

ADOPSI HUKUM ASING KE DALAM HUKUM NASIONAL

(Tinjauan Terhadap Perjanjian Bank Syariah)

(*Adoption of Foreign Laws into National Laws (A review to Shariah Bank Agreement)*)

Evi Djuniarti

Pusat Penelitian dan Pengembangan Hukum

Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan Hak Asasi Manusia

Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia R.I.

Jl. H. R. Rasuna Said Kav. 4-5, Jakarta Selatan 12920

085710991937

Evidjuniarti9@gmail.com

Tulisan Diterima: 02-11-2018; Direvisi: 22-11-2018; Disetujui Diterbitkan: 24-22-2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.30641/dejure.2018.V18.497-512>

ABSTRACT

Some standard provisions of Civil Code have been transplanted into the loan agreements made with shariah bank that should have been made to completely be based on the provisions that comply with the Islamic law. In the practices, shariah banks should have expressed the terms and conditons complying with the Islamic law of Shariah into the loan agreements. The riba (interest) practices will not evenly distribute the wealth but accumulated to a handful parties owning the capital. The issue formulated in this Article is the application of the transplanted provisions, according to the civil codes, into loan agreement mudharabah muqayyadah of Bank BNI Syariah and what are governing provisions in the case of defaults under the loan agreement mudharabah muqayyadah. This study uses juridical normative method. This study is based on one analysis to the existing laws and regulations. adoption of laws as an effort to facilitate easy enforcement of a law in a country, one of which is shariah agreement

Keywords: Adoption of Foreign Laws, National, Shariah Bank Agreement

ABSTRAK

Telah terjadi pencangkokan ketentuan-ketentuan perjanjian KUHPerdata (tranplantasi hukum perjanjian) pada akad pembiayaan bank syariah yang seharusnya secara keseluruhan berdasarkan ketentuan-kekentuan perjanjian menurut hukum Islam, dalam praktek perbankan syariah sudah seharusnya menuangkan syarat dan rukun sebagaimana ketentuan yang terdapat di dalam syariat Islam begitu pula ketika menuangkan ke dalam akad. Praktik riba tidak meningkatkan kekayaan secara merata tetapi justru terakumulasi pada segelintir orang pemilik modal. Perumusan masalah dalam tulisan ini adalah bagaimana penerapan tranplantasi hukum perjanjian pembiayaan menurut KUHPerdata ke dalam hukum perjanjian mudharabah muqayyadah pada Bank BNI Syariah dan bagaimana ketentuannya jika terjadi wanprestasi pada perjanjian pembiayaan mudharabah muqayyadah. Metode dalam penulisan yaitu penelitian yuridis normatif. Penelitian ini berbasis pada analisis terhadap peraturan perundang-undangan yang ada. Adopsi hukum sebagai upaya untuk mempermudah proses pelaksanaan hukum pada suatu negara, salah satunya adalah dalam perjanjian syariah

Kata Kunci: Adopsi Hukum Asing, Nasional, Perjanjian Bank Syariah

PENDAHULUAN

Adopsi terhadap hukum asing ke dalam hukum nasional adalah upaya untuk dapat mengisi kekosongan yang terjadi sehingga pemerintah dapat melakukan aktivitas bisnis tanpa harus membuat peraturan perundang-undangan. Watson percaya bahwa hukum sebahagian besar adalah otonom yang hidup menurut dirinya sendiri. Tidak ada hubungan yang pasti, cocok, dekat, komplit, perlu antara sosial ekonomi atau lingkungan politik dan sistem atau peraturan-peraturan dari hukum privat. Berdasarkan teori tersebut, maka dapat dikatakan telah terjadi pencangkokan ketentuan-ketentuan perjanjian KUHPerdata (tranplantasi hukum perjanjian) pada akad pembiayaan bank syariah yang seharusnya secara keseluruhan berdasarkan ketentuan-ketuan perjanjian menurut hukum Islam.

Dicantumkan beberapa ketentuan perjanjian menurut KUHPerdata di dalam klausula-klausula akad bank syariah dilakukan secara langsung maupun tidak langsung yaitu mencantumkan dengan jelas pasal-pasal yang ada di dalam KUHPerdata, menyebutkan substansi KUHPerdata dalam beberapa pasal, dan/atau menyebutkan lembaga hukum tertentu yang dikenal di dalam KUHPerdata. Walaupun bank syariah menasarkan kegiatannya pada hukum Islam, tetapi dalam praktek perjanjian antara bank syariah dan nasabahnya menerapkan juga hukum perdata barat (KUHPerdata). Adapun hukum perjanjian Islam yang dimaksud di sini termasuk ke dalam bidang fiqh muamalah, khususnya akad dalam Islam. Adanya ketentuan-ketentuan KUHPerdata tersebut bertentangan dengan hukum Islam.

Problematika mendasarkan dari operasional bank syariah adalah apakah penyelenggaraan kegiatan usaha perbankan syariah telah sesuai dengan akad yang dikenal dalam fiqh Islam atau akan hanya sekedar penggantian nama/istilah yang dikenal luas dalam bank konvensional dengan istilah Islam. Nampaknya istilah muamalah dan dimodifikasi sesuai dengan sistem perbankan nasional (**Hartono, 1994: 162-163**).

Dalam praktek perbankan syariah sudah seharusnya menuangkan syarat dan rukun sebagaimana ketentuan yang terdapat di dalam syariat Islam itu sendiri. Begitu pula ketika menuangkan ke dalam akad. Pembiayaan yang telah diproses sesuai dengan ketentuan yang berlaku dan disetujui oleh bank nasabahnya, maka

untuk itu dibuatlah akad pembiayaan secara tertulis dengan menggunakan bentuk format tertentu yang menjadi “akad standard”.

Struktur penyusunan dari akad pembiayaan bank syariah menyerupai kredit pada bank konvensional, hanya isi atau muatan pasal mengacu pada syariah Islam dan hukum positif di Indonesia. Apabila diuraikan maka akad pembiayaan pada perbankan syariah dapat dilihat seperti berikut ini (*ibid*).

1. Judul Akad

Judul mutlak adanya, untuk memudahkan setiap orang dalam memahami jenis akad apa yang sedang mereka baca. Selain itu, antara judul dan isi akad harus mempunyai korelasi dan relevan, sehingga akad mempunyai satu kesatuan yang utuh antara judul dan isi.

2. Bagian pembukaan (mukaddimah)

Bagian ini terbagi ke dalam empat bagian, yakni: tempat dan waktu kontrak diadakan, komparasi, recitals dan ruang lingkupnya.

3. Komparasis

Pada komparasis sebenarnya tidak jauh berbeda dengan perjanjian kredit yang terdapat di bank-bank konvensional. Bagian ini secara umum berisi para pihak yang melakukan perjanjian pembiayaan, yaitu antara bank dengan debitur. Dalam hal ini debitur atau nasabah disebut juga subyek hukum, dapat berupa perorangan atau badan hukum.

4. Isi akad.

Isi akad pembiayaan pada bank syariah terdiri dari pasal-pasal yang berdasarkan Hukum Positif di Indonesia dan tidak bertentangan dengan Syariah Islam.

Isi akad atau disebut juga dengan klausula akad pada umumnya disetiap akad meliputi (**Mohammad, 2001: 5-6**):

- Definisi terhadap istilah-istilah yang digunakan, termasuk istilah syariah.
- Keterangan mengenai fasilitas pembiayaan yang diberikan seperti besarnya pembiayaan, jangka waktu, dan jenis pembiayaan itu sendiri (*murharabah*), *musyawarah* atau *murabahah*).
- Penggunaan fasilitas pembiayaan.
- Keuntungan dan pembayaran. Setiap pembiayaan yang diberikan oleh bank syariah diperoleh keuntungan. Misalnya

dalam sistem jual beli atau fasilitas murabahah didapat keuntungan yang disebut dengan margin keuntungan. Margin keuntungan baik sendiri maupun secara bersama dengan pokok pembiayaan diangsur setiap bulannya sesuai dengan kesepakatan.

- e) Barang agunan (jaminan) secara syariah diatur dalam Al-Baqarah: 283.
 - f) Biaya yang dibebankan.
 - g) Pengutamaan pembayaran.
 - h) Peristiwa cidera janji. Nasabah dinyatakan melakukan wanprestasi atau cidera janji apabila telah melaksanakan kewajiban tertuang dan disepakati dalam perjanjian pembiayaan.
 - i) Hukum yang mengatur. Perjanjian pembiayaan tetap diatur oleh hukum sesuai dengan apapun yang ada hubungannya dengan akad pembiayaan ini yang tidak dapat diselesaikan secara damai maka akan diselesaikan melalui dan menurut Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI).
5. Bagian penutup. Dalam akad pembiayaan pada perbankan syariah telah diketahui hampir dengan perjanjian kredit pada bank konvensional umumnya yaitu domisili masing-masing, biaya-biaya yang timbul atas perjanjian pembiayaan. Pada bagian penutup ini, baik akad pembiayaan *mudharabah, musyawarah* dan *murabahah*. Ketiganya mencantumkan suatu klausula yang memungkinkan adanya amandemen atau perubahan.

Ekonomi syariah menekankan pada nilai-nilai etis, yang bersumber dari Al-qur'an dan Al-Hadist. Dalam ekonomi syariah lebih ditekankan pada aspek keadilan dan menghilangkan segala bentuk pengisapan dan penindasan pihak lain, sehingga melahirkan ketimpangan. Oleh sebab itu, dalam ekonomi syariah tidak hanya menekankan pada aspek kepentingan individu, tetapi juga masyarakat atau aspek social (**Mohammad, 2001: 5-6**).

Dengan demikian, setiap individu tetap memiliki keinginan untuk berkembang secara maksimal, namun dipihak lain juga diberikan batasan-batasan sedemikian rupa, sehingga

aktivitas ekonominya tidak merugikan orang lain. Itulah sebabnya mengapa Islam melarang riba. Prinsip riba adalah memupuk keuntungan tanpa menghiraukan kepentingan individu lain termasuk masyarakat atau aspek-aspek sosial lainnya (**Ari Gayo, 2001: 2**).

Dalam Islam, praktik riba tidak meningkatkan kekayaan secara merata tetapi justru terakumulasi pada segelintir orang pemilik modal. Sebab keuntungan yang merupakan riba tidak diraih melalui transaksi yang adil, jujur dan menghormati orang lain.

Pengaturan tentang kontrak atau persetujuan (*contract or agreement*) dapat ditemukan dalam Buku III Bab Kedua KUHPerdata (BW), yaitu Pasal 1313: "Perjanjian persetujuan adalah suatu perbuatan dengan mana seseorang dengan mana seorang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih".

Menurut R. Subekti, (**R. Subekti, 1984: 1**) mengatakan sebagai berikut:

"Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana ada seorang berjanji kepada seorang lain atau dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal". Hubungan kedua orang yang bersangkutan mengakibatkan timbulnya suatu ikatan yang berupa hak dan kewajiban kedua belah pihak atas suatu prestasi.

Menurut M. Yahya Harahap, (**1982: 3**) mengatakan sebagai berikut:

"Suatu perjanjian adalah suatu hubungan hukum kekayaan antara dua orang atau lebih, yang memberikan kekuatan hak pada suatu pihak untuk memperoleh prestasi sekaligus mewajibkan pada pihak lain untuk melaksanakan prestasi".

Menurut R. Wirjono Prodjodikoro, (**2000: 19**) mengatakan sebagai berikut:

"Perjanjian adalah suatu hubungan hukum mengenai harta benda antara dua pihak, dalam mana suatu pihak berjanji atau dianggap melakukan sesuatu hal, sedangkan pihak lain berhak menuntut pelaksanaan janji itu".

Menurut hukum Islam, perjanjian (kontrak, akad) adalah sebagai berikut:

Menurut para ahli hukum Islam, kata akad didefinisikan sebagai hubungan antara ijab dan qabul sesuai dengan kehendak *syariat*

yang menetapkan adanya pengaruh (akibat) hukum dalam objek perikatan. Rumusan akad di atas mengindikasikan bahwa perjanjian harus merupakan perjanjian kedua belah pihak untuk mengikatkan diri tentang perbuatan yang dilakukan dalam suatu hal yang khusus. Akad ini diwujudkan, *pertama*, dalam ijab dan qabul. *Kedua*, sesuai dengan kehendak *syariat*. *Ketiga*, adanya akibat hukum pada objek perikatan (**Hirsamuddin, 2008: 7**).

Mudharabah adalah kontrak (perjanjian) antara pemilik modal (*rab al mal*) dengan pengguna dan (*Mudharib*) untuk digunakan dalam aktivitas yang produktif dimana keuntungan dibagi dua antara pemodal dan pengguna modal. Kerugian jika ada ditanggung oleh pemilik modal, jika kerugian itu terjadi dalam keadaan normal, pemodal (*rab al mal*) tidak boleh internesi kepada pengguna (*mudharib*) dalam menjalankan usahanya.

Mudharabah suatu bentuk kontrak yang lahir sejak zaman *jahiliyah*/sebelum Islam dan Islam menerimanya dalam bentuk bagi hasil dan investasi. Dalam bahasa Arab ada tiga istilah yang digunakan terhadap bentuk organisasi bisnis ini: *Qirad*, *Muqaradan*, *Mudharabah*. Ketiga istilah ini tidak ada perbedaan yang prinsip. Perbedaan istilah ini mungkin disebabkan oleh faktor geografis. Imam Abu Hanifah dan Ahmad Ibn Hambali tinggal di Irak, dan mereka menggunakan istilah *mudharabah*.

Para fuqaha pada dasarnya tidak setuju adanya jaminan/ tanggungan, alasan *mudharabah* merupakan kerjasama saling menanggung, satu pihak menanggung modal dan pihak lain menanggung kerja, dan mereka saling mempercayai dan jika terjadi kerugian semua pihak merasakan kerugian tersebut. Oleh karenanya, jaminan tidak diperlukan dan harus ditiadakan (**Hirsamuddin, 2008: 7**).

Dalam penulisan makalah ini dikemukakan perumusan adalah bagaimana penerapan transplantasi hukum perjanjian pembiayaan menurut KUHPerdata ke dalam hukum perjanjian *mudharabah muqayyadah* pada Bank BNI Syariah dan bagaimana ketentuannya jika terjadi wanprestasi pada perjanjian pembiayaan *mudharabah muqayyadah*?

METODE PENELITIAN

Penelitian tentang “Adopsi Hukum Asing Ke Dalam Hukum Nasional (Tinjauan Terhadap Perjanjian Bank Syariah)” merupakan suatu penelitian yuridis normatif. Sebagai suatu penelitian yuridis normatif, maka penelitian ini berbasis pada analisis terhadap peraturan perundang-undangan yang ada. Dalam penulisan makalah ini yang diangkat sebagai penelitian adalah mengenai Bank Syariah berdasarkan pada Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Berdasarkan jenis dan bentuknya, data yang diperlukan dalam penelitian ini adalah data sekunder yang diperoleh melalui studi kepustakaan berupa Undang-undang serta diskriptif analisis, yaitu melakukan analisis terhadap peraturan Perundang-undangan. Data primer yaitu Penulis melakukan wawancara dengan pihak-pihak terkait yang memahami materi penulisan makalah ini.

Data sekunder adalah data yang diperoleh dari suatu sumber yang sudah dikumpulkan oleh pihak lain. Dalam hal ini penulis melakukan penelusuran data kepustakaan yang terdiri dari:

- a. Bahan hukum primer
Untuk mengetahui kajian yuridis, penulis menggunakan peraturan perundangan-undangan yaitu Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.
- b. Bahan hukum sekunder
Dalam penulisan makalah ini, penulis juga menggunakan berbagai buku ilmiah, bahan kuliah maupun artikel-artikel yang ada.
- c. Bahan hukum tersier
Bahan hukum tersier yang penulis gunakan diantaranya adalah kamus hukum dan kamus lengkap Bahasa Indonesia.

Pengumpulan data dilakukan melalui studi kepustakaan, dokumen-dokumen maupun literatur. Data hasil penelitian ini dianalisis secara kualitatif. Artinya, data kepustakaan, dokumen-dokumen maupun literatur dianalisis secara mendalam dan komprehensif. Penggunaan metode analisis secara kualitatif didasarkan pada pertimbangan, yaitu *pertama*, data yang dianalisis beragam, memiliki sifat dasar yang berbeda antara satu data dengan data yang lainnya. *Kedua*, sifat dasar data yang dianalisis adalah menyeluruh dan merupakan suatu kesatuan. Hal ini ditandai dengan keanekaragamannya data

serta memerlukan informasi yang mendalam. Pengambilan kesimpulan dilakukan dengan menggunakan induktif, artinya adalah metode penarikan kesimpulan dari data-data yang bersifat khusus kemudian dibandingkan dengan data-data yang sifatnya umum sehingga dapat ditarik kesimpulan.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

A. Pengertian Perjanjian Menurut Bank Syariat Islam

Secara etimologis perjanjian dalam Bahasa Arab diistilahkan dengan *Mu'ahadah Ittifa'*, atau akad. Dalam Bahasa Indonesia dikenal dengan kontrak, perjanjian atau persetujuan yang artinya adalah suatu perbuatan dimana seseorang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap seseorang lain atau lebih" (**Chairuman, dkk, 2004: 1**). Dalam Al-Qur'an sendiri setidaknya ada 2 (dua) istilah yang berkaitan dengan perjanjian, (**Darus; 2001: 247**) yaitu akad (*al-'aqadu*) dan kata '*ahd* (*al-'ahdu*), Al-Qur'an memakai kata pertama dalam arti perikatan atau perjanjian, sedangkan kata yang kedua dalam Al-Qur'an berarti masa, pesan, penyempurnaan dan janji atau perjanjian.

Dengan demikian, istilah akad dapat disamakan dengan istilah perikatan atau *verbintenis*, sedangkan kata *Al-'ahdu* dapat dikatakan dengan istilah perjanjian atau *overeenkomenst*, yang dapat diartikan sebagai suatu pernyataan dari seseorang untuk mengerjakan atau tidak mengerjakan sesuatu, dan tidak ada sangkut-pautnya dengan kemauan pihak lain. Janji hanya mengikat bagi orang yang bersangkutan, sebagaimana yang telah diisyaratkan dalam Al-Qur'an Surat Ali Imran Ayat 76 (**Fathurrahman, 2001: 248**).

Rumusan akad di atas mengindikasikan bahwa perjanjian harus merupakan perjanjian kedua belah pihak yang bertujuan untuk saling mengaitkan diri tentang perbuatan yang dilakukan dalam suatu hal yang khusus setelah akad secara efektif mulai diberlakukan. Dengan demikian, akad diwujudkan dalam *ijab* dan *qabul* yang menunjukkan adanya kesekrelaan secara timbal balik terhadap perikatan yang dilakukan kedua belah pihak yang harus sesuai dengan kehendak syariat. Aritnya, bahwa seluruh perikatan yang diperjanjikan oleh kedua belah pihak atau lebih baru dianggap sah apabila secara keseluruhan

tidak bertentangan dengan syariat Islam. Dengan adanya *ijab* Kabul yang didasarkan pada ketentuan syariat, maka suatu akad menimbulkan akibat hukum pada obyek perikatan, yaitu terjadinya pemindahan kepemilikan atau pengalihan kemanfaatan dan seterusnya.

Dalam Islam ada pengertian lain yang memberikan gambaran lebih luas cakupannya dari pengertian yang tersebut di atas, yakni memasukkan pengertian akad sebagai tindakan orang yang berkehendak kuat dalam hati, meskipun dilakukan secara sepihak, seperti hibah, wasiat, wakaf dan sebagainya. Sehingga untuk kemudian dalam tulisan ini dibahas mengenai macam-macam akad baik yang bersifat timbal balik, maupun akad yang sifatnya sepihak. Sementara itu (**Basyir 2000: 65**) memberikan definisi akad sebagai berikut, akad adalah suatu perikatan antara *ijab* dan *Kabul* akibat hukum pada obyeknya. *Ijab* adalah pernyataan pihak pertama mengenai isi perikatan yang diinginkan, sedangkan *Kabul* adalah pernyataan pihak kedua untuk menerimanya.

Pengertian akad juga dapat dijumpai dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Pasal 1 Angka 13 undang-undang dimaksud menyebutkan bahwa Akad adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan Prinsip Syariah.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa akad adalah perjanjian yang menimbulkan kewajiban yang berprestasi pada salah satu pihak, dan hak bagi pihak lain atas prestasi tersebut, dengan atau tanpa melakukan kontrprestasi. Kewajiban bagi salah satu pihak merupakan hak bagi pihak lain, begitu sebaliknya.

Dalam ajaran Islam untuk sahnya suatu perjanjian, harus dipenuhi rukun dan syarat dari suatu akad. Rukun adalah unsur yang mutlak harus dipenuhi dalam suatu hal, peristiwa dan tindakan. Sedangkan syarat adalah unsur yang harus ada untuk sesuatu hal, peristiwa, dan tindakan tersebut. Rukun akad yang utama adalah *ijab* dan *qabul*. Syarat yang ada dalam rukun bisa menyangkut subyek dan obyek dari suatu perjanjian.

Dalam menjalankan bisnis, satu hal yang sangat penting adalah masalah akad (perjanjian). Menurut para ahli hukum Islam, kata akad didefinisikan sebagai hubungan antara *ijab*

dan qabul sesuai dengan kehendak *syariat* yang menetapkan adanya pengaruh (akibat) hukum dalam objek perikatan. Rumusan akad di atas mengindikasikan bahwa perjanjian harus merupakan perjanjian kedua belah pihak untuk mengikatkan diri tentang perbuatan yang dilakukan dalam suatu hal yang khusus. Akad ini diwujudkan, pertama, dalam ijab dan qabul. Kedua sesuai dengan kehendak *syariat*. Ketiga adanya akibat hukum pada objek perikatan.

Untuk sahnya suatu akad harus memenuhi hukum akad yang merupakan unsur asasi dari akad, rukun akad adalah (**Hirsanuddin, 2008: 7**):

- a. *Al-Aqid* atau pelaksana akad, yaitu biasanya dua orang yang berakad
- b. *Shighat* atau perbuatan yang menunjukkan terjadinya akad berupa ijab dan qabul. Dalam akad jual beli, ijab adalah ucapan yang diucapkan oleh penjual, sedangkan qabul adalah setuju dan rela yang berasal dari pembeli
- c. *Al-Ma'qud alaih* atau obyek (benda atau manfaat) dari akad

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

Di samping rukun, syarat akad juga harus terpenuhi supaya akad itu sah (**Muhammad dan Alimin, 2004: 155**). Adapun syarat-syarat itu adalah:

- a. Syarat adanya sebuah akad (*syarth Al-In Iqod*). Syarat adanya akad adalah sesuatu yang mesti ada agar keberadaan suatu akad diakui syara', syarat ini terbagi dua, yaitu syarat umum dan syarat khusus. Syarat umum adalah syarat yang harus ada pada setiap akad. Syarat umum ada tiga yaitu: (1). Syarat-syarat yang harus dipenuhi pada tiga rukun akad yaitu, (1). Syarat-syarat yang harus dipenuhi pada tiga rukun akad, yaitu: *shighat*, obyek akad (*ma'qud alaih*) dan dua pihak yang berakad (*aqidain*); (2). Akad itu bukan akad yang terlarang; (3). Akad itu harus bermanfaat. Sedangkan syarat khusus adanya sebuah akad adalah syarat tambahan yang harus dipenuhi oleh suatu akad khusus seperti adanya saksi pada akad nikah.

- b. Syarat sah akad. Secara umum para ulama menyatakan bahwa syarat sahnya akad adalah tidak terdapatnya enam hal perusak sahnya (*mufsid*) dalam akad, yaitu: ketidakjelasan jenis yang menyebabkan pertengkarann (*Al-Jilalah*), adanya paksaan (*ikrah*), membatasi kepemilikan terhadap suatu barang (*Tauqif*), terdapat unsur tipuan (*Gharar*), terdapat bahaya dalam pelaksanaan akad (*dharar*).
- c. Syarat berlakunya (*nafidz*) akad. Syarat ini bermaksud berlangsungnya akad tidak tergantung pada izin orang lain. Syarat berlakunya sebuah akad, yaitu: (1). Adanya kepemilikan terhadap barang atau adanya otoritas (*Al Wilayah*) untuk mengadakan akad, baik secara langsung ataupun tidak perwakilan. (2). Pada barang atau jasa tersebut tidak terdapat hak orang lain.
- d. Syarat adanya Kekuatan Hukum (*Luzum Abad*) suatu akad baru bersifat mengikat apabila ia terbebas dari segala macam hak *khiyar* (hak untuk meneruskan atau membatalkan transaksi) (**Haroen, 2000:120**).

Menurut Fathurrahman Djamil, penerapan prinsip-prinsip hukum perjanjian Syariah dalam pembuatan perjanjian di Perbankan Syariah harus memperhatikan beberapa hal:

1. Dari segi subyek akad atau para pihak yang membuat perjanjian:
 - a. Para pihak harus cakap melakukan perbuatan hukum, artinya orang dewasa dan bukan mereka yang secara hukum berada di bawah pengampuan atau perwalian. Seseorang yang belum dewasa atau berada di bawah perwalian, di dalam melakukan perjanjian wajib diwakili oleh wali atau pengampunya.
 - b. Identitas para pihak dan kedudukannya masing-masing dalam perjanjian harus jelas, apakah bertindak untuk dirinya sendiri atau mewakili sebuah badan usaha.
 - c. Tempat dan syarat perjanjian dibuat untuk kebaikan, seyogyanya harus disebutkan dengan jelas.
2. Dari segi tujuan dan obyek akad:
 - a. Disebutkan secara jelas tujuan dari dibuatnya akad tersebut, misalnya jual beli, sewa menyewa, bagi hasil, dan

- seterusnya yang telah dijelaskan oleh ajaran Islam.
- b. Sekalipun diberikan kebebasan dalam menentukan obyek akad, namun jangan sampai menentukan suatu obyek yang dilarang oleh ketentuan hukum Islam atau *urf* (kebiasaan/keputusan) yang sejalan dengan ajaran Islam. Dengan kata lain, obyek akad harus halal dan *thoyyib*.
 3. Adanya kesepakatan dalam hal yang berkaitan dengan:
 - a. Waktu perjanjian; baik bermula atau berakhirnya perjanjian, jangka waktu angsuran dan berakhirnya perjanjian, jangka waktu angsuran dan berakhirnya harus diketahui dan disepakati sejak awal akad oleh bank dan nasabah. Tidak boleh berubah di tengah atau ujung prjalanan pelaksanaan kesepakatan, kecuali hal itu disepakati oleh kedua belah pihak.
 - b. Jumlah; dana yang dibutuhkan, *nisbah* atau margin yang disepakati, biaya-biaya yang diperlukan dan hal-hal *emergency* yang memerlukan biaya-biaya lain.
 - c. Mekanisme kerja; disepakati sejauhmana kebolehan melakukan operasional pengawasan dan penilaian terhadap suatu usaha (khususnya pembiayaan *mudharabah* dan *musyarakah*).
 - d. Jaminan; bagaimana kedudukan jaminan, seberapa besar jumlah dan kegunaan jaminan tersebut serta hal-hal lain yang berkaitan dengannya.
 - e. Penyelesaian; bila terjadi penyelesaian atau tidak adanya kesesuaian antara 2 (dua) belah pihak bagaimana penyelesaian yang disepakati, tahapan-tahapan yang harus dilalui dan seterusnya.
 - f. Obyek yang diperjanjikan dan pelaksanaannya.
 4. Adanya persamaan/kesetaraan/kesederajatan/keadilan:
 - a. Dalam hal menentukan hak-hak dan kewajiban-kewajiban antara bank dan nasabah.

- b. Dalam penyelesaian ketika mengalami kegagalan usaha dan jaminan.

5. Pilihan hukum

Ditegaskan dengan jelas pilihan hukum dalam akad tersebut.

B. Pengertian Harmonisasi Hukum

Istilah harmonisasi berasal dari Yunani, yaitu kata “*harmonia*” yang artinya terikat secara serasi dan sesuai. Dalam arti filsafat, diartikan “kerja sama antara berbagai faktor yang sedemikian rupa, hingga faktor-faktor tersebut menghasilkan kesatuan yang luhur”. Istilah harmonisasi secara etimologis berasal dari kata dasar harmoni, menunjuk pada proses yang bermula dari suatu upaya, untuk menuju atau merealisasi sistem harmoni. Istilah harmoni juga diartikan, kesalarasan, kecocokan, keserasian, keseimbangan yang menyenangkan. Dalam arti psikologi, diartikan sebagai keseimbangan dan kesesuaian segi-segi alam, perasaan, dan lain-lain.

Pengembangan harmonisasi hukum telah muncul dalam ilmu hukum di Jerman pada tahun 1902. Harmonisasi hukum dikembangkan dalam ilmu hukum yang digunakan untuk menunjukkan bahwa dalam dunia hukum, kebijakan pemerintah, dan hubungan di antara keduanya terdapat keanekaragaman yang dapat mengakibatkan disharmoni. Rudolf Stammler mengemukakan suatu konsep fungsi hukum, bahwa tujuan atau fungsi hukum adalah harmonisasi berbagai maksud, tujuan dan kepentingan antara individu dengan individu dan antara individu dengan masyarakat. Dikatakan oleh Stammler, “*A just law aims at harmonizing individual purposes with that of society*” (**Chand, 1994: 49**). Prinsip-prinsip hukum yang adil mencakup harmonisasi antara maksud dan tujuan serta kepentingan umum. Maksud dan tujuan serta kepentingan umum. Maksud dan tujuan serta kepentingan terdiri atas dua unsur, yaitu saling menghormati dan partisipasi (**Huijbers, 1995: 150-155**). Dalam praktik hukum di Roma pada tahun 1926, *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) badan internasional yang didirikan menurut perjanjian multilateral yang disponsori Liga Bangsa-Bangsa, telah menciptakan cara untuk menghormonisasi dan mengkoordinasikan ketentuan-ketentuan hukum perdata dari Negara-negara anggotanya dan mempromosikan penerimaan sistem hukum yang

'uniform'. Dalam pertemuan ilmiah berkala yang melibatkan organisasi-organisasi internasional dalam bidang unifikasi hukum, UNIDROIT telah melahirkan "*a body of uniform law doctrin*". Pertemuan ilmiah berkenaan dengan masalah metodologi unifikasi hukum tingkat universal, regional dan federal; masalah hakim setiap Negara terhadap bentuk hukum 'uniform'; karakteristik unifikasi dan cara yang tepat melakukan unifikasi di Negara yang sistem hukumnya tidak sama; serta teknis pemberian bantuan untuk Negara-negara berkembang dalam pembentukan uniformitas hukum (**Gautama, 1983: 26**).

Harmonisasi hukum berkembang dalam ilmu hukum dan praktek hukum di Netherland sejak tahun 1970. Untuk tujuan harmoniasi hukum, didirikan "*Inter Departmental Commission for Harmonization of Legislation*" dan membentuk "*Ministry of Justice a Staff Bureau for Harmonization*". Berkenaan dengan tujuan harmonisasi hukum tersebut, dikeluarkan petunjuk kepada semua lembaga pemerintahan di Netherland untuk melakukan *harmonization of legislation*. Harmonisasi dalam hukum adalah mencakup penyesuaian peraturan perundang-undangan, keputusan pemerintah, keputusan hakim, sistem hukum dan asas-asas hukum dengan tujuan peningkatan kesatuan hukum, kepastian hukum, keadilan dan kesebandingan, kegunaan dan kejelasan hukum, tanpa mengaburkan dan mengorbankan pluralism hukum.

Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, memberikan pengertian harmonisasi hukum, sebagai kegiatan ilmiah untuk menuju proses pengharmonisan hukum tertulis yang mengacu baik pada nilai-nilai filosofis, sosiologis, ekonomis maupun yuridis. Pengkajian terhadap rancangan peraturan perundang-undangan, dalam berbagai aspek apakah telah mencerminkan keselarasan dan kesuauian dengan peraturan perundang-undangan yang lain, hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, konvensi-konvensi dan perjanjian-perjanjian internasional baik bilateral maupun multilateral yang telah diratifikasi Indonesia. (**Hasan Wargakusumah, dkk, 1996/1997: 37**).

Bertolak dari perumusan pengertian-pengertian di atas, dapat diambil simpulan bahwa harmonisasi hukum, adalah upaya atau proses yang hendak mengatasi batasan-batasan perbedaan,

hal-hal yang bertentangan dan kejanggalan dalam hukum.

C. Penerapan Transplantasi Hukum Perjanjian Pembiayaan Menurut KUHPerdata dengan Hukum Perjanjian Syariah

Pencantuman Pasal-pasal Perjanjian Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata)

Pencangkokan ketentuan perjanjian dalam KUHPerdata kepada hukum perjanjian Islam dalam akad pembiayaan bank syariah, antara lain dengan menyebutkan secara tegas pasal-pasal tertentu umpamanya, disebutkan bahwa:

“...menurut pertimbangan bank terdapat alasan-alasan yang penting untuk itu satu dan lain dengan mengesampingkan ketentuan-ketentuan dalam Pasal 1266 dan 1267 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata ...”

Bunyi klausula akad pembiayaan mudharabah pada Bank Danamon Syariah ini mencantumkan Pasal 1266 dan Pasal 1267 KUHPerdata. Adapun Pasal 1266 KUHPerdata memuat ketentuan tentang syarat batal.

Syarat batal dianggap selalu dicantumkan dalam persetujuan yang timbal balik, andaikata salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya.

Dalam hal demikian persetujuan tidak batal demi hukum, tetapi pembatalannya harus dimintakan kepada pengadilan.

Permintaan ini juga harus dilakukan, meskipun syarat batal mengenai tidak dipenuhinya kewajiban dinyatakan di dalam persetujuan.

Jika syarat batal tidak dinyatakan dalam persetujuan, maka Hakim dengan melihat keadaan, atas permintaan tergugat, leluasa memberikan suatu jangka waktu untuk memenuhi kewajiban, tetapi juga waktu itu tidak boleh lebih dari satu bulan.

Selanjutnya Pasal 1267 KUHPerdata mengatakan sebagai berikut:

Pihak yang terhadapnya perikatan tidak dipenuhi, dapat memilih; memaksa pihak yang lain untuk memenuhi persetujuan, jika hal itu masih dapat dilakukan, atau menuntut pembatalan persetujuan, dengan penggantian biaya, kerugian dan bunga.

Pasal 1266 dan 1267 KUHPerdata secara khusus memberikan pengaturan tentang syarat

batal pada perjanjian timbal balik. Undang-undang tersebut menentukan bahwa syarat yang membatalkan perjanjian timbal balik adalah kalau salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya (ingkar janji). Ketentuan undang-undang ini terutama Pasal 1266 KUHPerdata adalah merupakan suatu yang menarik perhatian, karena di dalamnya banyak terkandung kelemahan-kelemahan yang kadang-kadang satu sama lain mempunyai sifat yang bertentangan (**Badrulzaman, 2008: 43**).

Ketentuan KUHPerdata lainnya yang dicantumkan dalam akad pembiayaan bank syariah selain pasal-pasal yang disebutkan di atas adalah Pasal 1813. Sebagai contoh pembiayaan mudharabah pada Bank Bukopin Pasal 7 tentang Pembayaran kembali dikatakan sebagai berikut:

“...pembayaran dilakukan melalui rekening Nasabah di Bank, maka dengan ini Nasabah memberikan kuasa yang tidak dapat berakhir karena sebab-sebab yang ditentukan dalam Pasal 1813 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata kepada Bank ...”

Adapun Pasal 1813 KUHPerdata ini memuat ketentuan tentang berakhirnya pemberian kuasa.

Pemberian kuasa berakhir dengan penarikan kembali kuasa penerima kuasa; dengan pemberitahuan penghentian kuasanya oleh penerima kuasa; dengan meninggalnya, pengampunan atau pailitnya, baik pemberi kuasa maupun penerima kuasal dengan kawinnya perempuan yang memberikan atau menerima kuasa.

Pasal lainnya dalam KUHPerdata yang dicantumkan dalam akad pembiayaan adalah Pasal 1795 KUHPerdata. Pasal 1795 KUHPerdata ini dapat dilihat pada akad murabahah BII Syariah pada Pasal 4 tentang penyerahan barang.

“Apabila pelaksanaan teknis pembelian barang oleh Bank dari Produsen atau Supplier dilakukan oleh Nasabah untuk dan atas nama Bank berdasarkan kuasa dari Bank, maka kuasa harus dibuat secara tertulis sesuai dengan ketentuan Pasal 1795 KUHPerdata”.

Adapun bunyi Pasal 1795 KUHPerdata adalah sebagai berikut:

Pemberian kuasa dapat dilakukan secara khusus, yaitu hanya mengenai satu kepentingan tertentu atau lebih, secara

umum, yaitu meliputi segala kepentingan pemberi kuasa.

Pasal 1795 KUHPerdata di atas memuat ketentuan tentang pemberian kuasa yang disebut dengan kuasa khusus, karena sifatnya khusus maka kuasa ini berlaku untuk hal-hal tertentu saja.

Penggunaan Kata-kata dari Hukum Perjanjian menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata)

Akad mudharabah, musyarakah maupun murabahah yang terdapat pada bank syariah, ketiganya menyebutkan substansi KUHPerdata pada klausul akad pembiayaannya. Substansi KUHPerdata tersebut dapat dilihat dari kata-kata yang tercantum di dalam klausul akad pembiayaan bank syariah, sebagai contoh dapat dilihat dibawah ini. Contoh pertama, tentang pengikatan jaminan dengan akta. Pada klausul akad pembiayaan murabahah BNI Syariah, Pasal 5 (d) dikatakan:

“Seluruh agunan telah diikat secara nitariil (minal convernotes dari Notaris)”

Pada Pasal 8 tentang jaminan ini kemudian dikatakan:

“...dibeberi Hipotik, sebagaimana ternyata dari akta Surat Kuasa untuk memasang Hipotik ...”

Selanjutnya dikatakan pula:

“...dibeberi Hak Tanggungan sebagaimana ternyata dari Surat Kuasa membebankan Hak Tanggungan ...”

“...diikat kemudian dengan akta jaminan Fiducia...”

Tentang pengikatan jaminan di atas, jelas dari kata-katanya merupakan substansi yang diambil dari Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Karena pengikatan jaminan dengan akta otentik khusus untuk kapal sampai sekarang ini masih dilakukan secara hipotik walaupun telah lahir Undang-Undang Hak Tanggungan.

Adapun hipotik, sebagaimana kita ketahui terdapat pengaturannya di dalam Buku II KUHPerdata. Hipotik menurut Pasal 1162 adalah:

Suatu hak kebendaan atas barang-barang bergerak, untuk mengambil penggantian daripadanya bagi pelunasan suatu perikatan.

Dari pengertian hipotik di atas, maka jelaslah bahwa hipotik ini mengandung sifat kebendaan seperti yang tertera di dalam Pasal 1163 KUHPerdata.

Namun demikian, ternyata ada benda yang lain yang tidak secara tegas-tegas dimasukkan dalam kelompok benda tetap, tetapi lembaga jaminan yang disediakan oleh undang-undang atas benda itu adalah hipotik, yaitu kapal-kapal yang volumenya lebih dari 20m³ (Pasal 214 KUHD). Dengan demikian, obyek hipotik adalah benda-benda tetap maupun kapal dengan volume tertentu. Dengan keluarnya Undang-Undang Hak Tanggungan Nomor 4 Tahun 1996 hanya berkenan hak tanggungan atas tanah, oleh karenanya ketentuan hipotik berlaku untuk obyek tertentu seperti kapal dan pesawat terbang (**Satrio, 2002: 184**).

Pengikatan jaminan dengan fiducia juga diberlakukan dalam akad pembiayaan di atas. Saat ini ketentuan tentang jaminan fiducia berdasarkan kepada Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999.

Pasal 1 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 ini menyebutkan:

Fiducia adalah pengalihan hak kepemilikan suatu benda atas dasar kepercayaan dengan ketentuan bahwa benda yang hak kepemilikannya dialihkan tersebut tetap dalam penguasaan pemilik benda.

Fiducia ini diberlakukan untuk benda-benda yang bergerak di luar gadai dengan tanpa melepaskan benda jaminan yang bersangkutan dari kekuasaan pemberi jaminan.

Substansi lainnya yang terdapat di dalam klausul akad pembiayaan bank syariah adakah ketentuan tentang domisili. Pada akad pembiayaan Murabahah pada BRI Syariah pada Pasal 13 dikatakan:

“Tentang akad ini dan segala akibatnya serta pelaksanaannya para pihak memilih tempat kedudukan hukum (domisili) yang tetap dan umum ...”

Tempat kedudukan hukum (domisili), terdapat pengaturannya di dalam Pasal 17 sampai dengan Pasal 25 KUHPerdata. Adapun unsur-unsur yang terkandung dalam rumusan domisili adalah sebagai berikut: Pertama, adanya tempat tertentu (tetap atau sementara). Kedua, adanya orang yang selalu hadir pada tempat tersebut. Ketiga, adanya hak dan kewajiban. Keempat, adanya prestasi.

Adapun tujuan adanya domisili ini adalah untuk mempermudah para pihak dalam mengadakan hubungan hukum dengan

pihak lainnya. Seperti diatur dalam Pasal 24 KUHPerdata:

- (1) Dalam suatu akta dan terhadap suatu soal tertentu, kedua belah pihak atau salah satu pihak bebas untuk memilih tempat tinggal yang lain daripada tempat tinggal yang sebenarnya.
- (2) Pemilihan ini dapat dilakukan secara mutlak, bahkan sampai meliputi pelaksanaan putusan Hakim, atau dapat dibatasi sedemikian rupa sebagaimana dikehendaki oleh kedua pihak atau salah satu pihak. Dalam hal ini surat-surat juru sita, gugatan-gugatan atau tuntutan-tuntutan yang tercantum atau termasuk dalam akta itu boleh dilakukan di tempat tinggal yang dipilih dan di muka Hakim tempat tinggal itu.

Ketentuan menurut Hukum Perjanjian Islam dan Hukum Perjanjian Menurut KUHPerdata Berdampingan dalam Akad Bank Syariah

Walaupun bank syariah mendasarkan kegiatannya pada hukum Islam, tetapi dalam praktek perjajian antara bank syariah dan nasabahnya menerapkan juga Hukum Perdata Barat (KUHPerdata). Adapun hukum perjanjian Islam yang dimaksud di sini termasuk ke dalam bidang fiqh muamalah, khususnya akad dalam Islam. Adakah ketentuan-ketentuan KUHPerdata tersebut bertentangan dengan hukum Islam?

Problematika mendasar dari operasional bank syariah ialah apakah penyelenggaraan kegiatan usaha perbankan syariah telah sesuai dengan akad yang dikenal dalam fiqh Islam ataukah hanya sekedar penggantian nama/istilah yang dikenal luas dalam bank konvensional dengan istilah Islam. Nampaknya istilah yang dipakai bank syariah untuk memberi produknya diambil dari istilah fiqh muamanah dan dimodifikasi sesuai dengan sistem perbankan nasional.

Dalam praktek perbankan syariah sudah seharusnya menuangkan syarat dan rukun sebagaimana ketentuan yang terdapat di dalam Syari'ah Islam itu sendiri. Begitu pula ketika menuangkannya ke dalam akad. Pembiayaan yang telah diproses sesuai dengan ketentuan yang berlaku dan disetujui oleh bank dan nasabahnya, maka untuk itu dibuatlah akad pembiayaan secara tertulis dengan menggunakan bentuk dan format tertentu yang menjadi “akad standard.”

Struktur penyusunan dari akad pembiayaan bank syariah menyerupai perjanjian kredit pada bank konvensional, hanya isi atau muatan pasal yang mengacu pada Syari'ah Islam dan Hukum Positif di Indonesia. Apabila diuraikan maka akad pembiayaan pada perbankan syariah dapat dilihat seperti berikut ini.

1. Judul akad.

Judul akad mutlak adanya, untuk memudahkan setiap orang dalam memahami jenis akad yang sedang mereka baca. Selain itu, antara judul dan isi akad harus mempunyai korelasi dan relevansi, sehingga akad mempunyai satu kesatuan yang utuh antara judul dan isi.

2. Bagian pembukaan (mukadimah).

Bagian ini terbagi ke dalam empat bagian, yakni: tempat dan waktu kontrak diadakan, komparasi, recitals, dan ruang lingkupnya.

3. Komparasi.

Pada komparasi sebenarnya tidak jauh berbeda dengan perjanjian kredit yang terdapat di bank-bank konvensional. Bagian ini secara umum berisi para pihak yang melakukan perjanjian pembiayaan, yaitu antara bank dengan debitur. Dalam hal ini debitur atau nasabah disebut juga subyek hukum, dapat berupa perorangan ataupun badan hukum.

4. Isi akad.

Isi akad pembiayaan pada bank syariah terdiri dari pasal-pasal yang berdasarkan Hukum Positif di Indonesia dan tidak bertentangan dengan Syariah Islam. Isi akad atau disebut dengan klausula akad pada umumnya di setiap akad meliputi:

1) Pefenisi terhadap istilah-istilah yang digunakan, termasuk istilah syariah.

2) Keterangan mengenai fasilitas pembiayaan yang diberikan seperti besarnya jumlah pembiayaan, jangka waktu, dan jenis pembiayaan itu sendiri (*mudharabah*, *musyarakah* atau *murabahah*).

3) Penggunaan fasilitas pembiayaan.

4) Keuntungan dan pembayaran. Setiap pembiayaan yang diberikan oleh bank syariah diperoleh keuntungan. Misalnya dalam sistem jual beli atau fasilitas murabahah didapat keuntungan yang

disebut margin keuntungan. Margin keuntungan baik sendiri maupun secara bersama dengan pokok pembiayaan diangsur setiap bulannya sesuai dengan kesepakatan.

5) Barang agunan (jaminan) secara syariah diatur dalam Al-Baqarah; 283.

6) Biaya yang dibebankan.

7) Pengutamaan pembayaran.

8) Peristiwa cidera janji. Nasabah dinyatakan melakukan wanprestasi atau cidera janji apabila tidak melaksanakan kewajiban yang terutang dan disepakati dalam perjanjian pembiayaan.

9) Hukum yang mengatur. Perjanjian pembiayaan tetap diatur oleh hukum sesuai dengan ketentuan Hukum Indonesia. Suatu sengketa yang timbul atau dengan apapun yang ada hubungannya dengan akad pembiayaan ini yang tidak dapat diselesaikan secara damai diselesaikan melalui dan menurut Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Mualamat Indonesia (BAMUI).

5. Bagian Penutup.

Dalam akad pembiayaan pada perbankan syariah telah diketahui hampir sama dengan perjanjian kredit pada bank konvensional umumnya yaitu domisili masing-masing, biaya-biaya yang timbul atas perjanjian pembiayaan. Pada bagian penutup ini, baik akad pembiayaan muadharabah, musyarakah dan murabahah ketiganya mencantumkan suatu klausula yang memungkinkan adanya amandemen atau perubahan.

Mengenai klausula yang tercantum dalam setiap pasal akad pembiayaan perbankan syariah dapat dilihat apakah konstruksi hukumnya telah sesuai atau tidak dengan hukum perjanjian Islam sebagai dasar perbankan syariah (dalam hal ini, fatwa Dewan Syariah Nasional-MUI dipakai sebagai dasar pembulatan kontrak). Untuk itu dari hasil penelitian yang dilakukan terhadap 8 (delapan) bank syariah di Jakarta, tentang konstruksi hukum akad pembiayaan pada bank syariah di Indonesia dapat diuraikan seperti contoh di bawah ini.

1. Jaminan

Baik Bank Muamalat Indonesia, Bank IFI Syariah, Bank Syariah Mandiri, BRI Syariah,

BNI Syariah, Bank Danamon Syariah, BII Syariah dan Bank Bukopin Syariah, semuanya mencantumkan jaminan/agunan dalam akad pembiayaan mudharabah, musyarakah dan murabahah. Adpun bunyi klausul kontraknya seperti pada Pasal 6 huruf K berikut:

Untuk menjamin pembayaran kembali fasilitas pembiayaan tepat pada waktunya dan sejumlah uang lainnya yang harus dibayarkan menurut perjanjian ini, muadharip dengan ini menyetujui untuk memberikan jaminan dan menyerahkan asli dari dokumen jaminan kepada PT. Bank Syariah....., yaitu sebagai berikut:

Klausul diatas terlihat dengan jelas menganut hukum perjanjian yang diatur di dalam KUHPerdata. Ketentuan jaminan pada akad pembiayaan perbankan syariah di Indonesia dalam hal ini merujuk pada Pasal 1131 KUHPerdata yang menyatakan:

“Bawa segala kebendaan debitur baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan”.

Dengan berlakunya ketentuan Pasal 1131 KUHPerdata ini, maka dengan sendirinya atau demi hukum terjadilah pemberian jaminan oleh seorang debitur kepada krediturnya atas segala kekayaan debitur itu.

Lantas bagaimana jaminan di dalam hukum perjanjian Islam? Pencantuman tentang jaminan di dalam klausula akad pembiayaan pada bank syariah apakah tidak bertentangan dengan hukum perjanjian Islam?

Hukum perjanjian Islam juga mengenal dan mempunyai ketentuan tersendiri tentang jaminan. Jaminan dalam hukum perjanjian Islam disebut dengan, *al-Kafalah (Dhaman)* untuk jaminan atas diri seseorang, dan *ar-Rahn* (perjanjian hutang dengan jaminan), biasa disebut dengan gadai (benda bergerak maupun benda tidak bergerak), dan *bitsaman ajil* (mejamin barang yang dibeli) pada akad murabahah.

Dalam kitab-kitab Ulama Hanafi dan Hanbali dikatakan bahwa jaminan dari sudut bahasa Arab berarti penggabungan. Dalam kitab-kitab Ulama Syafi'i jaminan dari segi bahasa berarti penggabungan tanggungjawab. Dengan kata lain secara istilah di kalangan Hanafi, jaminan ialah

penggabungan tanggungjawab penjamin kepada tanggungjawab si berhutang dalam satu tuntutan diri, atau hutang atau barang, seperti barang yang dirampas dan sebagainya.

Dalil Ulama Hanafi mengatakan bahwa meskipun dari segi maknanya yang syar'i bahwa hutang itu boleh ditanggung oleh dua orang, namun pada kenyataannya berlaku pada seorang saja, kecuali dengan sebab-sebab tertentu karena itu gugur dengan adanya tuntutan. Ulama Hanafi juga berhujah dengan mengatakan bahwa jaminan bahwa dibuat pada harta dan pada diri meskipun tidak melibatkan hutang.

Sedangkan gadai (rahn) adalah perjanjian (akad) pinjam-meminjam dengan menyerahkan barang sebagai tanggungan hutang. Gadai merupakan satu jenis dari beberapa jenis akad sukarela; karena yang diberikan oleh pemegang gadai kepada pegadai tidak mempunyai balasan apa-apa. Akad sukarela tidak dianggap sempurna kecuali setelah terjadi serah terima.

Pada fuqaha sepakat mengharuskan gadai, baik dalam keadaan musafir atau tidak, berbeda dengan pendapat Mujahid dan Ulama Zahiriyyah. Hal ini seperti telah disyari'atkan di dalam al-Qur'an al-Baqarah Ayat 283:

“Dan apabila kamu dalam perjalanan (musafir) sedang kamu tidak memperoleh seorangjurutulismakahendaklahadabarang tanggungan yang dipegang. Akan tetapi jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya dan hendaklah ia bertaqwa kepada Allah Tuhanmu; dan janganlah kamu menyembunyikan persaksian. Dan barangsiapa yang menyembunyikannya, maka sesungguhnya ia adalah orang yang berdosa hatinya; dan Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan”.

Dalam keadaan musafir seperti yang dikatakan oleh ayat di atas adalah menunjukkan satu keadaan yang luat biasa. Ini karena pada masa dahulu penulisan perhutangan amat jarang didapatkan dalam perjalanan dan tidak pula disyaratkan mengikuti as-Sunnah dalam keadaan tidak didapatkan penulis. Ayat ini bermaksud memberi kemudahan kepada manusia tentang membuat pegangan atau gadaian bagi sesuatu hutang ketika ketiadaan penulis.

Berdasarkan ketentuan di atas, maka jelaslah bahwa jaminan yang dicantumkan dalam klausula pembiayaan *mudharabah*, *musyarakah* dan *murabahah* pada bank-bank syariah tidak bertentangan dengan Syariah Islam.

Ketentuan tentang jaminan di dalam akad pembiayaan perbankan syariah yang dikenal dengan *al-Kafalah* dapat dilihat dalam Fatwa DSN-MUI Nomor 11/DSN-MUI/IV/2000. *Al-Kafalah* ini dibuat juga dalam bentuk akad di antara para pihak. Dalam akad *Al-Kafalah* penjamin dapat menerima imbalan (*fee*) sepanjang tidak memberatkan. Selanjutnya, yang dapat menjadi obyek penjaminan (makful bihi) dalam *al-Kafalah* adalah merupakan tanggungan pihak/orang yang berhutang, baik berupa uang, benda maupun pekerjaan.

Selanjutnya jaminan yang juga diatur di dalam Fatwa DSN MUI Nomor 25/DSN-MUI/III/2002 adalah Rahn (gadai). Di sini dikatakan jaminan adalah sebagai konsekuensi adanya hutang. Selain itu, bank yang dipakai oleh pihak bank sebagai acuan dalam membuat kontrak perjanjian pada Bank Syariah di Indonesia.

2. Wanprestasi

Wanprestasi atau cidera janji dapat saja terjadi dalam setiap perjanjian. Begitu juga dalam pelaksanaan akad pembiayaan pada bank syariah. Untuk mengantisipasi hal tersebut, dalam akad pembiayaan dicantumkan klausula tentang wanprestasi tersebut.

Bank Muamalat Indonesia, Bank Syariah Mandiri, Bank IFI Syariah, BRI Syariah, BNI Syariah, Bank Danamon Syariah, bank Bukopin Syariah, serta BII mencantumkan kalusul wanprestasi pada pembiayaannya.

Adapun klausul wanprestasi/cidera janji tersebut adalah:

Menyimpang dari ketentuan dalam Pasal 3 Akad ini, Bank berhak untuk menuntut/menagih pembayaran dari Nasabah dan/atau siapapun juga memperoleh hak darinya, atas sebagian atau seluruh jumlah kewajiban Nasabah kepada Bank berdasarkan Akad ini, untuk dibayar dengan seketika dan sekaligus, tanpa diperlukan adanya surat pemberitahuan, surat teguran atau surat lainnya, apabila terjadi salah satu atau peristiwa tersebut di bawah ini:

- Nasabah tidak melaksanakan pembayaran atas kewajibannya kepada Bank sesuai dengan saat yang ditetapkan dalam Pasal 5 dan/atau Pasal 3 Akad ini;
- Dokumen, surat-surat bukti kepemilikan atau hak lainnya atau barang-barang yang dijadikan jaminan, dan/atau pernyataan pengakuan sebagaimana tersebut pada Pasal 10 Akad ini ternyata palsu atau tidak benar isinya, dan/atau Nasabah melakukan perbuatan yang melanggar atau bertentangan dengan salah satu hal yang ditentukan dalam Pasal 9 dan/atau Pasal 12 Akad ini;
- Sebahagian atau seluruh harta kekayaan Nasabah disita oleh pengadilan atau pihak yang berwajib;
- Nasabah berkelakuan sebagai pemboros, pemabuk, ditaruh di bawah pengampunan dalam keadaan insolvensi, dinyatakan pailit, atau dilikuidasi.

Berdasarkan kalusul di atas, maka dapat dilihat bahwa ketentuan yang terdapat dalam KUHPerdata dipakai sebagai rujukan wanprestasi dalam akad pembiayaan bank syariah yang ada di Indonesia. Wanprestasi seperti yang kita ketahui adalah lawan dari prestasi. Prestasi sebagaimana diatur di dalam Pasal 1234 KUHPerdata, menyatakan: "Tiap-tiap perikatan adalah untuk memberikan sesuatu, berbuat sesuatu dan tidak berbuat sesuatu".

Yang dimaksud dengan memberikan sesuatu dalam perikatan adalah termasuk pemberian sejumlah uang, memberi benda untuk dipakai (menyewa), penyerahan hak milik atas benda tetap dan bergerak. Perikatan untuk melakukan sesuatu misalnya membangun rumah. Sedang perikatan untuk tidak melakukan sesuatu misalnya A membuat perjanjian dengan B ketika menjual apoteknya, untuk tidak menjalankan usaha apotek dalam satu daerah.

Selanjutnya dikatakan pula, bahwa ada 4 (empat) akibat jika terjadi wanprestasi, yakni:

Pertama, perikatan tetap ada. Kreditur masih dapat menuntut kepada debitur pelaksanaan prestasi, apabila terlambat memenuhi prestasi. Di samping itu, kreditur berhak untuk menuntut ganti rugi akibat keterlambatan melaksanakan

prestasinya. Hal ini disebabkan kreditur mendapat keuntungan apabila debitur melaksanakan prestasi pada waktunya. *Kedua*, debitur harus membayar ganti rugi kepada kreditur (Pasal 1243 KUHPerdata). *Ketiga*, risiko beralih untuk kerugian debitur jika halangan itu timbul setelah debitur wanprestasi, kecuali bila ada kesenjangan atau kesalahan besar dari pihak kreditur. Oleh karena itu, debitur tidak dibenarkan untuk berpegangan pada keadaan memaksa. *Keempat*, jika perikatan lahir dari perjanjian timbal balik, kreditur dapat membebaskan diri dari kewajibannya memberikan kontra prestasi dengan menggunakan Pasal 1266 KUHPerdata.

Wanprestasi/cidera janji di dalam Islam juga mempunyai pengaturan dan dasar hukum yang kuat. Jika seseorang membuat perjanjian dengan sesama manusia, itu berarti dia juga membuat perjanjian kepada Allah SWT. Dengan demikian, perjanjian itu harus ditepati. Sebab jika tidak ditepati maka dikatakan telah mengkhianati amanat yang telah diberikan kepadanya.

Allah SWT di dalam firmanNya Surat al-Anfal ayat 27 telah mengatakan:

“Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu mengkhianati Allah dan Rasul dan juga janganlah kamu mengkhianati amanat-amanat yang dipercayakan kepadamu, sedang kamu mengetahui”.

Selanjutnya, di dalam Hadits dikatakan pula:

“Diriwayatkan dari Abu Hurairah r.a. bahwasanya Rasulullah SAW pernah bersabda: Penundaan (mengulur-ngulur) pembayaran hutang oleh orang yang sudah mampu melunasinya adalah zalim, dan jika piutangmu tagihannya dialihkan kepada orang kaya, maka terimalah (orang kaya tersebut menjadi penanggung hutang seseorang). (HR. Bukhari)

Dari uraian tadi wanprestasi (ingkar janji) terlihat bahwa, hukum perjanjian menurut KUHPerdata maupun hukum perjanjian Islam, keduanya mengenal ajaran tentang wanprestasi (ingkar janji). Perbedaannya terdapat pada penyebutan istilah dan yang terpenting adalah konsekuensi dari perbuatan melanggar janji tersebut. Karena, janji yang dibuat di dalam Islam dikatakan sebagai hutang yang harus dibayar. Selain itu, makna janji yang tidak ditepati di dalam Islam mempunyai akibat hukum tidak hanya

pada para pihak yang terikat perjanjian, tetapi juga berarti ia tidak menepati janjinya kepada Allah SWT. Ada sanksi moral di dalamnya.

KESIMPULAN

Adopsi hukum sebagai upaya untuk mempermudah proses pelaksanaan hukum pada suatu negara, untuk mengantisipasi adanya kekosongan hukum pada bidang-bidang tertentu, salah satunya adalah dalam perjanjian syariah. Dimana sebagian pasal masih mengadopsi ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam KUHPerdata.

Adapun penerapan hukum perjanjian Islam bersama-sama dengan hukum perjanjian menurut KUHPerdata dikarenakan peraturan perundang-undangan yang mengatur perbankan syariah belum lengkap, sehingga pelaksanaan hukum perjanjian Islam memerlukan hukum lain. Lagipula hal tersebut diperbolehkan sepanjang ketentuan-ketentuan dari hukum lain tersebut tidak bertentangan dengan al-Qur'an dan as-Sunnah. Bila pencangkokan tersebut tidak dilakukan, timbul kekhawatiran pelaksana hukum perjanjian Islam tersebut menemui hambatan.

SARAN

Perlu penerapan dalam perbankan syariah menuangkan syarat dan rukun sebagaimana ketentuan yang terdapat di dalam Syari'ah Islam itu sendiri.

DAFTAR KEPUSTAKAAN

- Ari Gayo, Ahyar, *Asuransi Syariat Dalam Upaya Penekanan Riba*. Jakarta: BPHN, Dep. Hukum & HAM RI, 2001
- Chand, Hari, 1994, *Modern Jurisprudence*, Kuala Lumpur: International Law Book Services
- Departemen Pendidikan & Kebudayaan*; Kamus Besar Bahasa Indonesia, Jakarta: Balai Pustaka, 2001
- Djamil, Fathurrahman (*et al*), 2001, *Hukum Perjanjian Syariah dalam Komplikasi Hukum Perikatan*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti
- Darus, Mariam Badrulzaman (*et al*), 2001, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti
- Gautama, Sudargo, 1983, *Kapita Selekta Hukum Perdata Internasional*, Bandung: Alumni
- Hasan, Moh. Wargakusumah, dkk, *Harmonisasi Hukum di Indonesia*, Jakarta: BPHN Departemen Kehakiman, 1996-1997
- Harahap, Yahya M., *Segi-segi Hukum Perikatan Bandung*: PT. Alumni, 1982
- Hirsamuddin, *Hukum Perbaikan Syariat di Indonesia, Pembiayaan Bisnis Dengan Prinsip Kemitraan*, Yogyakarta: Genta Press, 2008
- Hoessein, Mohammad, *Permasalahan Hukum dan Penyelesaian Sengketa Dalam Akad Keuangan Syariah*, Jakarta, FHUI,2001
- Huijbers, Theo, 1995, *Fislafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Yogyakarta: Kanisius,
- Husni, Habullah Frieda, *Hukum Kebendaan Peserta Hak-hak yang Memberi Jaminan* (Jilid II), Jakarta: Ind-Hill-Co. 2005
- Mardjono, Hartono, *Penyelesaian Perselisihan Perdata Melalui Badan Arbitrase Islam*, tulisan dalam Arbitrase Islam Indonesia, Jakarta: BAMUI, 1994
- Pasaribu, Chairuman dan Suhrawadi K. Lubis, 2004, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Jakarta: Sinar Grafika
- Prodjodikoro, R. Wirjono, *Asas-asas Hukum Perjanjian*, Bandung: Mandar Madju, 2000

Rahardjo, Satjipto, 1986, *Ilmu Hukum*, Bandung: Alumni .

Satrio, J., *Hukum Jaminan Hak Jaminan Kebendaan*, BandungL PT. Citra Aditya Bakti, 2002

Subekti, R., *Aneka Perjanjian* Bandung: PT. Alumni, 1984

Watson, dalam Maharanay, *Tranplantasi Peraturan Perundang-Undangan kedalam peraturan lainnya*, (makalah) disampaikan dalam Seminar tentang Riba di BPHN, Jakarta, 27 Agusut 2001

Keppres No. 188 Tahun 1998, tentang *Tata Cara Mempersiapkan Rancangan Undang-Undang*

