 Ayat (1) Huruf c⁶² Undang-undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

Proses lelang dalam pelaksanaannya dapat dilakukan melalui dua cara. *Pertama* adalah proses lelang secara langsung melalui balai lelang. Proses lelang ini hanya dapat dilaksanakan jika tidak ada kemungkinan bantahan dari pemilik asset (bisa rumah atau barang lainnya) dan barang yang akan dilelang tersebut dikuasai oleh pemohon lelang (tidak perlu ada pengosongan lagi). Pemohon lelang dapat mengajukan permohonan lelang kepada balai lelang swasta atau pemerintah. Namun, jika melalui balai lelang swasta, harus mendapat bantuan dari Kantor Lelang Negara selaku pelaksana (juru lelang). Jadi balai lelang swasta tersebut hanya membantu untuk menyiapkan dokumen-dokumen yang diperlukan. *Kedua* adalah proses lelang melalui penetapan pengadilan. Proses lelang melalui pengadilan dilakukan apabila jaminan atau barang yang akan dilelang dalam kondisi masih dikuasai oleh pemilik jaminan atau pemilik barang (belum dikosongkan) dan adanya indikasi perlawanan dari pemilik jaminan atau pemilik barang.⁶³

Balai lelang dapat dterbagi menjadi dua macam, yaitu balai lelang swasta dan kantor lelang negara. Pelaksanaan lelang barang jaminan melalui balai lelang swasta dapat dilakukan langsung dengan pengurusan ke kantor lelang negara yakni Kantor

⁶²*Apabila debitur atau Pemberi Fidusia cidera janji, eksekusi terhadap benda yang menjadi objek Jaminan Fidusia dapat dilakukan dengan cara:....(c) penjualan di bawah tangan yang dilakukan berdasarkan kesepakatan Pemberi dan Penerima Fidusia jika dengan cara demikian dapat diperoleh harga tertinggi yang menguntungkan para pihak.*

⁶³Irma Devita Purnama Sari, *Kiat-kita Cerdas...* h.. 64-65.

Pelayanan Kekayaan Negara yang berada di bawah Direktorat Jenderal Kekayaan Negara (DJKN) Kementerian Keuangan Republik Indonesia (Kemenkeu-RI) atau dapat pula melalui balai lelang swasta sebagai mediator penghubung yang mengurus segala persyaratan pelelangan ke KPKNL. Lelang barang jaminan yang telah dilakukan pengikatan lembaga jaminan sebelumnya, maka termasuk dalam kategori lelang eksekusi yang menjadi kewenangan kantor lelang negara sebagai pejabat kelas I untuk kompetensi tersebut..

Pejabat lelang adalah orang yang berdasarkan Badan Hukum Indonesia berbentuk Perseroan Terbatas (PT) yang khusus didirikan untuk melakukan kegiatan usaha di bidang lelang. Pejabat lelang kelas I adalah pejabat lelang pegawai Direktorat Jenderal Kekayaan negara yang berwenang melaksanakan lelang eksekusi, lelang noneksekusi wajib, dan lelang noneksekusi sukarela. Pejabat lelang kelas II adalah pejabat lelang swasta yang berwenang melaksanakan lelang noneksekusi sukarela.⁶⁴

- a. Lelang eksekusi adalah lelang untuk melaksanakan putusan/penetapan pengadilan, dokumen-dokumen lain yang dipersamakan dengan itu, dan/atau melaksanakan ketentuan dalam peraturan perundang-undangan.
- b. Lelang noneksekusi wajib adalah lelang untuk melaksanakan penjualan barang yang oleh peraturan perundang-undangan diharuskan dijual secara lelang.
- c. Lelang noneksekusi sukarela adalah lelang atas barang milik swasta, orang atau badan hukum/badan usaha yang dilelang secara sukarela.⁶⁵

⁶⁴Pasal 1 Angka 14, 15, & 16 PMK No. 106/PMK.06/2013 tentang Perubahan atas Peraturan Menteri Keuangan No. 93/PMK.06/2010 tentang Petunjuk Pelaksanaan Lelang.

⁶⁵Pasal 1 Angka 4, 5, & 6 PMK No. 106/PMK.06/2013. tentang Perubahan atas Peraturan Menteri Keuangan No. 93/PMK.06/2010 tentang Petunjuk Pelaksanaan Lelang.

Tabel 3.1

Bea Lelang (PP RI No. 44 Thn. 2003 Tgl. 31 Juli 2003 tentang Tarif atas Jenis Pendapatan Negara Bukan Pajak yang Berlaku pada Departemen Keuangan)

Jenis Lelang	Bea Lelang	
	Penjual	Pembeli
Lelang Eksekusi	1%	1%
Lelang Non Eksekusi	Rp. 100.000	1%
Lelang Balai Lelang di Luar Kawasan Berikat	0,3%	0%
Lelang Balai Lelang di dalam Kawasan Berikat	0,1%	0%
Lelang Batal:		
Instansi Pemerintah	Rp.0	-
Di luar Instansi Pemerintah	Rp. 50.000	-

Penjualan barang jaminan tidaklah selalu berjalan lancar, melainkan bisa saja terjadi permasalahan di dalamnya. Disaat dilakukan eksekusi langsung atas barang jaminan nasabah wanprentasi, maka dapat terjadi penolakan dari nasabah yang tidak rela barang jaminannya dieksekusi penjualan dan pada akhirnya melakukan gugatan ke pengadilan. Jika hal itu terjadi, maka hal itulah yang akan menjadi sengketa. Ketika sengketa terjadi, maka perlu tindakan penyelesaian lebih lanjut agar sengketa

tersebut tidak menjadi masalah yang besar dan dapat diselesaikan tanpa merugikan pihak perbankan.

Penyelesaian sengketa memiliki arti memutuskan perselisihan atau pertengkaran. Pada zaman modern sekarang ini, telah banyak berdiri lembaga penyelesaian sengketa yang akan membantu masyarakat dalam menyelesaikan permasalahannya yang berhubungan dengan kasus perdata. Lembaga atau badan hukum tersebut memiliki otoritas dalam menghasilkan putusan baik berupa perdamaian maupun peradilan.

Penyelesaian sengketa perbankan syariah dapat dilakukan melalui dua jalur, yaitu jalur litigasi dan non litigasi. Penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi merupakan mekanisme penyelesaian perkara melalui jalur pengadilan dengan menggunakan pendekatan hukum (*law approach*) melalui aparat atau lembaga penegak hukum yang berwenang sesuai dengan aturan perundang-undangan. Sedangkan penyelesaian sengketa melalui jalur non litigasi (di luar pengadilan) adalah menggunakan mekanisme yang hidup di dalam masyarakat yang bentuk dan macamnya sangat bervariasi, seperti cara musyawarah, perdamaian, kekeluargaan, penyelesaian adat dan lain sebagainya.⁶⁶

Fatwa DSN-MUI dalam bagian isi berkenaan dengan kemungkinan terjadinya sengketa antara nasabah dan dengan Lembaga Keuangan Syariah termasuk bank syariah didalamnya, memuat dua cara penyelesaian, yaitu dengan cara musyawarah

⁶⁶Hasbi Hasan, *Kompetensi Peradilan Agama dalam Penyelesaian Perkara Ekonomi Syariah*, Jakarta: Gramata Publishing, 2010), h. 142

dan jika tidak ditemukan kesepakatan maka melalui Badan Arbitrase Syariah. Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) adalah sebuah lembaga alternatif di luar pengadilan dalam perihal penyelesaian sengketa atau perkara yang berhubungan dengan kegiatan bisnis syariah yang dapat timbul dalam hubungan perdagangan, industri, keuangan syariah (lembaga keuangan bank maupun non bank), jasa dan lain-lain lain yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa, dan para pihak sepakat secara tertulis untuk menyerahkan penyelesaian sengketa kepada Basyarnas sesuai dengan prosedur Basyarnas. dengan adanya tujuan perdamaian diantara pihak yang bersengketa.

Basyarnas adalah perubahan nama dari Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (Bamui) dan merupakan lembaga yang otonom dan independen. Selain Basyarnas di Indonesia terdapat pula lembaga arbitrase lain yang menangani sengketa secara umum, yakni Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) yang pendiriannya diprakarsai oleh Kamar Dagang dan Industri (Kadin). Selain melalui lembaga arbitrase, penyelesaian sengketa di luar pengadilan (non litigasi) juga dapat dilakukan dengan alternatif penyelesaian sengketa (*alternative dispute resolution*) dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.⁶⁷

⁶⁷ Lihat Pasal 1 Angka 10 Undang-undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Konsultasi adalah kegiatan perundingan antara pihak yang bersengketa dengan seorang konsultan atau penasehat hukumnya. Negosiasi adalah kegiatan melakukan persetujuan dari kepentingan masing-masing secara kompromis. Mediasi adalah kegiatan bertemunya dua pihak yang bersengketa dengan adanya pihak ketiga sebagai mediator dalam rangka melakukan pembicaraan mencari penyelesaian yang lebih baik dan mediator tidak berwenang untuk memutus sengketa, melainkan hanya membantu para pihak untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang dikuasakan kepadanya.. Konsiliasi adalah kegiatan penciptaan penyesuaian pendapat dan penyelesaian suatu sengketa dengan suasana persahabatan yang dilakukan di pengadilan sebelum dimulainya persidangan

Saat terjadi konflik dalam perbankan syariah baik antara bank syariah dengan nasabah atau pihak-pihak terkait lainnya dikarenakan terdapat wan prestasi dalam transaksi atau kerjasama yang dilakukan, hingga menjadikan adanya persengketaan, maka perkara perdata tersebut dapat dilimpahkan pada Basyarnas sebagai lembaga arbitrase dan itu merupakan penyelesaian sengketa diluar pengadilan.

Pengadilan Agama sebagai salah satu lembaga peradilan yang ada di Indonesia, mengalami perubahan strateegis sebagai respon atau perkembangan hukum dan kebutuhan di masyarakat, terutama menyangkut ekonomi syariah seiring kehadiran Undang-undang No. 23 Tahun 2006. Sebelum lahirnya Undang-undang No. 23 Tahun 2006, kewenangan pengadilan agama hanya terbatas pada masalah kawin, cerai waris, dan rujuk yang diatur dalam UU No. 7 Tahun 1989.

Pasal 49 Undang-undang No. 3 Tahun 2006 menyebutkan bahwa peradilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqah dan ekonomi syariah.

Dengan demikian, sebelum adanya undang-undang tersebut sengketa ekonomi syariah adalah masuk dalam kewenangan lingkungan peradilan umum. Namun, ketika dikaitkan dengan UU No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, maka dalam perkara Perbankan Syariah masih adanya dualisme dalam penyelesaian

untuk menghindari litigasi (ADR yang dapat dilakukan dalam proses non ADR). Penilaian ahli adalah kegiatan meminta pendapat yang mengikat dari lembaga arbitrase atas hubungan hukum tertentu dari suatu perjanjian.

sengketanya antara Pengadilan Agama dan Pengadilan Umum. Hal tersebut tertuang dalam bunyi UU Perbankan Syariah sebagai berikut:

- 1) penyelesaian sengketa Perbankan Syariah dilakukan oleh Pengadilan dalam lingkungan peradilan agama.
- 2) dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai akad.
- 3) penyelesaian sengketa sebagaimana ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah.⁶⁸

Keberadaan Pasal 55 Ayat (2) Undang-undang No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah ini menjadi sebab munculnya pilihan penyelesaian sengketa (*choice of forum*). Karena menurut penjelasan UU No 21 Tahun 2008 yang dimaksud dengan penyelesaian sengketa dilakukan sesuai akad adalah upaya sebagai berikut: a. Musyawarah, b. Mediasi perbankan, c. Melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) atau lembaga arbitrase lain, dan/atau d. Melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan umum.⁶⁹

Adapun penyelesaian huruf (d) yaitu penyelesaian melalui pengadilan lingkungan peradilan umum menimbulkan persoalan, karena kedua lembaga peradilan tersebut merupakan peradilan negara yang melakukan tugas litigasi. Maka dengan ketentuan tersebut, disatu sisi memberikan kewenangan kepada pengadilan dalam lingkungan peradilan agama, tapi disisi lain membuka *choice of law* dengan memberikan pilihan penyelesaian ke pengadilan dalam lingkungan peradilan umum.

⁶⁸Pasal 55 UU Perbankan Syariah.

⁶⁹Lihat Penjelasan Pasal 55 Ayat (2).

Pencantuman pilihan hukum dalam pelaksanaannya dapat menimbulkan *conflict of dispute settlement* dan hal itu tidak hanya kontraproduktif dengan kepastian hukum, melainkan juga melahirkan kebingungan di masyarakat.⁷⁰

Pasal 55 UU Perbankan Syariah menerangkan tentang proses litigasi dan non litigasi. Berdasarkan ketentuan Pasal 55 ada dua pilihan pengadilan yakni pengadilan agama pada ayat (1) dan pengadilan negeri pada penjelasan ayat (2), akan tetapi penjelasan tersebut telah dibatalkan dan dicabut oleh Mahkamah Konstitusi melalui putusannya nomor 93/PUU-X/2012 yang dibacakan pada tanggal 29 Agustus 2013.⁷¹ Dengan hadirnya putusan MK ini, maka membawa penyelesaian sengketa ekonomi syariah ke lingkungan peradilan lain selain lingkungan peradilan agama adalah menyalahi kompetensi absolut yang telah digariskan oleh norma putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012. Masyarakat non muslim yang menjadi nasabah di perbankan syariah, ketika mereka telah memilih prinsip syariah, maka secara otomatis telah mengikatkan dan menundukkan diri dengan prinsip syariah.⁷²

Pembatalan keberadaan pengadilan negeri dalam sengketa perbankan syariah melalui putusan MK merupakan tindak lanjut dari adanya polemik dualisme dalam penyelesaian sengketa Perbankan Syariah. Putusan Nomor 93/PUU-X/2012 menegaskan bahwa penjelasan pasal 52 Ayat (2) Undang-undang No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki

⁷⁰Imron Rosyadi, *Jaminan Kebendaan...*, h. 44.

⁷¹Ahmadi Hasan, *Sejarah Legislasi Hukum Ekonomi Syariah di Indonesia* (Yogyakarta: LKIS, 2017), h. 139.

⁷²Imron Rosyadi, *Jaminan Kebendaan...*, h. 45.

kekuatan hukum mengikat. Konsekuensi konstitusionalnya dengan dikeluarkannya putusan MK tersebut, maka Pengadilan Agama menjadi satu-satunya pengadilan yang berwenang mengadili perkara Perbankan Syariah.

Nasabah yang melakukan wanprestasi berupa tidak terbayarkannya kewajiban pembayaran angsuran dalam jangka waktu tertentu dikategorikan nasabah yang mengalami *Non Performing financing* (pembiayaan bermasalah). Sehingga dengan begitu perlu dilakukannya penjualan terhadap barang yang dijaminan dalam pembiayaan yang diterima, karena penjualan tersebutlah yang akan dijadikan pembayaran pelunasan kewajiban nasabah. Namun, sengketa terjadi karena nasabah pembiayaan bermasalah tadi menolak untuk dilakukannya eksekusi dan melayangkan gugatan.

Sengketa masalah eksekusi barang jaminan yang diikat dengan hak tanggungan, fidusia, hipotik dan lain-lain, antara bank syariah dan nasabah yang menolak parate eksekusi dengan melakukan gugatan, merupakan kewenangan pengadilan agama dalam menyelesaikannya. Walaupun dari pihak nasabah menginginkan ditangani oleh pengadilan negeri, maka itu tidak boleh dilaksanakan, karena perintah kewenangan absolut perkara ekonomi syariah itu dipegang oleh pengadilan agama adalah perintah undang-undang. Dan jika halnya pengadilan negeri menerimanya sebagai perkara yang mereka tangani, maka putusan bisa diajukan banding ke tingkat lebih tinggi untuk membatalkannya.⁷³

⁷³Wawancara dengan Firman Wahyudi, Hakim Pengadilan Agama Sampit, 14 Juli 2018.

PERMA No. 14 Tahun 2016 tentang Tata Cara Penyelesaian Perkara Ekonomi Syariah menyatakan:

Pelaksanaan putusan perkara ekonomi syariah, hak tanggungan dan fidusia berdasarkan akad syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan agama.⁷⁴

Dengan demikian, perkara sengketa ekonomi syariah termasuk didalamnya permasalahan parate eksekusi di perbankan syariah yang mengalami penolakan dan gugatan dari nasabah pemilik barang jaminan tersebut, maka lembaga peradilan yang berhak dan berwenang dalam menanganinya adalah pengadilan agama.

C. Lembaga Jaminan di Perbankan Syariah dalam Peraturan Perundang-undangan

Hukum jaminan secara general membagi jaminan dalam kategori jaminan umum dan jaminan khusus. Jaminan umum adalah jaminan yang dilahirkan oleh undang-undang, sedangkan jaminan khusus adalah jaminan yang dilahirkan oleh suatu perjanjian. Pembagian lainnya yaitu jaminan *materiil* atau sering disebut dengan jaminan kebendaan dan jaminan *immateriil* atau sering disebut jaminan perorangan. Jaminan kebendaan atau dalam istilah hukum disebut *zakelijke zekerheid* adalah hak mutlak atas suatu benda tertentu, berupa bagian dari harta kekayaan debitur, sehingga memberikan kedudukan *preference* (diutamakan) kepada kreditur

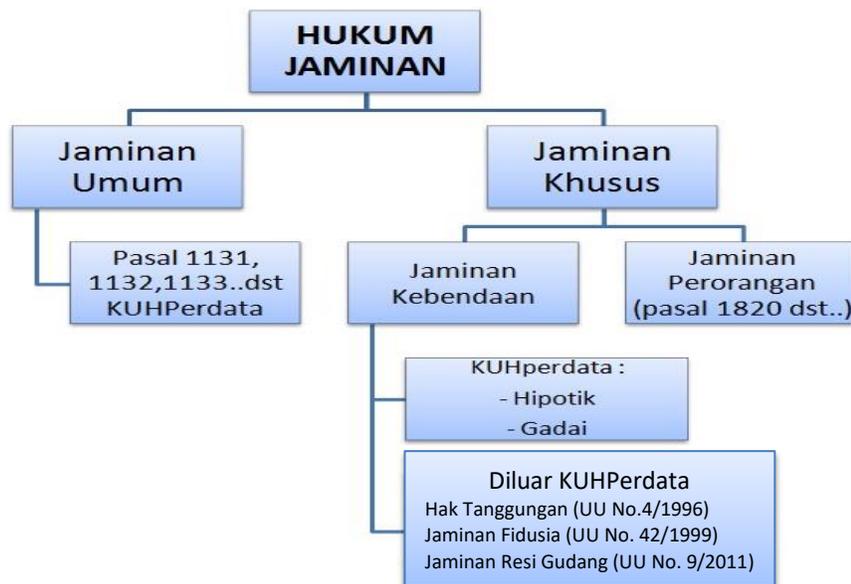
⁷⁴Pasal 13 PERMA No. 14 Tahun 2016 tentang Tata Cara Penyelesaian Perkara Ekonomi Syariah.

daripada kreditur lainnya atas benda tersebut.⁷⁵ Jaminan yang bersifat kebendaan merupakan jaminan yang berupa hak mutlak atas suatu benda yang ciri-cirinya mempunyai hubungan langsung atas benda tertentu dari debitur, dapat dipertahankan terhadap siapapun, selalu mengikuti bendanya dan dapat diperalihkan.⁷⁶

Pengikatan jaminan di lembaga perbankan menggunakan lembaga jaminan yang memang memiliki landasan hukum yang jelas, sehingga dengan begitu, maka lembaga jaminan tersebut memiliki kepastian hukum yang dijamin oleh peraturan perundang-undangan. Mengikuti hal tersebut proses pengeksekusian pun secara paralel menyesuaikan pada karakter tersendiri pada masing-masing jaminan yang terdapat ketentuan payung hukum yang menaunginya.

Gambar 3.2

Hukum Jaminan



⁷⁵Irma Devita Purnamasari, *Kiat-kiat Cerdas...*, h. 4.

⁷⁶Rachmadi Usman, *Aspek-aspek Hukum Perbankan Syariah di Indonesia* (Banjarmasin: Fakultas Hukum Unlam, 2009), h. 289.

Pembagian lembaga jaminan didasarkan pada klasifikasi jenis benda yaitu benda bergerak dan benda tidak bergerak (tetap) yang diatur dalam KUHPerdato. Benda secara definitif yang tercantum dalam KUHPerdato dapat ditemukan pada ketentuan pasal 499 berikut:

Menurut pemahaman undang-undang yang dinamakan kebendaan ialah tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak yang dapat dikuasai oleh hak milik.⁷⁷

Maka dari itu, berdasar keterangan di atas bahwa dalam pandangan KUHPerdato kebendaan dipandang sebagai segala sesuatu yang dapat dikuasai dengan hak milik tanpa mempedulikan jenis atau wujudnya. Berarti penguasaan yang berbentuk dalam hak milik adalah penguasaan yang memiliki nilai ekonomis, sehingga suatu kebendaan yang dapat dimiliki tetapi tidak memiliki nilai ekonomis bukanlah kebendaan yang bisa menjadi jaminan bagi pelaksanaan perikatan atau prestasi⁷⁸ yang dilaksanakan bagi seorang debitur.

Pasal 1131 KUHPerdato berbunyi:

Segala kebendaan yang bergerak dan tak bergerak milik debitur baik yang sudah ada maupun yang akan ada, menjadi jaminan untuk perikatan-perikatan perorangan-perorangan debitur itu.⁷⁹

⁷⁷Pasal 499 KUHPerdato.

⁷⁸Prestasi adalah apa yang menjadi hak kreditur dan kewajiban debitur. Suatu prestasi umumnya terdiri dari beberapa hal berikut: memberikan sesuatu, berbuat sesuatu dan tidak berbuat sesuatu.

⁷⁹Pasal 1131 KUHPerdato.

Klasifikasi benda ke dalam jenis atau golongan benda bergerak dan benda tidak bergerak dibuat dengan tujuan untuk membedakan cara perolehannya, cara penyerahannya dan cara pembebanannya. Sehingga menurut ketentuan KUHPerdara benda dapat dibedakan dalam bentuk berikut:

1. Benda berwujud dan benda tidak berwujud
2. Benda bergerak dan benda tidak bergerak
3. Benda yang dapat dihabiskan dan benda yang tidak dapat dihabiskan.

Terdapat berbagai bentuk pilihan lembaga jaminan yang dapat diterapkan dalam produk pembiayaan bank syariah yang pilihan tersebut tergantung pada penggolongan benda yang dijamin. Karena beda golongan benda yang dijamin, maka beda pula lembaga jaminan yang diterapkan. Lembaga jaminan yang dalam dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia memiliki karakternya masing-masing yang juga didasarkan pada penggolongan benda, apakah benda bergerak atau tidak bergerak.

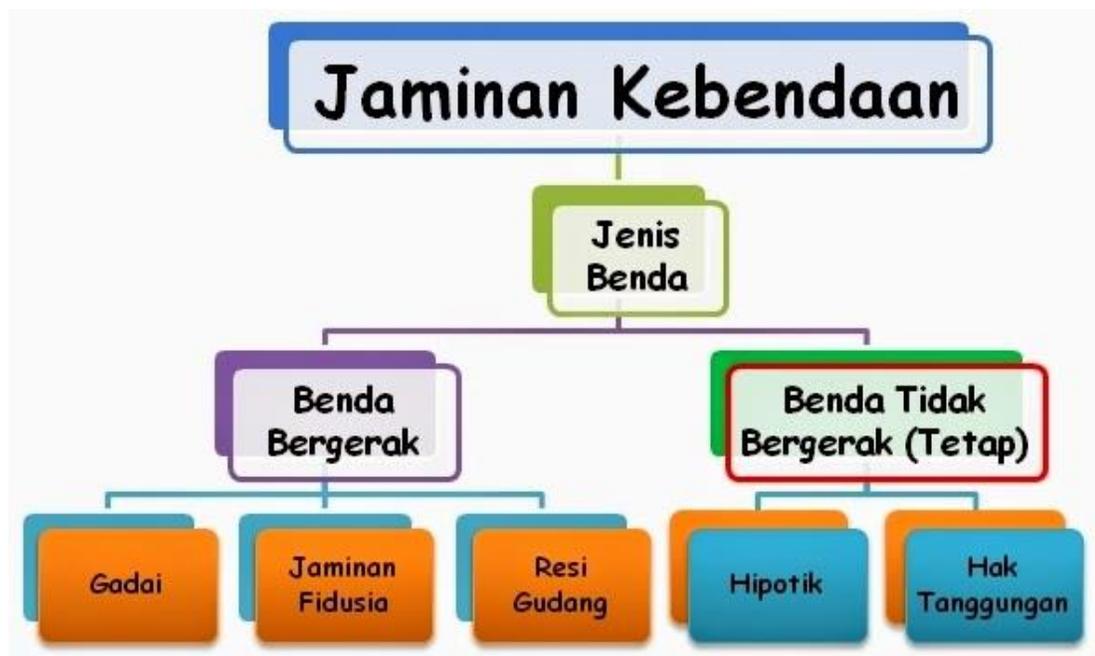
Jaminan Kebendaan dalam tata hukum di Indonesia membagi jenis benda menjadi 2 macam berdasarkan sifatnya, yakni benda bergerak dan benda tidak bergerak.

- 1) Jaminan benda bergerak adalah semua barang yang secara fisik dapat dipindahtangankan, kecuali karena ketentuan undang-undang, barang tersebut ditetapkan sebagai barang tidak bergerak.

- 2) Jaminan benda tidak bergerak (tetap) adalah tanah dan barang-barang lain karena sifatnya oleh undang-undang dinyatakan sebagai benda tidak bergerak, seperti mesin pabrik yang sudah terpasang, kapal laut (dengan bobot/isi tertentu), dan kapal udara (pesawat udara).⁸⁰

Gambar 3.3

Jaminan Kebendaan



Selanjutnya berkenaan dengan jaminan dalam produk pembiayaan, maka dapat dibagi menjadi dua bentuk, yaitu jaminan pokok (utama) adalah barang-barang bergerak maupun tidak bergerak yang dibiayai dengan pembiayaan atau merupakan objek pembiayaan dan jaminan tambahan adalah barang, surat berharga,

⁸⁰Veithzal Rivai & Andria Permata Veithzal, *Islamic Financial Management* (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2008), h. 664.

yang tidak berkaitan langsung dengan objek yang dibiayai, yang ditambahkan sebagai agunan apabila dalam penilaian pembiayaan/analisis pembiayaan, bank belum memperoleh keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan debitur untuk melunasi utangnya sesuai dengan yang diperjanjikan.⁸¹

Pada tataran riil di bank syariah, ketentuan pengikat pada jaminan kebendaan ini masih menggunakan ketentuan yang sama dengan yang diterapkan dalam bank konvensional, hal tersebut karena belum adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur khusus lembaga jaminan yang menaungi transaksi pembiayaan di perbankan syariah. Jika merujuk pada pemaknaan UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah sebagai *lex specialis derogat legi generalis*, maka setiap peraturan lain lain yang belum di atur dalam undang-undang perbankan syariah juga berlaku bagi praktik perbankan di Indonesia. Maka ketentuan penggolongan jaminan hingga pengikatan jaminan dalam bank syariah menggunakan landasan yuridis peraturan perundang-undangan yang berlaku di bank konvensional.⁸²

Lembaga jaminan yang pertama adalah gadai. Gadai secara keperdataan barat dalam sistem hukum di Indonesia diatur dalam *Burgelijk Wetboek* atau KUHPerdota di pasal 1150 – 1160. Gadai adalah salah satu lembaga jaminan kebendaan yang diatur dalam KUHPerdota selain hipotik. Dilihat dari lahirnya aturan tentang hukum jaminan, maka gadai termasuk lembaga jaminan tertua di Indonesia bersama dengan

⁸¹*Ibid.*, h. 665-666.

⁸²Ifa Latifa Fitriani, “Jaminan dan Agunan dalam Pembiayaan Bank Syariah dan Kredit Bank Konvensional”, *Hukum dan Pembangunan*, vol. 47, no.1 (2017); h. 145-146.

hipotik. Dari semua jenis jaminan kebendaan (gadai, fidusia, hipotik, hak tanggungan dan jaminan resi gudang), maka hanya gadai dan hipotik kapal laut yang sampai saat ini masih menggunakan ketentuan yang bersumber dari hukum dari zaman kolonial.

. Berdasarkan Pasal 1150 KUHPerdara dapat dipahami bahwa gadai lahir setelah adanya penyerahan kekuasaan atas obyek gadai yaitu benda bergerak dari debitur (pemberi jaminan) kepada kreditur (pemegang jaminan) dan Kreditur sebagai yang diistimewakan dari kreditur yang lain apabila debitur wanprestasi maka dapat mengambil pelunasan dan hasil penjualan benda jaminan yaitu parate eksekusi. Benda yang menjadi objek penjaminan dengan gadai adalah dalam kategori benda bergerak baik berwujud maupun tak berwujud. Barang-barang yang termasuk dalam jenis benda bergerak berwujud seperti perhiasan (emas, perak, berlian, mutiara intan dll), Barang elektronik (TV, kulkas, laptop, handphone dll), Mesin-mesin (mesin jahit, mesin pembajak sawah, mesin diesel/pembangkit listrik, pompa air dll), kendaraan bermotor (motor, mobil dll), dan benda bergerak lainnya yang bernilai ekonomi, lalu barang bergerak tidak berwujud seperti saham, sertifikat deposito, *cessie*⁸³ dll.

Bentuk pengikatan jaminan dalam gadai adalah menyerahkan bentuk fisik barang secara langsung kepada penerima gadai. Dengan begitu, kreditur mempunyai hak menagih pelunasan piutangnya atas benda yang dijadikan objek gadai. Pengikatan jaminan dengan gadai memberikan hak preferen kepada kreditur sebagai

⁸³Disebut pula penyerahan piutang atas nama, merupakan suatu pengalihan hak tagih.

pemegang gadai, hal itu berarti kreditur akan memperoleh pembayaran didahulukan atas piutangnya dari hasil penjualan objek gadai .

Selanjutnya ada lembaga jaminan hipotik, sama halnya dengan gadai, dasar hukum hipotik tercantum dalam KUHPerdara. Objek hipotik adalah benda benda tidak bergerak yang ditentukan oleh UU. Hipotik tidak lagi berlaku untuk pengikatan tanah setelah keluarnya UU Hak Tanggungan. Saat ini hipotik hanya digunakan untuk mengikat jaminan utang berbentuk kapal laut berukuran bobot 20 m³ atau lebih sesuai dengan ketentuan pasal 314 KUHDagang dan UU No. 21 Tahun 1992 Tentang Pelayaran dengan merujuk pada ketentuan hipotik yang tertulis dalam pasal 1162 KUH Perdata. Lembaga jaminan hipotik untuk pengikatan kapal laut dalam pengikatannya, dilakukan pendaftaran ke kantor Syahbandar. Pengikatan kapal laut melalui hipotik memberikan kepastian hukum bagi kreditur dengan dibuatnya sertifikat hipotik yang dalam implementasinya berupa Akta Hipotik berdasarkan perjanjian utang-piutang dan Akta Kuasa Memasang Hipotik.

Lembaga jaminan hak tanggungan bentuk pengikatannya ditujukan pada objek jaminan berupa benda tidak bergerak berupa tanah beserta benda-benda terkait di atasnya. Berkaitan dengan objek jaminan berupa tanah yang merupakan kategori benda tidak bergerak, maka pengaturannya dimulai dalam Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar-dasar Pokok Agraria (UUPA). Pasal 51 Undang-undang No. 5 Tahun 1960 telah meletakkan dasar yang kuat mengenai lembaga hak jaminan atas tanah. Pasal 51 UUPA pada dasarnya mengisyaratkan agar

setelah disahkan UUPA segera lahir aturan yang mengatur hak tanggungan. Oleh karena aturan yang dimaksud tidak juga hadir, maka berdasarkan Pasal 57 UUPA masih diberlakukan lembaga hipotik sebagaimana dikenal dalam KUHPerdara dan *Credietverband* sebagaimana diatur dalam stb 1908 No. 190 yang diubah dengan stb 1937 No. 190.⁸⁴

Setelah dikeluarkannya Undang-undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan (UUHT), maka hipotik tidak lagi berlaku untuk tanah. Tanah beserta benda-benda terkait dengan tanah menjadi objek pengikatan secara hak tanggungan. 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 kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain.⁸⁵ Pemberian Hak Tanggungan dilakukan dengan pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT) oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT) sesuai dengan undang-undang yang berlaku. APHT yang dibuat oleh PPAT wajib didaftarkan pada Kantor Pertanahan.

⁸⁴Imron Rosyadi, *Jaminan Kebendaan...*, h. 91-92.

⁸⁵Lihat Pasal 1 Ayat (1) UU No. 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan dengan Tanah.

Kemudian ada lembaga jaminan fidusia yang memiliki landasan yuridis Undang-undang No. 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia (UUJF). Sebelum jaminan fidusia dikenal, jaminan yang lazim diberikan pada benda-benda bergerak dan berwujud (seperti mobil, perhiasan emas, atau mesin-mesin dan sejenisnya) menggunakan sistem gadai dengan konsep menyerahkan benda-benda bergerak tersebut dalam penguasaan penerima jaminan (kreditur). Dalam perkembangannya, karena dianggap tidak cocok lagi dengan perkembangan zaman disebabkan jaminan harus diserahkan penguasaannya secara penuh kepada kreditur selaku penerima jaminan. Maka dari itu, lahirlah bentuk jaminan fidusia.⁸⁶

Definisi Fidusia diterangkan dalam UUJF berbunyi bahwa Fidusia adalah pengalihan hak kepemilikan suatu benda atas dasar kepercayaan dengan ketentuan bahwa benda yang hak kepemilikannya dialihkan tersebut tetap dalam penguasaan pemilik benda.⁸⁷ Lebih lanjut jaminan Fidusia adalah hak jaminan atas benda yang bergerak baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud dan benda tidak bergerak khususnya bangunan yang tidak dapat dibebani hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan yang tetap berada dalam penguasaan pemberi fidusia, sebagai agunan bagi pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan diutamakan kepada penerima fidusia

⁸⁶Irma Devita Purnamasari, *Kiat-kiat Cerdas...*, h. 82-83.

⁸⁷Lihat Pasal 1 Angka 1 UU No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

terhadap kreditur lainnya.⁸⁸ Maka berbeda dengan jaminan berbentuk gadai yang barang jaminan secara langsung dikuasai oleh penerima jaminan, sedangkan fidusia bentuknya dengan barang jaminan secara fisik masih di tangan pemilik jaminan dan apa yang dikuasakan kepada penerima jaminan adalah surat bukti sah kepemilikan yang menjadi representasi dari barang itu sendiri seperti BPKB dalam penjaminan kendaraan bermotor. Dalam pendaftarannya maka jaminan fidusia didaftarkan ke Kantor Pelayanan Fidusia Kementerian Hukum dan HAM. Untuk bentuk pengikutannya terwujud dalam Sertifikat Jaminan Fidusia sebagai tanda telah dilakukannya pengikatan jaminan.

Lembaga jaminan yang terakhir dan umurnya tergolong paling muda adalah hak jaminan atas resi gudang. Didefinisikan dalam Undang-undang Sistem Resi Gudang bahwa hak jaminan atas resi gudang yang selanjutnya disebut hak jaminan adalah hak jaminan yang dibebankan pada resi gudang untuk pelunasan utang yang memberikan kedudukan untuk diutamakan bagi penerima hak jaminan terhadap kreditor yang lain.⁸⁹ Hak Jaminan atas resi gudang berbeda dengan gadai, fidusia, hak tanggungan dan hipotik, namun resi gudang juga memiliki hak *preference* yang memberikan kedudukan diutamakan bagi kreditur pemegang jaminan yang bersangkutan. Resi gudang yang dibebani dengan hak jaminan tersebut merupakan

⁸⁸Lihat 1 Angka 2 UU tentang Jaminan Fidusia.

⁸⁹Lihat Pasal 1 Angka 9 UU No. 9 Tahun 2011 Tentang Perubahan Atas UU No. 9 Tahun 2006 Tentang Sistem Resi Gudang.

dokumen bukti kepemilikan atas suatu barang yang disimpan di dalam gudang yang diterbitkan oleh pengelola gudang.⁹⁰

Resi gudang adalah surat berharga yang mewakili barang yang disimpan di gudang. Sebagai surat berharga, resi gudang juga dapat dialihkan atau diperjual belikan di pasar yang terorganisasi (bursa) atau diluar bursa oleh pemegang resi gudang kepada pihak ketiga. Dengan terjadinya pengalihan resi gudang tersebut kepada pemegang resi gudang yang baru diberikan hak untuk mengambil barang yang tercantum didalamnya.⁹¹ Penerima Hak Jaminan harus memberitahukan perjanjian pengikatan Resi Gudang sebagai Hak Jaminan kepada Pusat Registrasi dan Pengelola Gudang.⁹² Pembebanan Hak Jaminan terhadap Resi Gudang dibuat dengan Akta Perjanjian Hak Jaminan.⁹³ Berdasarkan Peraturan Menteri Perdagangan RI No. 26/M-DAD/PER/6/2007 tentang Barang yang dapat disimpan di gudang dalam penyelenggaraan Sistem Resi Gudang, yaitu berupa gabah, beras, jagung, kopi, kakao, lada, karet dan rumput laut.

Perbandingan antara lembaga jaminan yang satu dengan lembaga jaminan yang lainnya dapat dilihat pada tabel berikut:

⁹⁰Irma Devita Purnamsari, *Kiat-kiat Cerdas...*, h. 139.

⁹¹Trisadini Prasastinah Usanti, "Hak Jaminan Atas Resi Gudang dalam Perspektif Hukum Jaminan", *Perspektif*, vol. 19, no. 3 (2014): h. 168.

⁹²Lihat Pasal 13 Undang-undang Sistem Resi Gudang.

⁹³Lihat Pasal 14 Ayat (1) Undang-undang Sistem Resi Gudang.

Tabel 3.2

Perbandingan Karakteristik Lembaga-lembaga Jaminan

MATERI	GADAI	HIPOTIK	HAK TANGGUNGAN	FIDUSIA	JAMINAN RESI GUDANG
Landasan Yuridis	Pasal 1150 – 1160 KUHPerdata	Pasal 1161 – 1231 KUHPerdata, KUHDagang, UU No. 17 Th. 2008 Tentang Pelayaran, Konvensi Internasional tentang Piutang Maritim dan Hipotik 1993 yang ditetapkan dalam Peraturan Presiden RI No. 44 Th. 2005 Tentang Pengesahan International Convention on maritime Liens and Mortgage 1993, PP No. 51 Th 2002 tentang Perkapalan Permenhub No. PM 39/2017 Tentang Pendaftaran dan Kebangsaan Kapal	UU No. 4 Th 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda Berkaitan dengan Tanah	UU No. 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia	UU No. 9 Th. 2011 Tentang Perubahan atas UU No. 9 Th. 2006 Tentang Sistem Resi Gudang
Kontrak	Perjanjian Gadai disertai Surat Kuasa Jual	Akta Hipotik	Akta Pemberian Hak Tanggungan	Sertifikat Jaminan Fidusia	Akta Perjanjian Hak Jaminan
Objek	Benda Bergerak (berwujud maupun tidak berwujud)	Benda tidak bergerak (tetap), yaitu Kapal laut dengan bobot 20 m ³ (Pasal 314 KUHD)	Benda tidak bergerak berupa tanah beserta benda-benda berkaitan dengan tanah	Benda bergerak dan benda tidak bergerak yang tidak dapat diikat dengan hipotik maupun hak tanggungan	Benda bergerak berupa Surat Berharga Resi Gudang yang merupakan dokumen kepemilikan atas barang (8 komoditas hasil pertanian dalam Permendag

					No. 26/M-DAG/PER/6/2007) yang disimpan di gudang dan diterbitkan pengelola gudang (Pasal 1 angka 2 jo. Pasal 4 ayat (2) UUSRS).
Penguasaan Objek	Pada kreditur atau pihak ketiga (pasal 1152 (2) KUHPerdato)	Pada pemilik benda	Pada pemilik benda	Pada pemilik benda	Resi gudang wajib berada dalam penguasaan kreditur (penjelasan pasal 12 ayat (2) UUSRS)
Lahirnya Hak Kebendaan	Pada saat benda diserahkan kepada kreditur atau pihak ketiga (pasal 1152 (1) KUHPerdato)	Pada saat didaftarkan ke kantor pendaftaran dan pencatatan balik nama kapal di Syahbandar	Pada saat didaftarkan ke Kantor Pendaftaran Fidusia Kemenkumham (Pasal 14 ayat (3) UUJF)	Pada saat didaftarkan ke kantor pertanahan (pasal 13 ayat (5) UUHT)	Pada saat Resi Gudang diserahkan atau dalam penguasaan kreditur (Penjelasan Pasal 12 ayat (2) UUSRS)
Asas <i>droit de suite</i>	Pasal 1152 (3) KUHPerdato	Pasal 1163 (2) KUHPerdato	Pasal 20 UUJF	Pasal 7 UUHT	Tidak tersurat adanya pasal dalam UUSRG yang menjadi pewujudan dari asas <i>droit de suite</i>
Asas <i>droit de preference</i>	Pasal 1133 dan 1150 (3) KUHPerdato	Pasal 1133 dan Pasal 1198 KUHPerdato	Pasal 1 angka 2 UUJF	Pasal 1 angka 1 UUHT	Pasal 1 angka 9 UUSRG
Asas Publisitas	Pasal 1152 (1) KUHPerdato	Pasal 1179 KUHPerdato	Pasal 11 ayat (1) UUJF	Pasal 13 ayat (1) UUHT	Pasal 13 UUSRG
Asas Prioritas	Tidak terdapat dalam gadai (tidak ada gadai ulang untuk kreditur yang berbeda)	Pasal 1181 KUHPerdato	Pasal 28 jo. Pasal 17 UUJF	Pasal 5 UUHT	Tidak terdapat dalam UUSRG (pasal 12 ayat (2) UUSRG)
Asas	Tidak	Pasal 1174	Pasal 6 UUJF	Pasal 11	Pasal 14

Spesialitas	mengatur secara khusus	KUHPerdata		UUHT	UUSRG
Eksekusi Objek Jaminan	Parate eksekusi (Pasal 1155 KUHPerdata) lahir karena UU	Parate Eksekusi (Pasal 1178 KUHPerdata) harus dengan tegas dicantumkan dalam perjanjian	Parate eksekusi (Pasal 15 jo. Pasal 29 UUJF) lahir karena UU	Parate eksekusi (Pasal 6 jo. Pasal 20 UUHT) lahir karena UU	Parate eksekusi (Pasal 16 UUSRG) lahir karena UU

Lembaga jaminan yang berlaku dan diterapkan di bank syariah adalah lembaga jaminan yang juga berlaku dan diterapkan di bank konvensional. Lembaga jaminan perbankan syariah mengikuti lembaga jaminan sesuai aturan hukum positif yang pada dasarnya merupakan terapan dari lembaga hukum barat yang sebagian adalah hukum warisan pemerintahan Hindia Belanda seperti gadai dan hipotik yang tertera dalam *Burgelijk Wetboek* (BW) atau Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata).

Lebih jauh penulis melakukan analisis terhadap peraturan perundang-undangan berkenaan tentang lembaga jaminan di perbankan syariah, Maka tidak semua substansi yang ada dalam UU tersebut dapat diikuti karena bertentangan dengan prinsip syariah dengan mengandung unsur terlarang dalam bermuamalah yakni transaksi ribawi.

Tabel 3.3

Substansi Peraturan Perundang-undangan Lembaga Jaminan yang Bertentangan dengan Prinsip Syariah (Mengandung Unsur Riba)

GADAI (PASAL 1150-1160 KUH PERDATA)	
Pasal 1155	Bila oleh pihak-pihak yang berjanji tidak disepakati lain, maka jika debitur atau pemberi gadai tidak memenuhi

	<p>kewajibannya, setelah lampaunya jangka waktu yang ditentukan, atau setelah dilakukan peringatan untuk pemenuhan perjanjian dalam hal tidak ada ketentuan tentang jangka waktu yang pasti, kreditur berhak untuk menjual barang gadainya dihadapan umum menurut kebiasaankebiasaan setempat dan dengan persyaratan yang lazim berlaku, dengan tujuan agar jumlah utang itu dengan bunga dan biaya dapat dilunasi dengan hasil penjualan itu. Bila gadai itu terdiri dan barang dagangan atau dan efek-efek yang dapat diperdagangkan dalam bursa, maka penjualannya dapat dilakukan di tempat itu juga, asalkan dengan perantaraan dua orang makelar yang ahli dalam bidang itu</p>
Pasal 1156	<p>Dalam segala hal, bila debitur atau pemberi gadai lalai untuk melakukan kewajibannya, maka kreditur dapat menuntut lewat pengadilan agar barang gadai itu dijual untuk melunasi utangnya beserta bunga dan biayanya, menurut cara yang akan ditentukan oleh Hakim, atau agar hakim mengizinkan barang gadai itu tetap berada pada kreditur untuk menutup suatu jumlah yang akan ditentukan oleh hakim dalam suatu keputusan, sampai sebesar utang beserta bunga dan biayanya. Tentang pemindahtanganan barang gadai yang dimaksud dalam pasal ini dan pasal yang lampau, kreditur wajib untuk memberitahukannya kepada pemberi gadai, selambat-lambatnya pada hari berikutnya bila setiap hari ada hubungan pos atau telegrap, atau jika tidak begitu halnya, dengan pos yang berangkat pertama. Berita dengan telegrap atau dengan surat tercatat dianggap sebagai berita yang pantas..</p>

Pasal 1158	Bila suatu piutang digadaikan, dan piutang ini menghasilkan bunga, maka kreditur boleh memperhitungkan bunga itu dengan bunga yang terutang kepadanya. Bila utang yang dijamin dengan piutang yang digadaikan itu tidak menghasilkan bunga, maka bunga yang diterima pemegang gadai itu dikurangkan dari jumlah pokok utang.
Pasal 1159	Selama pemegang gadai itu tidak menyalahgunakan barang yang diberikan kepadanya sebagai gadai, debitur tidak berwenang untuk menuntut kembali barang itu sebelum ia membayar penuh, baik jumlah utang pokok maupun bunga dan biaya utang yang dijamin dengan gadai itu, beserta biaya yang dikeluarkan untuk penyelamatan barang gadai itu. Bila antara kreditur dan debitur terjadi utang kedua, yang diadakan antara mereka berdua setelah saat pemberian gadai dan dapat ditagih sebelum pembayaran utang yang pertama atau pada hari pembayaran itu sendiri, maka kreditur tidak wajib untuk melepaskan barang gadai itu sebelum ia menerima pembayaran penuh kedua utang itu, walaupun tidak diadakan perjanjian untuk mengikatkan barang gadai itu bagi pembayaran utang yang kedua.
HIPOTIK (PASAL 1162-1232 KUH PERDATA & PASAL 314-319 KUH DAGANG)	
KUH PERDATA	
Pasal 1178	Segala perjanjian yang menentukan bahwa kreditur diberi kuasa untuk menjadikan barang-barang yang dihipotekkan itu sebagai miliknya adalah batal. Namun kreditur hipotek pertama, pada waktu penyerahan hipotek boleh mensyaratkan dengan tegas, bahwa jika utang pokok tidak dilunasi sebagaimana

	<p>mestinya, atau bila bunga yang terutang tidak dibayar, maka ia akan diberi kuasa secara mutlak untuk menjual persil yang terikat itu di muka umum, agar dari hasilnya dilunasi, baik jumlah uang pokoknya maupun bunga dan biayanya. Perjanjian itu harus didaftarkan dalam daftardaftar umum, dan pevelangan tersebut harus diselenggarakan dengan cara yang diperintahkan dalam Pasal 1211.</p>
Pasal 1184	<p>Kreditur yang terdaftar untuk sejumlah uang pokok yang menghasilkan bunga, berhak karena bunga itu untuk ditempatkan dalam urutan tingkat yang sama seperti yang untuk jumlah uang pokoknya, selama-lamanya untuk dua tahun dari tahun yang berjalan; hal ini tidak mengurangi haknya untuk mengambil pendaftaran-pendaftaran khusus mengenai bunga-bunga yang lain dari yang dijamin pada pendaftaran pertama, yang sejak hari tanggalnya akan menimbulkan hipotek..</p>
Pasal 1214	<p>Pada waktu menentukan besarnya pendaftaran-pendaftaran hipotek, bunga-bunga abadinya akan dihitung menurut jumlah uang pokoknya yang disebut dalam akta bila hal itu tidak disebutkan, menurut jumlah dua puluh kali bunganya; sedangkan bunga-bunga cagak hidupnya atau pensiunpensiun selama hidup dihitung dan ditetapkan sebagai jumlah uang pokok, menurut usia orang yang menikmatinya, atau menurut usia orang yang diberi cagak hidup, atau menurut lamanya waktu kenikmatan itu harus berlangsung segala sesuatunya sesuai dengan nilai biasa bungabunga cagak hidup menurut taksiran para ahli.</p>
Pasal 1216	<p>Pembeli tetap memegang uang pembeliannya sampai jumlah yang tetap</p>

	<p>membebani persil itu menurut pasal yang lalu, bila hal itu tidak ditentukan lain dalam persyaratan lelang, maka ia wajib membayar bunga dan jumlah uang tersebut di atas kepada penjual atau orang-orang lain yang berhak menurut undang-undang sampai pada saat pembayaran terakhir harga pembelian itu.</p>
Pasal 1217	<p>Namun bila pembeli atau pengganti-penggantinya membiarkan atau menelantarkan persil itu sedemikian rupa, sehingga karena itu jaminan bagi orang-orang yang berhak menjadi berkurang atau hilang, maka orang-orang ini berhak menuntut di Pengadilan, agar uang pembelian segera dilunasi dan disimpan, baik dalam pendaftaran-pendaftaran pada buku besar pinjaman nasional, ataupun pada surat-surat utang atas beban Indonesia segala sesuatu dalam hubungan yang sama dan ketentuan-ketentuan yang sama, seakan-akan uang pembelian itu tetap berada di tangan pembeli atau pengganti-penggantinya; semuanya tidak mengurangi penggantian biaya, kerugian dan bunga, bila ada alasan untuk itu. Bila tuntutan untuk pelunasan segera seperti yang disebut dalam alinea yang lalu dikabulkan, maka Hakim akan mengangkat juga seorang yang cakap, yang akan ditugaskan untuk menerima dan menyimpan uang pembelian itu.</p>
Pasal 1227	<p>Tanpa mengurangi apa yang telah ditentukan dalam Pasal 619, para juru simpan hipotek sekali-kali tidak boleh menolak atau memperlambat pendaftaran akta penagihan hak milik, pendaftaran hak-hak hipotek, pemberian kesempatan untuk melihat surat-surat pernyataan yang diminta, dengan ancaman mengganti biaya, kerugian dan bunga kepada pihak-pihak bersangkutan; untuk</p>

	tujuan itu, atas permohonan mereka yang menghendaki oleh Notaris atau juru sita dengan dua orang saksi akan dibuat laporan tentang penolakan atau kelambatan juru simpan.
KUH DAGANG	
Pasal 315a	Bila piutangnya berbunga, maka hipotek itu berlaku juga sebagai jaminan terhadap bunga dari jumlah pokok untuk tahun yang berjalan, beserta dua tahun sebelumnya. (KUHPerd. 1184; KUHD 315c, 316b, 317b, 319, 750.)
Pasal 316b	Piutang dengan hak mendahului meliputi bunga dan biaya-biaya berdasarkan undangundang, sekedar ini belum termasuk dalam nomor 11 pasal 316. (KUHPerd. 1250; KUHD 319, 750.)
Pasal 317b	Piutang yang berhak mendahului itu meliputi bunga dan biaya berdasarkan undang-undang, sekedar ini belum termasuk dalam nomor 11 pasal 317. Hak mendahuluinya meluas sampai ke penggantian yang terutang karena kerusakan atau kehilangan bagian dari muatan. Hak mendahului tidak meluas sampai ke tagihan yang timbul dari perjanjian pertanggungan. (KUHPerd. 1250; KUHD 319, 750.)
HAK TANGGUNGAN (UU NO. 4 TAHUN 1996 TENTANG HAK TANGGUNGAN ATAS TANAH BESERTA BENDA-BENDA YANG BERKAITAN DENGAN TANAH)	
Pasal 3 Ayat (1) beserta penjelasannya	Utang yang dijamin pelunasannya dengan Hak Tanggungan dapat berupa utang yang telah ada atau yang telah diperjanjikan dengan jumlah tertentu berdasarkan perjanjian utang-piutang atau perjanjian lain yang menimbulkan hubungan utang-piutang yang bersangkutan. Penjelasan Pasal 3 Ayat (1): Utang yang dijamin dengan Hak

	<p>Tanggungan dapat berupa utang yang sudah ada maupun yang belum ada tetapi sudah diperjanjikan, misalnya utang yang timbul dari pembayaran yang dilakukan oleh kreditor untuk kepentingan debitor dalam rangka pelaksanaan bank garansi. Jumlahnya pun dapat ditentukan secara tetap di dalam perjanjian yang bersangkutan dan dapat pula ditentukan kemudian berdasarkan cara perhitungan yang ditentukan dalam perjanjian yang menimbulkan hubungan utang piutang yang bersangkutan, misalnya utang bunga atas pinjaman pokok dan ongkos-ongkos lain yang jumlahnya baru dapat ditentukan kemudian.</p>
<p>JAMINAN FIDUSIA UU NO. 42 TAHUN 1999 TENTANG JAMINAN FIDUSIA</p>	
Pasal 7 Huruf c beserta penjelasannya	<p>Utang yang pelunasannya dijamin dengan fidusia dapat berupa: c.utang yang pada saat eksekusi dapat ditentukan jumlahnya berdasarkan perjanjian pokok menimbulkan kewajiban memenuhi syarat suatu prestasi. Penjelasan Pasal 7 Huruf c: Utang yang dimaksud dalam ketentuan ini adalah utang bunga atas pinjaman pokok dan biaya lainnya yang jumlahnya dapat ditentukan kemudian.</p>
Pasal 10 Huruf a beserta penjelasannya	<p>Jaminan fidusia meliputi hasil dari benda yang menjadi objek jaminan fidusia Penjelasan Pasal 10 Huruf c: Yang dimaksud dengan “hasil dari benda yang menjadi objek jaminan fidusia” adalah segala sesuatu yang diperoleh dari benda yang dibebani jaminan fidusia.</p>
<p>JAMINAN RESI GUDANG UU NO. 9 TAHUN 2006 TENTANG SISTEM RESI GUDANG SEBAGAIMANA TELAH DIUBAH DENGAN UU NO. 9 TAHUN 2011</p>	

Memperhatikan tabel di atas, maka diketahui bahwa aturan hukum yang mendasari lembaga jaminan yang diterapkan di bank syariah, tidak semua pasal yang terdapat dalam undang-undang tersebut bisa diterapkan, karena terdapat pasal-pasal yang bertentangan dengan prinsip syariah yaitu bunga hutang-piutang. Lebih lanjut dapat dipahami pula, bahwa pada dasarnya jaminan yang ada dalam undang-undang lembaga jaminan merupakan perjanjian ikutan dari perjanjian pokoknya yaitu transaksi utang-piutang-berbunga. Perjanjian hutang-piutang berbunga dalam UU Lemabaga Jaminan selaras dengan transaksi yang dipraktikkan di bank konvensional, karena memang operasional bisnisnya bergerak pada kredit pinjaman uang berbunga, namun untuk bank syariah, maka hal tersebut jelas bertentangan dengan dasar pijakan dari operasional perbankan syariah yakni prinsip syariah, karena jelas bunga pinjaman uang adalah riba yang diharamkan dalam syariat Islam.

Undang-undang Perbankan Syariahpun menuliskan aturan yang berkaitan dengan landasan beroperasi perbankan syariah sebagai berikut:

Perbankan Syariah dalam melakukan kegiatan usahanya berasaskan Prinsip Syariah, demokrasi ekonomi, dan prinsip kehati-hatian.⁹⁴

Kemudian UU Perbankan Syariah menyebutkan bahwa kegiatan usaha yang berasaskan prinsip syariah adalah kegiatan usaha yang tidak mengandung unsur riba,

⁹⁴ Pasal 2 UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

*maisir, gharar, haram dan zalim.*⁹⁵ Prinsip syariah didefinisikan adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.⁹⁶ Dalam pasal lain mempertegas bahwa kegiatan usaha bank syariah yang terdapat dalam pasal 19, 20 dan 21 wajib tunduk kepada prinsip syariah yang prinsip tersebut difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia.⁹⁷

Jika dilihat dari segi peraturan perundang-undangan, maka aturan hukum tentang lembaga-lembaga jaminan lebih dulu ada sebelum perbankan syariah memiliki payung hukum dengan kepastian hukum yang jelas dan tegas.

Tabel 3.4

Perbankan Syariah dan Lembaga Jaminan dalam Peraturan Perundang-undangan

Perihal	Undang-undang
Perbankan Syariah	UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah
Gadai	KUHPerdata (Warisan Hukum Belanda)
Hipotik	KUHPerdata (Warisan Hukum Belanda)
Fidusia	UU No. 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia
Hak Tanggungan	UU No. 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan
Jaminan Resi Gudang	UU No. 9 Tahun 2006 Tentang Sistem Resi Gudang Sebagaimana telah diubah dengan UU No. 9 Tahun 2001

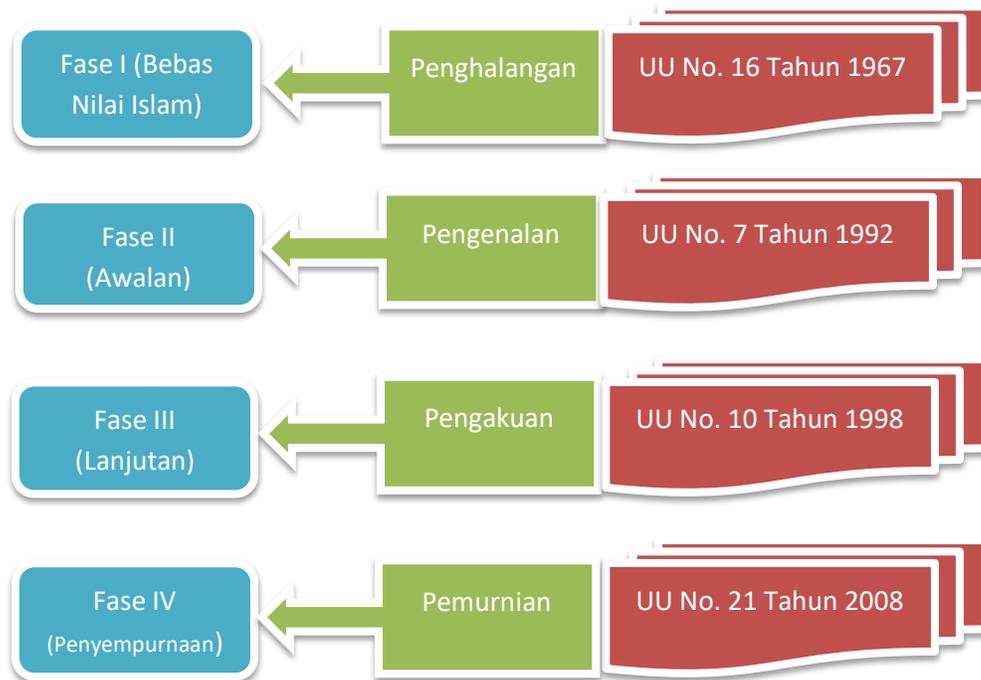
⁹⁵Lihat Penjelasan Pasal 2 UU Perbankan Syariah

⁹⁶Lihat Pasal 1 Angka 2 UU Perbankan Syariah.

⁹⁷Lihat Pasal 26 Ayat (1) & (2) UU Perbankan Syariah.

UU perbankan di Indonesia yang pertama adalah UU No. 16 Tahun 1967 tentang Pokok-pokok Perbankan. Dalam periode UU ini, sama sekali tidak membuka ruang dan memberi tempat untuk perbankan syariah hadir di Indonesia. Selanjutnya hadirnya beberapa UU Perbankan yang menjadi alur perkembangan Perbankan Syariah di Indonesia. Perkembangan perbankan syariah di Indonesia dipandang dalam UU yang diberlakukan dapat disebut melalui tiga tahapan. Tahapan tersebut yakni tahap pengenalan (*introduction*), pengakuan (*recognition*), dan pemurnian (*purification*). Tahap pengenalan dilalui dengan dikeluarkannya UU No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, kemudian tahap pengakuan dengan diberlakukannya UU No. 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas UU No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, setelah itu tahap pemurnian dengan disahkannya UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah pada tanggal 16 Juli 2008 dengan terdiri dari 13 bab dan 70 pasal.

UU ini secara khusus mengatur tentang perbankan syariah. Berbeda halnya dengan UU terdahulu yang mana pengaturan perbankan syariah masih bercampur dengan perbankan konvensional. Selain itu pula UU ini benar-benar memberikan kejelasan tentang perbankan syariah dan benar-benar memberikan gambaran pertanggung jawaban tentang *shariah compliance* yang mengikat dengan bersinergi bersama Peraturan Bank Indonesia, Peraturan Otoritas Jasa Keuangan dan fatwa DSN-MUI.

Gambar 3.4**Periodisasi Perkembangan Perbankan Syariah di Indonesia**

Mengingat bahwasanya bank konvensional lebih dulu berdiri dan hadir dalam sistem perbankan di Indonesia, maka sistem yang terbentuk secara mendasar dan berada pada bank syariah adalah adaptasi sistem bank konvensional yang telah kuat mengakar dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang bersinergi dengan lembaga perbankan termasuk dalam permasalahan lembaga jaminan dalam produk penyaluran dana (*lending product*). Selain itu juga Perbankan Indonesia menganut *dual banking system*. *Dual banking system* yang dimaksud adalah terselenggaranya dua sistem perbankan yakni konvensional dan syariah secara berdampingan yang

pelaksanaannya diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku.⁹⁸ Maka demikian, pengaturan sistem operasional perbankan dalam peraturan terkait tidak hanya dibuat secara khusus untuk satu sistem saja baik konvensional ataupun syariah, melainkan ada yang dibuat spesifik diarahkan pada satu sistem dan ada pula yang dibuat dengan objek pengaturan berlaku umum untuk keduanya (konvensional dan syariah) yang artinya adanya penyamaan operasional yang bersumber pada landasan yuridis yang sama.

Dasar pemikiran dibentuknya Undang-undang Perbankan Syariah adalah mengimplementasikan prinsip-prinsip syariah ke dalam sistem hukum nasional, khususnya perundang-undangan perbankan syariah. selain itu pada tataran praktis, implementasi ini dilaksanakan dalam kerangka kepatuhan syariah (*syariah compliance*). Penentuan prinsip-prinsip syariah dalam hal ini muamalah merupakan kewenangan DSN-MUI. Pelaksanaan penetapan prinsip-prinsip syariah pada di perbankan syariah dilakukan Dewan Pengawas Syariah yang harus dibentuk pada masing-masing lembaga perbankan syariah.

Konsepsi Undang-undang No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah dirasakan ternyata hanya mengatur keberadaan dan peran jaminan kebendaan (disebut agunan dalam undang-undang ini) secara parsial dan terbatas. Padahal selain hukum ekonomi syariah telah mengatur kedudukan jaminan berbentuk harta benda dalam bermuamalah yang disebut akad *rahn* secara komprehensif, semangat UU Perbankan

⁹⁸Muhammad Syarif Hidayatullah, *Perbankan Syariah...*, h. 125.

Syariahpun pada dasarnya menghendaki untuk melaksanakan syariah secara holistik dan konsisten.

Seharusnya Undang-undang Perbankan Syariah mengaplikasikan konsep jaminan syariah dalam aturan hukumnya, bukan hanya mengatur perikatan syariah terutama akad dalam produk pembiayaan. Keberadaan lembaga jaminan syariah yang meng-*cover* pembiayaan syariah adalah urgen diperlukan karena pengikatan jaminan merupakan bagian integral dalam pembiayaan yang disalurkan bank syariah. dalam hal ini dapat disebut adanya kekosongan hukum untuk masalah jaminan syariah.

Kontruksi hukum terjadi apabila tidak ditemukan ketentuan undang-undang yang secara langsung dapat diterapkan pada masalah hukum yang dihadapi, atau dalam hal peraturannya tidak ada, jadi terdapat kekosongan hukum (*recht vacuum*) atau kekosongan undang-undang (*wet vacuum*).⁹⁹ Kekosongan hukum dapat diartikan sebagai "suatu keadaan kosong atau ketiadaan peraturan perundang-undangan (hukum yang mengatur tata tertib (tertentu) dalam masyarakat, sehingga kekosongan hukum dalam hukum positif lebih tepat dikatakan sebagai "kekosongan undang-undang atau peraturan perundang-undangan."¹⁰⁰

Lembaga jaminan bagi perbankan syariah belumlah diatur dengan jelas dan tegas, maka dari itu yang diterapkan adalah cara-cara yang juga diterapkan perbankan

⁹⁹Muwahid, "Metode Penemuan Hukum (Rechtsvinding) Oleh Hakim dalam Upaya mewujudkan Hukum yang Responsif", *al-Hukama*, vol.7, no. 1 (2017) h.234.

¹⁰⁰Gamal Abdul Nasir, "Kekosongan Hukum dan Percepatan Perkembangan Masyarakat", *Hukum Replik*, vol. 5, no. 2 (2017): h. 173.

konvensional. Lembaga jaminan yang diterapkan dalam produk pembiayaan perbankan syariah merupakan lembaga jaminan yang sama dalam produk kredit perbankan konvensional. Pembiayaan dalam operasionalisasi perbankan syariah haruslah berdasarkan pada prinsip syariah, kesyariahannya tidak hanya sebatas teknis skema pembiayaannya, tetapi termasuk apa yang melengkapinya yakni keberadaan lembaga jaminan.

Pelaksanaan jaminan syariah dalam perbankan syariah di Indonesia jika dibandingkan dengan Malaysia, terdapat perbedaan. Pada praktik perbankan syariah di Malaysia dalam kaitannya dengan jaminan syariah dapat dikatakan bahwa jaminan syariah telah ditetapkan secara proporsional. Hal ini dapat terlihat pada akad pembiayaan pada Bank Islam Malaysia Berhad dalam poin jaminan atau cagaran. Cagaran dalam akad pembiayaan telah disebutkan dengan jelas bahwa jaminan dalam hal pembiayaan itu diikat atau dijamin dengan jaminan syariah, yaitu dengan menggunakan istilah skim *ar-Rahnu* atau pajak gadaian Islam yang akan dibuat dalam "*Deed of Assingment*" atau akta notaris.¹⁰¹

Dengan demikian, lembaga jaminan di Indonesia yang diterapkan dalam produk pembiayaan di bank syariah masihlah mengikut pada lembaga jaminan yang mendampingi kredit pinjaman berbunga di bank konvensional. Lembaga jaminan konvensional tidaklah seluruh ketentuan yang mengaturnya dapat diterapkan di bank syariah, dikarenakan terdapat aturan yang tidak sesuai dengan nilai dasar operasional

¹⁰¹ Noor Hafidah, *Hukum Jaminan Syariah...*, h. 148.

perbankan syariah. Maka dari itu, peraturan perundang-undangan di Indonesia dapat dikatakan belumlah memberikan kedudukan yang jelas dan tegas terhadap lembaga jaminan syariah (*rahn*) yang melengkapi perjanjian pembiayaan dalam operasional perbankan syariah.