

TIPOLOGI JAMINAN: Perspektif Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah dan Jaminan Keperdataan

Rayno Dwi Adityo

Perum Oma Campus A1-3, Blk Harvard/Kb. Malang-DAU

E-mail: raynoadityo@gmail.com

Abstrak

Perkembangan dunia hukum bisnis khususnya bidang hukum ekonomi Islam menuntut ketersediaan akan payung hukum yang dapat menjamin kepastian dan keadilan. Perkembangan ini terlihat dari menjamurnya sektor bank dan lembaga keuangan non bank yang tunduk pada prinsip syariah, salah satu aspek perangkat hukum yang diperlukan adalah jaminan. Jaminan dikenal di dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah dan terdapat pula dalam jaminan Keperdataan. Kenyataannya jaminan dalam KHES tidak diperjelas secara rinci dan berakibat pada belum adanya perbedaan yang signifikan dari jaminan pada umumnya berikut akibat hukumnya. Persamaan tersebut salah satunya terdapat pada istilah *kafalah bi an-nafs* atau jaminan diri dalam KHES dan jaminan perorangan dalam jaminan keperdataan berikut juga *jaminan bi al-mal* atau jaminan harta dan jaminan kebendaan.

Kata kunci: Jaminan, KHES, Keperdataan.

Abstract

The development of the world of business law particularly in the field of economic demands the availability of islamic law that will be a legal framework to guarantee certainty and justice. The increasing of this case is seen from growing number of banks and financial institution sector non bank using syariah principle and one of the legal instruments needed is the collateral. Collateral aspect was in a Compilation of Sharia Economic Law (KHES) and there is also warranty aspect in private law. In fact, KHES collateral aspect is not explained holistically and led to the absence of significant differences of collateral in general including its legal consequences. There is one of the equation on the term "kafalah bi an-nafs" at KHES same as collateral person in private law and also the term "kafalah bi al-mal" same as with collateral material in private law.

Key words: Collateral, KHES, Private Law.

A. PENDAHULUAN

Perkembangan bisnis selalu dalam kondisi yang berkembang dan dinamis. Kebutuhan akan produk hukum yang lebih baik agar dapat memberi kepastian dan keadilan dalam arus timbal balik usaha selalu mengalami evolusi. Pertumbuhan dan perkembangan itu tidak hanya dalam lingkup dunia ekonomi konvensional saja, tetapi sektor ekonomi Islam saat ini juga menunjukkan proses pertumbuhan yang pesat, baik ekonomis Islam secara global maupun secara parsial. Hal ini ditunjukkan dengan

bertumbuhkembangnya lembaga keuangan bank syariah dengan bentuk bank syariah umum atau bank perkreditan rakyat syariah, juga berkembangnya lembaga keuangan non bank dengan prinsip syariah salah satu contohnya seperti koperasi syariah.

Sedikit menyinggung fungsi utama bank yaitu sebagai perantara keuangan (*Intermediary Finansial*). Lembaga keuangan (finansial) adalah setiap perusahaan yang setiap kegiatan usahanya berkaitan dengan bidang keuangan. Sedangkan bank dalam arti lembaga perantara (*Intermediary*) adalah lembaga keuangan sebagai penghimpun dana langsung dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkan dana.¹ Fungsi bank sebagai *Intermediary Finansial* secara general dapat dijumpai pada Pasal 4 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan,² Pasal 1 ayat (1) dan (2) Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan,³ dan Pasal 1 ayat (2) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.⁴ Melihat pemaparan tersebut dapat penulis pahami, secara garis besar idealnya fungsi bank sebagai *financial intermediary* adalah segala bentuk kegiatan bank dalam menghimpun dana dan menyalurkannya kembali kepada masyarakat dalam bentuk jasa pelayanan kredit maupun pinjaman yang diarahkan demi peningkatan taraf hidup rakyat banyak.

Secara tidak langsung fungsi *financial intermediary* juga melekat pada lembaga keuangan non bank. Dalam hal kegiatan menyalurkan dana kembali ke masyarakat dapat dilihat dalam bentuk-bentuk pembiayaan seperti kredit atau peminjaman dana untuk keperluan usaha dan sebagainya. Dalam hal seperti kredit dan pembiayaan inilah dapat dijumpai aspek jaminan dalam setiap perjanjian dalam bentuk kontrak tertulis yang dilakukan para pihak. Fungsi jaminan itu sendiri bagi pihak bank atau lembaga keuangan bukan bank adalah sebagai bentuk kepastian hukum atas modal atau biaya yang dipinjam oleh nasabah (anggota dalam lingkup koperasi), sedangkan dalam sudut pandang nasabah (anggota) diberlakukannya jaminan adalah sebagai wujud kewajiban serta itikad baik nasabah (anggota) sehubungan dengan pemberian peminjaman atau pembiayaan fasilitas keuangan (modal) oleh bank atau lembaga keuangan bukan bank di dalam perjanjian yang telah disepakati.⁵

¹ Andri Soemitra, *Bank dan Lembaga Keuangan Syariah*, Cetakan Kesatu, Jakarta: Kencana Ilmu, 2009, hlm. 29-31

² Muhammad Djumhana, *Hukum Perbankan di Indonesia*, Cetakan Ketiga, Bandung: Citra Adiya Bhakti, 2000, hlm. 86

³ Dapat dilihat pada Komisi Informasi, *Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 Perubahan atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan*, <http://www.komisiinformasi.go.id/assest/data/arsip/uu-bank-10-1998.pdf>, Akses tanggal 16 Juli 2011.

⁴ Pasal 1 ayat (2) mengatakan bahwa 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 rakyat. Lebih lanjut dapat dilihat pada Zubairi Hasan, *Undang-Undang Perbankan Syariah Titik Temu Hukum Islam dan Hukum nasional*, Cetakan Pertama, Jakarta: Rajawali Press, 2009, hlm. 260

⁵ Legal Drafting (Draft Perjanjian) *Musyarakah* & Interview Penulis dengan Ibu Tanti Widia Nurdiani (*Relationship Management* dari PT. Bank BTN Syariah Cabang Malang yang beralamat di Jl. Ade Irma Suryani No. 2-4 Malang), Kantor BTN Syariah Cabang Malang, Jawa Timur, 4 November, 16.49 WIB.

Dalam hal ini penulis melakukan pembatasan permasalahan, penulis tidak membahas terkait produk-produk bank baik bank syariah atau bank konvensional, tidak membahas khusus kedudukan hukum jaminan dalam perjanjian dan tidak membahas khusus materi pokok hukum perjanjian secara keseluruhan. Penulis hanya fokus pada bahasan bagaimana pengelompokan jaminan ketika dilihat secara normatif dalam kerangka perspektif Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah dan Keperdataan. Penulis menilai pokok bahasan ini cukup mempunyai nilai penting sebagai masukan yang komprehensif dalam upaya perbaikan kedepan produk-produk hukum khususnya di wilayah hukum ekonomi Islam.

B. PEMBAHASAN

1. Jaminan Keperdataan

Hukum jaminan secara umum diatur dalam 1131 KUHPerdota. Jaminan dapat digolongkan menjadi dua macam yaitu jaminan perorangan dan jaminan kebendaan yang menurut penggolongannya terdapat empat macam yang dijelaskan sebagai berikut.

a. Jaminan Perorangan

Jaminan perorangan adalah jaminan seseorang dari pihak ketiga yang bertindak untuk menjamin dipenuhinya kewajiban-kewajiban dari debitur. Jaminan perseorangan itu adalah suatu perjanjian antara seorang berpiutang (kreditor) dengan seorang ketiga, yang menjamin dipenuhinya kewajiban-kewajiban si berutang (debitur).⁶

b. Jaminan Kebendaan

Jaminan kebendaan adalah suatu tindakan berupa suatu penjaminan yang dilakukan oleh si berpiutang (kreditor) terhadap debitornya, atau antara si berpiutang dengan seorang pihak ketiga guna memenuhi kewajiban-kewajiban dari si berutang (debitur). Pemberian jaminan kebendaan selalu berupa menyendirikan sesuatu bagian dari kekayaan seseorang, si pemberi jaminan, dan menyediakannya guna pemenuhan (pembayaran) kewajiban (utang) seorang debitur. Kekayaan tersebut dapat berupa kekayaan si debitur sendiri atau kekayaan seseorang pihak ketiga. Pemberian jaminan kebendaan ini kepada si berpiutang (kreditor) tertentu memberikan kepada si berpiutang suatu hak *privilege* (hak istimewa) terhadap kreditor lainnya.⁷ Pengertian benda sebagai kekayaan seseorang, maka benda tersebut termasuk juga kekayaan yang tidak dapat dilihat, misalnya hak piutang. Sebab yang dimaksud dengan benda (*zaak*) dalam arti luas, ialah sesuatu yang dapat dihak-i orang lain. Penyendirian atau penyediaan secara khusus kekayaan itu diperuntukkan bagi kepentingan seorang debitur tertentu yang telah memintanya, karena bila tidak ada penyendirian atau penyediaan secara khusus itu bagian dari kekayaan tadi seperti halnya dengan seluruh kekayaan debitur dijadikan jaminan untuk pembayaran semua utang debitur. Pemberian jaminan kebendaan kepada

⁶ Abdul R. Saliman, *Hukum Bisnis Untuk Perusahaan Teori dan Contoh Kasus*, Cetakan Kelima, Jakarta: Kencana Ilmu, 2010, hlm. 23

⁷ *Ibid.*

seorang kreditor tertentu, memberikan kepada kreditor tersebut suatu “*privilege*” atau kedudukan istimewa terhadap kreditor lainnya. Sedangkan macam-macam jaminan kebeendaan yaitu:⁸

1) Jaminan Hak Tanggungan

Pengertian hak tanggungan menurut ketentuan Pasal 1 Undang-Undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan dengan Tanah, adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang No. 5 tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok Agraria berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor-kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain.

Keberadaan Undang-Undang Hak Tanggungan ini mempunyai konsekuensi yuridis terhadap sistem hukum perdata yang berkaitan dengan pemberian kredit. Dalam ketentuan Pasal 29 Undang-Undang Hak Tanggungan dinyatakan bahwa dengan berlakunya undang-undang ini ketentuan *Creditverband* sebagaimana tersebut dalam *Staatsblad 1980-542 jo. Staatsblad 1909-586* dan *Staatsblad 1909-584* sebagai telah diubah dengan *Staatsblad 1937-190 jo. Staatsblad 1937-191* dan ketentuan mengenai hipotek sebagaimana tersebut dalam Buku II KUHPerdata Indonesia sepanjang mengenai pembeban Hak Tanggungan pada hak atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah dinyatakan tidak berlaku lagi.⁹

2) Jaminan Hipotek

Pengaturan ketentuan lembaga hak jaminan hipotek terdapat dalam Buku Kedua Titel Kedua Puluh Satu Pasal 1162 sampai dengan Pasal 1232 KUHPerdata, kecuali beberapa pasal yang sejak semula belum diberlakukan dengan *Bepalingen omtrent de invoering van en de overgang tot de nieuwe Wetgeving Staatsblad Tahun 1848 Nomor 10*. Pembebanan hipotek sebagai jaminan hutang dilakukan berdasarkan *Overschrijvings Ordonnantie* dengan segala perubahannya. Ketentuan dalam pasal di atas antara lain memuat hal-hal yang menyangkut perumusan pengertian hipotek; ciri dan sifat hipotek; objek dan subjek hipotek; pencoretan (*roya*) hipotek dan pegawai penyimpan hipotek.¹⁰

Setelah diundangkan dan berlakunya Undang-Undang Hak Tanggungan, ketentuan mengenai *credietverband* sebagaimana dalam *Staatsblad* tahun 1908 No. 542, sebagai yang telah diubah beberapa kali terakhir dengan *Staatsblad* tahun 1937 No. 190 dan ketentuan mengenai hipotek sebagaimana tersebut dalam Buku Kedua KUHPerdata sepanjang mengenai pembebanan hak tanggungan pada hak atas tanah

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, hlm. 24.

¹⁰ Rachmadi Usman, *Hukum Jaminan Keperdataan*, Cetakan Kedua, Jakarta: Sinar Grafika, 2009, hlm. 248

beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, dinyatakan tidak berlaku lagi. Berlakunya Undang-Undang Hak Tanggungan tersebut, ketentuan-ketentuan mengenai *credietverband* tidak berlaku lagi, sehingga tidak diperlukan lagi sedangkan ketentuan-ketentuan mengenai hipotek tetap berlaku, sepanjang yang menyangkut pembebanan hipotek sebagai jaminan utang selain pada hak atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, berhubung objek hipotek itu benda-benda tidak bergerak (benda tetap), yang juga termasuk tanah atau hak atas tanah.¹¹

Perumusan pengertian dan ciri-ciri hipotek dinyatakan dalam pasal 1162 KUHPerdota, yang bunyinya: “*Hipotek adalah suatu hak kebendaan atas benda-benda tidak bergerak untuk mengambil penggantian daripadanya bagi pelunasan suatu perikatan*”.

Ketentuan Pasal 1162 KUHPerdota, tampaknya hak hipotek mirip dengan hak gadai, yaitu sama-sama sebagai hak jaminan kebendaan, sedang bedanya, hak gadai merupakan hak jaminan yang dibebankan kepada kebendaan bergerak, dan hipotek merupakan hak jaminan yang dibebankan kepada kebendaan tidak bergerak. Para sarjana rupanya menganggap perumusan yang diberikan oleh undang-undang tentang hipotek kurang lengkap dan karenanya pada umumnya memberikan perumusan lain.

Paul Scholten dengan tegas mengatakan bahwa perumusan undang-undang di atas kurang lengkap, sedang Pitlo tanpa komentar langsung memberikan saja perumusan lain, yang mengandung ciri-ciri yang tidak disebutkan dalam Oppenheim (J.Satrio, 2002: 186). Adapun Vollmas menyatakan perumusan tersebut tidak lengkap dan dalam hal tertentu juga menyesatkan, karena yang ditonjolkan undang-undang kata-kata Belanda kuno *onderzetting*, istilah yang tidak lagi lazim digunakan di dalam masyarakat (Vollmar, 1996: 328). Terlihat pasal-pasal KUHPerdota memberikan penjelasan lebih lanjut mengenai pengertian hipotek, sebagai berikut:¹²

- a) Pasal 1167 KUHPerdota menyatakan, “*benda bergerak tidak dapat dibebani dengan hipotek.*”
- b) Ketentuan dalam pasal 1168 KUHPerdota menyatakan, “*hipotek tidak dapat diletakkan selainnya oleh siapa yang berkuasa memindahtangankan benda yang dibebani.*”
- c) Dalam pasal 1171 ayat (1) KUHPerdota dinyatakan, “*hipotek hanya dapat diberikan dengan suatu akta otentik, kecuali dalam hal-hal yang dengan tegas ditunjuk oleh undang-undang.*”
- d) Selanjutnya pasal 1175 ayat (1) KUHPerdota menyatakan, “*hipotek hanya dapat diletakkan atas benda-benda yang sudah ada. Hipotek atas benda-benda yang baru akan ada di kemudian hari adalah batal.*”

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

- e) Kemudian dalam pasal 1176 ayat (1) KUHPerdota dinyatakan, “*suatu hipotek hanyalah sah, sekedar jumlah uang untuk mana ia telah diberikan adalah tentu dan ditetapkan didalam akta.*”¹³

Berdasarkan perumusan pengertian hipotek dan pasal-pasal lainnya dari KUHPerdota, dapat dirumuskan bahwa hipotek adalah hak kebendaan atas benda tidak bergerak (benda tetap), untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan atau mendahului kepada pemegangnya.

3) Jaminan Gadai

Gadai menurut ketentuan pasal 1150 KUHPerdota, adalah suatu hak yang diperoleh seseorang berpiutang atas suatu barang bergerak, yang diserahkan kepadanya oleh seorang yang berutang atau oleh seorang lain atas namanya, dan yang memberikan kekuasaan kepada si berpiutang itu untuk mengambil pelunasan dari barang tersebut secara didahulukan daripada orang-orang berpiutang lainnya, dengan kekecualian biaya untuk melelang barang tersebut dan biaya yang telah dikeluarkannya untuk menyelamatkannya setelah barang itu digadaikan, biaya-biaya mana yang harus didahulukan.

Berdasarkan ketentuan diatas, jelaslah bahwa dalam gadai ada kewajiban dari seorang debitur untuk menyerahkan barang bergerak yang dimilikinya sebagai jaminan pelunasan utang, serta memberikan hak kepada si berpiutang (kantor pegadaian) untuk melakukan penjualan atau pelelangan atas barang tersebut apabila ia (si debitur) tidak mampu menebus kembali barang dimaksud dalam jangka waktu yang telah ditentukan. Kewajiban debitur untuk menyerahkan harta bergerak miliknya sebagai agunan kepada Kantor Pegadaian, disertai dengan pemberian hak kepada Kantor Pegadaian untuk melakukan penjualan (lelang) dalam kondisi yang ditentukan.

Jaminan gadai dalam pelaksanaannya dilakukan oleh lembaga pegadaian. Pegadaian adalah suatu lembaga keuangan bukan bank yang memberikan kredit kepada masyarakat dengan corak khusus yang telah dikenal di Indonesia sejak tahun 1901. Mengenai gadai ini diatur dalam pasal 1150 sampai pasal 116 KUHPerdota, dan secara kelembagaan diatur dalam Peraturan Pemerintah No. 10 Tahun 1990 tentang Pegadaian. Lembaga pegadaian saat ini berbentuk suatu perusahaan umum (Perum) dan berada di bawah naungan Kantor Menteri Negara Badan Usaha Milik Negara (BUMN). Berkaitan dengan itu, menurut ketentuan pasal 1 butir 4 UU No. 19 tahun 2003 tentang BUMN, perusahaan umum yang selanjutnya disebut perum, adalah BUMN yang seluruh modalnya dimiliki negara dan tidak terbagi atas saham, yang bertujuan kemanfaatan umum berupa penyediaan barang dan/atau jasa yang bermutu tinggi dan sekaligus mengejar keuntungan berdasarkan prinsip pengelolaan perusahaan.¹⁴

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Abdul R. Saliman, *Hukum Bisnis Untuk Perusahaan Teori dan Contoh Kasus*, Cetakan Kelima, Jakarta: Kencana Ilmu, 2010, hlm. 36

4) Fidusia

Istilah fidusia sudah merupakan istilah yang telah lama dikenal dalam hukum jaminan kita. Menurut Subekti, perkataan fidusia berarti “secara kepercayaan” ditujukan kepada kepercayaan yang diberikan secara timbal-balik oleh salah satu pihak kepada pihak lain, bahwa apa yang keluar ditampakkan sebagai pemindahan milik, sebenarnya ke dalam hanya merupakan suatu jaminan saja untuk suatu utang. Jaminan fidusia menurut Undang-undang Jaminan Fidusia adalah hak jaminan atas benda bergerak khususnya bangunan yang tidak dibebani hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang No. 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan yang tetap baerada dalam penguasaan, sebagai agunan bagi pelunasan utang tertentu yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada penerima fidusia terhadap kreditor lainnya. Pengaturan fidusia diatur dalam Undang-undang tentang lembaga fidusia ini adalah Undang-Undang No. 42 tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.¹⁵

2. Pengertian Jaminan Pada Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah

Awal perumusan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah¹⁶ ialah untuk melengkapi payung hukum jika dikemudian hari muncul sengketa, dimana saat ini sengketa Ekonomi Syariah menjadi bagian dari wilayah kompetensi Peradilan Agama, dengan dasar keluarnya Peraturan Mahkamah Agung No. 02 Tahun 2008 mengenai KHES.¹⁷ Di dalam KHES ini kemudian mengatur aspek-aspek yang berkaitan dengan hukum ekonomi Islam termasuk aspek jaminan di Indonesia dan dapat dikatakan dengan istilah “fikih lokal” karena merupakan hasil dari Ijtihad (Penggalian Hukum Islam) pakar fikih di negara kita. Kembali ke topik, bahwa di dalam KHES juga mengatur tentang aspek jaminan ini. Jaminan juga digunakan di beberapa produk bank atau lembaga keuangan non bank yang tunduk pada prinsip syariah salah satu produknya adalah *Musyarakah*,¹⁸ dimana jaminan tersebut digunakan agar menjaga tidak terjadinya penyimpangan oleh nasabah (anggota), berdasarkan Fatwa DSN No:8/DSN-MUI/IV/2000.¹⁹ Terlepas dari pro dan kontra penggunaan jaminan pada produk *Musyarakah*²⁰, dalam kehidupan

¹⁵ *Ibid*, hlm. 42

¹⁶ Selanjutnya disebut KHES.

¹⁷ <http://anneahira.com/hukum-ekonomi.html>, diakses tanggal 25 Oktober 2014.

¹⁸ Menurut M. Syafii Antonio kerja sama antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu dimana masing-masing pihak berkontribusi dana atau amal (modal) dengan sekepakatan bahwa keuntungan dan resiko ditanggung bersama sesuai kesepakatan. Lihat pada Muhammad Syafii Antonio, *Bank Syariah dari Teori ke Praktik*, Cetakan Pertama, Jakarta: GIP & Tazkia Cendikia, 2001, hlm. 90.

¹⁹ Tim Pustaka Zeedny, *Himpunan Undang-undang Dan Peraturan Pemerintah Tentang Ekonomi Syariah*, Cetakan Pertama, Yogyakarta: Pustaka Zeedny, 2009, hlm. 155.

²⁰ Dalam literatur Fikih “Klasik” penggunaan Jaminan pada *Musyarakah* tidak diperbolehkan dengan pendapat yang berbed-beda seperti haram atau makruh. Tidak diperbolehkannya jaminan karena menyangkut kedua belah pihak berserikat dalam arti titik tolak ada hal kerja sama berbeda dengan konsep Pemilik (*Shahibul Maal*) dan Pegawai (*Mudharib*). Lihat pada Abdullah Saeed, *Islamic Banking And Interest A Study of Riba And Its Contemporary Interpretation*, Terjemah, Arif Maftuhin, *Menyoal Bank Syariah Kritik Atas Interpretasi Bunga Bank Kaum Neo-Revivalis*, Cetakan Kedua, Jakarta: Paramadina, 2004, hlm. 91

modern yang terus berkembang ini membutuhkan kepastian dan keadilan hukum yang jelas.

Menurut Wahbah Zuhaili, yang termasuk sebuah jaminan yaitu *kafalah* (jaminan), *hawalah* (pengalihan hutang/anjak piutang) serta *rahn* (gadai) ketiganya saling berkaitan dan masuk dalam kategori bentuk akad *al-Istiitsaaq* (penguatan, pemastian, penjaminan). Ketiganya merupakan bagian dari apa yang disebut sebagai jaminan dari sebuah hutang,²¹ sedangkan tipologi dari bentuk *al-Istiitsaaq* tersebut adalah sebagai berikut.

a. Kafalah (Penjaminan)

Pada umumnya *kafalah* dalam literatur *fiqh muamalah*²² dalam arti bahasa dari kata *kafala* yang sinonimnya: *dhamina*, artinya menanggung. Kafalah juga diartikan *adh-dhammu* yakni mengumpulkan dan *dhamman* atau penjaminan.²³ Sedangkan definisi menurut ulama Syafi'iyah berkaitan dengan kafalah ini, *dhamman* dalam pengertian syara' adalah suatu akad yang menghendaki tetapnya suatu hak yang ada dalam tanggungan orang lain, atau menghadirkan benda yang ditanggungkan, atau menghadirkan badan orang yang harus dihadirkan.²⁴ Beberapa dalil yang dijadikan dasar dari kafalah oleh para ulama-ulama Imam Mujtahid diilustrasikan dalam QS. Yusuf : 66 dan QS. Yusuf : 72.²⁵

Regulasi kafalah diatur berdasarkan fatwa Dewan Syariah Nasional No: 11/DSN-MUI/IV/2000 tentang Kafalah dan secara spesifik diatur dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah. Definisi Kafalah dijelaskan pada pasal 20 ayat 12 KHES yaitu jaminan atau garansi yang diberikan oleh penjamin kepada pihak ketiga atau pemberi pinjaman untuk memenuhi kewajiban pihak kedua atau penjamin.²⁶ Pasal 303 KHES memberikan tipologi kafalah (jaminan) menjadi dua jenis yakni kafalah atas diri dan kafalah atas harta.²⁷ KHES tidak memberikan perincian definisi dari masing-masing jenis kafalah tersebut, KHES juga tidak memberikan penjelasan mengenai aturan atau ketentuan berkaitan dengan kafalah itu sendiri. Akan tetapi, pengertian kafalah bersumber pada pendapat-pendapat dari ulama-ulama fikih yang terdapat pada kitab-

²¹ Wahbah Zuhaili, *Fiqh Islam Wa Adilatuhu 6*, Terjemah, Abdul Hayyie Al-Kattami (et.all), *Fiqh Islam Wa Adilatuhu*, Buku ke 6, Cetakan Pertama, Jakarta: GIP, 2011, hlm. 33

²² Fikih Muamalah dalam arti luas ialah Produk Hukum hasil Ijtihad (Penggalian Hukum Islam) berupa seperangkat aturan (syariat) yang mengatur hubungan hukum duniawi antara manusia dengan alam sekitar, manusia dengan hewan atau makhluk Allah swt lainnya dan hubungan hukum manusia antara manusia. Fikih Muamalah dalam arti sempit adalah aturan syariah tentang hubungan sosial di antara manusia dalam konteks ini berkaitan dengan ekonomi. Lihat M. Nurul Humaidi, *Fiqh Muamalah*, Makalah disampaikan pada Diklat Pengelolaan Lks (Lembaga Keuangan Syariah) oleh Icmi Orda Malang dan Kanindo Syariah, Tanggal 6-8 Juli 2012 Di Graha Kanindo Syariah Jatim, Slide 50.

²³ Wahbah Zuhaili, *Op Cit.*

²⁴ Varian dari definisi Kafalah yang dikemukakan oleh para ulama mazhab seperti ulama mazhab Hanafi, Maliki, Hambali dan pakar fikih Sayyid Sabiq dapat dilihat lebih lanjut pada Ahmad Wahid Muslich, *Fiqh Muamalat*, Cetakan Pertama, Jakarta: Amzah, 2010, hlm. 435.

²⁵ *Ibid.*, hlm. 437.

²⁶ Suyud Margono, (et.all), *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES)*, Cetakan Pertama, Jakarta: CV Novindo Pustaka Mandiri & Law Firm Suyud Margono, tt., hlm. 11.

²⁷ *Ibid.*, hlm. 69.

kitab fikih. Penulis mengutip salah satu definisi yang dikemukakan oleh Sayyid Sabiq, bahwa kafalah terbagi menjadi dua jenis:²⁸ *Pertama, kafalah bi an-nafs* (kafalah diri), dalam arti yang sempit yaitu kewajiban seorang penjamin untuk mendatangkan orang yang ditanggung (*makful*) kepada tertanggung (*makful lahu*), sedangkan dalam pengertian yang luas adalah suatu kafalah dimana objek tanggungannya mendatangkan orang ke hadapan tertanggung. *Kedua, kafalah bi al-mal* (kafalah harta) adalah suatu bentuk kafalah di mana penjamin terikat untuk membayar kewajiban yang bersifat harta.

b. Hawalah (Pengalihan Hutang/Anjak Piutang)

Kata *hiwalah* diambil dari kata *tahwil* yang berarti *intiqaal* (perpindahan) yang dimaksud disini adalah memindahkan hutang dari tanggungan *muhil* menjadi tanggungan *muhal 'alaih*. *Muhil* adalah sebagai yang berutang, *muhal* adalah sebagai orang yang menghutangkan dan *muhal 'alaih* yakni orang yang melakukan pembayaran hutang. Salah satu dasar dibenarkannya hiwalah adalah hadis Rasulullah saw yang artinya: “*Menunda pembayaran bagi orang yang mampu adalah kezaliman. Dan jika salah seorang kamu diikutkan (dihiwalahkan) kepada orang yang kaya yang mampu, maka turutlah.*” (HR. Imam Bukhari dan Muslim dari Abu Hurairah).²⁹

Pada hadist ini Rasulullah saw memerintahkan kepada orang yang menghutangkan, jika orang yang berhutang meng-hiwalahkan kepada orang kaya dan berkemampuan, hendaklah ia menerima hiwalah tersebut dan hendaklah ia mengikuti (menagih) kepada orang yang di-hiwalalkannya (*muhal'alaih*) dengan demikian haknya dapat terpenuhi (dibayar).³⁰ Hawalah di dalam KHES diatur pada Bab XII akan tetapi definisi hawalah dijabarkan pada pasal 20 ayat 13 yaitu pengalihan hutang dari *muhil al-ashil* kepada *muhal'alaih*.³¹

c. Rahn (Gadai)

Seperti yang dikemukakan oleh Wahbah Zuhaili bahwa gadai merupakan bagian dari akad *al-Istiitsaq* (penguatan, pemastian, penjaminan) selain dari pada kafalah dan hawalah. Menurut Sulaiman Rasjid pengertian *ar-rahn* berkaitan dengan jaminan kepercayaan dalam kepercayaan hutang atau dalam “bahasanya” (pen-) ia mengatakan dengan dijaminakan (*dirungguhkan*) ialah suatu barang yang dijadikan peneguh atau penguat kepercayaan dalam hutang piutang.³² Salah satu ayat Al-Quran yang sering dijadikan dalil tentang gadai ini merujuk pada QS. Al-Baqarah: 283,³³ dan salah satu hadist terkenal yang artinya sebagai berikut :

²⁸ Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah Buku ke 13*, Terjemah, Kamaludin A. Marzuki, *Fiqhsunnah*, Buku ke 13, Cetakan Pertama, Bandung: Al-Maarif, 1987, hlm. 177.

²⁹ *Ibid*, hlm 39.

³⁰ *Ibid*.

³¹ Suyyud Margono. (et.all), *lock cit.*, hlm. 11 & hlm. 72.

³² Sulaiman Rasjid, *Fiqh Islam*, Cetakan Kedua Puluh Tujuh, Bandung: Sinar Baru Algesino, 1994, hlm. 309.

³³ *Ibid*.

Dari Anas, Ia berkata, “*Rasulullah saw telah merungguhkan (mengadaikan) baju besi beliau kepada seorang Yahudi di Madinah, sewaktu beliau mengutang syarr'i (gandum) dari seorang Yahudi untuk ahli (keluarga) rumah beliau.*” (HR. Ahmad, Bukhari, Nasai, dan Ibnu Majah).³⁴

Landasan hukum nasional gadai (*ar-rahn*) diatur dalam fatwa Dewan Syariah Nasional No: 25/DSN-MUI/III/2002 tentang *Rahn* dan fatwa Dewan Syariah Nasional No: 26/DSN-MUI/III/2002 tentang *Rahn* Emas serta KHES. Tentang gadai diatur dalam KHES Bab XIII sedangkan pengertiannya dapat kita temui dalam KHES Pasal 20 ayat (14) yaitu penguasaan barang milik peminjam oleh pemberi pinjaman sebagai jaminan.³⁵

3. Tipologi Jaminan Dalam Perspektif KHES Dan Hukum Perdata Serta Peluang Pola Penerapannya

Dari pemaparan dia atas menunjukkan bahwa KHES belum dapat mengakomodir secara komprehensif dari pengembangan jenis jaminan tersebut terlebih kondisi KHES yang memang bukan sebagai Undang-undang. Terlihat bahwa jika dihadapkan pada jaminan keperdataan, KHES tidak memberikan dan mengatur secara rinci dalam hal jaminan khususnya jaminan kebendaan. KHES tidak menerangkan apa saja yang masuk dalam jaminan kebendaan tidak seperti dalam jaminan keperdataan yang memberikan penjelasan seperti benda bergerak dan benda tidak bergerak.

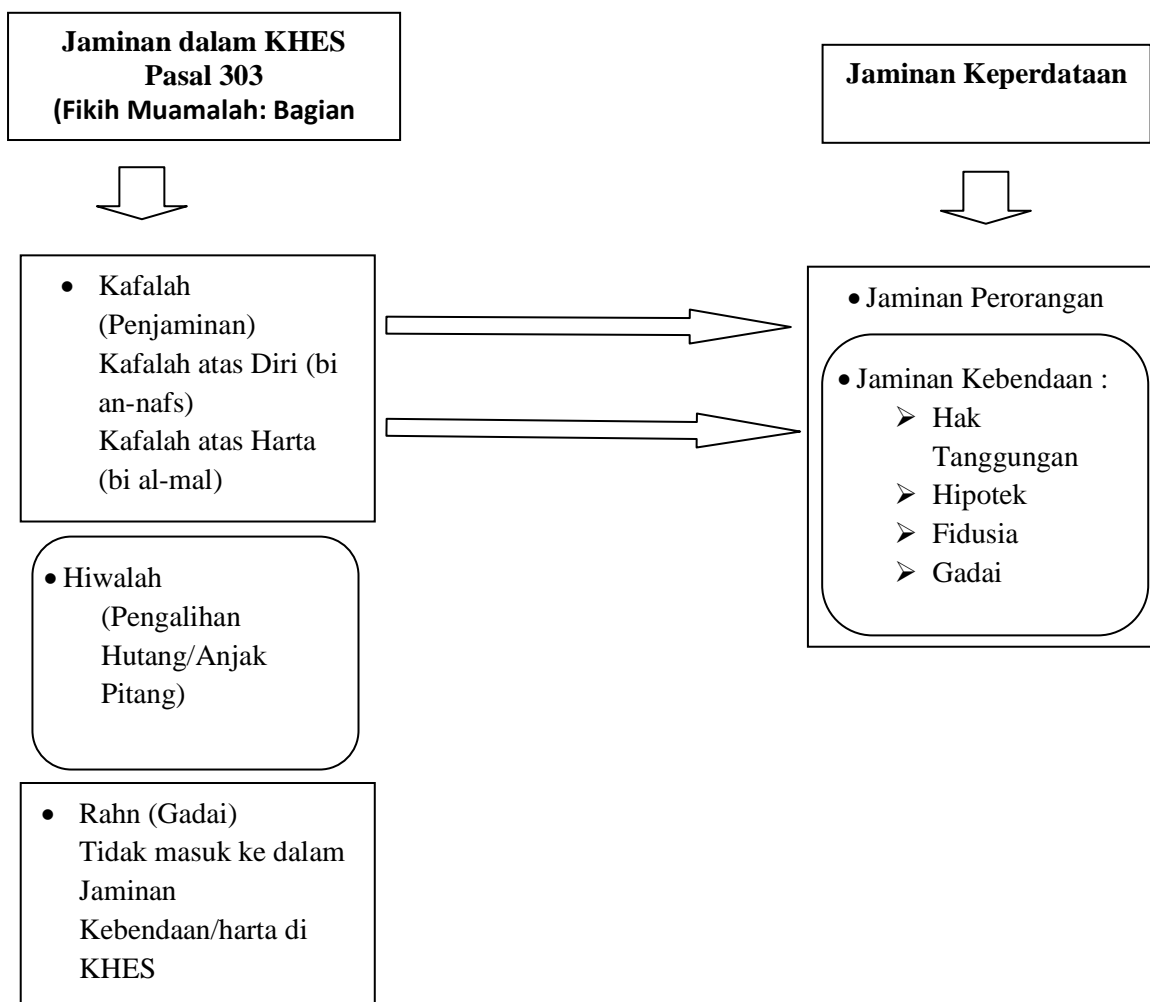
Konsekuensi logis dari keadaan seperti ini disatu sisi memberikan ruang gerak yang cukup luas tentang bagaimana jaminan dalam KHES ini kemudian akan diterapkan. Kafalah atau jaminan di dalam KHES tidak memberikan keterangan yang masif, keterangan dalam KHES bahwa kafalah seperti pada Pasal 303 hanya sebatas pada kafalah atas diri dan kafalah atas harta. Padahal dari segi literatur fikih “klasik” muamalah memberikan keterangan tentang definisi kafalah secara gamblang dan holistik. Keduanya memiliki sinonim yang melekat, jika pada fikih muamalah disebutkan dengan kafalah *bi an-nafs* (kafalah atas diri) dan kafalah *bi al-mal* (kafalah harta) dan di dalam literatur fikih mumalah inilah diberikan pengertian dari masing-masing kafalah. *Kafalah bi an-nafs* (kafalah diri) adalah suatu kafalah dimana objek tanggungannya mendatangkan orang ke hadapan tertanggung. Sedangkan *kafalah bi al-mal* (kafalah harta) adalah suatu bentuk kafalah di mana penjamin terikat untuk membayar kewajiban yang bersifat harta. Pun dalam KHES juga tidak menempatkan dengan jelas seperti di dalam konteks fikih seperti yang dikemukakan Wahbah Zuhaili bahwa *kafalah*, *hiwalah*, *rahn* merupakan satu bagian dari aspek jaminan dimana kesemuanya diistilahkan dengan istilah *al-Istiitsaq* (penguatan, pemastian, penjaminan) dan merupakan bagian dari apa yang disebut jaminan dari sebuah hutang. Secara keistilahan pula di dalam jaminan keperdataan memiliki kesamaan seperti jaminan perorangan dan jaminan kebendaan. Hanya saja antara KHES dan jaminan keperdataan

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Suyud Margono, (et.all), *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES)*, Cetakan Pertama, Jakarta: CV Novindo Pustaka Mandiri & Law Firm Suyud Margono, hlm. 11 & hlm. 75.

memiliki penempatan yang berbeda dari segi tipologi jenis jaminan tersebut khususnya pada jaminan kebendaan. Perbedaan tersebut terlihat dengan jelas jika pada jaminan keperdataan telah mengatur jenis-jenis jaminan yang termasuk dalam jaminan kebendaan dengan secara rinci seperti Hak Tanggungan, Hipotek, Gadai dan Fidusia.

Perbedaan selanjutnya yaitu jika hawalah dalam KHES atau dalam istilah keperdataan dikenal dengan ajak piutang dan rahn atau gadai memiliki kedudukan yang berbeda dari jaminan keperdataan, jika anjak piutang (hawalah) serta gadai (rahn) dalam literatur fikih masuk pada kategori jaminan akan hutang tetapi *hawalah* dan *rahn* merupakan bagian diluar dari kafalah atas diri (jaminan perseorngan dalam perdata) dan kafalah atas harta (jaminan kebendaan dalam perdata) sedangkan dalam keperdataan anjak piutang memiliki tempat tersendiri dan untuk gadai (rahn) spesifik merupakan bagian internal dari jaminan keperdataan yakni jaminan kebendaan atau jaminan harta dalam KHES, berikut kami gambarkan ilustrasi keduanya:



Gambar. I
Skema Kafalah dan Jaminan Keperdataan

Dari skema di atas terlihat bagaimana unsur persamaan dan perbedaan di keduanya. Selanjutnya kita akan melihat bagaimana peluang dari penerapan jaminan

dari KHES ini. Dari hasil analisis tersebut kita dapat memberikan gambaran kemungkinan apa saja yang dapat terjadi jika dikemudian hari terjadi sengketa, perlu kita mengingat karena di dalam KHES tidak diterangkan secara rinci maka sangat dapat terjadi kesepakatan idealnya dimasukkan dalam klausul kontrak tertulis tentang bagaimana ketundukkan dari kesepakatan para pihak untuk menggunakan jenis dan pola jaminan apa.

Terdapat dua pola kemungkinan diterapkannya jenis jaminan, *pertama*, dengan menggunakan spesifikasi jaminan yang ada pada fikih muamalah berikut aturan rincinya selain daripada jaminan keperdataan. *Kedua*, menggunakan jaminan yang telah dirinci dan digariskan di dalam jaminan keperdataan. Dari kedua pola tersebut memiliki akibat-akibat hukum yang berbeda. Untuk pola *pertama*, kemungkinan-kemungkinan akibat hukum yang timbul adalah bahwa aturan rinci yang digariskan fikih muamalah merupakan aturan yang berada di luar KHES sebagai payung hukum dan pengejawantahan dari hukum nasional di wilayah sengketa ekonomi Islam secara otomatis jika dipandang dari kaca mata hukum positif (paradigma positifistik) maka tidak memiliki akibat hukum yang mengikat karena posisi dari pada fikih muamalah adalah sebagai legal opinion sebagai sebuah fatwa dimana pendapat tersebut bisa digunakan atau tidak digunakan, tetapi di satu sisi apa yang digariskan fikih muamalah merupakan aturan yang tidak diragukan lagi keabsahan dalam aturan agama Islam, para imam mujtahid (yuris Islam) merupakan orang-orang dengan kemampuan kapabilitas terpercaya dalam memahami dan menginterpretasikan ajaran agama Islam. Sedangkan pola *kedua*, dari sudut pandang hukum positif memiliki kekuatan hukum kuat dan mengikat karena jaminan keperdataan memiliki dasar hukum Undang-undang dimana undang-undang memiliki kekuatan hukum utama dan tertulis, bahkan posisi hukum antara KHES berbasis PERMA dan jaminan keperdataan, masih memiliki tingkatan hukum lebih tinggi untuk jaminan keperdataan karena sumber jaminan dalam keperdataan adalah undang-undang. Kekurangan dari pola kedua dapat dilihat dari sisi sosial keagamaan, dengan menundukkan diri ke dalam aturan yang digariskan hukum positif dalam hal jaminan keperdataan maka jaminan yang digunakan di KHES pada akhirnya tidak memiliki perbedaan dengan ada atau tidaknya jaminan dalam KHES itu sendiri.

Di luar hal tersebut, dalam persepektif fikih muamalah menggunakan jaminan keperdataan sebenarnya tidak memiliki permasalahan yang krusial sejauh dalam pelaksanaan dan substansi jaminan dalam keperdataan itu tidak mengandung atau memiliki hal-hal yang di haramkan oleh aturan syariat, karena kaidah dasar dalam muamalah mengatakan pada dasarnya segala *aktifitas muamalah dibolehkan selama tidak ada dalil yang mengharamkannya*, kaidah ini berbanding terbalik dalam ibadah mahdah yang mengatakan *pada dasarnya bentuk ritual apapun adalah terlarang (haram) sampai ada dalil yang membolehkannya*. Hukum Ekonomi Islam merupakan bagian dari muamalah dan sifat dari muamalah adalah fleksibel dan dinamis. Dalam satu kaidah fikih terkait dengan kaidah umum dalam perkembangan adalah:

“Memelihara keadaan yang lama yang maslahat dan mengambil yang baru yang lebih maslahat.”³⁶

Melihat kaidah di atas dapat kita simpulkan bahwa selama jaminan keperdataan dapat membawa kebaikan atau maslahat bagi para pihak dan di dalamnya tidak terdapat hal-hal yang bertentangan dengan syariat atau haram maka menggunakan jaminan dalam keperdataan boleh digunakan.

C. SIMPULAN

Berkaitan dengan KHES dan jaminan keperdataan setelah penulis membahas secara keseluruhan, maka dapat disimpulkan bahwa kedudukan hukum KHES tidak sekuat undang-undang. KHES tidak memberikan atau belum mengakomodir pengertian, jenis-jenis, maupun perincian syarat dan aturan-aturan mengenai jaminan secara keseluruhan dan lengkap. Pasal 303 contohnya tidak memberikan definisi dari jaminan (*kafalah*) atas diri dan harta, sebagaimana yang dapat ditemukan di dalam literatur fikih muamalah dan tidak pula memberikan perincian dalam jaminan harta atau kebendaan, salah satu contoh seperti pembagian benda tidak bergerak dan benda bergerak dalam jaminan keperdataan. Terdapat kesamaan antara KHES, fikih literatur dan jaminan keperdataan secara istilah seperti dalam jaminan keperdataan yaitu jaminan perorangan dan jaminan kebendaan dihadapkan dengan istilah *kafalah* atas diri (*an-nafs*) serta *kafalah* atas harta (*bi al-mal*), meskipun untuk gadai dan anjak piutang (*hawalah*) memiliki perbedaan, dimana gadai dalam KHES tidak masuk dalam jaminan harta/kebendaan (*bi al-mal*) sedangkan pada jaminan keperdataan gadai masuk pada jaminan kebendaan. Dalam KHES *kafalah*, *hawalah*, *rahn* merupakan satu kesatuan yang merupakan bagian dari apa yang disebut jaminan dari sebuah hutang (*al-Istiitsaq*).

Terdapat dua pola kemungkinan penerapan jaminan pada KHES, akibat tidak terincinya di dalam KHES, kemungkinan *pertama*, ialah menggunakan aturan yang terdapat dalam literatur fikih muamalah tetapi akibat hukumnya adalah tidak mengikat dikarenakan fikih muamalah tidak masuk dalam undang-undang atau dapat didudukkan sebagai fatwa (*legal opinion*), dari sisi sosial keagamaan sebagai produk para imam mujtahid (yuris Islam) yang keberadaan pondasi keilmuan syariatnya tidak diragukan lagi, sedangkan pola *kedua*, menggunakan aturan terperinci yang ada pada jaminan keperdataan dari segi hukum positif (paradigma positif) menggunakan aturan yang ada pada jaminan keperdataan adalah mengikat karena dasar yang digunakan adalah undang-undang nasional dan tertulis, hanya saja dalam perspektif sosial keagamaan menjadi tidak ada perbedaan yang mencolok dengan ada dan tidaknya (keberadaan) KHES dalam konteks aspek jaminan ini.

Berdasarkan kaidah fikih umum di bidang muamalah dan kaidah fikih muamalah umum terkait perkembangan menggunakan jaminan keperdataan dibolehkan selama dalam substansi hukum dan pelaksanaannya menjamin kebaikan, kemaslahatan,

³⁶ H.A. Djazulli, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam dalam Menyelesaikan Masalah-Masalah Yang Praktis, Kaidah Fikih*, Cetakan Pertama, Jakarta: Kencana Ilmu, 2006, hlm. 109.

kepastian, keadilan hukum para pihak dan tidak ada unsur-unsur yang melanggar ketentuan syariat.

DAFTAR PUSTAKA

Buku dan Jurnal

- Antonio, Muhammad Syafi'i. 2001. *Bank Syariah dari Teori ke Praktik*, Jakarta: GIP & Tazkia Cendikia
- Djazulli, H. A. 2006. *Kaidah-Kaidah Hukum Islam dalam Menyelesaikan Masalah-Masalah Yang Praktis-Kaidah Fikih*, Jakarta: Kencana Ilmu
- Djumhana, Muhammad. 2000. *Hukum Perbankan di Indonesia*, Bandung: Citra Adiya Bhakti
- Hasan, Zubairi. 2009. *Undang-Undang Perbankan Syariah Titik Temu Hukum Islam dan Hukum Nasional*, Jakarta: Rajawali Press
- Humaidi, M. Nurul. "Fiqh Muamalah", Makalah disampaikan pada DIKLAT PENGELOLAAN LKS (Lembaga Keuangan Syariah) oleh ICMI Orda Malang dan KANINDO Syariah, tanggal 6-8 Juli 2012 di Graha KANINDO Syariah JATIM, Slide 50.
- Muslich, Ahmad Wahid. 2010. *Fiqh Muamalat*, Jakarta: Amzah
- Sabiq, Sayyid. 1987. *Fihsunnah Buku ke 13*, Bandung: Al-Maarif
- Saeed, Abdullah. 2004. *Islamic Banking and Interest A Study of Riba and Its Contemporary Interpretation*, Jakarta: Paramadina
- Saliman, Abdul R. 2010. *Hukum Bisnis Untuk Perusahaan Teori dan Contoh Kasus*, Jakarta: Kencana Ilmu
- Soemitra, Andri. 2009. *Bank dan Lembaga Keuangan Syariah*, Jakarta: Kencana Ilmu
- Tim Pustaka Zeedny. 2009. *Himpunan Undang-undang Dan Peraturan Pemerintah Tentang Ekonomi Syariah*, Yogyakarta: Pustaka Zeedny.
- Usman, Rachmadi. 2009. *Hukum Jaminan Keperdataan*, Jakarta: Sinar Grafika
- Zuhaili, Wahbah. 2011. *Fiqh Islam Wa Adilatuhu 6*, Jakarta: GIP

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan.

Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES)

Interview

Legal Drafting (Draft Perjanjian) Musyarakah & Interview Penulis dengan Ibu Tanti Widia Nurdiani (Relationship Management) dari PT. Bank BTN Syariah Cabang Malang yang beralamat di Jl. Ade Irma Suryani No. 2-4 Malang), Kantor BTN Syariah Cabang Malang, Jawa Timur, 4 November, 16.49 WIB. (Penelitian dilakukan dalam rangka mencari data ketika penyusunan Tesis).