PANITIA SEMINAR NASIONAL EKSEKUSI JAMINAN KEBENDAAN
DALAM PRAKTIK EKONOMI SYARIAH
Yogyakarta 14 Oktober 2017
Alamat : Wisma Hartono Lt. 3 Suite 301 Jl. Jenderal Sudirman No.59 Yogyakarta 55221
Phone/Fax : +62-274 562004 | website : www.safelawfirm.com | e-mail : info@safelawfirm.com

SAFE Law Firm

ICLASS FH UMY

Yogyakarta, 25 September 2017

Nomor : 051/SEM-NAS/09/17
Hal : Undangan Pembicara
Lampiran : *Term of Reference*

Kepada Yth.
Bapak Drs. Agus Triyanta, S.H., M.A., M.H., Ph.D.
di Tempat.

Assalamu'alaikum Wr. Wb.

Puji dan syukur marilah kita haturkan ke hadirat Allah SWT atas segala limpahan rahmatdan hidayah-Nya kepada kita semua. Lantunan Shalawat serta salam semoga tetap tercurah kepada junjungan kita Nabi Muhammad SAW, keluarga, sahabat, dan umatnya yang senantiasa membela risalahnya hingga akhir zaman.

Sehubungan dengan diadakannya Seminar Nasional yang bertemakan "*Eksekusi Jaminan Kebendaan dalam Praktik Ekonomi Syariah* (Urgensi Pelembagaan Jaminan untuk Akad Musyarokah dan Mudharobah)", bersama surat ini kami memohon kesediaan Bapak untuk dapat hadir sebagai Pembicara dalam kegiatan ini yang Insya Allah akan dilaksanakan pada:

hari, tanggal : Sabtu, 14 Oktober 2017

pukul : 12.30 - 15.00 WIB

tempat : Gedung Auditorium UMY

Demikian surat undangan ini kami sampaikan. Atas segenap perhatian dan kerja sama Bapak, kami mengucapkan terimakasih.

Wassalamu'alaikum Wr.Wb.

Hormat kami,

Ketua Kegiatan

SAFE LAW FIRM & ICLASS FH UMY
SEMINAR NASIONAL HUKUM EKONOMI SYARIAH
TANGGAL 14 OKTOBER 2017
YOGYAKARTA

Abdus Salam, S.H.,M.H.

UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PUSAT STUDI HUKUM
Jl. Tamansiswa 158 PO BOX 1133 Yogyakarta 55151; Telp. (0274) 379178, Fax. (0274) 377043
e-mail: fh@uii.ac.id

SURAT TUGAS

No : 04.10 /Dek-ST/60/Div.URT/H/X/2017

Bismillaahirrahmaanirrahiim

Dengan ini Pimpinan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta menugaskan saudara yang namanya tersebut dibawah ini sebagai Narasumber Seminar Nasional yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum UMY pada hari Sabtu, 14 Oktober 2017, Pukul 12.30 - 15.00 Wib di Auditorium UMY:

Nama	: Drs. Agus Triyanta, M.H., M.A., Ph.D
Jabatan	: Lektor
Pekerjaan	: Dosen Tetap Fakultas Hukum UII Yogyakarta
Tema	: Eksekusi Jaminan Kebendaan dalam Praktik Ekonomi Syariah (Urgensi Pelembagaan Jaminan untuk Akad Musyarokah dab Mudharobah)

Surat Tugas ini disampaikan kepada yang bersangkutan, untuk diketahui dan dipergunakan sebagaimana mestinya.

Yogyakarta, 13 Oktober 2017
Dekan,

Dr. Aunur Rahim Faqih, S.H., M.Hum

PROSPEK PELEMBAGAAN JAMINAN KEBENDAAN PADA AKAD MUSYARAKAH DAN MUDHARABAH[1]

Oleh
Agus Triyanta, Drs, MA,MH,PhD.
Fakultas Hukum, Universitas Islam Indonesia
agustiyanta@uii.ac.id & triyantaagus@yahoo.com

Pendahuluan: Interplay antara Bisnis dan Prinsip Syariah

Sebagaimana telah diketahui secara umum bahwa pada lazimnya usaha bisnis adalah suatu aktivitas yang mandiri sebagaimana orang sering menyatakan "*bussiness is bussines*" bisnis adalah bisnis. Sehingga dunia bisnis itu sepenuhnya hanya sah diatur oleh aturan kepentingan bisnis. Namun dalam bisnis yang berbasis syariah, bisnis tidak dapat dibiarkan berdiri sendiri karena dia harus berinteraksi dan beramalgamasi dengan prinsip-prinsip agama. Karena itulah ini bukan hal yang sederhana karena transaksi bisnis syariah berarti sebuah ambisi untuk merekonsiliasikan antara dua aspek atau dua hal yang pada awalnya nampak sangat berjauhan namun hari ini fakta telah menunjukkan dengan jelas bahwa peleburan dua hal tersebut menjadi suatu keniscayaan. Bahkan bukan hanya sekedar niscaya namun sudah menjadi sebuah tren bisnis yang mewarnai di berbagai belahan bumi, di berbagai benua dan puluhan atau hampir ratusan negara di dunia, tidak memandang apakah negara tersebut punya latar belakang agama Islam ataupun tidak.

Demikian halnya dengan Indonesia maraknya transaksi bisnis syariah termasuk yang paling menonjol di dalamnya adalah bisnis perbankan syariah adalah suatu fenomena yang sudah lebih dari dua dekade kalau dilihat dari kelahirannya yang diawali dengan berdirinya Bank Muamalat Indonesia tahun 92.

Meskipun demikian bukan berarti bahwa perkembangan transaksi Syariah khususnya di dalam perbankan sudah tidak mengalami kendala lagi, justru semakin hari semakin nampak bahwa masih banyak hambatan-hambatan yang belum dapat terselesaikan. Di antara hambatan hukum yang sangat urgen untuk segera diselesaikan adalah masalah penjaminan dalam transaksi keuangan syariah.

Konflik Hukum Jaminan Syariah

Basis asumsi dalam Hukum Jaminan yang ada adalah "pengganti hutang" yang dibuktikan dengan adanya kekuatan ekskutorial yang dinyatakan dalam perjanjian "assesoir" (*aqad al-tabi'*): baik itu

---

[1] **Disampaikan dalam Seminar Nasional Seminar Nasional "*Eksekusi Jaminan Kebendaan dalam Praktik Ekonomi Syariah* (Urgensi Pelembagaan Jaminan untuk Akad Musyarakah dan Mudharabah)" di Universitas Muhammadiyah Yogyakarta pada 14 Oktober, 2017**

jaminan hipotik, hak tanggungan, gadai atau fidusia). Karena itu, dalam setiap perjanjian utang-piutang konvensional, jaminan adalah suatu keharusan, bukan keniscayaan.

Sedangkan jaminan dalam syariah (*rahn*) adalah sekedar menjadi pengaman untuk memastikan bahwa debitur akan membayar hutangnya. Ialah sebuah instrumen yang dimaksudkan untuk menunjukkan keseriusan dan iktikad baik bagi debitur bahwa ia akan tetap kembali untuk menyelesaikan tanggungan hutangnya. Karena itu, istilah lain dari jaminan itu adalah *security*, sangat relevan dengan kedudukan jaminan dalam Islam ini, karena memang jaminan adalah sebagai bentuk memastikan keamanan (*secure*) uang yang dipinjam oleh debitur tersebut. Sebagaimana yang secara jelas disebutkan dalam Al-Qur'an.[2]

Sebagai kelanjutannya, dalam jaminan Islam atau syariah, hak milik tetap pada pemilik asli, sedangkan dalam jaminan konvensional, hak milik telah dirubah menjadi hak milik pada kreditur. Karena masih ada pada pemilik asli, maka orang yang menerima jaminan adalah orang yang memegang amanah titipan harta dari debitur. Penerima jaminan (kreditur) justeru bertanggungjawab untuk menjaga dan memelihara dari barang yang dititipkannya itu. Dalam hal ini jelas, bahwa untuk itu diperlukan biaya pemeliharaan.

Masih menurut syariah, penggadaian barang sebagai jaminan, adalah sebuah perbuatan kebajikan yang berada di bawah akad tabaru'at ialah akan untuk berbuat baik. Sehingga, pada masa Nabi dan para sahabat, penerima barang gadai bukanlah orang yang memiliki motif mencari keuntungan finansial atau ekonomis, dia justeru harus bertanggungjawab untuk memelihara dan menjaga barang tersebut. Karena itu yang bersangkutan justeru harus mengeluarkan biaya pemeliharaan. Secara wajar, penerima barang gadai juga tidak boleh untuk mengambil manfaat dari barang yang digadaikan tersebut. Hanya saja, sebagian madzhab berpendapat, seandainya barang yang digadaikan itu dalam kondisi norrmal selalu memerlukan biaya untuk memeliharanya, maka penerima gadai dapat mengambil manfaat dari barang gadai tersebut. Misalnya saja jika yang digadaikan adalah binatang, misalnya onta, dikarenakan setiap hari memerlukan makan, maka dari onta tersebut dapat diambil manfaat, untuk dikendarai atau diperah susunya. Sama halnya jika barang gadainya adalah kuda,

---

[2] Lihat dalam QS. Al-Baqarah: 282:

﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾

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

maka kuda harus diberikan makan dan pemeliharaan yang diperlukan, dan karenanya pemegang barang gadai dapat memanfaatkan kuda tersebut untuk transportasi.

Di samping perbedaan di atas, dalam hal ekskusi, juga terdapat perbedaan antara jaminan dalam hukum perdata dan jaminan dalam hukum Islam (syariah). Penyelesaian masalah jaminan jika terjadi masalah gagal bayar (*default/* wanprestasi), dalam pembiayaan syariah harus dilakukan "penyerahan sukarela oleh pemilik agunan". (UU no.21 th 2008 ps 40 ayat 1). Hal ini menunjukkan bahwa ada penekanan khusus terhadap jaminan dalam hukum Islam (syariah).

Sedangkan dalam jaminan konvensional, barang jaminan diambil secara paksa (adanya title ekskutorial-*grosse akta*) baik dengan *parate-ekskusi* atau *fiat eksekusi*; kasus-kasus di PA) (lihat Ps 18, 20 UU no. 4 th 1996 tentang Hak Tanggungan). Di mana dalam ekskusi secara paksa tersebut, kerelaan dari debitor tidak menjadi pertimbangan, apalagi jika pemegang gadai sudah memiliki surat kuasa (SKHMT) maka, tanpa sepengetahuan dari pemilik barang gadai, ekskusi dapat dilakukan.
Dengan melihat itu semua, hal efek atau akibat hukum selanjutnya terjadinya pergeseran basis konseptual dari pembiayaan dengan berbagai variannya menjadi perjanjian utang-piutang. Hal itu dikarenakan klausula yang ada dalam APHT atau Akta Pemberian Hak Tanggungan & SKMHT atau Surat Kuasa Membebankan, telah menyatakan perjanjian induknya adalah perjanjian utang-piutang, dikarenakan memang sudah baku dan menjadi standar. Ini suatu hal yang sangat mendasar terkait dengan masalah jaminan, karena berarti akan merusakkan akad syariah yang telah dibuat, yang memang pada awalnya bukan akad utang-piutang.[3]

Khususnya dalam akad *mudharabah* dan *musyarakah*, pengenaan jaminan ini lebih menjadi permasalahan yang serius. Mengapa demikian, dikarenakan kedua akad tersebut adalah akad yang berjenis kerjasama (*syirkah*) yang mengharuskan adanya saling percayaberdasar saling percaya. Yang karenanya pada asalnya tidak memerlukan jaminan. Karena itulah fatwa DSN sebatas mengatakan "diperbolehkan" untuk menerapkan jaminan.[4] Maka, keharusan untuk jaminan dalam akad yang bersifat "*syirkah*" ini menjadi "*contradictio interminis*" alias bertentang di dalamnya dikarenakan di satu sisi mendasarkan pada kepercayaan tetapi sekaligus meragukan kepercayaan itu juga yang ditunjukkan dengan diperlukannya jaminan.

Karena itulah, pengenaan jaminan bagi akad *mudharabah* dan *musyarakah* mengandung dua konflik sekaligus. Pertama, berupa konflik antara perjanjian induk dan perjanjian assessoir nya, karena perjanjian asal atau induk berupa akad yang sangat bervariasi, dapat berupa *murabahah* (jual beli),

---

[3] Hak Tanggungan, selalu mengaitkan dengan utang-piutang. Lihat, Peraturan Kepala BPN no. 8 tahun 2012
[4] Fatwa Dewan Syariah Nasional no. 25 th 2005 tentang *Rahn*, Fatwa Dewan Syariah Nasional no. 68 Th 2008 tentang *Rahn Tasjily*, Fatwa Dewan Syariah Nasional no. 92 th 2014 tentang Pembiayaan yang disertai *Rahn*).

mudharabah (kerjasama bagi hasi), *musyarakah* (perkongsian), dan brbagai bentuk akad lainnya, sedangkan perjanjian assesoirnya, yakni perjanjian penjaminan tersebut selalu mengkonstruksikan sebagai perjanjian utang-piutang. Kedua, konflik karena sebagian akad dalam syariah bersifat saling percaya, dan karenanya di masa klasik, akad tersebut tidak memerlukan jaminan, karena berupa akad kerjasama bagi hasil, namun, di satu sisi pada saat sekarang ini terhadap akan tersebut diterapkan keharusan adanya jaminan.

Tabel
Perbedaan Jaminan dalam Syariah dan Konvensional

Fungsi	Memastikan bahwa nasabah akan menepati janji	Pengganti hutang
Status	Kepemilikan tetap	Ada perubahan kepemilikan
Jenis produk	Terkait akad jual beli/ hutang (di luar mudharabah dan musyarakah atau akad partnership)	Semua pembiayaan/ kredit

Keharusan Jaminan dan Kompatibilitasnya

Keharusan adanya jaminan dalam pembiayaan di bank syariah adalah adanya regulasi terkait prinsip prudensial. Prinsip prudensial yang dimaksud ialah bahwa lembaga keuangan (bank) harus mematuhi prinsip-prinsip kehati-hatian, yang utamanya dicerminakan dengan indikator 5 c, yang salah satunya adalah *collateral,* atau jaminan. Secara lengkap ke 5 aspek tersebut adalah: character, capital, capacity, collateral, dan condition of economic.[5]

Hal ini menunjukkan bahwa keberadaan jaminan adalah mutlak diperlukan dalam pembiayaan pada perbankan syariah. Karena, meskipun perbankan syariah sangat berbeda dalam hal produk dan operasionalnya dibandingkan dengan perbanan konvensional, namun, karena tetap merupakan *financial intermediary institution,* maka perbankan syariah juga harus tunduk di bawah ketentuan kesehatan perbankan yang sama dengan bank konvesional.[6]

---

[5] UU no 21 th2008 tentang Perbankan Syariah ps 23 ayat (2). Juga Abbadi, M Suleman dan Karsh, Sharif M. Abu, 'Methods of Evaluating Credit Risk used by Commercial Banks in Palestine.' *International Research Journal of Finance and Economics*, Issue 111 July, 2013, hlm. 151

[6] Agus Triyanta (2016) *Hukum Perbankan Syariah: Regulasi, Implementasi dan Formulasi Kepatuhannya Terhadap Prinsip-Prinsip Islam.* Malang: Setara Press, h. 18.

Penerapan jaminan yang tidak sesuai dengan prinsip syariah tersebut mau tidak mau harus diterapkan. karena KHES pasal 26; menyatakan bahwa akad tidak syah apabila bertentangan dengan:

1) Syariat Islam
2) Peraturan Perundang-Undangan
3) Ketertiban umum, dan/ atau
4) Kesusilaan

Hal ini memang tidak sederhana, karena ketentuan dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) ini membebankan kepada akad syariah dua rezim hukum sekaligus, ialah hukum perdata nasional serta hukum Islam (syariah Islamiyah). Dan karena perbankan syariah menjadi lembaga yang paling banyak terlibat di dalam masalah ini, maka akad dalam perbankan syariah harus tunduk pada dua hal tersebut.

Karena aturan tersebut tidak mungkin dapat dihindari, maka untuk menjaga agar sebuah akad tetap dinilai benar menurut syariah sekligus dinilai benar menurut hukum perdata yang berlaku, maka haruslah dilakukan upaya terobosan hukum. Minimal untuk masa sekarang ini di mana hukum penjaminan yang dapat mengakomodasi kepentingan akad syariah belum ada tanda-tanda segera lahir atau dibuat.

Rekomendasi: Menuju Formulasi Jaminan Syariah

Dari paparan di muka, nampak jelas bahwa terdapat permasalahan yang tidak sederhana terkait dengan penjaminan dalam pembiayaan perbankan syariah, khususnya dalam akad musyarakah dan mudharabah. Karena itulah di akhir paper ini penulis memberikan beberapa rekomendsi sebagai ikhtiar untuk mengurai problematika hukum dalam masalah ini. Berikut yang dapat penulis sarankan bagi upaya perbaikan:

1) Perlu dilakukan apa yang disebut dengan harmonisasi hukum (*legal harmonisation*) atau penyesuaian hukum (*legal adjusment*) dengan masuknya transaksi syariah dalam praktek bisnis di Indonesia.
2) Sebagaimana telah dilakukan berbagai pengecualian (*exemption*) hukum bagi keuangan syariah (misalnya dalam perpajakan, pengambilan untung melalui bagi hasil), maka jaminan syariah sudah selayaknya diintrodusir.
3) Jika tidak, akan terjadi konflik hukum, dan akan menjadikan akad selalu cacat, karena kalau akan sepenuhnya patuh syariah akan menabrak aturan yang lain, dan seandainya mengikuti aturan lain, akan melanggar kepatuhan syariah.

4) Selanjutnya, akad yang cacat, akan rawan menjadi obyek sengketa, yang berujung dengan adanya gugatan.
5) Jaminan syariah, yang terdiri dari berbagai macam (*kafalah dhaman*/personal, kaitannya dengan harta, *hamil* kaitannya dengan *diyat*, *al-za'im* kaitannya dengan kematian, *al-shabir* kaitannya dengan menanggung keseluruhannya) hendaknya diidentifikasi untuk diberdayakan dalam hal yang paling memungkinkan.
6) Perlu dilakukan amandemen untuk UU no. 2 Tahun 2014 tentang JabatanNotaris (UUJN) dan peraturan perundang-undangan yang lainnya yang memberikan kewenangan secara eksplisit bagi notaris terkait pembuatan akta atau akad syariah.
7) Bukankah perbankan syariah juga mendapat pengakuan yang lebih eksplisit seetelah amandemen UU Perbankan (no 10 tahun 1998).
8) Dibuat dalam drafting (*taqnin*) yang menghilangkan klausula yang bertentangan dengan prinsip syariah, baik dilakukan dengan menerbitkan aturan baru, ataupun bersifat amandemen terhadap berbagai peraturanperundang-undangan yang berpotensi bertabrakan dengan prinsip syariah.

REFERENSI

Suleman, M dan Karsh, Sharif M. Abu (2013) 'Methods of Evaluating Credit Risk used by Commercial Banks in Palestine,' *International Research Journal of Finance and Economics*, Issue 111 July.

Triyanta, Agus (2016) *Hukum Perbankan Syariah: Regulasi, Implementasi dan Formulasi Kepatuhannya Terhadap Prinsip-Prinsip Islam*. Malang: Setara Press.

Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 8 Tahun 2012 Tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 3 Tahun 1997 Tentang Ketentuan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah

Fatwa Dewan Syariah Nasional no. 25 th 2005 tentang *Rahn*, Fatwa Dewan Syariah Nasional no. 68 Th 2008 tentang *Rahn Tasjily*, Fatwa Dewan Syariah Nasional no. 92 th 2014 tentang Pembiayaan yang disertai *Rahn*).

Undang-Undang no 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah

SAFE Law Firm

ICLASS FH UMY

Perhimpunan BMT INDONESIA

Sertifikat

Diberikan Kepada :

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

Atas partisipasinya sebagai Pembicara Seminar **Eksekusi Jaminan Kebendaan Dalam Praktik Ekonomi Syariah** (Urgensi Pelembagaan Jaminan Untuk Akad Musyarokah dan Mudharobah)
Pada Tanggal 14 Oktober 2017

Ketua Umum PBMT Indonesia	Direktur ICLASS FH UMY	Ketua Panitia
(H. Jularso)	**(Muhammad Khaeruddin Hamsin, H.,Lc.,LL.M.,Ph.D.)**	**(Abdus Salam, S.H., M.H.)**

ICLASS
INTERNATIONAL CENTRE FOR LAW & SHARIA STUDIES

SAFE LAW FIRM & ICLASS FH UMY
SEMINAR NASIONAL HUKUM EKONOMI SYARIAH
TANGGAL 14 OKTOBER 2017
YOGYAKARTA